

Université Lumière Lyon 2

École doctorale : droit

**Négociation et consultation dans
l'entreprise**

par Anne BRAUN

Thèse de doctorat de droit social

sous la direction d'Emmanuel DOCKÈS

présentée et soutenue publiquement le 17 juin 2008

Composition du jury :

Jean-Emmanuel RAY, professeur à l'université Paris 1

Emmanuel DOCKÈS, professeur à l'université Lyon 2

Jean-Marc BÉRAUD, conseiller à la Cour de cassation (chambre sociale)

Manuela GRÉVY, maître de conférence à l'université Paris 1

Marie-Armelle SOURIAC, professeur à l'université Paris 10

Contrat de diffusion

Ce document est diffusé sous le contrat *Creative Commons* « [Paternité - pas d'utilisation commerciale - pas de modification](#) » : vous êtes libre de le reproduire, le distribuer et le communiquer au public à condition de mentionner le nom de son auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ou l'utiliser à des fins commerciales.

La thèse est un travail qu'on accomplit seul, mais je n'aurais pu mener cette aventure à bien si ma solitude n'avait pas été aussi remarquablement peuplée.

Alors merci à ma maman, mon papa, ma sœur, ma mamie, mes amis et mes camarades de la CGT. Un merci plus particulier à ceux qui se sont directement impliqués dans mon travail (Aurianne, Brigitte, Hugues, Maman, Marie R., Nathalie, Pascal, Philippe, Rachel, Sylviane, Thi Cam...).

La réalisation de cette thèse a été facilitée grâce au partenariat entre l'ANRT, l'Institut d'Etudes du travail de Lyon et la CGT.

Enfin, je voulais tout particulièrement dire ma reconnaissance à mon directeur de thèse, Emmanuel Dockès, sans qui ce travail n'aurait pas vu le jour. Merci pour ses compétences, sa disponibilité et sa gentillesse.

LISTE DES ABREVIATIONS :

a. C. trav.	Ancien Code du travail
ANI	Accord national interprofessionnel
Ass. Plén.	Assemblée plénière
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. Crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Cour de cassation chambre sociale
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
D	Recueil Dalloz
Dr. ouv.	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
GPEC	Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences
GSN	Groupe spécial de négociation
IR	Informations rapides du recueil Dalloz
JCP	Juris-classeur périodique
JCP E	Juris-classeur périodique, édition Entreprise
JCP S	Juris-classeur périodique, édition sociale
JO	Journal officiel
RDT	Revue de droit du travail
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance

TABLE DES MATIÈRES:

INTRODUCTION	8
PARTIE I LES ACTEURS DU DROIT A LA PARTICIPATION ET DU DROIT A LA NEGOCIATION	20
CHAPITRE 1 LES REPRESENTANTS DES SALARIES.....	22
Section I - LES REPRESENTANTS DES SALARIES PENDANT LA NEGOCIATION	22
§1. LA DELEGATION	23
A - LE DELEGUE SYNDICAL	23
1. Sa désignation	23
a. Le cadre de la désignation	23
b. Les conditions propres à la personne du délégué syndical	25
2. Un négociateur singulier	26
a. Une représentation tripartite	26
b. En cas de pluralité de délégués syndicaux dans l'entreprise	32
B - LES AUTRES MEMBRES DE LA DELEGATION.....	34
1. Qui peut négocier au sein de la délégation ?.....	34
a. Les personnes extérieures à l'entreprise	35
b. Les salariés présents dans l'entreprise	36
2. Rôle et statut des salariés membres de la délégation.....	39
a. Un statut très peu protecteur.....	40
b. Le rôle des salariés de la délégation.....	41
§2. LES AUTRES AGENTS DE LA NEGOCIATION D'ENTREPRISE	43
A - LES REPRESENTANTS ELUS DU PERSONNEL	43
1. Les rôles des élus et des syndicats dans la négociation d'entreprise	43
a. Les élus du personnel, agents principaux de la négociation.....	44
b. Les élus comme agents supplétifs de la négociation.....	46
2. La place des organisations syndicales lorsque l'accord est négocié par un élu	50
a. Le maintien du monopole des syndicats.....	50
b. La nature juridique des accords ou conventions d'entreprise signés par les élus du personnel	52
B - LE MANDATEMENT.....	54
1. Histoire récente du mandatement	54
a. Des débuts jurisprudentiels.....	54
b. Une confirmation législative	55
2. Le mandaté	58
a. Identité et protection du mandaté	58
b. Le mandaté et son syndicat	59
Section II - LES REPRESENTANTS DES SALARIES PENDANT LA CONSULTATION	62
§1. LES REPRESENTANTS ELUS.....	65
A – DES ELUS REPRESENTANT LE PERSONNEL.....	65
1. Une représentation élective et catégorielle.....	65
a. Conditions de mise en place du comité d'entreprise.....	66
b. Définition des collègues	66
2. Les syndicats définissent le périmètre de représentation.....	67
a. Le nombre de collègues.....	67
b. L'objet de la représentation est différent selon que l'on considère les élus ou le comité d'entreprise dans son unicité	69
B – LE LIEN SYNDICAL	70
1. Le monopole de présentation des candidats au premier tour des élections professionnelles	70
2. Le lien unissant élus du premier tour et syndicat.....	71
§2. LA REPRESENTATION DESIGNEE.....	73
A – LES REGLES DE DESIGNATION DES REPRESENTANTS SYNDICAUX	75
1. Règles gouvernant la désignation.....	75
a. Qui désigne ?	75
b. Conditions pour être désigné.....	76
2. La durée de la désignation.....	77
B - L'OBJET DE LA REPRESENTATION PAR LES REPRESENTANTS SYNDICAUX AU COMITE D'ENTREPRISE.....	77
1. Représenter son organisation syndicale	77
a. Une forme de représentation particulière	78

b. Assurer la cohérence de l'expression syndicale.....	79
2. Des missions restrictives.....	80
a. Influencer les débats.....	80
b. Participer aux travaux des commissions.....	80
CHAPITRE 2 LES REPRESENTES.....	82
Section I - LA COMMUNAUTE DE TRAVAIL.....	83
§1. DEFINITION DE LA COMMUNAUTE DE TRAVAIL.....	89
A - DEFINITION GENERALE DE LA COMMUNAUTE DE TRAVAIL.....	89
1. Le terme de communauté.....	89
a. La communauté par opposition à la collectivité.....	89
b. La communauté comme une construction d'intérêts.....	90
2. La construction jurisprudentielle de cette notion.....	91
a. Une notion qui s'est construite à travers d'autres.....	92
b. Une notion qui existe pour elle-même.....	94
B - UNE NOTION A GEOMETRIE VARIABLE.....	96
1. L'intégration des salariés à la communauté de travail dépend de leur origine.....	96
a. La collectivité de travail.....	97
b. Une collectivité composée de différents statuts collectifs.....	98
2. Une intégration qui varie en fonction des droits collectifs visés.....	100
a. La prise en compte dans l'effectif.....	100
b. L'électorat et l'éligibilité.....	111
§2. LA COMMUNAUTE COMME CADRE D'EXERCICE DU DROIT A LA PARTICIPATION.....	117
A - LE DROIT A LA NEGOCIATION ET SON EFFECTIVITE.....	117
1. La communauté de travail est-elle un espace de négociation ?.....	117
a. Une reconnaissance indirecte de la négociation dans l'unité sociale.....	118
b. La reconnaissance législative de la communauté de travail comme niveau de négociation se fait attendre.....	119
2. La représentation de la communauté de travail limitée à la négociation des accords.....	122
a. Une négociation visant une représentation large.....	122
b. Le déroulement de négociations au sein de la communauté de travail.....	127
B - LE DELEGUE SYNDICAL POUR REPRESENTER LA COMMUNAUTE DE SALARIES.....	130
1. Les moyens particuliers du délégué syndical.....	130
a. Des moyens très peu différents de ceux des élus.....	131
b. Des règles favorables à une négociation menée dans le cadre du syndicat.....	132
2. Plus que le délégué syndical, c'est le syndicat qui est primordial dans ce type de situation.....	133
a. Le syndicat facilite les connexions.....	133
b. Une représentation de l'intérêt collectif qui fait partie de la mission du délégué syndical.....	134
Section II - LES SALARIES ACTEURS DE LEUR DROIT A LA NEGOCIATION.....	136
§1. LE PRINCIPE MAJORITAIRE ET LA DEMOCRATISATION DE L'EXERCICE DU DROIT A LA NEGOCIATION.....	137
A - UN PRINCIPE POLYMORPHE.....	139
1. Plusieurs conceptions du principe majoritaire.....	141
a. Une majorité d'opposition.....	143
b. Une majorité d'approbation.....	147
2. Des significations variant selon la forme du principe majoritaire retenue.....	149
a. Une influence syndicale accrue avec la majorité d'adhésion.....	149
b. L'ambiguïté du droit d'opposition.....	150
B - LES SALARIES AU CŒUR DE LEUR REPRESENTATION.....	152
1. Le principe majoritaire permet de faire des salariés des acteurs de leur représentation.....	152
a. Une démocratisation lors de la validation des accords.....	153
b. Le principe majoritaire pendant les négociations d'entreprise.....	154
2. Un recours accru au référendum.....	155
a. La consultation contrariant la majorité d'approbation.....	155
b. La carence d'élection.....	157
§2. DEMOCRATISATION ET REPRESENTATION.....	161
A - NOUVELLE FORME DE REPRESENTATION SYNDICALE.....	161
1. Une représentation des salariés basée sur le vote.....	162
a. Une représentation basée sur les résultats électoraux.....	162
b. Entre l'intérêt majoritaire et l'intérêt collectif.....	165

2. Le maintien d'une subordination dans les relations collectives	168
a. Entre subordination juridique et subordination économique	169
b. Une subordination qui pénètre le champ de la représentation	170
B – UNE NOUVELLE FORME DE REPRESENTATION INDUIT-ELLE UN NOUVEAU TYPE DE NEGOCIATION ?	171
1. Quels sont les intérêts représentés pendant les négociations d'entreprise ?	173
a. La complexité de la définition des intérêts représentés	173
b. L'identité des titulaires du droit à la participation a évolué avec la loi du 4 mai 2004	174
2. Des élections dévoyées rendent certaines minorités invisibles	177
a. Des élections à la double signification	177
b. Une représentation plus partielle des salariés	179
PARTIE II LA CONVERGENCE ENTRE LES PROCEDURES DE NEGOCIATION ET DE CONSULTATION	182
CHAPITRE 1 LE MODELE TOPIQUE D'ARTICULATION DES PROCEDURES	183
Section I – UNE CONNEXION DE FAIT ENTRE LES PROCEDURES : "LA NAVETTE SOCIALE"	184
§1. UN CLOISONNEMENT ARTIFICIEL DES INSTITUTIONS	187
A – DES INSTITUTIONS REPRESENTATIVES AUX CARACTERISTIQUES DIFFERENTES	187
1. Des missions distinctes	187
a. Des missions différentes	187
b. Un croisement des missions peut exister	188
2. Des formes différentes de représentation des salariés	189
B – DES CAUSES D'INTERACTION MULTIPLES	192
1. La présence syndicale au sein du comité d'entreprise	192
2. Des domaines de compétences superposables	192
§2. LES MISSIONS DU COMITE D'ENTREPRISE ET DES DELEGUES SYNDICAUX PEUVENT ETRE COMPLEMENTAIRES	197
A – INSTAURATION D'UNE NAVETTE REPRESENTATIVE	197
1. Les raisons du développement de l'entente interinstitutionnelle	197
2. La reconnaissance jurisprudentielle du procédé	200
B – LES CONDITIONS DE L'EFFICACITE DU PROCESSUS	202
1. Le moment de la consultation	202
a. Le choix d'imposer des procédures successives	202
b. Des procédures suffisamment différées	203
2. Une coopération sans concurrence	204
a. Le rôle fondateur du syndicat	204
b. Une forme de coopération en devenir	205
Section II – LE DROIT COMMUNAUTAIRE	208
§1. LE CADRE LEGISLATIF COMMUNAUTAIRE PORTANT SUR LA REPRESENTATION DES SALARIES PENDANT LES NEGOCIATIONS D'ENTREPRISE	210
A - L'EVANESCENCE DU CADRE LEGISLATIF COMMUNAUTAIRE	210
1. Un cadre législatif quasi inexistant	210
a. Un droit communautaire qui n'identifie pas les représentants des salariés dans le cadre de négociations dans les entreprises nationales	211
b. Un droit de l'action plutôt que des représentants	213
2. Les exceptions à "la règle" de l'abstention du droit communautaire	214
a. Les entreprises de dimension communautaire et le GSN	215
b. Quelle représentation des salariés dans la société européenne et la société coopérative européenne ?	219
B - L'INFLUENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE	222
1. Le droit communautaire : un droit de l'action	223
a. Les incitations à la négociation d'entreprise	224
b. Les obligations de négocier	225
2. La conception communautaire de la négociation influence l'identité des acteurs de la négociation côté salariés	229
a. L'influence indirecte du droit communautaire sur la représentation des salariés	229
b. Une conception nouvelle de la négociation dans l'entreprise bouleverse la figure des représentants	231
§2. LA DETERMINATION DES REPRESENTANTS SALARIES PENDANT LES NEGOCIATIONS D'ENTREPRISE	233
A - SUR LE PLAN DU DROIT INTERNE	233
1. Repenser l'objet des négociations	233
2. Le droit communautaire tend-t-il vers une fusion des institutions ?	234
B - LES ENTREPRISES DE DIMENSION COMMUNAUTAIRE	237
1. Définir l'objet de la négociation passe par la détermination des négociateurs	238

2. Quels choix ?	244
a. Les institutions représentatives existantes dans l'entreprise européenne	244
b. La création d'un organe spécifique	248
CHAPITRE 2 LA NEGOCIATION SUR LA CONSULTATION	252
Section I - UNE NOUVELLE FORME D'ARTICULATION QUI BOULEVERSE LA REPRÉSENTATION DES SALARIÉS	254
§1. VARIATION AUTOUR DE L'ARTICULATION DE LA NÉGOCIATION ET DE LA CONSULTATION	254
A - L'ARTICULATION DES PROCEDURES SE JUSTIFIAIT PRINCIPALEMENT PAR UNE IDENTITE DES THEMES ABORDES.	254
1. Entre codécision et contrôle	255
a. L'implication du syndicat varie selon la forme de la participation	255
b. Une gradation de l'implication du syndicat selon les thèmes de consultation	257
2. Une délimitation claire des thématiques traitées par la négociation collective	262
a. La définition légale de la négociation réduit le périmètre des sujets traités	262
b. Des accords portant sur des thématiques échappant à la définition légale de la négociation	263
B - DE NOUVEAUX THEME DE NEGOCIATION POUR UNE NOUVELLE FORME D'ARTICULATION	263
1. Les accords de méthode	264
a. La contractualisation de la procédure de licenciement	265
b. L'extension de la négociation dérogatoire des accords de méthode	269
2. La négociation portant sur la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences	270
a. Une autre négociation possible sur l'articulation des procédures de consultation et de négociation	270
b. Une négociation sur l'emploi	271
§2. UN BOULEVERSEMENT DU MODE DE REPRESENTATION DES SALARIÉS	274
A - UNE MISE EN CONCURRENCE DU COMITE D'ENTREPRISE ET DES DELEGUES SYNDICAUX	274
1. L'affaiblissement du comité d'entreprise	275
a. Différents cas de mise sous tutelle d'un mode de représentation par l'autre	275
b. L'affaiblissement du comité d'entreprise dans le cadre de la procédure collective de licenciement	277
2. Les implications de la contractualisation	281
a. Les limites à la contractualisation de la consultation	281
b. La lourde responsabilité des délégués syndicaux	286
B - UN AUTRE MODE DE REPRESENTATION DES SALARIES	288
1. Une participation plus directe	288
a. La négociation permet d'intervenir plus directement dans les choix de l'employeur	289
b. Un dévoiement du sens de la négociation collective	289
2. Des contreparties équivoques	290
a. L'absence de contreparties proportionnées	290
b. Des conditions de représentation dégradées	292
Section II - CARACTÉRISTIQUES DE LA NOUVELLE FORME DE PARTICIPATION DES TRAVAILLEURS	294
§1. L'ARTICULATION DES PROCÉDURES : NOUVEAU SUJET DE NEGOCIATION OU ELEMENT CONSTITUTIF DE LA DECLINAISON DU PRINCIPLE DE PARTICIPATION	295
A - L'ABSENCE DE CORELATION ENTRE L'ARTICULATION DES PROCEDURES ET LES NOUVEAUX THEMES DE NEGOCIATION	295
1. L'articulation de la négociation et de la consultation comme thème de négociation	295
2. L'articulation des procédures n'est pas un sujet automatiquement associé aux nouveaux thèmes de négociation	296
a. La loi dite sur "le service minimum"	296
b. La consultation n'existe pas en la matière	300
B - L'ARTICULATION DES PROCEDURES : SUJET PARMIS D'AUTRES OU ELEMENT D'UNE NOUVELLE FORME DE PARTICIPATION ?	301
1. L'articulation des procédures comme sujet de la négociation	301
2. L'articulation des procédures comme élément de la négociation	303
§2. VERS UNE DECLINAISON DU DROIT A LA NEGOCIATION	305
A - NEGOCIATION OU CONSULTAION ?	305
1. Un travail de comparaison	305
2. Une nouvelle forme de négociation	306
a. Des thématiques éloignées de celle de la négociation	306
b. La gestion de l'emploi et le droit de grève	308
B - UNE FORME DE COGESTION ?	311
1. Une négociation de gestion	312
2. Une forme de cogestion ?	312
CONCLUSION	316

INTRODUCTION

Le droit à la participation des salariés, c'est la démocratie qui entre dans l'entreprise, c'est le salarié qui demeure citoyen sur son lieu de travail.

L'arrivée de la démocratie dans l'entreprise vient contrarier l'essence même du contrat de travail : la subordination du salarié à l'employeur. Le salarié est assujéti au pouvoir de direction de l'employeur, il n'est pas dans une relation d'égalité. En conséquence, il n'est pas libre. Le défi de la participation dans l'entreprise est le suivant : faire qu'un salarié soumis à un pouvoir de direction puisse être considéré comme libre, qu'il soit, au moins ponctuellement, sur un pied d'égalité avec l'employeur.

Ce droit à la participation a été affirmé constitutionnellement (alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946) : « Tout travailleur participe par l'intermédiaire de délégués à la détermination collective de l'ensemble des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Ce passage « du silence à la parole »¹ s'est construit, étape par étape, dans les entreprises : d'abord avec le comité d'entreprise (1946), puis quelques années plus tard avec l'entrée du syndicat dans l'entreprise (1968). Ces évolutions ont eu lieu au prix d'événements historiques majeurs. Chacune de ces formes de représentation porte la marque de luttes sociales ou politiques d'une importance capitale. Cette participation des salariés n'est pas le fruit d'une évolution "naturelle". Bien au contraire, les salariés et les syndicats ont imposé ces changements du fait de leur implication dans des combats divers. Ainsi, le comité d'entreprise est né au lendemain de la Libération, grâce à l'influence que les syndicats ont retirée de leur participation à la résistance. Quant au syndicat, il entre officiellement dans l'entreprise, suite aux événements de mai 1968.

L'idée de la démocratie dans l'entreprise a donc pris vie sous différentes formes et souvent par le biais d'un exercice collectif. Il faut noter qu'il existe un droit individuel à la participation², cependant, son exercice «est, dans la pratique, d'un intérêt limité »³. Ce droit semble d'ailleurs peu utilisé. Une des raisons de ce délaissement est due au fait que le salarié reste dans une relation subordonnée lorsqu'il s'exprime. Certes, la loi

1 En référence au livre de Le Goff « *Du silence à la parole* », Calligrammes, 1989.

2 Il s'agit du droit d'expression directe des salariés, droit introduit, à titre expérimental, par la loi du 4 août 1982 et pérennisé par la loi n° 86-1 du 3 janvier 1986. Ce droit individuel à la participation à la vie de l'entreprise permet aux salariés de s'exprimer sur leur travail et son organisation.

3 Gérard Lyon-Caen, Jean Pélissier, Alain Supiot, « Droit du travail », Dalloz, collection *Précis*, 19ième édition, 1998, p. 867.

lui assure un droit d'expression, mais cette liberté ne peut être totale à cause de l'ascendant de l'employeur sur le salarié. Pour cette raison, la solution la plus adéquate pour assurer une réelle participation des salariés est leur représentation. Seule la relation collective peut rétablir le salarié dans sa citoyenneté car la relation contractuelle peut difficilement être à la fois assujettissante et émancipatrice. Ainsi seules la négociation collective et la consultation du comité d'entreprise peuvent réellement garantir une forme de participation des salariés à la vie de l'entreprise.

Les textes de loi réformant le droit du travail se sont multipliés⁴, notamment ceux portant sur le principe de participation⁵. Ce droit s'est particulièrement développé par le biais de la négociation collective. Toutefois, le législateur a également réformé la consultation du comité d'entreprise, récemment sous l'angle d'une négociation portant sur la consultation⁶.

La négociation est devenue l'outil privilégié pour régir les relations de travail. Ce phénomène s'observe depuis quelques temps au niveau de l'entreprise⁷ et fait aujourd'hui son apparition au niveau national. En effet, à l'échelon national, on constate que la négociation est quasiment devenue un passage obligé pour réformer. La loi de modernisation du dialogue social⁸ dispose que « Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation »⁹. D'une certaine manière, les protagonistes¹⁰ sociaux s'inscrivent dorénavant dans le processus législatif. Il était d'ores et déjà possible de négocier des accords nationaux sur certains grands thèmes, mais c'est l'automatisme de la démarche qui est novatrice. Ce choix politique s'explique probablement par l'influence grandissante du droit communautaire, qui implique directement les protagonistes

4 Article Emmanuel Dockès, "Le stroboscope législatif", *Dr. soc.* n° 9/10, 2005, p. 835.

5 Il s'agit par exemple de la loi n° 2004-391 du 4 Mai 2004, loi n°2005-32 du 18 Janvier 2005, ...

6 Loi n° 2005-32 du 18 Janvier 2005 pérennisant les accords de méthode.

7 La loi du 4 Mai 2004 fait du niveau de l'entreprise l'épicentre des négociations, puisqu'il devient de plus en plus autonome.

8 **Loi n° 2007-130** du 31 janvier **2007** parue au JO n°27 du 1er février **2007**.

9 Article codifié sous le numéro L. 2211-1.

10 Nous préférons le terme de "protagonistes sociaux" à celui de "partenaires" car il nous semble plus neutre. Il reflète davantage les différentes conceptions de la négociation qui existent au sein des syndicats.

sociaux dans la création de la norme. Ce changement est également déclenché par les mobilisations des étudiants et des salariés contre des ordonnances instaurant le contrat "première embauche"¹¹ et le contrat "nouvelle embauche"¹². Dans les deux cas, l'absence totale de discussion avec les différents acteurs intéressés est venue s'ajouter à la carence de débat parlementaire sur ces questions¹³. Ce manque de considération pour les "partenaires" sociaux a été l'un des moteurs de la mobilisation. Il apparaît clairement que la réforme en droit du travail est mieux vécue, lorsqu'elle est décidée en concertation avec les acteurs concernés.

La négociation collective est donc devenue une étape inévitable pour réformer le droit social. L'"agenda social" élaboré par le pouvoir exécutif en 2008 est une parfaite illustration de cette prise de conscience.

Ce renouveau du dialogue social au niveau national conduit à s'interroger sur le rôle des protagonistes sociaux et leur légitimité à décider pour les salariés. Ces questionnements ont pris une tournure nouvelle avec l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008¹⁴ et sa transcription législative. Au-delà du rôle joué par le pouvoir exécutif tout au long des négociations (détermination des thèmes de négociation et du délai imparti, menace permanente de légiférer dans un sens bien précis), la question de la légitimité des différents acteurs a fait irruption lors de la transcription d'une partie de l'accord dans la loi. Christophe Barthélemy¹⁵ s'interroge sur le rôle des parlementaires au moment de l'adoption de cette loi, l'auteur explique qu'une intervention en vue de modifier le texte serait attentatoire à la volonté des signataires et, par conséquent, à l'équilibre de l'accord. Il en déduit que l'application de la loi de modernisation sociale induit une opposition de la légitimité sociale (incarquée par les syndicats de salariés et d'employeur) à la légitimité politique détenue par le parlement. Comment articuler les deux légitimités ? Le législateur doit-il servir de simple chambre d'enregistrement aux accords signés par les protagonistes sociaux ? Les signataires ont effectivement émis le souhait d'une reprise conforme de l'accord. Cette demande a trouvé un écho favorable auprès du gouvernement et de certains parlementaires.

Cette approbation provient d'une forme de confusion des légitimités. En effet, si les

11 Ancien article 8 de la loi du 31 mars 2006 sur l'égalité des chances.

12 Ordonnance n° 2005-893, relative aux contrats de travail "nouvelles embauches".

13 En effet, les ordonnances permettent au gouvernement de prendre des dispositions, dans des domaines précis, sans soumettre ces normes au parlement : article 38 de la Constitution.

14 ANI du 11 Janvier 2008 pour la modernisation du marché du travail.

15 Christophe Barthélemy "Rénover le dialogue social pour libérer le marché du travail", Journal *La tribune*, du 11 Mars 2008.

protagonistes sociaux souhaitent que leur texte porte le sceau de l'intérêt général, donc soit transformé en une loi, ils doivent accepter le jeu législatif et, subséquemment, l'éventuelle modification de leur accord.

Il n'y a pas d'opposition de deux légitimités, la hiérarchie des normes invite à admettre que le périmètre des légitimités, donc l'intérêt représenté, n'est pas le même selon la norme en question. Quand il s'agit d'un accord national, c'est l'intérêt collectif des salariés et celui des employeurs qui est représenté ; quand il s'agit d'une loi, c'est l'intérêt général. Or, les deux ne sont pas identiques. Ainsi, le second ne peut pas se substituer au premier. Le problème provient du fait que la loi de modernisation du dialogue social¹⁶ peut être interprétée comme une délégation de pouvoir du législatif vers les acteurs de la vie de l'entreprise.

Ce questionnement sur la légitimité des négociateurs ainsi que sur le type d'intérêt représenté se retrouve, sous une autre forme, au niveau de l'entreprise. En effet, la légitimité des acteurs de la négociation d'entreprise est souvent remise en cause. Le législateur a choisi de transformer le mode d'adoption des accords d'entreprise, tout comme le rôle des salariés, afin de résoudre ce problème. La mesure de l'audience électorale, la participation directe ont donc fait leur entrée dans la sphère de la négociation d'entreprise. Or, la spécificité de la représentation des salariés pendant les négociations tient à la représentation de l'intérêt collectif et non d'un intérêt majoritaire. La légitimité des acteurs ne peut être jugée et réformée qu'à l'aune de la détermination de l'intérêt en cause.

De plus, la légitimité des représentants est envisagée différemment, selon qu'il s'agit de l'une ou l'autre forme du droit à la participation. En effet, le droit à la participation des salariés se décline essentiellement sous deux formes : la négociation et la consultation. La particularité de ce droit constitutionnel tient également à son mode d'exercice, puisque les salariés doivent être représentés.

En comparant les acteurs de ces droits et leur mode de nomination, on fait le constat suivant : dans le cas de la négociation, les délégués syndicaux ne sont qu'indirectement les représentants des salariés, tandis que les titulaires du comité d'entreprise le sont directement du fait de leur élection. La représentation en tant que concept juridique est alors envisagée différemment, puisque le choix de la désignation du représentant des salariés à la négociation induit une représentation indirecte des salariés,

16 Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 parue au JO n°27 du 1er février 2007.

contrairement à l'élection. En effet, le délégué syndical représente le syndicat qui est le garant des intérêts des salariés. Aussi le lien entre le délégué syndical et les salariés ne peut-il être qu'indirect : c'est cette forme de représentation qui, aujourd'hui, semble poser problème.

La représentation indirecte des salariés par le délégué syndical n'a pas occasionné de difficultés jusqu'en 1982. Avant cette date, les accords d'entreprise consistaient en une adaptation des accords de niveau supérieur aux particularités de l'entreprise et ne pouvaient qu'y déroger *in melius* (en plus favorable pour les salariés). La problématique de la représentation était alors moins sensible, puisque les accords d'entreprise ne pouvaient qu'améliorer la situation des salariés.

En 1982, les "Lois Auroux"¹⁷ introduisent la notion de dérogation *in pejus* (en moins favorable) à la loi. Des accords d'entreprise peuvent à présent être moins-disants que la loi (dans des domaines très précis explicitement spécifiés par le texte de loi). Ainsi, les représentants des salariés vont-ils être conduits à céder des avantages sociaux par le biais d'accords d'entreprise. Cette évolution de la fonction même de la négociation collective est à l'origine d'une remise en question de la légitimité des représentants des salariés.

Le questionnement sur la légitimité est à la croisée de plusieurs problématiques et la relation de représentation indirecte entre salarié et délégué syndical n'est pas un facteur d'amélioration de la perception du rôle des délégués syndicaux.

La forme de la représentation des salariés pendant les négociations d'entreprise vacille depuis près de vingt ans. L'impact de cette remise en question est important, puisque l'efficacité du droit à la négociation tient au fait « qu'il est primordial, pour un bon exercice de la négociation collective, de conférer une nouvelle légitimité à ses acteurs. De la légitimité des partenaires sociaux dépend celle de l'accord collectif au-delà des seules questions de sa légalité »¹⁸. A travers la représentation des salariés, c'est la légitimité des normes issues de la négociation qui est remise en question. La loi du 4 mai 2004 aggrave cette situation en étendant la possibilité de dérogation *in pejus* à une vingtaine de textes de loi, par accord d'entreprise. Cette même loi modifie également l'articulation entre niveau de négociation. C'est-à-dire que, sauf stipulation contraire,

17 Loi du 4 Août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, loi du 28 Octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, loi du 13 Novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail.

18 Lydie Dauxerre, *La Représentativité syndicale, instrument du dialogue social*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 17.

un accord d'entreprise peut être moins favorable aux salariés que leur accord de branche. La question de la légitimité des accords signés devient prégnante.

Ce bouleversement de la hiérarchie des normes et de l'objet de la négociation d'entreprise semble être compensé par l'instauration d'une forme de principe majoritaire. Cependant, la traduction législative de ce principe reste très éloignée d'une conception démocratique de la négociation et de la conclusion des accords.

De plus, la généralisation du principe majoritaire (dans la version proposée par loi du 4 mai 2004¹⁹) ne répond pas à la délicate question de la représentativité des négociateurs. Le système inique de représentativité mis en place par l'arrêté du 31 mars 1966²⁰ perturbe l'ensemble de la réflexion sur la légitimité des acteurs à la négociation. Toutefois, sans entrer dans ce débat largement relayé par l'actualité²¹ et les nombreux travaux universitaires²², il est possible d'examiner la forme de la représentation pour elle-même.

La forme de la représentation des salariés est un facteur de l'efficacité de la participation. Les différences de perception des deux types de représentation qui existent dans le cadre du droit à la participation illustrent l'importance du choix des acteurs sociaux. La loi du 4 mai 2004 ouvre la possibilité de négocier avec les élus du personnel ou un salarié mandaté, en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise, et sous certaines conditions²³, dans l'objectif de permettre la tenue de négociation dans le plus grand nombre d'entreprises. Cette substitution de la légitimité élective à la désignation démontre que ce n'est pas tant le mode de nomination des acteurs de la négociation qui assoit leur légitimité, mais davantage le rapport qu'ils entretiennent avec les salariés. La détermination de l'intérêt représenté est au centre de la réflexion : les négociations d'entreprise doivent-elles faire émerger un intérêt collectif ou un intérêt majoritaire ? La confusion des formes de nomination des représentants durant

19 La position commune du 9 Avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme offre une autre vision du principe majoritaire puisque, en attendant l'instauration définitive de ce principe, seuls les accords adoptés par des organisations syndicales représentant au moins 30 % des suffrages valablement exprimés aux dernières élections professionnelles (celle du comité d'entreprise, de la délégation unique du personnel ou à défaut des délégués du personnel) peuvent adopter l'accord (si les organisations représentant la majorité de ces suffrages ne se sont pas opposées à l'accord).

20 La position commune propose l'abrogation de cet arrêté.

21 Du fait de la position commune qui est actuellement proposée à la signature.

22 A titre d'exemple, nous citerons la thèse de Lydie Dauxerre, *La Représentativité syndicale, instrument du dialogue social*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 17.

23 Articles L. 2232-21 et L. 2232-22 du Code du travail (article L. 132-26 a. C. trav.).

la consultation ou la négociation n'est pas anodine, ce choix implique une redéfinition de l'intérêt défendu par les représentants.

Le profil des représentants des salariés (élus, désignés...etc) permet de faire du droit à la participation, soit un droit du plus grand nombre, soit un droit du collectif représenté. La conception du droit constitutionnel à la participation mérite d'être précisée : s'agit-il d'un droit individuel exercé collectivement, d'un droit appartenant à la collectivité ou d'un droit de la majorité ? La seule certitude est que son mode d'exercice passe par la médiation de représentants qui, selon leur origine, leur mode de désignation, sont plus aptes à défendre l'une ou l'autre de ces formes d'intérêt.

Dans les entreprises, la gestion des relations sociales par le biais de la négociation est donc utilisée depuis fort longtemps. Les réformes récentes ne font d'ailleurs qu'encourager ce mouvement, notamment en encadrant ces négociations, afin d'en permettre le développement. L'évolution du droit à la participation des salariés est donc particulièrement marquée dans l'entreprise. Les dernières législations²⁴ ont amorcé une modification des relations entre les protagonistes sociaux et entre les salariés et leur représentant. En effet, les réformes entreprises concernent aussi bien le profil des représentants des salariés, l'intervention des salariés dans leur propre représentation que l'articulation des formes de la participation.

Les problèmes qui émergent de la participation des salariés dans l'entreprise augurent de ceux qui apparaîtront aux autres niveaux de négociation. Aussi l'étude des formes de la participation des salariés au niveau de l'entreprise et de leurs transformations nous semble-t-elle indispensable, afin d'envisager l'avenir de la participation des salariés dans son ensemble.

En plus d'un problème d'efficacité lié à la forme de la représentation, le droit à la participation connaît un problème d'effectivité. Les salariés éprouvent parfois des difficultés à exercer leur droit à la participation là où ils travaillent, du fait de la complexité de la structure de leur entreprise.

24 Notamment la loi du 4 Mai 2004.

Un droit effectif est une norme qui atteint l'objectif qui lui était assigné²⁵. Dans le cas du droit à la participation, la négociation collective donne réellement la possibilité aux salariés, par le biais de délégués, de déterminer les conditions de travail. Quant à la consultation du comité d'entreprise, il est plus risqué d'affirmer qu'elle permet de participer à la gestion de l'entreprise. Cependant ce droit offre une possibilité de contrôler la gestion de l'entreprise, ce qui peut être considéré comme une forme passive de participation à la gestion. Le droit à la participation est donc effectif. Toutefois, il n'est pas toujours efficace, notamment lorsque des salariés intérimaires ou d'entreprises sous-traitantes ne peuvent pas participer à la détermination de leurs conditions réelles de travail, puisqu'ils ne sont pas représentés durant les négociations se déroulant dans l'entreprise d'accueil. Le droit à la participation permet théoriquement la détermination des conditions de travail, mais son application dans une relation de travail complexe n'est pas toujours possible à l'endroit où le salarié exerce son activité. Cette nuance entre l'effectivité et l'efficacité est parfois tenue, parce que l'inefficacité tend vers un début d'ineffectivité ou, en tout cas, une effectivité partielle du droit observé.

Ainsi l'application du principe de participation n'est pas toujours possible dans le cas de salariés dépourvus de relations contractuelles avec l'entreprise où ils travaillent. Cependant, certaines adaptations sont en cours, sachant que le droit à la participation a connu de nombreux aménagements, tant d'un point de vue législatif que d'un point de vue jurisprudentiel. L'une des raisons de ces diverses transformations tient à l'organisation juridique et matérielle de l'entreprise. L'organisation fordiste permet une identification des centres de pouvoirs, des liens contractuels entre employeurs et salariés. Mais ce type d'organisation est devenu marginal ; aujourd'hui l'entreprise est souvent un maillon d'un réseau²⁶ et son fonctionnement dépend d'autres entreprises. Rares sont celles qui ne font pas partie d'un groupe ou ne dépendent pas d'une autre entreprise. Nous sommes entrés dans l'ère de la déstructuration et, de ce fait, l'exercice effectif du droit à la participation s'est compliqué. En effet, les salariés d'entreprises sous-traitantes, tout comme les salariés intérimaires, travaillent dans d'autres entreprises que celles qui les emploient. Ce phénomène de complexification de la relation salariale peut entraver l'exercice des droits des salariés, notamment celui de la négociation ou la consultation. L'effectivité du droit à la participation est remise en

25 Pour approfondir la notion d'effectivité, se reporter à l'article de Pierre Lascoumes et Evelyne Serverin, "Théories et pratiques de l'effectivité du Droit", *Droit et société* 2-1986, p. 127.

26 Voir la thèse d'Elsa Peskine, *Les Réseaux d'entreprise et le droit du travail*, Thèse, Paris X, 2004.

cause, puisque le salarié ne peut pas toujours exercer ses droits sur les lieux de son activité, et il ne participera pas à la détermination de ses conditions de travail. Il peut exister une différenciation entre le lieu de travail et l'entreprise où sont effectivement exercés les droits à la négociation du salarié.

La réorganisation de l'économie et des entreprises invite donc à réexaminer la situation des travailleurs d'entreprises extérieures.

Ces difficultés d'exercice du droit à la participation trouvent un début de solution dans la notion de communauté de travail. Les juges ont fait émerger cette notion, afin de permettre un exercice réel du droit à la participation des salariés là où ils travaillent. La notion jurisprudentielle de communauté de travail a alors pris de l'ampleur, mais elle reste cantonnée aux problèmes des élections. Ainsi, les salariés de la communauté sont uniquement concernés par les élections des délégués du personnel et du comité d'entreprise. L'exercice du droit à la négociation est délaissé.

L'effectivité du droit à la participation pourrait être renforcée, si la communauté de travail était un niveau à part entière de négociation. Les salariés devraient être représentés, quel que soit le droit en jeu ; cette reconnaissance partielle d'un droit effectif à la participation ne trouve pas de raison d'être.

La reconnaissance d'une communauté de travail devrait concerner l'ensemble des droits à la participation pour en permettre une meilleure effectivité. Les salariés intéressés sont identiques, mais la loi ne les reconnaît pas dans le cadre du droit à la négociation dans l'entreprise qui les accueille. La jurisprudence établit une distinction en fonction de la déclinaison du droit à la participation retenue.

L'étude des acteurs (côté salariés) du droit à la participation invite à établir le constat suivant : les acteurs du droit à la participation s'entrecroisent s'agissant des représentants (les élus peuvent négocier, le délégué syndical peut être présent au sein du comité d'entreprise), et les salariés représentés sont les mêmes.

Cette convergence, notamment des représentants des salariés, se conjugue avec une participation de plus en plus directe de ces derniers à la négociation. Cette tendance est illustrée par un recours plus fréquent au vote des travailleurs. Le choix d'appliquer une forme de légitimité électorale aux accords collectifs est au cœur des réformes mises en œuvre, à la fois par le biais des élus qui négocient (même si ce n'est pas le but de

ces réformes), mais aussi par une participation directe des salariés à la négociation. Ces possibilités nouvelles invitent à une réflexion sur le rôle du représentant et la définition de l'intérêt représenté.

La négociation et la consultation s'entremêlent de plus en plus. En effet, leurs acteurs se confondent et l'élection fait son entrée au cœur de la négociation. La convergence de ces deux procédures n'est pas nouvelle, puisque l'articulation de la négociation et de la consultation est un phénomène connu. Le propre de cette articulation de la négociation et de la consultation est le respect de l'intégrité de chaque phase (de consultation et de négociation).

Aujourd'hui, l'interchangeabilité des représentants, la place grandissante du vote, additionnées à des réformes qui ouvrent des négociations sur la consultation, permet de percevoir un changement d'approche du droit à la participation. Cette confusion des genres interroge sur l'avenir de la forme du droit à la participation dans l'entreprise. Ce droit se décline pour permettre de remplir au mieux les objectifs assignés par la Constitution : définir collectivement les conditions de travail et participer à la gestion de l'entreprise. En conséquence, le rapprochement des procédures peut faire entrevoir une dissolution d'un droit dans l'autre, une fusion des procédures en une seule, telles que l'envisage le droit communautaire. La déclinaison du droit à la participation répond à un objectif : celui d'une représentation adéquate, selon qu'il s'agit de négocier dans l'intérêt des salariés ou de prendre part à la gestion de l'entreprise. Cet objectif est-il respecté lorsque les procédures s'entremêlent ?

Le mélange des genres (acteurs, élections, ...) invite à s'interroger sur le rapport existant entre négociation et participation. Des réformes récentes proposent un nouveau modèle d'articulation des procédures, qui semble fortement influencé par le droit communautaire.

Le principe de participation est devenu un pivot de la vie de l'entreprise car l'entreprise est souvent régie par les conventions et accords collectifs. Il faut cependant signaler que de nombreuses entreprises, donc de salariés, ne connaissent pas de négociations. Dans le cas contraire, la négociation et la consultation encadrent les décisions patronales de gestion de leur société.

Incontestablement, le droit à la participation est entré dans la vie quotidienne de beaucoup de salariés. Son évolution récente répond probablement à de nouveaux besoins, mais de qui ? La nouvelle forme du droit à la participation s'assimile

davantage à une nouvelle forme de participation qu'à une fusion des procédures. On se demande donc à quelle nécessité elle répond.

En résumé, le droit constitutionnel à la participation se décline principalement sous deux formes : la négociation collective et la consultation. Ces droits découlent d'un même principe, mais leur forme est très différente, tant du point de vue des acteurs que du processus.

Ces différences marquent un choix fondamentalement distinct quant aux intérêts représentés pendant la négociation ou la consultation. C'est d'ailleurs l'une des explications de l'existence d'un canal dual de représentation ; au-delà des acteurs, c'est bien des intérêts représentés dont il s'agit. Le législateur, en participant à l'interchangeabilité des représentants et en introduisant de ce fait une part de vote dans les négociations a-t-il modifié les intérêts représentés ?

Les acteurs de la négociation permettent de comprendre le changement de nature de la négociation et de la consultation. On remarque alors une convergence des deux formes de la participation, phénomène confirmé par la possibilité de négocier le processus de consultation dans certains cas. Cette nouvelle articulation des phases de consultation et de négociation n'est pas une création en soi, puisque la navette sociale²⁷ existe depuis longtemps. Une étape supplémentaire est cependant franchie en soumettant la forme de la consultation à la négociation. S'agit-il d'une démarche de fusion des procédures pour uniformiser le principe de participation ou d'une nouvelle déclinaison de ce droit ?

Vu sous l'angle de la loi, le principe de participation permet d'établir des connexions entre la forme de la représentation et l'intérêt représenté. En effet, la déclinaison législative du principe constitutionnel de participation en deux droits à part entière, exercés de manière foncièrement différente, permet de s'interroger sur la polymorphie de la représentation. De même, en examinant les rapports qu'entretiennent ces droits issus de la même norme juridique, on distingue un dévoiement de leur forme initiale ; est-ce pour aller vers une troisième forme de participation ou pour uniformiser la matérialisation du principe de participation ?

27 Se reporter à l'article de Daniel Boulmier, "Consultation et négociation dans l'entreprise : la navette sociale, remède à la pesanteur", *Dr. ouv.* Août 1998, p. 350.

La traduction législative du principe de participation constitue un terrain d'observation de la représentation des salariés propice à s'interroger sur l'évolution du principe à travers ses déclinaisons légales.

Nous avons donc choisi d'étudier la représentation à travers ses acteurs (1^{ère} partie). Puis, forts du constat d'un rapprochement entre ceux-ci, nous avons étudié les rapports qu'entretiennent le droit à la négociation et le droit à la consultation (2^{ième} partie), tantôt articulation, tantôt fusion, tantôt soumission.

PARTIE I

LES ACTEURS DU DROIT A LA CONSULTATION ET DU DROIT A LA NEGOCIATION

CHAPITRE 1

LES REPRESENTANTS DES SALARIES

La particularité du droit à la participation est d'être un droit des salariés, dont l'exercice nécessite d'être représentés par un délégué, alors que d'autres droits fondamentaux des salariés sont d'exercice direct (le droit de grève par exemple).

La représentation des salariés fait la singularité de ce droit, que ce soit dans le cadre de la négociation (Section I) ou de la consultation (Section II). L'évolution de la forme de représentation contribue très directement à la transformation même du droit à la participation. L'influence des représentants des salariés sur ce droit et son effectivité est très importante.

Section I - LES REPRESENTANTS DES SALARIES PENDANT LA NEGOCIATION

Dans l'entreprise, c'est une délégation (§1) qui détient le rôle d'agent de la négociation au sens de l'article L. 2232-17 (L. 132-20 a. C. trav.). Elle est composée de salariés et du délégué syndical, la présence de ce dernier est incontournable puisque, sans lui, la délégation existe difficilement. Si le délégué syndical est l'agent central de la négociation d'entreprise, c'est parce qu'il représente son syndicat dans l'entreprise. Cette fonction représentative est au cœur de la représentation des intérêts des salariés durant les négociations d'entreprise. Le délégué syndical est le lien entre les titulaires du droit à la négociation et le détenteur légal de l'exercice de la négociation (le syndicat). Cette relation tripartite prend toute sa dimension au niveau de l'entreprise, où les contacts entre représentants et représentés sont directs. Cette relation fait toute la singularité du délégué syndical, comme agent de la négociation, particularisme qui se révèle notamment à travers son mode de désignation.

Il nous semble cependant que la représentation des salariés ne prend tout son sens que lorsque la délégation au complet est réunie, les salariés devenant acteurs de leur représentation.

Enfin nous verrons que, même sans délégué syndical, donc sans délégation, les négociations d'entreprise peuvent se poursuivre. En effet, il existe d'autres agents de la négociation d'entreprise (§2). Il s'agit des élus du personnel et des salariés mandatés. Ces nouveaux acteurs bouleversent les rapports entre représentés, représentants et acteurs de l'exercice de la négociation.

Cette évolution nous interroge sur la capacité juridique de ces agents, ainsi que sur le rôle des salariés dans leur propre représentation.

§1. LA DELEGATION

Elle est composée de travailleurs et du délégué syndical (A). Ce dernier est incontournable puisque, en son absence, la constitution de la délégation est plus compliquée. Son statut de représentant du syndicat dans l'entreprise en fait un agent de la négociation singulier.

Certes, la délégation peut exister sans les autres membres (B) que sont les travailleurs, mais ces derniers lui apportent une dimension participative.

A - LE DELEGUE SYNDICAL

Le mode de désignation (1) du délégué syndical s'explique par le lien juridique qui le rattache à son syndicat. De ce fait, les conditions de sa désignation sont riches d'enseignements sur sa fonction de négociateur dans l'entreprise. Ce détour par les conditions de désignation du délégué syndical nous permettra de mieux cerner les singularités (2) du délégué syndical négociateur dans l'entreprise.

1. Sa désignation

Pour que le syndicat puisse désigner un délégué syndical, plusieurs conditions doivent être réunies : les premières concernent le cadre de la désignation (a), c'est-à-dire la composition de l'entreprise ainsi que la place qu'y occupe le syndicat. Les autres conditions concernent la personne du salarié (b) qui sera désigné.

a. Le cadre de la désignation

Tous les syndicats représentatifs dans l'entreprise, qu'ils bénéficient d'une présomption ou qu'ils aient prouvé leur représentativité, peuvent désigner un délégué syndical lorsque l'entreprise compte plus de cinquante salariés depuis douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois ans précédant la désignation. Le décompte des salariés se pratique selon les conditions décrites dans l'article L. 2141-11 du Code du travail²⁸ (L. 412-5 a. C. trav.), le nombre de cinquante salariés au moins devant être

28 Ces règles de décompte sont régulièrement remises en cause, pour preuve en est l'ordonnance n° 2005-892 du 2 Août 2005 écartant les salariés de moins de vingt-six ans de l'effectif, texte qui a été jugé incompatible avec la directive européenne du 11 Mars 2002 par les juges de la CJCE (saisie par le Conseil d'État qui sursoit à statuer dans son arrêt du 23 Nov. 2005) dans un arrêt du 18 Janvier 2007, affaire C-385/05. Ou encore l'article 54 de la loi n° 2006-1770 du 30 Décembre 2006 "Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses

effectivement atteint pendant douze mois, cela se vérifie mois par mois, il ne s'agit donc pas²⁹ de faire une moyenne sur douze mois.

Cette condition numéraire s'accompagne d'une condition "qualitative", puisqu'il faut qu'une section syndicale existe dans l'entreprise³⁰, preuve de l'existence d'une réelle activité syndicale, pour que le délégué syndical puisse y être désigné. Cette condition fut remise en cause par un arrêt du 27 mai 1997³¹, dans lequel les juges ont décidé que la désignation du délégué syndical suffit à établir l'existence de la section syndicale³².

Si la condition du seuil de cinquante salariés n'est pas remplie, le législateur de 1982³³ a instauré un système supplétif. Ainsi, dans les entreprises de moins de cinquante salariés mais de plus de onze, le délégué du personnel peut être désigné délégué syndical³⁴ (cette loi alimente l'interprétation contestable faisant du délégué syndical le négociateur incontournable dans l'entreprise). Mais cette désignation est impossible si le délégué du personnel a été présenté sur la liste d'un autre syndicat. Cela signifie que le syndicat X ne peut pas désigner le délégué du personnel issu de la liste du syndicat Y. Cependant, un délégué du personnel qui s'est présenté au second tour comme candidat libre peut être désigné par un syndicat³⁵.

Cette possibilité n'est pas offerte aux établissements comptant moins de cinquante salariés mais faisant partie d'une entreprise dont l'effectif global est au moins égal à cinquante salariés³⁶.

Lorsque cette solution est choisie par les syndicats, la désignation du délégué du personnel en tant que délégué syndical n'augmente en rien son nombre d'heures de délégation, il doit remplir les deux fonctions avec des moyens identiques à ceux qu'il a en tant que délégué du personnel (L. 2143-6 du Code du travail).

La désignation de délégués syndicaux dépend également de la structuration de l'entreprise : lorsqu'elle compte un ou plusieurs établissements distincts de plus de

dispositions d'ordre économique et social" qui modifiait l'article L. 620-10, afin d'exclure du calcul des effectifs les salariés qui travaillent en exécution d'un contrat de sous-traitance ou de prestation de service ; l'article 54 fut déclaré contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 28 décembre 2006, n° 2006-545.

29 Cass. soc., 17 Déc. 1984, n° 84-60.491, Bull. civ. V, n°503.

30 Article L. 2143-3 du Code du travail

31 Cass. soc., 27 Mai 1997, n° 96-60.239, Bull. civ. V, n°194, p. 140.

32 Pour une analyse de l'importance que revêtait cette condition de "pré existence" d'une section syndicale dans l'entreprise, voir Corinne Sachs-Durand, "La légitimité syndicale dans l'entreprise", *Dr. ouv.*, Février 1993, p. 39.

33 Loi n°82-915 du 28 octobre 1982

34 Article L. 2143-6 (L. 412-11 a. C. trav.).

35 Cass. soc. 6 juill. 1999, Bull. civ. V, n° 336.

36 Cass. Ass. Plén. 14 Juin 1985., Bull. A.P.N 3, p.5.

cinquante salariés, le syndicat peut y désigner un délégué syndical par établissement et un délégué syndical central pour l'entreprise. Dans les entreprises de moins de deux mille salariés, le délégué central sera l'un des délégués syndicaux d'établissement (L. 2134-5 du Code du travail).

Ces conditions dépendent du cadre de la désignation, c'est-à-dire de l'effectif de l'entreprise, de la représentativité du syndicat. Pour les compléter, il existe une autre série de conditions qui sont propres à la personne du salarié voué à être désigné.

b. Les conditions propres à la personne du délégué syndical

Il existe des conditions propres à la personne du délégué syndical : « Le délégué syndical doit être âgé de dix-huit ans révolus, travailler dans l'entreprise depuis un an au moins et n'avoir fait l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative à ses droits civiques. », selon l'article L.2143-1 du Code du travail (L. 412-14 a. C. trav.). Ces conditions connaissent des exceptions en cas de création d'entreprise, d'ouverture d'établissement³⁷ et dans les entreprises de travail temporaire³⁸.

Les salariés souhaitant être désignés ne doivent pas être assimilables au chef d'entreprise. Pour éviter cela, selon les derniers arrêts de la Cour de cassation, ils ne doivent pas détenir de délégation particulière d'autorité établie par écrit.³⁹

Enfin, il existe un autre type de délégué syndical que l'on pourrait qualifier de "catégoriel" (alors que son syndicat ne l'est pas forcément). Sa désignation est également soumise à des conditions tenant au cadre de l'exercice de son mandat et à sa personne, plus exactement à ses qualifications : c'est cette condition d'appartenance qui détermine son statut de délégué syndical "catégoriel". Ainsi, dans les entreprises d'au moins cinq cents salariés, le syndicat qui a obtenu un ou plusieurs élus au comité d'entreprise, issus du collège ouvriers et employés, et au moins un élu dans un autre collège, peut désigner un délégué syndical parmi ses adhérents appartenant à l'un de ces collèges⁴⁰.

37 Le délai d'un an est réduit à quatre mois en cas de création d'entreprise ou d'ouverture d'établissement selon l'article L. 2143-1 du Code du travail (L. 412-14 a. C. trav.)

38 La condition d'ancienneté est fixée à six mois pour les salariés temporaires. Elle est appréciée en totalisant les périodes pendant lesquelles ces salariés ont été liés à ces entreprises par des contrats de missions au cours des dix-huit mois précédant la désignation selon l'article L. 2143-2 du Code du travail.

39 Pour une illustration récente Cass. soc. 1er Février 2006, JCP éd S 2006, 1246, note J.-Y Kerbouc'h.

40 Article L. 2143-4 du Code du travail.

Pour être désigné, le délégué syndical "catégoriel" doit être un adhérent du syndicat⁴¹, ce qui est une condition supplémentaire par rapport à la désignation classique du délégué syndical.

Qu'il soit "catégoriel" ou non, dès lors qu'un délégué syndical est désigné, il peut négocier dans l'entreprise. En effet, la désignation est synonyme de mandat automatique de négociateur, sauf expression contraire de son syndicat⁴².

2. Un négociateur singulier

Le délégué syndical est singulier de par son mode de nomination, par la complexité de ses missions et du fait du lien indirect de représentation qu'il entretient avec les salariés (si le délégué syndical les représente, ce n'est que par le biais du syndicat). Mais c'est cette relation tripartite entre le délégué syndical, le syndicat et les salariés qui permet de s'approcher d'une représentation de l'intérêt collectif et non d'intérêts particuliers ou corporatistes. Le détachement qui existe entre le délégué syndical et les salariés permet d'envisager une forme de représentation d'un intérêt supérieur, se situant à la fois au-delà des intérêts individuels additionnés mais aussi sur un autre plan que l'intérêt majoritaire.

C'est cette relation tripartite dans la représentation des salariés (a) qui est au centre de la négociation. Elle prend un tour particulier lorsqu'il existe plusieurs délégués syndicaux (b).

a. Une représentation tripartite

Le rôle du délégué syndical semble être envisagé de manière large par le législateur. D'ailleurs, il n'existe aucun article du Code du travail définissant exhaustivement ses missions. Ses compétences sont parfois qualifiées de générales : « les institutions syndicales, loin d'être cantonnées dans des missions précises et des pouvoirs particuliers, sont au contraire le siège d'une compétence générale. Cette compétence générale, c'est le délégué syndical et non la section syndicale qui en est titulaire, car c'est en lui qu'est concentré tout le potentiel d'action. »⁴³. La détermination des fonctions aujourd'hui occupées par le délégué syndical s'est souvent faite par le biais

41 Article L. 2143-4 du Code du travail.

42 Franck Petit, *La Notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000, p. 359. Voir aussi Cass. soc. 19 fév. 1992, n° 90-10-896, Bull. V, n° 106, p. 65.

43 Philippe Salvage, "La Compétence générale du délégué syndical", *Dr. soc.*, 1976, p. 396 et 397.

de la jurisprudence, ce sont les juges qui ont tracé les contours de sa mission en s'appuyant sur le fondement originel de sa présence dans l'entreprise : son rôle de représentant du syndicat auprès du chef d'entreprise.

Dans les faits, les frontières de ses activités furent surtout délimitées pour permettre une cohabitation avec le délégué du personnel⁴⁴. Il fallait différencier les deux rôles de représentant des intérêts des salariés en s'appuyant sur le fait que le délégué syndical représente le syndicat et anime la section syndicale. L'antériorité de la présence du délégué du personnel dans l'entreprise avait induit une appropriation de l'ensemble des tâches de représentation des salariés par ce dernier. L'arrivée du délégué syndical dans l'entreprise en 1968, donc près de trente-deux ans après le délégué du personnel, a porté un coup d'arrêt à l'extension de la mission du délégué du personnel⁴⁵.

Les juges ont voulu régir l'antagonisme qui opposait les deux fonctions, de célèbres arrêts⁴⁶ témoignent de cette démarche. Ainsi l'exercice de la négociation collective dans l'entreprise fut rapidement attribué au délégué syndical. De même, la partition de l'action revendicative quotidienne fut décrétée dans un arrêt qui marqua le début d'une jurisprudence plus que trentenaire. Cet arrêt du 24 mai 1973⁴⁷ pose le principe suivant : les délégués du personnel, du fait de leur proximité avec les salariés de l'entreprise, de l'établissement, peuvent réclamer l'application de leurs droits, tandis que les délégués syndicaux, en relation avec les salariés, le syndicat et la section syndicale, peuvent revendiquer des droits nouveaux. Cette distinction trouve plusieurs explications. Nous retiendrons avant tout que les revendications sont le terreau de la négociation, or cette mission était déjà l'attribut du délégué syndical.

Le travail de démarcation opéré par les juges fut confirmé par le législateur de 1982 qui définit clairement les missions du délégué du personnel⁴⁸ et qui, de façon concomitante, désigne le délégué syndical comme l'agent "central" de la négociation d'entreprise.

La définition stricte des missions du délégué du personnel reflète la liberté d'action laissée au délégué syndical, les marges de manœuvre du second étant définies en conformité avec sa mission de représentant du syndicat dans l'entreprise, et d'après

44 Voir la thèse de Georges Borenfreund qui retrace la progression de la jurisprudence dans la détermination des fonctions respectives du délégué syndical et du délégué du personnel : Georges Borenfreund, *L'Action revendicative au niveau de l'entreprise : rôle des délégués du personnel et des délégués syndicaux*, thèse, Paris X, 1987.

45 George Borenfreund dans sa thèse (préc.), notamment p.190, met en avant les difficultés causées par la reconnaissance du délégué syndical.

46 Arrêts Usinor et Citroën. Cass. soc. 15 Janv. 1970, Obs. *Les grands arrêts de droit du travail*, 3ième édition, Dalloz p. 481.

47 Un des premiers arrêts sur le sujet: Soc. 24 Mai 73 D. 1973. J. 600 note Savatier.

48 Article L. 2313-1 du Code du travail (L. 422-1 a. C. trav.).

les fonctions du délégué du personnel. La définition légale des missions du délégué du personnel atténue considérablement la concurrence qui pouvait exister entre délégué du personnel et délégué syndical. C'est la création du comité d'entreprise qui fera bientôt naître d'autres conflits de compétence, conflits alimentés par le fait que les rôles des uns et des autres sont appelés à évoluer. En effet, le délégué du personnel sera éventuellement amené à négocier dans l'entreprise, puisque la loi du 4 mai 2004 le permet.

Les lois dites "lois Auroux" confirment donc les fonctions de négociateur du délégué syndical, ainsi que celles de représentant du syndicat auprès du chef d'entreprise. Cette dernière fonction fait la singularité du délégué syndical et définit la manière dont le délégué syndical doit remplir ses missions, notamment celle d'agent de la négociation dans l'entreprise. Le délégué syndical représente le syndicat auprès de l'employeur et il représente les salariés (par le biais du syndicat), qui sont les titulaires du droit à la négociation durant les négociations d'entreprise. Ces fonctions pourraient sembler imperméables l'une à l'autre, mais elles sont intimement liées. L'analyse de l'articulation entre ces fonctions de représentation permet de définir le périmètre de représentation des salariés dont le délégué syndical est en charge pendant les négociations d'entreprise.

Les textes attribuant ces missions de représentation sont bien distincts, puisque celui attribuant les fonctions d'agent de la négociation d'entreprise se trouve dans la deuxième partie, livre II, titre III, chapitre II, section III sous la dénomination "Conventions et accords collectifs d'entreprise ou d'établissement", alors que le texte désignant le délégué syndical comme le représentant du syndicat est localisé dans la deuxième partie, livre I, titre IV, chapitre III, section I portant sur les "Conditions de désignation". Cette localisation des textes dans des livres différents du Code du travail interroge sur leur articulation. Le délégué des salariés⁴⁹ pendant les négociations est également représentant de son syndicat. Rien n'indique que ces fonctions s'excluent, bien au contraire, puisque, quand le délégué syndical négocie, il le fait dans l'intérêt des salariés mais également au nom du syndicat.

La désignation d'un délégué syndical dans l'entreprise a pour conséquence l'attribution automatique d'un mandat pour négocier dans l'entreprise. Cette jurisprudence constante⁵⁰ met aussi à jour le fait que les deux types de représentation s'entremêlent

49 Au sens de l'article 8 du préambule de la Constitution de 1946.

50 Cass. soc. 19 fév. 1992, n° 90-10-896, Bull. V, n° 106, p. 65. Pour plus de détails, voir l'ouvrage de Franck Petit, *La Notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000, p. 360 et s.

intimement : la représentation du syndicat est au cœur de celle des salariés. En droit, ces relations de représentation sont plus que liées, elles sont interdépendantes : c'est en tant que représentant du syndicat que le délégué syndical peut négocier dans l'entreprise, puisque l'organisation syndicale est l'agent de la négociation. Légalement, le délégué syndical ne fait qu'incarner son organisation pendant les négociations, c'est la personne physique qui représente la personne morale qu'est le syndicat. Le délégué syndical n'a aucune capacité propre à négocier, il n'a qu'un mandat du syndicat⁵¹. La représentation des salariés pendant la négociation découle de la représentation du syndicat par le délégué syndical, cette dernière est une représentation au sens civil du terme (article 1984 du Code civil) c'est-à-dire que « le contrat de mandat est le contrat de représentation en vertu duquel une personne, la mandataire, agit "au nom et pour le compte d'une autre personne" »⁵².

Le délégué syndical est l'organe représentatif du syndicat, puisqu'il en fait lui-même partie⁵³, c'est un des fondements juridiques au mandat automatique de négociateur qui accompagne la désignation du délégué syndical. L'organisation syndicale est légalement titulaire de l'exercice du droit à la négociation et le délégué syndical la représente. La représentation est inévitable, les organisations syndicales déclarées dans les formes légales⁵⁴ étant des personnes morales⁵⁵. Aussi, un accord doit être signé au nom du syndicat pour être valable (en pratique l'attribution automatique du mandat au délégué syndical règle le problème).

Finalement, la relation entre les salariés et leur délégué est plus indirecte que celle décrite dans l'alinéa 8 du préambule de la Constitution, puisque le représentant des salariés à la négociation est l'organisation syndicale, qui est elle-même représentée par son délégué syndical durant les négociations d'entreprise.

La relation entre le délégué syndical et son syndicat semble relativement évidente à

51 Sur le lien de représentation entre le délégué syndical et son syndicat Franck Petit, *La Notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000, p. 152 et s.

52 Jean-Marc Mousseron, *Technique contractuelle*, 3ième édition, édition Francis Lefebvre.

53 Différence de définition entre un organe représentatif et un représentant légal : le premier fait pleinement partie de l'organe qu'il représente, ce qui semble être le cas du délégué syndical qui n'est pas une personne extérieure au syndicat puisqu'il est nommé par ce dernier et reste sous son "autorité" durant toute la durée de son mandat. La différence de concept est expliquée par Yvaine Buffelon-Lanore, *Droit civil*, 14ième édition, Armand Colin.

54 Dans les formes décrites à l'article L. 2131-3 du Code du travail (L. 411-3 a. C. trav.).

55 L'organisation syndicale est une personne morale comme le précise, entre autre, l'article L. 2132-1 du Code du travail (L.411-10 a. C. trav.). Toute personne morale est, par définition, une personne juridique qui ne peut agir que par l'intermédiaire de personnes physiques.

qualifier, mais il n'en va pas de même pour la relation qu'entretiennent le délégué syndical et les salariés de l'entreprise durant les négociations, puisque le délégué représente les salariés par l'intermédiaire du syndicat. Nous approfondirons cette relation dans une autre partie de notre travail, mais il est certain que le délégué syndical ne doit pas perdre de vue que l'objet du syndicat qu'il représente est de défendre les intérêts des salariés.

Cette relation indirecte entre le délégué syndical et les salariés peut apporter un début d'analyse au fait que les salariés ne se sentent pas toujours bien représentés⁵⁶. Cela peut paraître paradoxal, parce que le délégué syndical représente le syndicat qui défend l'intérêt des salariés, donc cette relation "tripartite" ne devrait pas poser problème. Mais la représentation du syndicat peut enfermer le délégué syndical, dans la mesure où les intérêts exprimés par les salariés ne sont pas toujours identiques à ceux défendus par les syndicats⁵⁷. D'ailleurs le choix de la désignation s'explique aussi par le fait que ce mode de nomination des représentants permet de préserver les orientations nationales des syndicats dans les entreprises, et de ne pas tomber dans une sorte de corporatisme propre à l'entreprise⁵⁸. Par ce biais, le syndicat s'assure que le délégué syndical sera à l'écoute de ses revendications, puisque l'organisation « peut lui adresser des directives contraignantes, suspendre ses pouvoirs, voire le révoquer à tout moment »⁵⁹. Le fait que le délégué syndical négocie en tant que mandataire du syndicat le soumet au statut de ce dernier. Si le délégué syndical s'en écarte, il pourra être démis de ses fonctions de négociateur, voire destitué de son mandat de délégué syndical. Ces statuts sont parfois très généraux, notamment quant à l'identité des personnes dont l'intérêt doit être défendu. Dans ce cas, le périmètre de représentation du délégué syndical est-il supérieur à celui des salariés de l'entreprise ?

Le délégué syndical représente le syndicat : « Sa mission est donc à l'image de celle du syndicat. Son rôle ne peut pas aller au-delà de celui du syndicat. Des missions qui

56 Nous avons eu l'occasion d'interroger des délégués syndicaux sur leur sentiment par rapport à la négociation et il n'est pas rare qu'ils estiment devoir donner la priorité aux intérêts des salariés syndiqués, lorsqu'un conflit d'intérêt les oppose aux salariés pendant une négociation d'entreprise. Nous pensons que c'est révélateur du fait que le délégué syndical se sent plus obligé envers son syndicat qu'envers les salariés, puisque la relation à l'un est plus directe qu'à l'autre. L'enquête de la DARES (Enquête "réponse" 1998 questionnaire "représentants du personnel". De la participation au conflit par Daniel Furjot) démontre qu'un délégué syndical sur deux concerte les autres responsables de son organisation syndicale se trouvant dans son établissement (un tiers d'entre eux déclarent tenir des réunions avec des représentants de l'union locale ou de leur fédération) pour les négociations d'entreprise, alors qu'ils sont seulement de 36 à 39 % à consulter les salariés pendant les négociations salariales.

57 Nous étudierons ce problème dans un chapitre ultérieur, mais des affaires telles que celles des accords Bosch (avenant à l'accord sur le temps de travail de juillet 2004), Perrier (accord GPEC du 29 juillet 2004) ou l'accord SNCF (accord d'intéressement datant du 30 septembre 2005) sont une première illustration de notre propos.

58 Corinne Sachs-Durand, "La légitimité syndicale dans l'entreprise", *Dr. ouv.*, Février 1993, p. 39.

59 Franck Petit, *La Notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000, p. 154.

n'entreraient pas dans le champ d'action défini par l'article L.411-1 du Code du travail ne pourraient pas être remplies par un délégué syndical »⁶⁰, il est donc soumis aux statuts de son syndicat. Or, ceux-ci connaissent souvent des formulations très générales, notamment concernant leur objet ; il n'est pas rare que les syndicats se donnent pour but la défense des salariés en général.

Nous avons eu l'occasion d'étudier une quarantaine de statuts et de constater que, bien souvent, l'objet de l'action du syndicat était bien plus vaste que les limites de l'entreprise, puisque nous avons lu des statuts de syndicat, dont l'objet était la défense des salariés et de leurs familles, voire de la profession toute entière (dans des cas beaucoup plus rares, les statuts prévoient uniquement la défense des syndiqués, ce qui pose un problème de légalité). Lorsque les statuts syndicaux apportent une vision élargie des intérêts à défendre, le délégué syndical est-il limité par le cadre strict de l'exercice de son mandat : l'entreprise ?

Dans des négociations récentes, il est arrivé de constater que le choix de la fin donnée aux négociations par le délégué syndical n'était pas en adéquation avec la volonté de la majorité des salariés de l'entreprise. Ce fut le cas de la négociation qui a eu lieu à la SNCF : celle-ci portait sur l'intéressement des salariés, l'accord fut signé le 30 septembre 2005 par la CFDT, la CFTC, la CFE-CGC et le SNCS mais la CGT (premier syndicat de l'entreprise), l'UNSA, FO et la FGAAC, majoritaires au vu des résultats des élections professionnelles, ont exercé leur droit d'opposition à l'encontre de cet accord qui fut alors réputé non écrit. L'exercice du droit d'opposition fut réprouvé par beaucoup de salariés, qui espéraient une hausse de leurs revenus grâce à cet accord (d'ailleurs 74% des salariés ont approuvé l'accord). Les explications avancées par certains syndicats pour s'opposer à cet accord étaient très générales, ils défendaient une conception globale du syndicalisme et de l'intérêt du salariat. En s'opposant à cet accord, ils souhaitent manifester leur opposition au principe même de l'intéressement, il s'agissait de défendre un point de vue syndical avec lequel la majorité des salariés n'était pas en accord. Nous pouvons analyser cet événement de la manière suivante : les délégués syndicaux ont défendu le point de vue de leurs syndicats sur une question générale (donc une acception abstraite de l'intérêt des salariés) et non la conception de l'intérêt exprimé par les salariés. La sanction fut d'ailleurs immédiate, puisque tous les principaux opposants ont enregistré une baisse

60 Lydie Dauxerre, *La Représentativité syndicale, instrument du dialogue social*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 73.

d'audience aux élections professionnelles⁶¹.

En-dehors de la question de la représentation en général qui sera abordée ultérieurement, la question du périmètre d'action du délégué syndical est complexe. D'un côté, étant donné que seuls les syndicats représentatifs dans l'entreprise peuvent y négocier, il serait logique que les intérêts à prendre en compte pendant la négociation soient uniquement ceux des salariés de l'entreprise, cadre de la négociation, et non ceux de toutes les personnes éventuellement visées par les statuts. Mais cette vision restrictive du rôle du délégué syndical contrarie la mission générale des syndicats de défense des intérêts des salariés. Cette mission générale est reconnue par la jurisprudence puisque, en cas de conflit collectif, même les revendications professionnelles générales ne pouvant être satisfaites par l'employeur sont considérées comme licites. Ceci tend à prouver que le syndicat, a fortiori son représentant, doit défendre une vision générale du salariat dans l'entreprise. Cependant cet exemple a ses limites, puisque le droit de grève s'exerce sans représentation, la présence des délégués syndicaux n'est que facultative. Et les revendications générales sont parfois partagées par les salariés de l'entreprise, ils choisissent de les porter.

L'indépendance du délégué syndical vis-à-vis des salariés est la gageure de la défense d'une forme d'intérêt collectif mais au risque d'une forme d'institutionnalisation du syndicalisme qui concourt à sa remise en question par les salariés. Le lien entre le délégué syndical et les salariés doit donc être rétabli. C'est pourquoi nous pensons que, dans le cadre des négociations, le délégué syndical doit prioritairement essayer de convaincre les salariés du bien-fondé des revendications du syndicat mais, s'il y a désaccord, il doit porter les revendications des salariés de l'entreprise durant les négociations.

La prise en compte des intérêts des salariés peut encore se compliquer, lorsque chaque délégation compte plusieurs délégués syndicaux, voire un délégué syndical "catégoriel".

b. En cas de pluralité de délégués syndicaux dans l'entreprise

Les seuils légaux⁶² fixés pour déterminer le nombre de délégués syndicaux dans l'entreprise permettent de désigner cinq salariés dans les entreprises de plus de neuf

61 La CGT enregistre une baisse de 4 points, Sud rail de 0,5 % alors que les signataires enregistrent une hausse de 2,5 points pour la CFDT, de 1,5 point pour la CFTC lors des élections de délégués du personnel et du comité d'entreprise. Ce mouvement de protestation reste cependant faible mais non négligeable, étant donné l'histoire syndicale de la SNCF.

62 Articles R. 2143-2 du Code du travail (R. 412-2 a. C. trav.).

mille neuf cent quatre-vingt-dix-neuf salariés. Dans un tel cas de représentation multiple du syndicat, la composition de la délégation sera modifiée, puisque l'article L. 2232-17 du Code du travail (L. 132-20 a. C. trav.) prévoit que la délégation de chacune des organisations représentatives partie à des négociations dans l'entreprise comprend obligatoirement le délégué syndical de l'organisation dans l'entreprise ou, en cas de pluralité de délégués, au moins deux délégués syndicaux. Si le nombre de délégués syndicaux dans l'entreprise est supérieur à deux, nous supposons que la sélection des délégués syndicaux participant à la délégation se fera par le syndicat⁶³.

La représentation doit également s'adapter à la composition de l'entreprise : si celle-ci comporte plusieurs établissements, la délégation doit, selon nous, comprendre le délégué syndical central parmi les deux délégués composant la délégation. Il ne s'agit pas d'une obligation légale, puisque chaque délégué, quel que soit son niveau de négociation, représente le syndicat. Cependant, la représentation des salariés serait mieux assurée, étant donné que le délégué syndical central connaît les problématiques de tous les établissements.

La pluralité de délégués syndicaux résulte, soit d'un usage ou d'un accord améliorant les droits syndicaux des salariés, soit de l'effectif de l'entreprise. Dans cette dernière configuration, deux cas sont à distinguer : celui précédemment étudié et celui de la désignation de délégués syndicaux supplémentaires "catégoriels" (article L. 2143-4 du Code du travail ; art. L. 412-11, al. 3 a. C. trav.). Ces délégués catégoriels sont choisis parmi les ingénieurs, chefs de service, techniciens, agents de maîtrise et assimilés de l'entreprise. Les conditions de leur participation à une délégation en tant que délégué syndical pourraient dépendre du contenu de l'accord négocié. Si l'accord porte sur les salariés ayant le statut "cadre", alors la présence de ces délégués syndicaux serait opportune. Mais, dès lors qu'il s'agirait d'un accord généraliste, leur présence serait moins utile, voire à proscrire, si les thèmes de négociations portent uniquement sur les conditions de travail des salariés ouvriers et employés. Nous ne pensons pas que ce raisonnement soit valable légalement, dans la mesure où chaque délégué représente son syndicat. Le délégué doit donc être apte à défendre tous les salariés de l'entreprise, si son syndicat n'est pas catégoriel. Notre interprétation est renforcée par le fait que les organes s'occupant des cadres au sein des confédérations n'ont pas de statuts juridiques; c'est le cas de l'UGICT qui est l'organe chargé des questions spécifiques aux cadres au sein de la CGT. Ce service n'a aucune vie juridique à part entière et ne peut

63 Du fait du principe de liberté syndicale qui induit une libre organisation du syndicat.

donc pas avoir de délégués syndicaux spécifiques dans l'entreprise.

Aussi, si un délégué catégoriel prend part à une délégation, son pouvoir de représentation est, selon nous, identique à celui de tout délégué syndical, il est donc doté de la même capacité juridique à signer l'accord au nom de l'organisation syndicale, y compris en cas de désaccord entre les délégués syndicaux de la délégation.

Enfin, le délégué syndical est le pilier de la délégation, mais il peut être accompagné par d'autres salariés, dont le rôle et le statut sont à définir.

B - LES AUTRES MEMBRES DE LA DELEGATION

La délégation composée du délégué syndical et de salariés présente un grand intérêt, car elle oblige les délégués syndicaux à ne pas perdre de vue les intérêts des salariés travaillant dans l'entreprise, à rendre plus immédiat le lien entre la représentation du syndicat et, à travers elle, celle de l'ensemble des salariés. La délégation matérialise la relation tripartite entre le délégué syndical, le syndicat et les salariés de l'entreprise. L'intérêt de former une délégation est donc important.

De plus, il apparaît que le choix de ses membres reste relativement ouvert, même si le législateur a posé certaines limites (1).

Au vu des chiffres de la DARES lors de l'enquête réponse n°64⁶⁴, seuls 36 à 39% des représentants déclarent consulter les salariés pour les négociations d'entreprise et, lorsqu'elle a lieu, cette consultation ne semble pas prendre la forme de la délégation de l'article L. 2232-17 du Code du travail (L. 132-20 a. C. trav.). Plusieurs explications peuvent être avancées pour expliquer le fait que la délégation semble rarement constituée et, parmi elles, le statut (2) précaire des salariés qui intègrent la délégation. En effet, il n'existe aucune protection particulière les concernant, les salariés intégrant une délégation ne sont pas protégés et leur rôle manque de clarté.

1. Qui peut négocier au sein de la délégation ?

En premier lieu, la négociation d'entreprise concerne les salariés de l'entreprise (b).

64 Enquête "réponse" 1998 questionnaire "représentants du personnel". De la participation au conflit par Daniel Furjot. Cette enquête porte sur les pratiques de représentation des élus du personnel comme des délégués syndicaux ; les enquêteurs ont recueilli l'avis des représentants sur leur pratique durant la négociation.

Aussi, il est logique qu'ils puissent intégrer la délégation. Cependant, la négociation peut aussi concerner des salariés extérieurs à l'entreprise (a), tels que les salariés intérimaires, les salariés d'entreprises sous-traitantes, mais leur présence au sein de la délégation est sujette à discussion.

a. Les personnes extérieures à l'entreprise

La possibilité d'intégrer à la délégation des personnes sans lien avec l'entreprise a été envisagée par certains délégués syndicaux. Il pouvait s'agir de professionnels du droit ou du syndicalisme.

Cette éventualité pourrait être une composante de la liberté syndicale, il pourrait s'agir d'un choix d'organisation laissé aux organisations syndicales. Mais l'article L. 2232-17 du Code du travail (L. 132-20 a. C. trav.) dispose que seuls les salariés de l'entreprise peuvent être membres de la délégation qui négocie. La formulation de cet article : « chaque organisation peut compléter sa délégation par des salariés de l'entreprise » semble empêcher la présence, dans cette délégation, de personnes n'ayant aucun lien avec l'entreprise. D'ailleurs les juges condamnent systématiquement de telles formations, sauf si un accord ou un usage plus favorable ouvre cette possibilité. Jusqu'à présent, les recours en la matière ont essentiellement porté sur la présence de syndicalistes extérieurs à l'entreprise⁶⁵. Dans cet arrêt du 19 octobre 1994, le syndicat CSTM demande l'ouverture de la négociation annuelle obligatoire et, à cette occasion, fait connaître la composition de sa délégation : parmi ses membres, on trouve un permanent du syndicat. La présence de ce dernier est refusée par la direction, ce qui provoque un mouvement de grève dans l'entreprise. L'affaire est portée devant le Tribunal de grande instance. Le syndicat défend l'argument, selon lequel la composition de la délégation relève de son libre choix et qu'un usage autorisant une telle pratique existe dans l'entreprise.

Les juges de la Cour de cassation décident que la présence d'une personne extérieure à l'entreprise dans la délégation n'est possible qu'en vertu d'un accord ou d'un usage plus favorable.

Le raisonnement des juges quant à la présence de personnes extérieures est relativement clair lorsqu'il s'agit de personnes n'ayant aucun lien avec l'entreprise. Mais un doute important persiste lorsque les personnes visées entretiennent un lien avec l'entreprise mais sans en être salariées.

65 Cass. soc. 19 oct. 1994 : Bull. civ. V, n° 281; D.1995. Somm 370, obs. Borenfreund, *Dr. ouv.*, 1995, p. 148.

b. Les salariés présents dans l'entreprise

Selon la loi seuls les salariés de l'entreprise peuvent négocier au sein de la délégation. Il s'agit alors de préciser ce que recouvre l'expression "salariés de l'entreprise", autrement dit quels éléments juridiques peuvent définir un salarié de l'entreprise au sens de l'article L. 2232-17 du Code du travail (L.132-20 a. C. trav.). Notre interrogation porte notamment sur les travailleurs présents dans l'entreprise mais qui n'en sont pas salariés. Nous avons choisi de nous pencher sur le cas des salariés d'entreprises extérieures travaillant dans une entreprise utilisatrice, afin de comprendre comment cette réalité particulière est saisie par la règle légale qui, en théorie, semble exclure ces salariés de toute participation à une délégation. Cet exemple qui se situe aux frontières du problème de la composition de la délégation va nous permettre d'approcher les contours de cette définition.

A priori, l'article L. 2232-17 du Code du travail (L. 132-20 a. C. trav.) ne s'applique pas à ces salariés car leur situation juridique est celle de salariés d'une entreprise extérieure. Ils ne contractent pas avec l'entreprise utilisatrice, donc il n'existe pas de lien contractuel direct avec celle-ci. Ainsi nous pouvons penser qu'ils sont totalement extérieurs à l'entreprise utilisatrice. Cependant, les conditions de travail de ces salariés sont en grande partie dictées par l'entreprise utilisatrice⁶⁶. Cela est davantage vrai pour le salarié intérimaire que pour le salarié sous-traitant, qui ne doit en aucun cas avoir des conditions d'emploi et de travail totalement identiques à celles des salariés de l'entreprise utilisatrice, sinon la situation de travail peut être requalifiée en prêt de main-d'œuvre illicite⁶⁷, et sa relation juridique avec l'entreprise utilisatrice de contrat de travail à durée indéterminée.

Le cadre de travail impose donc des conditions de travail en grande partie similaires aux salariés de l'entreprise extérieure et à ceux de l'entreprise utilisatrice.

Ce lien est renforcé par la prise en compte de ces salariés dans l'effectif. En effet, l'article L. 1111-2 du Code du travail (L. 620-10 a. C. trav.) prévoit que ces salariés sont pris en compte dans l'effectif, au prorata de leur temps de présence au cours des douze mois précédant la mise en œuvre de la disposition légale visée (par exemple dans l'année précédant la désignation du délégué syndical). Il existe une exception à cette prise en compte dans l'effectif puisque, lorsque le salarié remplace un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu, il n'est pas pris en compte dans

⁶⁶ Le cadre de l'entreprise utilisatrice impose automatiquement certaines conditions de travail.

⁶⁷ Exemple : Cass. soc. 17 juin 2005, n°03-13707, Bull. V, n° 205, p. 181.

l'effectif.

Le fait que ces salariés d'entreprises extérieures comptent dans l'effectif permet d'avancer qu'ils sont pris en considération de manière singulière par le législateur, même s'ils ne sont pas liés contractuellement avec l'entreprise utilisatrice. Cette thèse est confirmée par le Conseil constitutionnel qui, dans sa décision du 28 décembre 2006 portant sur la loi du 30 décembre 2006⁶⁸, considère que « le droit de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à "la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises" 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 » .

Il nous semblerait logique que ces salariés soient admis à prendre part à la délégation puisqu'ils sont déjà comptabilisés dans l'effectif de l'entreprise. Le législateur les assimile, au vu de certains droits, à des salariés de l'entreprise.

Cette situation particulière nous invite à soutenir que l'exercice de certains droits ayant un lien avec les conditions de travail doit être rattaché au cadre d'exécution du contrat de travail. Cela se justifie pour les salariés intérimaires ou d'entreprises extérieures, puisqu'il leur est difficile d'exercer pleinement certains de leurs droits, tels que le droit d'expression ou le droit à la négociation dans leur entreprise. En effet, ces salariés passent peu, voire pas de temps dans leur entreprise.

Certes, c'est la relation contractuelle qui est à l'origine de ces droits, mais ils ont pour objet la définition des conditions de travail. Or, celles-ci dépendent en partie de l'entreprise utilisatrice. Le contrat fait naître ces droits mais le lieu d'exécution doit être le déclencheur de leur exercice. Cette interprétation est confortée par une lecture littérale de la Constitution qui précise dans l'article 8 de son préambule que : « Tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail... ». Il n'est nullement précisé qu'il s'agit des conditions de travail dans l'entreprise qui l'emploie.

Le problème de l'exercice des droits des salariés extérieurs est particulièrement notoire dans le cas du droit à la négociation, puisqu'il s'agit d'un droit d'exercice collectif. Il est né du contrat de travail mais « le contrat ne se résume pas à cette seule dimension. Il insère aussi le salarié dans une collectivité de travail, l'entreprise, la branche... Les

68 Loi n° 2006-1770 "Loi pour le développement de la participation et de l'actionariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social".

salariés ont là des intérêts communs, un intérêt collectif, distinct de l'intérêt individuel, à faire valoir»⁶⁹. Le plein exercice du droit à la négociation nécessite de pouvoir faire valoir ses droits individuels et collectifs. Or, les salariés d'entreprises extérieures ont une double appartenance, puisqu'ils ont une communauté de travail d'origine, où les intérêts communs sont d'ordre salarial par exemple, et une communauté de rattachement, où les intérêts communs portent sur les conditions d'exécution du travail (hygiène et sécurité, santé au travail...). Cette double appartenance devrait leur permettre d'être représentés dans les deux collectivités, donc d'avoir des représentants à toutes les négociations. Tout comme ces salariés extérieurs peuvent présenter leurs réclamations au délégué du personnel de l'entreprise utilisatrice ou faire partie du CHSCT⁷⁰, ils doivent pouvoir intégrer la délégation qui négocie.

Toutefois l'article L. 2232-19 du Code du travail (L. 132-21 a. C. trav.) semble contrarier notre analyse, puisqu'une représentation spécifique des salariés d'entreprises extérieures est organisée. Néanmoins, nous pensons que cette loi n'est pas un obstacle à notre interprétation, car ce texte ne constitue pas une forme d'exercice du droit à la négociation. En effet, il permet uniquement au délégué syndical de ces entreprises d'être entendu : « Lorsqu'une entreprise emploie, soit dans ses locaux, soit dans un chantier dont elle assume la direction en tant qu'entreprise générale, des travailleurs appartenant à une ou plusieurs entreprises extérieures, les délégués syndicaux des organisations représentatives dans ces entreprises sont, à leur demande, entendus lors des négociations ». Ces délégués syndicaux ne prennent pas part aux négociations, ils sont uniquement entendus, il ne s'agit ni du droit à la négociation, ni du droit d'expression des salariés. Cette forme de participation des délégués syndicaux ne s'oppose pas à une représentation directe de ces salariés durant les négociations de l'entreprise utilisatrice, elle complète ce procédé. Si la possibilité d'intégrer un salarié d'une entreprise extérieure n'est pas exploitée, les délégués syndicaux de l'entreprise extérieure pourront toujours se faire entendre. De toute façon, ce " droit d'être

69 Marie-Laure Morin, *Le Droit des salariés à la négociation collective principe général du droit*, LGDJ, 1994, p. 263 et s.

70 Cass. soc. ,14 Déc. 1999, n° 98-60.629. Aux termes de l'article L. 4612-1 du Code du travail (L. 236-2 a. C. trav.), le CHSCT a notamment pour mission de contribuer à la protection de la santé et de la sécurité des salariés de l'établissement et de ceux mis à sa disposition par une entreprise extérieure, y compris les travailleurs temporaires, ainsi qu'à l'amélioration des conditions de travail. En raison de la nature de cette mission, tout salarié peut être désigné en tant que membre de la délégation du personnel prévue par l'article L. 4613-1 et L. 4613-2 du Code du travail (L. 236-5 a. C. trav.) dès lors qu'il travaille dans l'établissement où le CHSCT est constitué. Un tribunal d'instance, qui relève que la salariée travaillait de façon permanente et exclusive depuis vingt-cinq ans sur le site d'un grand magasin parisien où elle partageait la même activité et les mêmes conditions de travail que les salariés des grands magasins, déduit à bon droit qu'elle était éligible à la délégation du personnel au CHSCT de cette entreprise.

entendu " ne satisfait en aucun cas le droit à la négociation de ces salariés, puisqu'il ne permet pas aux délégués syndicaux de prendre part aux négociations. Aussi peut-on douter de son effectivité et de son efficacité. En effet, pour se faire entendre, les délégués syndicaux doivent se manifester, mais comment le pourraient-ils s'il n'existe aucune obligation d'information ? Ce droit "d'être entendu" ne pourrait être réellement opérant que s'il s'accompagnait d'une obligation d'information des délégués syndicaux de l'entreprise sous-traitante, cette obligation pèserait sur l'employeur de l'entreprise utilisatrice où débutent des négociations collectives.

Marie-Armelle Rothschild-Souriac⁷¹ soutient que la participation possible de délégués syndicaux extérieurs à l'entreprise au processus de négociation (et non à la négociation) permet « d'encourager la "reconstitution de la collectivité du travail"⁷², et de tenir compte des solidarités qui se créent sur un même lieu de travail. La disposition de L. 132-21 peut être considérée comme esquissant de nouvelles unités de négociation. Mais il ne s'agit au mieux que d'une incitation en ce sens ». La possibilité de créer de nouvelles unités de négociations est une possibilité intéressante, mais nous pensons que la reconnaissance de droits attachés au lieu d'exécution du travail pour les salariés d'entreprises extérieures leur permettrait d'accéder plus rapidement à leur droit à la négociation.

La possibilité pour ces salariés de faire partie de la délégation reste donc très discutée. Ce débat nous ramène à l'étude de l'exercice de la négociation au sein de la communauté de travail, questions que nous développerons par la suite.

Cependant, même si le droit de ces salariés d'intégrer les délégations était reconnu, le statut très précaire des salariés membres de la délégation serait probablement dissuasif.

2. Rôle et statut des salariés membres de la délégation

La faiblesse de l'utilisation de ce dispositif s'explique probablement par les risques encourus par les salariés composant la délégation. Cette absence de statut protecteur (a) s'ajoute à la faiblesse du rôle que jouent ces salariés dans le cadre de la délégation (b).

Réciproquement, cette carence législative et jurisprudentielle a aussi pour origine la

71 Marie-Armelle Rothschild Souriac, *Les Accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse, Paris I, 1986, p. 436.

72 Déclarations du Ministre du travail à l'Assemblée Nationale J.O.A.N 12 juin 1982 p. 3304.

sous utilisation de ce dispositif. Si la délégation avait été une pratique répandue, cela aurait peut-être engendré du contentieux et le statut des salariés se serait peut-être renforcé.

a. Un statut très peu protecteur

L'article L. 2232-18 du Code du travail (L. 132-20 a. C. trav.) ne donne qu'une indication sur le statut des salariés membres de la délégation : les heures qu'ils passent à négocier sont rémunérées comme « temps de travail à échéance normale ».

Mis à part cette indication lapidaire, aucune précision n'est apportée : les salariés constituant la délégation ne sont soumis à aucune condition d'âge, de bonne moralité⁷³, de temps passé dans l'entreprise.

Il est difficile de parler de statut, puisqu'il n'existe aucune condition d'admission et aucun statut protecteur. En effet, ces salariés autorisés par le syndicat à négocier aux côtés du délégué syndical ne bénéficient d'aucune protection légale particulière. En cas de repréailles patronales, ils ne pourront qu'invoquer les dispositions d'ordre public protectrices de l'activité syndicale (articles L. 1132-1 [L. 122-45 a. C. trav.], L. 2141-5 [L.412-2 a. C. trav.] et L. 2146-2 [L. 481-3 a. C. trav.] du Code du travail) mais cette protection reste bien maigre. L'expression libre des salariés de la délégation durant la négociation est alors fortement compromise.

Il est certain que l'insécurité de la situation n'encourage pas la constitution de délégation avec des salariés. Par contre, les élus du personnel bénéficient d'une protection du fait de leur mandat électif. Ils peuvent donc être plus facilement sollicités par les délégués syndicaux pour former la délégation. D'ailleurs, les entretiens que nous avons pu avoir avec des délégués syndicaux révèlent qu'ils privilégient cette solution à la participation des salariés. C'est aussi pour cette raison que le concept même de délégation est tombé en désuétude.

Cette absence de statut protecteur pour les salariés membres d'une délégation semble totalement incongrue, alors que l'ensemble des agents de la négociation, y compris les salariés mandatés, en ont un.

L'absence de statut vaut non seulement pour la protection des salariés, mais aussi

⁷³ En comparaison, les salariés pour être éligibles au mandat de délégué du personnel ou de membre du comité d'entreprise ou désigné délégué syndical, ne doivent pas avoir encouru les condamnations prévues aux articles L. 5 et L. 6 du Code électoral selon l'article 2143-1 du Code du travail (L.412-14 a. C. trav.).

pour leur qualité de membre de la délégation, puisqu'il est difficile de définir leur rôle exact dans cette formation.

b. Le rôle des salariés de la délégation

Nous savons qu'ils entourent le délégué syndical, mais leur place au sein de la délégation est ambiguë. Certes, c'est l'organisation syndicale qui les a choisis pour constituer la délégation représentative du syndicat mais ils s'expriment également en tant que salarié de l'entreprise. Ce flou est en partie dû à l'absence de statut juridique de la délégation, cette carence légale renvoie probablement à la liberté d'organisation interne du syndicat.

Durant les négociations, les salariés membres ont autant le droit de s'exprimer que le délégué syndical, puisqu'ils forment tous ensemble la délégation de l'organisation. Mais qu'en est-il de la validation de l'acte ? En cas de conflit sur l'issue à donner aux négociations au sein d'une même délégation, imaginons que seul le délégué syndical veuille signer la convention collective alors que les salariés s'y opposent : l'accord doit-il être signé par le délégué syndical ou par la délégation toute entière ?

Le statut juridique de la délégation manque de clarté. Nous ignorons si elle représente le syndicat ou non mais, a priori, ce groupement n'a pas la personnalité morale. De plus, une personne morale ne peut pas représenter une autre personne morale, ce qui signifie que seule la signature du délégué syndical a une valeur juridique, étant le seul à représenter le syndicat. La présence des salariés au sein de la délégation manque de force contraignante, puisqu'ils ne sont pas obligés de trouver un compromis entre membres de la délégation pour signer un éventuel accord. Les salariés seuls ne peuvent pas valider un accord collectif, leur seule signature n'engagerait probablement qu'eux-mêmes. Cependant, selon Franck Petit⁷⁴, l'organisation syndicale peut faire le choix d'accorder une autorisation de contracter à ses salariés, en vertu de l'article L. 2231-2 du Code du travail (L.132-3 a. C. trav.), qui offre trois voies différentes pour ce faire : une stipulation statutaire de cette organisation, une délibération spéciale de cette organisation, des mandats spéciaux écrits qui leur sont donnés individuellement par tous les adhérents de cette organisation. Ainsi il existe « une extension du pouvoir de conclure auxiliaires de la délégation, à condition que cette habilitation complémentaire ne prive le délégué syndical du pouvoir de mener la discussion et de

⁷⁴ Franck Petit, *La Notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000, p. 364.

conclure »⁷⁵.

Cette possibilité ne peut être ouverte qu'à chaque membre de la délégation pris individuellement. Il n'est pas possible que le syndicat l'accorde à la délégation en tant que telle, puisqu'elle ne semble pas être une personne morale. Si chaque membre de la délégation se voit assigné ce mandatement, doivent-ils trouver un consensus ? Nous ne partageons pas l'avis de Franck Petit sur ce dernier point. Certes, le délégué syndical a un mandatement automatique, mais cela ne signifie pas qu'il prévaut sur les autres.

Une situation de ce type peut compliquer la conclusion de l'accord, si l'ensemble des mandatés d'une même délégation ne signe pas. Aux yeux de l'employeur, à qui les membres auront préalablement⁷⁶ présenté leur mandatement, l'accord signé par un seul de ses membres vaut convention collective.

Cette absence de statut de la délégation et de ses membres concourt à une sous-utilisation de ce procédé. Or, l'instauration d'une délégation obligatoire accompagnée d'un statut protecteur du salarié membre de la formation aurait peut-être permis d'éviter la crise de légitimité des délégués syndicaux, et donc de leurs accords. Le salarié aurait été au centre de la représentation des intérêts durant la négociation, ce qui aurait permis un échange plus important entre le délégué syndical et la collectivité de salariés, afin d'être plus en adéquation.

L'agent "traditionnel" de la négociation, le délégué syndical, peut être absent de l'entreprise pour divers motifs (taille de l'entreprise, pas de volontaire pour ce mandat...). La délégation est alors impossible à constituer, ce qui conduit les négociations d'entreprise dans l'impasse. Cette situation relativement fréquente va être résolue, puisque d'autres agents vont avoir la possibilité de palier l'absence du délégué syndical. La délégation est quasiment restée lettre morte mais d'autres agents de la négociation sont apparus.

⁷⁵ Franck Petit, *La Notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000, p. 360.

⁷⁶ Seule une information préalable à la négociation et pouvant être prouvée aura valeur d'information.

§2. LES AUTRES AGENTS DE LA NEGOCIATION D'ENTREPRISE

La délégation syndicale n'est pas l'unique négociateur dans l'entreprise, puisque la loi du 4 mai 2004⁷⁷ met en place un procédé de substitution au délégué syndical. En effet, les élus du personnel, membres du comité d'entreprise en tête, suivis par les délégués du personnel (A), vont pouvoir négocier en l'absence du délégué syndical. Cependant, ce qui semble être une révolution n'est qu'une répétition, puisque cette loi reprend quasiment l'intégralité de celle du 12 novembre 1996, qui s'inspirait elle-même d'un accord interprofessionnel datant du 31 octobre 1995.

Avec cette loi du 4 mai 2004 sur le dialogue social et la formation, le législateur a également confirmé qu'un salarié mandaté (B) pouvait négocier dans les entreprises dépourvues de toute représentation.

Ces solutions palliatives ne sont pas sans interroger sur la capacité de ces intervenants à négocier pour l'ensemble des salariés, et sur la mise à l'écart⁷⁸ du syndicat au profit d'une représentation plus directe des salariés avec la participation des élus.

A - LES REPRESENTANTS ELUS DU PERSONNEL

Les élus du personnel peuvent être des agents de la négociation à titre principal pour des accords bien spécifiques, ou à titre supplétif pour pallier l'absence de délégué syndical dans l'entreprise (1). Le fait que les élus puissent maintenant négocier dans l'entreprise a eu un impact direct sur le rôle du syndicat (2), tout en maintenant sa place de choix dans le processus de négociation.

1. Les rôles des élus et des syndicats dans la négociation d'entreprise

Les élus du personnel peuvent, depuis quelques années déjà, être les agents de la négociation à titre principal (a), c'est-à-dire, au même titre que les délégués syndicaux

⁷⁷ Loi n°2004 -391 du 4 Mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

⁷⁸ Nous qualifions ces procédés de substitution "de mise à l'écart des syndicats", dans la mesure où aucune mesure d'encouragement de l'implantation syndicale dans les entreprises n'a été envisagée antérieurement à la mise en place de ce procédé. Nous pensons, par exemple, à la proposition d'abaissement du seuil pour la mise en place des délégués syndicaux.

et, depuis la loi du 4 mai 2004, ils peuvent également faire office de négociateurs en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise (b). Selon la situation, leur rôle n'est pas envisagé de la même manière.

a. Les élus du personnel, agents principaux de la négociation

Lorsque la négociation porte sur l'intéressement des salariés aux résultats de l'entreprise, les agents possibles de la négociation sont nombreux : les délégués syndicaux dans le cadre d'une convention ou d'un accord collectif de travail, les représentants d'organisations syndicales représentatives au sens de l'article L.2122-1 du Code du travail (L. 423-2 a. C. trav.), le comité d'entreprise ou encore la majorité des deux tiers du personnel approuvant un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise. Mais « 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 de ces organisations ou ce comité. »⁷⁹

Ces agents ne sont pas supplétifs au délégué syndical, car ils peuvent conclure un accord en sa présence. Tous ces représentants sont donc en concurrence.

Cette multiplicité s'explique peut-être par la volonté du législateur de voir ce type d'accord se développer, malgré la réticence idéologique de certains syndicats⁸⁰. Il est certain que le thème particulier de ces accords pose problème à beaucoup de syndicats, étant donné qu'il s'agit d'une relation extra salariale qui est réprouvée par l'idéologie développée dans certaines confédérations. D'autre part, certaines organisations peuvent craindre que le statut de salarié intéressé aux résultats de son entreprise soit un frein à la participation aux conflits collectifs. Le législateur, probablement conscient de ces réticences et souhaitant que ces accords soient proposés au plus grand nombre, a élargi la capacité de contracter à un maximum d'agents. Cette possibilité de négocier des accords d'intéressement avec d'autres négociateurs que les délégués syndicaux peut être envisagée comme une première atteinte au monopole syndical accordé par le législateur. Cependant, pour Vincent Bonin⁸¹, cette loi n'atteint pas le monopole syndical sur la négociation collective, puisque les accords signés ne sont pas de droit commun. Effectivement, ces accords

79 Article L. 3212-5 du Code du travail (L. 441-1 a. C. trav.).

80 Cette réticence transparaît avec l'accord d'intéressement à la SNCF du 30 septembre 2005, affaire dont nous avons traité au début de ce chapitre.

81 Vincent Bonin, "Le choix de l'organe de représentation des salariés lors de la conclusion d'un accord collectif", *Dr. ouv.*, Août 1998, p. 340.

portent sur des thèmes qui n'entrent pas dans le rapport de subordination, étant donné qu'ils ne portent pas sur les salaires, car l'intéressement n'en a pas la nature juridique. Les revenus de l'intéressement seraient plus proches des dividendes des actionnaires. Ainsi, « Ce n'est plus en qualité de travailleur subordonné que le salarié acquiert le droit à l'intéressement ou à la participation. C'est en qualité de membre de l'entreprise »⁸². La relation entre les salariés et l'employeur dans le cadre de ces accords n'est pas une relation de subordination. Pour preuve, le versement de la prime d'intéressement est maintenu, même quand le salarié a quitté l'entreprise⁸³.

Ces accords spéciaux n'entrent donc pas réellement dans le cadre juridique du droit à la négociation, car ils n'ont pas pour but de compenser une situation contractuelle inégalitaire. La notion d'accords collectifs semble donc inadaptée à la nature de ces accords, ils devraient donc faire l'objet d'une clause contractuelle signée individuellement par les salariés.

Ainsi, la négociation d'accord d'intéressement par d'autres personnes que le délégué syndical n'est pas une atteinte à la vocation naturelle de négociateur du délégué syndical puisqu'il ne s'agit pas d'accord collectif au sens légal.

Un autre auteur⁸⁴ (Marie-Armelle Rotschild-Souriac) avance des explications différentes sur la possibilité pour des agents autres que le délégué syndical de négocier des accords d'intéressement. Ce type d'accord serait négocié et conclu par le comité d'entreprise, puisque cette institution a un point commun avec ce type d'accord : comité d'entreprise et accords d'intéressement sont voués à la collaboration et à la coopération.

Enfin, toujours selon Marie-Armelle Rotschild-Souriac, cette possibilité peut également réitérer une matérialisation supplémentaire du rejet de certains employeurs face aux syndicats comme interlocuteurs durant les négociations.

Depuis la loi du 12 novembre 1996, la possibilité pour les élus du personnel de négocier ne se cantonne plus à ce type d'accord, elle est devenue générale lorsqu'il n'existe pas de délégué syndical dans l'entreprise. Cette mesure, alors temporaire, a été pérennisée et renforcée par la loi du 4 mai 2004⁸⁵ qui autorise qu'en l'absence de

82 Vincent Bonin, préc. p. 343 et 344.

83 Cass. soc. 9 Mai 1996, D. 1996, I.R. p. 155. Les primes d'intéressement sont souvent dues au titre d'un exercice comptable, le salarié touchera donc la prime, quelle que soit sa situation à la fin de l'exercice.

84 Marie-Armelle Rotschild-Souriac, *Les Accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse, Paris I, 1986, p. 342.

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

délégué syndical les accords d'entreprise soient négociés avec des élus du personnel et, en l'absence d'élus, avec un salarié mandaté par un syndicat. Cette possibilité doit être ouverte par un accord de branche étendu. Cette loi a rouvert le débat sur la capacité des élus du personnel à représenter effectivement les salariés, alors même qu'ils n'ont pas été élus dans cette optique.

Enfin, la position commune adoptée le 9 avril 2008⁸⁶ accroît considérablement les possibilités de recourir aux élus pour négocier. Son article 4-2-1 stipule qu' « A défaut d'un tel accord de branche conclu au plus tard dans les douze mois de l'entrée en application du présent accord, les accords collectifs pourront être négociés et conclus :

- avec les représentants élus du personnel (CE ou à défaut, DUP ou DP) dans les entreprises de moins de 200 salariés, dépourvues de délégué syndical ;

- avec un salarié mandaté par une organisation syndicale reconnue représentative au niveau de la branche dans les entreprises où les élections de représentants du personnel ont conduit à un procès-verbal de carence. »

L'accord de branche prévoyant et encadrant une telle possibilité est abandonné. Le recours aux élus pour négocier est largement facilité. De nouvelles conditions d'adoption des accords négociés par les élus sont mises en place (article 4-2-4 de la position commune).

b. Les élus comme agents supplétifs de la négociation

Selon certains auteurs, le monopole syndical sur les négociations réservait l'exclusivité des négociations d'entreprise au délégué syndical. Cela signifiait que, sans délégué syndical dans l'entreprise, aucune négociation n'était possible. Cette thèse fut régulièrement remise en cause⁸⁷ par certains auteurs de doctrine et quelques parlementaires qui n'adhéraient pas à cette lecture restrictive de l'article L. 132-20⁸⁸. Ces derniers n'ont pas manqué de proposer, lors de discussions de textes de loi portant sur la négociation, d'inscrire dans la loi un rôle actif du comité d'entreprise

86 Position commune du 9 Avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

87 Bien avant la décision du Conseil constitutionnel.

88 Les arguments s'opposant au monopole syndical s'appuyaient sur des textes tels que l'article L. 2242-1 du Code du travail (L. 132-27 a. C. trav.) qui dispose que la présence d'une section syndicale dans l'entreprise déclenche les négociations annuelles obligatoires. Or la création d'une section n'est soumise à aucun seuil, les employeurs des entreprises de moins de cinquante salariés sont donc soumis à l'obligation annuelle de négocier. Pour satisfaire à leurs obligations légales, les employeurs doivent engager des négociations : cela signifie qu'ils doivent convoquer aux négociations les syndicats représentatifs dans leur entreprise ; concrètement nous supposons que cela prend la forme d'un courrier LRAR adressé aux structures locales de ces syndicats. Celles-ci sont alors libres, selon nous, de mandater un salarié de l'entreprise. Or ce texte est bien antérieur à celui de 1996 ; la possibilité de mandater un salarié existe donc depuis longtemps, et le monopole syndical est remis en cause depuis quelques temps déjà.

durant les négociations d'entreprise. Une telle proposition fut ainsi faite durant les débats précédant le vote de la loi du 13 juillet 1971⁸⁹, tout comme en 1982, lors de la discussion sur la proposition de loi du ministre Auroux⁹⁰.

Le Conseil constitutionnel⁹¹ a finalement confirmé que le monopole syndical de la représentation des salariés en matière de négociation collective n'existait pas. Il en a été déduit que le délégué syndical n'avait pas l'exclusivité de la représentation des salariés durant les négociations d'entreprise. Cependant, les juges ont tempéré cette affirmation en découvrant aux syndicats un droit de préemption sur les négociations, "une vocation naturelle" à défendre les intérêts des salariés, notamment par le biais de la négociation collective.

La confirmation disant que, constitutionnellement, il n'existe aucun monopole du syndicat et, par là même, du délégué syndical sur les négociations d'entreprise, a permis de pérenniser et d'étendre les mesures de la loi de 1996 portant sur la représentation pendant les négociations d'entreprise.

La loi du 4 mai 2004⁹² a ensuite définitivement permis l'incursion des élus du personnel dans les négociations collectives, mais à plusieurs conditions (articles L. 2232-21 et L. 2232-22 du Code du travail ; L. 132-26 a. C. trav.) : des négociations avec les élus du personnel peuvent avoir lieu dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, si une convention de branche ou un accord professionnel étendu le prévoit. Ce texte doit également fixer le cadre de la négociation d'entreprise, c'est-à-dire les thèmes soumis à négociation et les modalités de suivi de l'accord par l'observatoire paritaire de branche. Lorsque ce cadre textuel existe, l'absence de délégué syndical ou de délégué du personnel faisant fonction de délégué syndical dans les entreprises de moins de cinquante salariés est donc solutionnée en permettant aux représentants élus du personnel au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel de négocier. Toutefois, il nous semble que l'absence de délégué syndical dans les entreprises de plus de cinquante salariés ne doit pas être le fait de l'employeur. Nous pouvons aisément imaginer qu'un employeur récemment condamné pour discrimination syndicale ne puisse prétendre appliquer cette mesure, même si l'accord de branche dont dépend son entreprise permet la mise en place de ce procédé.

89 J.O.A.N 15 mai 1971, voir travaux de Marie-Amelle Rotschild-Souriac qui relate tous ces événements : Marie-Armelle Rotschild-Souriac, *Les Accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse, Paris I, 1986. p. 348.

90 J.O.A.N 11 Juin 1982 p. 3244-3245.

91 Dans sa décision du 6 Novembre 1996, n° 96-383.

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

Enfin, la position commune adoptée le 9 avril 2008⁹³ accroît considérablement les possibilités de recourir aux élus pour négocier. L'article 4-2-1 de la position commune ouvre la possibilité de passer outre l'accord de branche étendu (dans un délai de douze mois suivant « l'entrée en application du présent accord »). Et de nouvelles conditions d'adoption des accords négociés par les élus sont mises en place (article 4-2-4 de la position commune). Les négociateurs de branche avaient visiblement⁹⁴ souhaité écarter cette possibilité de négocier avec les élus. Mais si la position commune est reprise dans une loi, les employeurs pourront recourir directement aux élus pour négocier.

Lorsque les élus sont autorisés à négocier, il reste la question de la forme de leur "délégation". Les membres élus du comité d'entreprise vont-ils tous participer aux négociations collectivement, ou seul l'un d'entre eux sera-t-il désigné par ses pairs ? L'identité syndicale des membres du comité d'entreprise sera-t-elle prise en compte ? Selon la circulaire DRT du 22 septembre 2004, l'ensemble des représentants du personnel siégeant au comité d'entreprise est nécessairement appelé à participer à la négociation, mais le secrétaire ou un membre du comité d'entreprise peut être mandaté pour la signature de l'accord d'entreprise. Cette interprétation correspond à la lettre du texte L. 2232-23 du Code du travail (L. 132-26 a. C. trav.) qui dispose que « les représentants élus du personnel au comité d'entreprise » peuvent négocier et signer, les élus sans étiquette syndicale étant compris dans cette formation particulière. Cela pose également la question de l'intégration des suppléants à la délégation qui, selon quelques auteurs, ne seraient pas inclus puisque « la référence ainsi opérée aux représentants élus du personnel au comité d'entreprise et aux délégués du personnel ne vise...que les seuls titulaires. »⁹⁵, mais les suppléants sont également des élus. Ainsi leur participation aux négociations est envisageable.

Une telle négociation semble très compliquée à mettre en place car les élus du comité d'entreprise, toutes appartenances confondues, doivent se mettre d'accord puisque, si l'on s'en tient à l'interprétation (sans valeur juridique) de la circulaire du ministère, la signature du côté salarié est unique. Il n'y aurait qu'un représentant des salariés, même s'il est en fait composé de plusieurs élus.

93 Position commune du 9 Avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme. A l'heure où nous écrivons ces lignes, la position commune est à la signature. Et par définition il ne s'agit que d'une déclaration d'intention, puisqu'elle n'a aucune applicabilité directe.

94 Seuls seize accords de branche autorisant élus et mandatés à négocier ont été conclus, dont douze ont été étendus (chiffres issus du rapport en vue de l'évaluation de la loi n° 2004-391 du 4 Mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social. Janvier 2008. Ministère du travail, des relations sociales et de la solidarité).

95 Bernard Teyssié, "La négociation d'accords collectifs par des représentants du personnel ou des salariés mandatés", *D.* 2004, p. 2383.

Le procédé est le même avec les délégués du personnel. Toujours selon la circulaire du ministère, ils négocient tous mais rien n'est précisé quant à l'identité des signataires. On en déduit donc qu'il s'agit d'une signature unique. Mais cette lecture est contestable puisque seule la mesure de la majorité est exigée (ses modalités devant être définies par les accords de branches⁹⁶). Aussi une signature unique n'est-elle pas envisageable car elle nécessiterait l'unanimité, alors qu'elle n'est nullement requise par les textes.

Dans ce cadre légal de représentation des salariés, la mesure de la majorité doit être définie par les accords de branche.

Enfin, une fois l'accord négocié et signé⁹⁷ par les élus du personnel, il doit être soumis à l'approbation d'une Commission paritaire nationale de branche⁹⁸, dont le fonctionnement est déterminé par l'accord de branche ou l'accord professionnel étendu. La mission de cette commission reste imprécise. A priori, son contrôle doit se limiter à la légalité du texte, puisque l'opportunité d'adoption doit uniquement dépendre du libre arbitre des parties à la négociation, selon Bernard Teyssié appuyé en cela par le sénateur Gilbert Chabroux⁹⁹ qui indique que l'approbation de la commission est « une vérification en droit et non en opportunité. Ces organismes, quelle que soit leur compétence, ne peuvent connaître la situation de chaque entreprise »¹⁰⁰.

Ces arguments ne nous convainquent pas puisque, juridiquement, c'est cette approbation qui emporte la validation du texte. En effet, ce sont les membres de la commission qui représentent les parties au contrat que sont les syndicats, les élus du personnel n'étant pas en capacité de le faire. Ainsi la commission est une partie au contrat. Nous pensons donc que le contrôle en opportunité ne peut pas être exclu.

L'approbation ou la désapprobation de la commission doit être matérialisée par un procès-verbal qui complétera les formalités classiques de dépôt d'un accord.

La négociation par les élus du personnel fait débat puisque, selon certains parlementaires, ces « instances n'ont pas pour objet légal de défendre les intérêts matériels et moraux de leurs mandants, qui n'ont même pas l'expérience et la

96 Bernard Teyssié, "La négociation d'accords collectifs par des représentants du personnel ou des salariés mandatés", *D.* 2004, p. 2383.

97 L'article de la loi du 4 Mai 2004 codifié sous le numéro L. 2232-23 du Code du travail (L. 132-26 a. C. trav.) augmente les prérogatives des élus du personnel qui, sous l'empire de la loi de 1996, devaient se contenter de négocier l'accord.

98 La position commune propose que les accords signés avec les élus entrent en vigueur après accord au sein du comité d'entreprise ou de la majorité des élus (DUP ou DP) et validation par une commission paritaire de branche qui a pour attribution de contrôler que l'accord n'enfreint pas les dispositions légales ou conventionnelles applicables (article 4-2-4).

99 J.O Sénat, séance du 11 Février 2004, p. 1446.

100 J.O Sénat, séance du 11 Février 2004, p. 1446.

formation nécessaires à cette tâche, la mission de se confronter, dans le secret des PME, à des employeurs qui jouiront ainsi d'un avantage d'autant plus exorbitant que la base de négociation sera à géométrie variable du fait de la suppression du principe de faveur »¹⁰¹. Leurs détracteurs les accusent de ne pas faire confiance aux élus du personnel ou arguent que le champ de leur attribution est maintenant élargi et que les élections sont un excellent moyen de se former à l'art des négociations¹⁰².

Il ne s'agit pas tant d'une question de capacité ou de compétence que d'une question de sens de l'élection. En effet, les salariés n'élisent pas ces instances dans le but de négocier. Leur vote tient donc compte de la capacité des élus à accomplir une tâche bien précise qui n'est pas celle de la négociation. De plus, ces arguments font fi de la capacité du délégué syndical à ouvrir le débat sur des problèmes plus généraux que ceux propres à l'entreprise.

Ces agents supplétifs de la négociation posent de la sorte la question du rôle des syndicats dans ces délégations : est-il conforme à l'avis du Conseil constitutionnel, la vocation naturelle des syndicats est-elle respectée ? Nous nous interrogeons également sur la valeur juridique de ces accords.

2. La place des organisations syndicales lorsque l'accord est négocié par un élu

Si ce n'est pas forcément le représentant du syndicat qui négocie dans l'entreprise, le syndicat reste acteur de la négociation en tant que détenteur du droit à l'exercice de la négociation collective. Le monopole syndical (a) quant à l'exercice de la négociation est même indirectement maintenu.

C'est cette présence syndicale qui va permettre de qualifier les actes ainsi validés d'accords collectifs d'entreprise (b).

a. Le maintien du monopole des syndicats

Certes le Conseil constitutionnel a affirmé que les organisations syndicales n'avaient pas de monopole en matière de négociations collectives, mais il a également affirmé leur « vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective,

101 A. Vidalies, JOAN, 2e séance, 11 Déc. 2003, p. 12242. Adde, M. Billard, F. Dutoit, M. Jacquaint et A. Vidalies, JOAN, 1re séance préc. p. 12507 s. ; G. Chabroux et R. Muzeau, JO Sénat, 11 Février 2004, p. 1445s.

102 Bernard Teyssié, "La négociation d'accords collectifs par des représentants du personnel ou des salariés mandatés", *D.* 2004, p. 2383.

la défense des droits et des intérêts des travailleurs»¹⁰³. Ainsi, les juges confirment que le législateur a accordé l'exclusivité de la négociation aux organisations syndicales, notamment par le biais du délégué syndical dans l'entreprise, sans pour autant que ce choix n'ait été particulièrement guidé par un principe supérieur d'origine constitutionnelle. En effet, l'article 8 du préambule de la Constitution parle d'un délégué mais ne précise pas que celui-ci doit être lié à un syndicat. La détermination de ce délégué est donc laissée au libre choix du législateur.

Nous pouvons regretter que d'autres principes supérieurs, d'origine internationale, n'aient jamais été invoqués, afin de soutenir que les syndicats sont détenteurs de l'exercice des négociations¹⁰⁴. En effet, les conventions de l'Organisation internationale du travail développent une vision organique¹⁰⁵ de la négociation collective qu'il aurait été intéressant d'opposer à celle des constituants français.

La reconnaissance par le Conseil constitutionnel d'une vocation naturelle des syndicats à représenter les intérêts des salariés durant les négociations collectives est pour le moins intrigante, étant donné que cette allégation ne semble pas prendre sa source dans la Constitution. Comme le souligne Gérard Lyon-Caen : « il est étrange de découvrir dans le texte constitutionnel une "vocation naturelle" des organisations syndicales ; il ne dit rien de tel »¹⁰⁶. Aussi est-il difficile de définir les prescriptions qui découlent de cette vocation naturelle. La suite du paragraphe de la décision du Conseil constitutionnel peut éventuellement nous éclairer, puisque les juges décident que les élus ou les salariés mandatés « peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail », à condition que « leur intervention n'ait ni pour objet ni pour effet de faire obstacle » à l'intervention des syndicats. Cette décision est confortée par le maintien légal du monopole des syndicats sur la négociation. Il est certain que le délégué syndical n'est plus l'agent unique de la négociation mais, légalement, le syndicat reste détenteur de l'exercice de ce droit.

103 Conseil Constitutionnel, 6 Novembre 1996, n° 96-383.

104 En effet, la convention n° 98 de l'Organisation internationale du travail ratifiée par la France indique que le droit de négocier est le droit des syndicats de salariés et d'employeurs. Ce texte prête à discussion quant à son application en droit interne ; certes, du fait de sa ratification, il doit être incorporé en droit interne ; cependant cela ne signifierait pas pour autant qu'il est "self-executing" , c'est-à-dire exécutoire du seul fait de son incorporation dans l'ordre juridique interne (voir Nicolas Valticos, Un système de contrôle international : la mise en œuvre des conventions internationales du travail, recueil des cours de l'académie de droit international, 1968, p. 344). Il serait intéressant de voir ce débat se tenir devant une juridiction française.

105 Marie Laure Morin, *Le Droit des salariés à la négociation collective*, L.G.D.J., 1994, p. 62 et s.

106 Gérard Lyon-Caen, "L a Constitution française et la négociation collective", *Dr. ouv.*, Décembre 1996, p. 479.

Nous en déduisons que l'intervention des élus ou des mandatés n'est possible que par le biais des syndicats, c'est-à-dire que, même lorsqu'il n'y a pas de délégué syndical dans l'entreprise, le syndicat doit superviser les négociations. Le rôle des organisations se situe pendant les phases antérieures et postérieures à la négociation dans l'entreprise. Tout d'abord, elles participent à la négociation de l'accord de branche mettant en place la possibilité de pallier l'absence de délégué syndical dans l'entreprise. Ce type d'accord nécessiterait peut-être la signature unanime des négociateurs, afin de respecter la vocation naturelle des syndicats à représenter les intérêts des salariés, tout comme les accords préélectoraux pour garantir l'authenticité des élections. Puis la présence des organisations syndicales dans les commissions paritaires leur offre un droit de regard sur les accords signés. Cependant, comme nous l'avons souligné, il faut rechercher quel type de contrôle est effectué par ces commissions. Tout va dépendre de ce que prévoit l'accord de branche étendu, puisque c'est dans ce texte que les conditions d'approbation par la commission seront définies.

Les organisations syndicales sont également représentées à travers leurs élus qui négocient, bien que la proportion des élus sans étiquette syndicale soit supérieure au score de chaque autre syndicat ; ces élus sans affiliation représentent 14,8 % des élus au comité d'entreprise et 24,6 % des élus délégués du personnel¹⁰⁷.

Lorsque des accords sont conclus par les élus du personnel, ont-ils la nature juridique de conventions ou accords collectifs d'entreprise ?

b. La nature juridique des accords ou conventions d'entreprise signés par les élus du personnel

Pour conclure un contrat, il faut avoir la capacité juridique. En principe, les personnes physiques l'ont, sauf cas d'incapacités prescrites par la loi¹⁰⁸. Quant aux personnes morales, tout dépend de leur constitution. En l'occurrence, le comité d'entreprise a la capacité juridique lorsqu'il est considéré dans son entier¹⁰⁹, mais aucunement lorsqu'il n'est fait appel qu'à ses membres élus, comme cela est le cas dans la loi du 4 mai 2004.

Or, contrairement à la loi de 1996¹¹⁰, les élus négocient et peuvent conclure des

107 DARES, Les institutions représentatives du personnel en 1999, Nov. 2001, n° 48-1.

108 Nous faisons ici référence aux adultes incapables ou aux mineurs.

109 Mais la conclusion d'accord avec le comité d'entreprise n'est juridiquement pas possible étant donné que le président du comité est l'employeur. Ce dernier ne peut donc pas contracter avec lui-même, d'où une remise en cause de la valeur juridique des accords d'intéressement ou de participation. Sans l'employeur, le comité n'a plus la personnalité juridique, mais avec lui, il ne peut pas signer de conventions d'entreprise.

110 Qui ne prévoyait pas la conclusion de ces textes par les élus du comité d'entreprise.

accords. Nous pourrions en déduire que ces textes n'engagent que les élus personnes physiques¹¹¹, puisque seul le comité d'entreprise dans sa globalité, président compris, est une personne morale. Les élus du comité ne représentent qu'eux-mêmes à ce stade de l'accord, et ceci même si c'est un accord de branche étendu qui a mis en place ces agents de la négociation. C'est l'approbation par une commission paritaire nationale de branche qui va donner à ce contrat la valeur juridique d'une convention d'entreprise, à condition que cette formation regroupe l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans le périmètre d'application de l'accord. Les personnes physiques habilitées à représenter leur organisation valident directement l'accord et les organisations syndicales, personnes morales représentant les intérêts individuels et collectifs des salariés, s'expriment donc à travers elles. L'accord conclu puis approuvé sera alors un accord collectif d'entreprise (la position commune du 9 avril 2008 prévoit expressément que le rôle de la commission paritaire consisterait uniquement en un contrôle de légalité et de conventionalité, ce qui ne constitue pas une validation).

Quant aux délégués du personnel, ils n'ont pas la personnalité morale¹¹², qu'ils soient considérés isolément ou en groupe, la seule manière de l'acquérir étant, dans les entreprises de moins de cinquante salariés, d'accepter d'être désigné délégué syndical.

C'est pourquoi la valeur juridique de leur signature est remise en cause. Tout comme celle des membres du comité d'entreprise. C'est encore l'approbation de la commission paritaire mixte qui donne sa valeur à l'accord collectif d'entreprise.

Toutefois, dans les deux cas une habilitation légale à conclure existe aussi il est compliqué de soutenir avec fermeté que lorsque ces élus signent un accord d'entreprise il n'a pas réellement la valeur juridique d'un accord.

Ces questions restent inchangées sous l'ère de la position commune¹¹³. Le seul changement de fond quant à l'entrée en vigueur des accords signés par les élus est l'approbation obligatoire du comité d'entreprise ou des élus délégué du personnel, qui s'additionne à la validation de la commission paritaire (qui consiste uniquement en un contrôle de légalité et de conventionalité)¹¹⁴. De manière générale, ces interrogations

111 Sauf stipulations statutaires ou délibération spéciale de l'organisation ou encore mandats spéciaux écrits qui sont donnés individuellement par les adhérents de l'organisation : article L. 2231-2 du Code du travail (L.132-3 a. C. trav.).

112 Vincent Bonin, "Le choix de l'organe de représentation des salariés lors de la conclusion d'un accord collectif", *Dr. ouv.*, Août 1998, p. 340.

113 Position commune du 9 Avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme. A l'heure où nous écrivons ces lignes, la position commune est à la signature. Par définition, il ne s'agit que d'une déclaration d'intention puisqu'elle n'a aucune applicabilité directe.

114 Article 4-2-4 de la position commune.

sur la valeur des accords signés par les élus vont s'accroître, puisque de plus en plus d'accords devraient être signés par des élus si la position commune trouve à s'appliquer. Il en va de même en ce qui concerne les salariés mandatés, puisqu'il ne reste qu'un recours pour négocier lorsqu'il n'existe pas d'élus dans l'entreprise : le mandatement. Or cette possibilité est également plus largement ouverte par la position commune.

B - LE MANDATEMENT

Le mandatement est une technique encadrée par le législateur depuis quelques années seulement. Toutefois l'arrêt « Dame Charre » du 25 janvier 1995¹¹⁵, qui a reconnu la légalité de cette pratique pour la première fois¹¹⁶, démontre qu'elle est en fait aussi ancienne que le monopole du syndicat sur la négociation.

A travers cette histoire récente du mandatement (1) se dessine la figure du mandaté (2) au statut particulier et, à travers lui, celle de l'évolution de la place des salariés dans la négociation d'entreprise.

1. Histoire récente du mandatement

La technique du mandatement fut tout d'abord approuvée par les juges. Ainsi, les débuts de cette histoire du mandatement sont jurisprudentiels (a), mais plusieurs lois vont confirmer (b) cette possibilité.

a. Des débuts jurisprudentiels

Dans la mesure où les organisations syndicales représentatives sont les agents de la négociation collective et que la délégation n'est pas présentée comme l'unique forme de représentation mais comme la règle, lorsque sa constitution est impossible, aucun texte de loi ne semblait interdire une forme de représentation autre¹¹⁷ si les organisations syndicales en sont à l'origine. Cette lecture de l'article L. 2232-17 du

115 C. cass 25 janvier 1995, n° 9045796, Bull, V, n°40, p. 29.

116 Avant qu'un texte de loi ne régitte la technique du mandatement.

117 Nous pouvons même noter que l'article L. 2231-2 du Code du travail (L.132-3 a. C. trav.) prévoit que la représentation des syndicats peut prendre d'autres formes que le délégué syndical et que ses représentants peuvent contracter au nom du syndicat. Aussi ces représentants seraient-ils habilités à négocier au nom du syndicat.

Code du travail (L. 132-20 a. C. trav.), qui sera retenue par les juges de la Cour de cassation dans un arrêt "Dame Charre" du 25 janvier 1995¹¹⁸, a ébranlé le système de négociations d'entreprise en légalisant, pour la première fois, la technique du mandatement.

Cet arrêt marque les balbutiements du mandatement. Le raisonnement juridique permettant d'avoir recours au mandatement est assis, mais le statut du mandaté est inexistant. Ceci risque de rendre le mandatement inefficace parce que trop risqué pour les salariés qui ne bénéficient d'aucune protection particulière et doivent se contenter de l'usage du droit commun contre les discriminations syndicales. D'ailleurs le professeur Georges Borenfreund souligne cet écueil dans le commentaire qu'il fera de cet arrêt¹¹⁹.

b. Une confirmation législative

L'assise de cette procédure sera finalement assurée par une loi du 12 novembre 1996¹²⁰, qui autorise le mandatement à titre expérimental et sous certaines conditions. A l'occasion de l'adoption de cette loi, le Conseil constitutionnel a été saisi et, dans sa décision du 6 novembre 1996¹²¹, a défini les termes du mandatement : « Considérant qu'il résulte du second alinéa du III que les conditions d'exercice du mandat de négociation seront arrêtées par les accords de branche, que, compte tenu des conséquences attachées à l'existence même d'un mandat, notamment à l'obligation qui pèse sur le mandant d'exécuter les engagements contractés par le mandataire conformément au pouvoir qui lui a été donné, la détermination des conditions d'exercice du mandat de négociation doivent 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 ; que, sous cette réserve, la procédure de négociation ainsi instaurée n'est pas contraire aux prescriptions du huitième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ».

118 C. cass 25 janvier 1995, n° 9045796, Bull, V, n°40, p. 29.

119 Gérard Borenfreund, D 1995, p. 274.

120 Loi n°96-985 du 12 novembre 1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective.

121 Conseil constitutionnel DC n° 96-383, 6 Nov. 96. C'est à l'occasion de cette décision que le conseil affirma que les syndicats ont vocation naturelle à assurer la défense des droits et intérêts des travailleurs mais n'ont pas le « monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective ».

Ce premier "tracé" du statut du mandatement s'accompagne d'une possibilité de protection du mandaté¹²² ; en effet, l'accord de branche devait définir les détails de cette protection. Le statut des mandatés n'était donc pas uniforme, puisqu'il pouvait varier selon les accords.

Puis la pratique du mandatement sera démocratisée par les lois Aubry¹²³, puisque les incitations financières à conclure des accords de réduction du temps de travail vont fortement pousser les employeurs, y compris dans les très petites entreprises, à chercher des interlocuteurs avec qui négocier. La technique du mandatement est alors très utilisée.

Le recours à cette forme de mandatement était considérablement simplifié car elle ne nécessitait pas d'accord de branche et que, dans le cadre de la première de ces lois, aucun référendum n'était prévu pour valider les accords.

La loi du 4 mai 2004, fortement inspirée par la position commune du 16 juillet 2001, reprend les grandes lignes de la loi du 12 novembre 1996¹²⁴. Voici en substance ce que précise, en matière de mandatement, la loi du 4 mai 2004 « sur le dialogue social » : en l'absence de délégué syndical et d'élus du personnel certifiée par un procès-verbal de carence, une convention de branche ou un accord professionnel étendu peut prévoir le mandatement.

L'obligation de justifier d'un procès-verbal de carence¹²⁵ (elle figurait dans la position commune de 2001) pourrait être un frein potentiel au développement de la négociation dans les petites entreprises, alors que l'essence même du mandatement est de permettre aux salariés des petites entreprises d'exercer à leur niveau leur droit à la négociation. En effet, cette condition peut priver les salariés des entreprises de moins de onze salariés d'exercer leur droit à la négociation dans leur entreprise puisque, dans ces petites structures, il n'existe pas d'obligation d'organiser d'élections (donc

122 Article 6 III de la loi « Les modalités de protection de ces salariés et les conditions d'exercice de leur mandat de négociations seront arrêtés par les accords de branche. »

123 Loi Aubry I du 13 juin 1998, n°98-461 sur la réduction du temps de travail et la loi Aubry II du 19 janvier 2000, n°2000-37 sur la réduction du temps de travail.

124 Loi n° 96-985 du 12 Novembre 1996, relative à l'information et à la consultation des salariés dans l'entreprise et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective, loi qui s'inspirait elle-même d'un ANI datant du 31 octobre 1995 portant sur la politique contractuelle.

125 L. 2232-25 du Code du travail (L. 132-26 III a. C. trav.) « La convention de branche ou l'accord professionnel étendu mentionné à l'article L. 2232-21 peut prévoir que, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et lorsqu'un procès-verbal de carence a établi l'absence de représentants élus du personnel, des accords d'entreprise ou d'établissement sont conclus par un ou plusieurs salariés expressément mandatés pour une négociation déterminée, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau national. A cet effet, une même organisation syndicale ne peut mandater qu'un seul salarié. »

pas de procès-verbal de carence). Cependant nous pensons que les propos alarmistes annonçant que ce type de mesure revient à « maintenir hors du champ de la négociation collective interne les entreprises de moins de dix salariés dans lesquelles la loi n'impose pas d'organisation d'élections professionnelles »¹²⁶ sont à nuancer. En effet, dans ces structures, il n'existe en général aucune obligation de négocier¹²⁷. L'ouverture des négociations dépend donc de la bonne volonté de l'employeur. Or, s'il est volontaire pour négocier, il le sera probablement pour avoir un interlocuteur et donc pour organiser des élections sans y être légalement contraint, élections qui, si elles aboutissent à un constat de carence, ouvriront la possibilité de mandater des salariés.

Quand les conditions de forme sont remplies, chaque organisation syndicale, forte de l'information délivrée par l'employeur souhaitant négocier dans son entreprise, peut mandater un salarié. La jurisprudence constante¹²⁸ obligeant l'employeur à convoquer toutes les organisations syndicales représentatives à la table des négociations s'étend à ce cas de figure : l'ensemble des organisations syndicales représentatives sur le plan national doivent être informées par l'employeur de sa volonté de négocier, sinon ce dernier pourrait être incriminé d'inégalité de traitement entre les organisations syndicales.

Enfin, la loi du 31 mars 2005¹²⁹ décline la technique du mandatement de l'article L. 2232-25 du Code du travail (L.132-26 a. C. trav.), afin de l'adapter à la négociation des conventions ou accords d'entreprise, prévue à l'article L. 3151-2 (L. 227-1 a. C. trav.) : il s'agit de la création de compte épargne temps. Le mandatement ici n'est ouvert qu'aux entreprises de vingt salariés au plus. Le procès-verbal de carence n'est pas requis. Le mandaté peut être accompagné par un salarié de l'entreprise¹³⁰ durant les séances de négociations ; ce dernier verra les heures passées en réunion rémunérées comme du temps de travail. Dans ce cas, les modalités d'organisation du référendum font l'objet d'un accord entre salarié et employeur.

Le développement du mandatement sera accéléré si la position commune du 9 avril 2008 s'applique. Ce texte dispose effectivement que les employeurs pourront y

126 Marie-Cécile Amauger-Lattes et Isabelle Besbarats, "Pour une réactivation du mandatement dans le système français de négociation collective", *Dr. soc.*, Avril 2003, p. 366.

127 Celle-ci étant conditionnée par la présence d'une section syndicale ; or celles-ci sont peu présentes dans les petites structures.

128 Cass. soc., 13 Juill. 1988, n° 86-16.302, Bull. civ. V, n° 454.

129 Loi du 31 Mars 2005 portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise.

130 Cette mesure existait dans des lois antérieures.

recourir sans même qu'un accord de branche étendu ne l'autorise¹³¹, mais toujours sous réserve de l'absence de délégué syndical et d'élus du personnel¹³².

Nous avons vu que le statut du salarié mandaté a évolué au travers de toutes ces législations. Il n'existait pas au départ, jusqu'à devenir quasi identique à celui du délégué syndical dans la législation actuelle.

Ces transformations nécessitent quelques précisions.

2. Le mandaté

L'identité ainsi que le statut du mandaté (a) se sont dessinés au fil des lois. D'abord salarié lambda ne bénéficiant d'aucune protection particulière, il sera bientôt "secondé" dans sa mission représentative par un syndicat (b) et les salariés.

a. Identité et protection du mandaté

Les seuls salariés qui ne peuvent pas être mandatés sont ceux qui, du fait des pouvoirs qu'ils détiennent, pourraient être assimilés au chef d'entreprise, ou ceux qui sont apparentés à ce dernier (L. 2232-26 du Code du travail ; L. 132-26 a. C. trav.). Légalement il n'existe aucun autre obstacle au mandatement d'un salarié. Ainsi ni les conditions d'âge, de temps de présence dans l'entreprise, de bonne moralité présumée¹³³ ne sont à prendre en compte pour pouvoir prétendre au mandatement. De même, aucune adhésion au syndicat n'est exigée, ni avant, ni après le mandatement.

Cette absence de sélection s'explique peut-être par le fait que le texte signé par le salarié mandaté sera soumis au vote des salariés. Ainsi il serait moins important de s'enquérir de son implantation dans l'entreprise et de la connaissance des problématiques des salariés¹³⁴.

La protection du salarié mandaté est prévue par l'article L. 2411-4 du Code du travail (voir L. 132-26 qui renvoie à l'article 412-18 a. C. trav). Cette protection court dès que l'employeur a connaissance de l'imminence du mandatement d'un salarié, et pendant

131 Seule une condition de délai est posée.

132 Article 4-2-1 de la position commune du 9 Avril 2008.

133 Nous faisons ici référence aux conditions légales d'éligibilité que doivent remplir les salariés souhaitant être désignés délégué syndical : article L. 2143-1 du Code du travail (L. 412-14 a. C. trav.) ou les candidats aux élections des délégués du personnel, du comité d'entreprise. Articles L. 2314-16 du Code du travail (L. 423-8 a. C. trav.) et L. 2324-15 du Code du travail (L. 433-5 a. C. trav.)

134 Les conditions définies par l'article L. 2143-1 du Code du travail (L. 412-14 a. C. trav.) sont une façon de s'assurer de l'implantation du salarié dans l'entreprise et de sa capacité à représenter les salariés.

une période de douze mois à compter de la date de fin du mandat. Ce dernier point peut poser problème, car il nécessite que la durée du mandatement soit précisée dans la convention de branche ou l'accord professionnel étendu qui définit les conditions d'exercice du mandat (L. 2232-22 ; ancien article L. 132-26 alinéa 2), ou par les organisations syndicales. Or, ces dernières avouent avoir souvent donné des mandats "ouverts" lors des négociations portant sur la réduction du temps de travail.

En l'absence de textes précis, les douze mois de protection commencent à courir au moment de la fin de la négociation, matérialisée par le procès-verbal de désaccord ou la signature de l'accord.

b. Le mandaté et son syndicat

Tout comme le délégué syndical, le mandaté a pour devoir de représenter son syndicat mais cette représentation est limitée à tous points de vue : d'abord dans le temps, puisque la représentation cesse avec le mandatement, et quant à l'objet de la représentation, car la mission du mandaté n'est pas générale, elle s'arrête à la négociation collective dans l'entreprise, voire à une négociation précise.

Le mandaté représente donc le syndicat pendant les négociations et, à travers lui, les salariés¹³⁵ ; aussi serait-il en capacité de conclure l'accord collectif. Néanmoins, le législateur a ajouté une condition supplémentaire à validation de l'accord : la consultation directe des salariés. La mise en place du mandatement inclut donc automatiquement la consultation directe des salariés¹³⁶ ; la majorité des suffrages exprimés doit approuver l'accord pour que celui-ci soit déclaré valide. La loi ne dit rien de plus des conditions dans lesquelles se déroule ce référendum¹³⁷, charge à l'employeur de l'organiser. S'il n'est pas organisé, il n'y aura pas d'accord, tout comme dans le cas où l'approbation du texte ne trouve pas une majorité favorable.

Le mandatement tel qu'il se présente aujourd'hui a favorisé l'apparition des salariés au cœur de la négociation du fait de leur consultation. L'intervention des salariés à ce stade de la négociation, c'est-à-dire après la conclusion d'un accord qui n'a pas à ce moment précis la qualité d'accord collectif d'entreprise, est une forme de représentation directe de leurs intérêts personnels. Ainsi la représentation de l'intérêt collectif fait place à une agrégation d'intérêts individuels. Ce mode de représentation

135 Tout comme le délégué syndical.

136 Article L. 2232-27 du Code du travail (L. 132-26 III, al.4 a. C. trav.)

137 Si ce n'est un renvoi à un décret et au Code électoral.

est ici complémentaire de la représentation syndicale, les deux modes de représentation ne sont pas exclusifs. Cependant, cette intervention directe des salariés pourrait laisser entendre que les organisations syndicales seraient dans l'incapacité de représenter les intérêts des salariés dans les entreprises où l'activité syndicale est faible, voire nulle. La capacité générale de représentation des salariés propre aux syndicats est donc amoindrie par ce procédé. De ce fait, le mandatement entretient l'idée que les salariés sont aptes à se représenter eux-mêmes, que le délégué syndical n'est là que parce que la négociation avec tous les salariés serait trop compliquée à gérer en pratique, et non parce qu'il apporte une vision élargie des problématiques salariales et une réflexion particulière sur les conditions de travail des salariés dans l'entreprise.

Pour nuancer l'importance de cette représentation subsidiaire par les élus ou les mandatés, voici les chiffres du rapport en vue de l'évaluation de la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social¹³⁸ : seuls **16** accords de branche autorisant élus et mandatés à négocier ont été conclus, dont **12** ont été étendus. Or seuls les accords de branche étendus peuvent mettre en place un tel système¹³⁹ ; il en découle que les employeurs adhérents de l'organisation signataire d'un des deux accords de branche non étendus ne peuvent pas recourir aux élus ou aux mandatés pour pallier l'absence de délégué syndical dans leur entreprise. La faiblesse de ces chiffres peut notamment s'expliquer par une forme de résistance à la mise en place de ce système puisque les accords de branches sont très peu nombreux sur ce thème. Mais ces chiffres ne devraient pas rester en l'état très longtemps puisque la position commune propose de « déverrouiller » cette possibilité en passant outre l'accord de branche étendu¹⁴⁰

Au vu des différentes possibilités de négocier avec des élus du personnel, l'entrelacement des acteurs de la négociation d'entreprise et de la consultation est certain. La confusion entre les acteurs n'en est qu'accrue. Ce syncrétisme apparent des acteurs est en partie dû à la présence du syndicat dans ces différentes formes de représentation. Cependant la différence essentielle réside dans la forme de la relation. D'une relation tripartite, on passe à une relation binaire (lorsque les élus négocient)

138 Ministère du travail, des relations sociales et de la solidarité. Rapport en vue de l'évaluation de la loi n° 2004-391 du 4 Mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social. Janvier 2008.

139 Article L. 2232-22 du Code du travail.

140 Article 4-2-1 de la position commune datant du 9 Avril 2008.

beaucoup plus prononcée. En effet, même si l'ombre du syndicat n'est pas loin, sa présence est lointaine et cela conditionne le mode de représentation. La représentation des salariés dans le cadre de la négociation s'approche de plus en plus de celle propre à la consultation.

Section II - LES REPRESENTANTS DES SALARIES PENDANT LA CONSULTATION

Historiquement avec la mise en place du comité d'entreprise, le législateur a privilégié la représentation électorale par rapport à la désignation (qui interviendra beaucoup plus tard). Mais, tout en préférant l'élection à la désignation, il fera entrer le syndicat dans le comité d'entreprise par une voie détournée.

Cette forme de représentation électorale semble être moins sujette aux polémiques et susciter moins de critique de l'action syndicale que la négociation collective. Peut-être est-ce parce que le vote est un mode de légitimation mieux reconnu ou parce que le comité d'entreprise paraît engager moins directement les salariés ?

Cela s'explique probablement du fait que, comme l'explique Pierre-Yves Verkindt, en matière de relations collectives du travail, « la consultation des institutions représentatives du personnel s'inscrit dans une logique de décision unilatérale. Quand le Code du travail évoque à de multiples reprises l'information et la consultation des représentants du personnel, il oblige à distinguer [...] entre l'information dont l'institution représentative est destinataire, et la consultation, qui n'est du point de vue du chef d'entreprise, qu'une information dont l'institution représentative est cette fois émettrice. C'est la raison pour laquelle la consultation des institutions représentatives est perçue d'abord, non comme une composante du processus d'information mais comme l'expression d'un contre-pouvoir »¹⁴¹. Ainsi, aux yeux des salariés, il ne s'agit pas d'un pouvoir de participation directe. La mission du comité d'entreprise, au moins sur le plan économique, s'apparenterait davantage à une expression sous forme de contre-pouvoir.

La question de la représentation semble alors moins aiguë que pour la négociation, ce sentiment étant renforcé par le fait que, comme l'explique Antoine Lyon-Caen, même si « la Cour de Cassation attache certains effets aux résolutions du comité »¹⁴², il semble légalement impossible de considérer que les résolutions du comité d'entreprise engagent juridiquement les salariés.

Cependant, il ne faut pas oublier que la consultation peut être considérée comme la

141 Pierre-Yves Verkindt, "De la consultation à la négociation : questions de procédure", *Dr. soc.*, 4 Avril 1998, p. 322.

142 Antoine Lyon-Caen, "Le comité d'entreprise institution de représentation du personnel", *Dr. ouv.*, 1986 p. 358 et 359.

première forme prise par la constitution sociale¹⁴³ dans l'entreprise. Effectivement, comme l'explique Jean-Marc Béraud¹⁴⁴ : « L'idée même de constitution sociale de l'entreprise suppose donc un abandon du commandement au profit d'une forme de gouvernement. Pour beaucoup d'auteurs, c'est ce qu'a réalisé le législateur après la Libération en créant le comité d'entreprise et les délégués du personnel ». Ainsi, même si le rôle du comité d'entreprise n'est que consultatif, sa constitution reste l'un des premiers jalons d'une démocratie dans l'entreprise : « Certaines normes ont bien pour destinataires les comités d'entreprise auxquels sont conférées des prérogatives arrachées à la sphère du pouvoir des dirigeants ou des représentants du capital [...] d'autres normes ont pour destinataires, non plus véritablement les comités, mais les employeurs [...] imposant aux employeurs, des méthodes nouvelles de gestion»¹⁴⁵.

Cette action contraignante, surtout valable en matière économique, est quelque peu passée au second plan avec le développement de la négociation collective qui constitue un pouvoir de décision confié aux représentants des salariés. La cristallisation des défauts du syndicalisme s'est donc faite sur l'organe incarnant la représentation des salariés pendant les négociations : le délégué syndical, alors même que le syndicat est présent dans le comité d'entreprise depuis sa création. En effet, le comité connaît une composition tripartite : du côté patronal, le chef d'entreprise préside l'institution ; quant à la représentation des salariés, elle est duale puisqu'elle existe au travers de deux, voire trois acteurs différents. Il s'agit des élus présentés par un syndicat représentatif, des élus sans lien avec une organisation syndicale et enfin, des représentants désignés par le syndicat. Ces différentes figures sont autant de déclinaisons de la représentation des salariés, de la forme la plus directe avec l'élection à une configuration plus indirecte avec la représentation par le biais du syndicat. Sous l'angle de la représentation, les rôles des membres élus (§1) et des membres désignés (§2) du comité d'entreprise sont distincts, leur mission est très différente.

Commençons par évacuer la question de la représentation patronale. Celle-ci est nécessairement étrangère à la représentation des salariés, cependant elle a longtemps

143 Au sens où l'explique Jean-Marc Béraud, "Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise", Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à Jean Pelissier, *Dalloz*, 2004, p. 55., c'est-à-dire « une loi fondamentale établissant les organes essentiels d'une institution ainsi que leurs compétences, et déterminant le degré et les modalités de participation des membres » ; or ce mode de fonctionnement n'est absolument pas consubstantiel au fonctionnement de l'entreprise, il s'agit avant tout d'un choix politique.

144 Jean-Marc Béraud, "Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise", Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à Jean Pelissier, *Dalloz*, 2004, p. 55.

145 Jean-Marc Béraud, préc. p. 60.

posé problème. Le rôle du chef d'entreprise au sein du comité d'entreprise a beaucoup évolué puisque, à la naissance de l'institution représentative du personnel, le président du comité d'entreprise, c'est-à-dire le chef d'entreprise, prenait part à tous les votes. Le vote de l'employeur correspondant à l'idée que le législateur s'était fait de l'institution, ce devait être un organe de coopération. Cependant, cette idée s'est révélée être en inadéquation avec ce qu'étaient réellement les comités d'entreprise : « En pratique les CE ont toujours été un lieu et un moyen d'expression des salariés et non pas un lieu de recherche de convergence sur la base d'intérêt commun »¹⁴⁶, comme le souhaitait le législateur. Aussi le vote de l'employeur venait-il fausser l'expression des salariés. Ce n'est qu'en 1978 que les juges vont enfin tenir compte de la réalité de l'activité des comités d'entreprise en excluant le vote de l'employeur en cas de consultation de l'institution. Comme le précise l'auteur, cela s'explique par le fait que c'est alors la représentation du personnel au sein du comité d'entreprise qui s'exprime et non le comité d'entreprise personne morale. « On est donc passé d'un comité organe de coopération avec la direction à un comité moyen d'expression des intérêts des salariés »¹⁴⁷ avec cette limitation du vote de l'employeur. Cette évolution sera officialisée par les lois Auroux qui préciseront le rôle du comité.

Enfin, ce qui a fait doute pendant longtemps, c'est la fonction représentative exacte du comité d'entreprise : s'agit-il de l'expression du comité d'entreprise, personne morale, ou des salariés à travers le comité d'entreprise ? La Cour de cassation a tranché en faveur de la seconde version, ce qui oblige inéluctablement à exclure l'employeur du vote.

De ce fait, nous n'entrerons pas dans les détails concernant le chef d'entreprise, puisque son rôle est d'exposer la marche de l'entreprise ainsi que les décisions qu'il compte prendre, notamment sur un plan économique et sur la gestion de l'entreprise.

Quant aux représentants des salariés, ils sont multiples et la diversité de leurs origines permet une représentation diversifiée.

146 Jean-Marc Béraud, "Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise", Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à Jean Pelissier, *Dalloz*, 2004, p. 59.

147 Jean-Marc Béraud, "Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise", Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à Jean Pelissier, *Dalloz*, 2004, p. 59.

§1. LES REPRESENTANTS ELUS

Les élus au comité d'entreprise sont souvent rattachés à un collège spécifique ; leur représentation peut donc être qualifiée de catégorielle (A), donc partielle. Cependant, le fait qu'ils soient parfois liés à un syndicat (B) vient nuancer une analyse simpliste de la représentation des salariés de l'entreprise par les membres élus du comité d'entreprise.

A - DES ÉLUS REPRÉSENTANT LE PERSONNEL

Comme nous l'avons rappelé, il existe plusieurs catégories de représentants du personnel au sein du comité. Les représentants élus (1) constituent le pivot de l'institution. Cependant il faut distinguer selon qu'ils sont titulaires ou non et selon le collège auquel ils sont rattachés. Or ce sont les syndicats qui définissent ce périmètre de représentation (2).

1. Une représentation élective et catégorielle

Les représentants élus sont les seuls représentants des salariés ayant un droit de vote plein et entier au sein du comité, par opposition aux suppléants qui « assistent aux séances du comité avec voix consultative »¹⁴⁸ et aux représentants syndicaux qui assistent également aux séances avec une voix consultative¹⁴⁹.

Il s'agit donc des membres du comité d'entreprise qui emportent la décision finale, ce sont eux qui décident de l'avis rendu en fin de consultation. L'élection en tant que titulaire ouvre la porte au droit de se prononcer au nom des salariés. A l'inverse, les autres membres du comité essaieront d'influencer l'employeur et les titulaires pour peser sur l'avis rendu par le comité d'entreprise.

L'élection est donc au cœur de l'institution représentative qu'est le comité d'entreprise. La manière dont elle est organisée, par collège, et la répartition des catégories de salariés dans les collèges, a un impact sur la forme de la représentation.

148 Article L. 2324-1 du Code du travail (L. 433-1 1er alinéa a. C. trav.).

149 Article L. 2324-2 du Code du travail (L. 433-1 4ième alinéa a. C. trav.) .

Rappelons brièvement les conditions de mise en place du comité d'entreprise (a) pour examiner l'influence de la configuration des élections, notamment la définition des collèges (b) sur la représentation des salariés.

a. Conditions de mise en place du comité d'entreprise

Le comité d'entreprise est mis en place dans les entreprises comptant au moins cinquante salariés, sauf si un accord collectif prévoit des conditions de mise en place plus favorables aux salariés.

Lorsque la mise en place est acquise, la forme de l'institution (nombre de membres ...) va varier. En effet, le nombre de membres à élire dépend de l'effectif de l'entreprise visée.

Il peut arriver que les délégués du personnel constituent le comité d'entreprise, si l'effectif de l'entreprise est inférieur à deux cents salariés. Cette configuration n'est possible que si l'employeur a recueilli l'avis des représentants du personnel existant déjà dans l'entreprise.

Dans ce cas de figure, les délégués du personnel disposent d'heures de délégation pour remplir les missions du comité d'entreprise et leur mission de délégué du personnel.

Lorsque l'élection d'un comité d'entreprise a lieu, elle doit être organisée. Plusieurs conditions peuvent être définies par accord. Elles seront négociées au moyen d'un instrument spécifique : l'accord préélectoral. Il s'agit notamment de définir le nombre de collèges électoraux et leur composition.

b. Définition des collèges

La relation entre les membres du comité d'entreprise et les salariés de l'entreprise repose sur l'élection. Ces élections ont lieu par collège électoral distinct, sauf si un accord prévoit la mise en place d'un collège unique.

Cet élément revêt une importance particulière en termes de représentation, car les membres du comité d'entreprise sont souvent élus par un collège et non par l'ensemble des salariés de l'entreprise.

Lorsqu'ils existent, ces collèges sont au nombre de deux ou trois. Dans tous les cas, celui des ouvriers et employés est mis en place et le second collège rassemble tous les

salariés qui ne sont pas intégrés au premier (ingénieurs, cadres, chefs de service, techniciens, agents de maîtrise et assimilés).

Lorsque le nombre des ingénieurs, chefs de service et cadres administratifs, commerciaux ou techniques assimilés sur le plan de la classification est au moins égal à vingt-cinq, ces catégories forment un troisième collège spécifique¹⁵⁰.

L'existence de collèges évoque une représentation catégorielle des salariés. Ainsi un élu ne représenterait pas tous les salariés mais uniquement ceux de son collège.

Cette réflexion est au cœur de la négociation du protocole préélectoral, puisque ce sont les syndicats qui définissent la mise en place des collèges, question qui intéresse tout particulièrement les syndicats catégoriels. Si les syndicats ne trouvent pas d'accord, la loi s'appliquera.

2. Les syndicats définissent le périmètre de représentation

Le périmètre de représentation varie selon le nombre de collèges (a) et le choix de cette structure influence l'objet de la représentation (b).

a. Le nombre de collèges

La scission de l'électorat en différents collèges pourrait être au fondement d'une représentation catégorielle des salariés. Le collège unique peut alors apparaître comme une solution pour éviter une forme de représentation restrictive. Ce choix peut parfois être imposé par accord mais ce n'est pas toujours le cas¹⁵¹.

Si l'accord est possible il est négocié par les syndicats représentatifs. Il s'agira donc d'une volonté syndicale d'élargir les cercles de représentation. Cette volonté doit être unanime pour s'appliquer. En effet, ce n'est pas parce que la négociation sur ce thème est facultative que l'unanimité propre aux protocoles pré-électorales n'est pas requise. Ainsi l'ensemble des syndicats représentatifs¹⁵² doit s'accorder sur l'existence d'un collège unique, ce qui laisse augurer de difficultés, notamment avec les syndicats dits

150 Ces règles sont détaillées à l'article L. 2324-11 du Code du travail (L. 433-2 a. C. trav.).

151 Cass. soc. 13 octobre 2004, n°03-60275, Bull. V n° 258, p236.

152 Sachant que pour l'accord préélectoral « Les organisations syndicales intéressées sont invitées par l'employeur à négocier le protocole » selon l'article L. 2324-4 du Code du travail (L. 433-13 a. C. trav.), ce qui signifie que toutes les organisations représentatives, qu'elles soient présentes ou non dans l'entreprise sont conviées à participer à la négociation. Il a même été jugé qu'une organisation ayant désigné un délégué syndical dans l'entreprise doit se voir adresser une convocation c'est-à-dire que la convocation est adressée au syndicat pris en la personne du délégué syndical qui la représente dans l'entreprise : Cass. Soc. 13 Février 2003, Halle aux vêtements, n° 01-60813, bull. n° 56 ; Cass. Soc. 2 Mars 2005, Sodico expansion, n° 04-60019.

catégoriels.

Si l'unanimité est introuvable et si aucune entente n'est donc trouvée sur ce point dans le cadre d'un accord, qu'il s'agisse du protocole préélectoral ou tout autre accord¹⁵³, c'est la règle légale qui s'applique. Elle est énoncée par l'article L. 2324-11 du Code du travail (L. 433-2 a. C. trav.) : « Les représentants du personnel sont élus sur des listes établies par les organisations syndicales représentatives pour chaque catégorie de personnel :

- d'une part, par le collège des ouvriers et employés ;
- d'autre part, par le collège des ingénieurs, chefs de service, techniciens, agents de maîtrise et assimilés.

Dans les entreprises de cinq cent un salariés et plus, les ingénieurs, les chefs de service et cadres administratifs, commerciaux ou techniques assimilés ont au moins un délégué titulaire élu au sein du second collège, élu dans les mêmes conditions.

En outre, dans les entreprises, quel que soit leur effectif, dont le nombre des ingénieurs, chefs de service et cadres administratifs, commerciaux ou techniques assimilés sur le plan de la classification est au moins égal à vingt-cinq au moment de la constitution ou du renouvellement du comité, ces catégories constituent un troisième collège. »

Il faut signaler que si un accord peut instaurer un collège unique, à l'inverse il peut, dans les mêmes conditions d'unanimité¹⁵⁴, multiplier les collèges électoraux. Une des conditions (exorbitante du droit commun) d'applicabilité de ce type d'accord collectif, dérogeant au nombre légal de collèges, est qu'ils doivent également fixer leur composition. La composition des collèges requiert aussi l'unanimité des négociateurs.

Enfin, si plusieurs collèges sont mis en place, la répartition des sièges et du personnel dans les collèges électoraux fait également l'objet d'un accord. Il s'agit de classer les catégories professionnelles des électeurs dans les différents collèges pour permettre au chef d'entreprise d'établir la liste nominative des électeurs de chaque collège. De même, l'accord doit fixer la répartition des sièges à pourvoir entre les différents collèges.

Les syndicats qui négocient l'accord portant sur ces différents points peuvent donc influencer la forme de la représentation existant au travers des membres élus du

153 Article L. 2324-12 du Code du travail (L. 433-2 a. C. trav.).

154 Celle-ci est requise à chaque élection: Cass. Soc. 18 mai 1983, Aux trois quartiers, n° 82-60656, bull. n° 256.

comité d'entreprise.

La relation tridimensionnelle que connaissent salariés, syndicats et délégués syndicaux dans le cadre de la négociation n'existe donc pas dans le cadre de l'élection, le mandat paraît beaucoup plus direct du fait de la représentation électorale. C'est pourquoi il peut sembler que le salarié se trouve davantage au cœur de sa propre représentation. C'est bien le cas mais les syndicats jouent également un rôle direct, puisqu'ils ont le monopole de la présentation de candidat au premier tour et parce que, selon l'article L. 2324-2(L. 433-1 a. C. trav.): « chaque organisation syndicale de travailleurs représentative dans l'entreprise peut désigner un représentant au comité. »

b. L'objet de la représentation est différent selon que l'on considère les élus ou le comité d'entreprise dans son unicité

La distinction doit être établie entre la représentation opérée par les élus et celle du comité d'entreprise dans sa globalité.

Si on peut soupçonner que l'élection des membres du comité d'entreprise risque de se limiter à une représentation de son collègue d'appartenance, voire aux électeurs probables¹⁵⁵, il n'en va pas de même pour la globalité du comité d'entreprise, ce qui s'explique par sa composition hétérogène. Selon Antoine Lyon-Caen, « Le comité d'entreprise est légalement une institution de représentation des intérêts des salariés. »¹⁵⁶. Les intérêts représentés par le comité d'entreprise seraient ceux de l'ensemble des salariés et non de certaines catégories, malgré la représentation électorale qui fonde l'institution. Il s'agit d'une «représentation d'intérêts des salariés et non pas d'une représentation des salariés »¹⁵⁷.

L'élection est la base de la légitimité des élus au comité d'entreprise. La participation des salariés au comité se fait directement par le biais des élus mais elle existe également sous une autre forme : la représentation syndicale. C'est probablement cette mixité qui permet de représenter les intérêts des salariés et non les salariés.

155 Cette tendance peut être renforcée avec une élection qui se déroule tous les quatre ans puisque les salariés, parfois qualifiés d'insiders en économie, constitueront la base de l'électorat. Ces salariés sont ceux qui occupent les emplois stables dans l'entreprise et dont le contrat de travail est un contrat à durée indéterminée.

156 Antoine Lyon-Caen, "Le comité d'entreprise institution de représentation du personnel", *Dr. ouv.* 1986, p. 355.

157 Antoine Lyon-Caen, préc.

B - LE LIEN SYNDICAL

Le syndicat est présent dans le comité d'entreprise à plusieurs titres, sous plusieurs formes. Tout d'abord le syndicat a le monopole de la présentation des candidats au premier tour des élections (1), ce qui crée un lien original entre les élus du premier tour et leur syndicat (2).

1. Le monopole de présentation des candidats au premier tour des élections professionnelles

Au premier tour des élections du comité d'entreprise, seules les organisations syndicales représentatives peuvent présenter des candidats (L.2324-22 du Code du travail). La preuve de la représentativité se fait strictement dans le cadre où se déroule l'élection, c'est-à-dire en cas de collèges multiples dans le collège électoral où se présente le candidat.

Ce monopole est d'ordre public absolu¹⁵⁸. Si aucune organisation syndicale représentative ne présente de candidat, personne d'autre ne peut le faire. La Cour de cassation¹⁵⁹ considère que, dans un tel cas, il y a lieu d'organiser un second tour, alors même que la loi limite l'organisation d'un second tour au cas où le quorum ne serait pas atteint. La Cour de cassation retient cette interprétation extensive de la loi au motif que l'existence d'un comité d'entreprise ne doit pas dépendre de la volonté des syndicats. Mais, comme le fait remarquer Maurice Cohen, « il est à noter cependant qu'en ce cas il n'y a ni bon vouloir ni mauvaise volonté des syndicats représentatifs. S'ils ne présentent pas de candidats dans une entreprise ou un collège, c'est que, contre leur gré, ils n'ont pas encore d'implantation. Les innovations du législateur de 1982, pour amener les employeurs réticents à organiser des élections, tendent à démontrer que l'absence de candidatures syndicales peut aussi résulter des pressions de certains employeurs »¹⁶⁰.

Le lien entre les candidats du premier tour et le syndicat est évident. Il est renforcé par le fait que les élections du comité d'entreprise et des délégués du personnel ont lieu à la même date, ce qui peut favoriser la mise en place d'une démarche syndicale lors des élections professionnelles. Cette simultanéité des élections est de droit depuis la loi du

158 Aussi une convention ne peut-elle pas y déroger. Conseil d'Etat, 7 Janv. 1949, Jouannet, rec. p. 11.

159 Cass. 2e civ., 10 Mai 1961, SCOMAM, bull. n° 327, Dr. ouv. 1961. 233, M. C.

160 Maurice Cohen, *Le Droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 8ième édition, 2005, p. 350.

2 août 2005¹⁶¹.

Cette mesure favorise donc une réappropriation des élections par les syndicats et, lorsqu'elle est couplée avec l'envoi aux électeurs des professions de foi des syndicats ou encore par la distribution de tracts, cela permet de renforcer le lien unissant les élus et leur syndicat. En effet, lorsque les syndicats prennent des engagements moraux pendant la "campagne" précédant les élections professionnelles, les candidats de ce même syndicat se sentiront probablement davantage investis par le syndicat.

Le lien entre les candidats du syndicat et le syndicat est évident, cependant il est complexe à définir.

2. Le lien unissant élus du premier tour et syndicat

Bien qu'ils soient présentés par un syndicat, on ne peut pas affirmer pour autant que les élus représentent leur syndicat comme le fait un délégué syndical ou un représentant syndical au comité d'entreprise.

La qualification du rapport unissant le candidat au syndicat qui l'a présenté reste complexe, il est plus distendu qu'avec les représentants désignés par le syndicat. Le membre élu représente d'abord ses électeurs, les salariés de son collège. Preuve en est la situation où l'élu change d'étiquette syndicat ou abandonne son étiquette en cours de mandat. En effet, dans pareille situation, on pourrait penser que l'élu perd son mandat au comité d'entreprise, dans la mesure où les salariés ont aussi voté pour une étiquette syndicale. Or, ce n'est nullement le cas : le salarié reste élu du comité, sauf si l'organisation propose la révocation¹⁶² du membre du comité d'entreprise ; encore faut-il que celle-ci soit approuvée au scrutin secret par la majorité du collège électoral auquel il appartient¹⁶³. C'est uniquement le corps électoral qui infirmera son propre choix, le syndicat ne peut pas directement procéder à la révocation de l'élu concerné. De cette façon, la personnification de l'élection l'emporte sur le rattachement de l'élu à son syndicat, il existe un lien entre l'élu et son syndicat mais il ne s'agit pas d'une représentation du syndicat.

Le membre élu ne représente pas le syndicat, puisque c'est le représentant syndical qui assume cette mission. Aussi est-il compliqué de définir exactement la relation entre

161 Disposition codifiée sous l'article L. 2324-3 du Code du travail. C'est également cette loi qui a mis en place l'élection du comité d'entreprise tous les quatre ans sauf accord dérogatoire (auquel cas les élections peuvent avoir lieu dans un laps de temps se situant entre deux et quatre années).

162 Voir Pierre Bance, "La mission du représentant syndical au comité d'entreprise", *Dr. soc.*, 1978, p. 29.

163 Article L. 2324-27 du Code du travail (L. 433-12 3^{ème} alinéa a. C. trav.).

l'élu et son syndicat. Finalement, le rôle du syndicat est très indirect dans le cadre de ces élections : il servira de conseil, il pourra fournir une aide matérielle.

Ce monopole de présentation de candidat au premier tour reste la trace d'une volonté du législateur qui a fait le choix d'une représentation fondée sur l'élection, tout en y associant les syndicats, notamment au travers de ce monopole. Mais la représentation n'est pas celle du syndicat ; celui-ci est uniquement associé à cette représentation, dans la mesure où l'élu le décide.

Le premier tour est aussi une façon d'éprouver la légitimité syndicale puisque, si le nombre de votant au premier tour est « inférieur à la moitié des électeurs inscrits, il est procédé, dans un délai de quinze jours, à un second tour de scrutin pour lequel les électeurs peuvent voter pour des listes autres que celles présentées par les organisations syndicales » selon l'article L. 2324-22 du Code du travail (L. 433-10 a. C. trav.). De même, un second tour est organisé en cas de carence totale de candidat au premier tour¹⁶⁴ ou encore en cas de vacance partielle des sièges à l'issue d'un premier tour régulier¹⁶⁵. Ceci peut être le cas lorsque les syndicats ont présenté des listes incomplètes au premier tour de scrutin, des sièges restant vacants.

Les candidats qui seront élus suite au second tour des élections du comité d'entreprise peuvent être sans étiquette syndicale, ce qui pose question quant à la représentation des salariés par les élus. Mais cela nous interrogera également sur la capacité de ces élus à négocier au nom des salariés, mission nouvellement ouverte¹⁶⁶ par la loi du 4 mai 2004¹⁶⁷.

164 Cass. Soc. 8 Juil. 1985, Le Gaillard, n° 84-60961, bull n° 409.

165 Cass. Soc. 18 Mars 1982, Colas, n° 81-60871, bull. n° 188, D. 1983, IR 162, note Frossard, bull. p. 139, n° 188.

166 Cette possibilité est encadrée par un certain nombre de conditions telles que l'existence d'un accord professionnel ou de branche étendu prévoyant cette possibilité.

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

§2. LA REPRÉSENTATION DÉSIGNÉE

Les interactions entre les institutions semblent inévitables, tant elles sont liées. En effet, deux des trois composantes du comité d'entreprise (membres élus et représentants syndicaux) ont un rapport plus ou moins direct avec le syndicat. Les membres élus sont issus, pour partie au moins, des organisations syndicales, puisqu'elles ont le monopole de la présentation de candidats au premier tour des élections du comité et les représentants au comité d'entreprise sont désignés par leur syndicat.

Ainsi, le syndicat est un premier lien entre délégué syndical et membres du comité d'entreprise. Les représentants syndicaux au comité d'entreprise (également au comité d'établissement, au comité central d'entreprise) sont des membres non élus du comité. Leur désignation au sein du comité d'entreprise est facultative « mais en pratique toutes les organisations syndicales représentatives présentes dans une entreprise ou un établissement procèdent à cette désignation même lorsqu'elles n'ont pas d'élus au comité »¹⁶⁸. En principe, chaque organisation désigne un seul représentant : « Sous réserve des dispositions applicables dans les entreprises de moins de trois cents salariés, prévues à l'article L. 2143-22, chaque organisation syndicale de travailleurs représentative dans l'entreprise peut désigner un représentant au comité. Il assiste aux séances avec voix consultative. Il est choisi parmi les membres du personnel de l'entreprise et doit remplir les conditions d'éligibilité au comité d'entreprise fixées à l'article L. 2324-15 » selon l'article L. 2324-2 du Code du travail (L. 433-1 a. C. trav.). Dans les entreprises de moins de trois cents salariés, le délégué syndical est représentant de droit au comité d'entreprise, de même dans les comités d'établissements de ces entreprises¹⁶⁹ (A).

Le rôle des délégués des syndicats (B) est très proche de celui des membres élus, puisqu'ils peuvent dialoguer avec le chef d'entreprise, faire des contre-propositions aux projets qui leur sont présentés. La grande différence avec les élus tient à la signification de leur vote car leur voix n'est que consultative. Le vote n'est qu'un moyen pour eux d'exprimer un avis et non d'arrêter la prise de position du comité. Cependant la stabilité de leur présence au sein du comité, du fait de leur désignation, représente un grand avantage par rapport aux élus.

168 Maurice Cohen, *Le Droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 8^{ième} édition, 2005, p. 128.

169 Article L. 2143-22 du Code du travail (L. 412-17 a. C. trav.).

Le représentant syndical est donc un excellent vecteur de la circulation de l'information entre le comité d'entreprise et le syndicat. Lorsque le représentant au comité d'entreprise est aussi délégué syndical, la consultation devient alors une étape de la négociation, étant donné qu'il dispose de toutes les informations économiques délivrées au comité d'entreprise pour défendre son point de vue pendant la négociation.

La composition du comité d'entreprise n'est pas binaire comme on pourrait le penser à priori. Il existe en fait trois composantes distinctes au sein du comité d'entreprise : les parties patronale, salariale et syndicale.

La confusion entre la partie salariale et syndicale est fréquente, mais l'idée selon laquelle les représentants élus et les représentants syndicaux seraient identiques est fautive. L'objet de la représentation n'est pas le même, le mode de désignation est différent.

La confusion entre ces deux composantes du comité d'entreprise provient du fait que le syndicat est détenteur d'un monopole de présentation de candidat au premier tour. C'est pourquoi les élus sont souvent syndiqués mais le législateur ne s'est pas contenté de cette règle pour assurer une présence syndicale au sein du comité d'entreprise. Il a préféré octroyer une présence spécifique au syndicat par le biais des représentants syndicaux.

La désignation de représentants syndicaux au comité est une possibilité offerte à chaque syndicat représentatif dans l'entreprise. Cette possibilité a été instaurée dès 1945¹⁷⁰ mais le contour de leur mission était plus que flou. Une loi est donc venue préciser les prérogatives de ces membres particuliers. En effet, la « loi du 18 juin 1966 est venue reconnaître à chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise le droit de désigner un représentant (obligatoirement choisi parmi les membres du personnel de l'entreprise) qui assiste avec une voix consultative aux séances du CE (art. L. 433-1, C. tr. In fine) »¹⁷¹.

Il est à noter que ces représentants constituent la première émanation directe du syndicat dans l'entreprise et, selon Maurice Cohen, la loi de 1966 « préparait le terrain à la loi de 1968, laquelle a reconnu le droit syndical à l'intérieur de l'entreprise et institué des délégués syndicaux. »¹⁷²

170 Pour l'histoire du représentant du syndicat au sein du comité se reporter à l'ouvrage de Maurice Cohen : *Le droit des comités d'entreprise et des comités des groupes*, LGDJ, 8ième édition, 2005, p. 129 et s.

171 André Brun, Henri Galland, *Droit du travail, tome 2 : Les rapports collectifs de travail*, 2ième édition, 1978, p. 326.

172 Maurice Cohen, *Le Droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 8ième édition, 2005, p. 129.

A - LES RÈGLES DE DÉSIGNATION DES REPRÉSENTANTS SYNDICAUX

Il s'agit de définir la manière dont se déroule la désignation (1) des représentants du syndicat et sa durée (2), afin d'établir des similitudes avec la désignation du délégué syndical et, de façon plus inattendue, avec l'élection des membres du comité d'entreprise.

1. Règles gouvernant la désignation

Plusieurs organisations peuvent désigner ces représentants (a) et ces derniers doivent remplir certaines conditions (b) pour pouvoir être désignés.

a. Qui désigne ?

Les principes qui président à la désignation des représentants syndicaux sont simples. Seules les organisations syndicales représentatives peuvent désigner un représentant syndical au comité d'entreprise. Si la représentativité n'est pas présumée¹⁷³, elle sera appréciée dans le périmètre de l'institution représentative, c'est-à-dire l'entreprise pour un comité d'entreprise et l'établissement pour un comité d'établissement.

Un syndicat d'entreprise, un syndicat local ou de branche, une union de syndicats locale, départementale ou nationale, une fédération, voire une confédération, peuvent désigner un tel représentant. Dans le cadre de l'analyse du rapport de représentation incarné par ces représentants, il est intéressant de noter qu'une fédération syndicale représentative peut désigner un représentant syndical dans un comité d'entreprise, même si elle n'a pas de syndicat adhérent dans l'entreprise¹⁷⁴. « De plus, l'existence d'une section syndicale, au demeurant non exigée par la loi, est établie par la seule désignation d'un représentant syndical au comité »¹⁷⁵.

Dans les entreprises de moins de trois cents salariés, le délégué syndical est de droit le représentant syndical au comité d'entreprise¹⁷⁶ alors que, dans les entreprises de plus de trois cents salariés, chaque organisation syndicale représentative peut désigner un représentant syndical, qui n'est pas forcément le délégué syndical, au comité

173 La position commune du 9 avril propose une nouvelle définition de la représentativité. Cependant, rien n'est précisé quant au représentant du syndicat au comité d'entreprise.

174 Cass. Ass. plénière, 30 juin 1995, n°93-60026, Bull. n°5, *Les Grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 3ième édition, p. 454.

175 Maurice Cohen, *Le Droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 8ième édition, 2005, p. 131.

176 Article L. 2143-22 du Code du travail (L. 412-17 a. C. trav.).

d'entreprise¹⁷⁷.

Ainsi dans les entreprises de moins de trois cents salariés, la confusion entre les deux types de représentation syndicale risque d'être importante.

b. Conditions pour être désigné

En règle générale, les conditions de désignation sont assez proches des conditions d'éligibilité. Le représentant syndical doit évidemment être salarié de l'entreprise ou de l'établissement (article L. 2324-2 du Code du travail ; L. 433-1 a. C. trav.) et ne peut donc pas être représentant auprès de deux comités d'établissement distincts, que ce soit dans le cadre d'une entreprise unique ou d'une unité économique et sociale¹⁷⁸. Cette condition d'appartenance explique également que la mutation d'un représentant syndical dans un nouvel établissement entraîne la fin de son mandat¹⁷⁹.

Le représentant doit de même satisfaire aux conditions d'éligibilité auxquelles sont soumis les candidats aux élections du comité d'entreprise (être électeur, avoir dix-huit ans, ne pas avoir de lien de parenté avec l'employeur, avoir travaillé sans interruption depuis au moins un an, ne pas avoir été condamné pour indignité nationale ou déchu de ses fonctions syndicales : L. 2324-15 du Code du travail).

Étant donné le statut particulier du représentant syndical, on peut s'interroger sur la possibilité de cumuler des fonctions, notamment au sein du comité d'entreprise. Il existe des cumuls encouragés par la loi, comme le mandat de délégué syndical et de représentant syndical dans les entreprises de moins de 300 salariés. Dans les autres cas, les règles varient en fonction des mandats visés. Dans le cas du mandat de délégué syndical, le cumul est possible. En revanche, un même salarié ne peut pas être à la fois représentant syndical et membre élu dans un même comité d'entreprise¹⁸⁰. Dans une entreprise de moins de 300 salariés, si un délégué syndical est élu au comité d'entreprise, il doit renoncer à être représentant au comité (alors que son mandat de délégué syndical lui ouvre de droit la possibilité d'être représentant syndical au comité d'entreprise).

177 Article L. 2143-22 du Code du travail (L. 412-17 a. C. trav.).

178 Cass. Soc. 9 Décembre 1981, n° 80-12.776, Bull. n° 951.

179 Cass. Crim. 4 Octobre 1983, n° 82-92.919.

180 Cass. Soc. 17 Juill. 1990, n° 89-60.729, Bull. V n°374, p ; 224.

2. La durée de la désignation

La désignation du représentant marque le début de ses fonctions mais, contrairement aux élus, aucune limite temporelle légale n'existe. Son mandat ne prend pas fin avec le renouvellement du comité d'entreprise, aucune corrélation n'existe entre les mandats des élus et ceux des représentants au comité d'entreprise¹⁸¹. Cependant le syndicat est libre d'imposer une durée maximale au mandatement.

Si le syndicat n'a pas procédé à une désignation à durée limitée, alors la fin du mandat interviendra avec la démission du représentant, son départ de l'entreprise ou si le syndicat lui retire son mandat.

Les conditions de désignation du représentant syndical connaissent quelques proximités avec l'élection, mais elles sont globalement plus proches de la désignation du délégué syndical, ce qui, compte tenu de la mission du représentant dans le comité d'entreprise, est sans surprise. D'ailleurs l'objet de la représentation exercée par ces membres à part entière du comité d'entreprise explique que leur appartenance à un collègue est sans importance. En effet, contrairement à l'élection, la désignation du représentant n'est pas catégorielle, peu importe sa qualification¹⁸², son périmètre de représentation étant beaucoup plus large que celui d'un collègue.

B - L'OBJET DE LA REPRÉSENTATION PAR LES REPRÉSENTANTS SYNDICAUX AU COMITÉ D'ENTREPRISE

Les attributions des représentants peuvent, a priori, sembler de faible importance, mais elles permettent de réguler l'activité syndicale. Il s'agit de représenter son organisation syndicale (1) mais aussi d'assurer des missions (2) propres au comité d'entreprise.

1. Représenter son organisation syndicale

Il s'agit bien de représenter son organisation, mais la forme de la représentation se distingue de celle du délégué syndical (a). En effet, cette représentation est essentiellement adaptée à la mission du comité d'entreprise, elle permet surtout d'assurer une forme de cohérence de l'expression syndicale (b).

181 Cass. Crim. 4 Juin 1985, n° 84-94.314, Bull. criminel p217.

182 Cass. soc. 17 Mars 1988, n° 87-60. 258, Bull. V, n°196, p. 128.

a. Une forme de représentation particulière

Certes, le texte de loi précise que « chaque organisation syndicale désigne un représentant au comité d'entreprise », ce qui évoque la désignation du délégué syndical. De plus, l'analyse du rapport entre le représentant et son syndicat se résume souvent ainsi : « Le représentant syndical représente son organisation syndicale auprès du CE. Sa présence au sein du comité lui permet de faire connaître aux membres élus la position de son syndicat sur les questions examinées. Il agit donc en tant que mandataire de son organisation, alors que les membres élus sont les mandataires des électeurs de leur collègue, et plus largement du personnel de l'entreprise. »¹⁸³. Cette analyse doit être nuancée, non pas parce que le représentant est à la fois « l'avocat et le procureur »¹⁸⁴ de son syndicat, mais parce qu'il représente le syndicat dans l'entreprise et les salariés d'une manière différente de celle des élus et des délégués syndicaux.

Ces délégués représentent d'abord le syndicat et, à travers lui, le salariat mais, contrairement au délégué syndical, sa mission se limite aux domaines de compétence du comité d'entreprise. Son action revendicative portera sur les attributions du comité et n'aura pas de vocation générale, à l'inverse de celle du délégué syndical. La Cour de cassation a même précisé que « si les attributions d'un représentant syndical au sein du comité d'entreprise sont par définition inséparables de sa mission syndicale, il n'en résulte pas pour autant que son rôle doive se confondre avec celui du délégué syndical... »¹⁸⁵. Maurice Cohen tempère également la dimension de représentation directe du syndicat que nous pourrions décrypter dans cette présence syndicale, puisqu'il explique qu'ils « agissent néanmoins à titre personnel et expriment à la fois l'opinion de leur organisation et leur opinion personnelle. Mais ils n'engagent leur organisation que lorsqu'ils sont expressément mandatés par elle pour cela. Par exemple, en cas d'instance judiciaire, ils ne sont pas mandataires de plein droit. De même, leur présence au comité d'entreprise ne transforme pas celui-ci en réunion paritaire. L'employeur qui, au cours d'une réunion du comité, déclare dénoncer un accord collectif ne peut pas se dispenser de la notification de sa dénonciation à un syndicat signataire au prétexte de la présence au comité d'un représentant syndical appartenant à ce syndicat »¹⁸⁶. C'est toute la problématique de la figure de la

183 Les Cahiers Lamy du CE, n° 20, Octobre 2003, p. 3.

184 Référence faite à l'article de Pierre Bance, "La mission du représentant syndical au comité d'entreprise", *Dr. soc.*, 1978, p. 14.

185 Cass. Crim ; 25 Mai 1982, n° 81-93.443, Bull. criminel, n°135

186 Maurice Cohen, *Le Droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 8ième édition, 2005, p. 129.

représentation qui est mise en avant. D'ailleurs ce questionnement rejoint celui du délégué syndical qui, même mandaté, peut exprimer une opinion qui ne serait que la sienne.

b. Assurer la cohérence de l'expression syndicale

La présence du syndicat dans le comité d'entreprise a probablement été décisive dans l'appréhension de l'institution par les centrales syndicales. En effet, la CGT avait une conception particulière du comité d'entreprise et, de par sa position majoritaire dans la quasi totalité des établissements, elle a déterminé ce qu'ont pu être les comités d'entreprise. La position de la CGT était relativement ambivalente puisque, d'une part elle redoutait la nature ambiguë du comité d'entreprise, l'aspect de collaboration qui pouvait ressortir du fonctionnement du comité d'entreprise, d'autre part, cette institution était conçue comme un instrument à la disposition du syndicat : « Le comité d'entreprise ne doit pas être considéré comme un organisme indépendant, mais comme un rouage du mouvement syndical de qui il reçoit son impulsion. Si tous nos camarades membres des comités d'entreprise étaient bien imprégnés de cette idée, leur activité résulterait essentiellement des décisions prises par la section syndicale et l'ensemble des travailleurs »¹⁸⁷. Ainsi, comme l'exprime Jean-Pierre Le Crom, « le comité d'entreprise doit être, comme les délégués du personnel, un organe de revendication et il convient de tisser des liens organiques entre syndicats et comités d'entreprise »¹⁸⁸. On perçoit le rôle de courroie de transmission qui peut alors être joué par les représentants du syndicat.

Il ne faut toutefois pas négliger le fait que cette présence syndicale est limitée à une voix consultative dans une institution qui n'est elle-même que consultée. Cela signifie que les représentants des syndicats donnent un avis mais ne participent pas au vote. L'intérêt de la présence de ces membres du syndicat dans le comité d'entreprise ne se situe pas dans leur capacité à agir sur la prise de décision finale du comité d'entreprise, mais bien dans la possibilité de donner une cohérence à l'activité syndicale, quelle que soit sa mission et l'institution au travers de laquelle elle s'exprime. Cette cohésion dans l'action syndicale est rendue possible par le fait que l'information dispensée par l'employeur peut être transmise aux délégués syndicaux, et que le dialogue comme la menace de mobilisation peuvent exister dès les travaux du comité d'entreprise.

187 Revue des comités d'entreprise, 1948, n° 10, p. 15.

188 Jean-Pierre Le Crom, *L'Introuvable démocratie salariale*, Syllepse, 2003, p. 105.

Le dédoublement de la présence syndicale dans le comité d'entreprise représente une garantie supplémentaire que le syndicat sera présent. En effet, si aucun candidat issu d'une liste syndicale ne venait à être élu, alors le syndicat continuerait à s'exprimer par le biais de ses représentants. Cependant la légitimité de ces derniers serait contestable dans pareille situation, puisque le suffrage direct aura rejeté une première fois le syndicat.

2. Des missions restrictives

Les missions des représentants sont limitées mais elles jouent un grand rôle dans l'articulation des différentes formes d'expression des syndicats. Elles permettent d'harmoniser l'action syndicale dans les différents lieux de représentation des salariés. Ces représentants essaient tout de même d'influencer les débats (a) qui se tiennent dans le comité d'entreprise, notamment en participant aux travaux des commissions (b).

a. Influencer les débats

En pratique, ces missions se résument à pouvoir assister aux réunions du comité d'entreprise, auxquelles ils doivent impérativement être convoqués. Pour cela, ils reçoivent l'ordre du jour dans les délais légaux ainsi que les mêmes informations et documents que ceux destinés aux membres élus du comité d'entreprise.

Les représentants sont libres de s'exprimer pendant les réunions et de donner leur avis sur les questions examinées en séance. Ils disposent ensuite d'une voix consultative, ce qui signifie qu'ils ne participent pas directement aux votes. Mais leur avis peut parfois - cela dépend du fonctionnement propre à chaque comité d'entreprise - être consigné dans un procès verbal, ce qui revêt une importance toute particulière, lorsque leur avis ou la position défendue par le syndicat qu'ils représentent est contraire à celui du comité d'entreprise.

Leur libre expression revêt une importance particulière, car ils peuvent dialoguer avec l'employeur, proposer des solutions aux problèmes exposés. De plus, la présence des représentants syndicaux invite les élus du même syndicat à ne pas céder à une forme d'électoralisme.

b. Participer aux travaux des commissions

La participation aux différentes commissions est ouverte aux représentants syndicaux, à l'exception notable de la commission économique. En effet, il semble que l'article

L. 2325-24 du Code du travail (L 434-5 a. C. trav.) interdit cette participation. L'article précise que « la commission économique comprend au maximum cinq membres représentants du personnel [...] Ils sont désignés par le comité d'entreprise ou le comité central d'entreprise parmi leurs membres ». Or les représentants seraient bien membres du comité d'entreprise mais pas représentants du personnel.

Cette exclusion de la commission économique, si elle s'avère vraie, est pour le moins surprenante et ne semble pas correspondre à une problématique précise.

Enfin, pour formuler leur avis, les représentants ont les mêmes possibilités matérielles que les membres élus, c'est-à-dire qu'ils peuvent circuler dans l'entreprise ou l'établissement et dialoguer avec les salariés. Pour ce faire, ils disposent d'heures de délégation dans les mêmes conditions que les élus. Le temps passé en séance est payé comme temps de travail et ces représentants sont des salariés protégés¹⁸⁹.

189 Article L. 2421-3 du Code du travail (L. 436-1 a. C. trav.).

CHAPITRE 2

LES REPRÉSENTÉS

Les salariés représentés durant la négociation collective ou la consultation du comité d'entreprise sont complexes à déterminer. En effet, les évolutions récentes du monde du travail entraînent une mixité des situations des travailleurs que l'on retrouve dans une même entreprise. Le concept de communauté de travail (Section I) essaie d'englober la richesse des situations juridiques qui peuvent exister dans une même entreprise. De la représentation de l'ensemble de ces travailleurs dépend l'effectivité du droit à la participation.

On observe également que le législateur a choisi de replacer le salarié au cœur de sa propre représentation (Section II) mais cela n'est pas forcément un gage de démocratie, étant donné la situation subordonnée des salariés.

Section I - LA COMMUNAUTÉ DE TRAVAIL

Le phénomène d'éclatement juridique de la collectivité de travail¹⁹⁰ qui se développe depuis plusieurs décennies¹⁹¹ prend la forme d'un recours fréquent des entreprises à la sous-traitance, au travail intérimaire, aux entreprises de service, ou à l'externalisation d'une partie de l'activité.

Cette dématérialisation de l'entreprise correspond parfois à une stratégie, permettant de déjouer l'application du droit social. Ainsi l'éclatement juridique de la collectivité « apparaît comme un procédé complexe mais largement efficace de résistance au poids des règles de droit jugées trop protectrices des salariés, trop rigides, trop restrictives d'une libre exploitation »¹⁹². Cette évolution du visage de l'entreprise peut donc avoir pour but de morceler la communauté de travail, afin d'éviter de tomber sous le coup de la législation sociale, ce qui a pour conséquence d'isoler un peu plus les salariés et de mettre à mal la législation du travail. En effet, « Le droit du travail s'est construit autour d'une notion d'entreprise, définie comme une organisation centralisée et hiérarchisée, rassemblant en un seul lieu géographique une communauté de salariés. »¹⁹³. Or cette conception du travail est souvent devenue fiction, étant donné que ce montage correspond à une organisation du travail obsolète : celle du fordisme.

L'ère de l'éparpillement, de la déconstruction de la figure de l'entreprise remet donc le modèle fordiste d'organisation du travail en cause. Le morcellement des sociétés a fait mentir la construction législative, puisqu'il n'est pas rare de constater que les représentants du personnel ne sont pas présents dans les réels centres de décision de l'entreprise. En résumé : « Les salariés semblent isolés, les lieux et les temps d'activité plus difficiles à déterminer, les lieux et les modes d'exercice du pouvoir plus masqués. En conséquence, les règles de droit du travail ne peuvent plus s'arrimer aux réalités économiques et sociales qui lui ont servi de socle fondateur. Un décalage est né. La disparition du modèle provoque une crise de la représentation de l'entreprise et des règles qui s'organisent autour de cette représentation. C'est une des tâches du juriste

190 Voir notamment Jacques Magaud, "Qui parle de l'éclatement juridique de la collectivité de travail", *Dr. soc.*, 1975, p. 525.

191 Ce phénomène était déjà largement analysé dans l'ouvrage collectif *Le Droit capitaliste du travail*, Presse universitaire de Grenoble, 1980, p. 70 et s.

192 *ibid.*, p. 73.

193 Quentin Urban, "Les perturbations en droit du travail résultant de la dématérialisation de l'entreprise", Contribution au colloque du Centre des affaires de droit des affaires de Cergy Pontoise, Novembre 2005.

que de prendre la mesure et l'importance de ses effets sur la pertinence des règles juridiques »¹⁹⁴.

Cette mutation de l'entreprise a un impact évident sur les droits collectifs car, comme l'explique Spiros Simitis¹⁹⁵, avec les externalisations se brise l'« appartenance commune à l'entreprise »¹⁹⁶, seule susceptible de conduire à cette prise de conscience d'intérêts communs naissant à partir des conditions spécifiques de travail de chaque entreprise. Or, ces intérêts communs légitiment la demande de participation aux décisions concernant l'organisation de l'entreprise. Il est certain que l'éclatement de la communauté de travail remet en cause, a priori, l'exercice des droits collectifs des salariés, puisque l'appartenance commune à l'entreprise est « seule susceptible de conduire à cette prise de conscience d'intérêts communs naissant à partir des conditions spécifiques caractérisant l'activité de chaque entreprise »¹⁹⁷. Ainsi les salariés mis à disposition ont longtemps souffert d'une absence de représentation dans l'entreprise utilisatrice, du fait de la non reconnaissance de leur situation particulière.

La destruction du collectif est une remise en cause du droit à la participation et donc à la négociation. La pertinence des règles juridiques a donc du être réévaluée à la lumière de cette évolution de la figure de l'entreprise. En effet, on ne pouvait s'arrêter à l'analyse de Simitis Spiros dans la mesure où, comme l'explique Elsa Peskine, l'intérêt collectif s'exprime également du fait de la reconnaissance juridique de la communauté de travail¹⁹⁸. Il faut donc se pencher sur le statut des communautés nées de ces éclatements et unies autour de conditions de travail identiques, au moins partiellement. Les juges, en fonction d'un principe de réalité, ont donc tenté de reconstituer ce collectif.

La création de notions telles que l'unité économique et sociale avait d'ailleurs pour but de lever ce voile juridique. Il s'agissait de rétablir la réalité d'une situation masquée par l'employeur qui avait artificiellement scindé son entreprise. Mais ce cas de figure ne sort pas du raisonnement juridique classique, puisque la forme juridique recherchée est celle de l'entreprise. Certes, le collectif de travailleurs englobe plusieurs sociétés,

194 Quentin Urban, "Les perturbations en droit du travail résultant de la dématérialisation de l'entreprise", Contribution au colloque du Centre des affaires de droit des affaires de Cergy Pontoise, Novembre 2005.

195 Spiros Simitis, "Le droit du travail a-t-il encore un avenir ?", *Dr. soc.* n° 7/8, 1997, p. 655.

196 Spiros Simitis, préc. p. 658.

197 Spiros Simiti, préc. p. 658.

198 Elsa Peskine, *Les Réseaux d'entreprise et le droit du travail*, Thèse, Paris X, 2004, p. 89 et 90.

mais l'ensemble considéré « présente les caractéristiques d'une entreprise unique et c'est une unité économique et sociale, ou bien il présente les caractéristiques d'un groupe au sens des règles sur le comité de groupe, et cela implique la pluralité d'entreprise »¹⁹⁹. Juridiquement, il s'agit donc toujours d'identifier une entreprise, alors que la dématérialisation invite à recomposer une communauté de salariés au sein d'une entreprise. En effet, la difficulté est survenue lorsque la déstructuration, la dématérialisation de l'entreprise étaient telles que sa scission en sociétés diverses n'était plus une fiction juridique mais une réalité, les centres de pouvoir s'étant réellement multipliés. On ne peut plus ignorer que la déconstruction de l'entreprise répond aussi à une stratégie économique légalement mise en œuvre. C'est pourquoi il est intéressant de constater que les juges n'ont pas choisi de s'aventurer sur le terrain miné²⁰⁰ de la fraude, mais ont préféré agir sur les qualifications, « soit en donnant aux normes visées par les comportements frauduleux une interprétation qui rende ceux-ci inefficaces, soit en reconnaissant une compréhension extensive aux qualifications dont dépend l'application de ces règles »²⁰¹.

Les conséquences de ces changements de structuration de la figure de l'entreprise se constatent à deux niveaux, donnant naissance à de nouvelles qualifications. A l'échelle macro-économique apparaissent les réseaux d'entreprise²⁰² qui se différencient de l'unité économique et sociale et du groupe d'entreprise par l'indépendance réelle de chaque entreprise composant le réseau. En revanche, à l'échelle microéconomique, les entreprises regroupent en leur sein deux catégories de salariés : les leurs et ceux mis à leur disposition par d'autres entreprises. Ces salariés subissent tous les mêmes conditions de travail et participent tous au même processus productif, voire à la même production. Le plus souvent, ils participent au même processus, dans la mesure où ils ne sont pas tous impliqués dans la production principale de l'entreprise mais ils y contribuent. Cela concerne par exemple des salariés mis à disposition pour le ménage ou pour la restauration. Ces services autrefois intégrés dans l'entreprise sont aujourd'hui souvent externalisés.

Plusieurs réponses législatives ont été mises en place pour répondre à ces changements. Au niveau interentreprises par exemple, la reconnaissance du site et la

199 Gérard Couturier, *Droit du travail 2, Les relations collectives de travail*, PUF, 1991, p. 41.

200 Terrain dangereux puisque la preuve de l'intention frauduleuse doit être faite ; or la déconstruction de l'entreprise est parfois légale. La notion de fraude n'aurait donc pas permis de mettre fin à ce problème, elle ne répondait qu'à quelques situations.

201 *Le Droit capitaliste du travail*, Presse universitaire de Grenoble, 1980, p. 74.

202 Voir Elsa Peskine, *Les Réseaux d'entreprise et le droit du travail*, Thèse, Paris X, 2004.

possibilité de désigner un délégué de site²⁰³ existe depuis 1982. Cependant cette option n'a pas connu un grand succès. De même, au niveau de l'entreprise, la possibilité d'une pluralité de lien de rattachement (par le biais des élections professionnelles) et la redéfinition des attributions des institutions représentatives du personnel (selon l'article L. 2313-3 du Code du travail : les délégués du personnel de l'entreprise d'accueil représentent les salariés de l'entreprise sous-traitante en ce qui concerne les conditions de travail de l'établissement) ont permis de prendre en compte les différents salariés composant l'entreprise..

Les juges, répondant toujours au principe de réalité, ont donc fait émerger le concept de communauté de salariés dans la droite lignée de la jurisprudence sur l'unité économique et sociale ou l'établissement distinct, ceci afin de répondre à la problématique de « la césure entre employeur et utilisateur de la main d'œuvre »²⁰⁴ qui conduisait à l'éclatement des communautés de travail. Ainsi, selon les juges, la communauté de travail réunit des salariés autour de la production d'un même produit, ce sont tous les travailleurs présents au même moment dans l'entreprise, qu'ils en soient salariés ou non. Il s'agit donc de tous les travailleurs qui, de loin ou de près, participent à la production. Les salariés de l'entreprise de ménage ou de restauration qui sous-traitent font ainsi partie de cette communauté de travail. Or, « les salariés, qui pour être liés à différents employeurs, ont néanmoins des conditions de travail similaires, en particulier lorsqu'ils travaillent sur un même lieu, sont dépourvus de toute représentation commune »²⁰⁵.

La reconnaissance de la communauté de travail a finalement induit la possibilité pour ces membres d'exercer leur droit collectif au sein de l'entreprise utilisatrice. Cependant cette reconnaissance de l'exercice des droits collectifs dans la communauté fut graduelle. Il a d'abord fallu que les salariés soient intégrés à l'effectif de l'entreprise, ensuite qu'ils puissent y voter, voire être éligibles. Les membres de la communauté ont donc la possibilité d'exercer une partie de leur droit à la participation dans les entreprises utilisatrices. Cependant cette reconnaissance reste partielle, vu que des distinctions existent entre certains salariés de la communauté de travail. De plus, l'exercice des droits collectifs reste partiel, puisqu'il semble que l'exercice du droit à la négociation soit compromis dans ces entreprises.

La reconnaissance de la notion de communauté de travail a pris du temps. Elle reste

203 Article L. 2312-5 du Code du travail (L. 421-1 a. C. trav.).

204 Elsa Peskine, *Les Réseaux d'entreprise et le droit du travail*, Thèse, Paris X, 2004, p. 19.

205 Elsa Peskine, préc.

encore fortement instable et il n'est pas rare qu'une décision de justice en modifie le périmètre ou la définition. Cette instabilité est donc en partie due au fait qu'aucune législation sociale ne reconnaisse clairement ce concept.

Enfin, au-delà du problème de la reconnaissance de la communauté de travail et de sa représentation, se pose la question essentielle de l'effectivité des droits collectifs, celle-ci étant liée à l'exercice de ces droits.

La notion de communauté de travail a fait son apparition à l'occasion de la définition d'espaces appropriés de représentation des salariés. En effet, les notions d'unité économique et sociale ou encore d'établissement distinct ont été construites pour prouver l'existence de la communauté de travail se distinguant de la notion d'entreprise. Ces entités démontrent qu'un groupement de travailleurs peut avoir des intérêts spécifiques appelant une représentation particulière. Le plein exercice des droits collectifs nécessite que les représentants des salariés tiennent compte de leurs intérêts communs particuliers. Le concept de communauté de travail met en avant la spécificité des intérêts d'un groupe de salariés, mais la preuve de l'existence de cette communauté est compliquée à démontrer. Toute la difficulté réside dans le fait que « si l'intérêt commun est le ferment de toute représentation collective, il en est également le résultat. L'absence d'intervention du droit... entrave la constitution de la collectivité, alors même que la collectivité naît de l'intérêt collectif qui permettra à son tour l'intervention du droit. »²⁰⁶

En d'autres termes, qui de la reconnaissance d'une communauté de travail ou d'un intérêt collectif commun fait naître l'autre ? Les juges français ont retenu l'idée que les personnes soumises à des conditions de travail identiques forment une communauté parce que, par définition, elles partagent des intérêts communs.

L'existence de cette communauté semble devoir être prouvée dans certaines situations alors que, dans d'autres cas, elle apparaît comme présumée. Une définition positiviste de la communauté de travail se dessine ainsi à travers la jurisprudence, au gré des arrêts rendus.

Nous verrons que la reconnaissance d'une communauté de travail par les juges autorise déjà l'exercice de certains droits. Elle se matérialise notamment, pour des salariés mis à disposition, par le droit d'élire certains représentants dans l'entreprise

206 Elsa Peskine, *Les réseaux d'entreprise et le droit du travail*, thèse, Paris X, 2004, p. 366 et 367.

d'accueil. Cependant cette reconnaissance demeure fluctuante, tout d'abord parce qu'elle est attachée à l'exercice de certains droits, mais aussi du fait que le degré d'intégration des salariés à la communauté de travail est aléatoire, selon leur origine. Il est donc nécessaire de définir la communauté de travail (§1) sans perdre de vue qu'il s'agit d'un cadre d'exercice du droit à la participation (§2).

§1. DEFINITION DE LA COMMUNAUTÉ DE TRAVAIL

Il s'agit d'abord de définir cette notion de manière générale (A), donc a contrario d'autres notions ou en étudiant la jurisprudence. Il en émerge une évidence : cette notion est à géométrie variable (B).

A - DEFINITION GENERALE DE LA COMMUNAUTE DE TRAVAIL

La notion de communauté (1) recouvre un périmètre plus large que celui de la seule entreprise et comprend des salariés au lien contractuel plus ou moins distendu avec l'entreprise qui les emploie.

Cette notion a d'abord été construite à travers d'autres grâce à la jurisprudence (2). Elle a permis d'envisager un autre périmètre de représentation que celui de l'entreprise et de sa collectivité de salariés.

1. Le terme de communauté

Les termes de communauté et de collectivité sont indistinctement utilisés dans la jurisprudence, alors même qu'une différence de sens existe (a). Cette différence sémantique permet d'asseoir le fait que la communauté est une construction, tandis que la collectivité se forme plus spontanément. Cette distinction laisse entrevoir les difficultés de la reconnaissance juridique d'une notion malléable qui s'est essentiellement construite avec la jurisprudence (b).

a. La communauté par opposition à la collectivité

La communauté de travail est une notion jurisprudentielle, dont l'objet est d'établir la réalité d'un lien unissant des salariés travaillant sur un même lieu, afin de faire reconnaître la nécessité d'avoir des représentants communs pour l'exercice de leurs droits collectifs. Cette notion correspond donc « à une réalité allant au-delà de constructions juridiques abstraites ou artificielles »²⁰⁷. Elle permet au droit de rattraper le phénomène de dématérialisation de l'entreprise, afin de déjouer les stratégies patronales de contournement des seuils d'application des droits collectifs.

Les termes de "communauté" et de "collectivité" semblent être utilisés sans distinction

207 Pierre Sargos, "La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise", site internet de la cour de Cassation.

dans la jurisprudence, même si l'on note une prépondérance du premier dans les arrêts récents. En effet, le terme de "collectivité de travail" est maintenant délaissé au profit de celui de "communauté", l'expression "communauté" étant exclusivement employée dans les décisions récentes, y compris celle du Conseil Constitutionnel datant du 28 décembre 2006.

Ce choix sémantique, constaté au travers de l'étude de la jurisprudence récente en matière de reconnaissance de niveau de représentation des salariés, laisse-t-il présumer une différence de sens ?

b. La communauté comme une construction d'intérêts

La collectivité désignerait plutôt l'ensemble formé par les salariés de l'entreprise donneuse d'ordre. En effet, plusieurs arrêts de la Cour de cassation évoquent le fonctionnement normal de la collectivité, notamment dans des affaires de licenciement, mais la charge juridique de ce terme semble complexe à démontrer. L'étude de la sémantique employée par les juges ne permet pas d'établir avec certitude une différence de sens entre les termes "collectivité" et "communauté de travail".

Cependant la signification de ces deux termes dans le langage courant est éclairante. En effet, le terme de communauté a plusieurs acceptions, mais la plus adaptée à la communauté de travail semble être celle d'« état, caractère de ce qui est commun » ou encore « groupe social ayant des caractères, des intérêts communs »²⁰⁸. Quant à la collectivité, il s'agit d'un « ensemble de personnes liées par une organisation commune, des intérêts communs »²⁰⁹.

Ainsi, comme le souligne Aurianne Cothenet²¹⁰, « Le terme de communauté a donc pour particularité, notamment par rapport à celui de collectivité, de désigner un groupement construit (non naturel), orienté vers la défense d'intérêts communs et la mise en commun de moyens de poursuivre des objectifs communs ». La collectivité aurait donc une existence naturelle, tendrait spontanément vers le même but, alors que la communauté serait une construction. Le lien entre les individus est acquis dans la collectivité tandis qu'il doit se bâtir dans la communauté. Les individus de la collectivité semblent automatiquement liés, tandis que les membres de la communauté

208 Le Petit Larousse illustré, 2001.

209 Le Petit Larousse illustré, 2001.

210 Aurianne Cothenet, *La collectivité de travail à l'aune de la représentation des salariés*, Mémoire DEA, Université Paris X – Nanterre, 2005, p. 18 et s.

choisissent ou non de donner corps au groupement.

Le terme "collectivité" est donc plus adapté (sans prétendre pour autant que les salariés d'une même entreprise forment spontanément et automatiquement une collectivité de travail), afin de désigner les salariés de l'entreprise utilisatrice. Le terme "communauté" est plus approprié pour désigner l'ensemble des salariés travaillant dans l'entreprise, sans opérer de distinction entre les différentes situations juridiques.

La communauté est donc formée par les travailleurs employés dans une entreprise à un moment donné, qu'ils soient ou non salariés de cette entreprise. La communauté recouvre la réalité de la production post fordiste, par opposition à la collectivité calquée sur le modèle d'organisation fordiste²¹¹.

La distinction sémantique permet de cristalliser les distinctions opérées par les juges. Ceux-ci distinguent les deux concepts sans les nommer pour autant.

La communauté de travail recouvrirait donc l'ensemble des salariés présents dans l'entreprise à un moment donné, quel que soit leur statut juridique. Ainsi la collectivité de travail est une partie de la communauté des travailleurs.

La communauté représente bien plus qu'une addition de salariés soumis à des conditions de travail similaires. Il s'agit davantage de la mise en exergue de la naissance d'intérêts communs à ces salariés, du fait de conditions de travail en partie similaires.

La notion de communauté a évolué au fur et à mesure de la construction jurisprudentielle, le but des juges étant toujours de mettre en lumière la réalité de cette communauté, afin de permettre à ses membres d'exercer effectivement et efficacement leurs droits.

2. La construction jurisprudentielle de cette notion

Cette construction a connu deux phases : elle s'est d'abord construite à travers d'autres notions (a), à travers la recherche de la figure juridique de l'entreprise. Ensuite elle s'est émancipée de ce cadre juridique rigide pour exister par elle-même (b).

211 Il s'agit du « modèle fordiste d'emploi » : J. De Munck, "Comment réguler le temps de travail ?", in *Les carnets de philosophie du droit*, UCL, Juill. 1995. Il s'agit du « modèle de l'emploi ouvrier, principalement masculin dans la grande industrie, avec homogénéisation des tâches et une stricte hiérarchie au service d'une production de biens matériels avec des compensations en termes de stabilités d'emploi et de garanties de revenus et de protection sociale » : Antoine Jeammaud, "Quelles perspectives pour le droit du travail ?", *Contextos*, 1998.

a. Une notion qui s'est construite à travers d'autres

En traitant de la question de la communauté de travail au sein d'une même entreprise, on ne peut faire l'économie de l'étude de l'évolution de cette notion à travers d'autres, telles que l'établissement distinct ou l'unité économique et sociale. D'ailleurs peu importe le cadre dans lequel on souhaite démontrer l'existence de la communauté de travail, le but des juristes est toujours le même : permettre l'expression efficace et effective des travailleurs, même s'il faut pour cela lever « l'écran dissimulant la réalité économique et sociale d'une seule entreprise »²¹².

La notion de communauté de travail est quasiment identique suivant la détermination du cadre de la mise en place des instances représentatives du personnel : établissement distinct, unité économique et sociale ou entreprise.

Lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'une unité économique et sociale²¹³, la preuve de l'unité sociale est produite par la démonstration de l'existence d'une communauté de travail. La preuve de l'existence de cette communauté de travail repose sur différents critères : la permutabilité de son personnel, l'existence d'intérêts ou d'avantages communs, un même statut conventionnel et des conditions de travail semblables. En résumé, « l'existence d'une unité sociale est caractérisée par l'existence d'une communauté de travail se traduisant, notamment, par l'identité des contrats de travail, la similitude des avantages sociaux, des conventions collectives et des conditions de travail, une même politique salariale ou la permutabilité du personnel »²¹⁴. Ces conditions ne sont pas cumulatives. D'ailleurs dans le cas de l'arrêt cité, seuls deux éléments étaient réunis. Plus que des critères, il s'agit donc de ce que l'on pourrait qualifier de faisceaux d'indices.

Cette perception de la communauté corrobore la définition générale de la communauté de travail, tout en sous-entendant l'existence, dans le cas précis, de l'unité économique et sociale (UES ci-après), d'un lien de subordination diffus entre les salariés et chacune des sociétés de l'UES. En effet, la permutabilité des salariés entre toutes les entités constituant l'UES démontre l'existence d'une forme de subordination entre chacun des salariés et chacune des entités.

La reconnaissance de l'établissement distinct correspond également à la mise en

212 Jean Savatier, "Le dynamisme de l'unité économique et sociale pour l'organisation des rapports collectifs de travail", *Dr. soc.*, 2004, p. 944.

213 La formule d'unité économique et sociale a émergé avec l'arrêt Multi-ciné du 4 Mars 1976, n°75-60154, Bull. n°142, p.176.

214 Cass. soc. 12 Janvier 2005, n° 03-60477, Bull. V, n°5, p. 4.

lumière de l'existence d'une communauté de travail. La logique est alors inverse de celle de l'UES, puisqu'il s'agit de distinguer, au sein d'une grande collectivité (celle qui est formée par l'ensemble des salariés de l'entreprise), des micro collectivités aux intérêts en partie spécifiques. Pour prouver l'existence d'un établissement distinct, l'identification de la communauté de travail est une fois encore au cœur de la définition de ce cadre de représentation, puisqu'il s'agit de mettre en avant des droits à la représentation spécifiques à ces salariés.

Plusieurs affaires de désignation de délégués du personnel dans des établissements distincts sont régulièrement portées devant les tribunaux. A cette occasion, les juges vérifient l'existence d'une communauté de travail : « l'établissement distinct permettant l'élection de délégués du personnel se caractérise par le regroupement d'au moins onze salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des réclamations communes et spécifiques et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur, peu important que celui-ci ait le pouvoir de se prononcer sur ces réclamations »²¹⁵. De même, pour obtenir le droit de désigner un délégué syndical dans un établissement distinct, il faut prouver l'existence d'un « regroupement sous la direction d'un représentant de l'employeur, d'au moins cinquante salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques, peu important que le représentant de l'employeur ait le pouvoir de se prononcer sur ces revendications »²¹⁶.

Le critère de l'existence de la communauté de travail est fondateur : sans communauté, pas d'établissement distinct. La preuve de la communauté est apportée en démontrant l'existence d'intérêts propres aux salariés qui la composent. Or établir un intérêt commun spécifique (dans ce cas) semble compliqué. D'ailleurs, comme l'explique Elsa Peskine²¹⁷, c'est la reconnaissance de la collectivité qui fait émerger l'intérêt commun autant que l'inverse : « la mise en place d'une représentation collective...permet à cet intérêt (*commun*) de trouver une expression...L'émergence de la collectivité de salarié est aussi une conséquence de la reconnaissance de cet ensemble comme étant un niveau de représentation ou de négociation ».

Des conditions de travail identiques devraient automatiquement prouver l'existence

215 Soc. 29 Janvier 2003, n°01-60628 Bull. V, n° 30, p. 26 et Soc. 15 Décembre 2004, n° 03-60461, Bull. V, n° 338, p. 303.

216 Soc. 24 Avril 2003, n°01-60876, Bull. V, n° 141, p. 139.

217 Elsa Peskine, *Les Réseaux d'entreprise et le droit du travail*, Thèse, Paris X, 2004, p. 89 et 90. En quelque sorte le droit précède le fait dans ce cas puisque la mise en place d'une représentation collective permet aux intérêts communs de s'exprimer.

d'intérêts communs à défendre. Il semble complexe d'en exiger davantage, alors même qu'il est aujourd'hui compliqué de définir ce qu'est l'intérêt commun des salariés ; cette interrogation provoque d'ailleurs des questionnements sur le rôle exact du délégué syndical lorsqu'il représente les salariés pendant les négociations d'entreprise.

La reconnaissance de niveaux de représentation différents de celui de l'entreprise, tels que l'unité économique et sociale ou l'établissement distinct, devient un enjeu risqué pour les syndicats. Effectivement la reconnaissance d'une unité économique et sociale peut obliger à revoir la structure de représentation : par exemple, si plusieurs entreprises ayant des établissements distincts forment une unité économique et sociale, les comités d'établissement et d'entreprise disparaîtront au profit d'un comité central d'entreprise commun²¹⁸ (puisque l'unité économique et sociale est une entreprise²¹⁹) et, s'il y a lieu, de comités d'établissement. Dans ce cas, les comités d'établissement initiaux disparaissent, car il n'existe pas de troisième degré de représentation dans la loi, ce qui peut constituer une source d'éloignement entre les salariés et leurs représentants, conséquence peu souhaitable. Les syndicats intègrent donc ces difficultés à leur stratégie, le dilemme étant que la reconnaissance de l'unité économique et sociale permet de négocier avec les employeurs détenant réellement le pouvoir, mais éloigne les représentants des salariés qui appartenaient, dans leur ancienne entité juridique, à un établissement distinct.

La problématique est identique concernant la mise en place des délégués syndicaux ou des délégués du personnel.

b. Une notion qui existe pour elle-même

Enfin, dans le cas des entreprises dont l'organisation sera qualifiée de post fordiste, il s'agit d'établir l'existence d'une communauté de travail pour prouver que les travailleurs qui la composent doivent accéder à une représentation commune.

La recherche de l'existence d'une communauté de travail n'est pas une finalité en soi. Il s'agit bien de démontrer par ce biais l'existence d'intérêts communs spécifiques, appelant l'exercice du droit à la représentation dans cette communauté de travail et pas uniquement au sein de la collectivité de travail. Or, concernant l'exercice des droits collectifs dans une entreprise utilisatrice, l'appartenance à la communauté de travail est reconnue pour la plupart des salariés mis à disposition de l'entreprise, mais il

218 Article L. 2322-4 du Code du travail (L. 431-1 a. C. trav.).

219 Cass. 16 Octobre 2001, n° 99-44.037, Bull. V, n° 324, p. 260.

semblerait qu'elle soit insuffisante à garantir l'exercice de tous les droits collectifs des travailleurs.

La communauté de travail regrouperait tous les salariés travaillant dans l'entreprise au même moment, c'est-à-dire tous les salariés participant au "processus de travail" ou "au bon fonctionnement de l'entreprise". Cette conception large de la communauté est d'ailleurs retenue pour la définition de l'effectif au sens de l'article L. 1111-2 du Code du travail (L. 620-10 a. C. trav.).

Plusieurs projets politiques ont essayé de remettre en cause cette définition large. Récemment le rapport De Virville²²⁰ a dénoncé cette jurisprudence et proposé des solutions alternatives. De même, l'ordonnance²²¹ excluant les salariés âgés de moins de 26 ans de l'effectif avait pour objectif de réduire les droits de cette communauté de travail. Enfin la loi du 31 mars 2006 sur l'égalité des chances²²² dispose dans l'article 21 que les salariés « intervenant dans l'entreprise en exécution d'un contrat de sous-traitance » doivent être exclus du décompte des effectifs de cette entreprise (disposition censurée par le Conseil constitutionnel²²³).

Tous ces projets construits en opposition à la jurisprudence ont avorté. L'opposition politique exprimée ces derniers temps n'aura donc pas eu raison de la vision large de la communauté de travail. C'est finalement le Conseil constitutionnel qui va tenter de limiter l'exercice des droits collectifs des travailleurs de la communauté. En effet, tout en reconnaissant l'existence d'une communauté large de travail et en légitimant de ce fait ce concept jurisprudentiel, le Conseil constitutionnel vient ajouter une condition à la possibilité pour les salariés de la communauté de voter pour les représentants du personnel dans l'entreprise utilisatrice. Dans le considérant n°29 de sa décision n°2006-545 du 28 décembre 2006²²⁴, les juges décident que le droit à la participation, issu de l'article 8 du Préambule de la Constitution de 1946, 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 ». Cette condition additionnelle a de quoi surprendre. Admettre l'existence d'une communauté de travail pour finalement établir une

220 Michel de Virville, "Pour un Code du travail plus efficace : rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité", 2004.

221 Ordonnance n°2005-892 du 2 Août 2005.

222 Loi sur l'égalité des chances du 31 Mars 2006, n° 2006-396.

223 Cons. const. 2006-535 DC, 30 Mars 2006.

224 *JCP S* 2007, 1001, note R. Vatinet ; A. Lyon-Caen, Droit de participation et délimitation des collectivités de travail, *RDT* 2007, p. 84 ; 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, *RDT* 2007, p. 229.

distinction entre ses membres semble quelque peu étrange. Le Conseil constitutionnel affirme d'ailleurs cette distinction dans le considérant suivant en jugeant qu'il « est loisible au législateur, ..., de ne pas conférer à l'ensemble des travailleurs mis à disposition d'une entreprise la qualité d'électeur pour désigner les délégués du personnel et les représentants des salariés à son comité d'entreprise, il ne pouvait, sans méconnaître le huitième alinéa du Préambule de 1946, limiter le corps électoral aux seuls salariés qui lui sont liés par un contrat de travail ».

B - UNE NOTION A GEOMETRIE VARIABLE

La communauté de travail est composée de plusieurs groupes de travailleurs aux situations bien distinctes. D'une part, les salariés de l'entreprise d'accueil forment la collectivité de travail. Ils connaissent un degré d'intégration variable, en fonction de leur situation individuelle (type de contrat de travail...) mais aussi des modifications intervenues dans la situation de l'employeur (1). De l'autre, il s'agit des salariés extérieurs à l'entreprise. Les salariés mis à disposition sont un bon exemple. Dans la plupart des cas, ils sont pris en compte dans la communauté de travail mais leur intégration réelle n'est pas évidente. Sous l'angle juridique, les signes de l'intégration réelle de ces salariés sont à déceler dans leur participation à la détermination de leurs conditions de travail ou encore à la gestion de l'entreprise. Or cette assimilation à la communauté n'est pas automatique, puisque ces salariés ne sont pas considérés de manière identique, selon les droits collectifs (2).

1. L'intégration des salariés à la communauté de travail dépend de leur origine

La collectivité de travail (a) de l'entreprise utilisatrice peut être composée de salariés venant d'horizons divers. Cette collectivité n'est pas aussi homogène qu'il n'y paraît (b), et des différences de traitement, temporaires ou non, peuvent exister en son sein. Autour du « noyau dur » que forme la collectivité des salariés et dont le droit à être représenté ne pose pas de problème (ce qui n'est pas toujours le cas de l'exercice de ce droit), il existe d'autres salariés, subordonnés ou non à cette entreprise. Parmi eux, les salariés intérimaires et les salariés d'entreprises sous-traitantes ne sont pas juridiquement subordonnés à cette entreprise. Leur intégration dans la communauté

de travail est aléatoire, selon les droits en cause. La loi leur reconnaît un double rattachement : ils sont intégrés à la collectivité de travail de leur entreprise et sont parfois pris en compte dans la communauté de travail de l'entreprise utilisatrice.

a. La collectivité de travail

La collectivité de travail est composée de différentes "strates", plus ou moins proches de la "référence" du salarié sous contrat à durée indéterminée, travaillant à temps plein pour l'employeur avec qui il a contracté, sous la subordination duquel il se trouve, et dans l'entreprise duquel il travaille.

Selon que le salarié est plus ou moins proche de ce "modèle", il sera différemment intégré à la collectivité de travail.

Les salariés sous contrat à durée déterminée comptent dans l'effectif, au prorata du temps qu'ils ont passé dans l'entreprise, mais leur représentation est effective, qu'il s'agisse des négociations, des réclamations ou encore de la gestion de l'entreprise. Par contre, il existe une masse importante de salariés exclus de l'effectif. Parmi eux, on compte tous les salariés bénéficiant de contrats aidés, les apprentis.

L'exclusion de l'effectif n'est pas anodine en termes de droit collectif. D'une part, elle peut priver l'ensemble des salariés de représentants sachant que le seuil légal ne sera pas atteint. D'autre part, elle contribue à une forme de marginalisation de ces salariés. Cependant cette analyse doit être nuancée car la plupart de ces salariés sont électeurs et éligibles.

Enfin de nouveaux salariés peuvent intégrer la collectivité de travail de l'entreprise utilisatrice, du fait de la modification de la situation juridique de l'employeur qui prend la forme du transfert d'une entité économique conservant son identité et poursuivant son activité²²⁵. Sachant que tous les contrats subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entité transférée²²⁶, cette situation laisse présumer d'une intégration immédiate à la collectivité de travail. Toutefois, sur le plan de la reconnaissance des droits collectifs, notamment de celui de la détermination des conditions de travail, il semblerait que ces salariés aient un statut à part dans la collectivité. En effet, le statut des salariés intégrant une entreprise, suite au transfert d'une entité économique à un nouvel employeur qui en poursuit l'exploitation²²⁷, est

225 Cass. Ass. Plén. 16 Mars 1990, n°86-40686, Bull. AP, n°4, p. 6.

226 Lorsque les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail (L. 122-12 a. C. trav.) sont remplies.

227 Cass. soc. 20 Janvier 1998, Bull. C. V n° 22.

réglé de manière différente sur le plan individuel et sur le plan collectif.

b. Une collectivité composée de différents statuts collectifs

Lorsque des salariés voient leur contrat de travail se poursuivre avec un nouvel employeur, leur statut collectif connaît une évolution. Dès l'entrée de ces salariés dans leur nouvelle entreprise, l'employeur doit mettre leur accord d'entreprise en cause. Leur accord collectif d'entreprise s'applique encore pendant une durée comprenant les douze mois de survivance de l'accord et les mois de préavis²²⁸, la durée moyenne de survivance de l'accord étant de quinze mois. Par exemple, suite à un rachat de société, les salariés des deux entreprises poursuivent l'exécution de leur contrat de travail initial dans l'entreprise qui a racheté l'autre. Cependant le régime conventionnel des salariés entrants est tout à fait différent des autres, comme si la fusion des deux collectivités était ralentie sur le plan collectif.

Les salariés entrants voient donc leur convention d'entreprise survivre pendant plus ou moins quinze mois. Ce temps doit être mis à profit par l'employeur pour négocier une nouvelle convention, mais ses interlocuteurs sont parfois complexes à identifier, puisque le délégué syndical de l'entreprise rachetée ne conserve pas toujours son mandat. Le mandat des délégués syndicaux de l'entreprise transférée subsiste lorsque cette entreprise conserve son autonomie. Il s'agit de l'autonomie juridique selon les textes, mais les juges, à la lumière de la directive CEE n°98/50 du 29 février 1998, ont estimé que l'autonomie en fait était suffisante²²⁹. Dans un arrêt du 31 mars 2004²³⁰, les juges décident « que dès lors qu'un salarié était détenteur d'un mandat syndical avant la reprise de la société où il travaillait et que cette dernière avait conservé son autonomie, son mandat subsistait » : « la solution n'est certes pas nouvelle, mais c'est le souci de maintenir une voix de la communauté de travail d'origine, malgré la reprise par une société, qui explique le maintien du mandat »²³¹.

Ces explications nous confortent dans l'idée que la collectivité de travail n'est pas aussi homogène qu'il y paraît, les nouveaux entrants conservant parfois une représentation spécifique à l'intérieur de l'entreprise accueillante.

Ainsi, lorsque le délégué syndical conserve son mandat, la négociation de l'accord de

228 Article L. 2261-9 du Code du travail (L. 132-8 a. C. trav.). Si la durée du préavis n'est pas fixée conventionnellement, elle est de trois mois selon l'article L. 2261-9 du Code du travail.

229 Soc. 18 Déc. 2000 ; n°99-60381, Bull. V, n°433, p. 333 ; D. 2001. I.R. 358.

230 Soc. 31 Mars 2004, Bull. n° 92, p. 82.

231 Pierre Sargos, "La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise", site internet de la Cour de cassation.

substitution se déroule entre le nouvel employeur et le délégué syndical de l'entreprise transférée. La scission de la collectivité en deux groupes est alors sous-entendue (sauf si c'est un établissement qui est absorbé et qu'il conserve son autonomie, auquel cas il s'agit d'un sous-groupe composant une communauté plus large).

Lorsque les délégués syndicaux ne conservent pas leurs mandats dans la nouvelle entreprise, le nouvel employeur doit alors négocier l'accord de substitution avec les délégués syndicaux de l'entreprise d'accueil.

L'issue de ces négociations peut prendre diverses formes :

1) soit un accord de substitution différent de l'accord de l'entreprise d'accueil est validé ; la scission de la collectivité de travail est alors maintenue, puisque deux accords d'entreprise coexistent ;

2) soit les négociations aboutissent à l'adoption par l'ensemble des salariés de l'accord de l'entreprise d'accueil, auquel cas la cohérence de la collectivité de travail est préservée ;

3) soit ces négociations n'aboutissent pas à la conclusion d'un accord de substitution. Dans cette situation, les salariés entrants conservent les avantages individuels acquis de leur ancienne convention. Leur régime collectif est alors différent de ceux des salariés de l'entreprise d'accueil, quelle que soit l'issue choisie par la suite.

Il semblerait également que les juges aient déjà admis que le salarié puisse, à compter de la reprise de son contrat de travail, se prévaloir de la convention en application chez son nouvel employeur²³².

Quant au droit communautaire, la règle en cas de transferts d'entreprise est la suivante : l'article 3§3 de la directive 2001/23 du 12 mars 2001 précise que le cessionnaire doit maintenir les conditions de travail résultant d'une convention collective en vigueur dans l'entreprise cédée jusqu'à la date d'expiration de la convention ou à sa résiliation, ou à l'entrée en vigueur, ou de l'application d'une autre convention collective. Toutefois, selon la Cour de justice des communautés européennes, cette règle ne joue qu'en faveur des travailleurs employés dans l'entreprise à la date du transfert, et non pour ceux embauchés ultérieurement (selon

232 Cass. soc. 24 Janvier 1996, n°93-40745.

un arrêt du 17-12-1987²³³).

La directive²³⁴ dispose toutefois que les états membres peuvent limiter la période de maintien des conditions de travail résultant de la convention collective, à condition que cette période ne soit pas inférieure à un an. C'est la voie empruntée par le législateur français. Le droit communautaire n'établit pas de lien direct entre la définition de la communauté et le statut collectif, sachant qu'il est envisageable que les salariés d'une entreprise soient soumis, au moins temporairement, à des règles collectives différentes.

Le maintien des différences de statut collectif ne signifie pas que l'ensemble des salariés ne forme pas une même collectivité de travail, puisque l'identité de statut collectif n'est pas une condition sine qua non à la formation de la communauté de travail. Cependant il s'agit, dans le cas de la recherche d'une unité économique et sociale, d'un indice pouvant prouver l'existence d'une unité sociale.

Ce constat d'une différence de traitement sur le plan collectif permet uniquement de mettre en avant l'hétérogénéité de la collectivité de travail, ce qui donne la possibilité d'argumenter en faveur d'une conception large de la communauté de travail.

2. Une intégration qui varie en fonction des droits collectifs visés

Selon qu'il s'agit d'une forme ou d'une autre du droit à la participation, la reconnaissance des salariés formant la communauté de travail est plus ou moins spontanée, ce qui illustre la notion de construit social.

La prise en compte dans l'effectif (a) est maintenant quasi systématique. Ce n'est pas toujours le cas pour la capacité à élire ou à être élus (b).

a. La prise en compte dans l'effectif

L'appartenance des salariés mis à disposition à la communauté de travail est sans cesse remise en question, soit par des projets politiques, soit par des textes légaux excluant certaines catégories de travailleurs de cette communauté, soit par des arrêts, tel celui du Conseil constitutionnel. La définition de la communauté reste donc incertaine et tend encore à évoluer.

233 CJCE 17-12-1987 aff. 287/86, Ny Molle Kro.

234 Directive 2001/23 du 12 Mars 2001, article 3§3, al. 2.

Parallèlement à la question de la simple appartenance à la communauté de travail, il faut se pencher sur le niveau d'intégration des salariés composant la communauté de travail, notamment sur l'exercice de leur droit à la participation dans l'entreprise où ils travaillent. Cette question cruciale est au centre de la reconnaissance de la communauté de travail. Ainsi, comme l'exprime le précédent Président de la Chambre sociale de la Cour de cassation, Pierre Sargos : « La vérité de l'expression de la communauté de travail par son corps électoral est au moins aussi importante que la vérité de son existence. »²³⁵.

Que vaut la reconnaissance de la communauté de travail, si cette démarche ne permet pas aux salariés la composant de prendre pleinement part à la vie de l'entreprise ? Prouver que la communauté de travail existe, c'est démontrer que les salariés qui la constituent subissent journallement les conditions de travail identiques, sans pour autant être juridiquement subordonnés à un même employeur. Cette démarche de qualification juridique d'une réalité de travail n'a que peu de sens si le raisonnement n'est pas mené à son terme, c'est-à-dire à l'obtention de l'exercice des droits collectifs liés à la situation de travail. Il s'agit en réalité de la totalité des droits collectifs. Le droit à la grève, par exemple, correspond au droit de réclamer de meilleures conditions de travail, le droit à la participation consiste à faire changer ces mêmes conditions de travail. Or prouver l'existence de la communauté de travail, c'est démontrer que les conditions de travail sont aussi celles imposées par l'entreprise où l'on travaille, et non uniquement celles imposées du fait du lien de subordination. La relation extra contractuelle²³⁶ entre le salarié mis à disposition et l'entreprise utilisatrice compte tout autant, voire plus, dans le quotidien du salarié. C'est, par exemple, le lieu de travail qui détermine les conditions matérielles d'exécution du travail. De même, l'organisation du travail choisie par l'employeur de l'entreprise utilisatrice sera déterminante dans les conditions psychologiques de réalisation des tâches.

Les juges expliquent fort justement que le lien de subordination existe, quelle que soit la situation juridique entre le salarié mis à disposition et l'employeur de l'entreprise utilisatrice. « Le fait pour un salarié d'avoir exercé son activité sur le site d'une entreprise qui n'est pas juridiquement son employeur implique nécessairement qu'il n'ait plus une relation exclusive avec ce dernier. Pour une part, la subordination dans laquelle il se trouve se verra nécessairement transférée à l'entreprise où il travaille. En

235 Pierre Sargos, "La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise", site internet de la Cour de cassation.

236 Mais il s'agit probablement d'une forme de subordination, même si elle n'est pas juridique.

effet, il ne pourra s'affranchir d'un ensemble de règles nécessaires à la bonne organisation de cette dernière (conditions d'accès, règles de sécurité, de circulation, horaires de l'établissement, condition de restauration, détermination de l'emplacement et des conditions de travail au sein du site.) »²³⁷.

Dans le même ordre d'idée, il faut reconnaître que, bien souvent, la rémunération du salarié normalement définie par le contrat de travail, les conventions collectives, peut être impactée par le contrat commercial passé entre l'entreprise utilisatrice et l'entreprise sous-traitante. Il est assez largement reconnu que, dans le cas d'entreprises de sous-traitance entièrement dévouées à une même entreprise utilisatrice (on pense notamment aux entreprises de l'automobile), les conditions du contrat commercial sont à l'origine de la détermination du montant des rémunérations. L'intervention de l'entreprise utilisatrice dans la relation contractuelle n'est pas encore juridiquement reconnue, mais elle existe en fait.

Cependant faut-il construire, dans l'objectif d'accroître l'effectivité du droit à la participation, une notion de para subordination pour établir les critères de la communauté de travail ? Cette solution risque de limiter à nouveau la définition de la communauté de travail.

Le but de la reconnaissance de la communauté de travail est bien l'intégration à la vie de l'entreprise d'accueil. Celle-ci passe d'abord par la prise en compte de ces salariés dans l'effectif. Cette première étape dans l'intégration permet d'atteindre les seuils légaux, en tenant compte de ces salariés "extérieurs". Cela signifie que les besoins en matière de représentation ont augmenté, du fait de l'existence de la communauté de travail. La reconnaissance de l'entrée des salariés extérieurs à l'entreprise d'accueil dans son effectif a connu de nombreux rebondissements jurisprudentiels. La construction des critères permettant l'entrée des salariés dans l'effectif a permis d'élaborer la définition de la communauté de travail, la discussion juridique portant indirectement sur la définition des salariés entrant dans la communauté de travail.

C'est l'ancien article L.412-5 du Code du travail issu de la loi n°82-915 du 28 octobre 1982²³⁸ qui a d'abord autorisé la prise en compte de ces salariés : « Les salariés sous contrat à durée déterminée, les salariés sous contrat de travail intermittent, les travailleurs mis à la disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure, y compris

237 Tribunal d'instance de Péronne 20 Octobre 2005, *Dr.ouv.*, Note Pascal rennes, Septembre 2006, p449.

238 L. no 82-915, 28 Oct. 1982, relative au développement des institutions représentatives du personnel.

les travailleurs temporaires, sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise au prorata de leur temps de présence dans celle-ci au cours des douze mois précédents », « Toutefois, les salariés sous contrat à durée déterminée, sous contrat de travail temporaire ou mis à disposition par une entreprise extérieure sont exclus du décompte des effectifs lorsqu'ils remplacent un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu ».

Alors que la notion de communauté de travail n'était pas encore ancrée dans la jurisprudence, l'ensemble des salariés mis à disposition, qu'ils soient des travailleurs temporaires ou d'entreprise sous-traitante, étaient pris en compte dans l'effectif sans distinction. Le but, au vu de l'intitulé de la loi, était alors davantage de développer les institutions représentatives que de tenir compte de la situation spéciale de travail des salariés mis à disposition.

Cette prise en compte obligatoire dans l'effectif est réitérée dans les articles spécifiques à la mise en place des délégués du personnel (ancien article L.421-2 du Code du travail) et du comité d'entreprise (ancien article L.431-2 du Code du travail).

Aujourd'hui le régime de prise en compte des salariés mis à disposition a été unifié dans l'actuel article L. 1111-2 du Code du travail (L. 620-10 a. C. trav.), qui reprend quasiment mot pour mot le contenu des anciens articles régissant la question.

Cette prise en compte n'est pas allée de soi, le contentieux électoral ayant été le vecteur de contestation concernant la prise en compte dans l'effectif. Les juges du Tribunal d'instance différenciaient régulièrement les salariés mis à disposition, entretenant un lien de subordination avec l'entreprise utilisatrice des autres salariés mis à disposition. Seule la première catégorie était comptabilisée dans l'effectif. La logique de ce raisonnement repose probablement sur le fait que, dans cette situation, la majorité, voire l'ensemble des conditions de travail, dépendent de l'entreprise utilisatrice. La démarche juridique consistait alors davantage à agrandir le cercle des salariés de la collectivité de travail qu'à reconnaître l'existence d'une communauté de travail, puisque les relations contractuelles ou quasi-contractuelles²³⁹ étaient uniquement reconnues. Seule une relation contractuelle ou quasi-contractuelle entraînait la possibilité d'user de ces droits collectifs. Le fait que l'ensemble des salariés mis à disposition partagent une grande partie des conditions de travail des salariés de l'entreprise était indifférent, alors que le droit à la participation a pour but

239 Nous parlons de situation quasi contractuelle lorsqu'un lien de subordination existe avec l'entreprise utilisatrice sans pour autant que cela se matérialise par un contrat de travail, contrat qui existe entre le salarié et l'entreprise sous-traitante.

de permettre à chaque salarié de déterminer les conditions de travail²⁴⁰.

Ce courant de jurisprudence a été stoppé par plusieurs arrêts de la Cour de cassation. L'arrêt du 28 mars 2000²⁴¹ est l'un des premiers à affirmer que « le Tribunal d'instance qui, pour déterminer l'effectif de la société Stora, a ajouté une condition à la loi et n'a pas pris en considération les personnels mis à disposition de la société Stora par les sociétés Sogenord, Clean, Cogelib et Seteb ». En l'espèce, le Tribunal d'instance a jugé que les salariés mis à disposition présents dans l'entreprise Stora exerçaient leur activité, au vu des contrats passés entre les sociétés sous-traitantes et la société utilisatrice, sous la responsabilité de leur entreprise, et n'étaient pas sous la subordination de l'entreprise Stora. Les juges d'instance ont donc conclu à la non prise en compte dans l'effectif de ces salariés.

La condition de subordination à l'entreprise utilisatrice n'apparaissait pas dans les textes de lois. Les juges avaient donc extrapolé, afin de pouvoir écarter certains salariés mis à disposition. Cet arrêt a fait jurisprudence, puisque la condition de subordination juridique du salarié mis à disposition de l'entreprise utilisatrice est automatiquement écartée.

Pour éliminer la plupart des possibilités de scission en catégories du groupe des salariés mis à disposition, pris en compte dans l'effectif ou non, les juges vont réveiller²⁴² le concept de communauté de travail et lui donner la définition la plus large possible. Cette quête de définition de la communauté de travail est très bien expliquée par Pierre Sargos²⁴³ : « il s'agit de recherche de la vérité de la communauté de travail dans l'entreprise, dont la finalité est de trouver au-delà de seuils plus ou moins arbitraires, voire de manœuvres plus ou moins avouées pour évincer, altérer ou limiter la représentation sociale, la réalité économique et sociale, sinon sociologique, de cette communauté de travail. »

Les premiers pas vers cette notion, en matière de salariés mis à disposition, furent franchis lorsque les juges ont estimé que l'ensemble des salariés qui « participent au

240 Huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946.

241 Soc. 28 Mars 2000, n° 98-60440, Bull. V, n° 133, p. 102.

242 Ce concept est beaucoup utilisé pour permettre la reconnaissance de l'unité économique et sociale ou encore de l'établissement distinct. C'est pour cela que nous parlons de réveil. En effet, à partir des années 2000, dans le cadre de la prise en compte d'une autre facette de la dématérialisation de l'entreprise, celle de la sous-traitance, il s'agit de reconnaître une identité de situation sociale entre les salariés d'une entreprise et les salariés intervenant dans cette même entreprise. On notera donc qu'il ne s'agit pas tout à fait de la même démarche que pour la recherche de l'UES ou de l'établissement distinct, même si la logique et l'objectif suivis sont identiques.

243 Pierre Sargos, "La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise", site internet de la Cour de cassation.

processus de travail de l'entreprise qui les occupe »²⁴⁴, y compris les salariés mis à disposition, entrent dans l'effectif de l'entreprise. Les juges s'éloignent alors considérablement de la notion de collectivité de travail pour aller vers une notion de communauté au sens large. En effet, la participation au processus de travail peut être très indirecte.

La notion de processus de travail fut bientôt abandonnée parce que, selon Pierre Sargos, elle « imposait des distinctions délicates et irréalistes, dans la mesure où, comme cela a été à juste titre relevé, une entreprise ne doit utiliser que des salariés nécessaires à son fonctionnement »²⁴⁵.

Cette notion de processus fut remplacée par la prise en compte dans l'effectif des salariés mis à disposition qui « participent aux activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise utilisatrice »²⁴⁶. Ce sont deux arrêts qui utilisent simultanément la même expression. Cependant, dans le premier, il est précisé que « cette participation n'est pas restreinte au seul métier de l'entreprise ou à la seule activité principale de celle-ci ». Cette formule met en avant le fait que tous les salariés « qui concourent à ce fonctionnement doivent participer, pour en assurer la vérité, à l'expression collective de leur communauté de travail, tels, par exemple, les démonstrateurs de produits d'une société dans un grand magasin »²⁴⁷.

Le raisonnement du président de la Chambre sociale de la Cour de cassation va jusqu'à dire qu'une représentation des salariés d'une entreprise qui exclurait les salariés mis à disposition serait faussée.

Cette acception large de l'effectif va engendrer des stratégies « d'écran dissimulant la réalité économique et sociale »²⁴⁸. En effet, les entrepreneurs essaient de masquer la réalité de la sous-traitance, notamment en concluant des contrats en tant que commissionnaires. Or ce statut suffit à exclure les salariés sous-traitants de l'effectif, selon les juges de la Cour de cassation. En l'espèce, la société Chronopost²⁴⁹ intervient en qualité de commissionnaire de transport de marchandises ; ainsi les salariés mis à

244 Par exemple : Soc. 27 Novembre 2001, n° 00-60252, Bull. 364, p.290.

245 Pierre Sargos, "La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise", site internet de la Cour de cassation.

246 Il s'agit de deux arrêts datant du même jour : Soc. 26 Mai 2004, Bull. n° 140 p. 127 et n° 141 p. 129

247 Pierre Sargos, "La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise", site internet de la Cour de cassation.

248 Jean Savatier s'exprimant sur le concept d'UES : "Le dynamisme de l'unité économique et sociale pour l'organisation des rapports collectifs du travail", *Dr. Soc.* 2004, p. 944.

249 Soc. 15 Février 2006, n°05-60088, Bull. V n°72, p. 64.

disposition de Chronopost par une entreprise de sous-traitance pour participer à l'activité de distribution de colis n'entreraient pas dans l'effectif de l'entreprise Chronopost. On s'étonnera, de même que Pascal Rennes, de ce que « la Chambre sociale mette en avant la spécificité du statut de Chronopost comme commissionnaire de transport et son contrat de donneur avec le donneur d'ordre pour en déduire bizarrement l'autonomie de ses propres sous-traitants, ceux-ci assumant pourtant de façon très intégrée une partie de l'activité de transport de Chronopost»²⁵⁰.

Les sous-traitants des sous-traitants ne pourraient donc pas être compris dans l'effectif de l'entreprise de sous-traitance.

Il faut être attentif à ce que la conclusion de tels contrats d'entreprise ne masque pas à nouveau la réalité de la communauté de travail. On s'inquiète en effet de ce que « les relations commerciales et les questions de responsabilité traitées par la Chambre commerciale (Ch. Commerciale. 10 mai 2005, 14 janvier 2004, 4 février 2003) aient pris le pas sur l'examen des conditions concrètes de travail des salariés concernés »²⁵¹. Espérons que le président de la Chambre sociale soit entendu, lorsqu'il affirme que « L'évolution jurisprudentielle... démontre en tout cas qu'il est parfaitement inutile de chercher de laborieux mécanismes juridiques, formels ou hiérarchiques, pour échapper aux exigences de la représentation sociale dans l'entreprise : dès lors qu'il existe en fait une communauté de travail atteignant les seuils légaux, cette communauté doit être reconnue dans sa vérité, et les institutions représentatives qu'elle génère mises en place. »²⁵².

En fin de compte, la restriction de la définition de l'effectif n'est pas issue de montages juridiques complexes masquant la réalité de la communauté de travail, comme le laissait à penser l'arrêt Chronopost. Elle est apparue de manière inattendue : c'est une décision du Conseil constitutionnel qui porte un coup d'arrêt à la conception large de la communauté de travail dans l'entreprise. En effet, la non prise en compte des salariés sous-traitants fait partie des propositions de loi récurrentes. Or, elles ont toutes échoué jusqu'à présent mais c'est à l'occasion d'un contrôle de constitutionnalité que le Conseil constitutionnel a conforté le principe de prise en

250 Note de Pascal Rennes, *Dr. Ouv.* Juillet 2006, p. 346.

251 Pascal Rennes, préc.

252 Pierre Sargos, "La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise", site internet de la Cour de cassation.

compte de ces salariés dans l'effectif, tout en limitant sa portée.

La décision du Conseil Constitutionnel²⁵³ concernait la Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié portant diverses dispositions d'ordre économique et social. L'article 54 de cette loi dans son I modifiait l'ancien article L. 620-10 du Code du travail. Il prévoyait expressément que les salariés travaillant dans une entreprise en exécution d'un contrat de sous-traitance ou de prestation de service seraient exclus du calcul des effectifs, sauf pour le calcul du seuil déterminant la constitution d'un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Cette exclusion s'accompagnait de l'exclusion du corps électoral de ces mêmes salariés.

Le Conseil constitutionnel déclare alors que le II et le I de l'article 54 sont inconstitutionnels. Le raisonnement juridique des sages se fonde sur le droit à la participation. Les juges indiquent que « le droit de participer par l'intermédiaire de leurs délégués » à la « détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises » 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'il n'en sont pas les salariés ». Cette décision valide la notion de communauté de travail. De plus elle appuie le principe d'un droit à la participation propre à l'entreprise, induisant que cela s'applique au droit à la négociation collective dans l'entreprise.

Les juges constitutionnels reconnaissent donc indirectement que le droit à la participation n'est effectif que s'il peut être exercé là où le salarié exécute effectivement son travail. Le droit constitutionnel à la participation serait amoindri, voire inexistant, si la participation ne pouvait pas avoir lieu dans l'entreprise utilisatrice. Le Conseil constitutionnel vient donc confirmer la notion de communauté de travail : notion « élaborée par la Cour de cassation, notion purement jurisprudentielle, née de l'observation de la réalité sociale, venant consacrer en droit une réalité humaine »²⁵⁴.

Cette confirmation de la lecture du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 révèle la prise en compte d'un principe de réalité par le Conseil constitutionnel. Cependant son raisonnement est affaibli par l'ajout d'une condition à la prise en

253 Décision n°2006-545 DC du 28 Décembre 2006 sur la Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié portant diverses dispositions d'ordre économique et social.

254 Note d'Emmanuelle Boussard-Verrechia, *Dr. Ouv.* Juin 2007, p. 288.

compte dans l'effectif, puisque la communauté de travail composée par les salariés de l'entreprise, par les salariés mis à disposition, n'est pas un ensemble homogène. Il existe une scission entre les salariés qui «sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail» et les autres. Par contre il est aujourd'hui compliqué de dire ce que signifie une intégration étroite et permanente, puisque « L'arrêt de la Cour de cassation ne définit pas autrement que le Conseil constitutionnel, les caractéristiques de l'intégration à la communauté de travail qui justifie l'exercice des droits collectifs de participation. »²⁵⁵

Toutefois cette décision comporte le risque d'exclure le personnel de nettoyage ayant différents chantiers sur différents sites, car il ne sera probablement pas intégré de façon permanente à la communauté de travail. De plus, les horaires souvent décalés de ces travailleurs ne leur ouvrent pas non plus une intégration étroite à la communauté de travail. Dans la réalité du travail, il s'agit en effet de deux groupes de salariés qui se croisent et échangent rarement sur leurs conditions de travail, alors qu'ils subissent les mêmes conditions.

On peut se poser des questions identiques pour le personnel s'occupant de la restauration : leurs horaires sont différents de ceux des salariés de la collectivité de travail et le contact avec les autres salariés est souvent très limité. Il est évident que l'implication de ces salariés dans l'entreprise où ils exercent est forcément limitée du fait de leurs conditions de travail, mais elle est sûrement tout aussi complexe dans leur entreprise d'origine.

Pour Marie-Laure Morin, cette nouvelle notion de condition d'intégration à la communauté est ardue à définir, du fait de « la très grande variété des situations de mise à disposition de personnel »²⁵⁶. Aussi essaie-t-elle de dresser une typologie des mises à disposition existantes : « mises à disposition au sens strict avec transfert total ou partiel du lien de subordination »²⁵⁷ ou cas d'« exécution d'un travail dans l'entreprise dans le cadre du contrat d'entreprise »²⁵⁸. Le cas des salariés mis à disposition appartenant à ce second groupe et exécutant leur travail sous le seul contrôle de l'entreprise sous-traitante, avec ses moyens propres mais dans le cadre d'une activité nécessaire au fonctionnement de l'entreprise utilisatrice, semblent poser problème. Marie-Laure Morin estime que « dans ces dernières situations ...la

255 Marie Laure Morin, *Le Droit des salariés à la négociation collective*, L.G.D.J., 1994, p. 232.

256 Marie Laure Morin, préc.

257 Marie Laure Morin, préc.

258 Marie Laure Morin, préc.

distinction entre effectif et électorat peut être faite». Cette possibilité de scission de la communauté de travail est inquiétante, étant donné qu'elle pourrait atténuer l'effet utile du droit à la représentation pour certains salariés.

Le fondement juridique de cette scission de la communauté de travail n'est pas explicité par les juges du Conseil constitutionnel et elle amoindrit quelque peu la portée du droit à la participation pour ces salariés.

La notion d'intégration permanente et étroite à la communauté de travail est à conjuguer avec la définition de la communauté de travail, à savoir les salariés participant aux « activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise utilisatrice », cette participation n'étant « pas restreinte au seul métier de l'entreprise ou à la seule activité principale de celle-ci ». La définition large de la communauté de travail doit donc être conjuguée avec une intégration étroite et permanente. C'est ce que confirme l'arrêt du 28 février 2007²⁵⁹ qui précise le profil des salariés constituant la communauté de travail : « les travailleurs mis à disposition d'une entreprise, intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue comme participant à l'activité nécessaire au fonctionnement de l'entreprise ». Nous pouvons cependant émettre des doutes quant à la possibilité pour certaines catégories de salariés d'être étroitement intégrés à la communauté, compte tenu de la nature de leur activité professionnelle. Une inadéquation existe de façon évidente entre la définition de la communauté et l'intégration dans cette communauté, intégration requise pour pouvoir participer pleinement à la vie l'entreprise. Le paradoxe est que, sous prétexte que les salariés sont trop éloignés ou tenus trop éloignés de la communauté, les juges constitutionnels leur refusent l'exercice de certains droits participant à la construction d'intérêt commun, donc de liens plus étroits. L'exercice de ces mêmes droits est possible dans leur entreprise, alors qu'ils n'y ont peut-être jamais mis les pieds.

Des jugements de tribunaux d'instance reposent régulièrement la question de l'articulation entre les critères précédemment dégagés par les juges pour définir la communauté de travail et celui de l'intégration étroite et permanente : soit en écartant ceux des juges²⁶⁰, soit en affirmant que l'intégration étroite et permanente se déduit de l'existence d'un faisceau d'indices en partie composé de ceux mis à jour par les juges²⁶¹, allant jusqu'à prendre en compte des salariés mis à disposition hors *situ* et

259 Soc. 28 février 2007, n° 06-60.171, Bull.

260 TI Saint Germain en Laye, 12 Octobre 2007, *Dr. ouv.*, note Elsa Peskine, p. 79.

261 TI Toulouse 19 Novembre 2007, *Dr. ouv.*, note Elsa Peskine, p. 79.

créer un critère organisationnel des plus intéressants²⁶². En effet, des juges d'instance font émerger le critère organisationnel lorsque le critère géographique n'est pas mobilisable. Une définition restrictive de la communauté de travail conduit à considérer quasi uniquement le critère géographique. Or les conditions de travail peuvent être identiques dans des lieux différents. En l'espèce²⁶³, les salariés travaillaient sur le même lieu (l'entreprise Airbus) puis, pour échapper à la jurisprudence sur la communauté de travail, l'employeur a choisi d'éclater la communauté en renvoyant les salariés dans leur entreprise. Mais les conditions de travail étaient les mêmes qu'auparavant, toujours dictées par Airbus. Le juge a donc reconnu la communauté : le critère organisationnel a fini par s'imposer. Les juges s'extraient du lieu de travail pour aller vers le processus de travail, comme ce fut déjà le cas, mais l'enjeu est la définition de ce processus, processus d'ensemble auquel concourent les salariés extérieurs, puisque sa réalisation détermine les conditions de travail réelles et résulte de son organisation. Donc cela vaut aussi *ex situ* !

Au final et de manière générale, les juges confirment la prise en compte des salariés mis à disposition dans le calcul de l'effectif. Il faut donc repréciser les règles de calcul de l'effectif²⁶⁴ : le salarié intérimaire est pris en compte dans l'effectif de l'entreprise utilisatrice, proportionnellement à son temps de présence dans l'entreprise au cours des douze derniers mois, sauf s'il remplace un salarié absent ou dont le contrat est suspendu.

Parallèlement, il suffit que le salarié ait été lié à l'entreprise temporaire par un contrat de travail temporaire pendant une durée minimum de trois mois pour compter comme un salarié dans l'entreprise de travail temporaire. Si le fait d'être pris en compte dans l'effectif est un indice clair de l'appartenance à la communauté de travail, le législateur crée alors un double rattachement du salarié intérimaire. Ceci peut être considéré comme un premier pas vers la reconnaissance de la communauté de travail formée au sein même du réseau d'entreprises.

Dans le cas des salariés mis à disposition, la loi énonce une règle similaire à celle des salariés intérimaires, puisque c'est la règle de proportionnalité qui est appliquée. La prise en compte dans l'effectif s'effectue au prorata du temps passé dans chacune des

262 Elsa Peskine, préc.

263 Elsa Peskine, préc.

264 Article L. 1111-2 du Code du travail (L. 620-10 a. C. trav.).

entreprises. Ainsi un salarié qui aurait partagé son temps entre une entreprise utilisatrice et son entreprise d'origine pendant les douze mois précédents la fixation exacte de l'effectif sera également pris en compte par l'une et par l'autre. La question des salariés mis à disposition sur plusieurs chantiers, situation très fréquente dans les entreprises de nettoyage par exemple, complique d'autant le calcul.

b. L'électorat et l'éligibilité

Pour les salariés mis à disposition, la prise en compte dans l'effectif est une première étape vers la reconnaissance d'un droit à la participation dans l'entreprise d'accueil. Leur nombre vient grossir les effectifs et cela peut donc faciliter l'accès à certains droits, les seuils conditionnant l'exercice de la représentation étant plus rapidement atteints. Néanmoins cela n'induit pas forcément que ces salariés pourront disposer de ces droits. Leur intégration dans l'effectif témoigne d'une prise en compte de leur activité par le législateur mais elle reste une participation passive à la vie de l'entreprise utilisatrice.

Seule la possibilité d'élire et d'être élu ou désigné serait un signe clair de leur appartenance à la communauté des salariés de l'entreprise utilisatrice et du lien établi entre l'appartenance à une communauté de travail et l'exercice des droits collectifs.

L'intégration de ces salariés à l'électorat de l'entreprise d'accueil et leur éligibilité sont très variables. Deux éléments entrent en considération : d'une part, les juges distinguent les salariés intérimaires des salariés d'entreprises sous-traitantes, d'autre part, la règle n'est pas la même selon l'institution représentative considérée. Chaque institution représentative remplit d'autres fonctions. Elles sont chargées d'exercer, au nom des salariés, différents droits. Aussi, si les salariés mis à disposition ne sont pas électeurs de toutes les institutions représentatives du personnel, cela signifierait qu'ils n'ont pas accès aux mêmes droits que les salariés de l'entreprise d'accueil.

La Cour de cassation a longtemps opéré une distinction entre les élections des délégués du personnel et celles du comité d'entreprise. Elle réservait la qualité d'électeur aux salariés mis à disposition pour l'élection des délégués du personnel mais ils n'étaient pas les membres du comité d'entreprise de l'entreprise d'accueil. Cette différence de traitement était fondée sur la nature et la finalité des deux institutions. La mission des délégués du personnel « est de présenter au chef d'entreprise ou à ses représentants toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires, à l'application du Code du travail et des autres lois et règlements

concernant la protection sociale, l'hygiène et la sécurité ainsi qu'à celles qui résultent des conventions collectives. »²⁶⁵. Or les salariés extérieurs travaillant *in situ* se voient imposer des règles de conduite propres au lieu de travail. C'est pourquoi ils doivent être mis en capacité d'adresser ces réclamations²⁶⁶ aux personnes responsables de l'entreprise, seules en capacité d'agir réellement. A contrario, les juges²⁶⁷ avaient refusé que les salariés mis à disposition élisent leur représentant au comité d'entreprise, prétextant que ces derniers n'avaient pas les mêmes intérêts économiques que les salariés de l'entreprise d'accueil. Cette jurisprudence privait donc ces salariés de leur droit à la participation à la gestion de l'entreprise d'accueil. Toutefois plusieurs arrêts opposés ont vu le jour. Ainsi, il avait déjà été jugé que des démonstrateurs de grands magasins « intégrés dans la communauté des travailleurs salariés du BHV y sont électeurs et éligibles »²⁶⁸.

Il a également été jugé, par la Cour de cassation dans un arrêt du 23 mai 2006²⁶⁹, que des fonctionnaires mis à disposition dans une entreprise sont intégrés à la communauté de travail de cette dernière et peuvent donc se prévaloir de la qualité de salarié pour l'expression au sein de celle-ci des droits attachés à leur statut de salariés : « pendant le temps de leur mise à disposition, les fonctionnaires sont intégrés à la communauté des travailleurs de l'entreprise et peuvent se prévaloir de la qualité de salarié pour l'expression au sein de celle-ci des droits qui y sont attachés, que, dès lors, ils sont électeurs et éligibles pour les élections des membres du comité d'entreprise...dont l'objet est d'assurer une expression collective des salariés et qui a vocation à prendre en compte les intérêts de tous les salariés de l'entreprise quel que soit leur statut. »

Enfin, dans un arrêt retentissant datant du 28 février 2007²⁷⁰ faisant écho à la décision du Conseil constitutionnel, les juges de la Chambre sociale de la Cour de cassation décident que les travailleurs mis à disposition d'une entreprise utilisatrice et intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail ont le droit de participer aux élections professionnelles dans l'entreprise en question. En l'espèce, tous les salariés mis à disposition étaient intégrés à l'effectif de l'entreprise utilisatrice et

265 Tribunal d'instance de Péronne 20 Octobre 2005. *Dr. ouv.* Septembre 2006.

266 Pour la différence entre revendications et réclamations voir la thèse de George Borenfreund, *L'Action revendicative au niveau de l'entreprise : rôle des délégués du personnel et des délégués syndicaux*, thèse, Paris X, 1987.

267 Soc. 11 Juillet 1989, Bull. civ. V, n° 512 ; Soc. 17 Juin 1992, Bull. civ. V, n° 405.

268 Soc. 30 Avril 2003, n° 01-60.841, Bull. civ. V, n° 153.

269 Soc. 23 Mai 2006, n° 05-60.119, Bull. civ. V, n° 182.

270 Soc. 28 Février 2007, n° 06-60.171, Bull.

électeurs des délégués du personnel, mais l'inclusion dans l'électorat du comité d'entreprise posait problème. Les demandeurs ont démontré que la mission du comité d'entreprise, telle qu'énoncée par l'article L. 2323-1 du Code du travail (L. 431-4 a. C. trav.) : « Le comité d'entreprise a pour objet d'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 professionnelle et aux techniques de production », concernait les salariés mis à disposition de l'entreprise Peugeot. Puisque selon les demandeurs, « ces salariés, en raison de leur lien économique particulier envers l'entreprise utilisatrice, partagent le même aléa que les salariés de l'entreprise utilisatrice. ».

Les décisions économiques de l'entreprise utilisatrice ont une incidence certaine sur l'ensemble des salariés présents sur le site, bien que cette incidence puisse prendre des formes différentes, selon que les salariés sont des travailleurs mis à disposition ou des salariés de l'entreprise utilisatrice, la loi régissant différemment leur sort du fait de la différence de leur situation juridique²⁷¹. Il est en effet difficile de ne pas croire qu'une décision de restructuration de l'entreprise Peugeot n'aurait aucun retentissement pour les salariés mis à disposition. La Cour de cassation a effectivement choisi de ne pas distinguer les deux, mais elle a également déclaré que l'effectif devait coïncider avec l'électorat. Selon Emmanuelle Boussard-Verrecchia²⁷², il s'agit là d'une « Simple application d'un principe de base de la démocratie : le droit de voter pour ceux qui vous représentent... » mais le problème était justement de faire constater que les salariés mis à disposition entraient bien dans le domaine de compétence du comité.

L'affirmation de la Chambre sociale : « 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. 620-10, sont à ce même titre électeurs aux élections des membres du comité d'entreprise ou d'établissement des délégués du personnel » fait référence au raisonnement du Conseil constitutionnel dans sa décision du 28 février 2006, relative au projet de loi sur le « développement de la participation et de l'actionnariat des salariés ». Après avoir déclaré que la limitation du corps électoral aux salariés de l'entreprise utilisatrice était contraire à la constitution, elle en a déduit que l'exclusion de l'effectif des salariés mis à disposition était impossible, puisque les conditions de prise en compte dans l'effectif

271 Note d' Emmanuelle Boussard-Verrecchia, Dr. Ouv. Juin 2007, p. 288.

272 Note d' Emmanuelle Boussard-Verrecchia, préc.

et d'éligibilité sont inséparables : « on ne fait pas partie de l'effectif parce que l'on fait partie du corps électoral, on fait partie du corps électoral, sauf dispositions législatives contraires, "au même titre" que l'on fait partie de l'effectif »²⁷³.

La reconnaissance de l'exercice de ces droits collectifs sur le lieu de l'exécution de son travail, afin de déterminer ces conditions de travail, répond à ce qu'Antoine Lyon-Caen qualifie d'"effet utile" du principe de participation. Cette évolution de la jurisprudence correspond donc bien à une recherche d'effectivité des droits collectifs. Cependant nous ne partageons pas le même enthousiasme qu'Emmanuelle Boussard-Verrecchia, puisque le Conseil constitutionnel précise néanmoins qu'il « est loisible au législateur, notamment pour éviter ou restreindre les situations de double vote, de ne pas conférer à l'ensemble des travailleurs mis à disposition d'une entreprise la qualité d'électeur pour désigner les délégués du personnel et les représentants des salariés à son comité d'entreprise ; il ne pouvait, sans méconnaître le huitième alinéa du Préambule de 1946, limiter le corps électoral aux seuls salariés qui lui sont liés par un Contrat de travail ».

Le Conseil constitutionnel affirme qu'une différence de traitement est possible entre salariés appartenant à la communauté, pourvu qu'ils puissent voter dans l'entreprise où ils sont salariés. L'effectivité et l'efficacité du droit à la participation et le principe de réalité qui guidait la Cour de cassation sont donc relayés au second plan par le Conseil constitutionnel. On peut supposer que la distinction dans la communauté de travail se base sur la qualité de l'intégration des salariés mis à disposition de l'entreprise utilisatrice. Cette théorie renie alors celle de Georges Borenfreund, selon laquelle la communauté de travail se construit, s'édifie avec le temps et l'exercice des droits collectifs.

Après avoir reconnu l'intégration des salariés mis à disposition dans l'effectif, malgré une pression politique continue, et avoir admis leur participation aux élections des délégués du personnel et du comité d'entreprise, la forme d'exercice ultime de ces droits est de pouvoir représenter la communauté de travail.

Concernant la possibilité d'élire des représentants qui deviendraient les représentants de la communauté de travail dans sa globalité et non plus des salariés de l'entreprise utilisatrice, elle est refusée aux salariés temporaires sachant que, dans leur cas, il existe des dispositions législatives les excluant du corps électoral, *a fortiori* ils ne

273 Marie-Laure Morin, "Effectif et électoralat : de la décision du Conseil Constitutionnel du 28 Décembre 2006 à l'arrêt de la Cour de cassation du 28 Février 2007", *RDT*, Avril 2007, p. 230.

peuvent pas être éligibles. Le législateur a donc choisi d'organiser la représentation de ces salariés exclusivement dans leur entreprise temporaire. Le Conseil constitutionnel valide cette possibilité, attendu que la décision fait référence à ces cas de double vote pouvant conduire le législateur à « ne pas conférer à l'ensemble des travailleurs mis à disposition d'une entreprise la qualité d'électeur »²⁷⁴. Cette règle interpelle, car la situation de double vote pourrait être invoquée dans tous les cas de mise à disposition, afin d'exclure l'ensemble de ces salariés de l'électorat. Qu'en est-il alors de l'« effet-utile » du droit à la participation ?

Quant à l'éligibilité des autres salariés mis à disposition dans l'entreprise d'accueil, elle semble pouvoir être admise puisque, selon le Code du travail²⁷⁵, sont éligibles les électeurs qui ont une ancienneté ininterrompue d'un an dans l'entreprise. Cette interprétation a déjà été confirmée par des arrêts, notamment ceux concernant les démonstrateurs. Un autre arrêt datant du 30 avril 2003²⁷⁶ précise d'ailleurs que ces démonstrateurs peuvent aussi être désignés comme représentants syndicaux au comité d'entreprise.

Pour le délégué syndical, la question est plus délicate, semble-t-il. Cependant des indices laissent entrevoir une reconnaissance de la désignation d'un salarié mis à disposition comme délégué syndical dans certains cas. Ainsi les juges décidaient dans un arrêt du 30 mai 2001²⁷⁷ que « la mise à disposition de M. Dumetz avait pour effet de l'intégrer à la communauté des travailleurs de la société Elf Atochem et de lui permettre de participer à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise, et dès l'instant qu'il remplissait les conditions nécessaires, d'être désigné comme délégué syndical ». De même, dans un avis n° 0070002P du 15 janvier 2007, la Cour de cassation indiquait que les maîtres de l'enseignement privé sous contrat qui ne sont pas liés à l'établissement privé par un contrat de travail depuis la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005 « intégrés de façon étroite et permanente dans la collectivité de travail de leur établissement », peuvent être désignés délégués syndicaux.

La rareté de ces arrêts nous amène à constater toute la difficulté des juges à admettre que le salarié mis à disposition puisse être désigné comme délégué syndical dans l'entreprise d'accueil, ceci « en raison des règles propres à la négociation collective »

274 Conseil Constitutionnel précité, considérant n° 30.

275 Articles L. 2324-15 (L. 433-5 a. C. trav.) et L. 2324-16 (423-8 a. C. trav.).

276 Soc. 30 Avril 2003, Bull. civ. V, n° 153.

277 Soc. 30 Mai 2001, n° 99-60466, Bull. n°194, p.152.

selon Marie-Laure Morin²⁷⁸. On s'interroge donc sur l'exercice du droit à la négociation dans l'entreprise.

Certes, le droit à la participation a été reconnu aux salariés mis à disposition par le biais de l'élection des délégués du personnel et du comité d'entreprise. Rien pourtant n'est précisément dit sur le droit à la négociation. Ce droit est une des déclinaisons du droit à la participation, mais son exercice au sein de la communauté de travail semble poser quelques problèmes.

278 Marie-Laure 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", *RDT*, Avril 2007, p. 231.

§2. LA COMMUNAUTE COMME CADRE D'EXERCICE DU DROIT A LA PARTICIPATION

Les salariés mis à disposition forment, avec les salariés de l'entreprise d'accueil, une communauté de travail. Cela s'explique par leurs conditions de travail communes. Cette similitude de situations de travail génère, selon Georges Borenfreund²⁷⁹, des intérêts communs au groupe de salariés, d'où la possibilité pour les salariés mis à disposition d'exercer leurs droits collectifs dans leur entreprise d'accueil.

Les juges ont ainsi reconnu que ces salariés comptaient dans l'effectif de l'entreprise et pouvaient élire leur représentant et être élus ou désignés²⁸⁰. Mais l'exercice des droits collectifs de ces salariés dans l'entreprise d'accueil ne semble pas pouvoir être total. La consultation du comité d'entreprise prend en compte les salariés d'entreprise extérieurs (ils sont électeurs, éligibles). Quelle est alors la place réservée à l'exercice du droit à la négociation des salariés mis à la disposition dans les entreprises d'accueil ?

Nous verrons si l'exercice du droit à la négociation dans l'entreprise d'accueil est ouvert à ces salariés et s'il leur est permis de l'exercer effectivement (A). Pour s'assurer de l'effectivité de ce droit, il faut notamment s'interroger sur l'identité et la légitimité de leur représentant dans l'entreprise utilisatrice. La communauté étant plus large que les salariés de l'entreprise traditionnellement représentés par le délégué syndical, le représentant de cette communauté lors des négociations doit-il se distinguer du délégué syndical (B) ?

A - LE DROIT A LA NEGOCIATION ET SON EFFECTIVITE

La communauté de travail n'est pas un niveau de négociation légalement reconnu. Cependant des négociations peuvent s'y dérouler dans les faits (1). Si des négociations s'y déroulent, peuvent-elles aboutir à des accords applicables à l'ensemble des membres de la communauté (2) ?

1. La communauté de travail est-elle un espace de négociation ?

Ni les juges, ni le législateur ne sont prêts à reconnaître que la communauté de travail est un lieu de négociation, générant des obligations de la part de l'employeur.

279 Voir notamment : George Borenfreund, "La représentation des salariés et l'idée de représentation", *Dr. soc.* n°9/10, septembre/octobre 1991, p. 685.

280 Sachant que cela n'est pas vrai pour tous les types de salariés mis à disposition.

Parallèlement les juges et le législateur admettent indirectement que certaines négociations se tiennent au sein de la communauté de travail et donnent lieu à des accords.

a. Une reconnaissance indirecte de la négociation dans l'unité sociale

Forts du constat sur la représentation des salariés mis à disposition dans l'entreprise, il semblerait tout à fait logique que ces derniers puissent exercer leur droit à la négociation là où sont fixées leurs conditions de travail, c'est-à-dire, au moins en partie, dans l'entreprise d'accueil. Ce raisonnement conduit à se demander si la communauté de travail peut être un espace de négociation au-delà du cadre légal de la négociation qu'est l'entreprise et en deçà du niveau de négociation reconnu par la loi du 4 mai 2004 : le groupe.

Le Conseil constitutionnel établit un lien direct entre la communauté de travail et le droit à la participation puisque, dans le 29^{ième} Considérant de la décision du 28 décembre 2006²⁸¹, les juges décident que « le droit de participer "par l'intermédiaire de leurs délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises" 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 ». Les salariés de la communauté de travail ont donc la possibilité de se faire représenter pour déterminer leurs conditions de travail. Or le droit à la participation inclut le droit à la négociation. Cette déduction est confirmée par le fait que l'un des principaux objets de la représentation des salariés dans l'entreprise est la détermination des conditions de travail. Cela démontre que les salariés de la communauté de travail qui, par définition, partagent les mêmes conditions de travail, devraient pouvoir exercer leur droit à la négociation dans l'entreprise utilisatrice.

Cela semble d'autant plus justifié que seule la négociation dans l'entreprise donneuse d'ordre est réellement utile pour les salariés mis à disposition, puisque c'est là que se décident une partie de leurs conditions de travail. Mais cette réalité du travail des salariés mis à disposition ne semble pas prise en compte par le législateur. En effet, la législation n'évoque pas la possibilité d'exercer son droit à la négociation dans sa communauté de travail, puisque seuls sont évoqués les niveaux de négociation

281 Décision n° 2006-545 DC du 28 Décembre 2006 (Loi pour le développement de la participation et de l'actionariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social).

suivants : l'établissement, l'entreprise, le groupe, la branche et le niveau national.

Les juges reconnaissent également la possibilité de négocier dans l'unité économique et sociale, mais n'évoquent pas de règle générale, selon laquelle la négociation est possible au sein de la communauté de travail. Cependant ce premier pas est significatif, étant donné que le raisonnement des juges s'appuie sur le fait que « Le concept d'unité économique et sociale a été introduit pour éviter le morcellement sociétaire d'une collectivité de personnel. Preuve en est que son existence est subordonnée à la présence d'une unité sociale définie par la communauté de travailleurs résultant de leur statut social et de conditions de travail similaires pouvant se traduire en pratique par une certaine permutableté des salariés »²⁸². Si le législateur ne reconnaît pas le niveau de l'unité économique et sociale comme un niveau de négociation à part entière, paradoxalement il met en place des obligations de négocier au sein de cette collectivité. En effet, la loi du 19 février 2001²⁸³ a étendu aux unités économiques et sociales d'au moins cinquante salariés, conventionnellement ou judiciairement reconnues, l'obligation de mettre en place la participation au profit de l'ensemble de leurs salariés, soit par conclusion d'un accord unique de type accord de groupe, soit par la conclusion d'accords séparés, de telle sorte que les salariés de chacune des structures constituant l'unité économique et sociale soient couverts.

Ces négociations au niveau de l'unité économique et sociale sont donc une forme de reconnaissance de la possibilité de négocier au nom d'une communauté de travail.

b. La reconnaissance législative de la communauté de travail comme niveau de négociation se fait attendre

La considération en soi de la communauté reste ignorée au niveau de l'entreprise, puisque la notion de communauté de travail est uniquement envisagée de manière détournée avec la possibilité de négocier dans l'établissement distinct, dans le groupe d'entreprise, ou encore partiellement dans l'unité économique et sociale.

Nos interrogations portent donc sur la négociation d'entreprise et la possibilité d'y représenter les salariés composant la communauté de travail. Il s'agit de déterminer si la reconnaissance juridique de l'entreprise comme niveau de négociation se limite à l'entité juridique ou si elle recouvre la communauté de travail dans sa globalité. Les représentants des salariés aux négociations d'entreprise ont-ils la liberté d'outrepasser

282 Cass. soc. , 18 Juill. 2000, n° 99-60.353, Bull. civ. V, n° 299; Dr. soc. 2000, p. 1037, obs. J. Savatier."

283 L. n° 2001-152, 19 Févr. 2001, JO 20 Févr. Codifiée sous le numéro L. 3322-2 du Code du travail (L. 442-1 a. C. trav.).

le silence législatif pour assurer la représentation de tous les salariés présents dans l'entreprise où ont lieu les négociations ? Rien n'indique dans la loi que l'exercice de ce droit est possible au sein de la communauté de travail. De même, il n'existe aucune interdiction explicite. Cependant rappelons que le législateur détermine les lieux où peut se tenir la négociation (articles L. 2232-16 du Code du travail [L. 132-19 et L. 132-19-1 a. C. trav.], etc...), sans préciser dans quelle mesure cela peut concerner les communautés de travail attachées à ces entités juridiques.

Le législateur se refuse à envisager l'exercice de la négociation sous l'angle des détenteurs de ce droit, puisqu'il se limite à l'énumération d'entités d'accueil de cet exercice. Il se contente de citer des niveaux de structuration de l'économie. D'ailleurs, à des niveaux plus larges que l'entreprise, on constate que c'est l'activité économique qui permet de définir les entreprises visées, mais il ne s'agit pas de définir quelle communauté de salariés est ciblée. Ainsi l'article L. 2222-1 (L. 132-5 a. C. trav.) précise que « Les conventions et accords collectifs de travail, ci-après désignés "conventions" et "accords" dans le présent livre, déterminent leur champ d'application territorial et professionnel. Le champ d'application professionnel est défini en termes d'activités économiques [...] Les conventions et accords dont le champ d'application est national précisent si celui-ci comprend les départements d'outre-mer et de Saint-Pierre-et-Miquelon ». Cette façon d'envisager la négociation en fonction du lieu où elle se déroule est marquée par le sceau du fordisme et donc par un mode d'organisation de l'entreprise très lisible. Or les évolutions récentes obligent les praticiens du droit à envisager une nouvelle lecture du droit à la négociation, particulièrement au sein de l'entreprise.

La reconnaissance d'un droit à la négociation pour une communauté de salariés n'est donc pas retenue dans la loi. C'est l'entreprise en tant qu'entité juridique qui est reconnue comme cadre de la négociation. Or la notion d'entreprise est exclusive de celle de communauté de travail au sens où l'entend le législateur. Autrement dit, quand le législateur parle de négociation se déroulant dans l'entreprise, il ne vise pas la communauté de travail mais uniquement les salariés de l'entreprise. En effet, l'article L. 22546-1 du Code du travail (135-2²⁸⁴ a. C. trav.) dispose : « 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 », donc seuls les salariés sous contrat de travail se voient appliquer les

284 L. no 82-957, 13 Nov. 1982.

accords d'entreprise. La place des salariés mis à disposition dans les négociations est de ce fait marginalisée. Toutefois la réalité est parfois plus complexe, car les salariés d'entreprises sous-traitantes peuvent se voir appliquer des horaires définis par un accord d'entreprise. Aussi sont-ils parfois assujettis à un accord sans en être bénéficiaires.

La représentation de la communauté de travail durant les négociations d'entreprise ne peut donc être que partielle, voire impossible, puisque la conclusion d'accord d'entreprise applicable à la communauté de travail est limitée. De ce fait, il est difficile de parler d'exercice du droit à la négociation, étant donné que le but de ce droit est la détermination des conditions de travail. Dans le cas des salariés mis à disposition, cette détermination semble compromise.

Il faut cependant plaider pour que ces salariés puissent exercer pleinement leur droit à la négociation, y compris dans l'entreprise d'accueil. C'est l'unique solution pour assurer l'effectivité des droits des travailleurs. En effet, l'effectivité du droit à la négociation dépend notamment du cadre de son exercice. La notion d'effectivité des droits est au cœur du débat actuel concernant la représentation des salariés durant les négociations d'entreprise. On constate que, lorsque les auteurs de doctrine s'interrogent sur la représentativité des acteurs de la négociation ou lorsque le législateur tente d'instaurer un principe majoritaire, c'est la quête de cette effectivité qui les guide.

Un droit effectif, c'est la « validité concrète »²⁸⁵ d'une norme. Il peut s'agir de mesurer l'efficacité d'une norme en mettant « l'accent sur les effets pervers des législations dans leurs détails. On part alors de la constatation selon laquelle le texte conduit à un résultat différent de celui que l'on escomptait ; la loi n'a pas atteint la cible qui lui était désignée »²⁸⁶. En l'occurrence, le droit à la négociation collective existe bien, mais le problème de son application par les salariés se pose, leur représentant pouvant confisquer l'usage de ce droit en omettant de s'assurer qu'il est exercé en accord avec la volonté des salariés, et ceci du fait de la loi. La loi serait source d'ineffectivité du droit constitutionnel, la mise en pratique du droit priverait les salariés de sa pratique. Cette question générale que nous posons à travers ce travail trouve ici un écho direct avec la communauté de travail. L'impossibilité d'exercer le droit à la négociation dans

285 L'effectivité est un concept aux multiples théories ; pour plus de précisions se reporter à l'article de Pierre Lascoumes et Evelyne Serverin, "Théories et pratiques de l'effectivité du Droit", *Droit et société* 2-1986, p. 127.

286 Pierre Lascoumes et Evelyne Serverin, "Théories et pratiques de l'effectivité du Droit", *Droit et société* 2-1986, p. 127.

la communauté de travail priverait le salarié mis à disposition de l'exercice effectif de son droit, puisque la négociation dans son entreprise d'origine n'a pas de sens, sachant que ce n'est pas là qu'il travaille. Or le but de la négociation est la détermination des conditions de travail.

Il s'agit d'un effet « différé » ou « indirect » de l'exercice du droit à la négociation, tel que le législateur l'envisage, c'est-à-dire comme s'exerçant dans une entité juridique plutôt que dans une communauté juridique plus ou moins étendue.

Cette effectivité se mesure donc à l'aune de l'exercice d'un droit qui existe et qui appartient à chaque salarié.

Enfin, si la reconnaissance de la communauté de travail comme « niveau » de négociation semble encore en inadéquation avec les textes de loi concernant l'application des conventions et accords collectifs, il n'est toutefois pas certain que cela empêche une représentation de ces salariés au moment de la négociation d'entreprise.

2. La représentation de la communauté de travail limitée à la négociation des accords

La négociation au sein de la communauté implique une représentation large (a) ne se limitant pas aux salariés de l'entreprise où les négociations se déroulent.

Il s'agit de négociation d'entreprise concernant d'autres personnes que les salariés de l'entreprise, ce qui suppose des règles, un déroulement différent (b) des négociations d'entreprise concernant les seuls salariés.

a. Une négociation visant une représentation large

Sachant que le droit à la négociation des salariés mis à disposition est amputé d'une partie de ses effets, puisque les accords négociés ne peuvent pas leur être appliqués, on envisagera de différencier l'application des accords de leur négociation. Si l'application aux salariés mis à disposition des accords en cours dans l'entreprise d'accueil n'est pas envisageable, la considération de leur situation particulière est peut-être possible pendant les négociations se déroulant dans l'entreprise utilisatrice.

Il s'avère que la négociation collective au nom de la communauté de travail, particulièrement des salariés mis à disposition, n'est pas envisagée dans la loi, du fait

que l'article L. 2232-19 du Code du travail (L. 132-21 a. C. trav.) dispose que « Lorsqu'une entreprise emploie, soit dans ses locaux, soit dans un chantier dont elle assume la direction en tant qu'entreprise générale, des travailleurs appartenant à une ou plusieurs entreprises extérieures, les délégués syndicaux des organisations représentatives dans ces entreprises sont, à leur demande, entendus lors des négociations ». La loi organise la consultation des délégués syndicaux de l'entreprise sous-traitante si des négociations s'engagent dans l'entreprise utilisatrice. Cela marque une différence de traitement entre les salariés composant la communauté de travail. On ne peut pas pour autant affirmer que les salariés de l'entreprise sous-traitante ne bénéficient pas de la représentation du délégué syndical de l'entreprise utilisatrice, s'agissant des négociations d'entreprise. Leur sort est étudié durant l'audition des délégués syndicaux de l'entreprise avec laquelle ils entretiennent un lien contractuel, mais cela ne s'oppose pas à une représentation des salariés par les délégués syndicaux de l'entreprise utilisatrice. Cette double représentation est même souhaitable, puisque l'intervention des délégués syndicaux de l'entreprise sous-traitante dépend de leur volonté propre²⁸⁷. Cela sous-entend qu'ils doivent être au courant de la tenue de négociations dans les entreprises sous-traitantes, alors même que le contact entre salariés mis à disposition et délégué syndical de l'entreprise d'origine est complexe.

Il semble alors probable qu'il faille envisager la participation des délégués syndicaux extérieurs comme un témoignage plutôt que comme une représentation des salariés sous-traités. C'est peut-être une façon de contraindre les délégués syndicaux de l'entreprise d'accueil à tenir compte de ce témoignage durant la négociation, mais comment cela peut-il se traduire dans la pratique, puisque l'accord éventuellement conclu ne sera pas applicable aux salariés ? Une des possibilités pour voir ces négociations aboutir serait que les employeurs s'engagent unilatéralement. En effet, les employeurs peuvent prendre des engagements sans que des contraintes nouvelles soient imposées aux salariés. La situation des salariés mis à disposition est ainsi prise en compte dans les négociations en toute légalité. L'employeur et les délégués syndicaux pourraient également conclure des accords atypiques, si l'on admet une acception large de cette notion puisque, dans ces cas de figure, les délégués syndicaux ont la capacité de négocier et de conclure des accords, à l'exclusion des travailleurs non salariés de l'entreprise. Ainsi la qualification d'accords atypiques ne provient pas de la disqualification des négociateurs mais de l'inadéquation légale entre les

287 L'article L. 2232-19 du Code du travail (L. 132-21 a. C. trav.) précise que les délégués syndicaux des entreprises extérieures sont entendus « à leur demande ».

représentants des salariés et les représentés.

Cette situation révèle un grand paradoxe, puisque les délégués syndicaux de l'entreprise d'accueil ne peuvent pas pleinement négocier pour les salariés mis à disposition. Cependant leur désignation en tant que délégué syndical de l'entreprise utilisatrice a été admise dans certaines décisions juridiques.

Le maintien d'une différence de traitement entre la collectivité de l'entreprise donneuse d'ordre et sa communauté est d'autant plus incompréhensible que les juges tiennent compte, dans d'autres situations, du fait que c'est le lieu d'exercice du travail qui importe en matière de droits collectifs. En effet, un travailleur temporaire ne peut pas être élu dans le CHSCT de son entreprise temporaire s'il n'y travaille pas : « Le salarié ne travaillant pas dans l'entreprise temporaire mais dans l'entreprise utilisatrice ne peut pas être éligible au CHSCT »²⁸⁸. Les juges relient ainsi l'exercice des droits collectifs au lieu où le salarié travaille, quel que soit le lien juridique entre le salarié à l'entreprise utilisatrice. De même, une des conditions pour être délégué syndical dans une entreprise est d'y travailler et non d'y être salarié. Le législateur tient compte, dans certains cas, du lieu de l'exercice du travail ; cela peut être un signe d'évolution dans l'analyse des rapports de travail. Cette prise de conscience de la situation des salariés mis à disposition pourrait, un jour, être élargie pour faire en sorte que l'exercice du droit à la négociation dépende du lieu du travail ou de critères organisationnels, et non de niveaux de négociation prédéterminés.

Cette évolution a d'ailleurs été envisagée dans la situation de l'unité économique et sociale et de l'établissement distinct, puisque la consécration ultime des communautés de travail de l'unité économique et sociale ou de l'établissement distinct fut d'en faire des niveaux de négociations à part entière. Cette reconnaissance de nouveaux niveaux de négociation correspond à une recherche d'efficacité dans la mise en action du droit à la négociation, étant donné que la négociation existait avec des interlocuteurs qui décidaient des conditions de travail. Concernant la reconnaissance du droit à la négociation dans la communauté de travail d'une même entreprise, il s'agit davantage de recherche d'effectivité puisque, sans possibilité de négocier et de bénéficier d'un accord collectif à ce niveau-là, il n'y pas de réel droit à la négociation !

La multiplication des niveaux de négociation, reconnus soit par le législateur, soit par la jurisprudence, est symptomatique de la quête d'un exercice effectif des droits

288 Soc. 6 Décembre 2006, n° 06-60008.

collectifs. La reconnaissance de nouveaux niveaux - on pense notamment au groupe avec la loi du 4 mai 2004 - correspond à une quête non identifiée de rendre ces droits collectifs effectifs et, par conséquent, applicables dans les centres décisionnels.

Cette évolution traduit une probable transformation dans l'interprétation de la Constitution, et notamment du droit à la négociation qui en découle. En effet, beaucoup de juristes estiment que le droit à la négociation n'est pas entravé par le fait que ce droit n'existe pas dans toutes les entreprises (exemple des entreprises de moins de 50 salariés), parce que la négociation de branche recouvre l'ensemble des salariés. Toutefois les évolutions législatives récentes laissent tout de même penser que le droit à la négociation découlant de la Constitution est plus ambitieux que cela.

Il est effectivement probable que les rédacteurs de la Constitution ne se soient pas contentés d'énoncer un droit à la négociation, mais bien un droit effectif à négocier les conditions de travail. Or le niveau de la branche ne peut matériellement pas se préoccuper des conditions de travail de tous les salariés, d'où la construction jurisprudentielle de niveaux pertinents de négociation. Le sens de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 est donc probablement plus large et complexe qu'il n'y paraît. Cette thèse est confortée par le fait que l'ineffectivité d'un droit comme celui à la négociation participe au maintien de l'inégalité entre employeur et salarié. En effet, l'inégalité contractuelle qui existe entre employeur et salarié est sensée être compensée par la négociation d'avantages collectifs. Ainsi, si le droit à la négociation n'est pas effectif, la tentative de rétablissement d'une égalité est vouée à l'échec, ce qui porte inexorablement atteinte au principe constitutionnel d'égalité.

Cette évolution de la conception du droit à la négociation et de son exercice transparait également dans le choix récent du législateur de multiplier les acteurs de la négociation. La loi du 4 mai 2004 ouvre la possibilité de négocier dans les entreprises où il n'existe pas de délégué syndical, soit parce que personne n'a été désigné pour remplir cette mission, soit parce que l'entreprise comprend moins de 50 salariés. Cette possibilité²⁸⁹ laisse entendre une meilleure prise en compte de l'exercice du droit à la négociation, mais elle reste limitée, puisqu'elle nécessite la conclusion d'un accord de branche et rares sont les accords signés sur ce thème²⁹⁰. Il n'existe donc pas d'automatisme dans ce procédé, mais il semble que le législateur s'interroge de plus en

289 Par ailleurs fort critiquable quant au choix des négociateurs retenus.

290 Voir le Rapport en vue de l'évaluation de la loi n° 2004-391 du 4 Mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, préc. p. 28. Cependant, la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme propose d'écarter l'obligation de conclure un accord de branche sur ce thème (article 4-2-1).

plus sur les moyens de rendre effectif le droit à la négociation.

Cette problématique du niveau de négociation existe dans le droit supra national. D'ailleurs l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne précise que : « 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... ». Certes, la Charte des droits fondamentaux n'a pas été intégrée dans le droit de l'Union européenne, elle ne possède pas de statut juridique défini, mais son impact n'est pas négligeable puisque : « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union »²⁹¹.

Ce texte vient appuyer le fait que les salariés doivent pouvoir exercer leur droit à la négociation, là où ils le jugent le plus utile ; ainsi le choix du niveau de négociation, en fonction de sa pertinence, entrerait pleinement dans la définition de la négociation collective. L'effectivité du droit à la négociation dépend de la possibilité de l'exercer, là où les salariés travaillent au sens de ce texte, mais on peut regretter que ce texte se limite à parler de niveaux de négociation.

Le législateur sera toujours en retard sur la réalité du travail, s'il se contente de créer de nouveaux niveaux de négociation, comme il l'a encore fait récemment²⁹², sans énoncer de principe selon lequel les salariés peuvent exercer leur droit à la négociation dans la ou les communautés de travail dont ils font partie.

Le pas qui reste à franchir est celui de la reconnaissance de la communauté de travail comme lieu de la négociation, quel que soit son cadre juridique (entreprise, UES ou établissement distinct).

La principale difficulté tiendrait dans l'articulation entre les différentes conventions dont peut dépendre le salarié, mais plusieurs réponses ont déjà été apportées à des problèmes similaires. Pour exemple, l'articulation entre convention d'établissement et d'entreprise est envisagée. De même, entre niveaux de négociation différents, les

291 Article 51 de la Charte des droits fondamentaux, la charte ayant été solennellement proclamée par le Parlement européen, le Conseil et la Commission.

292 La loi du 4 Mai 2004 reconnaît le groupe comme niveau de négociation, ce qui consacre une jurisprudence marquée par l'arrêt AXA du 30 Avril 2003.

articles L. 2253-1, L. 2253-2 et L. 2253-3 (L. 132-23 a. C. trav.) organisent l'articulation entre niveaux de négociation.

Enfin, il est intéressant de noter que la décision du Conseil constitutionnel nous éclaire sur la nature du droit à la négociation, vu que le droit à la représentation semble être détenu par les salariés formant la communauté. Ainsi le droit à la négociation serait bien un droit individuel d'exercice collectif. Le "contenant" collectif des salariés est la communauté de travail. La reconnaissance de la possibilité pour les salariés de l'exercice de ces droits collectifs a dû passer par la recherche d'une collectivité de rattachement, d'où la création du concept de communauté de travail. Le raisonnement juridique des juges a conduit à octroyer l'exercice de ces droits à un collectif, étant entendu que le salarié d'une entreprise sous-traitante isolé dans une entreprise ne peut rien faire, si l'on ne met pas en lumière son rattachement à la communauté de travail qu'il forme avec les salariés de l'entreprise utilisatrice.

La notion de communauté de travail est donc au cœur de la reconnaissance de droit collectif, dont le droit à la négociation. Elle admet que l'effectivité de ces droits passe inexorablement par la reconnaissance du droit à participer dans l'entreprise d'accueil, mais également par la création d'un ensemble collectif offrant un cadre juridique à l'exercice du droit. C'est probablement la raison pour laquelle la situation du salarié isolé est toujours étudiée au vu de son appartenance à la collectivité. Autrement dit, ce salarié mis à disposition doit être intégré à l'effectif de cette entreprise, il peut y exercer son droit de vote, parce qu'il fait partie de sa communauté de travail. Avant d'accorder ces droits, le juge recherche l'existence d'une communauté de travail. Dans la jurisprudence, le raisonnement apparaît ainsi, « attendu que les démonstrateurs étant intégrés dans la communauté des travailleurs salariés du BHV et dans l'entité du magasin, y sont électeurs et éligibles »²⁹³. La théorie d'Alain Supiot²⁹⁴ qui fait du droit à la négociation un droit individuel exercé collectivement est ainsi corroborée par le raisonnement des juges du Conseil constitutionnel, qui font donc de ce droit un droit individuel exercé collectivement.

b. Le déroulement de négociations au sein de la communauté de travail

Si la négociation, même partielle²⁹⁵, au nom de la communauté de travail peut être

293 Soc. 30 Avril 2003 ; n° 01-60841.

294 Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, Quadrige, 2002 et "Les syndicats et la négociation collective", *Dr. soc.* 1983 p. 63. Contra M. A. Rotschild-Souriac, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse 1986, p. 177 et s.

295 Sans application de l'accord obtenu aux salariés mis à disposition.

envisagée, cela suppose que certaines conditions soient remplies, afin d'engager des négociations loyales, conditions qui participent de l'effectivité de ce droit.

Comme nous l'avons vu précédemment, l'effectivité dépend des mises en pratique du droit. Au-delà de l'autorisation d'exercice d'un droit, il faut donc encadrer cet exercice. Ainsi, en matière de négociation, la loyauté est au centre de la mesure de l'efficacité de ce droit. Si le droit à la négociation n'est pas exercé de manière loyale, il est inefficace, donc ineffectif.

Le concept de loyauté est un « concept d'origine civile rénové par le droit du travail »²⁹⁶ qui prend sa source dans le concept civiliste de bonne foi, qui doit présider l'exécution du contrat mais aussi sa formation.

Ce concept, décliné en droit du travail, prend le nom de loyauté en matière de négociation collective : cela signifie un comportement qui témoigne d'une volonté d'aboutir, se manifestant par des échanges de propositions, des réponses argumentées. Parallèlement, les parties doivent s'abstenir de « comportements négatifs à l'encontre du partenaire »²⁹⁷. Ce dernier aspect mérite d'être nuancé, car la partie salariale peut être amenée à faire pression sur l'employeur, notamment par le biais de la grève, qualifié par Michel Miné de pouvoir de nuisance, qui fait partie du "jeu de la négociation". Cela nous conduit à préciser, avec Jean Pelissier, que « le droit à la négociation collective est un droit des travailleurs et non pas un droit des employeurs... L'obligation de négocier loyalement pèsera donc plus naturellement sur eux que sur les salariés »²⁹⁸.

Ce concept est essentiel car sans loyauté de la négociation, cette dernière débouchera « sur un renforcement du pouvoir de l'employeur dans sa réglementation de l'entreprise »²⁹⁹. Nous pouvons nous réjouir du fait que cette obligation de loyauté soit aujourd'hui clairement énoncée par la loi en matière de négociation d'accords portant sur l'égalité hommes-femmes³⁰⁰.

Ce concept de loyauté est valable pour toutes les négociations mais, dans le cas d'une éventuelle négociation dans la communauté de travail, il requiert quelques conditions bien spécifiques. La particularité des situations des salariés mis à disposition dans

296 Michel Miné, "La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise", *Travail et emploi n° 84*, Octobre 2000, p. 47.

297 Michel Miné, préc., p. 48

298 Jean Pelissier, "La loyauté dans la négociation collective", Dr. ouv., 1997, p. 496.

299 Michel Miné, "La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise", *Travail et emploi n°84*, Octobre 2000, p. 48.

300 Article L. 2242-10 du Code du travail (L. 132-27-2 a. C. trav.).

l'entreprise d'accueil doit vraisemblablement faire l'objet d'une attention particulière pour pouvoir parler de négociations loyales.

Ainsi, dans le cas d'une négociation concernant tous les travailleurs présents dans une entreprise au même moment, des arrêts pourraient être invoqués, puisque les juges ont déjà eu à trancher d'affaires concernant l'information spécifique de ces salariés : « cette communauté de travail doit être éclairée par une information loyale et complète lorsqu'elle s'exprime, ainsi que cela ressort d'un arrêt du 14 janvier 2004, qui à propos d'une consultation du personnel..., approuve le juge du fond d'avoir décidé que l'information des salariés n'était pas suffisamment assurée par l'affichage dans l'entreprise du projet d'accord soumis à leur approbation. Des salariés qui, eu égard aux déplacements qu'impliquent leur activité..., n'ont même pas la possibilité de se rencontrer et de confronter leurs préoccupations collectives au siège de leur entreprise, doivent au minimum recevoir personnellement le texte de l'accord qui est soumis à leurs suffrages de façon que la "vérité" de leur vote corresponde à une information éclairée »³⁰¹.

Une idée forte ressort de cette analyse : la communauté de travail existe, du fait de sa reconnaissance mais aussi du fait de l'existence d'intérêt collectif. Le président de la Cour de cassation admet que la reconnaissance juridique est insuffisante à faire vivre cette communauté de travail si l'information et la discussion commune ne sont pas possibles.

Le cas de l'entreprise de transport peut sembler spécifique, mais il s'applique également aux salariés du nettoyage ou de la restauration, qui ne croisent pas les autres membres de la communauté de travail, si ce n'est par l'intermédiaire du délégué syndical. Cet exemple de communauté de travail est d'autant plus intéressant que la décision du Conseil constitutionnel pourrait la remettre en cause, sauf si l'on interprète le qualificatif "étroite" comme reflétant le partage des conditions de travail, et non comme le partage de ces conditions au même moment.

Le pas vers la définition d'un cadre nouveau de négociation n'est pas encore franchi. Cependant rien n'interdit aux négociateurs de l'entreprise utilisatrice d'attirer l'attention de l'employeur sur la situation particulière de ces salariés.

Les conditions particulières de négociations se déroulant dans la communauté de

301 Pierre Sargos, "La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise", site internet de la Cour de cassation.

travail nécessitent des moyens particuliers ; or tous les négociateurs d'entreprise ne sont pas égaux face à cette problématique.

B - LE DELEGUE SYNDICAL POUR REPRESENTER LA COMMUNAUTE DE SALARIES

En l'état actuel du droit positif, l'exercice de la négociation au nom de la communauté de travail est compromis, puisque les salariés mis à disposition ne peuvent pas bénéficier de l'application des accords de l'entreprise d'accueil. Néanmoins, la défense de leur situation particulière semble possible, même si cela ne s'apparente pas au plein exercice du droit à la représentation.

Quelle que soit l'évolution de cette question, il faut s'interroger sur l'aptitude des représentants du salarié à représenter même partiellement ces salariés mis à disposition. Cette question prend toute sa dimension depuis que la loi du 4 mai 2004 attribue la qualité de négociateur à différents acteurs de l'entreprise³⁰². La spécificité de la communauté de travail invite à se demander si le statut de ces nouveaux négociateurs leur permettrait de représenter équitablement toutes les composantes de la communauté de travail. Au vu des moyens particuliers du délégué syndical (1), c'est-à-dire des possibilités offertes par le syndicat (2), la présence de ce dernier est indispensable à ce type de négociation.

1. Les moyens particuliers du délégué syndical

Les élus ont des moyens assez similaires à ceux du délégué syndical (a) pour mener la négociation, mais la législation favorise les négociations menées dans le cadre du syndicat (b), puisque la conduite de la négociation est centralisée par la section syndicale. Ce raisonnement est logique, car le syndicat est le détenteur historique, naturel, du droit à la représentation des salariés pendant la négociation.

302 Possibilité renforcée par la position commune du 9 Avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme (article 4-2-1).

a. Des moyens très peu différents de ceux des élus

Depuis la loi du 4 mai 2004³⁰³, il existe plusieurs agents de la négociation. En effet, un accord de branche³⁰⁴ peut prévoir qu'en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise, plusieurs représentants des salariés sont à même de les représenter (la position commune du 8 avril 2008 ouvre cette possibilité de manière plus importante puisque l'accord de branche étendu n'est plus obligatoire pour recourir aux élus afin de négocier, au vu de l'article 4-2-1). Cette mesure, dont nous avons déjà souligné les risques, est à considérer avec encore plus d'attention concernant une éventuelle représentation de la communauté de travail. La possibilité pour ces salariés d'élire leur représentant leur permet de mieux faire valoir leurs droits à être représentés. Sur ce plan, le fait que le délégué syndical soit désigné n'est pas un avantage particulier par rapport au membre du comité d'entreprise ou au délégué du personnel qui négocierait dans l'entreprise. En effet, le délégué syndical n'est pas, en principe, désigné parmi les salariés extérieurs à l'entreprise. Aussi son attention se portera-t-elle peut-être moins vers ses salariés, alors que les élus ont intérêt à entendre ces salariés puisqu'ils font partie de leur électorat.

En terme de moyens mis à la disposition des représentants, la différence n'est pas flagrante, vu que les heures de délégation sont utilisables pendant et en-dehors du temps de travail³⁰⁵. Ainsi l'ensemble des représentants du personnel bénéficiant d'heures de délégation sont à même de rencontrer les salariés mis à disposition, sachant que ces derniers ont souvent des horaires particuliers, notamment le personnel de nettoyage présent dans l'entreprise après le départ des autres salariés. La seule condition à la présence des représentants du personnel est que l'entreprise soit ouverte³⁰⁶ ; si le personnel de nettoyage est présent, cette exigence est, par définition, remplie. Les élus du personnel tout comme les délégués syndicaux ont alors l'occasion de rencontrer ces salariés, quels que soient leurs horaires. Cette interprétation facilite l'accès de tous les représentants aux salariés mis à disposition.

De ce point de vue, seuls les salariés mandatés seraient désavantagés, puisque la loi ne prévoit pas expressément de moyens propres aux mandatés. La consultation automatique des salariés prévue par la loi (après la signature d'un texte avec les

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

304 Article L. 2232-23 du Code du travail (L. 132-26 a. C. trav.).

305 Articles L. 2143-20 du Code du travail (L. 412-17 a. C. trav.) ; L. 2315-5 du Code du travail (L. 424-3 a. C. trav.) et L. 2325-11 (L. 434-1 a. C. trav.).

306 Cass. soc. 28 Février 1989, n° 85-45.488, Bull. V, n°143, p.87.

mandatés)³⁰⁷ ne suffit pas à expliquer l'absence de moyens des mandatés. En effet, les termes de la négociation doivent être orientés par la volonté des salariés. Aussi le mandaté doit-il pouvoir entrer en contact avec eux pendant les heures de travail. Le législateur ne peut pas prétendre remplacer cette communication permanente, qui permet de mener la négociation en fonction du *desiderata* des salariés par une simple consultation, lorsque l'accord est signé par le mandaté!

Il serait équitable que les mandatés bénéficient du même nombre d'heures de délégation que les délégués syndicaux pour la négociation collective. Cela se justifie par le fait qu'ils remplissent certaines des fonctions de ce dernier.

b. Des règles favorables à une négociation menée dans le cadre du syndicat

Tout comme le délégué syndical, les représentants du personnel peuvent utiliser leurs heures de délégation à l'intérieur comme à l'extérieur de l'entreprise³⁰⁸. Néanmoins cette règle connaît une restriction puisque, en principe, la compétence des représentants du personnel se limite aux problèmes concernant la structure dans laquelle ils sont élus ou désignés³⁰⁹. Concernant le délégué syndical, cette jurisprudence est fort contestable car la mission même du délégué syndical ne peut pas, par définition, se limiter à l'établissement où il a été désigné, puisqu'il représente son syndicat. Il doit donc pouvoir entrer en contact avec ce dernier, voire avec d'autres structures de son organisation syndicale.

Cette limite à l'utilisation des heures de délégation empêcherait donc les représentants du personnel de se rendre dans les entreprises de sous-traitance sous contrat avec leur société. Ainsi leur vision de la sous-traitance ne peut être que partielle.

Il y a là une contradiction, vu que les institutions représentatives doivent prendre en compte l'existence de ces salariés dans le cadre de leur mission respective. En effet, depuis 1982, des dispositions légales permettent aux délégués de l'entreprise d'accueil de présenter les réclamations des salariés des entreprises extérieures (article L.2313-3 du Code du travail ; L. 422-1 a. C. trav.). De cette manière, les délégués sont concernés par le sort de ces salariés. De la même façon, le comité d'entreprise connaît l'état de la sous-traitance, le nombre de salariés extérieurs à l'entreprise (L. 2323-52 et L. 2323-53

307 Article L. 2232-27 du Code du travail (L. 132-26 a. C. trav.)

308 Articles L. 2143-20 du Code du travail (L. 412-17 a. C. trav.) ; L. 2315-5 du Code du travail (L. 424-3 a. C. trav.) et L. 2325-11 (L. 434-1 a. C. trav.).

309 Cass. soc. 5 Juillet 1979, n° 78-40.100 ; Cass. soc. 26 Février 1992, n° 88-45.284.

du Code du travail ; L. 432-4 et L. 432-4-1 a. C. trav.).

Toutefois la législation, qui prévoit que les délégués syndicaux de la société sous-traitante peuvent être entendus lors des négociations d'entreprise, profite aux négociateurs, quels qu'ils soient. C'est un moyen efficace d'appréhender la situation de ces salariés avec plus de justesse pendant les négociations d'entreprise.

Enfin les réunions, le local syndical et les heures de délégation permettant la préparation des négociations peuvent être un outil supplémentaire pour assurer une représentation efficace de ces salariés, mais ces moyens sont attachés à la section syndicale et non au délégué syndical. Ce serait donc plus le lien du délégué syndical avec le syndicat, la section syndicale, que sa spécificité qui présenterait un avantage dans la représentation de la communauté de travail.

2. Plus que le délégué syndical, c'est le syndicat qui est primordial dans ce type de situation

Le syndicat, surtout lorsqu'il est confédéré, a des moyens importants permettant de s'informer sur l'entreprise sous-traitante (a). De façon plus générale, le syndicat, contrairement aux élus, a pour vocation de représenter un intérêt qui va au-delà de celui des salariés de l'entreprise (b). La représentation de la communauté va donc de soi pour le délégué syndical, alors qu'elle peut présenter des difficultés pour les élus.

a. Le syndicat facilite les connexions

Comme nous l'avons déjà évoqué, la représentation des salariés par un autre négociateur que le délégué syndical présente des risques. Toutefois ils ne sont pas accentués par une différence de moyens entre les institutions. Cependant l'avantage du délégué syndical dans la configuration d'une négociation au nom de la communauté de travail provient de son lien privilégié avec le syndicat.

En effet, le syndicat a tout loisir d'entrer en contact avec le syndicat de l'entreprise sous-traitante, voire de créer des mobilisations concernant l'ensemble des entreprises du réseau concerné, afin d'essayer d'imposer une homogénéisation des statuts collectifs.

De même, le délégué syndical est le plus à même de contraindre l'employeur à négocier loyalement, du fait du lien privilégié qu'il entretient avec le syndicat. Cette réalité est valable pour l'ensemble des négociations d'entreprise, mais elle prend un relief

particulier, s'agissant de salariés mis à disposition, car l'élément d'extranéité que représente la sous-traitance est englobé dans la mission du syndicat.

Cette réflexion est valable pour une communauté de travail d'entreprise, tout comme elle le serait dans le cas d'une communauté de travail propre à un réseau d'entreprises.

b. Une représentation de l'intérêt collectif qui fait partie de la mission du délégué syndical

Le syndicat permet au délégué syndical de s'extraire des problématiques propres à l'entreprise pour considérer le salariat, ce qui lui offre une vision plus large que celle des élus ou des mandatés qui, eux, sont cantonnés à l'entreprise.

Cette représentation large est parfois difficile à appréhender pour les salariés de l'entreprise mais dans le cas de la communauté de travail, elle constitue un avantage indéniable par rapport aux élus. Ces derniers doivent se contenter des problématiques de l'entreprise, alors même qu'ils peuvent être élus par des travailleurs d'autres entreprises. Cela signifie bien que le processus de prise en compte des salariés des entreprises extérieures s'est arrêté à mi-chemin.

Si la négociation pour la communauté de travail devenait possible, il serait donc impératif d'impliquer le syndicat, le dilemme restant le même que pour l'entreprise : il faut que le délégué syndical représente le syndicat, bénéficie d'une certaine indépendance vis-à-vis du salarié. Néanmoins, tout en préservant cela, il faut travailler à la construction d'un lien légal entre représentés et représentants.

Une nouvelle fois, c'est davantage le syndicat qui apporte certaines garanties concernant la prise en compte d'un maximum d'intérêts différents. Cela conforte notre analyse, quant à une éventuelle réforme du statut du délégué syndical sans remise en question du rôle du syndicat. Le syndicat devrait être l'unique détenteur de l'exercice de la négociation et le délégué syndical devrait être davantage lié à l'exigence des salariés. Toute la problématique est contenue dans l'articulation à mettre en place entre le syndicat, les salariés et le délégué syndical. La notion de la communauté d'intérêt permet de mettre en relief cette problématique et de l'envisager plus largement que sous l'angle de la relation contractuelle.

Finalement, certains salariés (mis à disposition notamment) ont de grandes difficultés

à faire reconnaître leur droit à l'exercice de la négociation par le biais d'un représentant. Parallèlement les salariés de la collectivité de travail sont de plus directement impliqués dans les négociations.

Section II - LES SALARIÉS ACTEURS DE LEUR DROIT A LA NEGOCIATION

Nos interrogations sur une forme de participation directe des salariés porte essentiellement sur la problématique de la négociation. En effet, les membres du comité d'entreprise étant élus, les salariés sont plus directement au cœur de cette forme de participation. De plus, la consultation reste une forme de contre-pouvoir plus qu'un moyen de décider pour les salariés. Cette forme de représentation est alors moins remise en question et la place des salariés dans cette forme de participation est moins problématique. Enfin le rôle des salariés a beaucoup changé dans le cadre de la négociation collective mais très peu pour la consultation. C'est aussi pourquoi on se concentre essentiellement sur la négociation.

Le renforcement d'un principe majoritaire matérialise ce changement de rôle des salariés, mais contribue-t-il réellement à la démocratisation de l'exercice du droit à la négociation (§1) ?

La démocratisation de la participation des salariés est compliquée à mettre en place dans le cadre d'une représentation de leurs intérêts (§2).

§1. LE PRINCIPE MAJORITAIRE ET LA DÉMOCRATISATION DE L'EXERCICE DU DROIT A LA NÉGOCIATION

L'article 8 du préambule de la Constitution de 1946 proclame le droit, pour tout travailleur, de participer à la détermination collective des conditions de travail par l'intermédiaire de ses délégués. Le concept de "détermination collective" n'a jamais fait l'objet d'importants développements doctrinaux, les contours de ce que recouvre cette expression restent flous.

Le Conseil constitutionnel³¹⁰ fonde le droit à la négociation comme étant une des formes de participation des salariés aux décisions de l'employeur. Ce droit a donc une valeur constitutionnelle et est réaffirmé par l'article L. 2221-1 du Code du travail (L. 131-1 a. C. trav.).

Ce droit à la négociation s'exerce par l'intermédiaire de délégués qui, dans l'entreprise, prennent la forme d'une délégation comprenant obligatoirement le délégué syndical³¹¹. L'exercice du droit à la négociation nécessite donc une représentation. Il en découle que les salariés ne l'exercent qu'indirectement. Ce mode de représentation est aujourd'hui fortement remis en cause du fait de la crise du syndicalisme. Les salariés se reconnaîtraient moins dans leur syndicat. Cette méfiance est maintenue par la règle de l'unicité de signature qui entretient l'idée selon laquelle le droit à la négociation ne s'exercerait plus conformément à la volonté des salariés. Cela constitue un frein au développement de la négociation collective, puisque les accords signés souffrent parfois d'illégitimité.

Afin d'essayer de restaurer la légitimité des accords d'entreprise, la loi du 4 mai 2004 instaure un principe majoritaire polymorphe (A), la règle étant qu'un seul délégué syndical peut adopter un accord s'appliquant à l'ensemble des salariés, sauf opposition des délégués syndicaux représentant une majorité de salariés. Toutefois les "partenaires sociaux" peuvent déroger à cette règle en instaurant, par accord de branche, une majorité d'adhésion, c'est-à-dire que seul le délégué syndical ou les délégués syndicaux représentant la majorité des salariés de l'entreprise peuvent adopter l'accord négocié. La majorité se mesure à l'aune des résultats de l'élection du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Le ou les syndicats majoritaires sont ceux ayant recueilli au premier tour plus de la moitié des voix des

310 CC, n° 96-383 DC du 6 Novembre 1996.

311 Article L. 2232-17 du Code du travail (L.132-20 a. C. trav.).

salariés votants.

Il faut noter que la position commune du 9 avril 2008 propose l'instauration d'une approbation des accords par des organisations représentant 30% des suffrages valablement exprimés aux élections du comité d'entreprise, de la délégation unique du personnel ou à défaut des délégués du personnel³¹². Seules les organisations syndicales représentant 30 % au moins des suffrages valablement exprimés pourraient donc valider un accord d'entreprise, à condition que les organisations syndicales majoritaires (au vu des suffrages valablement exprimés) ne s'opposent pas à l'accord.

Le principe majoritaire instaure, selon nous, une nouvelle forme de représentation, centrée sur l'intérêt d'une partie des salariés, tout en encadrant plus strictement mais indirectement le pouvoir d'action des délégués syndicaux.

Cette nouvelle forme de représentation repose davantage sur l'élection et se rapproche de plus en plus de la figure publiciste de la représentation, au détriment du mandat de droit civil. Cependant, la forme de la représentation reste variable selon la déclinaison du principe majoritaire retenue.

D'un autre côté, ce changement réinscrit les salariés au cœur de la négociation (B), en permettant à une majorité d'entre eux de peser davantage sur les négociations et sur l'adoption ou non de l'accord. Cette forme de représentation qui accentue la participation des salariés est-elle plus proche de la définition constitutionnelle du droit à la participation ? Cette légitimité nouvelle, qui émane d'une certaine majorité salariale, constitue également une manière de neutraliser le délégué syndical en lui faisant subir une pression électorale. Nous nous interrogeons sur l'articulation possible entre la représentation syndicale et le principe majoritaire durant les négociations d'entreprise.

Ce principe majoritaire est basé sur une conception restrictive de la représentation, puisqu'il donne la priorité à la majorité des salariés, sachant que cette dernière s'appuie sur les résultats d'une élection (celle du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel) sans rapport immédiat avec la négociation collective. Cette élection portera désormais une double signification. De plus, cette élection n'a lieu que

312 Cette mesure serait applicable dès le 1er Janvier 2009 dans les entreprises (article 5 de la position commune). Il s'agirait d'une mesure transitoire avant l'instauration d'un mode de conclusion majoritaire des accords.

tous les quatre ans³¹³, sauf accord dérogatoire contraire, ce qui signifie qu'une partie des salariés présents dans l'entreprise au moment des négociations ne s'est peut-être pas exprimée lors des dernières élections. L'influence de chaque syndicat ne correspondra donc pas forcément à ce que souhaitent les salariés présents dans l'entreprise au moment de la négociation.

Cette vision plus électoraliste de la représentation sera-t-elle compensée par la présence du délégué syndical qui reste libre de défendre des intérêts autres que ceux de la majorité ? Les intérêts majoritaires sont-ils l'équivalent de l'intérêt collectif ? L'intérêt majoritaire ne prive-t-il pas une partie des titulaires du droit à la négociation de l'exercice de leur droit ? Ces interrogations nous ramènent au débat portant sur la définition exacte des titulaires du droit à la négociation : les salariés certes, mais à titre individuel ou collectif ? Cette question récurrente pose le problème du type d'intérêt défendu durant les négociations d'entreprise.

Le principe majoritaire décliné sous d'autres formes aurait peut-être pu remettre le salarié au centre du débat, en créant le lien indispensable entre salariés et délégués syndicaux.

Le défi que le législateur souhaite relever avec la mise en place du principe majoritaire est important, car la représentation des salariés par les syndicats pourrait devenir caduque s'ils considéraient ne plus être engagés par les actes conclus par les organisations syndicales. Or la place de la négociation collective est de plus en plus importante.

A - UN PRINCIPE POLYMORPHE

L'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 précise que la détermination des conditions de travail appartient à chaque salarié, mais qu'elle doit être collective. Cette dernière précision est peu commentée. D'ailleurs il n'existe pas réellement de définition de la notion de "détermination collective". Comment faire pour que l'exercice d'un droit propre à chaque salarié³¹⁴ soit collectif ? Cela passe peut-être par le choix du délégué qui doit être l'intermédiaire des salariés lors de la négociation collective.

313 Loi n° 2005-882 du 2 Août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises. JO n° 179 du 3 Août 2005 p. 12639.

314 Nous verrons que la qualification du droit à la négociation n'est pas aussi évidente que cela, puisque le débat doctrinal autour de cette question est encore vivace. Voir notamment la thèse de M-A Souriac Rotschild et l'ouvrage *Critique du droit du travail* d'Alain Supiot. Chaque auteur défend une définition opposée du droit à la négociation : le professeur Souriac y voit un droit collectif alors qu'Alain Supiot l'interprète comme un droit individuel d'exercice collectif.

Certes le délégué syndical doit avoir une approche collective des intérêts des salariés, puisqu'il les représente dans leur globalité et que le pluralisme syndical a pour vertu de permettre une représentation diversifiée des intérêts des salariés. Mais s'agit-il pour autant d'une détermination collective des conditions de travail ? Le délégué des salariés peut-il être le vecteur de l'aspect collectif au sens constitutionnel ? Il semble que cette vision soit un peu réductrice, étant donné la construction de l'alinéa 8. En effet le texte pose d'abord le principe, selon lequel chaque salarié détermine collectivement les conditions de travail. Il semble que tout travailleur puisse intervenir dans cette détermination. Cependant elle doit impérativement être collective, ce qui suppose une rencontre de la volonté des salariés et non pas une simple addition de volontés individuelles. Pour déterminer collectivement des conditions de travail, il faut établir des revendications portées par les salariés, puis défendues par un délégué à la table des négociations.

Le choix du délégué syndical comme délégué des salariés ne suffit pas à établir une détermination collective des conditions de travail, car celui-ci peut négocier sans connaître exactement les revendications des salariés de son entreprise. Certes c'est un salarié de l'entreprise en prise avec les conditions de travail et il représente un syndicat, donc l'intérêt collectif de la profession. Mais cela ne suffit pourtant pas à créer les conditions pour que les salariés déterminent collectivement leurs conditions de travail. La particularité de la construction linguistique de l'alinéa 8 tient au fait d'accoler un terme au singulier "chaque salarié" à l'adverbe "collectivement". Ces mots ont un sens, c'est pourquoi nous pensons qu'il doit être possible à chaque salarié de faire entendre sa voix au délégué. Le principe majoritaire semble être un bon moyen d'expression de chaque salarié, mais la loi du 4 mai 2004, dite pour le dialogue social, propose différentes lectures de ce principe, qui offrent une intervention plus ou moins importante des salariés.

La loi du 4 mai 2004³¹⁵ propose une conception particulière du principe majoritaire, puisqu'il est décliné sous trois formes :

- la majorité d'adhésion ;
- la majorité d'opposition ;
- la consultation directe des salariés.

315 Loi n° 2004-391 du Mai 2004.

La troisième forme peut donner lieu à controverse quant à sa qualification de déclinaison du principe majoritaire, mais il s'agit bien de faire valider un accord par une majorité de salariés. C'est pourquoi nous choisissons de faire figurer la consultation des salariés en tant que forme du principe majoritaire. Néanmoins cette forme d'expression de la majorité intervient dans des circonstances particulières, elle est souvent un palliatif à l'échec de la mise en œuvre d'une première forme majoritaire. Pour cette raison, nous l'étudierons dans un second temps.

Selon la forme du principe (1) imposée par l'accord de branche, le sens du principe majoritaire divergera (2), puisque l'intervention des salariés sera plus ou moins accentuée.

1. Plusieurs conceptions du principe majoritaire

Le droit d'opposition majoritaire existe depuis 1982, sa mise en place fut concomitante à la possibilité de conclure des accords dérogeant défavorablement à la loi. En effet, « L'opposition telle qu'instituée en 1982 par le législateur, avait une finalité propre. Elle se présentait comme un garde-fou aux dérogations légales »³¹⁶.

La nécessité de l'instauration de ce nouveau droit se fit sentir, car la nature de la négociation collective était en pleine mutation. Avant les réformes législatives de 1982³¹⁷, le principe de faveur assurait une position relativement confortable aux délégués syndicaux, car « au pire c'était mieux »³¹⁸, c'est-à-dire qu'ils ne pouvaient qu'obtenir la même chose ou plus que ce que la loi et les accords de branche prévoyaient.

Or, avec la mise en place des accords dérogeant défavorablement aux salariés, la donne change : le délégué syndical porte une responsabilité plus lourde, puisqu'il peut concéder certains avantages salariaux³¹⁹. Cela va engendrer une certaine méfiance quant à la capacité des délégués syndicaux à représenter les salariés, et entraîner une remise en cause du principe de l'unicité de signature³²⁰. Le droit d'opposition aura donc pour objet de « tenir en échec la loi de la minorité telle qu'exprimée dans un accord collectif. Il fallait en effet justifier qu'une minorité puisse à travers un accord

316 Nathalie Dauxerre, *Le Rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, thèse Université Paris II, 2004, p. 600.

317 Dites Lois Auroux.

318 Expression empruntée à Jean-Emmanuel Ray.

319 Staminata Yannakourou, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur*, LGDJ, 1995.

320 Principe selon lequel la signature d'un seul syndicat représentatif, quel qu'il soit, suffit à valider l'accord collectif.

dérogatoire engager la collectivité »³²¹.

La globalité du système de représentation des salariés connaît une remise en question, alors qu'il n'a pas changé : c'est le contexte juridique qui a évolué. Ce changement de contexte va contribuer à affaiblir le syndicat³²². Il va le mettre dans l'incapacité d'assurer une meilleure représentation des salariés, au sens d'une représentation plus proche des souhaits des salariés, ce qui est indispensable, étant donné que les aspirations salariales ont beaucoup évolué avec la crise économique.

Autrement dit, le fait que les syndicats soient accusés de céder les droits des salariés, alors que c'est la loi et la situation économique qui les installent dans cette situation d'accord donnant-donnant, va probablement accélérer le mouvement de désyndicalisation affaiblissant les moyens des confédérations. Celles-ci auront donc de moins en moins de possibilités d'encadrer et de former les délégués syndicaux à la négociation collective.

Le paradoxe est que les lois Auroux renforcent les droits syndicaux tout en déstabilisant le délégué syndical, en permettant un "retour de finalités"³²³ de la négociation collective. Ainsi se dessine le passage de revendication en termes de droits collectifs à un recentrage sur la défense des droits individuels. Effectivement, les salariés attendent de moins en moins d'avantages de leur convention collective et trouvent de plus en plus refuge dans leur contrat de travail ou dans l'invocation de leurs droits fondamentaux. De même, le système collectif de représentation est critiqué en faveur d'une représentation directe de ses propres intérêts.

Cette évolution se fait au détriment des salariés les moins qualifiés ou ceux qui ont les qualifications les plus répandues, car la négociation de droits individuels dans une situation de fort chômage est compromise.

Le droit d'opposition créé en 1982 devait limiter la possibilité de signer des accords dérogatoires et donc réduire l'atteinte portée aux droits des salariés. Les règles issues de la loi du 4 mai 2004 renforcent le droit d'opposition. Elle généralise son utilisation à tous les types d'accords, y compris non dérogatoires, et les conditions majoritaires sont beaucoup moins complexes à réunir. De plus, cette loi décline le principe

321 Nathalie Dauxerre, *Le Rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, thèse Université Paris II, 2004, p. 601.

322 La courbe de la syndicalisation connaît une baisse dès le milieu des années 1970 mais elle s'aggrave avec les années 1980 pour ne plus jamais connaître de hausse.

323 Marie-Armelle Souriac et Georges Borenfreund, "La négociation collective entre désillusion et illusion", in *Droit syndical et droit de l'homme à l'aube du XXIe siècle. Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 233.

majoritaire sous une autre forme : la majorité d'adhésion.

Selon nous, ce renforcement du principe majoritaire ne correspond pas tant à une volonté de démocratisation de la négociation mais plutôt à l'accroissement des sujets ouverts à la dérogation défavorable au niveau de l'entreprise. En effet, les possibilités de dérogations à la loi défavorables aux salariés se sont multipliées au niveau de l'entreprise. De plus, le principe de faveur qui régissait l'articulation entre les accords de branche et les accords d'entreprise est devenu résiduel. Subséquemment, les atteintes pouvant être portées aux droits des salariés sont de plus en plus nombreuses, ce qui risque de renforcer la suspicion des salariés envers leurs délégués syndicaux et, par là même, envers les accords qu'ils signent. Le principe majoritaire est un moyen de conclure des accords dérogatoires qui devraient être jugés plus légitimes par les salariés. Il s'agit donc d'offrir aux employeurs une sécurisation des accords en impliquant plus directement les salariés dans la conclusion de l'accord.

Plutôt que de s'attaquer au problème de remise en cause des actes signés par les délégués syndicaux, c'est-à-dire au principe même de la représentation sachant que « la représentation devient caduque quand les membres du groupe à l'origine de cette représentation cessent de considérer que l'action des représentants les engage effectivement »³²⁴, le législateur choisit de contourner la crise de la représentation syndicale en engageant le salarié dans sa propre représentation.

Au final, ce principe aboutit à introduire davantage de participation des salariés à la négociation d'entreprise, cette participation étant plus ou moins importante, selon que le principe de la majorité d'adhésion (b) ou d'opposition (a) est en place.

a. Une majorité d'opposition

Le droit d'opposition se décline sous plusieurs formes selon le niveau de la négociation.

Les accords interprofessionnels voient leur validité subordonnée à l'absence d'opposition de la majorité en nombre des organisations syndicales de salariés représentatives³²⁵. Les organisations syndicales représentatives au niveau national étant au nombre de cinq - CGT, CFDT, CGT-FO, CFTC, CGC-CFE -, lorsque le champ d'application de l'accord n'exclut pas les salariés de l'encadrement de son application,

324 Albert Arseguel, "La représentativité des syndicats", collection thèmes et commentaires, numéro sur Le syndicalisme salarié, *Dalloz*, 2002 p.9.

325 Article L. 2232-2 du Code du travail (L. 132-2-2 1er alinéa a. C. trav.).

les cinq confédérations négocient. Il suffit que trois d'entre elles s'opposent à l'accord pour qu'il soit réputé non écrit³²⁶. De même, si trois organisations le signent, l'accord est réputé valable, sachant que deux organisations ne peuvent s'opposer valablement, même s'il s'agit des organisations représentant le plus de salariés.

Le principe de l'opposition en nombre n'est guère démocratique, puisque le "poids syndical" importe peu.

Cet exemple illustre la forme la plus basique du droit d'opposition, mais celui-ci se décline différemment pour les négociations d'entreprise.

Au niveau de l'entreprise, le droit d'opposition est la règle de conclusion des accords, c'est-à-dire que, dans le silence des accords de niveau supérieur, c'est ce mode majoritaire qui est mis en place³²⁷. Le droit d'opposition au niveau de l'entreprise se décline ainsi : une ou plusieurs organisations représentant la majorité des salariés de l'entreprise peuvent s'opposer à l'accord signé. La règle de l'unicité de signature survit donc, puisqu'un signataire unique peut valider l'accord, si le ou les syndicats représentant la majorité des salariés ne s'opposent pas à l'accord ou si l'unique signataire représente la majorité des salariés de l'entreprise.

La majorité se calcule de la manière suivante : pour représenter la majorité, il faut que la ou les organisations aient obtenu plus de la moitié des suffrages exprimés au premier tour de l'élection du comité d'entreprise. En l'absence de comité d'entreprise, la majorité se mesure à l'aune des résultats aux élections des délégués du personnel³²⁸.

Les règles régissant le droit d'opposition (dans sa version de la loi du 4 mai 2004) sont donc très différentes de celles de 1982³²⁹. En effet, aucune restriction n'est apportée au droit d'opposition, celui-ci peut porter sur l'ensemble des accords, quel que soit leur contenu. De plus, la majorité ne se mesure pas par rapport aux salariés inscrits sur les listes électorales, mais par rapport aux salariés votants. Cette dernière règle devait faire toute la différence quant à la fréquence d'utilisation de ce droit puisque, auparavant, celui-ci souffrait d'une paralysie due à son inefficacité chronique. Il était extrêmement compliqué de réunir plus de la moitié des voix de salariés inscrits. Cependant on peut s'interroger sur la valeur symbolique d'un calcul de majorité se

326 Article L. 2232-2 du Code du travail (L. 132-2-2 a. C. trav.) .

327 Article L. 2232-13 (L. 132-2-2, III, al. 6 a. C. trav.).

328 Article L. 2232-12 du Code du travail (L. 132-2-2, III, al 1 à 3 a. C. trav.)

329 Sur ce point voir notamment l'article de Jean Pelissier, "La fonction syndicale dans l'entreprise après les lois Auroux", Dr. soc. n°1, janvier 1984, p. 44 et 45.

basant uniquement sur un nombre réduit de salariés, sachant que les élections professionnelles sont de plus en plus boudées. On note d'ailleurs une érosion du taux de participation³³⁰.

Le droit d'opposition peut donc appartenir à une ou plusieurs organisations syndicales, lorsque les organisations doivent additionner leurs voix pour obtenir la majorité. Mais, dans les deux cas, les négociateurs salariaux ne disposent que de huit jours pour s'opposer³³¹ à l'accord collectif d'entreprise. La brièveté de ce délai réduit considérablement les possibilités d'utiliser le droit d'opposition. En effet, étant donné les divisions existant entre les syndicats, il semble difficile de convaincre plusieurs syndicats en si peu de temps ; c'est une des faiblesses du droit d'opposition "version 2004".

Les difficultés liées au délai s'accroissent lorsque les juges font une mauvaise interprétation des textes. Pour preuve les juges du Tribunal de grande instance d'Épinal³³² décident que l'opposition doit être collective au risque d'être déclarée irrégulière. En l'espèce, le syndicat CGT d'une entreprise avait envoyé sa lettre d'opposition à l'ensemble des négociateurs dans le délai de huit jours. Ce syndicat étant minoritaire, l'opposition ne pouvait être constituée. Cette démarche avait pour but d'inciter d'autres syndicats à faire de même, afin de constituer une opposition majoritaire. Les juges ont réfuté le droit de s'opposer lorsque le syndicat est minoritaire en décidant que l'opposition ne pouvait être que majoritaire. De ce fait, l'opposition est déclarée irrégulière et les juges ordonnent "la levée de cette opposition". En l'espèce, les juges font une interprétation extensive des formes que doit revêtir le droit d'opposition, puisque rien n'indique qu'un syndicat minoritaire ne peut faire part de sa volonté de s'associer à d'autres, afin de constituer une opposition majoritaire. De plus, la levée de l'opposition est un concept juridique qui n'existe pas. Il n'était nullement utile de déclarer cette opposition nulle puisque, n'étant pas majoritaire, elle est sans effet.

Ce délai réduit pose également des problèmes quant à l'intérêt du droit d'opposition, car il aurait pu être l'occasion de renouer des liens avec les salariés en les consultant sur le contenu de l'accord et la possibilité de s'opposer. Cette consultation devient matériellement impossible au vu du peu de temps dont disposent les syndicats.

330 Voir Les premières Synthèses, « Les Elections au comité d'entreprise en 2005 », Dares Mai 07, n° 19.1.

331 Article L. 2232-13 du Code du travail (L. 132-2-2 III alinéa 6 a. C. trav.).

332 TGI d'Épinal, référés civils, ordonnance du 23 Mars 2005, dossier n° 05/00044.

Plusieurs confédérations ont tout de même saisi cette occasion de réforme du mode de validation des accords pour essayer de changer leur pratique, de gagner une nouvelle légitimité auprès des salariés. C'est notamment le cas de la Confédération Générale du Travail. Les représentants en charge du dossier de la négociation collective, lors de journées d'étude³³³ portant sur la loi du 4 mai, ont défendu l'idée d'une démocratie sociale directe. La conception de la négociation défendue est celle d'une information et d'une consultation permanente des salariés durant les négociations, afin de recueillir leur avis quant à l'usage éventuel du droit d'opposition. La volonté de replacer le salarié au cœur de la négociation est ainsi présente au sein des grandes centrales syndicales³³⁴. Il semblerait que celles-ci souhaitent remédier à la crise du syndicalisme et qu'elles ambitionnent de la combattre, notamment en atténuant une forme d'institutionnalisation³³⁵ de leurs délégués syndicaux.

Cependant ces pratiques démocratiques nécessitent beaucoup de temps et de moyens, ce que la loi du 4 mai est loin d'offrir. En ce sens, l'objectif de légitimation des accords par le biais d'un exercice réel de la démocratie dans l'entreprise n'est pas atteint. On constate alors que ce droit d'opposition permet surtout de trouver un consensus, « dans son sens précis, emprunté au droit international public. Il ne s'agit pas de rechercher l'adhésion explicite du plus grand nombre, mais de se satisfaire de son absence d'opposition »³³⁶.

Comme nous le verrons, la mise en œuvre du droit d'opposition peut être interprétée de façon très différente, car elle renvoie à des volontés politiques différentes. L'utilisation de ce droit est particulièrement stratégique, parce qu'il constitue un lien direct entre la négociation collective et le conflit collectif. La menace de l'utiliser peut être un moyen de réengager des discussions, afin d'éviter le début d'un conflit collectif. L'aspect très politique de ce droit est confirmé par la position de certains commentateurs. Ceux-ci l'analysent surtout comme contraignant les centrales syndicales à se prononcer, expliquant que ce droit d'opposition répond également à « une volonté de démocratiser la négociation collective, une recherche de responsabilisation accrue des organisations majoritaires non signataires dans la branche ou l'entreprise en les obligeant à entrer dans le système des accords, soit en le bloquant avec les conséquences que cela entraînerait pour les salariés, soit qu'elles

333 Journées d'étude de la loi du 4 Mai 2004 organisées par la CGT les 12 et 13 Octobre 2004, BOBIGNY.

334 Cela se confirme pour la CFDT et la CGT puisqu'elles sont signataires de la position commune du 9 Avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme. qui accroît la place du vote dans la validation des accords (article 5).

335 Sachs-Durand, "La légitimité syndicale dans l'entreprise", *Dr. ouv.*, Février 1993, p. 39.

336 Alain Supiot, "Les syndicats et la négociation collective", *Dr. soc.*, 1983, p. 68.

adhèrent implicitement en ne faisant pas jouer leur droit de veto. Le pari est bien sûr qu'elles choisissent, sous la pression de leur base, la seconde branche de l'alternative »³³⁷.

Nous pensons que la préoccupation première du législateur est de légitimer des accords dérogatoires et non de démocratiser le processus de représentation, sinon les organisations disposeraient de plus de temps et de moyens pour informer et consulter les salariés.

Voyons si la majorité d'adhésion est plus propice à garantir une certaine dose de démocratie, indispensable au rapprochement des positions des salariés et des délégués syndicaux, ainsi qu'à la légitimité durable des accords.

b. Une majorité d'approbation

La dénomination "majorité d'approbation" ne figure pas dans le texte de loi. Elle n'est pas proprement juridique, mais elle exprime la différence avec la majorité d'opposition. En conséquence, nous emploierons ce terme issu de la circulaire du 22 septembre 2004³³⁸, afin de bien distinguer les deux formes du principe majoritaire dans l'entreprise.

Il s'agit du principe majoritaire au sens premier du concept de la majorité, c'est-à-dire que seules la ou les organisations syndicales représentatives représentant effectivement plus de la moitié des salariés peuvent valider l'accord négocié. La majorité d'approbation est une exception à la règle de validation des accords qui reste celle de l'unicité de signature des accords collectifs tant décriée par la doctrine, la jurisprudence et les praticiens.

Ce système majoritaire ne peut être instauré que par accords de branche ou accord professionnel étendu³³⁹. Les niveaux supérieurs de négociation jouent un rôle pivot, puisqu'ils définissent le mode de conclusion de l'accord d'entreprise. Un lien de dépendance prend vie, alors même que l'articulation globale entre niveaux de négociation mute profondément, afin de rendre plus autonome le niveau des

337 Raymond Soubie, "La négociation collective : chance et risque de la rupture en cours", *Dr. soc*, 1982, p. 282.

338 Circulaire du 22 Septembre 2004, relative au titre II de la loi n° 2004-391 du 4 Mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

339 Article L. 2232-12 du Code du travail (L. 132-2-2 III alinéas 1 à 3 a. C. trav.).

négociations d'entreprise³⁴⁰.

Les accords supérieurs définissant le mode de validation des accords au niveau de la branche sont qualifiés d'accords de méthode, notamment dans la circulaire du 22 septembre 2004. Nous ne retiendrons pas ce terme pour ne pas entretenir de confusion avec les accords de méthode définissant la consultation du comité d'entreprise lors de licenciements collectifs (article L. 1233-23 du Code du travail ; L. 320-3 a. C. trav.).

La mesure de la majorité est identique à celle pratiquée pour le droit d'opposition, c'est-à-dire que seule une ou plusieurs organisations représentant une majorité de salariés au vu des précédents résultats électoraux, autrement dit ayant recueilli plus de la moitié des suffrages exprimés³⁴¹ au premier tour des élections du comité d'entreprise³⁴², peuvent valider l'accord négocié. Le principe est que seule la ou les organisations majoritaires pourront valider un accord d'entreprise. Cette règle invite les organisations syndicales à rapprocher leurs positions.

La majorité d'adhésion est l'unique système réellement majoritaire au sens démocratique du terme, les syndicats détiennent ici un moyen de faire évoluer le contenu des accords d'entreprise.

Ce système est cependant rarement utilisé puisque, au vu des chiffres du rapport en vue de l'évaluation de la loi n°2004-391 du 4 mai 2004³⁴³, seul un accord de branche étendu a instauré la majorité d'approbation dans les entreprises. Il semblerait que les employeurs soient réticents à mettre en place ces accords majoritaires, alors que ce mode d'adoption des accords est le seul qui garantisse réellement la légitimité des accords. Cependant il représente une possibilité de bloquer les négociations. Or les employeurs ne veulent pas se priver des négociations dérogatoires. Le législateur a d'ailleurs prévu une échappatoire, lorsque la majorité d'approbation est en place. Ainsi les syndicats minoritaires peuvent valider un accord en recourant à la consultation directe des salariés, comme nous le verrons.

La perception de la différence de sens entre la majorité d'adhésion et celle

340 Cette dépendance est amoindrie par la position commune du 9 Avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme puisque l'accord de branche étendu ne serait plus obligatoire (article 4-2-1).

341 Ce qui semble signifier que seuls les suffrages valablement exprimés sont pris en compte, les votes blancs ou nuls sont donc écartés.

342 Ou à défaut de comité d'entreprise des élections des délégués du personnel, toujours selon l'article du 2232-12 Code du travail (L. 132-2-2 III alinéas 1 à 3 a. C. trav.).

343 Ministère du travail, des relations sociales et de la solidarité, Rapport en vue de l'évaluation de la loi n°2004-391 du 4 Mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, Janvier 2008.

d'opposition est immédiate.

2. Des significations variant selon la forme du principe majoritaire retenue

Le mode majoritaire imposé par la branche, soit explicitement, soit du fait du silence de l'accord, change la façon dont les salariés participent à la validation de la convention d'entreprise. Cela influence les pratiques syndicales de représentation des salariés.

Ainsi la majorité d'adhésion offre une influence extraordinaire aux syndicats (a), sans pour autant garantir un rapprochement avec les salariés, tandis que l'opposition présente des risques quant à la perception de l'activité syndicale, mais pousse les syndicats à instaurer un fonctionnement démocratique durant les négociations (b).

a. Une influence syndicale accrue avec la majorité d'adhésion

La majorité d'adhésion offre un pouvoir plus important aux organisations syndicales, puisque la validation de l'accord nécessite impérativement (sauf éventuelle approbation majoritaire des salariés³⁴⁴) la signature de l'organisation ou des organisations majoritaires. Le pouvoir accordé par les salariés aux organisations peut être extrêmement important. Si l'une d'entre elles est majoritaire, cela signifie que la validation de l'accord se fera entre l'employeur et un seul syndicat. Ce mode de négociation se rapproche de celui des Etats-Unis, où seul peut négocier le syndicat désigné par les salariés. L'avantage de ce système est de contrer les divisions syndicales, sur lesquelles l'employeur peut jouer pour faire valider un accord. Le ou les syndicats majoritaires font davantage valoir leurs volontés. L'employeur est de ce fait obligé d'entamer de réelles négociations et de concéder des avantages aux salariés.

Ce système est d'autant plus remarquable qu'il ne dénature pas la notion de pluralisme syndical, tout en donnant un réel pouvoir au syndicat. Les salariés ont donc intérêt à désigner un seul syndicat majoritaire pour réellement peser dans les négociations, sachant qu'en plus ils peuvent modifier l'identité du syndicat majoritaire lors des élections professionnelles suivantes.

Cette pratique va obliger les organisations syndicales à être convaincantes et à dissiper le sentiment de méfiance des salariés. Les syndicats seront obligés de regagner la

344 Article L. 2232-12 du Code du travail (L. 132-2-2 a. C. trav.).

confiance des salariés, d'où l'importance pour les centrales d'organiser un réel encadrement des délégués syndicaux en créant différents moyens de contrôle, mais également d'aide juridique et stratégique (formation, conseil...).

Le risque attaché à ce système est un blocage de la négociation par le syndicat majoritaire, puisque rien n'oblige l'employeur à conclure. Il peut se contenter de négocier sans jamais aboutir à un accord s'il estime ne pouvoir s'entendre avec le syndicat désigné comme majoritaire. C'est probablement l'une des raisons de la mise en place de l'approbation salariale directe.

Toutefois, pour éviter les risques de blocage lorsque les organisations majoritaires ne signent pas l'accord, les négociations peuvent se poursuivre, si l'employeur y consent, pour aboutir à un consensus, même si aucune obligation de conclure n'existe. Dans ces situations, c'est la capacité du syndicat à mobiliser les salariés qui pourra faire la différence.

b. L'ambiguïté du droit d'opposition

La possibilité de poursuivre les négociations est moins inexistante avec le droit d'opposition³⁴⁵ car, quand les organisations majoritaires s'opposent, l'accord est réputé non écrit. Nous pouvons alors nous demander quelle est la qualification juridique de l'acte signé durant la période qui s'écoule entre le jour suivant la date du dépôt de l'accord auprès du service compétent³⁴⁶ et l'exercice du droit d'opposition. Selon nous, il s'agit d'un accord collectif d'entreprise applicable aux salariés, puisque la règle de l'unicité de signature est en vigueur et que la loi ne prévoit pas d'effet suspensif durant ce laps de temps. Ainsi la convention est applicable jusqu'à ce que la ou les organisations majoritaires se soient opposées.

Lorsque le droit d'opposition est exercé par les organisations majoritaires, l'accord est réputé non écrit, ce qui signifie que l'ensemble de l'accord disparaît, y compris les avantages salariaux qu'il pouvait offrir. Il est alors difficile de justifier cela auprès des salariés. Les employeurs comptent sur cette pression des salariés pour que le droit d'opposition soit exercé à minima. Le droit d'opposition rappelle aux organisations syndicales que le droit à la négociation est un droit des salariés et cela les oblige à prendre davantage en compte leurs volontés.

345 Par contre la possibilité d'entamer de nouvelles négociations portant sur un nouvel accord existe.

346 Article L. 2231-6 et L. 2261-1(L. 132-10 a. C. Trav.) du Code du travail. Car il s'agit du moment où l'accord devient applicable, sauf si l'accord a fixé une date différente.

Le droit d'opposition est donc un outil syndical complexe, puisque « les syndicats majoritaires ne se voient attribuer qu'un rôle négatif. Il s'agit moins alors de s'assurer du consensus recueilli par l'accord que de ne pas entraver frontalement la vocation de chaque syndicat représentatif à conclure un tel acte si minoritaire soit-il, tout en permettant aux organisations récalcitrantes de ne pas prendre réellement leurs responsabilités »³⁴⁷. Son utilisation récente a souvent créé des troubles importants indiquant à quel point l'employeur peut exercer une pression directe sur les salariés de son entreprise. A titre d'exemple, dans l'entreprise Perrier située à Vergèze, le syndicat CGT est majoritaire et, de ce fait, a pu user de son droit d'opposition à l'encontre d'un accord³⁴⁸. Mais la pression patronale (menace de céder l'activité) et politique (intervention du Ministre de l'économie) fut telle que la CGT se vit contrainte de céder aux demandes des salariés réclamant la levée du droit d'opposition.

Il est intéressant de noter que cette notion de "levée du droit d'opposition" n'existe pas en droit. Légalement l'accord était nul et non écrit et devrait être renégocié puis validé par un syndicat.

L'usage du droit d'opposition a donc eu un effet négatif sur l'image du syndicat qui fit jouer son droit d'opposition. D'ailleurs les services de la Direction régionale du travail constatent un usage limité de ce droit. Selon le rapport en vue de l'évaluation de la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 (datant de janvier 2008) qui se base sur les résultats de l'enquête « négociation et représentation des salariés en 2005 » : « De fait, il existerait donc 0.2 % d'entreprises qui déclarent avoir connu un recours au droit d'opposition majoritaire, soit possiblement 500 en 2005 »³⁴⁹

Contrairement à ce qui se produisait avant la loi du 4 mai 2004, l'immobilisme du syndicat est devenu un acte "positif" cautionnant l'accord signé. Avec le droit d'opposition, le législateur consacre « une légitimation de l'accord par défaut de contestation, non par référence à un vote majoritaire en faveur de l'accord »³⁵⁰. Ainsi les délégués syndicaux sont contraints à prendre position, tout en tenant compte de la pression des salariés. Cela peut éventuellement servir à rapprocher les positions des uns et des autres.

347 Georges Borenfreund, "L'idée majoritaire dans la négociation collective", in mélanges Despax, *Presse de l'université des sciences sociales de Toulouse*, 2002, p. 431.

348 Accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences du 29 juillet 2004.

349 Sachant que l'enquête porte sur un échantillon de 103000 entreprises représentatif des 200000 entreprises de 10 salariés et plus.

350 Fabrice Bocquillon, *La Dérogation en droit du travail*, Thèse Strasbourg III, 1999, p. 167.

Le principe majoritaire ne permet pas directement aux salariés de déterminer collectivement leurs conditions de travail. Il a néanmoins une autre propriété essentielle : faire du salarié un acteur de la représentation de ses intérêts. En effet, les rapports de représentation sont modifiés et permettent aux salariés d'intervenir de façon plus directe dans la négociation, étant donné que leur vote désignera l'organisation représentant au mieux leurs intérêts. Mais ce processus intervient en fin de négociation, lorsque le contenu de l'accord est déjà défini. Il s'agit donc d'une participation plus importante des salariés à la représentation de leurs intérêts, mais pas directement à la détermination de leurs conditions de travail.

Le pas entre le changement des pratiques syndicales dans la représentation des salariés induit par le principe de faveur et une réelle détermination collective des conditions de travail n'est pas franchi. Cependant l'implication des salariés dans la représentation de leurs propres intérêts est indéniablement plus importante.

B - LES SALARIES AU CŒUR DE LEUR REPRESENTATION

Les salariés deviennent de plus en plus acteurs de leur représentation (1), ceci conformément au droit constitutionnel de participation. Le législateur espère ainsi renforcer la légitimité des accords signés, puisque ce sont les salariés qui endossent une part de la décision en désignant les organisations syndicales majoritaires.

Le principe majoritaire donne également lieu à une multiplication des consultations directes des salariés (2). Dans ce cas de figure, les salariés deviennent leur propre représentant. Il s'agirait donc d'une forme de démocratisation de la négociation, qui est d'ailleurs encouragée par les juges de la Cour de cassation.

1. Le principe majoritaire permet de faire des salariés des acteurs de leur représentation

Le principe majoritaire incarne a priori le moyen de matérialiser et donc de qualifier juridiquement le lien entre délégué syndical et salariés. Cela constitue une avancée dans la résolution de notre problématique de relation triangulaire de représentation pendant les négociations d'entreprise. Or cette configuration crée un frein à la démocratie durant les négociations collectives qui sont pourtant un droit des salariés.

Les salariés sont effectivement davantage acteurs de leur représentation, notamment

s'agissant de la validation des accords (a), mais cela ne démocratise pas pour autant la négociation d'entreprise (b).

a. Une démocratisation lors de la validation des accords

Un des principaux reproches fait à l'encontre du délégué syndical reste la fragilité de sa légitimité : du fait d'une « contestation rampante [...] les salariés deviennent aujourd'hui trop souvent étrangers à l'action syndicale quotidienne. Faute d'une image valorisée de l'adhésion et de l'action syndicale, ils ne s'engagent pas assez dans les organisations syndicales et donc ne participent pas à l'élaboration de la plate-forme revendicative »³⁵¹. La défiance des salariés envers leurs représentants remet en cause leurs capacités à défendre leurs droits.

De fait, ces dernières années, nous avons assisté à une institutionnalisation des délégués syndicaux qui les tenait parfois éloignés des préoccupations premières des salariés. Cette défaillance est aussi due à l'absence de moyens syndicaux permettant d'encadrer les délégués syndicaux. Aucun financement spécifique de formation de délégué syndical n'est prévu par les textes, contrairement aux formations des membres de comité d'entreprise, du comité d'hygiène, sécurité et conditions de travail ou encore des conseillers prud'homaux. Les délégués syndicaux doivent se contenter du régime commun de formation économique et sociale des salariés, instauré par les articles L. 3142-7, L.3142-8, L. 2145-1, L.3142-9, L. 3142-10, L.3142-11 L. 3142-1, L. 3142-12, L. 3142-13, L. 3142-14 et R. 3142-4, du Code du travail (L.451-1 à L. 451-4 a. C. trav.) c'est-à-dire sans garantie d'obtenir ces congés formation et de voir l'intégralité de leur salaire maintenu.

L'inexistence de formations spécialisées du délégué syndical engendre d'une part une déperdition du lien entre le délégué syndical et son syndicat, d'autre part, l'institutionnalisation de ses fonctions³⁵² qui l'éloigne des salariés. Cet isolement crée une distance dénoncée par les salariés, qui déclarent faire confiance aux syndicats mais pensent que les délégués syndicaux représentent d'abord leurs intérêts personnels et ceux du syndicat avant de représenter ceux des salariés³⁵³.

Le législateur a choisi de répondre à ce problème en mettant en place un principe

351 Avis et rapport du Conseil Économique et Social n° 23 : "Consolider le dialogue social". Séance des 28 et 29 Novembre 2006, lundi 4 Décembre 2006, Les éditions des journaux officiels, p. 9.

352 Sachs-Durand, " La légitimité syndicale dans l'entreprise ", *Dr. ouv.*, Février 1993, p. 39.

353 Colloque Dares 27 Mars 2007 sur les premiers résultats de la dernière enquête réponses, les actes disponibles sur le site de la Dares.

majoritaire polymorphe. Il replace le salarié au cœur de la négociation, car son vote détermine les capacités d'action de chaque syndicat. Aussi, si les votes désignent un syndicat comme majoritaire, celui-ci dispose-t-il d'une influence plus grande durant les négociations, puisque la représentativité de chaque syndicat est connue. Le principe majoritaire offre donc aux salariés la possibilité de peser directement sur les négociations, attendu que leur vote définira la posture de chaque syndicat présent autour de la table de négociation.

b. Le principe majoritaire pendant les négociations d'entreprise

Le droit à la négociation étant un droit appartenant aux salariés, il est logique que ces derniers détiennent la capacité d'influencer le comportement des syndicats qui négocient. Cependant il est regrettable que le principe majoritaire ne contribue pas plus directement à impliquer le salarié à chaque étape de la négociation. Le salarié n'est pas associé à la construction de la plate-forme revendicative, par exemple. C'est pourquoi nous ne pouvons pas parler de détermination collective des conditions de travail, puisque ce concept implique, selon nous, une consultation obligatoire des salariés tout au long des négociations d'entreprise : de la construction des revendications jusqu'à l'application de l'accord.

L'autre reproche que l'on peut faire à cette loi est d'avoir fait du principe majoritaire un ersatz de solution aux lacunes du système français de représentativité, sans cependant s'y attaquer directement. La représentativité présumée des organisations syndicales est une des sources de l'illégitimité des accords, « il y aurait inadéquation entre les fonctions de représentation qu'ils assurent et leur représentativité réelle »³⁵⁴. Le principe majoritaire n'est donc qu'un palliatif au problème de fond que représente la réforme de la représentativité. Cette question s'est trouvée au cœur du débat politique récent. Le Conseil économique et social³⁵⁵ s'est d'ailleurs prononcé en faveur d'une réforme de la représentativité des organisations syndicales. A cette occasion, le Conseil a souligné le lien entre représentation légitime et représentativité: « Dans la mesure où le législateur envisage de moderniser les conditions du dialogue social en donnant plus de place à la négociation collective interprofessionnelle, les questions de validité des accords comme celle de la légitimité des acteurs peuvent, en effet, se poser de façon plus pressante. Dans cette dernière, le Conseil souligne, en tout état de cause,

354 Albert Arseguet, "La représentativité des syndicats", collection thèmes et commentaires, numéro sur Le syndicalisme salarié, Dalloz, 2002 p.8.

355 Avis et rapport du Conseil Économique et Social n° 23: "Consolider le dialogue social". Séance des 28 et 29 novembre 2006, lundi 4 Décembre 2006, Les éditions des journaux officiels.

le lien nécessaire entre une réforme des règles de validité des accords collectifs et une évolution des règles de représentativité »³⁵⁶.

Seule la perspective « d'aller vers une approbation majoritaire par les salariés des accords qui les concernent, c'est-à-dire vers une majorité d'engagement ou "positive" »³⁵⁷ permet d'assurer une légitimité des accords.

Avec le système majoritaire actuel, le salarié est au cœur de la représentation de ses intérêts. Cependant son intervention reste limitée à la désignation de l'organisation syndicale majoritaire en voix.

Faire du salarié un acteur plus direct de sa représentation va dans le sens du droit à la participation, tel qu'il est décliné dans la Constitution. La position commune marque une étape en ce sens. Elle fixe l'objectif d'une validation majoritaire systématique des accords³⁵⁸, ceci après une période transitoire³⁵⁹.

Par contre, nous assistons à un changement plus critiquable : un accroissement des cas de recours à la consultation directe des salariés.

2. Un recours accru au référendum

Le recours à la consultation directe des salariés est prévu par les textes à deux occasions : dans le premier cas, lorsque la majorité d'approbation est mise en place, les syndicats minoritaires peuvent signer l'accord et solliciter la validation de l'accord par une majorité de salarié (a). Dans le second cas, il y a eu une carence aux dernières élections professionnelles (b) et l'employeur peut susciter la validation d'un accord par le biais de la consultation directe des salariés.

a. La consultation contrariant la majorité d'approbation

L'article L. 2232-12 du Code du travail (L.132-2-2 a. C. trav.) prévoit que, lorsque la majorité d'approbation est le mode de validation mis en place par accord de branche

356 Avis et rapport du Conseil Économique et Social n° 23: "Consolider le dialogue social". Séance des 28 et 29 Novembre 2006, lundi 4 Décembre 2006, Les éditions des journaux officiels, p. 17.

357 Avis Conseil Économique et Social préc. p. 17.

358 Article 5 de la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme. A l'heure où nous écrivons ces lignes la position commune est à la signature. Et par définition il ne s'agit que d'une déclaration d'intention puisqu'elle n'a aucune applicabilité directe

359 Pendant laquelle les accords d'entreprise seraient validés par des organisations syndicales représentant 30 % des suffrages valablement exprimés lors des élections professionnelles et en l'absence d'opposition de syndicat représentant une majorité de salarié à ces mêmes élections : article 5 de la position commune du 9 Avril 2008.

étendu ou accord professionnel étendu, les syndicats minoritaires peuvent signer l'accord. Dans ce cas de figure, ces syndicats peuvent éventuellement solliciter l'approbation des salariés de l'entreprise. Pour être validé, l'accord doit alors obtenir l'approbation de plus de la moitié des voix des salariés qui se sont valablement exprimés.

Il semble que la consultation des salariés ne soit qu'une possibilité laissée à l'initiative des organisations signataires³⁶⁰ minoritaires. Quelle est alors la conséquence d'un vote majoritairement réprobateur des salariés ou encore de l'absence d'initiative des organisations signataires ? Dans ce cas de figure, l'élection n'est plus la source de définition de la représentativité effective de chaque syndicat dans l'entreprise, puisque leur poids dans la représentation est mis de côté au profit d'une mesure directe de l'opinion des salariés sur l'accord.

Il est probable que le législateur ait craint que le système d'adhésion ne provoque un blocage systématique des négociations. Il nous semble que ce nouveau pouvoir syndical aurait pourtant été l'occasion d'entamer des négociations loyales et d'aboutir à de réels accords donnant-donnant. Cette application du principe majoritaire aurait permis de revenir à la fonction première de la négociation collective : compenser le rapport contractuel inégalitaire³⁶¹. Au lieu de cela, le législateur préfère mettre en place une possibilité de consulter directement les salariés, donc de reproduire le même schéma inégalitaire que lors du rapport contractuel.

C'est une négation du principe majoritaire. Son intérêt est d'atténuer le pluralisme syndical et la règle de l'unicité de signature, en imposant un ou plusieurs syndicats majoritaires qui pourront donc peser davantage durant les négociations, puisque leur signature est incontournable. La consultation directe détourne l'essence même du principe décidément mis à mal par le législateur, qui semble craindre une négociation se déroulant avec un syndicat fort.

Le sens du principe majoritaire est ici trouble, puisque le législateur permet la confusion entre la majorité syndicale et la majorité des salariés.

360 Si les organisations non signataires peuvent se joindre à elles, elles ne peuvent cependant pas prendre l'initiative de la consultation.

361 Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 2002, p. 124.

b. La carence d'élection

Un autre cas de figure est expressément prévu par l'article L. 2232-14 du Code du travail (L. 132-2-2 a. C. trav.) : il s'agit de la carence d'élection. La représentation de chaque organisation syndicale se mesure à l'aune des résultats des élections professionnelles. Lorsque ces élections n'ont pu aboutir à mettre en place des élus, cette mesure de représentativité est impossible. Le législateur décide³⁶² que les salariés doivent être consultés directement. Les conditions de la consultation sont alors identiques à celles précédemment décrites.

Ce principe de consultation directe en cas d'absence des institutions professionnelles interroge encore une fois sur la signification du principe majoritaire : pourquoi ne pas recourir à une mesure directe de la représentativité en procédant à une consultation des salariés ?

Le cas du mandatement d'un salarié est une déclinaison du texte de loi sur la carence³⁶³. En effet, il ne s'agit pas d'une règle spéciale, puisqu'elle ne déroge pas à la règle générale énoncée ci-dessus. Or, en présence de règle spéciale, le principe est que "*Specialia generalibus derogant*", ainsi la consultation liée au mandatement n'est que l'application du principe général concernant la carence. Incontestablement, le cas du mandatement est expressément dans la situation de la carence aux élections, puisque le mandatement n'est possible qu'en l'absence de délégué syndical, comité d'entreprise ou délégué du personnel, c'est-à-dire lorsque la carence est totale. Le raisonnement du législateur est explicitement repris par l'article L. 2232-27 du Code du travail (L. 132-26 III alinéa 4 a. C. trav.) qui énonce qu'en cas de recours au salarié mandaté, l'accord ne pourra être valide sans l'approbation directe et majoritaire des salariés.

Les juges ont à leur tour contribué à l'essor de la consultation directe des salariés avec l'arrêt du 20 décembre 2006³⁶⁴, arrêt dont la portée est soulignée par le communiqué³⁶⁵ de la Cour de cassation accompagnant cette décision. Cet arrêt de rejet précise que, lorsque le quorum n'est pas atteint au premier tour des élections professionnelles, il n'y a pas lieu de dépouiller les votes des salariés "de sorte qu'il y a carence au sens de

362 Article L. 2232-14 du Code du travail (L. 132-2-2 a. C. trav.).

363 Article L. 2232-14 du Code du travail (L. 132-2-2 III alinéa 4 a. C. trav.).

364 C. Cass. 20 Décembre 2006, n° 05-60-345, obs, Manuela Grevu, RDT, 2007, p. 328, Note Anne Braun, Dr. ouv., 2007, p. 329.

365 Communiqué arrêt n° 3051 Site internet de la Cour de cassation.

l'article L. 132-2-2 III du Code du travail³⁶⁶. Les juges décident donc que l'absence de quorum au premier tour est une situation de carence. Cette assimilation est injustifiable car, même s'il n'est pas impossible qu'une absence de quorum au premier tour débouche sur une carence si aucun salarié ne vote au second tour par exemple, dans l'immense majorité des cas le comité d'entreprise ou le délégué du personnel est effectivement élu. L'assimilation de l'absence de quorum à une carence ne trouve pas de raison d'être.

Les juges décident que s'appliquent les règles propres à la carence, dans le cas où le quorum n'est pas atteint. La validation de l'accord nécessite alors de recueillir l'approbation majoritaire des salariés, au sens de L. 2232-14 du Code du travail (L. 132-2-2 III a. C. trav.) et dans les conditions définies par l'article D. 2232-6, D. 2232-4, D. 2232-7 et D. 2232-3 du Code du travail (D. 132-1 a. C. trav.).

Selon l'article L. 2232-14 du Code du travail (alinéa 2 du III de l'article L. 132-2-2 a. C. trav.), la consultation des salariés survient après la signature de l'accord d'entreprise dans le cas de la carence et, contrairement à la situation évoquée L.2232-12 du Code du travail (L. 132-2-2 III 1° a. C. Trav.), cette approbation semble être automatique, mais cela ne nous désigne pas le responsable de sa mise en place. Ensuite rien n'indique quel sera l'effet juridique de cette approbation. De même, nous supposons qu'un vote majoritairement réprobateur aurait l'effet de l'exercice du droit d'opposition, mais ne serait-ce pas alors faire des salariés une partie au contrat ?

Le risque de la nature de la consultation est fort bien résumé par Bernard Gauriau : « A la question d'un référendum consultatif la réponse est oui : le personnel peut adhérer à un projet d'accord d'entreprise. Mais à la question d'un référendum décisionnel, la réponse est non : le personnel ne saurait devenir une partie à un accord d'entreprise »³⁶⁷.

L'article L. 2232-14 (132-2-2 III alinéa 4 a. C. trav.) indique qu'en « cas de carence d'élections professionnelles, lorsqu'un délégué syndical a été désigné dans l'entreprise ou dans l'établissement, la validité d'une convention ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement signé par ce délégué est subordonnée à l'approbation de la majorité des salariés dans les conditions fixées au 1° de l'article L. 2232-12 ». Si nous poussons ce raisonnement jusqu'à son terme, un accord signé antérieurement à cet arrêt

366 Dernier attendu de l'arrêt C. Cass. 20 Décembre 2006, n° 05-60-345.

367 Bernard Gauriau, "Le référendum, un préalable nécessaire ?", *Dr. soc.* 1998, p. 338 et s.

pourrait être invalidé par les juges, du fait de l'effet rétroactif de la jurisprudence. L'ensemble des accords signés en l'absence de quorum au premier tour et sans consultation des salariés pourrait être attaqué devant le Tribunal de grande instance, en s'appuyant sur le raisonnement des juges de la Cour de cassation.

Avant cet arrêt, lorsque le quorum n'était pas atteint au premier tour, la plupart des organisations syndicales se fiaient à l'interprétation de l'administration. Celle-ci n'était pas plus satisfaisante puisque, selon la circulaire de la direction du travail³⁶⁸, les résultats du premier tour devaient être dépouillés, même en cas d'absence de quorum, afin de définir l'influence de chaque syndicat. Cette lecture du droit est problématique, car le premier tour n'a pas de valeur juridique lorsque le quorum n'est pas atteint. Cependant on comprend bien la gêne occasionnée par cette invalidation, vu que la présentation de candidats au premier tour est un monopole syndical. Toutefois, il n'aurait pas été impossible de décompter les voix du second tour et de ne tenir compte que des votes "syndicaux". Mais c'est là la seconde faiblesse du raisonnement : pourquoi tenir compte de résultats qui démontrent la fragilité des syndicats, alors que l'esprit de la loi est d'asseoir la légitimité des accords grâce au principe majoritaire ? Le ministère cherchait probablement à faciliter les négociations à n'importe quel prix, y compris celui de la démocratie.

La vertu du raisonnement de la Cour de cassation est de lier la capacité de négocier au nom des salariés à un minimum d'influence électorale. Certes l'obtention du quorum n'est pas le gage absolu du respect de la démocratie, mais c'est l'assurance d'un minimum de participation.

Cette multiplication des cas de recours légaux à la consultation directe des salariés interroge sur les objectifs poursuivis par le législateur.

Le principe majoritaire permet une immixtion, plus ou moins poussée, des salariés dans leur propre représentation. A priori, cette évolution semble être une bonne chose, car elle peut être un moyen de légitimer les accords d'entreprise. Néanmoins une représentation plus directe des salariés induit une mise à l'écart de leur intermédiaire durant les négociations d'entreprise. En effet, l'intervention des délégués syndicaux peut disparaître, lorsque les salariés sont consultés directement, ou elle peut être

368 Circulaire du 22 Septembre 2004 relative au Titre II de la loi n° 2004-391 du 4 Mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

délimitée par les résultats électoraux de leur syndicat.

La consultation directe restant encore un procédé marginal, le pouvoir d'action du délégué syndical va être, en grande partie, défini par les résultats électoraux. La liberté dont il bénéficiait jusqu'alors est considérablement atténuée. C'est le modèle de représentation des salariés tout entier qui est modifié. Cela change le rôle modérateur du délégué syndical, les spécificités liées à sa désignation et au lien qu'il entretient avec son syndicat sont très affaiblies. Le rapprochement avec les élus du personnel est évident : quel est alors l'intérêt d'une représentation syndicale ?

En plus de la critique que l'on peut formuler quant à la mutation imposée au délégué syndical, nous pouvons également nous interroger sur la signification réelle de ce qui est présenté comme une démocratisation de la représentation. Le concept de démocratie concernant les élections professionnelles est à revoir, car les salariés susceptibles de s'exprimer à cette occasion sont, en général, dans les situations de travail les plus stables.

§2. DEMOCRATISATION ET REPRESENTATION

Nous avons constaté que les salariés jouent un rôle de plus en plus important dans la représentation de leurs propres intérêts, puisque leur vote définit l'influence de chaque organisation syndicale.

La forme ultime de cette tendance à un interventionnisme accru du salarié c'est leur consultation directe. Dans ce cas de figure, il n'y a pas de représentation au sens juridique du terme, les salariés validant eux-mêmes l'accord sans passer par un intermédiaire.

Ces changements donnent lieu à une nouvelle forme de représentation syndicale des salariés (A) qui induit, comme nous l'avons constaté, une évolution des stratégies syndicales pendant les négociations, mais également une probable modification des négociations (B) et du contenu des accords d'entreprise.

La participation plus directe des salariés aux négociations paraît revêtir le masque de la démocratie, voire de la démocratie directe dans le cas de la consultation. Toutefois le maintien d'un lien de subordination des salariés dans le cadre collectif ainsi qu'un dévoiement de la mesure de la représentativité font douter de la nature exacte des intérêts représentés.

A - NOUVELLE FORME DE REPRESENTATION SYNDICALE

L'intervention syndicale est désormais sous la coupe des salariés, étant donné que la capacité d'action des délégués syndicaux est définie par le biais des élections professionnelles (1).

Les élections professionnelles seront donc le mètre étalon des moyens attribués au délégué syndical. Ce dernier risque alors de tomber dans le piège de l'électoratisme en négligeant sa mission de représentation de l'intérêt collectif de la profession. Finalement la représentation syndicale se rapproche de plus en plus de la figure publiciste du représentant politique, sans toutefois pouvoir y être subsumée. Cette évolution remet en cause le système dual de représentation des salariés.

Tous ces changements contribuent à modifier le lien de représentation qu'entretiennent les salariés et le délégué syndical.

De même, la spécificité du droit du travail nous invite à nous méfier de la participation

directe des salariés dans les relations de travail du fait du rapport de subordination (2). Nous verrons d'ailleurs que l'introduction des élections dans la représentation des salariés a également un impact sur les rapports entre l'employeur et les salariés.

Ces évolutions présument d'un renforcement des négociations de gestion plutôt que d'acquisitions, au risque d'accentuer le rapport inégalitaire existant entre l'employeur et les salariés.

1. Une représentation des salariés basée sur le vote

La représentation des salariés est basée sur des résultats électoraux (a), ce qui modifie le lien de représentation qu'entretiennent salariés et syndicats mais aussi le lien entre les salariés et leur employeur.

Ce mode de représentation peut faire basculer la représentation des intérêts collectifs vers une représentation des intérêts majoritaires (b).

a. Une représentation basée sur les résultats électoraux

Il n'est nullement besoin de rappeler la spécificité et l'intérêt du mode de nomination du délégué syndical. Cette singularité semble quelque peu remise en cause par la loi du 4 mai 2004³⁶⁹ qui instaure un rapport de dépendance indirecte du délégué syndical aux élections professionnelles. Cette dépendance n'est qu'indirecte, car ce n'est pas la désignation du délégué syndical qui est soumise aux résultats électoraux mais uniquement sa capacité d'action. Autrement dit, la désignation reste toujours l'unique mode de nomination du délégué syndical mais, dans le domaine de la négociation collective, elle n'est plus tout à fait suffisante à garantir l'efficacité de son action.

Dans le cadre de la négociation d'entreprise, l'élection n'est pas un mode de sélection du délégué syndical comme pour les membres du comité d'entreprise ou les délégués du personnel, mais elle se rapproche maintenant d'un mode de transmission des pouvoirs des salariés vers leurs représentants aux négociations.

Au vu de la position commune du 9 avril 2008, cette affirmation ne serait plus tout à fait exacte (si ce texte trouvait à s'appliquer car pour l'instant il ne s'agit que d'une déclaration de principe). Effectivement, seuls les syndicats ayant obtenu au moins 10 % des voix aux dernières élections professionnelles peuvent désigner un délégué syndical (parmi les candidats aux élections ayant individuellement recueilli au moins 10 % des

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

voix³⁷⁰) pour négocier³⁷¹. En plus de lier la participation à la négociation à l'audience électorale, les délégués syndicaux seront obligatoirement des candidats aux élections professionnelles.

Le lien de représentation tend vers une représentation de droit public, cela d'autant plus qu'auparavant le rapport entre l'action du délégué syndical et celle des élus du même syndicat n'était pas toujours perçu par les salariés. Ce lien est maintenant mis en avant par la loi elle-même qui mélange les deux types de représentation à travers un même scrutin. De ce fait, les salariés peuvent sanctionner leurs délégués syndicaux par le biais des élections du comité d'entreprise, puisque le délégué syndical voit sa capacité d'action dépendre des suffrages. Ainsi, tout comme « Un élu... n'est pas juridiquement tenu de respecter le programme par lequel il a attiré les suffrages et peut donc exercer librement ses droits et obligations de représentant d'une catégorie sociale, sous la seule sanction d'un échec électoral à la prochaine échéance »³⁷², le délégué syndical peut également voir ses choix sanctionnés par le vote des salariés. Cependant le vote pourra prêter à différentes interprétations, puisqu'il peut sanctionner et l'action du délégué syndical et celle des élus.

Le caractère de plus en plus publiciste de la représentation des délégués syndicaux lors des négociations d'entreprise était déjà subodoré par la doctrine il y a quelques années, puisque Franck Petit indiquait notamment que « l'émergence d'une représentativité syndicale, conçue comme fondatrice d'une représentation politique passerait nécessairement par la valorisation du critère de l'audience, c'est-à-dire par la prise en compte du vote des salariés, en tant que mode d'investiture des représentants, puis de contrôle de leur action »³⁷³. Cette évolution s'est en partie produite depuis le 4 mai 2004³⁷⁴ et est confirmée par la position commune. Ceci autorise à affirmer l'existence d'une mutation de la représentation des salariés dans les entreprises.

La création de cette forme de dépendance aux résultats électoraux, plus ou moins accentuée, permet une insidieuse remise en question du système représentatif dual. Les deux modes de nomination des représentants des salariés convergent l'un vers

370 Article 10 de la position commune du 9 Avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme. A l'heure où nous écrivons ces lignes, la position commune est à la signature. Par définition, il ne s'agit que d'une déclaration d'intention puisqu'elle n'a aucune applicabilité directe.

371 Article 4-1 de la position commune du 9 Avril 2008.

372 Conseiller Daniel Tricot, "Le nouvel arrêt Basirico", *Dr. soc.*, 92, p. 362. C. cass. 20 Mars 1992 rapport Conseiller Daniel Tricot.

373 Franck Petit, *La Notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000, p. 335.

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

l'autre, atténuant le particularisme du canal dual de représentation.

La réforme entreprise peut sous-entendre qu'un syndicat totalement libre n'agit pas en faveur des salariés, que seule la contrainte électorale peut obliger le délégué syndical à respecter les intérêts des salariés. Cette règle entretient donc une suspicion autour du syndicat au lieu de le replacer dans une position de force, condition *sine qua non* à des négociations collectives équitables.

La réforme du dialogue social aurait pu prendre d'autres formes sans trahir l'objectif avéré de légitimer les accords conclus et tout en replaçant le salarié au centre de la négociation collective.

Cette évolution de la représentation des salariés n'est pas sans risque, car le syndicat reste un des rares biais par lequel les salariés pouvaient obtenir un point de vue et des informations extérieures à l'entreprise. D'ailleurs les salariés reconnaissent l'importance de l'action syndicale et font une vraie différence entre l'action des représentants syndiqués et des représentants non syndiqués. Ils affirment à 62% que les syndicats jouent un rôle irremplaçable lorsqu'ils bénéficient d'une présence syndicale dans leur entreprise, alors que seuls 48% des salariés travaillant dans une entreprise dépourvue de représentants syndiqués pensent la même chose³⁷⁵.

Or l'élection va enfermer le délégué syndical dans l'entreprise. Le syndicat aura d'ailleurs tout intérêt à ce que le délégué syndical réponde aux volontés des salariés votants car dans le cas contraire, il perdra des élus et son influence sur les négociations collectives d'entreprise. Le syndicat a de moins en moins intérêt à être un lieu d'ouverture permettant au délégué syndical de porter des problématiques plus générales que celles des salariés de l'entreprise, allant dans le sens d'une défense de l'intérêt de la profession. Le délégué syndical risque fort, sous la pression du syndicat notamment, de tomber dans une logique électoraliste pour obtenir un maximum d'élus et une large influence lors des négociations. Aussi l'arbitrage pratiqué entre tous les intérêts des salariés lors des négociations d'entreprise risque-t-il d'être emprunt d'une logique clientéliste. La différence entre représentants des salariés non syndiqués et représentants syndiqués menace de s'éteindre.

Le choix d'impliquer le salarié dans sa représentation, de lui faire assumer une responsabilité dans la validation des accords, afin de lui assurer une forme de

375 Enquête Réponse de la Dares précitée.

légitimité, a été fait au détriment du syndicat. En effet l'obtention d'une réelle légitimité des accords nécessite une entente entre syndicats et salariés et non la mise des premiers sous la coupe des seconds. Dans ce dernier cas, le risque est d'aboutir exclusivement à des négociations de concessions. Certes il était nécessaire de faire en sorte que les délégués syndicaux entretiennent un lien plus fort avec les salariés pour tenir davantage compte de leur *desiderata*, mais en préservant le rôle du syndicat qui permet de se sortir du lien d'emprise que représente la subordination inhérente au contrat de travail.

b. Entre l'intérêt majoritaire et l'intérêt collectif

L'essence même du principe majoritaire peut être interprétée comme étant antinomique avec l'objet du syndicat. En effet, le vote est le mécanisme démocratique d'expression de la majorité, mais l'intérêt majoritaire n'est pas toujours une notion équivalente à l'intérêt collectif. Le principe majoritaire n'entre-t-il pas alors en contradiction avec l'objet même du syndicat : la représentation de l'intérêt collectif de la profession ?

Le délégué syndical négocie au nom du syndicat et non « au nom et pour le compte du syndicat »³⁷⁶ ou encore au nom des adhérents du syndicat³⁷⁷. En effet, l'exercice de la négociation revient au syndicat, mais il doit se faire dans l'intérêt des salariés qui sont titulaires du droit à la négociation au titre du droit à la participation énoncé par l'alinéa 8 du préambule de la Constitution : « il est essentiel de souligner que les titulaires du droit à la négociation sont les salariés et non le syndicat. Celui-ci médiatise l'exercice de ce droit, mais il ne l'exerce pas dans son intérêt propre »³⁷⁸. Cette différenciation entre les titulaires du droit et les détenteurs de l'exercice de ce droit expliquent qu'une relation tripartite se noue durant les négociations d'entreprise. En effet, le syndicat n'étant pas une personne physique, il sera incarné par le délégué syndical négociant au nom du syndicat.

Cette relation suppose que les intérêts des salariés se recoupent avec ceux défendus par le syndicat, agent de l'exercice de la négociation collective. Or il existe une ambiguïté quant à la mission du syndicat, puisque l'article L. 2131-1 du Code du travail (L 411-1 a. C. trav.) énonce que « Les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant

376 Franck Petit, *La Notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000, p. 157.

377 Comme semble le dire F. Petit, préc., p. 339.

378 Marie-Armelle Rotschild-Souriac, *Les Accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse, Paris I, 1986.

collectifs qu'individuels, des personnes visées dans leurs statuts. » L'étude de ces statuts prouve que les personnes visées sont parfois uniquement les syndiqués. Quant à l'article L. 2132-3 du Code du travail (L. 411-11 a. C. trav.), il précise que les syndicats «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 ». L'intérêt qu'ils défendent lors d'action en justice est celui de la profession. La négociation d'accord collectif n'entre donc pas dans le cadre législatif de l'article L. 2132-3 du Code du travail (L. 411-11 a. C. trav.), puisqu'il ne s'agit pas d'action en justice. Aussi les délégués syndicaux représentant le syndicat se doivent-ils de défendre les intérêts des personnes visées par les statuts. Il est donc probable que ces intérêts ne recouvrent pas la notion d'intérêt collectif et encore moins les intérêts des salariés de l'entreprise en question.

Durant la négociation collective, le délégué syndical doit défendre les intérêts des salariés de l'entreprise, titulaires du droit à la négociation, tout en représentant le syndicat. Or les intérêts des salariés ne sont pas toujours en adéquation avec la représentation de l'intérêt collectif, tel que le conçoit le syndicat ou des intérêts des personnes visées par ces statuts.

Légalement la défense des intérêts des salariés de l'entreprise doit primer, puisque la norme définissant le droit à la négociation des salariés est constitutionnelle, alors que c'est la loi qui désigne le syndicat comme agent de l'exercice de la négociation et le délégué syndical comme agent de la négociation dans l'entreprise. Cependant les intérêts des salariés sont multiples et souvent catégoriels, d'où l'existence de collèges électoraux lors des élections professionnelles. Le délégué devra donc trancher lors de conflits d'intérêt éventuels en fonction de l'intérêt collectif des salariés, tel que le syndicat le conçoit. Le délégué syndical a parfois tendance à défendre uniquement les intérêts tels que le syndicat ou que lui-même se les représente, c'est un des avatars de la désignation. Ainsi il peut « être montré que l'habilitation du syndicat à signer les conventions collectives résultait davantage d'une sélection, d'une communauté d'intérêts individuels que de l'expression de l'intérêt collectif de l'ensemble des individus atteints par la convention collective. On serait plus proche d'une représentation de personne que d'une pure représentation d'intérêts collectifs »³⁷⁹.

379 Franck Petit, *La Notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000, p. 23.

L'enquête réponse menée par la DARES³⁸⁰ démontre que seuls 60% des salariés dans les établissements pourvus de représentants syndiqués estiment que les représentants du personnel traduisent leurs aspirations et 47% d'entre eux pensent que les représentants du personnel font passer leurs intérêts avant ceux des salariés. Finalement la conviction que les délégués syndicaux ne sont pas à l'écoute ou n'écoutent pas la volonté des salariés est très répandue parmi ces derniers. L'influence électorale devrait contribuer à atténuer ce sentiment en donnant une place nouvelle à l'intérêt majoritaire. Cependant l'intérêt majoritaire n'équivaut ni à l'intérêt général ni à l'intérêt collectif. De plus, les notions d'intérêt général et d'intérêt collectif ne se confondent pas pour plusieurs raisons. En premier lieu, « l'intérêt collectif ce n'est pas l'intérêt général parce qu'il n'est pas une juste moyenne des intérêts individuels mais une représentation de ces intérêts ... »³⁸¹. Ensuite parce que l'intérêt collectif est aussi l'intérêt des minorités, des salariés précaires qui votent moins que les autres salariés, l'intérêt collectif n'est pas une moyenne des intérêts exprimés. Il devrait comprendre tous les intérêts, voire de façon plus appuyée les intérêts des plus faibles, car le rôle du syndicat est aussi de combattre les inégalités de traitement.

Avec le principe majoritaire, le rôle d'arbitrage opéré par le délégué syndical entre les intérêts des salariés risque d'être délaissé au profit d'une moyenne mathématique des intérêts exprimés. Contrairement à cela, Franck Petit estime que « les orientations nouvelles qu'offrent les différents droits d'opposition à certains accords semblent faciliter l'émergence de la notion d'intérêt collectif. Elles traduisent mieux la nécessité de l'arbitrage, d'ajustement qui conditionnent la naissance d'un intérêt collectif »³⁸². Or nous pensons justement que le principe majoritaire fait naître une notion d'intérêt majoritaire des salariés votants au détriment de l'intérêt collectif, tel qu'habituellement défendu par les organisations syndicales.

En fait, l'intérêt collectif devient l'intérêt majoritaire, du fait du rapprochement entre la représentation des salariés pendant les négociations et la représentation de type politique. Paul Durand perçoit ce mécanisme, cette dépendance de notions, lorsqu'il explique que « l'emprunt des institutions du droit public est parfois critiquable : il en est ainsi pour le recours à la notion de représentation politique. Cette idée ne pourrait être acceptée que s'il existait dans notre droit une procédure liant l'ensemble des professionnels à l'élaboration de la convention. Il serait alors juste que la volonté de la

380 Colloque Dares 27 Mars 2007 sur les premiers résultats de la dernière enquête réponses, les actes sont disponibles sur le site de la Dares.

381 Franck Petit, *La Notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000.

382 Franck Petit, *La Notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000, p. 24.

majorité puisse s'imposer à la minorité»³⁸³. L'introduction du principe majoritaire est donc un premier pas vers cette « procédure liant l'ensemble des professionnels à l'élaboration de la convention », d'où l'apparition de la notion d'intérêt majoritaire. Cependant, même si un premier pas vers l'intérêt majoritaire est franchi, il ne s'agit pas pour autant de l'intérêt général et encore moins de l'intérêt collectif.

Enfin, s'agissant de la consultation directe des salariés, il serait inexact de parler de représentation, puisque leur vote valide ou non l'accord, sans même que les délégués syndicaux soient consultés lorsqu'il y a carence ou absence de quorum au premier tour des élections. Les interrogations portent plutôt sur l'absence de représentation et ses risques, notamment celui de la disparition du fait syndical lié au recours à une expression directe des salariés, risque souvent dénoncé par Jean Auroux. En effet, l'idée que les salariés pourraient parfaitement se représenter eux-mêmes est très présente chez les représentants de la direction, comme le prouve l'enquête réponse de la DARES, puisque 86% d'entre eux déclarent que les salariés peuvent se défendre seuls³⁸⁴.

Les risques de pression patronale sont plus importants dans le cas de l'approbation directe de l'accord mais, dans tous les cas de figure, quelle que soit la forme du principe majoritaire, le vote accroît un lien de dépendance qui peut être synonyme de négociation de concessions.

2. Le maintien d'une subordination dans les relations collectives

L'un des objets de la représentation des salariés pendant les négociations est d'extraire les salariés du lien de subordination. Or le retour du vote dans cette relation de représentation peut ranimer le lien de subordination économique (a). En effet, la menace économique brandie par l'employeur peut influencer le vote. Par le biais du vote, le lien de subordination des salariés peut trouver un écho dans la négociation (b).

383 Paul Durand, "Le Dualisme de la Convention collective de travail ", *RTDC* 1939, p. 367.

384 Cependant, il est à noter qu'il existe une différence de perception, selon que l'établissement comprend des représentants du personnel syndiqués ou non, puisque le sentiment que les salariés peuvent se défendre seuls est moins important lorsque les représentants sont syndiqués (86%) que lorsqu'ils ne le sont pas (94%). Colloque Dares 27 Mars 2007 sur les premiers résultats de la dernière enquête réponses, les actes sont disponibles sur le site de la Dares.

a. Entre subordination juridique et subordination économique

Le secret du vote, garanti par l'usage d'une enveloppe³⁸⁵, dans laquelle les salariés placent eux-mêmes leur bulletin, et par la mise en place d'un isoloir³⁸⁶ et d'une urne, dans laquelle les salariés doivent également placer eux-mêmes leur enveloppe³⁸⁷, leur permet de s'extraire du lien de subordination durant cette opération. Le pouvoir de direction exercé par les employeurs sur les salariés est moindre, la relation contractuelle existe toujours mais le lien de subordination est mis entre parenthèses durant les élections professionnelles. Toutefois, le fait que ces élections déterminent l'influence électorale des syndicats pendant les négociations d'entreprise³⁸⁸ peut modifier le rapport des salariés à l'employeur.

Le lien de subordination qui existe dans le cadre collectif n'est pas identique à celui de la relation contractuelle, il s'agit plutôt d'un lien de dépendance économique.

L'histoire jurisprudentielle de la notion de lien de subordination nous rappelle que l'hésitation des juges fut grande, quant à la détermination des critères constitutifs de la relation salariale. Dans l'arrêt du 6 juillet 1931 "Préfet de la Haute Garonne C. Bardou"³⁸⁹, la Cour de cassation contribue de manière décisive à l'élaboration de la qualification de contrat de travail, en retenant le lien de subordination et non la dépendance économique comme élément constitutif de la relation salariale. C'est donc le lien juridique qui fut retenu et non le lien économique. La notion de dépendance économique n'a pas été retenue par la jurisprudence comme critère de qualification de la relation salariale, par peur de son imprécision. Cependant ce lien fait partie de la relation contractuelle et s'ajoute à la subordination du salarié.

Or, la dépendance économique peut être mise en avant par l'employeur et ce, notamment, dans le cadre des relations collectives de travail. Dans le cadre des relations collectives, le droit électoral garantit une protection suffisante pour que la subordination juridique du salarié ne soit pas prégnante, mais la menace économique est toujours présente. Le salarié pourrait donc avoir tendance à déléguer un pouvoir fort aux syndicats les plus prompts à signer les accords, ou encore faire pression sur

385 Selon les articles L. 2314-21 du Code du travail (L. 423-13 a. C. trav.) et L. 2324-19 du Code du travail (L. 433-9 a. Code. trav.), dans le respect de l'article 60 du Code électoral.

386 Cette mesure n'apparaît pas dans le Code du travail puisqu'elle est jurisprudentielle, les juges s'étant directement inspirés de l'article 62 du Code électoral. Cass. soc. 10 Juillet 1984.

387 Une fois de plus, cette mesure est affirmée par les juges.

388 Article L. 2232-12 du Code du travail (L. 132-2-2 III alinéas 1 à 3 a. C. trav.).

389 C. civ. 6 Juillet 1931, DP 1931. 1. 131, note P. Pic.

les syndicats majoritaires pour qu'ils signent l'accord, lorsque l'employeur agite la menace de la suppression d'emploi. Compte tenu des moyens que l'employeur peut déployer pendant la campagne précédent les élections professionnelles ce risque est bien réel.

Cette dépendance économique existait auparavant, mais l'employeur ne disposait pas de moyen direct pour faire pression sur les salariés. Les élections lui offre la possibilité d'influencer les négociations.

b. Une subordination qui pénètre le champ de la représentation

Cette nouvelle configuration renvoie dos à dos les salariés et leurs représentants, les tensions se déplacent de la relation employeurs/délégués syndicaux sur la relation de représentation, puisque les syndicats majoritaires sont les derniers à décider et les salariés ont une influence directe sur eux du fait des élections.

Cette subordination est accentuée lors des consultations directes car la menace économique est aujourd'hui systématiquement invoquée par les employeurs pour justifier la diminution des droits salariaux. Les salariés n'ayant pas accès aux informations économiques délivrées par les institutions seront alors tentés d'approuver l'accord sous la menace de licenciements.

La dépendance économique des salariés a un impact sur leur représentation pendant les négociations collectives. Il représente un facteur supplémentaire d'évolution du contenu des accords collectifs d'entreprise.

Le cadre collectif fait resurgir la théorie de la dépendance économique, alors que les rapports collectifs devaient permettre au salarié de s'extraire du rapport de dépendance. Or ce détachement n'est possible que par le biais d'un délégué qui n'est pas happé par des contraintes électorales.

La dépendance économique existe dans l'ensemble des relations de travail salariés, mais l'action collective doit aider à la mettre à distance, à la contester par le biais des délégués et du comité d'entreprise qui, grâce aux experts, délivre une information économique objective. Cette institution doit donc tenir à distance la menace économique perpétuellement invoquée par l'employeur pour remettre en cause les avantages conventionnels or le poids des élections contrarie cette possibilité.

B - UNE NOUVELLE FORME DE REPRÉSENTATION INDUIT-ELLE UN NOUVEAU TYPE DE NÉGOCIATION?

Le principe majoritaire plonge le délégué syndical et le syndicat dans une logique électoraliste consistant à satisfaire les salariés, afin d'obtenir leurs suffrages. De ce fait, les salariés vont dicter leur volonté aux syndicats au lieu d'élaborer avec eux, grâce aux informations et arguments des différentes institutions représentatives des salariés, une plate-forme revendicative. Cette inversion de logique place davantage le salarié sous la coupe de l'employeur, le lien de dépendance économique est plus prégnant, puisque l'employeur pourra directement faire valoir ses arguments aux salariés (notamment durant la campagne électorale) au lieu de n'être confronté qu'à leurs représentants. La représentation salariale en sort affaiblie, ce qui laisse présager une multiplication des accords de concession³⁹⁰.

Il en résulte également une mise en confrontation directe des salariés avec leur syndicat. Les salariés ne se retournent plus contre l'employeur mais contre le ou les délégués syndicaux majoritaires.

Cette évolution de la représentation peut être ou non vécue comme quelque chose de positif, selon la conception de la négociation défendue. Yves Chalaron défend l'idée que le droit à la négociation est « un droit à la négociation "en soi", un procédé démocratique qui présente un intérêt intrinsèque non entièrement contenu dans la conclusion d'un accord et dont l'objet est tout autant la participation que la détermination collective des conditions de travail »³⁹¹. De ce point de vue, le principe majoritaire serait une réforme positive, puisqu'elle accentue la participation des salariés. Mais pour d'autres, la négociation n'est pas un but en soi mais un droit porteur de « l'affirmation d'un contre-pouvoir fort et authentique, et donc vecteur d'une confrontation entre les intérêts divergents qui sont en présence », afin d'obtenir des droits nouveaux et une relation plus égalitaire. Alors « seule une évaluation du contenu même des accords permet de vérifier qu'ils n'habillent pas une pure et simple

390 Cette hypothèse est largement confirmée par des exemples récents. Pour revenir au cas de l'entreprise Perrier à Vergèse (accord de GPEC du 29 juillet 2004), la menace de délocalisation, alors que l'entreprise est bénéficiaire, fait plier les salariés, bien que la syndicalisation soit forte et que la CGT obtienne 80% des suffrages. Les salariés sont confrontés aux syndicats et obligent ce dernier à "lever" son droit d'opposition, et il semble que la CGT ait été sanctionnée aux élections suivantes. De même chez Bosch (avenant à l'accord sur le temps de travail de juillet 2004), l'opposition syndicale n'a pas suffi à convaincre les salariés dont l'emploi était menacé et qui obligent leur syndicat à signer un accord de concession.

391 Yves Chalaron, "Conventions et accords collectifs", *Jurisclasseur travail*, fascicule 19-10, n° 20.

soumission »³⁹².

Une des origines du droit à la négociation collective et plus généralement à la participation est la compensation du rapport contractuel inégalitaire « La dimension collective des relations de travail n'a de sens en droit français que dans cette perspective de dépassement des apories de la subordination de la volonté »³⁹³. Le contrat de travail fait naître une relation inégalitaire qui est l'objet même du contrat. La subordination est la source de l'engagement contractuel de l'employeur. Cette inégalité consentie est assimilée par le droit, alors même que le principe d'égalité est un principe constitutionnel - Déclaration des droits de l'homme de 1789 article 1: « Les hommes naissent libres et égaux en droit, les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune » et article 6 : « La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » - qui devrait régner sur l'ensemble du droit français. Mais en droit du travail : « l'inégalité et non l'égalité ... fait ainsi figure de principe juridique constitutif »³⁹⁴.

Le fait que le salarié ait "librement"³⁹⁵ consenti à la mise en place de ce rapport inégalitaire ne suffit pas à écarter l'application du principe d'égalité. Mais l'égalité s'avère impossible à instaurer dans la relation strictement contractuelle entre le salarié et l'employeur, puisqu'elle est sa raison d'être. Le rétablissement d'une forme d'égalité semble possible dans le cadre collectif, sachant que les salariés d'une entreprise forment un collectif qui n'a pas de personnalité juridique mais qui est matérialisé par la représentation collective³⁹⁶.

C'est pourquoi le droit à l'égalité ne se résume pas au droit à une égalité formelle avec une équivalence stricte de droit. Il ne s'agit pas uniquement d'avoir des droits comme le sous-entend Yves Chalaron, mais de faire en sorte que l'exercice de ces droits tende à replacer les salariés dans une situation d'égalité concrète, d'où l'obligation de s'intéresser au contenu des accords.

Mais le principe majoritaire s'exerce au détriment d'une représentation forte des salariés ; or le concept de représentation devrait permettre aux droits collectifs, notamment aux droits à la négociation, d'être créateur de droits compensant la

392 Marie Armelle Souriac et George Borenfreund, "Négociation entre illusions et désillusions", in Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Marie Verdier, *Dalloz* 2001, p. 222.

393 Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, Quadrige 2002, p. 124.

394 Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, Quadrige 2002, p. 115.

395 Le libre consentement n'existe pas comme l'explique la théorie marxiste, donc cette fiction juridique permet surtout de s'assurer que le contrat n'est pas uniquement le fruit d'une volonté unilatérale.

396 George Borenfreund, "La représentation des salariés et l'idée de représentation", *Dr. soc.*, 1991, p. 685.

relation inégalitaire. Cette atteinte au concept de représentation nous semble alors contraire au principe constitutionnel d'égalité. Il faudra revenir à une lecture plus constitutionnelle de la négociation où « La réciprocité stipulée au sein des conventions collectives, même si elle tend à se répandre, demeure juridiquement une exception d'interprétation stricte. En effet, en droit français, la négociation collective a d'abord pour effet de pallier l'inégalité de fait des parties aux contrats individuels de travail et de lutter contre les déséquilibres contractuels qui peuvent en résulter. Elle a donc pour fonction première de prévoir des avantages pour les salariés et non pour les employeurs... Les conventions collectives sont donc, par principe, déséquilibrées au profit des salariés. »³⁹⁷

En plus d'être attentatoire au principe d'égalité, le principe majoritaire génère des inégalités d'un autre ordre en redéfinissant les intérêts représentés pendant les négociations (1), ce qui rend certaines minorités invisibles (2).

1. Quels sont les intérêts représentés pendant les négociations d'entreprise ?

Cette question est très complexe car il s'agit d'abord d'essayer de définir les intérêts devant être représentés (au sens du droit constitutionnel à la participation) (a), pour pouvoir constater si le sens premier de la négociation collective d'entreprise est dénaturé par les nouvelles règles de la négociation collective (b).

a. La complexité de la définition des intérêts représentés

Cette complexité est telle que les auteurs de doctrine continuent à confronter leurs lectures de ce droit, sans cependant réussir à arrêter une définition commune. Or beaucoup de notions découlent de cette définition, notamment celle de la forme de la représentation optimale des intérêts devant être représentés.

Le droit à la négociation collective qui découle du droit à la participation interroge sur la nature de ses titulaires. Deux visions principales s'affrontent : la première qualifie ce droit de droit individuel, la seconde de droit collectif. Cet affrontement doctrinal ne connaît toujours pas d'issue définitive, mais la loi du 4 mai 2004 instaurant le principe majoritaire offre une lecture qui privilégie la conception qualifiant le droit à la négociation de droit collectif, tout en restreignant la collectivité visée, du fait du mode

397 Emmanuel Dockès, "La réciprocité des dispositions dans la convention collective", *Dr. ouv.*, Décembre 1997, p. 503.

de détermination de la majorité. En effet, le vote des salariés sert surtout à uniformiser leur choix, à ce qu'ils soient collectivement impliqués et non pas à faire émerger les avis de chacun sur une proposition précise, par exemple.

Les premiers auteurs ayant confronté leurs points de vue sur cette question sont Alain Supiot et Marie-Armelle Rotschild-Souriac. Selon cette dernière, il apparaît bien que ce sont les travailleurs et non chaque travailleur qui détiennent le droit à la négociation, ce droit supposant l'existence d'une collectivité organisée et dotée de structures syndicales. Les titulaires de ce droit seraient donc la collectivité de travailleurs représentée par un syndicat.

Selon la thèse d'Alain Supiot, le droit à la négociation se décline de la façon suivante : le droit à la négociation est un droit individuel mais son exercice est collectif.

b. L'identité des titulaires du droit à la participation a évolué avec la loi du 4 mai 2004

Alain Supiot indique³⁹⁸ que le droit à la négociation comporte donc un droit individuel à être représenté à la négociation et à choisir son représentant. Selon Marie-Armelle Rotschild-Souriac, ce processus est automatique en droit français, puisque « tout salarié est automatiquement représenté à la négociation collective dès lors que participe à celle-ci au moins un syndicat représentatif. Cela montre à l'évidence que la liberté syndicale individuelle... est ici dissociée du droit à la négociation»³⁹⁹. Il est intéressant de noter que la Cour européenne des droits de l'homme affirme que le droit à la négociation est inséparable de la liberté syndicale, « le lien organique entre la liberté syndicale et la liberté de conclure des négociations collectives a été constaté par le comité d'experts indépendants de la Charte sociale, selon l'avis duquel lorsqu'un Etat contractant ne respecte pas entièrement le droit de s'organiser des travailleurs en conformité avec l'article 5 de la Charte sociale, il ne peut respecter non plus le droit aux négociations collectives garanti par l'article 6 de la même Charte »⁴⁰⁰.

Alain Supiot précise que chaque salarié doit pouvoir s'exprimer, donc que la transposition de l'individuel au collectif pose le problème « de savoir jusqu'à quel point les aspirations individuelles des salariés doivent être dissoutes dans une

398 Alain Supiot, "Les syndicats et la négociation collective", *Dr. soc.*, 1983, p. 64.

399 Marie-Armelle Rotschild-Souriac, *Les Accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse, Paris I, 1986, p. 114.

400 CEDH, 21 Nov. 2006, Demir et Baykara c/Turquie. Note Jean-Pierre Marguénaud et Jean Mouly, JCP G n °10, 2007, 10038.

expression collective »⁴⁰¹, ce qui laisse entendre que les aspirations individuelles doivent être portées par les représentants des salariés, tout du moins dans une certaine mesure.

Marie-Armelle Rotschild-Souriac affirme que « l'aspiration individuelle passe d'abord par la médiatisation du groupement et se traduit ensuite dans une norme collective, ce qui ne signifie par forcément une norme uniforme »⁴⁰². Cette dernière affirmation ressemble davantage à une forme de « détermination collective des conditions de travail ».

La prise en compte directe d'aspiration individuelle n'est pas à exclure (au moins pour trancher une question collective), puisque les conditions de travail dont il est question ne sont pas forcément toutes collectives, et que seul le délégué syndical a la mission de défendre les revendications, y compris individuelles⁴⁰³, puisque le délégué du personnel doit se contenter de « présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires, à l'application du Code du travail et des autres dispositions légales concernant la protection sociale, la santé et la sécurité, ainsi que des conventions et accords applicables dans l'entreprise »⁴⁰⁴. Ainsi les revendications personnelles liées aux conditions de travail ne peuvent être défendues que par le délégué syndical durant les négociations. Mais la défense des revendications individuelles ne peut être l'unique but de la négociation collective. En cela, elles doivent dans la mesure du possible se fondre dans des revendications définies collectivement.

La question de la défense de l'intérêt collectif est posée à travers cette définition de l'identité des titulaires de la négociation, l'enjeu étant de savoir quel intérêt doit être représenté par le délégué durant les négociations d'entreprise.

Les thèses défendues par ces auteurs sont finalement le reflet de normes juridiques différentes, puisque la vision collective rejoint le droit à la négociation tel qu'il est institué par les normes de l'Organisation Internationale du Travail, alors que la vision d'Alain Supiot est plus proche de la lettre de la Constitution.

Il est compliqué de dire si la vision internationaliste doit l'emporter au nom du

401 Alain Supiot, "Les syndicats et la négociation collective", *Dr. soc.*, 1983, p. 64.

402 Marie-Armelle Rotschild-Souriac, *Les Accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse, Paris I, 1986, p. 116.

403 Article L. 2131-1 du Code du travail (L. 411-1 a. C. trav.).

404 Article L. 2313-1 du Code du travail (L. 422-1 a. C. trav.).

principe Kelsenien de la hiérarchie des normes, car l'application directe des normes internationales reste discutée, notamment par M-L Morin⁴⁰⁵ qui précise que les conventions traitant de la négociation collective⁴⁰⁶ ne sont pas "self-executing". Ce qui veut dire, selon Nicolas Valticos⁴⁰⁷, que cette disposition n'est pas exécutoire du seul fait de son incorporation dans l'ordre juridique interne. Le terme "self executing" semble être un synonyme ou au moins avoir une définition proche de celle d'"applicabilité directe".

Pour être "self executing", les stipulations conventionnelles ne doivent pas uniquement faire jouer la responsabilité internationale de l'État et doivent être formulées en des termes permettant leur application immédiate en droit interne⁴⁰⁸. Le commissaire au gouvernement, dans son rapport sur le recours contre l'ordonnance du 2 août 2005, relative au contrat "Nouvelle embauche"⁴⁰⁹, a rappelé clairement les critères qui permettent d'affirmer qu'une convention de l'Organisation Internationale du Travail est d'application directe en droit interne. Au vu de ces critères, l'affirmation de Marie-laure Morin est à nuancer, car l'applicabilité directe d'une convention ou d'une partie de convention dépend du degré de précision de sa formulation. Or la convention numéro 98, enrichie de la convention numéro 91, définit très clairement le droit de négocier collectivement comme un droit des organisations. D'ailleurs M-L Morin précise son propos en affirmant : « on admet généralement que les principes issus des conventions collectives de l'Organisation Internationale du Travail sont opposables aux particuliers qui peuvent les invoquer devant un juge, en l'absence de normes internes »⁴¹⁰. En d'autres termes, même si une convention n'est pas "self executing", si elle énonce un principe, il peut être invoqué par un particulier. Cependant envisager le droit à la négociation comme un droit organique ne revient pas à énoncer un principe, nous semble-t-il.

Le débat autour de l'identité de l'entité détentrice du droit à la négociation reste très

405 Marie-Laure Morin, *Le Droit des salariés à la négociation collective*, L.G.D.J., 1994.

406 Notamment la convention n° 98 de 1949 (ratifiée par la France le 26 Octobre 1951) concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective. L'article 4 de cette convention dispose que « Des mesures appropriées aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de convention collective 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. »

407 Nicolas Valticos, "Un système de contrôle international : la mise en œuvre des conventions internationales du travail", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1968, p. 344.

408 Nicolas Valticos, *Droit international du travail, traité de droit du travail*, publié sous la direction de G.-H. Camerlynck, Dalloz, deuxième édition, 1983, p. 575.

409 CE, section contentieuse, 19 octobre 2005.

410 Marie-Laure Morin, *Le Droit des salariés à la négociation collective*, L.G.D.J., 1994, p. 63.

théorique. En effet, quelle que soit l'interprétation retenue, le droit positif à travers le principe majoritaire implique que ni les volontés individuelles ni les volontés collectives ne sont réellement prises en compte, puisqu'elles sont dissoutes dans une volonté majoritaire. Aussi le législateur néglige les véritables titulaires du droit à la négociation (qu'il s'agisse des salariés pris individuellement ou considérés collectivement), alors que la présentation des motifs de l'adoption de la loi du 4 mai 2004 était de rendre une partie de l'exercice du droit à la négociation à ses titulaires, afin de légitimer les accords adoptés.

En définitive, la loi du 4 mai 2004 instaure une nouvelle dimension au droit à la négociation collective en prenant en compte les intérêts catégoriels et en écartant l'expression et la prise en compte éventuelle des aspirations des salariés précaires, du fait du mode de détermination de la majorité.

En effet, le sens des élections est devenu ambivalent et l'emprise électorale sur les syndicats risque d'entraîner une inégale prise en considération de l'expression des salariés, selon qu'ils votent régulièrement ou non.

2. Des élections dévoyées rendent certaines minorités invisibles

Les élections professionnelles ont, depuis la loi du 4 mai 2004, une double signification (a) et leur entrée dans la sphère de la négociation induit une représentation partielle (b).

a. Des élections à la double signification

Les résultats des élections professionnelles ont, depuis la loi du 4 mai 2004, plusieurs significations. Elles servent d'abord à mettre en place un comité d'entreprise ou des délégués du personnel, mais elles fixent également l'influence de chaque syndicat lors des prochaines négociations. La position commune ajoute une nouvelle lecture des résultats électoraux, puisque l'audience fait partie de la définition même de la représentativité et les résultats conditionnent la participation des organisations aux négociations⁴¹¹.

Les élections ont donc un double sens : « l'expression majoritaire...aboutit en fait, si ce n'est en droit, à élargir l'objet des élections professionnelles. Il ne revient plus

411 Articles 1-4, 2-1 et 2-2 de la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme. A l'heure où nous écrivons ces lignes, la position commune est à la signature. Par définition, il ne s'agit que d'une déclaration d'intention puisqu'elle n'a aucune applicabilité directe.

uniquement aux salariés d'élire, en fonction de leur appartenance syndicale, des représentants qui n'ont pas vocation normalement à négocier. Le vote marque également un choix en faveur de tel ou tel syndicat, dans la perspective d'une négociation future ; il détermine les conditions de cette négociation »⁴¹². Deux questions sont posées aux salariés qui votent dans l'entreprise mais seule une réponse est possible, alors que ces questions sont très différentes l'une de l'autre. D'un côté, ils doivent voter pour une institution aux fonctions précises, c'est le sens initial de ce vote ; de l'autre, ils définissent les possibilités d'action d'une institution sur laquelle ils n'avaient aucun pouvoir jusque-là.

Le problème est de savoir si les questions posées ne s'excluent pas l'une l'autre, il est prouvé que la culture syndicale diffère d'un syndicat à l'autre. Aussi la conception de la mission du comité d'entreprise et celle de la négociation diffèrent-elles d'une organisation syndicale à l'autre. Les salariés pouvaient distinguer ces deux questions mais aujourd'hui, ils peuvent être dans une situation de choix entre deux droits : celui de la participation à la gestion de l'entreprise et celui de la négociation collective.

Ce choix ne devrait pas être possible, puisque ces deux droits ont une valeur juridique égale et sont acquis aux salariés. De plus, il existe des solutions différentes permettant d'éviter cette situation, puisqu'au niveau de la branche, il existe la possibilité de mettre en place une élection spécifique à la définition de l'influence de chaque syndicat : « La convention ou l'accord définit la règle selon laquelle cette majorité est appréciée en retenant les résultats : 1° Soit d'une consultation des salariés concernés, organisée périodiquement, en vue de mesurer la représentativité des organisations syndicales de salariés de la branche »⁴¹³.

Cette solution était transposable au niveau de l'entreprise et sa réalisation y aurait été beaucoup plus facile que dans la branche.

Lorsque ce sont les élections des délégués du personnel qui définissent l'influence de chaque syndicat, en l'absence de comité d'entreprise par exemple, le choix semble encore plus complexe. C'est un peu comme si les élections municipales définissaient l'influence des partis politiques au niveau national, alors que le choix local est souvent un peu moins politique puisqu'il s'agit aussi d'évaluer le travail du maire.

412 Georges Borenfreund, "L'idée majoritaire dans la négociation collective", in Mélanges dédiés au président Despax, *Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse*, 2002, p. 429.

413 Article L. 2232-6 du Code du travail (L. 132-2- 2 II alinéas 1 à 6 a. C. trav.).

Les salariés font donc face à un changement d'importance, auquel les syndicats doivent les rendre attentifs, au risque d'obtenir une représentation tronquée des salariés lors des élections professionnelles d'entreprise.

b. Une représentation plus partielle des salariés

En plus de ce changement de significations des élections, le législateur a augmenté la durée de vie du comité d'entreprise, ce qui espace d'autant le moment du vote.

C'est la loi du 2 Août 2006 « en faveur des petites et moyennes entreprises »⁴¹⁴ qui fixe la durée de vie des institutions représentatives du personnel à quatre ans. L'élection a donc lieu tous les quatre ans, sauf si un accord en décide autrement « Par dérogation aux dispositions du premier alinéa de l'article L. 423-16, du premier alinéa de l'article L. 433-12, du premier alinéa de l'article L. 433-13, du premier alinéa de l'article L. 435-4 et du sixième alinéa de l'article L. 439-3 du Code du travail, un accord de branche, un accord de groupe ou un accord d'entreprise, selon le cas, peut fixer une durée du mandat des délégués du personnel et des représentants du personnel aux comités d'entreprise, comités d'établissement, comités centraux d'entreprise et comités de groupe comprise entre deux et quatre ans ».⁴¹⁵

La dérogation à la règle légale est ainsi encadrée : le renouvellement du comité d'entreprise est obligatoirement compris entre deux et quatre ans.

Cette règle, ajoutée aux règles fixant les conditions pour être électeur, c'est-à-dire la règle fixant l'ancienneté requise pour voter à trois mois de travail dans l'entreprise⁴¹⁶, aura pour effet de tenir à l'écart du vote bon nombre de salariés précaires. En effet, si les élections professionnelles définissant l'influence électorale n'ont lieu que tous les quatre ans, il est fort probable qu'une partie des salariés présents dans l'entreprise n'aient pas eu l'occasion de voter, sachant qu'en règle générale les salariés sous contrat à durée déterminée ont rarement l'occasion de le faire dans les entreprises qui les emploient.

Les résultats définissant l'influence électorale ne correspondront pas à la réalité de la volonté des salariés présents dans l'entreprise au moment de la négociation.

414 Loi n° 2005-882 du 2 Août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises. JO n° 179 du 3 Août 2005 p. 12639.

415 Article 96 de la loi n° 2005-882 du 2 Août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises. JO n° 179 du 3 Août 2005 p. 12639. Article codifié sous le n° L. 2324-3 dans le Code du travail.

416 Article L. 2324-14 du Code du travail (L. 433-4 a. C. trav.).

Cet état de fait renforce la bipolarisation du monde salarié, les plus précaires perdant tout lien avec les représentants de l'entreprise, alors que les salariés ayant un contrat à durée indéterminée seront détenteurs des négociations d'entreprise.

Le principe majoritaire devait apporter une forme de démocratisation aux négociations collectives, mais cet apport est limité par le fait que les plus précaires sont écartés du scrutin. Seuls les salariés les plus stables peuvent voter à chaque élection ; les délégués syndicaux ont alors tout intérêt à défendre leurs volontés ; or il est clair que ce n'est pas la mission première des syndicats que d'aider les salariés ayant le plus d'avantages.

En ce sens, la notion d'intérêt collectif ne peut plus être au cœur des négociations, puisque les délégués syndicaux ont intérêt à défendre certaines catégories de salariés et non pas les salariés les plus faibles. La mission même du syndicat risque d'évoluer, du fait de cette réforme du dialogue social. La définition de l'influence électorale, telle qu'elle a été décidée par le législateur, ne permet pas de faire émerger un réel intérêt général, tout comme elle ne permet plus de défendre l'intérêt collectif ou encore les intérêts individuels, puisque ce sont les intérêts d'une catégorie de salariés qui priment.

Du fait de la volonté de rompre avec un système où la minorité peut imposer sa loi, nous sommes parvenus à un système où les salariés les plus avantagés dans leur relation contractuelle pourront également dicter leurs souhaits au niveau collectif.

Une fois encore, la solution d'une élection à part entière, ayant pour seul objet de déterminer la majorité syndicale et ayant lieu quelques temps avant les négociations avec l'ensemble des salariés présents dans l'entreprise, semble être une solution plus convaincante.

Le rapprochement de la négociation et de la consultation a lieu du fait de la place nouvellement acquise par l'élection dans la négociation collective. Cela participe d'un mouvement plus général de convergence des deux procédures.

L'observation des acteurs de la négociation et de la consultation permet d'établir que la définition de l'intérêt représenté dépend notamment du mode de nomination des

représentants des salariés. Or, on note que l'élection occupe une place de plus en plus importante dans le mode de nomination des représentants des salariés, car des élus peuvent maintenant négocier et cette possibilité va crescendo avec la position commune. De plus, ce sont les élections qui permettent de déterminer le poids des représentants des salariés dans la négociation, puisque le mode de validation des accords est majoritaire. Quelle que soit la majorité retenue - d'opposition ou d'adhésion -, ce sont les élections qui définissent la marge de manœuvre de chaque syndicat.

Cette référence électorale entraîne inexorablement un rapprochement entre les acteurs de la négociation et de la consultation. Les représentants se confondent même dans certaines situations étant donné que les élus peuvent négocier.

De même, les problématiques concernant l'identité des salariés représentés à la négociation ou la consultation sont similaires. Si les juges ont pris les devants concernant le droit à la consultation en reconnaissant la communauté de travail, le parallélisme de cette réflexion concernant le droit à la négociation se fait attendre.

C'est l'observation de ces similitudes entre les acteurs qui invite à une réflexion plus générale sur les rapports qu'entretiennent les deux formes du droit à la participation : la négociation et la consultation.

Si les similitudes entre les acteurs ne peuvent pas laisser présumer d'un lien particulier entre les procédures ou entre les deux droits, l'association de la négociation et de la consultation est peut-être facilitée par cette évolution.

PARTIE II

LA CONVERGENCE ENTRE LES PROCÉDURES DE NÉGOCIATION ET DE CONSULTATION

CHAPITRE 1

LE MODÈLE TOPIQUE D'ARTICULATION DES PROCÉDURES

Le rapprochement entre la négociation et la consultation est évident : les acteurs se substituent, l'élection et la désignation convergent.

La question de l'articulation de la négociation et de la consultation devient prégnante : comment analyser ces diverses évolutions qui font confluer les deux formes de la participation ?

A travers l'étude des acteurs de la participation (du côté des salariés), nous avons remarqué une tendance croissante à l'homogénéisation de la négociation et de la consultation, de part la similitude entre les acteurs et plus globalement par un rapprochement entre les formes de représentation.

La négociation et la consultation étaient des formes très différentes de participation, or nous observons des convergences. Ce phénomène doit être étudié sans oublier que l'articulation entre négociation et consultation a toujours été possible grâce à la pratique de la "navette sociale". Il s'agit d'une pratique non codifiée qui a été imposée par les acteurs du droit à la participation. Ce modèle d'articulation est possible parce que les missions du comité d'entreprise et des délégués syndicaux sont parfois complémentaires. Il s'agit d'une connexion de fait des deux procédures (Section I).

Le cadre communautaire influence probablement le droit interne sur ce point mais l'articulation des procédures se distingue nettement du modèle communautaire (Section II) qui confine à la fusion.

Section I – UNE CONNEXION DE FAIT ENTRE LES PROCÉDURES : "LA NAVETTE SOCIALE"

Il existe des acteurs communs à la négociation et à la consultation mais aussi des thématiques proches, donc un intérêt pour les mêmes informations et un agencement des procédures incitant à la collaboration.

L'expression "canal dual" signifie que les représentants du personnel sont issus de deux modes de nomination : la nomination par désignation et la nomination par élection. Cette dualité est spécifique à quelques rares systèmes de représentation des salariés, dont le système français. Les salariés sont principalement⁴¹⁷ représentés par des délégués syndicaux désignés par le syndicat, des délégués du personnel élus directement par les salariés, tout comme certains membres du comité d'entreprise. Le canal dual permet de multiplier les facettes de la représentation des salariés, puisque les institutions⁴¹⁸ interviennent à des moments différents de la vie de l'entreprise et ont des moyens distincts. Cela permet d'assurer la "participation des salariés" à la détermination des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise, au sens de l'article 8 du préambule de la Constitution. Ces procédés de représentation ne sont pas imperméables les uns aux autres. D'ailleurs, plus le législateur affirmait le caractère singulier de chaque institution et élargissait leur champ de compétences, plus des connections se sont mises en place entre ces institutions.

Ainsi, au moment de la négociation d'entreprise, les agents de la représentation⁴¹⁹ dans l'entreprise ont la possibilité de mettre leurs compétences en commun en établissant un dialogue entre les institutions. Nous avons constaté précédemment que les membres du comité d'entreprise, les délégués du personnel peuvent être appelés à négocier dans certains cas de figure. Au-delà de ces cas, lorsque chaque institution reste dans son registre, des croisements s'opèrent.

417 Nous laissons de côté le CHSCT.

418 Nous parlons ici d'institutions au sens large, c'est-à-dire représentatives du personnel et de représentation, de l'intérêt des salariés de l'entreprise; aussi incluons-nous les notions de comité d'entreprise et de délégués syndicaux dans ce paragraphe. Nous pourrions également parler d'institution de représentations collectives ou suivre le raisonnement d'Antoine Mazeaud qui inclut le délégué syndical dans les institutions représentatives du personnel dans son ouvrage *Droit du travail, Montchrestien*, coll. Domat, 2000, p. 94. Voir Franck Petit, " Qu'est-ce qu'une institution représentative du personnel ? ", *Dr. soc.*, 12 Décembre 2002, p. 1073.

419 Des salariés ou de leurs intérêts.

Dans le cas de la négociation d'entreprise, le comité d'entreprise et le délégué syndical ont des rôles différents à chaque étape des discussions avec l'employeur. Ils sont en capacité de faire évoluer les négociations d'un même pas, grâce à un procédé de va-et-vient de l'information entre les deux institutions : c'est ce que nous qualifierons de "navette représentative"⁴²⁰ opérée entre consultation et négociation. Ce procédé n'a aucune existence textuelle, mais la conjugaison des lois définissant les missions des deux institutions permet de le mettre en place. Cette absence de reconnaissance légale entraîne d'importants écarts d'efficacité du procédé, selon le mode de mise en action choisi par les différents acteurs.

Cette possibilité de représentation optimale des salariés est bouleversée par des réformes récentes qui mettent en opposition les deux types de représentation. Certains nouveaux textes de loi semblent favoriser la négociation au détriment de la consultation. Il s'agit notamment de la loi du 18 janvier 2005⁴²¹ qui autorise la mise en place d'accords de méthode pouvant éventuellement amoindrir les moyens d'action du comité d'entreprise lors de sa consultation. Cette tendance peut paraître plus favorable aux salariés, étant donné que leurs représentants ne se contentent plus de donner leur avis mais participent à la mise en place de la décision en validant ou non l'accord. Pourtant, ce qui est perçu comme une influence plus importante des salariés sur les décisions de l'employeur peut engendrer une confiscation d'un aspect de la représentation. Ce constat ne peut pas être monolithique puisque, si la plupart des textes récents privent le comité d'entreprise d'une partie de ces droits durant la consultation - comme la loi du 30 décembre 2006 (qui permet de décider par accord collectif de la raréfaction des documents fournis au comité d'entreprise) ou encore l'article L. 1233-21 du Code du travail (L. 320-3 a. C. trav.) instaurant les accords de méthode - la jurisprudence crée de nouvelles obligations attachées à ces négociations qui pourraient s'avérer favorables aux salariés.

L'entreprise comprend plusieurs institutions représentatives du personnel qui ont chacune un rôle défini⁴²² et qui incarnent une forme de représentation singulière. A

420 Notre expression s'inspire de celle consacrée par Daniel Boulmier, "Consultation et négociation dans l'entreprise: la navette sociale, un remède à la pesanteur", *Dr. ouv.*, Août 1998, p. 350. Cependant la navette sociale de Daniel Boulmier est obligatoire; de plus, l'avis du comité d'entreprise permettrait ou non de valider l'accord, en quelque sorte il a un droit de veto sur les négociations d'entreprise, alors que nous étudions la mise en place spontanée de ce processus de va-et-vient entre consultation et négociation.

421 Loi du 18 janvier 2005, n° 2005-32 de programmation pour la cohésion sociale.

422 Nous ne parlons pas de vocation propre, puisque « Si l'histoire des trente dernières années livre un enseignement, c'est bien la vanité d'une séparation étanche des institutions représentatives du personnel » selon Antoine Lyon-Caen, "Le comité d'entreprise à l'heure du changement",

priori, le cloisonnement entre institutions existe puisqu'elles interviennent de façon dissemblable, à des moments et avec des moyens d'action différents. En effet, le législateur de 1982 a élargi les missions du comité d'entreprise et des délégués syndicaux, tout en essayant de maintenir un cloisonnement de leurs fonctions. Mais l'élargissement de leur champ d'intervention a eu un effet inverse en entrouvrant la possibilité d'un "dialogue" entre ces institutions. Cette possibilité s'exprime essentiellement lors des négociations d'entreprise, qui créent une occasion de réunir les institutions.

L'étanchéité entre institutions n'est donc qu'une façade, le cloisonnement entre institutions est artificiel (§1) puisque, en plus des exceptions légales qu'on connaît (le comité d'entreprise négocie à certaines occasions par exemple), il existe une communication interinstitutionnelle qui s'instaure de manière logique, tant les missions du comité d'entreprise et des délégués syndicaux sont complémentaires (§2).

Ce mode d'interaction s'avère être un grand avantage pour une meilleure représentation des salariés, car il permet de multiplier les points de vue sur une même question.

Dr. soc., Avril 1984, p. 299. Mais il existe bien en théorie des missions dont chaque institution a le monopole légal. Cependant, même à l'intérieur de ces missions, des rapports entre institutions s'établissent et c'est ce dont nous souhaitons traiter.

§1. UN CLOISONNEMENT ARTIFICIEL DES INSTITUTIONS

Les missions principales que remplissent les deux institutions, tout comme la forme de représentation qu'elles incarnent, sont distinctes (A). Ces différences permettent la complémentarité et favorisent les interactions (B).

A - DES INSTITUTIONS REPRÉSENTATIVES AUX CARACTÉRISTIQUES DIFFÉRENTES

La mission du comité d'entreprise est très différente de celle des délégués syndicaux (1), tout comme le mode de représentation des salariés (2).

1. Des missions distinctes

Délégués syndicaux et comité d'entreprise représentent les salariés mais, ni au même moment, ni avec les mêmes fonctions. Cependant, certaines missions peuvent se recouper (b) tout en restant distinctes (a).

a. Des missions différentes

Pour le délégué syndical, il s'agit de représenter son syndicat et, à travers lui, de défendre les intérêts tant individuels que collectifs des salariés, notamment durant les négociations d'entreprise. La représentation des intérêts des salariés est donc au cœur de sa mission, elle prend plusieurs formes, telles que l'animation de mouvements de cessation collective du travail. Mais c'est incontestablement au cours des négociations d'entreprise que le lien avec le comité d'entreprise se noue.

Quant au comité d'entreprise, il a notamment⁴²³ un rôle d'expression des intérêts des salariés, spécialement au cours des consultations. En 1982, le comité d'entreprise devient un organe de contrôle des entreprises, concernant les questions économiques et de gestion de la marche de l'entreprise, alors qu'il était à l'origine essentiellement conçu comme un outil de coopération avec l'employeur. Ce changement est expliqué par le Ministre du travail Auroux: « Nous ne voulons plus, comme cela a été le cas pendant vingt-cinq ans dans trop d'entreprises, que le comité d'entreprise soit un simple organe de coopération... Ce que nous souhaitons, c'est assurer l'information, le contrôle en matière économique, ainsi que l'initiative dans les domaines économiques

423 Nous ne traiterons pas de son rôle en matière sociale et culturelle.

et technologique »⁴²⁴. Le système de coopération fut vécu comme un échec par le gouvernement de 1981 et par beaucoup de syndicats, parce que le comité d'entreprise était surtout considéré comme une chambre d'enregistrement des décisions patronales et non comme un lieu de discussion. Les lois Auroux font du comité un organe exerçant un contrôle sur les actes de gestion, d'organisation et plus globalement sur la marche de l'entreprise. Ce contrôle est actif, car la plupart du temps cette mission prend vie⁴²⁵ sous la forme d'une consultation. Le comité d'entreprise se prononce sur les projets de l'employeur, au vu de ce que souhaitent les salariés, et essaie d'influencer les décisions patronales.

En cas de consultation, il s'avère difficile de parler de simple mission de contrôle, tant la tâche du comité est plus importante que cela. Effectivement, la consultation a pour but de peser sur les décisions de l'employeur dans le sens voulu par les salariés. Même si les compétences du comité d'entreprise s'arrêtent là⁴²⁶, puisque l'employeur n'est pas obligé de tenir compte des remarques ou des contre-propositions du comité d'entreprise, il nous semble trop limitatif de parler de simple contrôle de l'action patronale. D'ailleurs la matérialisation de la consultation par un avis indique un rôle actif du comité d'entreprise.

b. Un croisement des missions peut exister

Il faut noter que le comité négocie parfois des accords d'entreprise. Se pose alors la question de l'articulation entre la consultation du comité d'entreprise et la négociation. Lorsqu'il s'agit d'accords atypiques, soit ils sont la résultante d'une consultation (il peut arriver que l'employeur souhaite formaliser une consultation, alors la phase de consultation correspond à la phase de négociation), soit il s'agit d'un texte négocié avec le comité d'entreprise et sans consultation préalable.

Enfin, dans le cas d'accords spécifiques pouvant être négociés par des membres du comité d'entreprise et ayant la valeur juridique d'accords collectifs (tels que les accords d'intéressements), la consultation préalable semble tout de même obligatoire

424 J.O., Débat A.N. précité p. 2907.

425 Sa mission débute toujours par une phase d'information, étant donné que la consultation ne peut s'effectuer que lorsque le comité d'entreprise détient toutes les informations utiles à son jugement. Voir Maurice Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupes*, L.G.D.J., 8ième édition, p. 557

426 Dans le domaine social et culturel, il en va autrement, puisque le comité d'entreprise peut être à l'origine des décisions concernant ce domaine.

puisque les accords portent sur la gestion de l'entreprise⁴²⁷. La consultation doit alors constituer une phase distincte de la négociation. Dans le cas contraire, l'employeur est fautif. Le comité d'entreprise intervient alors durant la phase de la consultation et pendant les négociations. Cependant la différence entre les deux processus doit être marquée. Les réunions doivent être différenciées et le temps de la procédure de consultation respecté.

2. Des formes différentes de représentation des salariés

Notre travail ne porte pas sur le concept de représentation du personnel⁴²⁸ en lui-même mais sur l'apport en termes de qualité de la négociation que représentent les différents types de représentation des salariés dans l'entreprise. L'éclairage porté sur les différences de conception de la représentation des salariés est donc succinct, l'essentiel étant l'intérêt de la conjugaison des deux types de représentation présents pendant les négociations d'entreprise.

La représentation en droit du travail est une notion particulièrement complexe, du fait notamment de la multiplicité des formes des représentants et de la difficulté à désigner l'objet représenté. La forme de chaque représentant, élu ou non, partie d'une assemblée ou non, est déjà une première indication de la différence de représentation existante. La première différence tient donc au mode de nomination. En effet, le fait d'être élu ou désigné témoigne en soi d'un rapport différent à "l'objet" représenté. Les membres du comité d'entreprise sont davantage dans une représentation du type politique que le délégué syndical.

La représentation des salariés par le délégué syndical se fait par le biais de l'organisation syndicale qui le désigne, ce qui peut signifier que la représentation des salariés subit le filtre du mandat qui unit le délégué syndical à son syndicat. Etant désigné par son syndicat, le délégué aura intérêt à relayer les revendications syndicales plutôt qu'à aller directement recueillir la volonté des salariés.

De plus, beaucoup de délégués syndicaux sont totalement livrés à eux-mêmes, étant donné que leur syndicat n'exerce aucun contrôle sur l'exercice de leur mandat. Dans ce cas, les délégués syndicaux peuvent être tentés de représenter leur intérêt personnel au détriment de celui de la collectivité des salariés. Ce type de situation n'est pas rare,

427 En effet, il s'agit de la redistribution des bénéfices, donc cette question intéresse le comité d'entreprise selon L. 2323-6 du Code du travail (L. 432-1 a. C. trav.).

428 Pour cela, se reporter à l'ouvrage de Franck Petit, *La Notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000.

il est largement dû au manque de moyens des syndicats et explique certaines craintes d'obtenir des accords illégitimes, car la confusion entre l'illégitimité du délégué syndical et celle du syndicat est parfois prompte.

Les membres élus du comité d'entreprise ont, toute proportion gardée, un mandat plus proche de celui des politiciens : ils doivent exprimer les intérêts d'une collectivité qui n'a pas d'existence juridique et qui les a élus. La collectivité représentée est un tout, et les membres du comité forment également une unité collégiale qui est censée représenter les intérêts de la collectivité dans sa globalité. Il existerait un intérêt, non pas général⁴²⁹ mais global, comme l'exprime Antoine Lyon-Caen⁴³⁰ « parce qu'il a la personnalité civile, le comité d'entreprise représente un ensemble réputé homogène. Sans doute des conflits peuvent s'y manifester ; sans doute des clivages peuvent être repérés dans la collectivité représentée, et la pluralité des collèges électoraux établit que la loi elle-même présume l'existence de ces clivages. Mais les conflits possibles et les clivages présumés ne sont pas tels que les intérêts perdent l'homogénéité requise pour la personnification du comité ».

Cet aspect de l'intérêt unique des salariés représentés par une assemblée collégiale élue rapproche l'action des membres élus du comité d'entreprise de celle des députés de l'Assemblée nationale.

Néanmoins il faut voir une limite à cette comparaison : contrairement aux élus du peuple, les élus au comité d'entreprise le sont par un collège électoral qu'ils continuent de représenter. Même une fois qu'ils sont élus, « les membres de cette institution restent légitimement les représentants de leur unité de rattachement. Ils ne sont pas les élus de cette entité collective que constitue le personnel. La mission dont ils sont investis leur est confiée, non par l'ensemble du personnel, mais par les électeurs appartenant au collège où ils sont élus »⁴³¹. C'est alors de l'agrégation des intérêts particuliers de chaque collège qu'émergera l'intérêt global de la collectivité des salariés exprimé par "une expression collective"⁴³².

Ces propos méritent, selon nous, quelques nuances car les élus représentent les intérêts de leur collège électoral, mais il est un intérêt supérieur, celui de la pérennisation des emplois de l'entreprise. Souvent cet impérieux motif incite les

429 Terme réservé au droit public.

430 Antoine Lyon-Caen, "Le comité d'entreprise institution de représentation du personnel", *Dr. ouv.*, 1986 p. 356.

431 Franck Petit, *La Notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000, p. 104.

432 Expression issue de l'article L. 2323-1 du Code du travail (L. 431-4 a. C. trav.).

représentants à chercher l'intérêt commun des salariés de l'entreprise. L'exemple des restructurations d'entreprise est parlant car, dans un premier temps, l'étude du "livre IV" doit permettre de défendre cet intérêt global, puis dans le cadre du "livre III", et notamment de la discussion autour du plan de sauvegarde des emplois, l'intérêt catégoriel ressurgit.

Il existe donc un intérêt supérieur et global des salariés de l'entreprise qui n'est pas traversé par les différents intérêts des collègues. Les membres élus du comité d'entreprise se font donc une image des intérêts de cette collectivité en étant à son contact, tout comme le font les élus locaux.

Ce type de représentation risque de répéter toutes les dérives de celui de la représentation politique, c'est-à-dire que les élus seront tentés d'agir dans le but de satisfaire les salariés électeurs de leur collège, à savoir les salariés qui bénéficient du statut le plus stable, et non dans l'intérêt du plus grand nombre. Cette probabilité est renforcée par la loi⁴³³ portant⁴³⁴ l'organisation des élections professionnelles, et donc la durée de vie des institutions représentatives du personnel, de deux à quatre ans. En effet, seuls les salariés les moins précaires pourront voter et juger sur pièce de l'action effectivement menée par leurs élus au cours de ces quatre années. Il s'agit d'une incitation indirecte à mener une action électoraliste.

Ces deux formes de représentation se conjuguent avec le principe de la consultation-négociation. C'est alors que la question « du remodelage des conditions d'élaboration des garanties spécifiques aux salariés dans chaque entreprise »⁴³⁵ est posée. Dans quelle mesure l'intervention de la représentation élue va-t-elle influencer sur le contenu de l'accord ?

Quelle que soit la réponse, qui dépend beaucoup de la manière dont les deux procédures se lieront, la conjugaison de ces deux modes de représentation permet une prise en compte plus globale de l'intérêt des salariés. L'avis du comité d'entreprise permet aux délégués syndicaux de sortir du mode de fonctionnement qu'ils ont souvent institué avec leur syndicat en élargissant l'idée qu'ils se font de l'intérêt des salariés.

Cette mise en commun est permise par l'interaction entre institutions, interaction aux

433 Loi n° 2005-882 du 2 Août 2005 codifiée sous l'article L. 2324-3 du Code du travail.

434 Le texte laisse la possibilité de réduire la fréquence des élections entre deux et quatre ans par accord collectif.

435 Marie-France Bied-Charreton, "Le comité d'entreprise peut-il négocier ?", *Dr. Ouv.*, Avril 1993, p. 129.

sources multiples.

B - DES CAUSES D'INTERACTIONS MULTIPLES

Les deux institutions sont en interaction du fait de la présence syndicale au sein du comité d'entreprise (1) et parce que les thèmes de consultation et de négociation sont parfois "superposables" (2).

1. La présence syndicale au sein du comité d'entreprise

Les interactions entre les institutions semblent inévitables, tant les deux institutions sont liées. Deux des trois composantes du comité d'entreprise (membres élus et représentants syndicaux) ont un rapport plus ou moins direct avec le syndicat. En effet, les membres élus sont issus, pour partie au moins, des organisations syndicales, puisqu'elles ont le monopole de la présentation de candidats au premier tour des élections du comité.

De cette manière, le syndicat peut être un premier lien entre délégué syndical et membres du comité.

De plus, il existe des représentants syndicaux au sein du comité d'entreprise, ce sont d'excellents vecteurs de l'information donnée au comité d'entreprise. Lorsque ce représentant est aussi délégué syndical, la consultation devient alors une quasi étape de la négociation, étant donné qu'il dispose de toutes les informations économiques pour défendre son point de vue pendant la négociation.

2. Des domaines de compétences superposables

On connaît au comité d'entreprise une fonction consultative. Avec le temps, elle s'est élargie et elle porte de plus en plus sur des thèmes identiques à ceux des négociations dans l'entreprise.

L'évolution des textes de lois a permis aux deux institutions que l'on opposait facilement - pour schématiser, le comité d'entreprise était un outil de "collaboration, de coopération" avec l'employeur, tandis que le délégué syndical était davantage dans l'opposition contre le patronat - de se rapprocher. En effet, les obligations de

l'employeur de consulter et d'informer le comité d'entreprise n'ont eu de cesse de croître. La définition des obligations d'information-consultation est particulièrement large au vu de l'article L. 2323-6 du Code du travail (L. 432-1 a. C. trav.) : ces consultations devant se faire dans le respect des missions de l'autre institution. Le comité d'entreprise « exerce ses missions sans préjudice des dispositions relatives à l'expression des salariés, aux délégués du personnel et aux délégués syndicaux »⁴³⁶.

La méthode permettant de mettre à jour le mécanisme d'interaction entre le délégué syndical et le comité d'entreprise réside alors dans l'étude des prérogatives de chacun, puisqu'aucun texte ne prévoit réellement la conjugaison de leurs missions.

La consultation du comité d'entreprise est prévue à de multiples reprises dans le Code, par exemple lorsqu'il s'agit de mettre en place des horaires individualisés dans l'entreprise, de la prise des congés payés, des licenciements économiques collectifs ou encore sur les programmes de formation en matière de sécurité. Les articles L. 2323-6 (L. 432-1 a. C. trav.) et L. 2323-27 (L.432-3 a. C. trav.) fondent une compétence plus généraliste du comité d'entreprise, puisque celui-ci doit être consulté sur les thèmes suivants : « 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 ». « Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les problèmes généraux intéressant les conditions de travail résultant de l'organisation du travail, de la technologie, des conditions d'emploi, de l'organisation du temps de travail, des qualifications et des modes de rémunération ».

Quant au délégué syndical, nous savons qu'il représente le syndicat et, à travers lui, les salariés de l'entreprise, notamment durant la négociation. C'est cette fonction de représentation pendant les négociations qui nous intéresse en premier lieu. Concernant les thèmes des négociations annuelles obligatoires, il s'agit entre autres des « salaires effectifs, la durée effective et l'organisation du temps de travail, "notamment la mise en place du travail à temps partiel à la demande des salariés"⁴³⁷, les objectifs et les moyens en matière d'égalité professionnelle entre hommes et femmes dans l'entreprise⁴³⁸ ; elles peuvent "également porter sur la formation ou la

436 Article 2323-1 du Code du travail (L. 431-4 a. C. trav.).

437 Article L. 2242-8 du Code du travail.

438 Article L. 2242-5 du Code du travail.

réduction du temps de travail"⁴³⁹ ». De plus, il existe d'autres obligations de négociations qui, elles, sont triennales, quinquennales. A titre d'exemple, une négociation sur les questions liées aux salariés âgés, thème pour lequel le syndicat bénéficie d'une information spécifique, doit avoir lieu tous les trois ans⁴⁴⁰.

Le champ de la négociation est élargi à d'autres thèmes, lorsque l'entreprise n'est pas "couverte" par un accord de branche.

Quant aux négociations "facultatives"⁴⁴¹, tous les thèmes portant sur les conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail des salariés (L. 2221-1 du Code du travail ; L. 131-1 a. C. trav.) et sur leurs garanties sociales sont ouverts. Par conditions d'emploi, il faut entendre les conditions d'embauche, de licenciements ou de recours aux contrats autres que le contrat à durée indéterminée, c'est-à-dire tous les actes matérialisant l'existence ou non de la relation de travail. Le terme "conditions de travail" est beaucoup plus large : il englobe toutes les situations liées à l'exécution du travail, comme par exemple les horaires, la durée du travail, le cadre du travail.

Les négociateurs doivent décider ensemble des thèmes de discussion dans le cadre de ces négociations facultatives. En effet, la définition du périmètre contractuel fait pleinement partie des négociations. D'ailleurs les actes issus de la négociation portent un nom différent, selon les sujets traités. En effet, le langage juridique distingue les accords collectifs des conventions collectives⁴⁴² : le premier genre concerne les actes collectifs ne portant que sur un thème, le temps de travail par exemple, alors que les seconds balayent l'ensemble des thèmes.

Les thèmes négociés durant les négociations d'entreprise sont de plus en plus nombreux (tout comme ceux sur lesquels portent les consultations). En effet, la possibilité de négocier des accords dérogatoires au niveau de l'entreprise fut élargie par loi du 4 mai 2004. Cela tient aussi au fait que l'articulation entre les niveaux de négociations a été transfigurée. Le principe de faveur⁴⁴³ obligeait les négociateurs d'entreprise à tenir compte des accords de branche pour les réécrire en fonction de la situation de l'entreprise ou pour les améliorer en faveur des salariés. La possibilité de réduire les avantages offerts par l'accord de branche s'appliquant à l'entreprise n'était

439 Article L. 2242-8 du Code du travail.

440 Article L. 2241-4 du Code du travail.

441 Par opposition au terme "obligatoire".

442 La distinction de qualification est posée par l'article L. 2221-2 du Code du travail (L. 132-1 a. C. trav.).

443 Voir Fabrice Bocquillon, *La dérogation en droit du travail*, thèse, Strasbourg III, 1999.

absolument pas ouverte. Ainsi le contenu des négociations d'entreprises dépendait du contenu de l'accord de branche. La loi du 4 mai 2004⁴⁴⁴ est venue troubler cette articulation entre les niveaux de négociation car le principe est devenu différent : les accords d'entreprise peuvent maintenant déroger (de manière défavorable aux salariés) aux accords de branche, sauf dans quatre domaines :

- en matière de salaires minima ;
- de classifications ;
- de garanties collectives mentionnées à l'article L.912-1 du Code de la sécurité sociale ;
- de mutualisation des fonds de la formation professionnelle.

Le législateur offre alors la possibilité aux négociateurs de déroger⁴⁴⁵, de manière favorable ou non, dans tous les autres domaines relevant de la négociation collective. Cependant il existe un moyen de réinstaurer le principe de faveur dans l'articulation des niveaux de négociation, puisque la convention de branche ou l'accord national interprofessionnel peuvent prévoir de remettre en place ce système d'articulation. Cette démarche de négociations n'est pas anodine, étant donné que les agents de la négociation de branche vont probablement devoir céder des avantages salariaux en échange de la garantie d'un système de négociation qui était automatique avant cette loi.

Les domaines de négociations dans l'entreprise sont donc en constant élargissement, attendu que la marginalisation du principe de faveur offre de nouvelles possibilités de négociations dans la plupart des entreprises autrefois plus enserrées par le contenu de l'accord de branche.

De même les thèmes de négociation augmentent, étant donné que des sujets qui étaient autrefois la chasse gardée du niveau de la branche s'ouvrent aujourd'hui au niveau de l'entreprise. Il s'agit de certaines dérogations *in pejus* à la loi, autrefois uniquement ouvertes au niveau de la branche, qui peuvent être mises en place par accord d'entreprise. Ainsi, il existe de nombreuses dérogations à la loi qui peuvent aujourd'hui être mises en place par accords d'entreprise. Par exemple, par accord

444 L'article L. 2253-3 du Code du travail (L. 132-23 a. C. trav.).

445 Fabrice Bocquillon, *La dérogation en droit du travail*, thèse, Strasbourg III, 1999.

d'entreprise, l'employeur peut abaisser l'indemnité légale de précarité à 6% du salaire en contrepartie d'obligations de formation plus importantes⁴⁴⁶; de même, la durée du repos hebdomadaires des adolescents peut être abaissée à 36 heures au lieu de 48 heures⁴⁴⁷ à certaines conditions.

Les thèmes traités durant les négociations d'entreprise rejoignent en grande partie ceux de la consultation.

Ce constat met à jour l'importance d'un rapprochement entre ces deux institutions, leurs actions portant en grande partie sur les mêmes sujets.

La navette représentative est donc un outil décisif pour imposer de bonnes négociations. Aujourd'hui elle devient capitale, du fait de l'évolution des négociations d'entreprise qui phagocytent de plus en plus les droits des salariés à cause de l'accroissement des dérogations défavorables.

446 Article L. 1243-9 du Code du travail (L. 122-3-4 a. C. trav.).

447 Article L. 3164-2 du Code du travail (L. 221-4 a. C. trav.).

§2. LES MISSIONS DU COMITÉ D'ENTREPRISE ET DES DÉLÉGUÉS SYNDICAUX PEUVENT ÊTRE COMPLÉMENTAIRES

Comme nous l'avons vu, les textes légaux favorisent le dialogue entre les deux institutions, mais ils ne le reconnaissent pas explicitement. Le procédé que nous qualifions de "navette représentative" (A) et qui va au-delà de l'addition de la consultation à la négociation, puisqu'il ne s'agit pas d'une simple accumulation de procédés mais bien d'une interaction entre institutions, aurait pu rester lettre morte puisqu' aucune obligation légale de mise en place n'existe. Les textes en offrent uniquement la possibilité.

Il nous semble qu'une des explications à son développement se situe dans la faiblesse de l'information remise aux délégués syndicaux à l'occasion des négociations collectives.

Lorsque le processus est assis, les juges vont indirectement l'entériner en définissant le cadre de sa mise en place. Mais son efficacité (B) va dépendre de facteurs multiples.

A - INSTAURATION D'UNE NAVETTE REPRÉSENTATIVE

Nous pouvons assimiler le mouvement de va-et-vient entre les deux institutions à la navette parlementaire, d'où le nom⁴⁴⁸ de navette représentative. Ce mouvement va aussi bien de la consultation vers la négociation que l'inverse, même si cela est plus rare. De toute façon, le cumul de procédure présente un intérêt.

Les raisons du développement de ce procédé (1) sont probablement liées aux difficultés rencontrées par les délégués syndicaux pour obtenir les documents indispensables à une négociation.

Ce procédé est maintenant reconnu par la jurisprudence (2).

1. Les raisons du développement de l'entente interinstitutionnelle

Pour négocier efficacement, le délégué syndical devrait être particulièrement bien informé sur l'entreprise. Or aucun texte ne prévoit avec précision quels documents

448 Fortement inspiré de l'article de Daniel Boulmier, "Consultation et négociation dans l'entreprise: la navette sociale, un remède à la pesanteur", *Dr. ouv.*, Août 1998, p. 350. Cependant, nous ne pouvons reprendre son qualificatif de navette sociale, puisqu'il s'agissait d'une projection de l'auteur décrivant une fiction de relation "parfaite" entre les deux institutions ; or nous nous cantonnons à la description du procédé existant.

seront remis au délégué syndical pendant, voire avant la négociation, puisque cela doit être réglé par accord. L'article L. 2232-20 du Code du travail (L. 132-22 a. C. trav.) précise que « l'objet et la périodicité des négociations 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 représentatives dans l'entreprise, sans préjudice des dispositions prévues aux articles L. 2242-1 et suivants relatives à la négociation annuelle obligatoire en entreprise ». Ce texte sous-entend que les informations remises aux délégués syndicaux font l'objet de négociations, donc de discussions, de tractations. Nous pouvons même imaginer que la remise de certains documents soit négociée contre un calendrier de négociations resserré, par exemple. C'est d'autant plus regrettable qu'une des bases de négociations loyales est l'information que possèdent les négociateurs.

S'agissant des négociations annuelles obligatoires, l'article L. 2242-2 du Code du travail (L. 132-28 a. C. trav.) précise que les documents qui seront remis aux représentants syndicaux seront définis lors de la première réunion, tout comme le calendrier des réunions. Il semble donc que, dans le cas de ces négociations, l'information remise ne soit pas négociable. Mais le seul impératif réel, quant à la nature des documents distribués, est le fait qu'ils permettent « une analyse comparée de la situation des hommes et des femmes en ce qui concerne les emplois et les qualifications, les salaires payés, les horaires effectués et l'organisation du temps de travail ». Devons-nous en déduire que la remise de documents portant sur d'autres problématiques est facultative ?

Il est dommageable qu'aucun moyen d'information continue des agents de la négociation n'ait été prévu dans l'optique d'une bonne préparation des négociations. Ainsi les heures de délégation, attribuées à la section syndicale pour préparer les négociations, sont d'une utilité moindre si elles ne permettent pas de préparer les négociations en se basant sur des données fiables, tant économiques que sociales, concernant l'entreprise.

En plus du manque de précision qui entoure l'information des délégués syndicaux, il n'existe pas d'expert à leur service pour leur apporter un éclairage sur les documents, contrairement au comité d'entreprise qui bénéficie de cet avantage. L'explication de cette déficience provient peut-être de la spécialisation économique du comité d'entreprise. En effet, les informations économiques nécessitent souvent des explications pour pouvoir discuter des questions de fond. La possibilité de recourir à

un expert est donc plus logique pour le comité d'entreprise que pour les délégués syndicaux. Cependant, pour négocier sur les salaires, les délégués syndicaux doivent connaître la situation économique de l'entreprise et cette expertise leur serait très utile pour préparer les négociations. Le législateur a probablement estimé que le délégué syndical pouvait demander conseil auprès de son syndicat mais, étant donné leurs moyens actuels, cela n'est pas très réaliste. La possibilité offerte au comité d'entreprise de nommer un expert est un excellent moyen de vulgariser l'information économique donnée aux membres du comité et peut permettre de déjouer les problèmes liés à la technicité du vocabulaire employé. Cette faculté devrait être élargie à d'autres experts (juristes, sociologues, ergonomes...) et ouverte pour les négociations d'entreprise.

Le problème de l'information des agents de la négociation est récurrent, il est d'ailleurs particulièrement aigu dans les groupes internationaux. Ce problème a participé à l'émergence du concept de loyauté⁴⁴⁹ de la négociation (dont un volet comprend l'obligation d'information des délégués syndicaux), mais il n'en est qu'à ses balbutiements. C'est pourquoi, en attendant que le législateur vote une obligation stricte d'information des agents de la négociation, le recours à la navette sociale pallie, en partie, les manquements en matière d'information.

La consultation préalable du comité d'entreprise devient une source essentielle de renseignements des délégués syndicaux. La consultation prend un autre tour : en plus de permettre aux représentants des salariés de contrôler la gestion de l'entreprise et d'essayer de faire progresser les projets patronaux, elle donne également aux délégués syndicaux la possibilité de confronter leurs arguments à la réalité de la vie économique de l'entreprise et de négocier de manière efficace.

La consultation se substitue aux obligations de l'employeur qui se doit d'instaurer des négociations loyales en offrant des informations économiques au délégué syndical. Le principal risque est que l'existence d'interactions entre comité d'entreprise et délégués syndicaux ne soit que ponctuel. Il serait donc plus judicieux d'échafauder un droit à l'information des délégués syndicaux plutôt que de chercher des palliatifs (surtout quand ceux-ci ont une existence précaire). La navette représentative ne doit donc pas être un prétexte pour ne pas fournir les documents nécessaires à la conduite de négociations loyales.

449 Michel Miné, "La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise", *Travail et emploi*, Octobre 2000, p. 47 et s.

2. La reconnaissance jurisprudentielle du procédé

Les missions distinctes des institutions ont posé le problème de leur articulation étant donné que « La loi ne prévoit pas de coordination entre les procédures de négociation et de consultation. Il y a une absence de hiérarchie entre les dispositions du Code du travail sur ces questions, lesquelles proviennent de source équivalente »⁴⁵⁰. La Constitution n'est pas éclairante sur ce point. De même, la recherche d'une réponse dans les textes de loi est inutile, puisqu'ils « sont issus d'une technique législative au coup par coup et la doctrine n'a pu, depuis longtemps, que déplorer leur "empilement" ». ⁴⁵¹

Ce sont les juges qui apportent la solution dans un arrêt du 5 mai 1998⁴⁵², en affirmant l'obligation de consulter le comité d'entreprise avant de signer un accord (mais déjà en 1994⁴⁵³, un employeur se fait condamner pénalement pour avoir informé le comité d'entreprise après avoir négocié un accord sur l'introduction de nouvelles technologies dans l'entreprise). La Chambre sociale affirme que « contrairement aux énonciations de l'arrêt attaqué, 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 ; que cette consultation doit avoir lieu concomitamment à l'ouverture de la négociation et au plus tard avant la signature de l'accord ; que, cependant, le défaut de consultation du comité d'entreprise, qui peut être sanctionné par ailleurs selon les règles régissant le fonctionnement des comités d'entreprise, n'a pas pour effet d'entraîner la nullité ou l'inopposabilité d'un accord collectif d'entreprise conclu au mépris de ces dispositions et dont la validité et la force obligatoire demeurent soumises aux règles qui lui sont propres ».

Cette jurisprudence a trouvé un prolongement dans un jugement datant du 18 octobre

450 Thérèse Aubert-Monpeyssen, JCP éd. E, 10 Septembre 1998, p. 1410.

451 Thérèse Aubert-Monpeyssen, préc., p. 1410.

452 Cass. soc., 5 Mai 1998, n° 96-13.498, Bull. civ. V, n° 219, voir 504-101, Dr. soc. 1998, p. 585, rapp. J.-Y. Frouin, JCP éd. E 1998, p. 1407, note Th. Aubert-Monpeyssen.

453 Cass. Crim. 13 Décembre 1994, Bull. Crim. n° 405.

2001⁴⁵⁴ : « si certes, la dénonciation d'une convention ou d'un accord collectif est une décision discrétionnaire ne nécessitant pas de motivation particulière, il n'en demeure pas moins que lorsque l'initiative en est prise par l'employeur, elle constitue bien une mesure qui aura des conséquences évidentes sur l'emploi, la formation et les conditions de travail des salariés, puisque les anciennes dispositions cesseront de s'appliquer et qu'un nouveau statut pour les salariés sera mis en place, soit par la signature d'une nouvelle convention ou par le retour aux dispositions du Code du travail. Une information et une consultation du comité d'entreprise qui a le mérite d'ouvrir le débat sur la question soulevée et de permettre un échange entre employeur et représentants des salariés apparaît, dès lors, nécessaire, au regard des exigences légales ».

L'ordonnance est confirmée par la Cour d'appel de Paris⁴⁵⁵ en ces termes : « le juge des référés a retenu par des motifs pertinents que, malgré son caractère discrétionnaire, la dénonciation d'une convention collective constitue une décision ayant des conséquences évidentes sur l'emploi, la formation et les conditions de travail des salariés puisqu'elle doit aboutir, soit à la signature d'un accord de substitution sur le statut des salariés dans l'entreprise, soit à défaut d'un tel accord au retour aux dispositions du Code du travail ; le lien avec les conditions de travail des salariés est d'autant plus évident en l'espèce que (l'employeur), en procédant à la dénonciation de la convention collective de 1973, admet avoir eu l'intention de supprimer un obstacle majeur à l'adoption de mesures assurant une plus grande mobilité fonctionnelle et professionnelle du personnel ».

L'obligation pour l'employeur de procéder à la consultation du comité d'entreprise en cas de dénonciation d'accord sera encore confirmée par la Cour de cassation⁴⁵⁶ qui soulignera le fait que, même si la dénonciation est un acte discrétionnaire appartenant aux signataires de l'accord, cela n'empêche pas la consultation préalable du comité d'entreprise.

L'obligation de consulter le comité d'entreprise avant que le chef d'entreprise ne prenne sa décision et ce, quelle que soit la forme de celle-ci - accord collectif, avenant à un accord, dénonciation d'un accord mais également décision unilatérale...-, est donc confirmée par les juges.

454 TGI Paris, référé, 18 Oct. 2001, Comité d'entreprise de l'AGME et a. c/ AGME ; Semaine sociale Lamy n° 1052, 26 Nov. 2001, p. 11, obs. C. Bigard.

455 CA Paris, 14e Ch., 6 Mars 2002, AGME c/ comité d'entreprise de l'AGME et a.

456 Cass. soc., 20 Oct. 1993, n° 89-18.949.

Le respect du rôle du comité d'entreprise est au cœur de ces décisions. Ces arrêts sont d'autant plus importants que certains auteurs de doctrine défendent l'idée que le comité doit être écarté sous prétexte que la négociation est autonome, parce qu'elle peut aboutir à un accord, contrairement à la consultation. Cet argument est irrecevable au vu des textes, dont on ne peut pas déduire que la consultation et la négociation sont exclusives l'une de l'autre. De plus, cet argument constitue une négation de l'apport de ce procédé, notamment du fait des modes respectifs de représentation des salariés. Les juges semblent au contraire encourager les liens entre les deux institutions, tendance confirmée dans un rapport du Conseil économique et social⁴⁵⁷, qui met en relief l'intérêt du processus que nous qualifions de "navette représentative".

L'efficacité de ce procédé dépend en partie de sa mise en application, et les juges l'ont bien compris, puisqu'ils ont encadré son déroulement.

B - LES CONDITIONS DE L'EFFICACITÉ DU PROCESSUS

Pour que la consultation et la négociation d'entreprise soient plus que deux procédures successives, il faut que certaines conditions soient réunies. Le moment de la consultation (1) ainsi que l'absence de concurrence (2) sont déterminants.

1. Le moment de la consultation

L'affirmation selon laquelle les deux procédures doivent se succéder (a) pour permettre un exercice efficace du droit à la participation est évidente mais ce qui l'est moins, c'est de définir une temporalité précise pour permettre une différenciation de chacune de ces procédures (b).

a. Le choix d'imposer des procédures successives

Après avoir imposé le cumul de procédure - qui ne fut pas chose facile étant donné que les juges Cour de cassation se sont vus opposer l'argument selon lequel toutes les organisations syndicales représentatives étaient autour de la table, donc la consultation du comité d'entreprise devenait surabondante -, les juges ont précisé l'organisation de ce cumul.

⁴⁵⁷ Rapp. CES 1992, Séances des 24 et 25 Nov. 1992, p. 7.

Le choix du moment de la consultation, lorsqu'elle se fait dans le cadre de la négociation, est crucial, car les membres du comité d'entreprise doivent avoir la totalité du projet entre les mains pour pouvoir donner un avis complet. Elle ne doit pas avoir lieu trop tard, afin de laisser aux délégués syndicaux l'occasion d'intégrer les informations économiques à leur raisonnement.

L'antériorité de la consultation sur la signature de l'accord a été affirmée à plusieurs reprises par les juges⁴⁵⁸, mais cette indication ne peut pas satisfaire totalement à l'obligation de négocier loyalement. En effet, le respect du droit à la négociation implique que la consultation soit faite relativement tôt avant la procédure de négociation, c'est une des conditions de l'efficacité de la navette représentative.

b. Des procédures suffisamment différées

Le moment de la consultation mériterait à notre avis plus de précisions. La jurisprudence se contente d'indiquer que le comité d'entreprise doit être consulté « concomitamment à l'ouverture de la négociation et au plus tard avant la signature de l'accord »⁴⁵⁹. Ceci ne signifie rien en fait, puisqu'une consultation précipitée du comité, pour rendre un avis sur le projet d'accord issu des négociations, est sans grande utilité au vu du processus de navette représentative. « A l'inverse, consulter seulement à l'ouverture de la négociation risque de présenter peu d'utilité, faute d'informations suffisantes sur un projet que la négociation va nécessairement amender »⁴⁶⁰. La seule solution pour assurer une pleine efficacité à la consultation est d'en faire deux : une au début des négociations et une autre lorsqu'un projet d'accord est arrêté, à condition que plusieurs réunions entre délégués syndicaux et employeurs puissent avoir lieu, suite à l'avis final du comité d'entreprise.

Le moment de la consultation est crucial, étant donné que cela va permettre la mise en place de la navette entre les institutions. Si la consultation est faite au bon moment, elle pourra se transformer en une phase de la négociation. C'est là tout l'enjeu de la "navette représentative". Les institutions représentatives doivent faire en sorte que ce qui n'est qu'un cumul de procédure devienne les étapes d'une seule et même négociation. Cependant, la pression judiciaire sur les employeurs est moindre puisque l'absence de consultation ou une consultation tardive est fautive au plan civil et pénal,

458 Cass. Crim. 13 Déc. 1994, Sté gestion du figaro, RJS 1995, n° 252.

459 Arrêt EDF préc.

460 P-H Antonmattei, RJS 8-9 98, p. 612.

mais n'affecte pas la validité de l'accord⁴⁶¹. La nullité de l'accord avec obligation d'enclencher de nouvelles négociations semblerait pourtant tout à fait justifiée, puisque l'accord signé malgré l'absence de consultation n'est probablement pas le même que celui issu d'une négociation pratiquée dans les règles légales, c'est-à-dire suite à une consultation précoce du comité d'entreprise.

2. Une coopération sans concurrence

Les représentants du personnel peuvent arriver à articuler leur mission sans interférer dans leur sphère réciproque. Une des explications à l'efficacité du procédé tient au rôle fondateur du syndicat (a) qui permet aux représentants de percevoir l'intérêt général avant celui de l'institution.

Cette coopération reste en l'état de concept car, du fait de son inexistence législative, nul ne sait ce qu'elle peut advenir (b).

a. Le rôle fondateur du syndicat

Finalement la procédure de consultation du comité d'entreprise trouve son prolongement naturel dans la négociation, étant donné que l'action du comité d'entreprise se limite à influencer l'employeur mais ne peut pas empêcher sa décision⁴⁶². De même, la consultation est le préambule idéal à la négociation, car les délégués syndicaux bénéficient de l'expertise du comité d'entreprise pour éclairer leur décision.

La navette représentative n'a d'intérêt que lorsque tout est mis en œuvre par les deux institutions pour que la complémentarité joue à plein, car « lorsque la procédure de consultation fonctionne, elle favorise la transparence et le dialogue, de sorte que se crée un climat favorable au rapprochement des positions et à l'émergence d'accords d'entreprise »⁴⁶³. Pour arriver à ce résultat, il faut que la communication soit permanente entre les deux institutions. Or seuls les syndicats ont réellement intérêt à cela. Les membres du comité d'entreprise non issus d'une organisation n'ont pas un

461 cass. soc. 5 Mai 1998, CSC des CMP de EDF-GDF, Dr. soc 1998.579, rapport J-Y Frouin.

462 Sauf quelques situations où l'avis conforme du comité d'entreprise (ou son absence d'opposition) est impératif - exemple: L. 3122-23 (L.212-4-1 a. C. trav.) lorsque l'employeur souhaite déroger à l'horaire collectif en imposant des horaires individualisés, il est contraint de recueillir l'avis favorable du comité d'entreprise ou tout du moins que celui-ci ne s'y oppose pas; L. 3142-13 du Code du travail (L.451-3 a. C. trav.) lorsque l'employeur veut refuser un congé individuel pour participer à des activités de formation économique, sociale et syndicale. Si l'employeur passe outre, le refus du comité d'entreprise dans ces situations est nul sur le plan civil et il risque d'être condamné pour délit d'entrave.

463 Marie-France Bied-Charreton, "Le comité d'entreprise peut-il négocier ? ", *Dr. Ouv.*, Avril 1993, p. 131.

intérêt immédiat à communiquer avec les délégués syndicaux. C'est pourquoi il nous semble que seule l'action du syndicat peut conditionner un échange interinstitutionnel, afin d'assurer une certaine efficacité de la navette représentative. Pour cela les membres élus d'un même syndicat doivent régulièrement se réunir avec les délégués syndicaux de l'entreprise, afin d'échanger sur les informations pluriannuelles remises au comité, ainsi que sur les négociations à venir.

Cet échange peut être suscité par le syndicat en organisant des réunions à l'union locale ou bien il peut être la résultante de la présence des délégués syndicaux au sein du comité.

Du côté du délégué syndical, le temps de ces réunions peut être imputé sur le crédit d'heures accordé aux sections syndicales⁴⁶⁴, afin de préparer les négociations.

b. Une forme de coopération en devenir

Pour une efficacité optimale de ce processus de navette, il faudrait aller dans le sens du concept de "navette sociale" défendu par Daniel Boulmier⁴⁶⁵, c'est-à-dire accorder un droit de veto au comité d'entreprise quant à la signature des accords. De cette façon, l'articulation entre les deux missions serait renforcée, puisque légalisée. De ce fait, il serait plus compliqué de revenir sur ce procédé. Parallèlement, il nous semble impératif d'imposer une meilleure information des délégués syndicaux dans le cadre des négociations.

La reconnaissance de la navette représentative éviterait également les dangers d'une mise en concurrence des deux institutions. La confusion des genres guette sans cesse les deux institutions. Les employeurs n'hésitent pas par exemple à négocier très régulièrement avec le comité d'entreprise ; cette pratique a d'ailleurs été validée par les juges sous l'appellation « d'accords atypiques ». Certes ces textes n'ont que les effets d'actes unilatéraux, cependant leur dénomination laisse entendre qu'ils ont une vie juridique propre et qu'il s'agit d'accords collectifs. Cela entraîne un trouble qui risque d'affaiblir considérablement les syndicats, d'autant plus que les accords atypiques ne peuvent être que positifs, alors que les accords collectifs sont de plus en plus souvent dérogatoires dans un sens défavorable aux salariés. Ce fait risque d'être mal interprété par les salariés qui se poseront alors la question de l'efficacité des syndicats lors de la négociation et donc logiquement celle de leur légitimité à négocier.

⁴⁶⁴ Article L. 2143-16 du Code du travail (L.412-20 a. C. trav.).

⁴⁶⁵ Article L. 2143-16 du Code du travail (L.412-20 a. C. trav.).

La navette représentative met en place une connexion entre la consultation du comité d'entreprise et les négociations d'entreprise, qui enrichit la procédure de consultation-négociation dans sa totalité. Cette navette devrait idéalement permettre aux institutions représentatives de faire front face à l'employeur en avançant les mêmes propositions.

La logique voudrait que, dès qu'il y a une consultation et une négociation sur le même projet et dans une temporalité proche, la navette puisse se mettre en place pour optimiser la représentation duale des salariés de l'entreprise. Cependant cela est loin d'être toujours possible. Il est notamment un domaine où la relation entre délégués syndicaux et comité d'entreprise se complique : celui des restructurations de l'entreprise. En effet, la navette représentative est dévoyée par les accords de méthode dans le cadre des grandes procédures de licenciements économiques. Nous nous en tiendrons à l'étude des accords de méthode signés dans l'entreprise car la concurrence est directe entre institutions représentatives. Ainsi les effets des accords de méthode signés dans l'entreprise sont immédiatement perceptibles et doivent être assumés.

Les réformes récentes ont considérablement modifié le droit à la participation des salariés en changeant la place de la procédure de consultation. Ces changements nous conduisent à nous interroger sur cette nouvelle forme de représentation et les bouleversements que cela induit pour les salariés de l'entreprise. Nous pouvons nous demander si cette nouvelle forme de représentation est propre à cette matière ou si ce n'est que le début d'une nouvelle forme de représentation des salariés dans l'entreprise. Cette possibilité d'évolution n'est pas à exclure, bien au contraire, puisque la tendance actuelle est au tout négocié. Ce procédé est pour le moins paradoxal, puisque le patronat n'a cessé de mettre en avant les faiblesses des syndicats alors que, parallèlement, le législateur confie de plus en plus de responsabilité aux négociateurs en les entraînant sur des terrains qui étaient réservés au comité d'entreprise.

Ces accords ne consistent pas à donner des compétences supplémentaires aux deux acteurs afin d'améliorer les négociations, mais bien de faire négocier le délégué syndical en diminuant les capacités du comité d'entreprise, notamment ses moyens d'action et les informations qui lui sont remises. Ceci fait porter une lourde responsabilité aux syndicats qui s'engagent aux côtés de l'employeur sur des questions telles que le contenu du plan social, sans pour autant bénéficier des informations autrefois délivrées au comité d'entreprise et de sa capacité de réflexion.

Ces réformes nous interpellent sur l'avenir du canal dual de représentation des salariés. Une des pistes sur l'avenir de l'articulation des procédures réside peut-être dans le modèle que propose le droit communautaire.

Section II – LE DROIT COMMUNAUTAIRE

Le droit à la participation des salariés est au cœur des préoccupations communautaires. Les droits à l'information-consultation, à la négociation, prennent de plus en plus de place dans la législation européenne. D'ailleurs le recours à la négociation est devenu un pilier du droit communautaire, et ceci à tous les niveaux car « les partenaires sociaux européens sont, depuis le Traité de Maastricht, associés à l'élaboration d'une législation sociale, et peuvent conclure, en toute autonomie, au prix d'un dessaisissement des acteurs institutionnels classiques, des accords collectifs »⁴⁶⁶.

La différence de taille entre le droit à l'information-consultation et celui de la négociation reste la définition des représentants des salariés à l'occasion de leur exercice dans l'entreprise. En effet, la représentation des salariés reste prioritairement envisagée, en droit communautaire, sous l'angle de l'information-consultation des salariés de l'entreprise et non du droit à la négociation. C'est probablement pour cela que l'organe de représentation des salariés, lors de l'information-consultation dans les entreprises communautaires, existe déjà : il s'agit du comité d'entreprise européen. Ainsi l'exercice de ce droit dans l'entreprise est garanti en droit interne et au niveau communautaire.

Le droit à la négociation est loin de connaître le même sort, puisqu'il n'existe toujours pas de représentants des salariés aptes à négocier dans les entreprises de dimension communautaire. Parallèlement et paradoxalement, de plus en plus de directives créent des obligations de négocier dans les entreprises.

La représentation des salariés durant les négociations d'entreprise est donc au cœur de l'actualité communautaire. La représentation au niveau national est assurée par les états membres. La Communauté européenne ne se mêle pas de la définition des représentants en droit interne, mais elle exerce une influence indirecte.

Par contre, dans les entreprises de dimension communautaire, il existe un réel vide juridique quant à la définition des acteurs de la négociation.

La représentation des salariés aux négociations d'entreprise comprend donc deux

⁴⁶⁶ Ouvrage sous la direction de Sylvaine Laulom, *Recomposition de représentation des salariés en Europe*, Publication de l'Université de Saint-Etienne, 2005, p. 11.

problématiques en droit communautaire : celle de l'influence de ce droit sur la législation interne et celle de la négociation dans les entreprises de dimension communautaire. Nous nous pencherons sur les deux problématiques car les constats, notamment sur l'état du droit, sont en partie convergents. De plus, il existe une même urgence à définir l'objet des négociations collectives, et donc les acteurs aptes à défendre cette vision.

Le profil des acteurs de la négociation reste à définir au niveau communautaire - ce n'est pas le cas au niveau national. Ce travail doit être achevé le plus rapidement possible, puisque le vide législatif donne actuellement lieu à toutes sortes de pratiques dans les entreprises de niveau communautaire ainsi que dans les sociétés européennes. La solution de facilité pour faire vivre le dialogue social à ce niveau réside dans l'emploi des institutions représentatives européennes existantes (le comité d'entreprise européen) pour négocier. Cependant, les actes conclus ont une nature juridique complexe, il ne s'agit pas réellement d'accords collectifs. Le droit à la négociation n'a donc pas de réelle consistance dans ces entreprises.

La recherche d'une instance négociant dans le cadre transnational semble devoir passer par la création d'un organisme à part entière. Le cahier des charges est important, puisque les questions de représentativité, de légitimité auprès des salariés de ces entreprises ne doivent pas être négligées. Ce débat est très présent au sein de la Confédération européenne des syndicats qui souhaite que le rôle des syndicats dans la négociation soit au cœur du choix des représentants de la négociation.

L'enjeu de cette question est extrêmement important, il s'agit pour les syndicats de salariés de reprendre la main en imposant une nouvelle conception des négociations collectives.

Le cadre légal communautaire en matière de représentation des salariés pendant les négociations (§1) est restreint, mais ce droit influence les droits internes. La figure de la représentation des salariés pendant les négociations d'entreprises de dimension communautaire (§2) fait défaut.

§1. LE CADRE LÉGISLATIF COMMUNAUTAIRE PORTANT SUR LA REPRÉSENTATION DES SALARIÉS PENDANT LES NÉGOCIATIONS D'ENTREPRISE

Dans le domaine de la représentation des salariés durant les négociations collectives (que la négociation se déroule dans une entreprise nationale ou communautaire), le cadre législatif communautaire est quasi inexistant (A).

Cela dénote avec le fait qu'il existe un contexte normatif communautaire substantiel dans le domaine du droit à la négociation dans l'entreprise. D'ailleurs son influence (B) est palpable en droit interne, notamment par rapport à l'identité des négociateurs.

A - L'EVANESCENCE DU CADRE LEGISLATIF COMMUNAUTAIRE

Le cadre législatif communautaire dans ce domaine est quasi inexistant (1). Cela s'explique en partie par la règle de l'abstention dans ce domaine, règle qui présente des exceptions (2).

1. Un cadre législatif quasi inexistant

La faiblesse du cadre législatif communautaire est très aiguë en ce qui concerne la représentation, sachant qu'aucune norme communautaire ne définit l'identité des acteurs de la négociation dans les entreprises nationales (a). Les raisons du délaissement de cette question par le législateur communautaire se trouvent dans les droits nationaux et les traités communautaires.

Quant aux entreprises à dimension communautaire, aux sociétés européennes, des règles définissant les négociateurs existent dans un cadre très précis : celui du groupe spécial de négociation (GSN). Ce cadre juridique est très limité, car il s'agit d'une négociation unique qui ne trouvera pas de prolongement par ailleurs. Le groupe spécial de négociation est donc éphémère et, de ce fait, l'existence d'une négociation régulière dans ces entreprises n'est pas rendue opérationnelle.

Le droit communautaire définit le droit à la négociation mais ne détermine pas qui sont les représentants des salariés dans ce cadre (b).

a. Un droit communautaire qui n'identifie pas les représentants des salariés dans le cadre de négociations dans les entreprises nationales

L'influence du droit communautaire sur la question des représentants des salariés lors des négociations collectives d'entreprise semble marginale, parce qu'aucun texte n'y fait directement référence. En effet, aucune norme communautaire n'impose une figure de représentation des salariés durant les négociations se déroulant dans les entreprises nationales.

Le principe est que le droit communautaire ne détermine pas les négociateurs dans les entreprises, il renvoie leur détermination aux droits nationaux. Cette abstention connaît deux raisons principales :

1 - les constructions nationales sont très différentes. Si nous prenons l'exemple de la France et du Royaume-Uni, nous constatons que le droit français se caractérise par le double canal de représentation : l'information-consultation des salariés passe par le biais de membres élus du personnel, qui peuvent être issus d'un syndicat (la présentation de candidat lors du premier tour de ces élections est l'apanage des syndicats, mais la présentation au second tour est libre). Par contre, la négociation d'entreprise reste une attribution prioritairement réservée aux délégués syndicaux.

Certes les frontières que nous venons de dessiner entre les missions des différents représentants des salariés ont quelque peu bougé avec la loi du 4 mai 2004 et la position commune du 9 avril 2008⁴⁶⁷, mais les grandes lignes restent identiques. Le droit français reconnaît plusieurs canaux de légitimation des représentants du personnel, et « des attributions spécifiques ont découlé de cette différente source de légitimité »⁴⁶⁸.

Le « système » de représentation des salariés au Royaume-Uni se faisait traditionnellement par la reconnaissance volontaire des syndicats par les employeurs. L'Etat n'était pas impliqué dans ce processus de représentation des travailleurs, les décisions se prenaient au sein même de chaque entreprise et de manière unilatérale. Si l'employeur reconnaissait un syndicat, celui-ci avait le monopole de la représentation des salariés. Ce système représentait l'archétype du canal unique.

467 Position commune du 9 Avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

468 Sophie Julliot, "Les turbulences au sein du double canal de représentation en France", Article issu de l'ouvrage collectif *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, publications de l'Université de Saint-Etienne, 2005, p. 163.

Ce système a beaucoup évolué en s'éloignant considérablement du modèle du canal unique. Le gouvernement a entrepris une vaste réglementation de la fonction de représentation des travailleurs⁴⁶⁹. Ce changement, dont nous étudierons certaines des causes, a abouti à la mise en place d'un système différenciant les actions de négociation, les droits à l'information-consultation, l'adaptation négociée des standards légaux et l'assistance du salarié individuel. Dans le cas de la négociation collective d'entreprise, « l'employeur a désormais l'obligation de reconnaître un syndicat afin de négocier au nom d'un groupe déterminé de travailleurs, appelé "unité de négociation", lorsqu'une majorité des travailleurs souhaite une telle reconnaissance syndicale »⁴⁷⁰.

Les systèmes de représentation des deux États membres ont certes quelque peu convergé ces dernières années, mais le choix des négociateurs reste tout de même extrêmement différent. Nous comprenons ainsi que l'adoption de normes communautaires dans le domaine de la représentation des salariés soit complexe, chaque pays estimant que son système de représentation est le plus abouti et souhaitant alors le conserver.

Finalement, les volontés politiques nationales auront eu raison de la Communauté européenne, puisque le traité CE exige l'unanimité pour adopter des directives traitant de la "représentation et de la défense collective des intérêts des travailleurs y compris la cogestion"⁴⁷¹. Le frein à l'adoption de normes portant sur la représentation des intérêts des salariés est donc important et l'on peut regretter que la procédure de l'unanimité semble s'appliquer aussi bien à l'adoption de texte concernant la représentation des salariés dans leurs entreprises nationales que dans des entreprises à dimension communautaire, alors que ces dernières connaissent un vide juridique en matière de représentation des salariés aux négociations. Lorsque les identités nationales sont très affirmées sur un sujet, la règle d'adoption de textes normatifs dans ce domaine est souvent celle de l'unanimité mais, par définition, les États n'avaient rien arrêté concernant la négociation dans les entreprises communautaires. Pourtant les termes généraux employés dans l'article 173 du traité CE peuvent constituer un obstacle majeur à l'adoption d'une règle concernant l'identité des négociateurs.

469 Concernant la représentation des salariés durant la négociation collective : c'est l'adoption d'une procédure légale de reconnaissance (Statutory Recognition Procedure) en 2000 qui a permis ce changement.

470 Paul Davies et Claire Kilpatrick, "La représentation des salariés au Royaume-Uni après le canal unique", Article issu de l'ouvrage collectif *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe, publications de l'Université de Saint-Etienne*, p. 189.

471 Article 173 du Traité CE.

2- la seconde raison à l'abstention du législateur communautaire découle de la première puisque, lorsque les identités nationales sont très affirmées sur un sujet, le principe de subsidiarité joue pleinement ; c'est le cas dans cette matière. En effet, les textes communautaires récents encouragent la négociation mais n'imposent pas de figure de représentation. Le niveau de négociation à privilégier est indiqué, le droit de négocier est appuyé mais la détermination des acteurs de la négociation est libre puisque, concernant le droit social en général, les institutions communautaires sont frappées par le principe de subsidiarité : « conformément au principe de subsidiarité, il appartient aux États membres de déterminer qui sont les représentants des travailleurs et notamment de prévoir, s'ils l'estiment adéquat, une représentation équilibrée des différentes catégories de travailleurs »⁴⁷².

Le principe de subsidiarité est la règle en matière sociale, la Cour de justice affirmant qu'en l'état, les compétences relatives aux questions sociales appartiennent aux États ; ainsi les compétences nationales sont prépondérantes en la matière.

Toute la problématique de la politique sociale de l'Europe surgit au travers du principe de subsidiarité.

b. Un droit de l'action plutôt que des représentants

Le principe de subsidiarité cumulé au fait que le traité CE exige l'unanimité pour adopter des directives traitant de la « représentation et de la défense collective des intérêts des travailleurs y compris la cogestion »⁴⁷³ explique que la figure de la représentation des salariés soit totalement abandonnée aux États membres. Par contre, le droit communautaire reconnaît les droits des salariés, tel que le droit à l'information-consultation ou à la négociation.

Certains auteurs font même de l'abstention communautaire en matière de représentation des salariés une caractéristique de ce droit, en indiquant « qu'il s'intéresse aux droits et non aux acteurs, il s'intéresse à l'action et non aux sujets... », « dans cette perspective, il s'agirait essentiellement d'un droit de la participation ou de l'implication, plutôt que d'un droit de la représentation »⁴⁷⁴.

472 Directive 94/45/ CE du Conseil du 22 Septembre 1994.

473 Article 173 du Traité CE.

474 Ouvrage sous la direction de Sylvaine Laulom, *Recomposition de représentation des salariés en Europe*, Publication de l'Université de Saint-Etienne, 2005, p. 29.

Il nous faut cependant nuancer ce premier aperçu du rapport entre le droit communautaire et la représentation des salariés, étant donné que des exceptions existent. Cependant elles n'existent qu'au niveau communautaire, puisque les directives concernant les entreprises de dimension communautaire et la société européenne prévoient un organe de négociation. Si l'on peut se réjouir de l'existence d'un tel dispositif, notre enthousiasme est rapidement émoussé par le fait que la vie de cet organe de négociation est limitée à une unique négociation et que la désignation de ses membres est renvoyé aux Etats, alors même que la priorité donnée aux Etats se discute sur cette question précise. La directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 (préambule 17ième considérant), précise que « les objectifs de l'action envisagée... ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres ».

Le principe de subsidiarité se justifie lorsque les Etats ont déjà une législation mais, lorsqu'ils en sont dénués, pourquoi le droit communautaire ne pourrait-il pas s'emparer de la question ?

2. Les exceptions à "la règle" de l'abstention du droit communautaire

La concentration des entreprises, les opérations de fusion absorption des sociétés à l'échelle européenne ont participé à la création des entreprises "transnationales". La représentation des salariés au sein des ces entités était limitée à leurs instances représentatives nationales. Ceci atténuait considérablement l'efficacité de la représentation des salariés au niveau communautaire et donc au niveau national, puisque les informations sur l'entreprise ne pouvaient pas circuler du niveau transnational vers les établissements nationaux. La perception globale de la vie de l'entreprise n'était donc pas accessible aux représentants des salariés.

Fortes de ce constat, les instances européennes ont décidé de solutionner le problème avec la création du Comité d'entreprise européenne.

La question des représentants des salariés au niveau communautaire se distingue de celle de l'influence du droit communautaire sur le droit interne. Elle porte sur l'analyse de droits et de représentants spécifiquement mis en place par le droit communautaire dans le cadre d'entreprises s'inscrivant dans un contexte transnational. Nous avons constaté que le droit communautaire ne se préoccupe pas directement de cette question en droit interne, ceci pour diverses raisons, et essentiellement parce qu'il

semble complexe de retirer ce domaine de compétence aux États membres, étant donné l'attachement que certains d'entre eux manifestent à leur propre système. Cette impasse sur la question des formes appropriées de la représentation des salariés au niveau national ne trouve pas d'équivalent au niveau européen. La question de la représentation des salariés au niveau communautaire est un terrain juridique vierge. Aussi ne constate-t-on pas les mêmes appréhensions des pays membres à déléguer le modèle de représentation des salariés dans l'entreprise transnationale aux institutions communautaires. Les réticences sont davantage à chercher du côté du patronat, qui a pu bénéficier de ce "no man's land" juridique et syndical pendant des années, et qui doit aujourd'hui se résoudre à mettre en place un cadre à la représentation.

Les affrontements pour la définition de ce modèle de représentation se situent sur le terrain opposant syndicats de salariés et patronats.

Le cadre des exceptions aux absentions du droit communautaire se situe donc au niveau communautaire, étant entendu que seules les entreprises à dimension transnationale, les sociétés européennes et les sociétés coopératives européennes sont concernées.

La constitution d'un organe spécifique de négociation dans l'entreprise existe donc pour les sociétés européennes, qu'elles soient constituées sous forme de coopérative ou non. Les directives 2001/86/CE du 8 octobre 2001 pour la société européenne et 2003/72/CE du 22 juillet 2003 pour la société coopérative européenne imposent la constitution d'un groupe spécial de négociation (GSN), c'est-à-dire un organe uniquement dévoué à représenter les salariés des entreprises de dimension communautaire (a) à l'occasion de négociations spécifiques.

Ces groupes, selon qu'ils se situent dans une entreprise de dimension transnationale ou dans une société européenne ou une société coopérative européenne, connaissent quelques variantes de composition, donc une représentation des salariés (b) divergente.

a. Les entreprises de dimension communautaire et le GSN

Les entreprises de dimension communautaire qui tombent sous le coup de la directive n°94/45/CE du 22 septembre 1994 et qui doivent mettre en place un comité d'entreprise européen (CEE) ont été contraintes de constituer un organe de représentation des salariés pour la négociation d'entreprise : le groupe spécial de

négociation (GSN). La mise en place du GSN n'est pas automatique, puisque les entreprises ayant conclu un accord portant sur l'information-consultation des salariés avant la transposition de la directive ne sont pas obligées de mettre un CEE en place, selon l'article 13 de cette même directive.

Mais lorsque les différents acteurs de l'entreprise décident de mettre en place un Comité d'entreprise européen, la négociation et donc le groupe de négociations deviennent incontournables.

La directive 94/45/CE du Conseil du 22 septembre 1994 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, a été transposée en droit français par la loi n°96-985 du 12 novembre 1996. Ces normes s'imposent dans les entreprises communautaires, au sens de cette directive, c'est-à-dire aux entreprises qui occupent au moins 1000 salariés et comptant au moins deux établissements situés dans des États membres différents, employant au minimum 150 salariés.

La logique directrice de l'application de ce texte est celle de l'implantation. Ainsi, si l'entreprise compte des établissements sur le sol de l'Union, la directive lui est applicable, même si son siège social est situé hors de l'Union. Le champ d'application de ce texte normatif est donc envisagé de manière très large. Ainsi, «pour de nombreuses entreprises américaines, le choc est réel : si elles considèrent qu'il est normal d'appliquer des règles en matière commerciale ou en matière d'hygiène et de sécurité existant en Europe, l'obligation de se conformer à un mode de dialogue social européen comportant la reconnaissance des organisations syndicales va moins de soi, en tout cas pour certaines d'entre elles »⁴⁷⁵.

Il faut préciser que la notion d'établissement est plus large que celle de la jurisprudence française, puisque « l'entité ici visée (qui est dépourvue de personnalité juridique) n'a point vocation à servir de circonscription électorale, à la différence de l'établissement identifié, en droit français, pour constituer le cadre de l'élection des délégués du personnel ou de comités d'établissement. Toute implantation de l'entreprise, dans laquelle travaille au moins un salarié, appelle la qualification d'établissement au sens de la directive du 22 septembre 1994 »⁴⁷⁶.

La mise en place du GSN dans ces entreprises dépend de l'initiative de la direction de

475 J-P Jacquier, *Le comité d'entreprise européen*, éditions liaison, 1997.

476 Bernard Teyssié, *Droit européen du travail*, Litec, 2006, p. 306.

l'entreprise, ou à défaut, lorsque le seuil de 1000 salariés est atteint pendant deux ans⁴⁷⁷, à celle de 100 salariés (ou leurs représentants) appartenant au minimum à deux établissements de l'entreprise situés sur le territoire des Etats destinataires de la directive faisant la demande d'instauration d'un CEE. Lorsque la voie purement contractuelle échoue, les négociations doivent s'engager avec le GSN. Celui-ci compte entre trois et dix-huit membres⁴⁷⁸ et comporte au moins un représentant par État destinataire de la directive, sur le territoire duquel l'entreprise possède un établissement, quel que soit le nombre de salariés qui y travaillent⁴⁷⁹. Les sièges encore disponibles suite à cette première distribution sont affectés aux représentants des établissements de l'entreprise, en fonction de leurs effectifs.

Lorsque la direction centrale, le siège social est situé en France⁴⁸⁰, le droit français répartit ces sièges de la manière suivante : « les sièges supplémentaires sont attribués à raison :

- a) d'un au titre d'un État comprenant au moins 20 p. 100 des effectifs,
- b) de deux au titre d'un État comprenant au moins 30 p. 100 des effectifs,
- c) de trois au titre d'un État comprenant au moins 40 p. 100 des effectifs,
- d) de quatre au titre d'un État comprenant au moins 50 p. 100 des effectifs,
- e) de cinq au titre d'un État comprenant au moins 60 p. 100 des effectifs ;
- f) de six au titre d'un État comprenant au moins 80 p. 100 des effectifs. »⁴⁸¹. « En outre, le chef d'entreprise ou son représentant et les représentants des salariés peuvent décider d'associer aux travaux du groupe spécial de négociation ou du comité d'entreprise européen des représentants des salariés employés dans les États autres que ceux mentionnés au deuxième alinéa de l'article L439-6. Ces membres associés

477 Le calcul des effectifs doit être opéré sur une période de deux ans précédant la prise d'initiative de la direction centrale ou, si la direction n'est pas installée sur le territoire d'un Etat destinataire de la directive, au représentant de la direction dans l'un de ces Etats.

478 Dir. n° 94/45/CE du 22 Sept. 1994, art. 5 §2, b.

479 Dir. n° 94/45/CE du 22 Sept. 1994, art. 5 §2, c.

480 Ou lorsque le siège social, au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail (L. 439-1 a. C. trav.), se trouve dans un Etat autre que ceux de l'espace économique européen et qui a désigné, pour l'application des présentes dispositions, un représentant en France, ou qui n'a procédé à la désignation d'un représentant dans aucun des Etats concernés et dont l'établissement ou l'entreprise qui emploie le plus grand nombre de salariés au sein de ces Etats est situé en France : article L. 2341-3 du Code du travail (L. 439-6 a. C. trav.).

481 Article R. 2344-1 du Code du travail (L. 439-18 alinéas 2 et 3 a. C. trav.).

n'ont pas le droit de vote au sein de l'instance considérée. »⁴⁸²

Lorsqu'un État membre est concerné par la composition du GSN, il doit déterminer le mode d'élection ou de désignation des membres du groupe⁴⁸³. Il s'agira donc, soit d'élus, soit de salariés désignés selon ce que prévoit l'état membre concerné et, lorsqu'il n'existe pas de représentants des travailleurs dans une entreprise pour un motif indépendant des salariés, alors la directive prend le relais des droits nationaux en prévoyant que « les travailleurs peuvent élire ou désigner eux-mêmes des membres du groupe spécial »⁴⁸⁴.

Chaque État détermine le mode d'élection ou de désignation des membres du groupe sur son territoire, en veillant à une représentation équilibrée des salariés dans leur diversité. L'article L. 2344-2 ainsi que l'article L. 2344-3 du Code du travail (L. 439-19 a. C. trav.) détaillent le processus de détermination des membres du GSN qui est identique à celui du CEE: « les membres du groupe spécial de négociation et les représentants des salariés des établissements ou des entreprise implantés en France au comité d'entreprise européen sont désignés par les organisations syndicales de salariés parmi leurs élus aux comités d'entreprise ou d'établissement ou leurs représentants syndicaux dans l'entreprise ou le groupe, à partir des résultats des dernières élections. Il en va de même des représentants des salariés des établissements ou entreprises situés en France appartenant à une entreprise ou un groupe de dimension communautaire pour la constitution d'un groupe spécial de négociation ou d'un comité d'entreprise européen dans un État autre que la France. » « Pour les établissements ou entreprises implantés en France, les sièges sont répartis entre les collèges proportionnellement à l'importance numérique de chacun d'entre eux. Les sièges affectés à chaque collège sont répartis entre les organisations syndicales proportionnellement au nombre d'élus qu'elles ont obtenu dans ces collèges, selon la règle de la représentation proportionnelle au plus fort reste. »

Les membres du GSN bénéficient d'une protection identique à celle octroyée aux représentants des salariés dans leur pays d'emploi⁴⁸⁵.

Il faut bien distinguer deux types de renvoi au droit interne, selon qu'il s'agit de la composition du GSN ou de la détermination précise de ses membres. Concernant le

482 Article R. 2344-1 du Code du travail (L. 439-18 alinéas 2 et 3 a. C. trav.).

483 Art 5, §2 de la directive.

484 Idem.

485 Article 10 alinéa 1.

premier point, tout dépend de l'État où se trouve l'entreprise⁴⁸⁶, alors que la définition des représentants au GSN est traitée différemment dans chaque État.

Quand le groupe est constitué et si le droit français s'applique⁴⁸⁷, les négociations doivent porter sur six points au minimum⁴⁸⁸ :

a) les établissements de l'entreprise de dimension communautaire ou les entreprises membres du groupe d'entreprises de dimension communautaire concernés par l'accord ;

b) la composition du Comité d'entreprise européen, en particulier le nombre de ses membres, la répartition des sièges et la durée du mandat ;

c) les attributions du Comité d'entreprise européen et les modalités selon lesquelles l'information, l'échange de vues et le dialogue se déroulent en son sein ;

d) le lieu, la fréquence et la durée des réunions du Comité d'entreprise européen ;

e) les moyens matériels et financiers alloués au Comité d'entreprise européen ;

f) la durée de l'accord et la procédure de sa renégociation.

La négociation engagée peut connaître diverses destinées, puisque le GSN peut décider, par au moins deux tiers des voix de ses membres, de ne pas ouvrir de négociation. De même, il peut annuler les négociations engagées : le GSN disparaît alors de plein droit. Si un accord est signé, le GSN disparaît également, mais le CEE lui est légalement substitué en qualité de partie à l'accord.

Le GSN n'est pas le propre des entreprises de dimension communautaire puisque, dans le cadre de la participation des salariés à la société européenne et à la société coopérative européenne, un GSN est également mis en place, mais sa composition diffère quelque peu.

b. Quelle représentation des salariés dans la société européenne et la société coopérative européenne ?

L'obligation de négocier et donc la mise en place des représentants des salariés durant

486 Article L. 2341-3 du Code du travail (L. 439-6 a. C. trav.).

487 Article L. 2341-3 du Code du travail (L. 439-6 a. C. trav.).

488 Article L. 2342-9 du Code du travail (L. 439-9 a. C. trav.).

les négociations est une condition de l'immatriculation de la société européenne (SE). Le processus de négociation et l'implication des salariés fait pleinement partie de cette société.

La détermination du droit applicable à la négociation et à la figure des représentants dans une SE répond à la règle suivante : « sauf dispositions contraires de la directive du 8 octobre 2001, la législation applicable à la procédure de négociation d'un accord d'implication est celle de l'État membre de l'Espace économique européen sur le territoire duquel doit être situé le siège statutaire de la SE en cours de création. A elle de fixer, dans le respect des prescriptions de la directive, les normes d'identification des négociateurs »⁴⁸⁹.

En droit français, la transposition de la directive 2001/86/CE complétant le statut de la société européenne « pour ce qui concerne l'implication des travailleurs » a été assurée par la loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 codifiée sous les numéros d'article suivants : L. 439-25⁴⁹⁰ à L. 439-50⁴⁹¹ du Code du travail. La loi française précise les cas dans lesquels elle s'applique, à savoir lorsque la SE a son siège en France. Mais la loi s'applique également aux sociétés participant à la constitution d'une SE et ayant leur siège en France. Sont également concernés les établissements et filiales d'une SE qui ont leur siège social en France⁴⁹².

Dès la publication du projet de création de SE, le GSN doit être constitué. La composition du groupe est ainsi faite : un siège est alloué par tranche de 10 % des effectifs employés dans l'État de l'espace économique européen ; toute tranche commencée justifie l'attribution d'un siège⁴⁹³. Quand la société est issue d'une fusion, les règles sont quelque peu modifiées, puisque plusieurs membres s'ajoutent à ceux désignés à l'aide du calcul ci-dessus.

La désignation des membres du GSN se fait au regard des législations nationales. Concernant la France, l'article L. 2352-5 du Code du travail (L. 439-29 a. C. trav.) précise que la répartition des sièges se fera conformément à l'importance numérique des collèges électoraux. Ces sièges sont ensuite répartis entre les organisations syndicales proportionnellement au nombre d'élus qu'elles ont dans

489 Bernard Teyssié, *Droit européen du travail*, Litec, p. 340.

490 Devenu, suite à la recodification du Code du travail, les articles L. 2351-1, L. 2351-3, L. 2351-4, L. 2351-5 et L. 2351-6.

491 Devenu, suite à la recodification du Code du travail, les articles L. 2354-4 et R. 2354-1.

492 Article L. 2351-1 du Code du travail.

493 Article L. 2352-3 du Code du travail (L. 439-27 a. C. trav.).

chaque collègue. Elles ne peuvent désigner que des membres des comités d'établissement ou des délégués syndicaux auprès de ces comités, implantés en France et concernés par la SE. S'il n'y a pas de présence syndicale dans les entreprises concernées, la désignation des membres du GSN se fera par le biais d'élections spécialement mises en place à cette occasion et répondant aux règles des élections du comité d'entreprise⁴⁹⁴.

Ses membres bénéficient de la même protection que celle des représentants du personnel en France.

Dans les sociétés de coopératives européennes, la règle de constitution du GSN est quasiment identique à celle des SE. D'ailleurs la directive n°2003/72/CE du 22 juillet 2003 « complétant le statut de la société coopérative européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs » est fortement inspirée de celle concernant la SE. La différence principale tient au fait d'une structure d'implication simplifiée lorsque la SCE est composée uniquement de personnes physiques, ou de personnes physiques et d'une seule entité juridique employant ensemble moins de 50 salariés dans le périmètre de la communauté ou ne franchissant le seuil de 50 que dans un seul des États qui la composent. L'implication des salariés est alors identique à celle de l'État membre (concernant les sociétés coopératives) où se situe le siège statutaire de la SCE. De même, les filiales et établissements de la SCE répondent à la législation de l'État dans lequel elles se situent.

Hormis ces situations, le processus est identique à celui de la SE.

Dans le cadre des entreprises de dimension communautaire, des SE et autres SCE, le droit communautaire se charge de définir un organe propre à la négociation dans ces entreprises, mais la composition même du GSN est renvoyée aux droits nationaux. Ce dernier point n'affaiblit pas la démonstration, du fait que le droit communautaire peut s'emparer de cette problématique et mettre en place un organe de représentation des salariés durant les négociations. Cependant la négociation en question porte sur une question unique et n'est pas habilitée à poursuivre des négociations portant sur d'autres sujets. Aussi n'est-il pas question d'un droit à la négociation général dans les entreprises transnationales.

Finalement la négociation dans le cadre du GSN ne sert qu'à faire vivre un autre droit : le droit à l'information consultation, mais pas celui à la négociation.

494 Article L. 2352-6 du Code du travail (L. 439-30 a. C. trav.).

La Communauté européenne ne met pas les salariés en capacité d'exercer leur droit à la négociation dans les entreprises, étant donné qu'elle ne leur octroie pas de représentants juridiquement aptes à négocier. Mais il ne s'agit pas d'une atteinte aux textes fondamentaux, puisque ceux-ci évoquent la négociation en général, et non au niveau de l'entreprise. Or, depuis le traité de Maastricht, les partenaires sociaux négocient au niveau communautaire.

Dans tous les cas, le problème de l'identité des négociateurs dans les entreprises transnationales reste entier et devra trouver une solution, car la pratique des négociations est devenue vivace, comme le démontre l'apparition de plus en plus de chartes, engagements unilatéraux et autres textes qualifiés de "soft law".

Si la Communauté a démontré sa capacité et sa volonté de s'attaquer à cette problématique, il n'en est pas de même en droit interne, mais cela n'empêche pas de constater une certaine influence du droit communautaire sur les figures nationales de négociations dans l'entreprise.

B - L'INFLUENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

Le législateur communautaire s'abstient de toute ingérence directe dans les droits nationaux sur la question de la représentation des salariés dans les entreprises nationales. Toutefois le contexte normatif est vigoureux, puisque de plus en plus de directives, et de manière de plus en plus impérative, mettent en place un réel droit à la négociation collective dans les entreprises. L'évolution du contenu de ce droit semble être la suivante : dans les premières directives, le droit à la négociation prenait la forme d'une suggestion, alors qu'il est imposé dans les normes plus récentes.

Cette progression marque aussi l'influence du droit communautaire sur les droits nationaux, même lorsque ces thèmes ne sont pas directement traités par une norme communautaire. En renforçant le droit à la négociation dans l'entreprise - donc en confortant son statut de droit de l'action (1) - , le droit communautaire influence la figure des représentants du personnel (2) pendant ces mêmes négociations.

1. Le droit communautaire : un droit de l'action

De nombreuses directives intègrent le droit à la négociation dans le cadre du thème principal dont elles traitent. D'ailleurs, le droit communautaire en appelle de plus en plus à la négociation collective. Les directives de 1994 sur les comités d'entreprise européens et de 2001 sur la société européenne ont pour but d'organiser une négociation collective définissant les modalités de la participation des salariés dans les groupes d'entreprise de dimension européenne.

Le droit à la négociation se concrétise donc pour une majorité de salariés de l'Union européenne. Le parallèle avec le droit français qui offrait simplement la possibilité de négocier dans les entreprises puis l'adoption des lois Auroux instaurant les négociations annuelles obligatoires n'est pas excessif. L'analyse de cette étape comme matérialisant le passage d'un droit virtuel à un droit concret se calque donc parfaitement sur la transformation actuellement vécue en droit communautaire.

Il est à noter que, dans les deux cas, cette évolution accompagne de nouvelles possibilités de dérogations à la loi par la voie conventionnelle. L'accès réel, concret à ce droit est marqué par l'affirmation d'une conception libérale du rôle de la négociation. Elle doit servir à l'adaptabilité des entreprises, notamment en aménageant le temps de travail ou encore en accompagnant les licenciements collectifs⁴⁹⁵, « elle n'est pas appréhendée dans sa fonction distributive mais plutôt dans une fonction de gestion de l'entreprise ou comme instrument de flexibilité »⁴⁹⁶. Cette conception des négociations conduit à se demander si le fait d'imposer des négociations ne sert pas davantage les employeurs en mal de négociations dérogatoires que les salariés.

Le droit à la négociation est décliné dans divers textes, mais nous devons en tirer des règles générales. Tout d'abord, si l'on devait faire un inventaire de toutes ces normes, deux catégories sembleraient évidentes : les incitations à négocier (a) et les obligations de négocier (b).

Il nous semble qu'il s'agit davantage d'une évolution chronologique que d'une séparation imposée par des choix politiques, la négociation n'étant pas imposée en fonction du sujet traité ; c'est avec le temps que le législateur communautaire a systématiquement imposé des négociations.

495 La directive ne permet pas de discuter des motifs des licenciements mais uniquement de l'aménagement des conséquences.

496 Sylvaine Laulom, préc. p.41. Voir les changements de fonction de la négociation collective in *Au-delà de l'emploi, rapport pour la Commission européenne*, par Alain Supiot, Flammarion, 1999.

a. Les incitations à la négociation d'entreprise

La directive « pionnière » en ce domaine est sûrement celle qui concerne l'aménagement du temps de travail⁴⁹⁷. Cette directive renvoie aux conventions collectives sans définir le "niveau" de négociation, ce qui fait douter de la possibilité de procéder par accord d'entreprise. Cependant, dans son article 2⁴⁹⁸, la directive communautaire renvoie à la négociation en précisant qu'elle devra être nationale ou régionale. En général, lorsque le niveau de l'entreprise est proscrit, c'est explicité dans le texte de référence. On aurait donc pu imaginer que les dérogations évoquées dans les différents articles soient ouvertes dans l'entreprise.

Finalement, l'article 17 § 3 accorde pouvoir de dérogations « aux partenaires sociaux au niveau national ou régional ou, en conformité avec les règles fixées par ces partenaires sociaux, à un niveau inférieur ». La dérogation à la directive est possible par accords d'entreprise uniquement si un accord national ou de branche le prévoit. La logique de cette articulation sera inversée dans la loi du 4 mai 2004 concernant la possibilité dans les accords d'entreprise de déroger aux accords de branche. Puisque « dans les autres matières, la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut comporter des stipulations dérogeant en tout ou en partie à celles qui lui sont 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. »⁴⁹⁹.

L'analyse des articles ouvrant une possibilité de dérogations comme les articles 4 et 6 de la section II démontre que la possibilité de négocier est abordée différemment au sein même de cette directive. En effet, la formulation de l'article 4 « ...sont fixés par des conventions collectives ou accords conclus entre partenaires sociaux ou, à défaut, par la législation nationale » laisse penser à une obligation de négocier qui, si elle échoue (donc n'aboutit pas à un accord) cède sa place au législateur. Ainsi il nous semble que la négociation est ici impérative, contrairement à l'article 6 qui précise que « la durée hebdomadaire soit limitée au moyen de dispositions législatives, réglementaires ou administratives ou de conventions collectives ou d'accords conclus entre les partenaires sociaux » : il s'agit bien là d'un choix optionnel. Donc, concernant

497 Directive 93/104/CE du 23 Novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, JOCE L 307 du 13 Décembre 1993.

498 Dir. 4 Nov. 2003, art 2 ii.

499 Article L. 2253-3 du Code du travail (L. 132-23 a. C. trav.).

les dérogations pouvant être apportées à la directive⁵⁰⁰, l'incitation à négocier là encore est claire et la frontière avec la négociation obligatoire n'est pas franchie. Cela s'explique peut-être par le fait que les dérogations ouvertes devraient constituer une motivation suffisante pour les partenaires sociaux.

Cette directive est donc principalement constituée d'incitation à négocier et d'une obligation de négociation portant sur les temps de pause.

Ces incitations sont probablement dues au fait que le droit social communautaire en était à ses balbutiements. Aussi le législateur hésitait-il peut-être à imposer le droit à la négociation collective de manière directe et a-t-il préféré procéder en incitant les employeurs à la négociation par le biais de dérogations à la loi.

b. Les obligations de négocier

Lors d'un licenciement économique collectif, l'article 2 de la section II de la directive 98/59/CE précise que l'employeur qui envisage d'effectuer de tels licenciements doit procéder en temps utiles à des consultations avec les représentants des salariés "en vue d'aboutir à un accord." Cette formulation renvoie à une obligation de négocier au vu de plusieurs arrêts de la CJCE⁵⁰¹.

Une fois encore, rien n'est dit de l'identité des représentants des salariés, ce qui confirme la règle générale : le droit communautaire se penche sur les droits et non sur les acteurs des négociations d'entreprise nationale. La directive ne donne pas d'indication quant aux acteurs de la négociation, car elle se contente de préciser que "l'information, la consultation et la participation des travailleurs doivent être développées, selon les modalités adéquates, en tenant compte des pratiques en vigueur dans les différents États membres."

Pour connaître les négociateurs français choisis pour assurer ce rôle de négociation, l'identification de la teneur de ces négociations s'impose. La consultation devant mener à ces négociations porte "au moins sur les possibilités d'éviter ou de réduire les licenciements collectifs ainsi que sur les possibilités d'en atténuer les conséquences par le recours à des mesures sociales d'accompagnement visant notamment l'aide au reclassement ou à la reconversion des travailleurs licenciés."⁵⁰². Cette négociation ne

500 Article 17 de la directive 93/104/CE du 23 novembre 1993.

501 CJCE 8 juin 1994, aff. C-383/92 et CJCE, 27 Janvier 2005, C-188/03, Junk.

502 Dir. 98/59/CE section II, article 2, alinéa 2.

peut pas correspondre à la consultation du comité d'entreprise car, même si les discussions qui auront lieu dans cette institution porteront entre autres sur ce sujet, nous ne pouvons pas considérer que cela prenne la tournure d'un accord. Nous pouvons donc en conclure que « plusieurs dispositions communautaires n'ont pas été transposées, telle celle prévoyant la recherche d'un accord après consultation des représentants du personnel. En effet, ce mécanisme n'apparaissait pas conforme aux principes du droit du travail français, qui n'autorise pas - normalement - le comité d'entreprise ou les autres représentants élus du personnel à conclure un accord, prérogative réservée la plupart du temps aux organisations syndicales. »⁵⁰³

Il est clair que la France n'a toujours pas déterminé l'identité des agents de la négociation dans ce cadre, mais il semble qu'elle ait mis en place un droit à la négociation dans le cas des licenciements collectifs, avec la possibilité de conclure un accord de méthode⁵⁰⁴. Cette logique de négociation semble entrer dans les objectifs de négociation fixés par la directive, sans pour autant qu'il s'agisse officiellement d'une transposition, puisque l'exposé des motifs de la loi ne s'inscrit pas du tout dans une démarche de transposition de la directive sur les licenciements collectifs. Cependant il s'agit bien de « renforcer le dialogue social en cas de restructuration »⁵⁰⁵. L'esprit de la directive est bien présent dans le projet de loi, sachant que son but est d'« encourager les partenaires sociaux à définir un nouvel équilibre entre les contraintes qui pèsent sur les entreprises en cas de restructurations et les nécessaires garanties des salariés, tant au niveau de l'information et de la consultation des représentants du personnel qu'à celui du reclassement », et non de discuter des motifs du licenciement, afin de faire des propositions alternatives (but de la consultation du comité d'entreprise). Ainsi la loi est fortement inspirée de la directive sans pourtant que ses initiateurs, le gouvernement, ne prétendent la transposer : il s'agit d'une forme de réception indirecte de la directive par le droit interne.

Ces accords doivent donc se limiter à encadrer la consultation du comité et peuvent contenir des mesures concernant le plan de sauvegarde de l'emploi.

L'influence de la directive reste perceptible dans l'évolution de la législation française sur l'approche des licenciements économiques collectifs, même en l'absence de transposition. Cette transformation de la conception du rôle des institutions

503 Corinne Sachs-Durand, *Rapport français, in la place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire*, Presses universitaires de Strasbourg, p. 134, 2004.

504 Loi du 3 Janvier 2003.

505 Projet de loi n° 375 relatif à la négociation collective sur les restructurations ayant des incidences sur l'emploi. Exposé des motifs.

représentatives du personnel est cristallisée par les accords de méthode, dont le principe est davantage de négocier l'accompagnement des licenciements collectifs (souvent en contrepartie de moyens moindres pour le comité) que de les contester. A travers les accords de méthode, le droit interne fait une lecture critiquable de la directive, puisqu'il choisit de mettre le comité d'entreprise sous la coupe du délégué syndical, de céder une partie des droits à la consultation au profit d'éventuelles "mesures sociales d'accompagnement" plus importantes. Or la directive semble clairement donner l'avantage à la consultation, qui doit se finir en négociation. Cela pose un autre problème en droit interne, puisque cela peut être interprété comme une incitation à ce que le comité d'entreprise négocie (alors que ce n'est pas possible en France, car le président du comité d'entreprise est l'employeur) et cela risque d'encourager à une fusion des institutions représentatives du personnel.

Le désavantage vient également du fait que, lors de la consultation classique du comité d'entreprise, la discussion porte aussi sur les motifs du licenciement. Le comité d'entreprise ne se contente pas d'aménager la décision patronale, il essaie de prouver que d'autres solutions auraient pu être retenues afin d'éviter les licenciements. Or la directive occulte totalement la contestation du motif et, par là même, les recours possibles pour contester en justice la décision de licencier prise par l'employeur, sachant que seuls sont prévus des recours concernant l'aménagement des licenciements : « les États membres veillent à ce que les représentants délégués syndicaux travailleurs et/ou les travailleurs disposent de procédures administratives et/ou juridictionnelles, aux fins de faire respecter les obligations prévues par la présente directive »⁵⁰⁶.

La vision communautaire de la négociation, dans le cas des licenciements collectifs, est une vision d'accompagnement de la décision, alors que le comité d'entreprise a un rôle lui permettant de remettre en cause les motifs du licenciement. Cette possibilité tend d'ailleurs à être réduite en droit français, au vu d'arrêts comme celui des "Pages jaunes"⁵⁰⁷. En effet, les motifs du licenciement économique sont envisagés d'une manière de plus en plus large. C'est pourquoi, compte tenu de la direction imprimée par la directive, les motifs du licenciement risquent de devenir indiscutables, tout comme les choix de gestion de l'employeur ne sont pas discutables par les juges.

506 Article 5 Bis issu de la directive n° 92-56 du 24 Juin 1992 modifiant la directive n° 75-129.

507 C. cass. 11 Janvier 2006 n° 04-46.201.

Quant à la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001⁵⁰⁸ concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprise ou d'établissement, le chapitre III portant sur l'information et la consultation dans son article 7 alinéa 2 précise que « lorsque le cédant ou le cessionnaire envisagent des mesures à l'égard de leurs travailleurs respectifs, ils sont tenus de procéder, en temps utile, à des consultations sur ces mesures avec les représentants de leurs travailleurs respectifs en vue d'aboutir à un accord ». La négociation d'entreprise, qu'elle se déroule au sein de l'entreprise cédante ou au sein de la nouvelle entité, est donc obligatoire et, une fois encore, les phases d'information-consultation sont un préalable à la négociation.

L'obligation d'information concerne les deux employeurs (le cédant et le cessionnaire), mais la consultation ne porte que sur "les mesures envisagées", suite au transfert, à l'égard du personnel. La décision même de transférer n'entre pas dans l'objet de la négociation.

En droit français, l'obligation de négocier sur ce sujet n'a visiblement pas été transposée. Le comité d'entreprise reste la seule institution consultée dans ce cadre.

Enfin les directives sur les entreprises de dimension communautaire, les sociétés européennes et les sociétés coopératives européennes introduisent également une obligation de négocier, mais elles désignent en partie les figures représentatives des négociations pendant des négociations.

Le droit communautaire se pose clairement en droit de l'action et en défenseur du droit à la négociation dans diverses directives, mais la figure de la représentation des salariés est toujours renvoyée au droit interne quand la négociation concerne une entreprise nationale. Cela représente un risque, compte tenu qu'en droit français le droit à la négociation dans le cas des licenciements collectifs et des transferts d'entreprise n'a pas été réellement transposé. Le lien entre le droit à la négociation et l'existence d'acteurs de ce droit est donc direct.

Nous pouvons cependant constater que le droit communautaire influence tout de même la figure des représentants des salariés en droit français.

508 JOCE 82 du 22 Mars 2001.

2. La conception communautaire de la négociation influence l'identité des acteurs de la négociation côté salariés

Le droit communautaire reste donc plus un droit de l'action qu'un droit des acteurs. Toutefois son influence est plus importante qu'il n'y paraît étant donné que, à travers ses directives sur le droit à la négociation, le législateur communautaire développe une conception libérale de la négociation (b), qui transperce le droit interne et qui pénètre tous les domaines du droit de la négociation, y compris la figure de ses acteurs (a).

a. L'influence indirecte du droit communautaire sur la représentation des salariés

Même si le droit communautaire n'impose pas de modèle de représentation en droit interne, il n'en reste pas moins que son influence est réelle. Nous abondons dans le sens de l'étude⁵⁰⁹ menée par une équipe de chercheurs sur les symptômes de représentation en Europe, et dont l'une des analyses indique que « l'action communautaire sur les droits emporte des conséquences sur les acteurs de façon quasi mécanique ».

C'est au Royaume-Uni que l'influence du droit communautaire fut la plus spectaculaire, puisque les droits octroyés par les directives, concernant l'information-consultation en cas de licenciements collectifs (directive 98/59/CE), nécessitaient que des représentants des salariés existent dans l'entreprise pour faire vivre ces droits. Alors que ce n'était pas le cas dans cet État, cela a valu un bouleversement de son système de représentations. En l'occurrence, sans imposer de représentant, les directives ont tout de même directement touché le cœur de ce droit interne.

En effet, le régime de Grande-Bretagne conservait un particularisme quant à la représentation de ses salariés dans l'entreprise, puisqu'il reposait sur le principe d'une reconnaissance volontaire des représentants du personnel par l'employeur. Faute d'agrément de l'employeur, il était possible qu'il n'existe pas de représentation du personnel ; or le droit communautaire impose une information consultation en cas de transferts d'entreprise ou de licenciements collectifs. Cette exigence ne pouvait pas être systématiquement remplie dans les entreprises du Royaume-Uni, puisque les figures de la représentation n'étaient pas forcément présentes dans chaque entreprise. Ce pays a donc du adapter son système de représentations et renoncer à un de ses

509 Ouvrage précité, Sylvaine Laulom, *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, publications de l'Université de Saint-Etienne.

fondements : le volontarisme.

Les directives relatives aux licenciements collectifs⁵¹⁰ et aux transferts d'entreprise « exigent que les employeurs procèdent à une information et une consultation des représentants des travailleurs, au sein de l'entreprise qui licencie, de l'entreprise cédante et de l'entreprise cessionnaire »⁵¹¹. La détermination de la figure des représentants est renvoyée aux États membres : « les représentations des travailleurs prévus par les législations des États membres ». Le Royaume-Uni a alors soutenu, lors du procès Commission c. Royaume-Uni du 8 juin 1994⁵¹², que cette formulation signifiait que les directives s'appliquent lorsqu'une figure de représentation existe en droit interne, et que la norme communautaire n'avait pas pour objet de « modifier les règles ou les pratiques nationales de désignation des représentants des travailleurs ». La Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a répondu que l'existence d'une représentation des travailleurs était indispensable pour que les directives puissent produire leur plein effet. La CJCE a précisé que le renvoi aux législations nationales pour définir la figure des représentants des salariés « n'opère pas un renvoi pur et simple aux règles en vigueur dans les États membres en ce qui concerne la désignation des représentants des travailleurs ». Cela « laisse uniquement aux États membres le soin de déterminer selon quelles modalités les représentants des travailleurs doivent être désignés ».

Il s'agit peut-être d'une application de la notion d'égalité concrète. L'égalité abstraite serait de renvoyer à chaque législation le soin de définir ses représentants sans se soucier du fait qu'ils existent ou non. Cependant, pour assurer l'égalité concrète des salariés face aux droits à la négociation, il faut s'assurer qu'ils ont des représentants ; c'est la démarche juridique de la CJCE.

Le Royaume-Uni a donc été condamné par la CJCE pour avoir manqué à ses obligations. Cette affaire reste la plus spectaculaire quant à l'influence du droit communautaire sur la figure de la représentation des salariés durant les négociations collectives.

L'influence du droit communautaire est donc fluctuante selon l'état du droit interne, « pour la réalisation de ses objectifs, le droit communautaire se repose normalement sur les institutions et procédures nationales ; si toutefois celles-ci ne permettent pas de donner suffisamment effet au droit communautaire, le législateur national doit

510 Directive 75/129 devenue 98/59 et la directive 77/187 du 14 Février 1977.

511 Pierre Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2002, p. 356.

512 CJCE 8 Juin 1994, Commission c. Royaume-Uni, aff. C-382 et 383/92.

alors créer les moyens institutionnels nécessaires. »⁵¹³, ce qui explique la condamnation du Royaume-Uni dans l'affaire l'opposant à la commission (organe de contrôle de l'application des normes communautaires).

Dans le même ordre d'idées, les effets de seuil pourraient interroger ; en effet, certains seuils déclenchant la mise en place d'institutions représentatives du personnel pourraient limiter l'efficacité du droit communautaire. On pourrait donc imaginer que les seuils définis par des droits internes, comme celui de 50 salariés en droit français pour la mise en place du comité d'entreprise, puissent poser problème, mais le droit communautaire a également instauré des seuils et, à ce jour, ils ne percutent pas ceux du droit français.

*b. Une conception nouvelle de la négociation dans l'entreprise
bouleverse la figure des représentants*

Dans le cas de la France, c'est davantage l'esprit du droit communautaire qui a suscité un bouleversement des figures de la représentation en droit interne et, plus généralement, une conception différente de ce que pouvait être le droit à la négociation.

La conception libérale de la négociation, originellement imposée en matière de temps de travail, puisque la directive de 1993 qui a « pour enjeu d'élargir les possibilités de dérogations afin d'améliorer la flexibilité du temps de travail », offre de grandes possibilités de dérogations, a probablement renforcé l'évolution nationale de la conception de la négociation collective, déjà amorcée par les lois Auroux.

Certes les lois Auroux avaient déjà ouvert la brèche des accords dérogatoires, mais de manière limitée, alors que le droit communautaire envisage plus globalement les négociations comme un outil de dérogations et de flexibilité. Cette conception bouscule celle que le droit français nourrit depuis fort longtemps, c'est-à-dire celle de droits protecteurs qui viendraient compenser une relation contractuelle viscéralement inégalitaire⁵¹⁴.

Le droit communautaire imprégnant les droits internes, cette conception libérale de la négociation ne peut rester sans écho. C'est probablement ce qui s'est produit en France avec la généralisation d'une conception nouvelle de la négociation, développée par la

513 P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2002, p. 356.

514 Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, Quadrige, 2002.

loi du 4 mai 2004. La pénétration de la conception communautaire en droit français s'est faite en plusieurs temps : tout d'abord, les dérogations défavorables aux salariés ouvertes par le biais de la négociation d'entreprise⁵¹⁵ ont fortement incité les employeurs à solliciter des négociations au niveau de l'entreprise (lorsque cela était possible, il a donc fallu trouver de nouveaux interlocuteurs si l'entreprise n'en disposait pas). Cette situation est, en partie, à l'origine de l'élargissement de la figure des négociateurs en droit français ; ainsi le recours aux élus du personnel, voire à un salarié mandaté, est probablement dû au droit communautaire.

L'évolution de la conception du rôle de la négociation (initiée en 1982 et renforcée notamment en 1993), a entraîné une crise de confiance des salariés envers leurs représentants, car ces derniers se sont vu dotés de la capacité de négocier des accords défavorables et donc de céder les droits des salariés. Or cela n'était pas possible auparavant, aussi les salariés ont-ils sans doute eu l'impression que leurs représentants n'étaient plus à la hauteur. Cette crise est un frein aux négociations car, si les accords ne sont pas perçus comme étant légitimes, leur application est plus délicate. Aussi le législateur a-t-il eu recours au principe majoritaire dans la loi du 4 mai 2004. Mais, parallèlement, il ouvre le nombre de dérogations défavorables à la loi négociable au niveau de l'entreprise, prétextant que ce nouveau contexte du principe majoritaire équilibre la représentation des parties à la négociation.

Le système de représentation français ne s'est pas vu imposer de modèle social européen de représentation, mais la conception européenne de ce droit des salariés a largement renforcé un bouleversement du droit du travail français. De manière générale, l'ensemble des pays membres ont revu leur principe de faveur à la baisse.

Nous abondons dans le sens de l'étude menée par une équipe de chercheurs sur les symptômes de représentation en Europe, et dont l'une des analyses conduit à affirmer que « l'action communautaire sur les droits emporte des conséquences sur les acteurs de façon quasi mécanique ».

515 Comme c'est le cas dans la directive « aménagement du temps de travail ».

§2. LA DETERMINATION DES REPRESENTANTS SALARIES PENDANT LES NEGOCIATIONS D'ENTREPRISE

La détermination des représentants des salariés durant les négociations d'entreprise transnationales représente un enjeu évident au niveau communautaire. L'absence de législation sur cette question laisse place à des pratiques incontrôlables donnant naissance à des actes qui, la plupart du temps, ne peuvent pas être qualifiés d'accord ou de convention collective.

Le défi des institutions communautaires réside dans l'obtention d'un consensus sur ce que pourrait être la figure des représentants des salariés et leur désignation au niveau communautaire (B).

Au niveau national (A), l'utilité de définir une figure neuve de représentation ou d'affirmer celle en place paraît moins évidente. Pourtant l'influence du droit communautaire invite le législateur français à redéfinir l'objet de la négociation et donc à désigner de nouveaux représentants des salariés.

A - SUR LE PLAN DU DROIT INTERNE

Les partenaires sociaux et le législateur doivent redéfinir l'objet des négociations (1) en droit interne, afin de déterminer quels sont les représentants des salariés les plus à même de défendre cette vision. Dans le cas contraire, la figure des représentants des salariés aux négociations sera forcément définie par le droit communautaire qui, au travers de ces différentes directives, fait émerger les contours de cet organe de représentation. La figure proposée par le droit communautaire semble inciter à une fusion des institutions (2).

1. Repenser l'objet des négociations

Le droit communautaire influence la figure des représentants des salariés aux négociations d'entreprise, sans pour autant légiférer directement sur ce sujet. La conception communautaire des négociations collectives, notamment de celle d'entreprise, a contribué au bouleversement des conceptions du droit national.

L'esprit des textes provoque des "dommages collatéraux", puisque la conception

libérale des négociations collectives se manifeste, entre autres, par l'adoption de normes, auxquelles les partenaires sociaux peuvent déroger dans un sens défavorable aux salariés. Or, ce nouveau type d'accord contribue à décrédibiliser l'action des délégués syndicaux auprès des salariés et, en conséquence, à mettre l'application des accords en péril. Mais, dans le même temps, les employeurs souhaitent engager des négociations dérogatoires, quelle que soit la taille de l'entreprise, donc trouver des partenaires et, qui plus est, des partenaires légitimes aux yeux des salariés, afin que les futurs accords ne souffrent pas du manque de légitimité des syndicats. Cela bouleverse le paysage de la négociation collective en France et fait évoluer, par effet de ricochet, la conception nationale des négociations.

A contrario, il est difficile d'affirmer que, si le droit national revenait à une conception égalitariste⁵¹⁶ des négociations collectives, notamment en préservant le principe de faveur tout en renforçant la légitimité des représentants du personnel, cela pourrait constituer un frein à la conception communautaire des négociations, voire influencer la figure des représentants des salariés durant les négociations d'entreprise transnationales. L'évolution actuelle paraît inéluctable au niveau national, peut-être parce que l'influence communautaire est indirecte. Il semble presque plus aisé d'imposer une vision différente de la négociation collective au niveau communautaire en imposant une figure de la négociation dans les entreprises transnationales.

Concernant le niveau national, mieux vaut se préparer à ce que pourraient devenir les représentants des salariés. L'analyse des modèles proposés par le droit communautaire permet de se projeter dans l'avenir du droit national, et donc d'y voir des modèles de représentation.

2. Le droit communautaire tend-t-il vers une fusion des institutions ?

Un travail de prospective, ayant pour objet d'étude les évolutions du droit interne concernant les représentants des salariés, nous conduit à nous interroger sur les futurs changements qui seront imposés à la représentation des salariés durant les négociations d'entreprise. Étant donné l'influence du droit communautaire sur le droit interne, le contenu des directives est un bon indicateur des changements risquant de se produire sur ce sujet en France.

516 Au sens où Alain Supiot l'entend, c'est-à-dire des négociations collectives qui permettent d'obtenir des droits nouveaux afin de compenser le rapport contractuel inégalitaire.

Une des grandes différences entre droit interne et droit communautaire réside dans la conception communautaire de l'articulation entre la consultation et la négociation. Le législateur national n'a pas transposé cette forme d'articulation imposée par les directives sur les licenciements collectifs et les transferts d'entreprise, car il n'arrivait pas ou ne souhaitait pas articuler les missions du comité d'entreprise et du délégué syndical en droit français. Cette attitude ne peut pas subsister, étant donné l'obligation de transposer qui pèse sur le gouvernement français (dont le non-respect peut engendrer des sanctions, notamment pécuniaires).

La réflexion à mener porte sur cette nouvelle forme de participation des salariés, qui fusionne consultation et négociation.

Une des pistes les plus évidentes serait l'instauration d'une institution unique de consultation et de négociation, les deux procédures fusionnant en une seule. En effet, dans le cas de l'association consultation-négociation telle que conçue par la directive sur les licenciements collectifs par exemple, la consultation se fera "en vue d'aboutir à un accord". Elle se décompose ainsi : dans un premier temps, la consultation inclut l'information en temps utiles, c'est-à-dire avant la consultation ; ensuite la consultation, en vue d'aboutir, correspond à une obligation de négociation.

Ce couple n'est pas étranger au droit français, il s'agit de ce que nous avons qualifié de "navette sociale", mais la conception communautaire diffère en ce qu'elle lie beaucoup plus intimement les deux phases, alors que le droit interne ne prévoit rien de tel (le couple consultation-négociation ayant spontanément été mis en place par les représentants du personnel). Ce lien ferait même du couple consultation-négociation une seule et même procédure, ce qui impliquerait que les représentants des salariés pendant la négociation pourraient être les agents consultés. Cela peut avoir une influence sur le droit français quant à la possibilité pour le Comité d'entreprise de négocier. Le projet d'institution unique du personnel semble coïncider avec l'esprit des directives communautaires.

Cependant, cela ne signifie pas forcément un abandon du canal dual de représentation, puisque l'exemple anglais tend à prouver le contraire. Une institution unique ne veut pas dire mode unique de représentation. Par contre, cela aurait forcément un impact sur la signification de la consultation qui deviendrait l'antichambre des négociations et risquerait, de ce fait, de perdre de son intérêt.

Les accords de méthode prennent la forme d'un pas franchi vers cette conception,

puisque le cadre de la consultation est défini par accord, tout comme les conséquences des licenciements. Le risque du déclin de la consultation au profit d'une négociation d'aménagement est apparent. Le négociateur est dans une situation de collaboration plus que de proposition, étant donné que les décisions de l'employeur ne font plus l'objet de discussions.

La solution de la fusion des institutions de consultation et de négociation en droit français est également entretenue par la similitude dans la désignation des membres du GSN et du Comité d'entreprise européen. Le droit français ne distingue pas la procédure de détermination des représentants dans l'organe de consultation et dans celui de la négociation. Par contre cet exemple prouve que le canal dual peut perdurer car, dans ces deux cas, la nomination des membres est un mélange d'élection et de désignation.

L'impossibilité pour le comité d'entreprise de négocier est aujourd'hui invoquée pour justifier la non transposition des directives transferts et licenciements collectifs. Il s'agit peut-être d'amener l'idée, selon laquelle le législateur français sera dans l'obligation d'autoriser le comité d'entreprise à négocier pour être en conformité avec le droit communautaire. Cependant le législateur français n'est pas obligé d'en passer par là pour satisfaire aux exigences communautaires. Selon nous, les délégués syndicaux peuvent être associés à la consultation du comité par le biais des représentants du syndicat au comité, afin d'être en capacité d'entamer des négociations dès que le comité d'entreprise rend son avis. Cette solution permet d'échapper à la suprématie d'un droit sur l'autre, celui de la négociation sur celui de la consultation, puisque les deux organes restent distincts. Cette solution est en accord avec le droit français, il suffit de conjuguer les deux procédures au lieu de vouloir les fusionner. Il s'agit donc d'une proposition réaliste qui remplirait les critères de la transposition des différentes directives existantes.

Il est à noter que le législateur français tend plutôt à opposer les deux institutions : au lieu de conserver leur rôle tel quel, les textes récents retiennent l'idée d'une prise de contrôle du délégué syndical sur le comité d'entreprise.

Une autre tendance notoire en droit communautaire est celle de l'accroissement des possibilités de faire des salariés les récepteurs directs des informations délivrées par l'employeur. Le développement de cette possibilité existe également en droit

interne et elle correspond à une manière habile d'écartier les syndicats, lorsque ceux-ci sont trop peu conciliants durant les négociations.

L'avenir de la figure nationale de représentation des salariés aux négociations d'entreprise est probablement à rechercher dans les futures directives. La France risque d'être contrainte de prendre assez rapidement position sur ce problème. Au préalable, les institutions européennes devront certainement définir l'identité des négociateurs au niveau communautaire car, dans ce cas, il existe un vide juridique. Cette détermination des représentants au niveau communautaire est un enjeu conséquent, puisqu'elle peut permettre de faire évoluer la conception communautaire de la négociation, et donc les conceptions nationales.

B - LES ENTREPRISES DE DIMENSION COMMUNAUTAIRE

Les États membres qui souhaitent se réfugier derrière le rempart du droit national afin d'ignorer la négociation transnationale sont aujourd'hui dans l'erreur. La perméabilité des droits internes a été prouvée ; faire la sourde oreille face à une pratique qui se développe serait d'autant plus risqué que le législateur communautaire aurait tout loisir d'imposer sa vision des négociations collectives, qui sera définitivement adoptée en droit interne.

Ne pas s'atteler à essayer de définir des représentants des salariés à la négociation d'entreprise transnationale signifie pour les syndicats de salariés se laisser imposer la conception communautaire des négociations collectives puisque, en matière de négociation collective, les droits influencent l'identité des acteurs et réciproquement (1).

Cette problématique a été bien comprise par les syndicats de salariés, mais quel cadre légal faut-il soumettre à la commission (2) qui s'est donné pour but de proposer un cadre optionnel aux négociations d'entreprise transnationales d'ici 2010⁵¹⁷?

517 Agenda social 2005-2010, Communication de la Commission européenne du 9 Février 2005.

1. Définir l'objet de la négociation passe par la détermination des négociateurs

L'urgence est d'autant plus présente que le fait précède le droit en la matière, les négociations se multiplient. La revue *Liaison sociale Europe*⁵¹⁸ a fait paraître un rapport rédigé à la demande de la Commission européenne, dans lequel sont recensés une centaine de textes, issus de négociations ou de discussions, ayant eu lieu au niveau de 38 groupes transnationaux, ce qui prouve que l'entreprise européenne connaît déjà des pratiques de négociations.

De même, ce que le droit communautaire qualifie de dialogue social existait déjà depuis quelques temps au sein des entreprises européennes. Il se matérialise par des décisions ou des engagements unilatéraux de l'employeur ; parfois, « cela va plus loin et il y a véritable accord dont l'objet privilégié paraît bien être l'information transfrontalière des salariés. L'accord ne peut être, en l'état, que régi par le droit applicable à la société mère du groupe »⁵¹⁹. Les représentants des salariés à la négociation d'entreprise peuvent alors être « les syndicats européens (Fédération européenne des métallurgistes pour l'accord Thomson) ou les syndicats nationaux seuls (Bull) »⁵²⁰, selon Antoine et Gérard Lyon-Caen. Ces accords sont donc encore en phase expérimentale ; d'ailleurs ils « n'ont pas d'effet sur les contrats de travail. Ce sont plutôt des accords "de procédure" qui engagent quasi unilatéralement les directions »⁵²¹.

La qualification d'accords nous semble un peu risquée, ce d'autant plus que les prévisions d'Antoine et Gérard Lyon-Caen ne se sont pas avérées être en totale corrélation avec la pratique, puisque divers agents se prêtent au jeu des négociations. Il s'agit le plus souvent du Comité d'entreprise européen ; l'obligation d'instaurer une telle institution fut d'ailleurs un accélérateur de la négociation d'entreprise au niveau communautaire.

D'autres figures encore peuvent signer des textes avec l'employeur ou son représentant. Cependant, dans les deux cas, il s'agira d'engagements unilatéraux ou encore de soft law, dont les problèmes d'application pourront être soulevés uniquement devant les juridictions nationales de l'État de la société mère ou, si la

518 Brainstorming à la Commission sur la négociation transnationale, *Liaison sociale Europe* n° 153.

519 Gérard Lyon-Caen et Antoine Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, précis Dalloz, 8ième édition, 1993, p. 334.

520 Gérard et Antoine Lyon-Caen préc. p. 334.

521 Article Préc.

société mère se trouve en-dehors de l'espace économique européen, devant la juridiction de l'État où se trouve le représentant de la direction dans la communauté.

La définition des représentants des salariés devient donc incontournable, si l'on veut affirmer un droit concret à la négociation. Les bases de réflexion peuvent être communautaires mais, dans un premier temps, il sera judicieux de se fier aux normes internationales car une majorité des Etats membres sont signataires des normes de l'Organisation internationale du travail. La Communauté elle-même peut ratifier des conventions de l'OIT par le biais de sa compétence externe, c'est-à-dire par l'intermédiaire des Etats membres agissant solidairement, « autrement dit, pour que l'Union ou la Communauté puisse exercer sa compétence externe, il n'est pas nécessaire qu'elle ratifie elle-même les conventions ; elle peut le faire par l'intermédiaire de ses Etats membres mais à la condition que cette ratification soit solidaire »⁵²². Ce fut le raisonnement tenu par la CJCE qui a rendu un avis sollicité par la Commission, le 19 mars 1983. En l'absence de ratification solidaire, la relation entre l'Union et l'OIT est marquée par divers accords de coopération, donc elle interpénètre le droit communautaire. Il est impératif dans ce cas de connaître la position défendue par l'OIT.

Le vide juridique communautaire portant sur les acteurs de la négociation dans les entreprises transnationales pourrait trouver des réponses au niveau international. De toute façon, si la communauté tranche ce problème en légiférant, il faudra que le législateur tienne compte des normes internationales.

L'Organisation internationale du travail s'intéresse à la négociation collective et à ses acteurs, puisque nous trouvons des conventions et des recommandations sur ce sujet. Il peut sembler surprenant qu'une telle institution emprunte plusieurs outils juridiques pour traiter du même sujet, mais cela s'explique en partie par la différence entre ces textes. En effet, la convention a la valeur normative d'un traité international, l'État qui ratifie une telle norme est obligé de s'y soumettre. Par contre, la recommandation n'a aucune force contraignante, elle donne des indications sur la politique à suivre à l'échelon national, elle ne peut pas faire l'objet de ratification. Ce panel de normes permet de mettre en œuvre la volonté onusienne d'adopter des normes universelles tout en essayant de ne pas froisser les différents États. Ainsi la recommandation est un outil qui devait permettre d'aborder certaines questions

522 Actes du colloque "Les relations entre l'Union européenne et l'OIT : aspects institutionnels et normatifs", AFOIT, 14 Octobre 2004, Conseil Economique et Social", Paris.

déliçates, tout en laissant une grande liberté aux pays membres. En effet, la Commission de législation internationale dans son rapport soumis à la Conférence de la paix, en 1919, explique que « la Conférence internationale du travail aura probablement à examiner des questions qui, par leur complexité et par suite de l'extrême variété que présente la situation de chaque pays, ne pourront être résolues de façon uniforme. En pareil cas, une convention pourrait être impossible ; par contre, la recommandation d'un principe avec plus ou moins de détails, laissant aux États individuels toute liberté pour l'appliquer selon le mode convenant le mieux à leur situation particulière, aurait certainement une valeur considérable. »

Aujourd'hui les recommandations sont surtout adoptées dans le but de compléter une convention, et de moins en moins pour préparer l'adoption d'une future convention.

Lorsque la Conférence internationale du travail, assemblée générale de l'Organisation internationale du travail (organe législatif de l'organisation), doit choisir entre l'adoption d'une recommandation ou d'une convention, elle voit s'il s'agit d'une question précise relevant des conditions d'emploi, auquel cas elle opte pour la convention. Si la question débattue n'est pas encore mature, elle adoptera plus volontiers une recommandation ; de même, quand l'objectif fixé peut être atteint de différentes façons ou si elle ne souhaite pas alourdir la convention avec de nombreuses directives d'applications ; enfin elle recourt aux recommandations, lorsque la norme en question ne ferait l'objet que de peu de ratifications. Dans ces deux dernières situations, il est fréquent que la Conférence adopte à la fois une convention et une recommandation.

Concernant les acteurs de la négociation collective, l'OIT, contrairement à la Communauté européenne, n'hésite pas à promulguer des normes impératives. La Convention n°98 de 1949 (ratifiée par la France le 26 octobre 1951), concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective dans son article 4, dispose que « des mesures appropriées aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de convention collective 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 ». L'affirmation que l'exercice du droit à la négociation revient aux syndicats semble peu contestable.

Le monopole syndical dans la négociation est également réaffirmé dans la convention n°154 (1981) : l'article 2 définit ce que sont les négociations «aux fins de la présente convention : toutes les négociations qui ont lieu entre un employeur, un groupe d'employeurs ou une ou plusieurs organisations d'employeurs, d'une part et une ou plusieurs organisations de travailleurs d'autre part, en vue de :

a) fixer les conditions de travail et d'emploi, et/ou

b) régler les relations entre employeur et travailleurs, et/ou

c) régler les relations entre les employeurs ou leurs organisations et une ou plusieurs organisations de travailleurs ».

Cette affirmation d'une vision organique de la négociation collective est d'ailleurs développée dans des recommandations, ce qui prouve que, quel que soit le niveau d'engagements des États sur cette question, l'OIT semble vouloir imposer ce modèle et placer les syndicats au cœur de la négociation ; ceci qui différencie clairement le niveau international du niveau communautaire. Ainsi, dans la recommandation n°91 (recommandation concernant les conventions collectives), la définition de la négociation est identique à celle donnée dans les conventions précitées. Dans les autres paragraphes, ce sont la procédure, les effets, l'extension, l'interprétation, le contrôle de l'application des conventions qui sont abordés. Quant au texte de la recommandation n°163 (1981) concernant la promotion de la négociation collective, l'ambition du législateur international est plus grande (ce qui explique peut-être le choix de la recommandation au détriment d'une convention) car ce texte propose tout un panel de moyens, afin de promouvoir la négociation collective au sens de l'Organisation internationale du travail. Par exemple, ce texte dispose que des mesures nationales doivent être prises pour que les organisations représentatives de travailleurs soient reconnues aux fins de la négociation collective. De même, la recommandation dispose que des mesures soient prises pour que la négociation soit possible, à quelque niveau que ce soit (établissement, entreprise...). Dans la même veine, la recommandation n°163 dispose également qu'une formation devrait être proposée par les organisations à l'ensemble de leurs négociateurs et que le négociateur devrait être investi d'un mandat pour conduire et conclure la négociation.

Les textes internationaux ne semblent pas attribuer le droit à la négociation collective aux travailleurs, contrairement au droit français. A la lecture des conventions et des recommandations, il apparaît que le droit de négocier appartient autant aux

organisations représentatives des employeurs qu'aux organisations représentatives des salariés. En effet, dans les conventions de l'Organisation internationale du travail, deux droits sont mis en avant : celui d'adhérer ou non à une organisation représentative et celui, pour ces organisations, de négocier. Le droit de négocier librement avec les employeurs fait partie de la liberté syndicale, il appartient donc aux syndicats de salariés (et aux employeurs). Notre analyse est confortée par celle de Marie-laure Morin, qui indique dans son ouvrage que la conception retenue en droit international est une conception organique⁵²³.

La conception internationaliste du droit de négocier se distingue donc clairement de celle de la Constitution. Quant au droit communautaire, il renvoie la définition au droit interne sans se préoccuper de la présence syndicale dans les institutions représentatives ; en matière de négociations transnationales, le seul réel organe représentant officiellement les salariés pendant des négociations, le GSN, peut très bien ne pas être composé par les syndicats du fait du renvoi au droit interne. Le droit communautaire n'assure donc pas un accès privilégié des syndicats à la négociation.

Le législateur international a choisi de privilégier la liberté syndicale en mettant en avant les droits des organisations, tandis que le constituant français a choisi de favoriser une conception individualiste du droit à la négociation. Nous pouvons expliquer ce choix du constituant par le fait qu'il ne voulait pas créer d'inégalité de traitement ; la liberté de se syndiquer ou non doit être totale. Un salarié syndiqué et un salarié non syndiqué doivent avoir les mêmes droits, en l'occurrence, tirer pareil bénéfice des négociations collectives.

Dans des pays où seuls les syndiqués peuvent bénéficier des négociations, la question de l'égalité de traitement serait résolue différemment, « l'exigence d'égalité de traitement conduit aussi dans ces systèmes à assurer l'effet *erga omnes* de l'accord par d'autres voies juridiques (usage, décision de l'employeur). »⁵²⁴ Il existe également ce que l'on appelle les clauses de sécurité syndicale, comme en Grande Bretagne, en Suède. L'Organisation internationale du travail ne semble pas les condamner⁵²⁵, contrairement à la Cour européenne des Droits de l'Homme⁵²⁶ qui les estime contraires au principe de liberté syndicale.

523 Marie-Laure Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective - principe général du droit*, L.G.D.J., 1994, p. 7 et s.

524 Marie-Laure Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective - principe général du droit*, L.G.D.J., 1994, p. 117.

525 La Commission de la conférence qui élaborera le texte de la Convention 98 estima que : « La convention ne devait en aucune façon être interprétée comme autorisant ou interdisant les clauses de sécurité syndicale », CR, 32, 1949, p. 464.

526 Cour européenne des Droits de l'Homme: Young Jams et Wester, 13 Août 1981.

Le choix de l'Organisation internationale du travail de privilégier la liberté syndicale s'explique peut-être par la structure tripartite de cette instance.

Etant donné que la France n'a pas ratifié toutes les normes internationales précitées, l'impact de la vision organiste du droit international sur le droit français dépend de la ratification de ses normes par la Communauté européenne.

Or l'abstention de ratification par la France démontre que la communauté n'y a pas adhéré en faisant jouer sa compétence externe. Parmi les conventions citées, seules les conventions numéros 87 et 98 ont été ratifiées par la France, respectivement le 28 juin et le 26 octobre 1951.

Cependant la déclaration relative aux principes et droits fondamentaux en droit du travail, adoptée en 1998, oblige les États membres, qu'ils aient ou non ratifié les conventions correspondantes, à respecter et promouvoir certains droits fondamentaux, parmi lesquels la reconnaissance effective du droit de négocier collectivement. La négociation collective volontaire est décrite dans les documents officiels de l'Organisation internationale du travail accompagnant la déclaration⁵²⁷ comme « un processus par lequel les employeurs - ou leurs organisations - et les syndicats ou, faute de syndicats, des représentants librement désignés par les travailleurs, traitent de leurs relations, notamment des conditions d'emploi et de travail ». Etant donné la proximité de la Communauté et de l'OIT, il est probable que ce texte s'applique à la communauté ou, tout au moins, l'influence fortement. La priorité des syndicats à exercer le droit à la négociation doit probablement être reprise dans le cadre de l'Union, notamment, en cas d'adoption d'une norme portant sur l'identité des négociateurs durant les négociations d'entreprises transnationales. Il nous semble que cet élément devrait être intégré par le législateur communautaire.

L'obligation d'accorder une place de choix aux syndicats dans la négociation d'entreprise communautaire est réaffirmée par l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 21 novembre 2006⁵²⁸ qui précise, tout comme l'arrêt Syndicats suédois des conducteurs de locomotive du 5 février 1976, que « le droit à la négociation collective est inhérent à la liberté syndicale »⁵²⁹. Dans ce nouvel arrêt, la Cour, en se basant sur l'article 5 de la Charte sociale européenne, fait état d'un "lien organique

527 Document accompagnant la déclaration sur le site internet de l'Organisation internationale du travail:

http://www.ilo.org/dyn/declaris/DECLARATIONWEB.static_jump?var_language=FR...

528 CEDH, 21 Nov. 2006, Demir et Baykarac/Turquie, JCP G 1997, I, 4000, n° 40.

529 JCP G 2007, II, 10038.

entre la liberté syndicale et la liberté de conclure des conventions collectives." Cela signifierait donc qu'au niveau communautaire, les syndicats qui en auraient envie pourraient négocier, quel que soit finalement le représentant des salariés choisi.

2. Quels choix ?

Il est évident que le droit interne ne sera pas directement régi par le droit communautaire, comme nous l'avons souligné dans une première partie. L'enjeu actuel se situe davantage sur le terrain des entreprises de dimension communautaire, des sociétés européennes (coopératives ou non), car la forme de représentation des salariés durant les négociations reste à inventer et fera probablement l'objet d'une norme européenne, vu que la suprématie nationale voulue par le principe de subsidiarité n'a pas de raison d'être dans la définition de cet organe de représentation. Aussi les syndicats et les états membres doivent-ils se mobiliser pour défendre leur conception de la représentation des salariés pendant les négociations. Certains syndicats français se sont d'ores et déjà préparés à cela en adhérant à la Confédération européenne des syndicats et en portant des propositions à ce sujet.

Dans les solutions étudiées, la question de la représentativité est centrale, puisque cette problématique est au cœur de notre droit national actuel. Elle sera également l'un des enjeux de la création d'un organe spécifique de négociation en droit communautaire.

La pratique de négociation dans les entreprises européennes ou de dimension communautaire démontre que, lorsque l'employeur souhaite négocier, il se tourne - a-t-il réellement un autre choix? - vers les institutions représentatives déjà existantes (a). Or le comité d'entreprise européen est l'organe de représentation commun à toutes les formes d'entreprise de niveau communautaire ; il joue ainsi souvent le rôle d'interlocuteur des employeurs lors de ces négociations.

Il existe d'autres possibilités à envisager, s'appuyant notamment sur les propositions de la Confédération des syndicats créant un organe spécifique (b), que nous allons étudier.

a. Les institutions représentatives existantes dans l'entreprise européenne

La négociation avec des institutions représentatives établies dans l'entreprise reste la

solution privilégiée par les employeurs. Cependant ces organes sont, en principe, dans l'incapacité de représenter l'ensemble des salariés, donc de signer de véritables accords collectifs. C'est pourquoi la mise en place d'un nouvel organe de négociation semble plus propice au développement de la négociation collective au niveau communautaire.

Le comité d'entreprise européen :

« Dans un contexte de la mondialisation des économies, les syndicats d'entreprise pâtissent de l'absence d'instances et de procédures formelles de négociation collective transnationale. Pour pallier ce manque, les comités d'entreprise européens sont parfois sollicités »⁵³⁰. Voilà résumé le dilemme de la négociation dans les entreprises transnationales : la pratique de la négociation est avérée, mais le vide juridique sur la question de la figure de la représentation incite les employeurs à négocier avec l'unique institution légale au niveau communautaire : le Comité d'entreprise européen.

D'ailleurs l'ambiguïté autour du rôle du CEE a été entretenue, puisqu'il fut créé dans un but, entre autres, de dialogue social dans l'entreprise⁵³¹. Or le dialogue social, notion non définie, recouvre en droit interne la négociation collective, puisque la loi du 4 mai 2004 "sur le dialogue social" porte sur les règles de la négociation collective. La loi française de transposition de la directive confirme que la négociation n'est pas étrangère aux CEE, pour preuve en est son intitulé : « Loi n°96-985 du 12 novembre 1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprise de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective. »

Le choix du CEE comme interlocuteur lors des négociations pose différents problèmes, tout d'abord quant à la qualification des actes signés par le comité. Ce dernier est une institution créée dans le but d'informer et de consulter les représentants des travailleurs et non de négocier. Par ailleurs, les membres du CEE ne représentent pas forcément l'ensemble des intérêts des salariés ; ainsi les actes qu'ils négocient en l'absence de toutes normes les y autorisant ont davantage la valeur juridique d'engagements unilatéraux que celle d'accords collectifs d'entreprise.

Dans la mesure où ces actes sont qualifiés d'engagements unilatéraux de l'employeur,

530 Denis Meynent, "Les comités d'entreprise européens et la négociation collective transnationale en entreprise", *Analyses et documents économiques*, n°103, Octobre 2006.

531 3ième considérant du préambule de la directive n°94/45/CE du 22 Sept. 1994 : « la Communauté et les Etats membres ont notamment pour objectif de promouvoir le dialogue social ».

ils ne peuvent pas être contraignants. Les salariés ne peuvent pas se voir obligés par de tels actes, par contre l'employeur est tenu de respecter ses engagements.

Enfin la compétence des tribunaux reste à définir : devant quelles juridictions un salarié, dont l'employeur n'a pas respecté ses engagements, peut-il se plaindre ? Il semble que seules les juridictions nationales puissent aujourd'hui se pencher sur ces questions ; les juridictions de l'Etat où se trouve le siège de l'entreprise devraient alors être compétentes.

La négociation avec le CEE est loin de faire l'unanimité au sein de la Confédération européenne des syndicats, « car elle est perçue comme remettant fondamentalement en cause une prérogative centrale de la fonction syndicale »⁵³². D'ailleurs le comité d'entreprise européen ne représente pas la vision des intérêts de toute la profession, contrairement au syndicat. La représentativité du Comité est limitée aux portes de l'entreprise ; la problématique est identique à celle du comité d'entreprise français. Malgré l'approbation de certains syndicats nationaux adhérents, la Confédération européenne des syndicats est donc opposée à ce que le comité remplisse ce rôle de négociateur, car ce droit de négocier « doit rester seulement et strictement un droit appartenant aux organisations syndicales en raison de leur représentativité reconnue depuis longtemps par la commission (...). Les accords transnationaux en tant que tels doivent être le fait d'acteurs responsables et donc représentatifs au plan collectif, pouvant justifier d'un mandat de leurs membres »⁵³³. « Les CEE, dont il faut se rappeler que les seuls pouvoirs qui leur sont reconnus, sont ceux d'information et de consultation, ne sont pas un organe de négociation en adéquation en l'état actuel de la législation... De plus, introduire une possibilité de négociation transfrontalière ne peut devenir le prétexte à conforter la tendance à une plus grande individualisation de la négociation d'entreprise. »⁵³⁴

Si le CEE s'avère ne pas pouvoir être un signataire de convention collective, il est important qu'il joue un rôle dans la négociation, en l'initiant par exemple. De même, il est souhaitable qu'un lien étroit soit instauré entre cette institution et les futurs négociateurs d'entreprise, afin que la relation entre consultation et négociation puisse être un gage de qualité des négociations au niveau transnational.

532 Denis Meynent, "Les comités d'entreprise européens et la négociation collective transnationale en entreprise", *Analyses et documents économiques*, n°103, Octobre 2006, préc. p. 66.

533 Résolution adoptée au comité exécutif de la Confédération européenne des syndicats des 5 et 6 Décembre 2005.

534 Résolution CES 2005 p. 135.

Certains syndicalistes souhaitent également octroyer au CEE un rôle de suivi des accords.

Le GSN est un autre modèle de représentation des salariés, peut-être plus convaincant du point de vue des syndicats.

La vie juridique du groupe spécial de négociation dans les entreprises de dimension communautaire cesse « lorsqu'une procédure d'information et de consultation ou un comité d'entreprise européen est mis en place, ou s'il décide de mettre fin aux négociations dans les conditions prévues au deuxième alinéa »⁵³⁵. Après cet épisode, il n'existe plus aucun organe de représentation des salariés apte à négocier dans l'entreprise à dimension communautaire. Cette disparition est pour le moins paradoxale dans une période où l'incitation à la négociation est permanente, notamment dans l'entreprise.

En ne prévoyant pas de prolongement d'un organe apte à négocier, le droit communautaire laisse l'entreprise de dimension communautaire sans ressource, d'où le développement de parades sans grande valeur juridique. Cette démarche est assez troublante, puisqu'aucun droit interne ne peut prendre le relais et déterminer de négociateurs compétents pour négocier à ce niveau.

Quant au GSN dans les sociétés européennes, qu'elles soient coopératives ou non, il semble qu'il puisse survivre puisque, s'il n'entame pas les négociations ou s'il les clôt, il peut être convoqué à nouveau, à la suite d'une demande écrite de 10 % des salariés de la SE⁵³⁶. Cette démarche n'est pas possible dans les entreprises de dimension européenne, car il est prévu dans la directive que, face à une telle situation, le GSN doit être reformé. Cependant le GSN constitué dans une société européenne, tout comme dans une entreprise de dimension européenne, ne négocie que sur l'implication des travailleurs dans la SE. Le GSN a cette unique mission, il n'est constitué qu'à cet effet.

La poursuite de négociation sur d'autres thèmes avec cet organe est impossible et ne pourrait pas aboutir à des conventions collectives, mais serait limité à la prise

535 Article L. 2342-8 du Code du travail (L. 439-11 a. C. trav.).

536 Dir. 2001/86/ CE du 8 Octobre 2001 « complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs. », article 3.

d'engagements unilatéraux de la part des employeurs.

Le GSN présente tout de même un intérêt pour les négociations européennes : il aura prouvé la faisabilité de la négociation au niveau communautaire. Cependant sa composition peut être totalement étrangère aux syndicats, puisqu'elle est renvoyée aux droits nationaux. Ce dernier point empêche de faire du GSN un organe permanent de négociation, au vu du droit international du travail et des arrêts de la CEDH.

Le maintien du GSN semble donc compromis, mais la réussite de ce processus de négociation est le signe d'une possible évolution des négociations transnationales.

b. La création d'un organe spécifique

Fort de l'expérience des droits nationaux, l'idéal ne serait-il pas de mettre en place un organe spécifique au droit communautaire, malgré les risques de blocage politique que cela induit?

La seule possibilité pour les syndicats d'imposer une vision plus protectrice de la négociation collective serait d'imposer un organe spécifique à la négociation et de nouvelles règles.

Tout l'enjeu politique se situe donc dans le choix de cet organe ; cette question est d'ailleurs l'objet de réunions régulières de la Confédération européenne des syndicats.

Les solutions avancées par les auteurs de doctrine ou par les praticiens sont nombreuses ; nous en avons retenu quelques-unes et, parmi elles, la possibilité de négociation avec les syndicats nous semble la plus adéquate au vu du droit international et de la jurisprudence communautaire. Dans le cadre des entreprises possédant des filiales autonomes, deux solutions existent⁵³⁷ quant à la représentation des salariés : un représentant syndical des salariés propre à chaque filiale, donc en fonction de ce que prévoit le droit applicable dans la filiale en question, ou des représentants d'un syndicat européen de l'entreprise mandaté pour négocier au niveau européen. Cette réponse privilégie donc la présence syndicale, ce qui ne peut que réjouir la Confédération européenne des syndicats. D'ailleurs cette dernière a sûrement un rôle à jouer dans la détermination de l'organe de représentation des salariés pendant les négociations d'entreprise.

En attendant, les syndicats se mobilisent essentiellement sur une définition de la

537 Selon Roger Blanpain et Jean-Claude Javillier, *Droit du travail et droit communautaire*, L.G.D.J., 2e édition, 1995, p. 139.

négociation dans les entreprises transnationales ; c'est pourquoi la CGT se dit inquiète par le fait que la négociation d'entreprise transnationale provoque un « nivellement des garanties acquises au niveau national » et soit une « Négociation centrée sur l'entreprise avec un risque d'effacement de la négociation (et donc de la régulation) sectorielle, susceptible de mettre en concurrence les salariés de l'entité transnationale en entreprise avec ceux des autres entreprises de leur secteur professionnel européen, ce qui pourrait à terme déboucher sur un modèle de régulation "corporatiste" »⁵³⁸ .

Ceci implique de définir des règles juridiques pour prévenir ce cas de figure, c'est-à-dire la création d'une clause de non-régression, tout à fait assimilable à notre "principe de faveur", afin de ne pas assister à une « érosion des garanties collectives »⁵³⁹. Cela nécessiterait également de redéfinir l'articulation entre niveaux de négociation transnationaux mais aussi avec les niveaux nationaux.

Cette volonté de définir des règles encadrant la négociation d'entreprise transnationale correspond à une volonté de déterminer l'objet de la négociation ; or, comme nous l'avons vu en droit interne, la définition de l'objet de la négociation passe par la détermination des négociateurs. La question des représentants des salariés reste donc au cœur de l'enjeu des négociations d'entreprise. Cependant la Confédération européenne des syndicats ne propose pas réellement de solution, puisqu'elle se contente d'identifier les règles juridiques structurant un cadre communautaire de la négociation dans les entreprises transnationales en énumérant, dans sa résolution consacrée à l'évaluation de la négociation collective européenne 2006⁵⁴⁰, les grandes questions à résoudre :

- « les normes de validation des accords transnationaux, leur force obligatoire, l'extension de celle-ci, ce qui exigera un cadre juridique européen adapté au sein du système normatif européen ;
- les procédures de sanction et les voies de recours ;
- la spécialisation de la Cour de justice dans le domaine du droit du travail ;
- les actions destinées à gérer les éventuels conflits d'intérêt pendant la négociation ou la mise en œuvre des accords ;

538 Denis Meynent, "Les comités d'entreprise européens et la négociation collective transnationale en entreprise", *Analyses et documents économiques*, n°103, Octobre 2006. p. 65.

539 Denis Meynent, préc.

540 Résolution adoptée au comité exécutif de la CES les 5 et 6 Décembre 2005.

- la question de la hiérarchisation des normes négociées au niveau transfrontalier au sein des différents niveaux contractuels. »

Le rapport entretenu entre droit à la négociation et identité des représentants des salariés n'est pas assez mis en relief par la Confédération européenne des syndicats, selon nous. La grande revendication de la CES dans ce domaine est que les négociations restent l'apanage des syndicats, mais la forme de cette représentation n'est pas explicitée. La réunion de la CES durant le mois de mai 2007 apportera peut-être plus de précision sur la forme des représentants des salariés et sur la question de la représentativité des syndicats adhérents. Cette question est abordée dans le document préparatoire du congrès de la CES qui se tiendra à Séville du 21 au 24 mai 2007.

« La définition ponctuelle des acteurs impliqués et leur représentativité. Pour la CES cette représentativité est accordée exclusivement aux organisations syndicales, en tant que porteuses d'une représentation collective qui peut aussi entraîner des effets juridiques. Donc le droit à donner un mandat à négocier et le droit de signature doivent rester strictement un droit appartenant aux organisations syndicales. »⁵⁴¹

Le problème de la représentativité et du mandat des représentants est posé par la CES et peut être opposé au GSN et à sa légitimité contestable, mais cela ne constitue pas une réelle proposition d'organe de négociation.

Sylvaine Laulom propose une solution⁵⁴² à cette quête d'identité des représentants des salariés et nous soumet une procédure de négociation dans ces entreprises transnationales : une directive définirait le cadre optionnel pour une négociation transnationale qui aboutisse à des accords dotés d'effets juridiques. Selon l'auteur, les structures de représentation existantes dans l'entreprise ne peuvent pas devenir les acteurs de la négociation dans le cadre de l'entreprise transnationale, dans la mesure où les syndicats ne sont pas assurés d'y avoir une place ; ce sont donc les Fédérations européennes de secteur qui négocieront, leur représentativité sera appréciée au regard des critères déjà définis par la Commission européenne. Ces acteurs seraient mis en place par une négociation du type de celle menée par le GSN pour instaurer la CEE.

Les CEE conservent une place, puisqu'ils pourront initier des négociations, tout comme

541 Comité exécutif CES 7-8/12/06 p. 167.

542 Sous la direction de Sylvaine Laulom, *Recomposition de représentation des salariés en Europe*, Publication de l'Université de Saint-Etienne, 2005, p. 628 et s.

les directions d'entreprise.

Enfin il existe des projets d'accord portant sur la mise en place d'une instance européenne de négociation répondant à une volonté de s'engager dans de réelles négociations d'accord sociaux européens. Ces accords recouvrent des propositions différentes ; ils peuvent proposer des instances de négociations composées de l'employeur, mais également des Fédérations européennes et de représentants des salariés, certains édictent un principe majoritaire. En tous les cas, il semble difficile que ces organes puissent réellement produire des accords d'entreprise engageant salariés et employeurs.

La seule solution pour permettre l'instauration d'un réel dialogue social dans les entreprises de dimension communautaire reste la législation communautaire.

Parallèlement à cette recherche de réponses à l'exigence de la mise en place d'un réel dialogue social au niveau communautaire, le droit interne connaît une évolution de sa représentation. On observe une forme d'articulation des procédures, plus proche d'une nouvelle forme de participation que d'un simple enchevêtrement de la négociation et de la consultation.

Le droit communautaire n'est pas étranger à cette nouvelle forme de représentation des salariés. L'inspiration du législateur français a probablement des sources européennes.

CHAPITRE 2

LA NÉGOCIATION

SUR LA

CONSULTATION

L'articulation de la négociation et de la consultation était uniquement issue de la pratique interinstitutionnelle, d'une collaboration entre les délégués syndicaux et le comité d'entreprise sans qu'aucun cadre légal n'existe. Depuis 2005, cette articulation trouve des réponses législatives ponctuelles en droit interne.

En effet, des thèmes nouveaux, autrefois réservés à la consultation, ont été ouverts à la négociation par des lois récentes. L'un de ces thèmes porte sur la procédure de consultation du comité d'entreprise en cas de licenciement économique collectif⁵⁴³. La négociation porte alors automatiquement sur l'articulation nouvelle qui existe entre négociation et consultation.

Ces nouvelles lois ont été influencées par le droit communautaire. Les directives traitant - de manière connexe - de cette question ne sont pas sans ascendant sur le droit français. L'apparition de négociation portant spécifiquement sur l'articulation de la négociation et de la consultation, notamment pendant les procédures de licenciement économique collectif, est une forme de réception indirecte⁵⁴⁴ du droit communautaire.

Ainsi, depuis quelques années, deux formes d'articulation de la négociation collective et de la consultation coexistent : il s'agit de la "navette représentative" et des

543 Il s'agit de la loi n° 2005-32 du 18 Janvier 2005 qui pérennise les accords de méthode, permettant de redessiner par accords la procédure de consultation du comité d'entreprise en cas de licenciement économique collectif.

544 La loi n° 2005-32 du 18 Janvier 2005 n'est pas présentée comme la transposition d'une directive européenne, aussi la réception du droit communautaire ne peut-elle qu'être indirecte.

négociations collectives portant sur la consultation. La forme la plus ancienne d'articulation (la navette représentative) n'est pas régie par un texte de loi, tandis que les négociations sur la forme de la consultation ne semblent s'appliquer que lorsqu'un texte de loi le prévoit (dans la mesure où l'accord peut déroger *in pejus* à la loi).

La négociation sur la consultation va au-delà d'une simple articulation des procédures, elle place la consultation sous sa tutelle. Les deux procédures ne s'articulent pas, l'une prend le dessus sur l'autre. D'ailleurs, l'articulation négociée entre les deux procédures va bousculer la représentation des salariés (Section 1), puisqu'elle instaure un rapport de dépendance entre le comité d'entreprise et le délégué syndical. Le rapport entre le comité d'entreprise et les délégués syndicaux est donc complexe parce qu'il existe une relation de sujétion.

Parallèlement à cette négociation sur la consultation, d'autres thèmes nouveaux sont ouverts à la négociation. Ces thèmes sortent du cadre de la définition légale de la négociation.

Les accords permettant de décider du contenu de la consultation, tout comme ceux qui traitent de thèmes se situant en-dehors du périmètre de la négociation, sont d'un genre nouveau qui ne répond pas à la définition légale de la négociation. Il s'agirait plutôt de la création d'une nouvelle forme de participation (Section 2).

Doit-on analyser la possibilité de négocier sur la consultation comme constitutive en elle-même d'un nouveau mode de participation ? Ou bien l'ensemble de ces nouveaux thèmes, exorbitant du droit commun de la négociation, forment-ils cette nouvelle déclinaison du principe de participation ?

Section I - UNE NOUVELLE FORME D'ARTICULATION QUI BOULEVERSE LA REPRÉSENTATION DES SALARIÉS

Cette nouvelle forme d'articulation de la consultation et de la négociation a vu le jour dans un contexte où le législateur a ouvert la négociation à de nouveaux thèmes (§1). Il s'agit souvent de thèmes qui ne faisaient pas l'objet de négociations avant l'apparition de ces nouvelles lois⁵⁴⁵. La négociation vient donc occuper un créneau autrefois dédié à la consultation.

La négociation va notamment porter sur les formes de la consultation, ce qui va inévitablement engendrer une concurrence entre les délégués syndicaux et le comité d'entreprise. Ce phénomène peut s'analyser comme une nouvelle forme de représentation (§2).

§1. VARIATION AUTOUR DE L'ARTICULATION DE LA NÉGOCIATION ET DE LA CONSULTATION

La "navette sociale" se met principalement en place lorsque des thèmes traités sont communs à la consultation et à la négociation (A), mais des lois récentes (notamment celle du 18 janvier 2005) autorise la mise en place d'une négociation ayant pour objet l'articulation de la négociation et de la consultation (B).

A - L'ARTICULATION DES PROCÉDURES SE JUSTIFIAIT PRINCIPALEMENT PAR UNE IDENTITÉ DES THÈMES ABORDÉS

La consultation et la négociation s'articulent lorsque le thème traité est commun. Cependant il existe une différence d'implication du syndicat, selon qu'il s'agit de l'une ou de l'autre des formes de la participation. Le degré d'implication varie entre codécision et contrôle (1).

545 Il s'agit essentiellement de la loi n° 2005-32 du 18 Janvier 2005 qui permet la conclusion d'accord de méthode et d'accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.

Jusqu'aux années 2000, la négociation semblait avoir un périmètre bien défini, une délimitation claire des problématiques existait (2). Ainsi les rôles des délégués syndicaux et du comité d'entreprise étaient bien définis, tout comme leur implication dans les décisions patronales.

1. Entre codécision et contrôle

Selon qu'il s'agit de la négociation ou de la consultation, les représentants des salariés soit co-décident avec l'employeur, soit effectuent un contrôle et essaye d'influencer sa décision. Leur implication dans la prise de décision de l'employeur varie donc selon la forme de participation (a). De même, une distinction dans le degré d'implication des représentants du personnel peut également être notée selon le thème de consultation (b).

a. L'implication du syndicat varie selon la forme de la participation

Le législateur a fait le choix de rester fidèle à la scission opérée dans l'alinéa huit du préambule de la Constitution entre la détermination des conditions de travail et la participation à la gestion de l'entreprise. Il a pris le parti de développer deux formes de participation à part entière : la négociation pour permettre à chaque salarié de participer par l'intermédiaire d'un représentant à la détermination des conditions de travail, et la consultation du comité d'entreprise comme moyen de participer à la gestion de l'entreprise.

La distinction entre la détermination des conditions de travail et la participation à la gestion de l'entreprise n'induit pas une séparation nette entre les problématiques soumises à consultation et celles qui sont traitées par voie de négociation. En effet, l'inventaire des thèmes propres à chacune des formes de participation n'est pas toujours évident à établir car il existe de nombreuses thématiques pouvant donner lieu, tant à une consultation qu'à une négociation : les conditions de travail, par exemple sont un thème faisant appel aux deux formes de participation. En effet, la détermination au sens constitutionnel des conditions de travail est souvent considérée comme l'apanage de la négociation collective, mais l'article L. 2323-6 du Code du travail (L. 432-1 a. C. trav.⁵⁴⁶) précise que « le comité d'entreprise est informé et consulté sur les questions intéressant [...], sur les mesures de nature à affecter le

546 Et bien avant lui, l'ordonnance du 2 Février 1945 dans son article 2 énonçait que « Le comité d'entreprise coopère avec la direction à l'amélioration des conditions collectives de travail et de vie du personnel ».

volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle ». De même, l'article L. 2323-27 du Code du travail (L.432-3 a. C. trav.) précise que « Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les problèmes généraux intéressant les conditions de travail résultant de l'organisation du travail, de la technologie... ». En conséquence, la consultation du comité d'entreprise porte également sur les questions qui concernent les conditions de travail. Mais, en la matière, il ne s'agit que d'une consultation sur les conséquences éventuelles de futures décisions de l'employeur. La consultation ne porte pas sur la détermination des conditions de travail, mais sur l'incidence des décisions de l'employeur sur les conditions de travail.

La question des conditions de travail a toujours été commune au comité d'entreprise et au délégué syndical, mais l'approche est différente. La consultation avait pour objet d'examiner les conséquences sociales d'un projet économique, tandis que la négociation avait pour objet la détermination des conditions de travail. Il existe subséquemment une gradation dans la forme de la participation puisque, à travers la négociation, il ne s'agit plus uniquement de donner son avis mais bien de décider avec l'employeur des conditions de travail.

L'implication du syndicat représentant les salariés est différente, elle est beaucoup plus directe dans le cadre de la négociation que dans celui de la consultation. Effectivement, la négociation induit une participation plus importante des salariés dans la détermination de leurs conditions de travail puisque, selon Jean-Pierre Chauchard, la négociation « a vocation à poser des normes d'application générale, la négociation collective est appelée à se substituer, au moins partiellement à la loi. C'est d'elle, en effet, que vont procéder les règles collectives applicables à la durée du travail, au salaire, à la maladie, etc. »⁵⁴⁷. Dans l'entreprise, syndicats signataires et employeurs créent donc une norme, si l'on considère l'aspect réglementaire de la convention ; ainsi, aux yeux de Jean-Pierre Chauchard, le syndicat est co-décisionnaire des conditions de travail.

Si le syndicat est bien co-décisionnaire des conditions de travail, nous ne pouvons cependant pas affirmer que, de la même façon, il en est entièrement co-responsable. En effet, le syndicat se contente d'essayer d'obtenir des avancées sociales ou de limiter les régressions sociales, au vu « des réalités économiques et des choix de gestion qui lui

547 Jean-Pierre Chauchard, "Conventions et accords collectifs de travail" , *Encyclopédie Dalloz travail 1995*, p. 7.

sont imposés et pour lesquels il n'a aucun pouvoir de décision »⁵⁴⁸ puisque, « comme instrument d'une politique du travail, la négociation collective est une technique qui apparaît étroitement tributaire des réalités industrielles, sociales, économiques et politiques. Mettant en présence les forces organisées du capital et du travail à propos de matières sur lesquelles existe une opposition d'intérêts, elle vise la conclusion d'une convention collective de travail. Cette dernière traduira à la fois l'existence d'une décision prise en commun et la volonté partagée de réglementer les rapports de travail. »⁵⁴⁹. Ainsi la détermination des conditions de travail dépend de données pour lesquelles le syndicat, les représentants du personnel n'ont pas de pouvoir de décisions. La négociation tient compte des conséquences des décisions économiques prises par l'employeur. Les délégués syndicaux négocient à partir d'un état de fait qui est celui de la situation économique de l'entreprise, au jour où les négociations ont lieu. Les négociations permettent d'aménager les conséquences de décisions qui n'appartiennent ni aux syndicats, ni aux salariés.

C'est d'ailleurs une des explications de l'émergence des négociations dites de gestion ou de substitution puisque, comme l'explique Jacques Barthélemy, « La pratique tend à remplacer la classique négociation d'addition par une négociation de substitution. »⁵⁵⁰. Ces dernières ne permettent pas d'obtenir une amélioration des conditions de travail, bien au contraire, il s'agit souvent de céder des droits des salariés contre un engagement de l'employeur portant sur l'emploi⁵⁵¹. En effet, les syndicats doivent négocier sous la menace économique sans cesse agitée par l'employeur, aussi la tendance est à la concession de droit en faveur du maintien de l'emploi. Si les délégués syndicaux jouaient un rôle plus grand dans la gestion de l'entreprise la donne serait changée.

b. Une gradation de l'implication du syndicat selon les thèmes de consultation

L'implication du syndicat, des salariés, en plus d'être variable, selon qu'il s'agit de négociation ou de consultation, connaît également des degrés différents dans l'implication des salariés en fonction des thèmes de consultation. Néanmoins, même lorsque le thème de consultation requiert une forte implication, il ne s'agit jamais de codécision. Au sein même de la procédure de consultation, nous pouvons distinguer

548 Jean-Pierre Chauchard, "Conventions et accords collectifs de travail ", Encyclopédie Dalloz travail, 1995, p. 7 § 37.

549 J-P Chauchard, préc., p. 4 §1.

550 Jacques Barthélemy, "Négociation collective d'entreprise : dérogations et concessions ", *Dr. soc.* n° 7/8, 1988, p. 554.

551 Cet engagement est plus ou moins impératif. Voir la thèse de Tamar Katz, *La Négociation collective et l'emploi*, LGDJ, 2007.

une implication différente du comité d'entreprise selon le thème abordé. Il existe donc des sous-ensembles de thème de consultation.

En plus de distinguer la négociation de la consultation en terme de participation, d'engagement des syndicats, nous pouvons essayer de distinguer deux grands types de mesures patronales soumises à la consultation du comité d'entreprise. Cette classification est complexe à opérer et reste imparfaite puisque « le législateur n'a pas choisi nettement entre deux méthodes... : poser un principe général de compétence ; poser au contraire des règles spéciales »⁵⁵². Il est alors difficile de créer des catégories de thèmes sur lesquels doivent porter la consultation du comité d'entreprise. Néanmoins, on peut identifier les principales catégories de sujets donnant lieu à consultation : l'organisation, la gestion, le fonctionnement de l'entreprise d'une part, les questions de conditions et d'organisation du travail d'autre part. La question particulière des difficultés de l'entreprise se rapportent à des problèmes d'organisation, de gestion ou de fonctionnement de l'entreprise.

La première catégorie de mesures nécessitant la consultation du comité d'entreprise se caractérise par le fait qu'il s'agit d'assurer l'expression collective des salariés, par le biais de leurs représentants, sur les choix de gestion de l'entreprise ayant des conséquences directes sur l'emploi. Le comité d'entreprise est donc appelé à se prononcer sur la décision proprement dite : « Le comité est obligatoirement saisi en temps utile des projets de restructuration et de compression des effectifs. Il émet un avis sur l'opération projetée et ses modalités d'application »⁵⁵³.

Concernant les questions de conditions de travail, le comité d'entreprise est directement interrogé sur les conséquences de certains choix opérés par l'employeur : « A cet effet, il étudie les incidences sur les conditions de travail des projets et décisions de l'employeur dans les domaines mentionnés au premier alinéa⁵⁵⁴ et formule des propositions »⁵⁵⁵, et non sur la décision de l'employeur. « Le processus de prise de décision et de consultation est donc le suivant :

- le chef d'entreprise prend des décisions ponctuelles concernant l'organisation du travail, la technologie, les conditions d'emploi, l'organisation du temps de travail, les

552 Joseph Jehl, *Le Comité d'entreprise : attributions économiques et professionnelles*, GLN Joly éditions, 1991, p. 100.

553 Article L. 2323-15 du Code du travail (L. 432-1 a. C. trav.).

554 Il s'agit des « problèmes généraux intéressant les conditions de travail résultant de l'organisation du travail, de la technologie, des conditions d'emploi, de l'organisation du temps de travail, des qualifications et des modes de rémunérations. » : article L. 2323-27 du Code du travail (L. 432-3 a. C. trav.).

555 Article L. 2323-27 du Code du travail (L. 432-3 a. C. trav.).

qualifications et les modes de rémunération ;

- la consultation du comité porte ensuite sur « les problèmes généraux concernant les conditions de travail » résultant de ces décisions ; ce sont donc celles-ci, dont l'existence déclenche un processus de consultation qui ne s'applique pas à elles-mêmes mais à certaines de leurs conséquences ; dans le cadre de cette procédure de consultation, le comité « étudie les incidences... des projets et décision de l'employeur (al. 2°). »⁵⁵⁶

La distinction est nette entre les consultations portant sur la décision de l'employeur et celles qui ne concernent que les conséquences d'une décision. L'engagement des représentants des salariés est moindre lorsque le comité d'entreprise s'exprime sur les conséquences d'une décision que lorsqu'il s'engage sur la décision elle-même. Dans ce dernier cas, si l'avis du comité d'entreprise est suivi par l'employeur, il s'agit d'une participation plus directe des salariés dans le choix de gestion de l'employeur. Cependant, même dans cette situation précise, nous ne pourrions pas affirmer que la prise de décision résulte d'une coopération ou encore d'une forme de cogestion. Cette qualification serait erronée, puisqu'il ne s'agit que de donner un avis sur un choix de gestion et non de décider ensemble de la meilleure gestion possible de l'entreprise, en fonction de l'intérêt des salariés et de la situation économique de l'entreprise.

La dichotomie opérée entre les types de participation est essentielle à la compréhension de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution et à la perception des changements d'implication du syndicat entraînés par les thèmes de négociations ouverts récemment.

La séparation classique est la suivante : d'une part les salariés pourront déterminer leurs conditions de travail, de l'autre ils pourront participer à la gestion de l'entreprise. Cette seconde partie a toujours posé question, quant à la lecture restrictive du droit à la participation à la gestion de l'entreprise opérée par le législateur. Au-delà du fait que bien souvent les employeurs n'ont pas souhaité jouer le jeu d'une participation pleine et entière des salariés, la participation limitée dans le domaine de la gestion de l'entreprise découle surtout d'un choix politique et syndical. En effet, le législateur n'a

556 Marie-Claude Oury-Gateland et Philippe Levy, *Le Droit des partenaires sociaux dans l'entreprise*, Litec 1985, p. 36 et 37.

jamais encouragé une négociation qui permettrait de prendre directement part à la gestion de l'entreprise. Cela correspondrait pourtant à l'esprit des fondateurs du comité d'entreprise, puisqu'il est connu que « parmi les réformes préconisées par le conseil national de la Résistance, figurait au premier plan la participation des travailleurs à la gestion des entreprises. On envisageait d'accorder aux représentants du capital et du travail la direction en commun des sociétés »⁵⁵⁷.

En plus du législateur, certains syndicats⁵⁵⁸ ont, eux aussi, émis des réticences au sujet de cette forme de participation des salariés. Dès lors, le comité d'entreprise est devenu « un instrument d'intervention, de formation et de contre-propositions dans le domaine de la gestion de l'entreprise. Il suit l'évolution de celle-ci et conteste, le cas échéant, les choix de la direction sans jamais participer lui-même à la gestion »⁵⁵⁹. Il ne s'agit aucunement d'une forme de codécision, d'ailleurs l'ordonnance du 22 février 1945 qui met en place les comités d'entreprise indique « qu'ils ne sont pas, dans le domaine économique, des organismes de décision », « qu'ils ne sauraient avoir de caractère revendicatif », « ils doivent être le signe de l'union féconde de tous les éléments de la production » et « un instrument de « coopération ». Mais même l'idée de coopération sera rapidement rejetée : André Brun et Henri Galland concluent que « L'esprit de coopération que le législateur entendait instaurer au sein du comité d'entreprise entre la direction et les représentants du personnel est souvent resté à l'état de vœu. La méfiance qui existe de part et d'autre a faussé l'institution... »⁵⁶⁰. Effectivement le terme de coopération fut réfuté par de nombreux syndicats, soit parce qu'ils estimaient n'être dotés d'aucun pouvoir de codécision réel, ou alors parce qu'ils nourrissaient une méfiance envers cette forme de participation. Les syndicats voient finalement dans les comités d'entreprise « un organe de contrôle et non de collaboration »⁵⁶¹ et un biais par lequel s'introduire dans l'entreprise.

Lorsqu'il s'agit de « décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise »⁵⁶², les syndicats ont (tout au moins jusqu'au début des années 2000) fait le choix de refuser de négocier sur ces questions, ne souhaitant pas s'impliquer outre mesure dans des décisions patronales, sur lesquelles ils n'ont aucune prise. La représentation se limitait, sur ces questions, à une consultation du comité

557 André Brun, Henri Galland, *Droit du travail, tome 2 Les Rapports collectifs de travail*, 2^{ème} édition, 1978, p. 221.

558 C'est le cas de la tendance majoritaire de la CGT. Jean Pierre Le Crom, *L'Introuvable démocratie sociale*, Editions Syllepse, 2003, p. 47.

559 Maurice Cohen, *Le Droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, L.G.D.J, 8^{ème} édition, 2005, p. 66.

560 André Brun, Henri Galland, *Droit du travail, tome 2 Les Rapports collectifs de travail*, 2^{ème} édition, 1978, p. 252.

561 André Brun, préc. p. 290.

562 Article L. 2323-1 du Code du travail (L. 431-4 a. C. trav.).

d'entreprise.

En résumé, le syndicat négocie en fonction des choix faits par l'employeur mais, dès qu'il s'agit de prise de décision dans le domaine économique par exemple, la participation se réduit à une consultation du comité d'entreprise. Il s'agit alors d'un simple contrôle de ce qui est décidé par l'employeur, avec pour objectif d'influencer la décision finale dans le sens de l'intérêt des salariés.

Le comité d'entreprise essaie de contester ou d'aménager la décision de l'employeur, alors qu'une négociation sur la gestion de l'entreprise reviendrait à partager la prise de décision. Le comité d'entreprise a vocation à contrôler la gestion de l'entreprise et non pas à s'y associer. De cette façon, on ne peut pas tenir les syndicats pour responsables de l'état économique de l'entreprise. En effet, comme l'exprime Jean Pierre Le Crom⁵⁶³, les syndicats n'ont jamais été associés à ces décisions ; en conséquence l'ancien article L. 432-1⁵⁶⁴ qui parlait de « coopération avec la direction »⁵⁶⁵ employait une terminologie récusée par certains syndicats.

L'ambiguïté du rôle du comité d'entreprise réside dans le choix de l'association des salariés aux décisions patronales, au détriment d'une réelle participation des travailleurs. De nombreux syndicats ne souhaitaient pas être associés, par le biais de la négociation, à des décisions sur lesquelles ils n'ont pas réellement de pouvoir de décision⁵⁶⁶. Puisque le choix politique fut de maintenir « l'autorité de la direction »⁵⁶⁷ intacte et simplement d'associer étroitement le personnel à la marche de leur entreprise, les syndicats n'ont pas souhaité, au regard de cette situation ou par posture idéologique, assumer la responsabilité des décisions économiques prises par l'employeur. Dès lors, le comité d'entreprise essaie d'influencer ces décisions mais n'y prend pas part. Les syndicats avaient choisi de conserver une distance par rapport à la prise de décision patronale.

Ce choix politique et syndical s'est, jusqu'à présent, traduit par un tri des thématiques sur lesquelles la négociation est possible ou non. Ainsi, jusqu'en 2003, l'objet de la négociation se limitait à une interprétation stricte de la première partie de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution : il s'agissait uniquement de déterminer les conditions de

563 Jean-Pierre Le Crom, *L'Introuvable démocratie sociale*, Syllepse, 2003.

564 Ancien article parce qu'il s'agit de lois antérieures à celle en vigueur au moment de la recodification. Le terme ancien ne signifie pas ici ancien Code du travail mais il se réfère à une loi qui n'existait plus au moment de la recodification.

565 Le terme de coopération était déjà présent dans l'article 2 de l'ordonnance de 1945.

566 Soit par méfiance pour ce type de participation, soit parce qu'ils estimaient qu'ils auraient dû avoir un rôle plus important en matière économique : c'est le cas de la CFTC. Jean Pierre Le Crom préc. p. 47.

567 Jaques Le Goff, *Du silence à la parole*, Calligrammes 1989, p. 151.

travail et tout autre sujet semblait exclu du champ de la négociation. Il était impossible de négocier une décision de gestion avec l'employeur.

2. Une délimitation claire des thématiques traitées par la négociation collective

La définition légale de la négociation permettait de définir le périmètre des sujets traités par la négociation (a), donc ceux qui étaient soumis à la consultation ou à la négociation. Mais depuis cinq années environ, de nouveaux thèmes sont ouverts à la négociation (b). L'une des singularités de ces nouveaux sujets est qu'ils sortent du champ de la définition légale de la négociation.

a. La définition légale de la négociation réduit le périmètre des sujets traités

La nature intrinsèque de la négociation est de permettre la définition des conditions de travail ; a contrario une négociation sur des questions autres que celles des conditions de travail ne pourrait pas être qualifiée de négociation (au sens de la transcription législative actuelle de la première partie de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution).

Même si le champ de la négociation est en expansion continue et que les thèmes pouvant être abordés sont de plus en plus divers, la négociation n'avait jamais porté sur la gestion économique de l'entreprise jusqu'aux années 2000. Les conséquences de cette gestion sont probablement indirectement discutées au travers de la définition des conditions de travail, mais il ne s'agit pas d'une ingérence directe dans les choix de l'employeur. Les syndicats se contentent de discuter en fonction de ces choix et tentent de les aménager.

La définition légale de l'objet de la négociation semble être antinomique avec une quelconque possibilité de négocier directement les choix économiques de l'employeur. En effet, même si le lien est évident entre les conditions de travail et les décisions économiques de l'employeur, il ne s'agit pas des conditions de travail au sens strict.

Peut-on qualifier de négociation, au sens de l'article L. 2221-1 du Code du travail (L. 131-1 a. C. trav.), des discussions entre protagonistes sociaux qui porteraient sur des objets autres que les conditions de travail, les conditions d'emploi ou les garanties sociales ?

b. Des accords portant sur des thématiques échappant à la définition légale de la négociation.

La nature des sujets apporte une indication sur la forme de la participation adéquate, la négociation pour tout ce qui relève des conditions de travail et la consultation pour ce qui est du domaine de la gestion de l'entreprise. Ainsi il est utile de procéder à une classification des thématiques faisant l'objet de négociation ou de consultation pour établir une définition plus poussée de ces deux formes de participation.

La possibilité d'articuler les deux formes de participation dépend également du sujet abordé. Si c'est un sujet devant faire l'objet d'une consultation et d'une négociation, l'articulation sera de fait, même si elle n'est pas encadrée légalement. La forme la plus aboutie est alors la navette représentative.

Cependant, on a vu apparaître dans des lois récentes, portant sur des nouveaux thèmes de négociations (notamment sur les procédures de licenciements économiques collectifs), la possibilité de négocier le rapport entre consultation et négociation collective.

Il s'agit de sujets nouveaux de négociation et le législateur a jugé utile d'encadrer leur articulation avec la consultation.

Ce sont les premiers textes⁵⁶⁸ qui proposent un cadre légal à l'articulation des formes de participation. Il ne s'agit pas de fixer une règle générale qui définirait un processus ou une procédure, officialisant la navette représentative. Il s'agit plutôt d'un encadrement ponctuel, puisque les lois proposant cela restent peu nombreuses et concernent des sujets de négociations très précis, nouvellement ouverts à la négociation.

B - DE NOUVEAUX THÈMES DE NÉGOCIATION POUR UNE NOUVELLE FORME D'ARTICULATION

Il existe une multitude de domaines dans lesquels la négociation et la consultation sont requises, ce qui explique en partie la mise en place de la navette représentative. Ainsi l'articulation négociation-consultation n'est pas prévue par la loi, mais lorsque la

568 Loi n° 2005-32 du 18 Janvier 2005; Loi n°2006-1640 du 21 Décembre 2006.

négociation s'effectue sur un thème donnant lieu à consultation, la coexistence des deux formes de participation se conjugue de façon implicite.

Ces consultations-négoiations existent notamment en matière de durée du travail, de conditions de travail, de formation professionnelle, d'égalité professionnelle ou encore d'épargne salariale.

Cependant, jusqu'en 2005, il existait des domaines "réservés", surtout en matière économique, où la participation des travailleurs se limitait à la consultation du comité d'entreprise. Il s'agissait notamment des mesures affectant le volume ou la structure des effectifs, des projets de licenciement économique, des projets de modification de l'organisation économique ou juridique, de l'emploi ou encore des projets⁵⁶⁹ d'introduction de nouvelles technologies ayant des conséquences sur l'emploi. Il existait donc des domaines spécifiques à la consultation.

Depuis la loi de programmation de la cohésion sociale⁵⁷⁰, plusieurs thèmes nouveaux de négociation sont apparus dans le paysage législatif. Il s'agit de la procédure de licenciement économique, du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi avec les accords de méthode (1), de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (2) et de l'exercice du droit de grève dans certaines entreprises de transports.

Ces thématiques se distinguent des thèmes de négociations classiques en ce qu'elles ne se contentent pas de déterminer les conditions de travail des salariés, mais portent sur des droits centraux comme le droit à l'emploi, à la grève ou encore le droit à la formation. Leur singularité provient du fait qu'elles impliquent les syndicats dans une forme nouvelle de participation à la gestion de l'entreprise.

1. Les accords de méthode

Ces "accords de méthode" permettent de définir le rôle du comité d'entreprise en cas de licenciement économique collectif. Il s'agit à la fois de contractualiser la procédure de licenciement collectif (a) mais aussi, de manière facultative, de définir le contenu du plan de sauvegarde des emplois. Quel que soit le contenu de l'accord, ce type de négociation est exorbitant du champ classique de la négociation et ouvre la possibilité de déroger à la procédure légale de licenciement collectif. (b).

569 Quentin Urban, "Comité d'entreprise (Rôle et attributions en matière économique)", *Dalloz encyclopédie*, 2004, p. 4 § 3.

570 Loi n° 2005-32 du 18 Janvier 2005.

a. La contractualisation de la procédure de licenciement

La loi de modernisation sociale⁵⁷¹ avait permis au comité d'entreprise de peser un peu plus dans les décisions patronales en cas de restructurations, essentiellement en cas de projet de licenciement collectif de plus de dix personnes dans une période de trente jours. Dans ce cadre légal spécifique, le comité était pourvu de moyens allant jusqu'à un quasi droit de contestation du projet ; il disposait d'un droit d'opposition au projet patronal, l'usage de ce droit déclenchant l'intervention d'un médiateur⁵⁷².

Au moment où le comité d'entreprise était en pleine possession des moyens ouverts par la loi de modernisation, les crispations des praticiens⁵⁷³, des employeurs, voire de certaines catégories de salariés⁵⁷⁴, se sont cristallisées sur l'action du comité d'entreprise pendant les « grandes procédures » de licenciement. Les motifs étaient multiples mais l'accusation principale portait sur le fait que les mesures nouvelles étaient employées dans un but essentiellement dilatoire, ce qui mettait en péril la survie financière de l'entreprise qui, par définition, était déjà fragile.

Le fait est que le comité d'entreprise ne disposait pas de moyens pour peser directement sur la décision de l'employeur. Les syndicats souhaitaient obtenir une possibilité d'intervention autre mais leurs exigences d'une véritable information-consultation, ouvrant une possibilité d'intervenir et d'aménager la décision patronale n'ont jamais été satisfaites. Face à cette impuissance, la solution parfois adoptée par les représentants du personnel consistait à gagner du temps⁵⁷⁵, afin que les salariés les moins qualifiés soient payés le plus longtemps, solution délicate lorsque l'entreprise connaît déjà de grosses difficultés économiques.

De ce fait, le comité d'entreprise d'abord choisi pour sa "malléabilité" devenait gênant, comme l'exprime Pascal Rennes « ce n'est qu'assez récemment que leurs attributions, leur fonctionnement sont ouvertement remis en cause, mais c'est bien sûr au moment où ils arrivent à une certaine maturité... »⁵⁷⁶.

571 Loi n° 2002-73 du 17 Janvier 2002.

572 Ancien article L. 432-1 du Code du travail (datant de la loi de modernisation sociale).

573 Bernard Bruhnes, "Le droit du licenciement collectif : les humeurs d'un praticien", *Dr. Soc.* n°1, Janvier 2003, p. 40.

574 Il s'agit essentiellement des salariés les plus qualifiés qui avaient de grandes chances de retrouver rapidement un emploi et s'offusquaient donc des mesures dilatoires entreprises par le comité d'entreprise pour satisfaire les salariés les moins qualifiés qui, par crainte du chômage, préféraient repousser au maximum la date du licenciement.

575 L'opposition au projet de l'employeur était suspensive, par exemple.

576 Pascal Rennes, "D'un débat majeur à un accord mineur (à propos de l'article L. 320-3 du Code du travail)", *Dr. Ouv.* Juillet / Août 2005 p. 313.

L'exposé des motifs de la loi du 3 janvier 2003 relaie largement les problèmes rencontrés par les employeurs face à la prétendue complexité de la procédure instaurée par la loi de modernisation sociale. François Fillon affirme que « le droit du licenciement économique se caractérise par une complexité croissante, qui s'est en particulier accrue avec la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale. (...) En prévoyant la mise en place d'un médiateur, une séparation et une succession dans le temps des procédures de consultation prévues au titre des livres III et IV, en introduisant de nouvelles étapes dans l'exercice par l'administration de son pouvoir de contrôle dans le cadre du livre III, la loi comporte des risques d'allongement des délais, voire de blocage, et d'insécurité juridique pour les entreprises. Il est en conséquence urgent de suspendre l'application de ces dispositions... ».

Le législateur a donc choisi de faire voler en éclats le faible pouvoir de contestation que le comité d'entreprise avait acquis pendant la procédure de licenciement, en réduisant directement certains droits du comité d'entreprise et, singulièrement, en introduisant davantage de possibilité de négocier, notamment de manière dérogatoire *in pejus*, alors que cette possibilité était inexistante⁵⁷⁷ dans le domaine des restructurations d'entreprise. Cette négociation porte sur la possibilité de contractualiser la procédure des livres IV et III par le biais d'accords dits de méthode. Elle devait permettre aux employeurs de "sécuriser" le déroulement de la procédure⁵⁷⁸ de licenciement, tout en offrant des contreparties aux salariés. Les employeurs ont donc obtenu la possibilité de préprogrammer la procédure de licenciement, de réduire considérablement les délais. Ceci pourrait porter atteinte à la mission du comité d'entreprise, car c'est le temps et les moyens dont dispose le comité d'entreprise qui rendent ces analyses et contre-propositions pertinentes.

C'est essentiellement cette transformation qui nous intéresse, car elle a modifié la forme de la représentation des salariés en cas de procédure de « grand licenciement économique »⁵⁷⁹. En effet, les droits du comité d'entreprise sont contractualisés, ce qui induit un rapport de dépendance, voire de concurrence, entre les deux formes de représentation que sont le délégué syndical et le comité d'entreprise et bouleverse la

577 Les articles L. 1233-39 du Code du travail (L. 321-6 a. C. trav.) offrent la possibilité de négocier sur ce même thème mais les accords conclus dans ce cadre ne peuvent que déroger *in melius*.

578 La sécurisation est alors possible en terme économique car la procédure est enfermée dans des délais très courts et en terme judiciaire, puisque les recours sont enfermés dans des délais très brefs par la loi du 18 janvier et parce que le terrain judiciaire n'est plus le même, il s'agit d'attaquer des accords collectifs.

579 Nous utiliserons cette expression pour signifier "licenciement d'au moins dix personnes dans une période de trente jours". Il s'agit de la seule procédure pour laquelle les accords de méthode sont valables.

forme de la représentation des salariés. A l'inverse, l'articulation mise en place par la navette sociale respecte chacune des formes de la participation.

La loi du 3 janvier 2003⁵⁸⁰ a donc suspendu plusieurs articles de la loi de modernisation sociale. Elle a instauré, de façon temporaire, la possibilité de conclure des accords portant sur la procédure de consultation du comité d'entreprise, en cas de projet de licenciement économique de plus de dix personnes sur une même période de trente jours. Le régime suspensif de la loi dénote une volonté affichée du gouvernement de tester ces accords singuliers, puis de permettre aux partenaires sociaux de tirer des leçons de cette pratique pour ensuite négocier un accord inspirant un futur projet de loi⁵⁸¹. Pour laisser plus de temps aux partenaires sociaux, une prolongation légale de la loi de suspension est intervenue le 30 juin 2004⁵⁸² ; la suspension de certains articles de la loi de modernisation sociale aura duré 24 mois au total.

La possibilité de conclure des accords dits "accords de méthode" autorise à déroger au régime légal de consultation du comité, plus exactement à la procédure suivie par les comités d'entreprise durant les livres IV et III du Code du travail. Ces conventions ont pour objet de substituer un accord portant sur la procédure de consultation du comité d'entreprise aux règles légales qui « sont depuis plus d'un demi-siècle, et avec des changements superficiels fréquents, élaborées par le législateur »⁵⁸³.

Les accords issus de cette première loi instaurant les accords de méthode étaient sensés permettre aux employeurs de "sécuriser" les procédures de licenciements économiques collectifs. Le régime juridique de la validation de ces accords était remarquable, puisque seuls les accords adoptés par des représentants majoritaires étaient valables. La mesure de la majorité se faisait de la façon suivante : sont majoritaires les organisations qui, seules ou en se regroupant, ont recueilli la majorité des suffrages exprimés lors du premier tour des élections au comité d'entreprise. Il s'agit des prémices du principe majoritaire qui sera partiellement mis en place par la loi 4 mai 2004. En effet, lorsque le principe de majorité d'adhésion est choisi, la mesure de la majorité est identique à celle-ci⁵⁸⁴.

580 Loi de suspension n° 2003-6 du 3 Janvier 2003.

581 Cette méthode est à l'image de celle employée pour le projet de loi sur le dialogue social.

582 Loi 2004-627 du 30 Juin 2004 modifiant les articles 1 et 2 de la loi du 3 Janvier 2003.

583 Gérard Lyon-Caen, "Vers une négociation sur les restructurations destructrices d'emploi", *Dr. ouv.*, Décembre 2002, p. 562.

584 Article L. 2232-12 du Code du travail (L. 132-2-2 III alinéas 1 à 3 a. C. trav.).

Cette première loi portait déjà atteinte au rôle du comité d'entreprise car, si son champ d'application se limitait à la procédure de consultation, en la matière, la procédure n'est pas "l'emballage" des discussions de fond. Effectivement, la procédure est le terreau de discussions constructives permettant de faire des contre-propositions intéressantes. Il ne s'agit pas uniquement d'un problème de forme puisque, comme le rappelle le professeur Gérard Couturier « les règles procédurales n'équivalent pas aux règles de la forme : elles encadrent les modalités de l'exercice du pouvoir patronal et assurent une emprise spécifique du droit sur le processus décisionnel au sein de l'entreprise »⁵⁸⁵. Gérard Couturier estime que ces règles « portent sur l'exercice du pouvoir patronal dont elles obligent le titulaire au dialogue et à la concertation »⁵⁸⁶. De plus, elles assurent la qualité de ce dialogue et donc de la représentation puisque, selon Emmanuelle Lafuma, « les règles de procédure visent à organiser un débat et à en assurer l'effectivité »⁵⁸⁷. Il n'est pas raisonnable de prétendre que les règles de procédure sont, dans ce domaine du moins, dissociables de la qualité de la consultation du comité d'entreprise. Ainsi, lorsque les accords de méthode simplifient la procédure, ils réduisent d'autant les moyens dont dispose le comité d'entreprise pour exprimer et défendre les intérêts des salariés de l'entreprise pendant la consultation. Par conséquent, la conclusion d'un accord de méthode devrait « impliquer l'abandon, ou au moins le partage, par le dirigeant, d'une partie de son pouvoir décisionnel »⁵⁸⁸.

Ces accords qui semblent se limiter aux aspects procéduraux autorisent en fait une contractualisation des droits du comité d'entreprise, ce qui influe sur la qualité de la représentation. Diminuer ou augmenter la fréquence des réunions a un impact direct sur la participation à la gestion de l'entreprise, tout comme la possibilité de faire appel à un expert- comptable dès le livre IV. Cette possibilité, qui est présente dans certains accords de méthode, semble être un gain d'information, mais c'est seulement le cas si les réunions se multiplient après la remise du rapport ; sans rencontre après l'avis de l'expert, cette démarche est beaucoup moins utile.

585 Gérard Couturier, "Le choix de la procéduralisation conventionnelle", *Semaine soc. Lamy*, suppléments n° 1152, 19 Janvier 2004, p. 6.

586 Gérard Couturier, préc.

587 Emmanuelle Lafuma, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, thèse Paris X, Nanterre, Octobre 2003.

588 Maxime Petrovski, Dominique Paucard, "Les accords de méthode et leur impact sur les procédures d'information et de consultation des représentants du personnel : quelques résultats à partir de huit études de cas", *Revue de l'IRES* n° 50-2006, p. 118.

b. L'extension de la négociation dérogatoire des accords de méthode

La loi instaurant les accords de méthode fut donc prolongée, puis instaurée définitivement. Lors de son insertion définitive dans le paysage législatif (par la loi du 18 janvier 2005), son contenu a connu quelques modifications puisque, en plus de changer les règles de procédures organisant la consultation du comité, les accords peuvent depuis lors anticiper sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi.

C'est la loi dite de "programmation pour la cohésion sociale" qui pérennise ces accords de méthode tout en étendant leur portée : les négociateurs vont pouvoir discuter du contenu des plans de sauvegarde de l'emploi en même temps qu'ils définissent les moyens conférés au comité d'entreprise dans la consultation.

La dénomination "accord de méthode" qui était déjà critiquable devient alors totalement inadaptée, étant donné que ces accords vont également s'occuper de définir les mesures prises conséquemment aux licenciements.

La négociation s'installe donc définitivement dans le champ des licenciements économiques, non pas qu'elle en fut exclue auparavant, mais elle était très rare. En effet, seuls les articles L. 1233-39 et L. 1233-31 du Code du travail (L. 321-6 a. C. trav.) évoquent (depuis 1986) la possibilité de conclure des accords dans ce domaine, mais ils n'ouvrent pas de possibilité de dérogations *in pejus*.

En résumé, la négociation d'un accord de méthode n'a pas pour but d'engendrer des accords portant sur la décision de licencier en elle-même, mais bien de contractualiser les droits du comité d'entreprise et éventuellement de définir le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. Cette mesure est a priori critiquable, puisqu'elle porte atteinte au droit des salariés à la participation. Cependant elle donne accès aux salariés à un réel pouvoir de décisions quant à leur avenir dans l'entreprise, alors que jusqu'à présent ils devaient se contenter de donner un avis ou de freiner la procédure par le biais du comité d'entreprise. Nous verrons si cette nouvelle forme de représentation est réellement plus satisfaisante pour les salariés.

C'est là le cœur de cette réforme : des accords dérogeant *in pejus* à la loi peuvent permettre d'abaisser les capacités représentatives des comités d'entreprise, peuvent faire des comités d'entreprise des représentants des salariés moins efficaces. Ces accords ouvrent donc la possibilité d'amoinrir l'effectivité du principe de participation posé par la seconde partie de l'alinéa 8 du préambule de 1946 en échange

d'indemnités plus conséquentes ou encore de possibilités de reclassement plus importantes. Le droit à la participation devient l'objet de négociation.

2. La négociation portant sur la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences

Cette négociation est remarquable à plusieurs titres : d'abord elle porte sur l'articulation de la consultation et de la négociation (a), et il s'agit de négocier sur l'emploi (b), thème souvent évoqué dans les accords mais faisant plus rarement l'objet de négociation.

a. Une autre négociation possible sur l'articulation des procédures de consultation et de négociation

La loi n°2005-32 du 18 janvier 2005 a instauré une nouvelle obligation de négociation à une fréquence triennale dans les entreprises de plus de trois cent salariés et dans les entreprises et les groupes de dimension communautaire, au sens des articles L. 2341-1 et L. 2341-2 du Code du travail (L. 439-6 a. C. trav.), et comportant au moins un établissement ou une entreprise de cent cinquante salariés en France.

Cette négociation peut porter sur différents thèmes, certains étant obligatoires, d'autres facultatifs. Pour les premiers, il s'agit :

- des modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise et ses effets prévisibles sur l'emploi, les salaires ;
- d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, sur laquelle le comité d'entreprise est informé ainsi que sur les mesures d'accompagnement pouvant lui être associées (formation, validation des acquis de l'expérience, bilan de compétences, accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique) ;
- des conditions de retour et de maintien dans l'emploi des salariés âgés et de leur accès à la formation professionnelle (L. 2242-19 du Code du travail : L. 132-27 a. C. trav.).

Quant aux thèmes facultatifs, ce sont :

- les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise en cas de projet de licenciement économique d'au moins dix salariés sur une même période de trente

jours (ainsi que l'ensemble des thèmes développés dans les articles L. 1233-21, L. 1233-22 du Code du travail ; [L. 320-3 a. C. trav.] ;

- la qualification des catégories d'emplois menacés par les évolutions économiques ou technologiques. La négociation peut alors aboutir à la conclusion d'un accord collectif spécifique prévoyant le recours à des départs volontaires indemnisés spécifiquement.

Il faut également signaler que la signature d'un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ouvre la possibilité pour l'employeur de proposer à ses salariés un congé mobilité défini à l'article L. 1233-77 du Code du travail (L. 320-2-1 a. C. trav.). Outre la problématique de l'articulation des prérogatives du comité d'entreprise et des délégués syndicaux, le rôle du syndicat dans cette négociation est assez novateur, puisqu'il est invité à prendre part à la gestion des emplois et des compétences.

b. Une négociation sur l'emploi

Il faut distinguer deux types de négociations : celles portant sur la procédure d'information-consultation en matière de stratégie et celles portant spécifiquement sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.

Dans le premier cas, la négociation a uniquement pour objet de cadrer le rôle du comité d'entreprise, ce qui entre pleinement dans la problématique du rapport entre comité d'entreprise et délégués syndicaux. Il est également à noter que si le législateur instaure un rapport de dépendance entre les représentants du personnel, il ouvre également la possibilité pour le comité d'entreprise de se prononcer sur la stratégie de l'entreprise. Ainsi, un travail de prospective économique et une incitation à développer certains secteurs économiques est rendu possible par ce texte, même si les praticiens avouent voir très peu d'accords utiliser pleinement cette possibilité.

Le domaine de l'information-consultation est quelque peu élargi, car la stratégie de l'entreprise n'était pas un thème sur lequel le comité d'entreprise était amené à se prononcer, puisque « 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 » selon l'article L. 2323-6 du Code du travail (L.432-1 a. C. trav.).

Cependant la qualité de la négociation et de la consultation dépendront des moyens

obtenus par accord collectif. Ce sujet de négociation (l'articulation des procédures) est identique à celui développé à l'article L. 1233-21 du Code du travail (L. 320-3 a. C. trav.) portant sur les accords de méthode. Par contre, un objet de négociation supplémentaire est ouvert par l'article L. 2242-15 du Code du travail (L. 320-2 a. C. trav.) : il s'agit de la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.

Il existe donc des thèmes de négociation obligatoires, alors que d'autres restent facultatifs. Quel que soit leur caractère impératif, ils ont un point commun : ils instaurent une nouvelle perception de la négociation collective. A titre d'exemple, lorsque la négociation porte sur « la qualification des catégories d'emplois menacés par les évolutions économiques ou technologiques », cette possibilité n'est pas envisagée par le législateur comme une manière pour le syndicat de prendre part à la gestion de l'entreprise, de définir la stratégie à élaborer, mais bien comme la possibilité de désigner les salariés dont l'emploi est menacé. Envisagée sous l'angle d'une gestion prévisionnelle des emplois et de l'obligation d'adaptation et de formation de l'employeur, cette stigmatisation des emplois menacés devrait aboutir à l'élaboration d'un plan de formation. Mais, au lieu de cela, la loi précise que cette négociation offre la possibilité de conclure un accord collectif spécifique prévoyant le recours à des départs volontaires, les salariés concernés pouvant alors bénéficier d'indemnités de départ.

Cette vision du rôle des délégués syndicaux est d'autant plus réductrice que, parallèlement, le comité d'entreprise sera informé et consulté sur la stratégie de l'entreprise. Les délégués syndicaux peuvent offrir une réelle possibilité au comité d'entreprise de se prononcer sur la stratégie, mais cela ne se matérialise pas par une négociation sur ce sujet, puisque le législateur limite abruptement la négociation à la mise en place de plan de départs volontaires.

La possibilité de proposer des congés mobilité (L. 1233-77 du Code du travail ; [L. 320-2-1 a. C. trav.]) dans le cadre d'un accord de gestion prévisionnelle des emplois constitue également une négociation sur la fin de l'emploi, sur la rupture du contrat de travail. Les délégués syndicaux aménagent la rupture du contrat.

En tous les cas, le syndicat ne se situe pas dans la contestation de la logique patronale, mais bien dans son aménagement.

Enfin il faut souligner que, lorsque la négociation porte aussi sur les accords de

méthode ou encore sur le dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, les capacités représentatives du comité d'entreprise sont sous la coupe des syndicats. Si dans le premier cas cela semble évident, ça l'est moins dans le second. Pourtant le comité d'entreprise sera informé des mesures prises pour la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, alors même qu'il existe des structures propres sur ces questions ; c'est notamment le cas de la commission formation du comité. L'avenir de ce type de structure semble alors limité, si ce n'est pour continuer à alimenter la réflexion du syndicat.

§2. UN BOULEVERSEMENT DU MODE DE REPRÉSENTATION DES SALARIÉS

Dans le cas des accords de méthode comme dans celui des accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, l'articulation de la négociation et de la consultation devient sujet de négociation. Cette possibilité va mettre en concurrence les délégués syndicaux et le comité d'entreprise (A), puisque la négociation décidera du contenu de la consultation et de son objet. Cette nouvelle répartition des missions se fait dans un contexte d'affaiblissement du comité d'entreprise. Toutefois, la négociation portant sur les licenciements économiques collectifs peut permettre une intervention plus directe des salariés (B).

A - UNE MISE EN CONCURRENCE DU COMITÉ D'ENTREPRISE ET DES DÉLÉGUÉS SYNDICAUX

Cette contractualisation des droits du comité d'entreprise constitue réellement un bouleversement de la représentation des salariés (même si, pour le moment, les textes concernés se limitent aux questions d'emploi). En effet, il ne s'agit pas d'un simple affaiblissement d'une institution (1) au profit d'une autre, mais bien d'un nouveau mode de représentation, dont la forme a fait l'objet d'une négociation entre employeur et représentants des salariés. Si le processus aboutit à un accord, la contractualisation de la forme de la consultation aura des implications multiples (2).

Le changement fondamental ne réside pas dans le fait que les attributions du comité puissent être diminuées, car les négociateurs peuvent également choisir d'augmenter les moyens du comité d'entreprise. La transformation vient davantage du fait que les syndicats, par le biais de la négociation, ont la mainmise sur le comité, donc sur une partie des droits des salariés à la participation.

Ce n'est pas seulement le mode de représentation des salariés qui varie, mais bien la conception générale de la représentation des salariés dans l'entreprise.

Tout le paradoxe tient dans le fait que les négociateurs d'entreprise sont souvent décriés, leur légitimité est régulièrement remise en cause mais, avec cette mutation, ils deviennent le centre de gravité de la mise en œuvre du droit à la participation dans l'entreprise.

Ce changement du mode de représentation risque également d'ébranler le canal dual de représentation et peut amener à une forme d'institution unique de représentation des salariés qui n'est pas sans risque. Car, comme l'explique Sophie Jamy, "L'entrelacement des représentations élues et syndicales amorcé dans l'accord de méthode ou dans son pendant trouverait dans le Conseil d'entreprise son aboutissement : les légitimités distinctes des deux formes de représentation se trouveraient niées à travers un dispositif unique."⁵⁸⁹.

Avec ces textes, le législateur renvoie la détermination de la forme de la représentation à la négociation sur les questions de l'emploi et de la formation.

Cette négociation va bouleverser la forme des représentations, puisque le contenu des accords est centré sur les moyens de la participation à la gestion de l'entreprise et non sur les questions de fond du livre IV.

Quel que soit le sort qui sera réservé à ce nouveau mode de représentation, nous devons nous interroger sur les opportunités, les avantages qu'il peut apporter aux salariés : est-ce le gage d'une représentation plus efficace ?

1. L'affaiblissement du comité d'entreprise

Les cas de mise en concurrence des formes de participation se multiplient (a) dans un contexte général d'affaiblissement des droits à la consultation (b).

a. Différents cas de mise sous tutelle d'un mode de représentation par l'autre

Les accords de méthode ou de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences sont les plus représentatifs de cette tendance. Néanmoins, la mise sous tutelle d'une forme de représentation par une autre est décelable dans d'autres lois.

Ainsi la loi du 30 décembre 2006⁵⁹⁰ sur la participation permet de négocier un accord collectif de branche, de groupe ou d'entreprise qui pourra adapter, dans les entreprises comptant au moins trois cents salariés, les modalités d'information du comité d'entreprise, et organiser l'échange de vues auquel la transmission de ces informations donne lieu. L'article 2323-61 du Code du travail (L. 432-4-3 a. C. trav.) précise que cet accord peut substituer les informations et documents remis à échéance régulière à un

589 Sophie Jamy, *L'accord de méthode*, mémoire de DEA, PARIS X, 2004.

590 Loi n° 2006-1770 du 30 Décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionariat et portant sur diverses dispositions d'ordre économique et social. J.O. n° 303 du 31 Décembre 2006 p. 20210.

document unique remis annuellement. Cette nouvelle loi dispose donc que ce type d'accord peut prévoir la remise au comité d'entreprise d'un rapport unique et annuel se substituant aux documents trimestriels à caractère économique, social et financier. Ce rapport doit contenir un certain nombre d'informations obligatoires, les négociations pouvant enrichir la liste des documents devant y figurer. Ce document portera obligatoirement sur les conditions dans lesquelles le comité d'entreprise sera informé sur les matières visées dans l'accord de méthode.

L'espacement des informations fournies au comité d'entreprise est donc ouvert par cette loi nouvelle. Cela constitue un frein à la réactivité des institutions, alors que les rapports trimestriels permettaient une analyse continue de la situation de l'entreprise. De plus, nous avons exposé l'importance de ces documents et de l'analyse qu'en donne le comité d'entreprise pour la qualité des négociations ; or le rapport annuel, s'il est remis peu de temps avant les négociations annuelles obligatoires, n'aura que peu d'intérêt.

De même, le lien entre gestion prévisionnelle des emplois et validité du plan de sauvegarde de l'emploi, soulevé par plusieurs jugements⁵⁹¹, nous semble également révélateur de l'emprise des négociations sur la consultation, et subséquemment d'une atténuation du canal dual. Certains juges ont décidé⁵⁹² à raison, au vu de l'obligation d'adaptation du salarié au poste et de l'obligation de formation que doit remplir l'employeur⁵⁹³, de lier l'application du plan de sauvegarde de l'emploi à l'existence de négociations préalables portant sur la gestion prévisionnelle des emplois⁵⁹⁴. Au-delà des arguments avancés par les différentes juridictions saisies qui décident que la gestion prévisionnelle des emplois fait pleinement partie de l'obligation d'adaptation au poste se pose la question de l'emprise des négociations sur la consultation. Affirmer l'invalidité du plan de sauvegarde de l'emploi en cas d'absence de négociation, n'est-ce pas également placer le comité d'entreprise sous la tutelle des délégués syndicaux, du syndicat ?

Cette analyse peut sembler quelque peu excessive, puisque la négociation et la consultation n'ont pas la même temporalité et sont indépendantes. Le comité d'entreprise juge le plan de sauvegarde au jour de sa consultation, tandis que la négociation sur la gestion prévisionnelle des emplois devait avoir lieu avant la consultation. Mais même si la tutelle exercée sur le comité d'entreprise n'est pas

591 TGI Créteil, référé, 29 Nov. 2006, n° 06/O1730.

592 Affaire Nextiraone, TGI Paris, référé, 5 Oct. 2006, n° 06/57817.

593 Article L. 1233-4 du Code du travail (L. 321-1 a. C. trav.).

594 Dans les entreprises ou groupes de plus de trois cents salariés.

comparable avec celle pouvant être imposée par les accords de méthode, la négociation assujettit indirectement la consultation. Cette interdépendance existe ; toutefois elle semble profitable à la représentation des salariés et de leurs intérêts.

Dans ces différents cas de figure, la question de la légalité ne se pose pas parce que, contrairement aux accords de méthode, la mise sous tutelle exercée n'a pas pour conséquence de retirer l'exercice d'un droit constitutionnel aux travailleurs.

Enfin, il faut souligner que cette tendance à une mise en concurrence des institutions est renforcée, voire accélérée par une volonté d'affaiblir le comité d'entreprise.

b. L'affaiblissement du comité d'entreprise dans le cadre de la procédure collective de licenciement

La mise en concurrence des institutions se traduit le plus souvent par une mise sous tutelle de la consultation par la négociation. Cet objectif est indirectement affirmé par des mesures concourantes à l'affaiblissement direct du comité d'entreprise pendant la procédure de licenciement collectif, ce qui traduit une volonté du législateur d'inféoder la consultation à la négociation.

A titre d'illustration, la loi du 18 janvier 2005⁵⁹⁵ de "programmation pour la cohésion sociale" affaiblit les moyens des comités d'entreprise pendant les licenciements économiques collectifs en leur retirant certains droits. En effet, l'ancienne version de l'article L. 432-1⁵⁹⁶ du Code du travail conférait au comité d'entreprise un droit d'opposition : « Le comité d'entreprise dispose d'un droit d'opposition qui se traduit par la saisine d'un médiateur, selon les modalités prévues à l'article L. 431-1-3. Pendant la durée de la mission du médiateur, le projet en question est suspendu. » Ce droit d'opposition conférait un réel droit de participation à la gestion de l'entreprise, au sens de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946, puisque le terme "participation" recouvre une démarche active, selon nous. De plus, c'était un premier pas vers un droit de veto, droit réclamé par de nombreux auteurs⁵⁹⁷.

Autre éradication imposée par la loi du 18 janvier 2005 : l'étude d'impact social et territorial et la saisine d'un médiateur (ancien article L. 432-1-3 du Code du travail⁵⁹⁸) lorsque la cessation d'activité concerne au moins cent salariés. La fin de cette

595 Loi n° 2005-32 du 18 Janvier 2005.

596 La version de la loi de modernisation sociale.

597 En tête de file nous trouvons Maurice Cohen.

598 Article en vigueur depuis la loi de modernisation sociale.

disposition a d'importantes conséquences car cela diminue les moyens d'information à la disposition du comité d'entreprise ; son expression sera donc moins bonne. Le rapport d'étude d'impact territorial présentait un grand intérêt, lorsque les bassins d'emploi étaient touchés par la disparition de l'activité. On peut souvent constater que la cessation d'une activité peut influencer sur la vie économique du territoire, et cette étude permettait d'alerter les pouvoirs publics et parfois d'obtenir des aides. Cependant l'impact de cette abrogation est atténué, puisqu'une étude du même type est créée dans les entreprises de plus de mille salariés : article L. 1233-84 du Code du travail (L. 321-17 a. C. trav.).

De plus, jusqu'alors dans le cas d'une carence du plan de sauvegarde de l'emploi constatée par l'administration, le comité d'entreprise pouvait demander une réunion supplémentaire spécifique : ce n'est plus le cas. De même a été supprimée l'automatisme de la réunion et de l'information du comité d'entreprise en cas d'annonce publique sur la stratégie économique de l'entreprise.

Enfin, dans son article 27, la loi sur le développement de la participation et l'actionnariat de 2006⁵⁹⁹ dispose que la négociation d'un accord de gestion prévisionnelle des emplois sera précédée par une information simple du comité d'entreprise, alors que les textes généraux sur le comité d'entreprise prévoient dans ce cas précis une consultation. L'article L 432-1 du Code du travail précise que le comité d'entreprise sera consulté et informé 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 ». Certes il faut distinguer la gestion prévisionnelle des mesures d'accompagnement, mais l'accord de gestion a tout de même pour objet d'affecter le volume ou la structure des effectifs. C'est pourquoi cette limitation ne nous semble pas opposable au comité d'entreprise. De plus, le comité d'entreprise doit être consulté lorsque l'employeur prend l'initiative de proposer ou d'accepter de négocier un accord collectif relevant du champ de compétence du comité d'entreprise. Or la négociation d'un accord de GPEC porte automatiquement sur les compétences du comité d'entreprise.

Cet appauvrissement du pouvoir de contrôle du comité d'entreprise démontre que la théorie de la montée en puissance de ce dernier doit être abandonnée. Certains auteurs

599 Loi n° 2006-1770 du 30 Décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat et portant diverses dispositions d'ordre économique et social.

misait sur une prise de pouvoir du comité d'entreprise, notamment une possibilité de négocier⁶⁰⁰ en cas de restructuration de l'entreprise entraînant des licenciements économiques collectifs. Cependant la négociation portant sur les plans sociaux était perçue par les juges comme un danger potentiel de dénaturation du rôle du comité (alors même que les accords dérogatoires *in pejus* étaient proscrits). En effet, la jurisprudence semblait « dominée par "souci de laisser au comité d'entreprise la plénitude de ses attributions" et notamment d'éviter le contournement par la négociation collective du rôle réservé à cette institution. C'est ce qui ressort de l'ensemble de la jurisprudence relative aux plans sociaux »⁶⁰¹. Le risque que peut engendrer la négociation collective est soulevé par les juges, mais cela n'a pas empêché le législateur d'ouvrir des négociations dérogatoires sur ce thème, avec la possibilité de conclure des accords dits "de méthode" qui permettent de moduler la procédure des grands licenciements économiques. Il est important de noter que cette contractualisation des droits du comité d'entreprise se fait dans un contexte d'affaiblissement général du droit à la participation concernant la gestion de l'entreprise. Ceci confirme que les lois Fillon n'ont pas pour objet d'instaurer des négociations obligatoires s'ajoutant à la consultation du comité d'entreprise et portant sur les mesures à mettre en place en cas de licenciements économiques collectifs. Il s'agit bien de limiter les moyens du comité d'entreprise, notamment par le biais des accords de méthode, mais pas uniquement, afin de faciliter les procédures de grands licenciements.

Le comité d'entreprise est affaibli dans la mesure où certains de ses moyens lui sont retirés alors que d'autres peuvent être diminués par accord collectif d'entreprise, de branche ou de groupe. La consultation du comité d'entreprise prend donc une tournure inédite, car elle peut être moindre (en termes de moyen) que le régime de la consultation du comité d'entreprise, en cas de licenciement collectif, antérieur à la loi de modernisation sociale.

Comme nous l'avons constaté, les accords de méthode ne sont pas l'unique moyen de mettre sous tutelle le comité d'entreprise. D'autres moyens d'instaurer une dépendance entre les deux institutions représentatives existent. Toutefois les accords de méthode restent singuliers, car ils permettent de contractualiser les droits du comité d'entreprise ; c'est en cela qu'ils sont les plus dérangeants, vu qu'ils peuvent apparemment réduire les droits des salariés à la participation, ce qui interroge sur leur

600 Paul-Henri Antonmattei, " Négociation collective et CE : vivement demain", *Les cahiers Lamy du CE*, n° 9, Oct. 2002, p. 16.

601 Thérèse Aubert-Mopeyssen, JCP, ed E 10 Sept 1998, p. 1411.

constitutionnalité. Ce sont maintenant les délégués syndicaux qui sont maîtres du destin du comité d'entreprise, la relation de dépendance semble s'être inversée. La navette sociale nous a permis de mettre en avant la relation qui s'était nouée entre les deux institutions et qui permettait d'envisager la consultation comme une phase de la négociation. Or ces nouvelles réformes placent dès lors les deux institutions dans une situation plus concurrentielle, étant donné que les moyens de la représentation des salariés par le comité d'entreprise sont aux mains du délégué syndical. Il semble cependant qu'une première consultation doive toujours précéder la conclusion⁶⁰² des accords de méthode, même s'il n'y a pas d'obligation d'avis conforme (comme l'imposait l'avant-projet de loi). Dans ce cadre, la navette représentative redevient un enjeu, à condition que les informations économiques remises au comité d'entreprise soient aussi complètes dans le cadre de négociation précédent un accord de méthode négocié "à froid" que dans celui d'une procédure de licenciement collectif. Toutefois l'obligation de la consultation préalable à l'accord de méthode est remise en cause par certains auteurs⁶⁰³ qui attirent l'attention sur le fait que l'objet de l'accord, c'est-à-dire la procédure, ne relève pas des compétences du comité d'entreprise. Cependant il nous semble que la négociation du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi relève directement de ces compétences, donc qu'il doit être consulté sur les accords de méthode. Nous rappelons également que la procédure est partie intégrante de la consultation ; il semblerait de ce fait que la consultation préalable à la validation d'un accord de méthode s'impose dans tous les cas.

Si le principe d'une consultation préalable reste discutable, nous avons vu que ce n'est pas le cas de la consultation définie par l'accord de méthode. Dans le cadre de cette dernière consultation, le législateur énonce les moyens qui ne peuvent pas faire l'objet de dérogations *in pejus*⁶⁰⁴.

Les accords de méthode ne peuvent pas déroger :

- à l'obligation d'effort de formation, d'adaptation et de reclassement incombant à l'employeur prévue à l'Article L. 1233-4 ;
- aux règles générales d'information et de consultation du comité d'entreprise prévues aux articles L. 2323-2, L. 2323-4 et L. 2323-5 ;

602 L'arrêt Cass. soc. 5 Mai 1998, CSC des CMP de EDF-GDF, Dr. soc. 1998.579, rapport J-Y Frouin réaffirme l'antériorité de la consultation sur la négociation.

603 Gilles Auzuero, "Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel", *Bull. Joly sociétés*, 1er Juill. 2006, n° 7, p. 867.

604 Article L. 1233-23 du Code du travail (L. 320-3 a. C. trav.).

- à la communication aux représentants du personnel des renseignements prévus aux articles L. 1233-31 à L. 1233-33 ;

- aux règles de consultation applicables lors d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, prévues à l'Article L. 1233-58.

Le cumul consultation négociation reste vrai pour la procédure de licenciements économiques collectifs, tout comme pour les accords de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences. Mais nous pouvons nous interroger sur l'avenir de la consultation, sachant que son importance décroît lorsqu'elle ne prend pas part à un processus global de négociation.

L'introduction de négociations dérogatoires *in pejus* dans le cadre des restructurations instille des possibilités de mise en concurrence du comité d'entreprise et des délégués syndicaux. Elles se traduisent par un affaiblissement d'un mode de représentation par l'autre. Cependant cela ne peut pas aboutir à l'élimination de la consultation par la négociation, mais cela donne peut-être vie à une autre forme de représentation.

2. Les implications de la contractualisation

Certes, le comité d'entreprise est placé sous la coupe des délégués syndicaux quand sont conclus des accords de méthode, des accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. Mais l'existence même de la consultation ne peut être remise en question (a). Cette contractualisation des droits du comité d'entreprise fait tout de même peser une lourde responsabilité sur le syndicat et ses représentants (b).

a. Les limites à la contractualisation de la consultation

L'administration, dans la circulaire DGEFP/DRT n° 2003-3 du 26 février 2003, indique que le champ des dérogations est circonscrit à la procédure d'information et de consultation du comité. Toute mesure ne relevant pas directement de ce processus est exclue de la dérogation *in pejus* à la loi (il s'agit par exemple du droit de recourir à un expert dans le cadre du livre III, de l'obligation préalable de licenciement, de l'obligation préalable de formation et d'adaptation, des règles de convocation du comité d'entreprise ...).

Il existe donc des limites à l'affaiblissement contractuel du comité d'entreprise, puisque le cumul des procédures reste obligatoire. Quel que soit le cadre légal (accords de méthode, accords portant sur les modalités d'information du comité

d'entreprise...) permettant de définir, par accord collectif, les modalités de consultation du comité, il n'est nullement possible de supprimer totalement la consultation du comité d'entreprise. La consultation du comité d'entreprise reste une phase obligatoire en cas de restructuration. Ceci est vrai dans tous les domaines entrant dans sa compétence, c'est-à-dire : « 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 du personnel »⁶⁰⁵. Il n'est donc pas possible d'échapper à la consultation, même par négociation. Cette garantie est réaffirmée dans divers textes internationaux⁶⁰⁶. Ce principe est aussi précisé par le législateur dans des cas précis, comme dans l'article L. 1233-21 du Code du travail (L.320-3 a. C. trav.) qui interdit toute dérogation aux articles L. 1233-58 du Code du travail (L. 321-9 a. C. trav.) et L. 2323-2 du Code du travail (L.431-5 a. C. trav.), c'est-à-dire à l'obligation de consultation du comité d'entreprise en cas de redressement ou liquidation judiciaire, ainsi que tous les autres cas de consultation obligatoire du comité d'entreprise.

Le principe de la consultation du comité d'entreprise est d'ordre public. Les négociateurs ne peuvent pas décider de la supprimer ; par contre ils peuvent l'aménager. Certes la consultation reste obligatoire, mais son déroulement peut être déterminé au moins en grande partie par accord de méthode. Le processus d'information consultation dépend de la négociation en ce qui concerne sa durée, son déroulement, voire son issue, lorsque le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi est défini par accord de méthode.

Cette dépendance entre négociation et consultation implique-t-elle ce que nous pourrions qualifier de fusion des procédures de consultation et de négociation ?

Le législateur a distingué les deux procédures. L'article L. 1233-23 (L.320-3 a. C. trav.) précise que l'accord de méthode ne peut éluder ni l'information, ni la consultation du comité d'entreprise. L'accord doit se cantonner à aménager les modalités des livres IV et III. De cette façon, les procédures restent distinctes, bien que la loi offre la possibilité d'élargir les compétences de la négociation tout en réduisant le champ de la consultation.

605 Article L. 2323-6 du Code du travail (L. 432-1 a. C. trav.).

606 La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne affirme le « Droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein des entreprises - Les travailleurs et leurs représentants ont le droit à une information et à une consultation en temps utile au sein de l'entreprise qui les emploie » dans son article 33 et dissocie le "droit de négociation collective et d'action collective" figurant dans son article. 34. Directive 2002/14/CE du 11 Mars 2002.

Le législateur aurait pu privilégier un autre aménagement des procédures en créant une négociation obligatoire postérieure à la consultation en cas de restructuration. Cette possibilité n'a pas été retenue, et cela au profit de l'application d'un seul et même accord de méthode définissant la consultation et éventuellement le plan de sauvegarde de l'emploi.

Il est certain que les accords de méthode ne fusionnent pas les deux procédures puisqu'ils portent uniquement sur le processus de la consultation, le plan de sauvegarde de l'emploi, et non sur les droits de l'institution en elle-même. Ainsi un accord de méthode ne peut pas définir l'ordre du jour des réunions du comité d'entreprise. Mais l'accord provoque un entremêlement des procédures qui bouleverse la représentation.

Cette mise sous tutelle est également limitée par la nature des droits à la négociation et à la participation, ainsi que par la nature du comité d'entreprise. Le droit à la participation des salariés a pour source l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946. Or celui-ci est divisé en deux parties : la première traite de la détermination collective des conditions de travail et la seconde de la participation des salariés à la gestion de l'entreprise. Cependant, la forme de la participation des salariés n'est pas explicitée dans ce texte.

Dans une décision de 1996⁶⁰⁷, le Conseil constitutionnel affirme que la négociation collective est l'une des formes du droit à la participation, elle a donc une valeur constitutionnelle⁶⁰⁸. Quant à la forme de l'intervention du comité d'entreprise dans le cadre de la participation des salariés à la gestion de l'entreprise, elle est précisée dans une décision du Conseil constitutionnel datant du 16 décembre 1993⁶⁰⁹. Le droit constitutionnel à la participation recouvre en conséquence au moins deux droits identifiés : celui de la détermination collective des conditions de travail et celui de la participation à la gestion, mais « le juge constitutionnel distingue avec difficulté la participation à la gestion de la participation à la détermination collective des conditions de travail, tant il est vrai que l'une et l'autre sont liées »⁶¹⁰. Ces droits ont donc une valeur juridique identique ; comment alors expliquer que le juge opère une contractualisation du droit à la participation à la gestion de l'entreprise par le biais de

607 DC 96-383 DC du 6 Novembre 1996.

608 Il s'agit d'un principe général du droit selon M-L Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective - principe général du droit*, LGDJ, 1994.

609 Décision 93-328 DC du 16 Décembre 1993, RJC-I, p. 557.

610 Valérie Ogier-Bernaud, *Les Droits constitutionnels des travailleurs*, édition Economica, 2003, p. 129.

l'extension du droit à la négociation ? Si ces droits sont de valeurs égales pourquoi le législateur peut-il organiser la soumission de l'un des deux à l'autre ? L'article 34 de la Constitution répartit les attributions qui sont du domaine de la loi et celles qui relèvent du règlement, mais « la répartition traditionnelle des compétences normatives entre le législateur et les autorités réglementaires est perturbée par l'intervention d'un troisième acteur, les partenaires sociaux, et ce en vertu du principe de participation »⁶¹¹. La place des partenaires sociaux semble indéfinie, alors qu'elle est incontestable puisque établie dans la Constitution. L'articulation entre la loi et la négociation ne fait pas l'objet d'un article dans la Constitution ; cependant la fameuse décision du Conseil Constitutionnel datant de 1996 donne des précisions « 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 ».

Cette possibilité offerte aux négociateurs de déterminer les modalités concrètes de disposition constitutionnelle : « la possibilité de mettre en application la loi par voie conventionnelle résulte du principe de participation des travailleurs, qui légitime la dévolution législative d'un pouvoir normatif aux partenaires sociaux »⁶¹². A priori il s'agit de la possibilité offerte par les accords de méthode, puisqu'ils permettent de définir la forme de la consultation, mais ils ne peuvent pas écarter la consultation du comité d'entreprise dans son ensemble. Cependant la limite entre les concepts de conditions et garanties de la mise en œuvre des dispositions à valeur constitutionnelle et celle de la détermination des modalités concrètes de cette mise en œuvre reste à définir.

Comme nous l'avons expliqué précédemment dans le domaine des grands licenciements, la procédure touche à l'essence même du droit à la participation, puisqu'elle peut permettre d'amoindrir le rôle du comité d'entreprise en définissant "à froid" le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et en réduisant la procédure à son minimum. Dans cette situation, l'aspect consultatif du droit à la participation est vidé de son sens puisque les décisions sont déjà prises ; or le législateur et les juges ont précisé à plusieurs reprises que la consultation se faisait en amont de la prise de décision. Le législateur nourrit donc certaines contradictions en ouvrant la possibilité de définir le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. Les accords de méthode

611 Bertrand Mathieu, "Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective", *Recueil Dalloz*, 1997, Chron. p. 152.

612 J. Trémeau, note, décision 96-383, Rev. Fr. dr. Const., 1997, p. 113.

touchent aux conditions de garanties du droit à la participation, à la gestion, puisqu'ils peuvent le rendre inopérant.

Les juges constitutionnels abordent le problème sous un angle différent, car ils estiment que les accords de méthode ne dénaturent pas le droit constitutionnel à la participation. Le Conseil constitutionnel réduit ce droit à une obligation d'information des représentants du personnel : « loin d'impliquer une cogestion ou une codécision, il protège seulement un droit à l'information des représentants des salariés que le législateur ne saurait par conséquent méconnaître » : le Conseil constitutionnel réduit le principe de participation à son plus simple appareil⁶¹³. Ainsi, comme l'information du comité n'est pas annihilée par accord, le Conseil juge que le droit à la participation est intact.

Cependant réduire la participation à la gestion de l'entreprise à une simple information sans possibilité d'expression semble compliqué à défendre, puisque la participation implique une posture active. De surcroît, plusieurs textes internationaux confirment l'obligation de mettre en place une consultation du comité d'entreprise. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne affirme, dans son article 33, le « Droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein des entreprises - Les travailleurs et leurs représentants ont le droit à une information et à une consultation en temps utile au sein de l'entreprise qui les emploie » et dissocie le « droit de négociation collective et d'action collective » figurant dans son article 34. De même, plusieurs directives européennes dont celle du 11 mars 2002⁶¹⁴ affirment l'obligation d'information et de consultation.

Ces textes qui s'appliquent en droit français ne sont-ils pas amoindris, lorsque la consultation n'a aucune chance de changer le cours des événements qui est lui-même contractualisé ?

Il existe un autre problème lié à la forme que prend la détermination de la représentation des salariés. Ce sont les accords de méthodes qui définissent l'efficiace du droit à la participation à la gestion de l'entreprise. Or, un accord de méthode, lorsqu'il est négocié au niveau de l'entreprise, est validé par l'employeur et un ou plusieurs⁶¹⁵ délégués syndicaux mais il s'applique au comité d'entreprise. Ce dernier étant une personne morale et n'ayant pas donné pouvoir aux délégués

613 Décision 93-328 DC du 16 décembre 1993, RJC-I, p. 557.

614 Directives 2002/14/CE du 11 Mars 2002.

615 En fonction de la règle majoritaire retenue.

syndicaux pour la représenter, les accords de méthode lui sont-ils opposables ?

A priori, en tant qu'accord collectif d'entreprise, l'accord de méthode lie les signataires et s'applique aux salariés. Cependant l'objet de l'accord ne les concerne pas directement, il s'agit des droits du comité d'entreprise, donc d'une personne morale. Or le comité d'entreprise n'est pas partie à l'accord : les délégués syndicaux, qui n'ont pas de délégation de pouvoir du comité d'entreprise, peuvent-ils alors décider pour lui ? On s'interroge avec Paul-Henri Antonmattei : « si le comité ne signe pas, ce qui est sa vocation dès lors qu'il s'agit d'un accord collectif, comment lui imposer de respecter ces règles conventionnelles ? L'application *erga omnes* de l'acte collectif de travail a ses limites. »⁶¹⁶. L'opposabilité des accords de méthode au comité d'entreprise pose quelques difficultés, cependant il s'agit d'une règle légale donc elle s'impose aussi au comité d'entreprise. Mais pour éviter toutes difficultés les praticiens encouragent vivement l'association du comité d'entreprise aux négociations sur les accords de méthode : « Sans doute est-il même à recommander d'obtenir la signature du comité d'entreprise au pied de l'accord pour lui conférer force obligatoire à son égard »⁶¹⁷.

b. La lourde responsabilité des délégués syndicaux

Les modalités de la participation des salariés à la gestion de leur entreprise par l'intermédiaire du comité d'entreprise peuvent être contractualisées. Tout l'intérêt que représente la procédure de consultation peut être balayé par un accord. Si les réunions sont réduites au minimum et que le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi est défini "à froid"⁶¹⁸, quel rôle reste-t-il au comité ?

Cette problématique de la mise à l'écart du comité d'entreprise est un cas de conscience pour les délégués syndicaux de l'entreprise. En signant des accords de méthode, ils entrent dans un processus de co-décision en assumant une décision dont ils ne sont pas à l'origine: « Désormais les organisations syndicales, sans disposer de la moindre parcelle de pouvoir dans les décisions de gestion qui auront conduit aux suppressions d'emploi, sans être co-décideurs dans la décision de licencier, en

616 Paul-Henri Antonmattei, "Licenciements économiques et négociation collective : un nouvel accord collectif de travail est né", *Dr. soc.* 5 Mai 2003, p. 488.

617 Gilles Auzuero, "Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel ", *Bull. Joly sociétés*, 1er Juill. 2006, n° 7, p. 867.

618 L'expression "à froid" signifie que les accords sont adoptés bien avant tout projet de restructuration ou de licenciement pour motif économique. Il s'agit pour l'employeur de s'assurer une certaine sécurité dans une gestion future de ce type de situation.

deviendront co-responsables »⁶¹⁹.

Cette co-responsabilité est d'autant plus gênante que les licenciements économiques résultent de plus en plus de choix de gestion, d'amélioration de la compétitivité : « Longtemps attachés à un contexte de crise, pour ne pas dire de faillite, les restructurations résultent désormais de décisions stratégiques et de choix de gestion qui en font une étape récurrente de la vie des entreprises engagées dans des processus de refonte et de reconfiguration permanents. Pour le dire autrement, on assiste de nos jours au développement "de restructurations offensives ou de compétitivité, inscrites dans les logiques d'anticipation de résultats et pouvant s'opérer en situation de croissance, par opposition aux traditionnelles restructurations défensives ou de crise justifiées par des situations de survie" »⁶²⁰. C'est là tout le sens des arrêts "Pages jaunes"⁶²¹ : la sauvegarde de la compétitivité ne correspond plus à une situation de crise économique comme l'exigeait la jurisprudence antérieure⁶²². Il s'agit bien de licencier pour assurer sa compétitivité dans l'avenir, sans que celle-ci semble menacée le jour où les licenciements ont lieu. Cet arrêt est contestable à différents niveaux ; même l'interprétation textuelle de L. 1233-3 du Code du travail (L. 321-1 a. C. trav.) semble remettre en cause le parti pris des juges de la Cour de cassation, puisqu'il énonce : « Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques.». Le terme "consécutives" ne trompe pas sur l'esprit du texte : il faut que le licenciement soit une décision prise suite à un événement économique. Or le constat de la compétitivité extrême d'un secteur d'activité n'est pas un événement. La jurisprudence précédente respectait davantage l'esprit du texte : la sauvegarde de la compétitivité induit, comme l'affirmait Gérard Lyon-Caen⁶²³, de sauver une situation jugée difficile.

Ces arrêts connus sous le nom "d'arrêts pages jaunes" impliquent encore plus fortement les délégués syndicaux signataires d'accords de méthode. Leur implication

619 Christophe Baumgarten, "Accords de méthodes : un marché de dupes", *Dr. ouv.*, Septembre 2003, p. 361.

620 Gilles Azuero, "Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel", *Bull. Joly sociétés*, 1er Juill. 2006, n° 7, p. 867.

621 C. cass. 11 Janvier 2006 n° 04-46.201.

622 Philippe Waquet, "Le droit du travail et l'économie à la Cour de cassation. L'exemple du licenciement pour motif économique", Collection Actes, thèmes et commentaires, *Dalloz*, 2005, p. 116.

623 Gérard Lyon-Caen, "Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux", *Dr. soc.* 1995, p. 492.

dans la politique strictement économique de l'entreprise est compliquée à expliquer dans ce cas : il ne s'agit plus de sauver des emplois suite à des problèmes économiques, mais bien de cautionner une politique de suppressions de l'emploi pour améliorer la situation économique d'une entreprise florissante.

Le droit de participer à la gestion de l'entreprise accordé au comité d'entreprise limite l'implication syndicale dans les décisions de ce genre, alors qu'avec les accords de méthodes, les signataires engagent les salariés dans une politique économique et sociale parfois compliquée à assumer. En effet, les représentants du personnel doivent représenter les salariés dans l'entreprise et non les actionnaires de l'entreprise ou encore les éventuels futurs salariés qui pourront être engagés, suite à une hausse de la production consécutive aux licenciements.

B - UN AUTRE MODE DE REPRÉSENTATION DES SALARIÉS

La naissance d'un nouveau mode de représentation pose inexorablement la question de ce qu'est la définition d'une bonne représentation. Cette question est très complexe, car la notion de représentation est polymorphe. Nous n'approfondirons pas ces concepts ici et nous nous contenterons de juger si, objectivement, les salariés retirent plus d'avantages avec ce mode de participation qu'ils n'en perdent.

On observe que ce basculement du mode de représentation se déroule avec la procédure de licenciement économique. Toutefois il s'agit d'un processus où la négociation est habituellement la grande absente et où la consultation a gagné une place de choix. Le retour de la négociation pourrait être perçu comme une amélioration de la participation des salariés à la détermination de leurs conditions de travail, puisqu'elle est plus directe (1). Cependant les conditions dans lesquelles se fait la négociation et les contreparties obtenues (2) mettent cette idée à mal.

1. Une participation plus directe

Il est évident que la négociation permet aux salariés de participer aux décisions prises par l'employeur (a) et non simplement de les contrôler. Leur participation est plus directe mais elle se fait au détriment de certains droits (b).

a. La négociation permet d'intervenir plus directement dans les choix de l'employeur

La négociation offre la possibilité aux représentants des salariés de décider plus directement, d'être plus impliqués dans les choix de l'employeur. La volonté patronale de conclure des accords de méthode pourrait donc représenter une chance pour les salariés. Toutefois il n'y aura d'amélioration des droits que si des contreparties sont obtenues.

A priori le fait de négocier semble plus avantageux que de se contenter d'une consultation, puisque le pouvoir de décision en est augmenté. Les négociations sur ces questions étaient déjà ouvertes mais elles n'étaient pas très attrayantes pour les employeurs, puisqu'elles ne permettaient pas de dérogations *in pejus*. C'est pourquoi elles ont fleuri avec les accords de méthode.

Il s'agit pour les délégués syndicaux d'orienter les négociations vers l'obtention d'éventuelles compensations pour les salariés, ou même davantage de droits pour le comité, comme par exemple négocier qu'un expert accompagne toute la procédure de consultation.

b. Un dévoiement du sens de la négociation collective

La circonscription de la négociation à certaines questions conduit les représentants des salariés à échanger des droits collectifs contre certains avantages. Mais ces négociations n'ont pas pour objet de contester les licenciements ni même de remettre en cause la politique économique de l'entreprise. Il s'agit davantage d'un accompagnement de celle-ci. Le but est d'obtenir que les salariés quittent l'entreprise dans de meilleures conditions, ou encore de garantir l'emploi de ceux qui restent.

La négociation collective, sous prétexte de sauvegarde de l'emploi, devient un moyen de diminuer l'effectivité de droits fondamentaux, tel que le droit à la consultation. L'incursion de ces nouveaux thèmes de négociations qui ont trait à l'emploi permet de mettre à mal la représentation des salariés. En effet l'employeur a pour intérêt d'accélérer la procédure de licenciement en réduisant la procédure de consultation, ceci afin de perdre moins de temps et parfois de permettre la sauvegarde de l'entreprise. Cependant ce renoncement devrait se faire en échange de l'acquisition de droits pour les salariés.

Le fait de vouloir une procédure accélérée peut s'envisager lorsque la santé

économique de l'entreprise est mise à mal. Cependant cela nécessite de réelles contreparties et interroge sur la place des délégués syndicaux dans cette démarche ; est-ce aux syndicats de négocier ce type d'accords ?

Le problème est de définir si des contreparties peuvent compenser la perte de droits.

2. Des contreparties équivoques

Il s'agit de compenser la perte de droits collectifs importants ; aussi l'idée même de compensation peut-elle paraître curieuse. De toute façon en pratique la question ne se pose même pas en termes de contreparties, les droits collectifs étant en fait bradés (a) dans la plupart des situations observées (b).

a. L'absence de contreparties proportionnées

La négociation d'un accord de méthode a forcément une finalité transactionnelle : l'employeur souhaite sécuriser et souvent accélérer la procédure de licenciement économique, alors que les syndicats espèrent obtenir plus d'avantages pour les salariés.

La négociation peut être perçue comme une manière de pacifier les relations qui se nouent durant les restructurations d'entreprise. En effet le droit du licenciement économique est un catalyseur des tensions, puisque les intérêts des parties sont opposés : l'employeur souhaite sauver son entreprise ou augmenter sa compétitivité, alors que les représentants du personnel espèrent assurer le maintien d'un maximum d'emplois. L'opposition entre comité d'entreprise et employeur se concluait souvent par un recours en justice, le comité d'entreprise n'ayant pas les moyens d'imposer ses vues recourait au juge. Dans ce contexte, la négociation collective semble être un moyen d'organiser le dialogue, afin d'éviter les crispations durant la procédure de licenciement économique collectif.

Cependant la nature donnant-donnant des accords de méthode était en grande partie garantie par le principe majoritaire mais celui-ci n'est plus que marginalement appliqué. Aussi la concurrence intersyndicale joue-t-elle pleinement lors de la signature de la plupart des accords de méthode. De ce fait, l'optique dans laquelle se plaçait l'avocat Tiennot Grumbach en 2004 en énonçant « si la représentation des travailleurs n'a rien à y gagner pour ceux qu'elle représente, on ne voit pas pourquoi

elle ne demanderait pas l'application stricte de la loi »⁶²⁴ n'est pas vraiment adéquate - étant donné la conflictualité qui peut être induite par le pluralisme syndical dans un contexte législatif antidémocratique⁶²⁵. En tous les cas, cette affirmation est encore moins vraie après la loi du 18 janvier 2005 qu'elle ne l'était en 2004.

Cela étant, les contreparties à la sécurisation de la procédure de "grand" licenciement économique collectif sont fréquentes mais très variables d'un accord à l'autre.

La loi du 18 janvier 2005, en ouvrant la possibilité de négocier le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, offre une nouvelle éventualité de trouver des contreparties, car cela permet la négociation de garanties concrètes d'aide au départ ou de mesures de reclassement. Il existe également des contreparties en terme de droits collectifs (des droits plus importants dans le cadre de la consultation du comité d'entreprise notamment), comme l'extension du recours à l'expert-comptable qui sera sans utilité si les délais d'expertise sont réduits, ou encore une augmentation du nombre de réunions. Cependant l'allongement de la procédure est rarement l'objet de ces accords pour les employeurs, les contreparties sont souvent de toute autre nature. Le travail d'inventaire d'Anne Macuszinski⁶²⁶ révèle les travers des contreparties répertoriées lors de l'analyse des accords : « Les accords ne prévoient en majorité que de simples attentions pour la formation, ou des mesures de formation comprises dans le congé de reclassement », « Les accords en majorité ne prévoient pas plus que les indemnités conventionnelles de licenciement. Et ceux qui prévoient des indemnités ne veulent qu'inciter le salarié à partir plus vite. De plus, aucun de ces accords ne garantit le salarié au cas où celui-ci ne serait pas reclassé, donc aucune sécurité sociale professionnelle ».

Nous remarquons que les accords n'offrent que peu de garanties de maintien de l'emploi, suite à la restructuration, contrairement à ce que pouvait espérer Tiennot Grumbach. Pourtant il s'agit là d'une des rares contreparties pouvant quelque peu compenser l'affaiblissement du comité d'entreprise.

D'autres contreparties existent (mise à disposition d'un cabinet de reclassement, validation des acquis de l'expérience, proposition de formation, indemnités), mais elles montrent quasiment toutes la même limite : une application individuelle déconnectée

624 Tiennot Grumbach, "Redonner aux syndicats le pilotage de la négociation sur l'emploi", *Semaine soc. Lamy*, supplément, 2004-n° 1152, p. 23.

625 Nous faisons ici référence aux règles d'adoption des accords collectifs.

626 Anne Macuszinski, "Un examen critique de huit accords de méthode par la CGT", *Semaine soc Lamy*, 19 Janvier 2004, supplément n° 1152.

de la dimension collective du projet de licenciement et de la représentation des salariés. Le troc peut être résumé ainsi : échange de droits concernant quelques salariés contre des droits collectifs de représentation.

Ce type de contreparties, les plus répandues, ont toutes un caractère individuel, même si elles sont négociées collectivement. N'est-ce pas le cœur de la problématique des accords de méthode : accroître les droits individuels en échange de droits collectifs ? La mutation des formes de représentation aurait pour finalité l'individualisation de la représentation.

b. Des conditions de représentation dégradées

Les conditions de représentation, quel que soit le canal emprunté, risquent fortement de se dégrader quand un accord de méthode est conclu. Comme l'énonce Sophie Nadal, si l'on peut se réjouir a priori de l'extension du domaine du négociable, il n'est pas certain que « ce nouvel élargissement du domaine du négociable n'en comporte pas moins le risque d'une détérioration sensible de la protection des salariés en cas de licenciements collectifs »⁶²⁷.

Les risques d'une diminution considérable de la qualité de la négociation sont importants puisque, en privant le comité d'entreprise de moyens appropriés, les délégués syndicaux se privent d'informations de qualité ; ils risquent donc de négocier "à vue". Tout l'intérêt de la navette représentative est alors remis en cause. Cette situation est d'autant plus inquiétante lorsque les délégués syndicaux négocient un plan de sauvegarde de l'emploi "à froid", c'est-à-dire bien avant que l'entreprise n'ait réellement de problème économique. Les délégués syndicaux pourraient alors se voir enfermer dans un accord ne répondant pas du tout à la problématique qui sera posée le jour où des problèmes économiques apparaîtront dans l'entreprise.

Enfin une des particularités de ces négociations est qu'elles n'ont pas pour but premier de stopper la procédure de licenciement économique mais d'obtenir des compensations autres. Le risque de ce type de négociation est alors de tomber dans une individualisation des problématiques et de négliger l'aspect collectif. Comme nous l'avons expliqué, la représentation des salariés par le biais de la procédure d'information consultation peut être totalement vidée de sens par les accords de méthode. De plus la figure de la représentation est souvent dévoyée par les accords

627 Sophie Nadal, "Négociation collective et licenciement économique : propos introductifs sur le nouvel article L. 320-3 du Code du travail", *Dr. ouv.* Juillet-Août 2005, p. 303.

mettant en place toutes sortes de commissions ad hoc qui peuvent décider à la place du comité d'entreprise. L'étude proposée par la CGT⁶²⁸ répertorie beaucoup d'accords mettant en place des groupes de concertation qui se substituent au comité d'entreprise, aussi bien dans le cadre du livre IV que dans le livre III. Il serait intéressant de se pencher sur la nature des commissions ad hoc, leur composition, leur nature juridique. Le fait qu'elles se substituent au comité d'entreprise éveille quelques soupçons quant à leur légalité et à la qualité de la représentation qu'elles offrent.

La négociation portant sur la consultation octroie une importance toute particulière à la négociation d'entreprise. En effet, la négociation détermine le champ de la consultation et les négociations peuvent porter sur des thèmes nouveaux. Ce constat invite à se pencher sur la portée exacte de ce nouveau phénomène d'articulation des négociations, notamment en le qualifiant plus précisément.

628 Anne Macuszinski, "Un examen critique de huit accords de méthode par la CGT", *Semaine sociale Lamy*, 19 Janvier 2004, supplément n° 1152.

Section II – CARACTÉRISTIQUES DE LA NOUVELLE FORME DE PARTICIPATION DES TRAVAILLEURS

Cette nouvelle articulation des procédures proposée par le législateur ne répond ni à la définition légale de la consultation, ni à celle de la négociation. On peut émettre l'hypothèse, selon laquelle il s'agit d'une nouvelle déclinaison du principe de participation qui, rappelons-le, n'est pas figé dans sa forme puisque celle-ci n'est pas définie par la Constitution.

Concurremment on observe que de nouveaux sujets sont ouverts à la négociation. Or il s'agit de thèmes qui ne rentrent pas dans la sphère de la détermination des conditions de travail. Nous émettons en conséquence l'hypothèse selon laquelle une nouvelle forme de participation est née, puisqu'il s'agit de négociation sur des thèmes autres que ceux légalement prévus (L. 2221-1 du Code du travail [L. 131-1 a. C. trav.]).

La conjugaison de ces deux phénomènes interroge sur la forme exacte que pourrait prendre cette déclinaison du principe de participation. Les "négociations" sur des thèmes n'entrant pas dans la définition légale de la négociation constitueraient une nouvelle forme de participation en soi ? Comment alors articuler cela avec la nouvelle forme de représentation des salariés : s'agit-il d'un sujet de négociation faisant partie de cette nouvelle forme de participation ou bien est-ce un élément à part entière de cette nouvelle forme de participation ? (§1). Cette première interrogation nous aidera ensuite à déterminer la définition exacte de cette déclinaison du principe de participation (§2).

§1. L'ARTICULATION DES PROCÉDURES : NOUVEAU SUJET DE NEGOCIATION OU ELEMENT CONSTITUTIF DE LA DÉCLINAISON DU PRINCIPE DE PARTICIPATION

Cette interrogation s'impose puisqu'on note que la négociation sur l'articulation n'est pas nécessairement l'unique objet de la négociation, c'est un sujet corollaire. On constate également que les nouveaux thèmes ouverts à la négociation ne s'accompagnent pas forcément de la possibilité de négocier sur l'articulation des procédures : il n'y a pas de corrélation systématique (A).

Incontestablement la forme de l'articulation des procédures est novatrice, mais est-elle simplement un indice de la nouvelle forme que revêt le principe de participation ou bien en est-elle une caractéristique (B) ?

A - L'ABSENCE DE CORELATION ENTRE L'ARTICULATION DES PROCEDURES ET LES NOUVEAUX THEMES DE NEGOCIATION

Les lois ouvrant la possibilité de négocier sur l'articulation entre négociation et consultation (1) font penser que les nouveaux thèmes de négociations sont obligatoirement accompagnés d'une négociation sur l'articulation des deux formes de participation. Mais il s'avère que de nouveaux thèmes ont été ouverts à la négociation, sans que cela n'emporte l'obligation de négocier sur l'articulation des formes de participation (2).

1. L'articulation de la négociation et de la consultation comme thème de négociation

Dans les textes de lois précédemment évoqués, le législateur a systématiquement traité de l'articulation des procédures en même temps qu'il a ouvert des thèmes nouveaux à la négociation.

La déclinaison du principe de participation semble alors devoir passer par un assujettissement de la consultation à la négociation collective, une mise en concurrence des institutions. Mais de nouvelles lois ouvrent la négociation d'entreprise à de nouvelles thématiques, sans pour autant se prononcer sur l'articulation de la consultation et de la négociation.

En effet, les premières lois ouvrant de nouveaux thèmes de négociation d'entreprise

traitaient simultanément de la question de l'articulation des procédures. C'est pourquoi la mise en concurrence du comité d'entreprise et des délégués syndicaux semblait aller de pair avec cette nouvelle façon d'envisager la négociation. L'articulation de la négociation et de la consultation apparaissait comme une des caractéristiques de ce qui était pressenti comme une nouvelle forme de participation. Cependant, la loi sur le service minimum bouscule cet ordre établi, étant donné que la négociation d'entreprise est ouverte à un nouveau thème, sans pour cela qu'il soit question de l'articulation de la consultation et de la négociation.

2. L'articulation des procédures n'est pas un sujet automatiquement associé aux nouveaux thèmes de négociation

Cette loi sur "le service minimum" (a) met en place un thème de négociation novateur qui entre dans ce que l'on pourrait qualifier de rénovation de la négociation d'entreprise, sans pour autant organiser l'articulation entre négociation et consultation, et pour cause : la consultation n'est pas prévue par le législateur en la matière (b).

a. La loi dite sur "le service minimum"

La loi du 21 août 2007 comporte deux articles qui renvoient à la négociation d'entreprise : l'article 2 du titre 2, intitulé "Dialogue social et prévention des conflits dans les entreprises de transport" qui prévoit que dans « les entreprises de transport chargées d'une mission de service public de transport terrestre régulier de personnes à vocation non touristique »⁶²⁹, l'employeur et les organisations syndicales représentatives engagent des négociations visant à conclure un accord organisant une procédure de prévention des conflits. La seconde négociation obligatoire apparaît dans le titre 3 "Organisation de la continuité du service public en cas de grève ou autre perturbation prévisible du trafic", à l'article 5.

Dans ces articles, le législateur instaure un nouveau processus de gestion de la grève en prescrivant une obligation de négociation. Celle-ci doit déboucher sur un accord cadre qui organise une procédure de prévention des conflits. Cette procédure implique l'instauration de négociations antérieures au dépôt du préavis de grève, négociations auxquelles seuls les syndicats représentatifs envisageant de déposer un préavis de grève seraient conviés. Cette obligation se distingue de celle instaurée par l'article L.

629 La définition des entreprises concernées est donnée dans l'article 1 du Titre 1.

2512-2 du Code du travail (L. 521-3 a. C. trav.), qui oblige à la négociation pendant le préavis, dont le dépôt est obligatoire dans les entreprises concernées par la loi n°2007-1224 du 21 août 2007. Ainsi, comme l'a indiqué Francis Saramito⁶³⁰, ce préavis⁶³¹ avait différents objets selon les parties concernés. Pour l'employeur, il avait notamment pour fonction de lui signifier son obligation d'engager des négociations pendant la durée du préavis, il s'agit donc « de rechercher les mesures d'apaisement susceptibles de faire disparaître la menace et non de mettre au point les mesures destinées à neutraliser les effets de la menace si elle se réalise » .

Cette obligation de négocier pendant le préavis ne semble pas perdurer, elle est remplacée par une négociation (préalable au dépôt du préavis) pouvant durer jusqu'à huit jours. Ainsi un délai de treize jours maximum (8 jours auxquels s'ajoutent la durée du préavis) peut s'écouler entre le moment où une organisation syndicale fait part à l'employeur de son intention de faire grève et le moment du déclenchement de la grève. Ce délai est considérablement rallongé et pourrait être source de démobilisation des salariés. Le Conseil constitutionnel a précisé que ce délai de treize jours n'avait rien d'excessif, puisqu'il est « destiné à permettre d'abord une négociation effective susceptible d'éviter la grève puis, le cas échéant, la mise en place d'un plan de transports adapté, afin d'assurer la continuité du service public »⁶³².

Cette négociation, qui reste dans l'esprit de celle de l'article L. 2512-2 du Code du travail (L. 521-3 a. C. trav.), corrige la brièveté de cette phase de négociation correspondant à la durée du préavis. Ce délai très court était souvent critiqué, à tel point que certains auteurs dénonçaient un détournement de l'objectif de cette période. En effet, l'objectif ne serait pas, dans la plupart des cas, d'éviter les conflits mais plutôt de « parer au plus pressé par des mesures provisoires destinées à atténuer quelque peu les dommages inhérents, en de tels cas, à la cessation du travail »⁶³³. Certains auteurs prônaient une distinction claire entre une phase de négociation et un préavis destiné à « organiser concrètement le service en cas d'échec des négociations »⁶³⁴. La loi du 2 août 2007 a répondu à cette attente en créant une seconde phase de négociation : « le dépôt d'un préavis de grève ne peut intervenir qu'après une négociation préalable entre l'employeur et la ou les organisations syndicales

630 Francis Saramito, note C. Cass 23 Juin 2006, Dr. Ouv. 2007, p. 140 et s.

631 Ce préavis doit être déposé par au moins un syndicat représentatif et doit parvenir cinq jours francs avant le déclenchement de la grève à l'autorité hiérarchique ou la direction de l'établissement, l'entreprise ou de l'organisme concernés.

632 Conseil constitutionnel décision n° 2007-556 DC du 16 Août 2007 (Liaisons sociales des 20 et 21 Août 2007, n° 14934°.

633 Eric Devaux, *La Grève dans les services publics*, Publications de l'Université de Limoges, 1993, p. 613.

634 Norbert Olsak, "Le service minimum dans les transports publics (vu à l'enseignement du professeur Hélène Sinay) ", D. 2005, Chr. 529.

représentatives qui envisageant de déposer le préavis ». Toutefois ce processus interpelle quelque peu en ce qu'il néglige les raisons d'être du pluralisme syndical : pourquoi n'inviter que les organisations envisageant de déposer le préavis, alors même que le droit de grève qui sera réglementé par l'accord concernera l'ensemble des salariés grévistes ? Aucun lien n'existe entre le salarié gréviste, son éventuelle adhésion à un syndicat et le syndicat dépositaire du préavis. Pourtant cette loi crée un lien qui pourrait s'avérer dangereux pour la liberté syndicale et l'exercice du droit de grève.

La nature réglementaire d'un tel accord est plus que jamais mise en avant car il s'agit de réglementer un droit fondamental et non d'exercer une quelconque influence sur les conditions de travail, la nature contractuelle s'effaçant même au profit de la nature réglementaire de l'accord.

Cette première obligation de négocier ne se distingue donc pas réellement de l'existant : il ne s'agit pas d'un nouveau thème de négociation mais uniquement d'un accord cadre. Cette obligation n'est donc pas emblématique d'une nouvelle déclinaison du principe de participation, même s'il est à noter que, comme l'énonce Eric Millard, ce dispositif « n'interdit pas la grève, mais rend extrêmement difficile une grève qui occasionnerait des gênes (notamment les grèves nationales sur des questions non corporatives, les grèves de solidarités, etc.) »⁶³⁵ ; le syndicat peut donc être amené à négocier la diminution de l'exercice d'un droit constitutionnel.

La seconde obligation de négocier mise en place est, elle, totalement nouvelle et nous interroge sur le droit à la participation. Il existe désormais une autre obligation de négocier en vue de la signature d'un accord collectif de « prévisibilité » en cas de grève. S'agissant de cette seconde obligation et contrairement à la première, un processus⁶³⁶ a été mis en place afin d'encadrer son déroulement, ainsi qu'un délai précis : si la négociation n'aboutit pas avant le 1er janvier 2008, ce plan sera défini unilatéralement par l'employeur.

635 Eric Millard, " Une réponse dangereuse à une mauvaise question", *Revue de droit du travail*, Octobre 2007, p. 564.

636 Au sens de la procédure, sachant qu'en droit et particulièrement en droit du travail, le processus est souvent lourd de sens, notamment quant à l'effectivité des droits. Il suffit de se pencher sur la question de la procédure de licenciement collectif pour s'en rendre compte.

Le processus de négociation se déroule de la façon suivante :

- les conditions de la continuité du service sont définies par l'autorité organisatrice après consultation des structures représentant les usagers lorsqu'elles existent. Le service minimal ainsi défini doit éviter toute atteinte disproportionnée à un certain nombre de libertés fondamentales ;
- quand les conditions à la continuité du service sont définies, l'autorité administrative élabore un plan de transport ;
- ce plan de transport sert de base à la négociation, ce qui pose un problème de loyauté dans la négociation (pourquoi l'autorité administrative établit unilatéralement ce plan ?).

La négociation doit alors porter sur un plan permettant d'aboutir à un accord de prévisibilité qui « recense, par métier, fonction et niveau de compétence ou de qualifications, les catégories d'agents et leurs effectifs ainsi que les moyens matériels indispensables à l'exécution, conformément aux règles de sécurité en vigueur applicables à l'entreprise, de chacun des niveaux de service prévus dans le plan de transport adapté »⁶³⁷.

Ce recensement n'aura pas pour objet de contraindre les salariés (désignés comme indispensables au fonctionnement du service) à travailler, selon le législateur. Mais, dans le même temps, il renforce leurs obligations quant à la grève en les soumettant à une obligation particulière de déclaration d'intention de faire la grève. Les catégories d'agents ainsi désignés comme indispensables à l'exécution du service sont soumis à une obligation de déclarer leur intention de participer à la grève et ceci 48 heures avant le début du mouvement, sachant que l'omission d'une telle déclaration est passible d'une sanction disciplinaire, selon l'article 5 de la loi du 21 août 2007. De même, la loi prévoit « la mise en place d'une légitimité concurrente »⁶³⁸ à celle des syndicats en autorisant l'employeur, au bout de huit jours de grève, à consulter directement les salariés au sujet de la poursuite du mouvement. Le résultat de cette consultation ne peut pas autoriser l'employeur à mettre fin à la grève, mais on imagine aisément l'impact d'une telle consultation sur les relations sociales dans l'entreprise. De plus, quelle signification peut-on donner à une consultation collective concernant un droit individuel ?

637 Article 5 de la loi n° 2007-1224 du 21 Août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs.

638 Eric Millard, "Une réponse dangereuse à une mauvaise question", *Revue de droit du travail*, Octobre 2007, p. 565.

L'objet même de cette négociation d'un accord de prévisibilité est de régler l'exercice d'un droit fondamental sans qu'il existe aucune contrepartie pour les salariés. La négociation remplace alors la mission de l'autorité administrative et de l'employeur. Cela implique les syndicats dans la limitation du droit de grève. Ils s'engagent ainsi dans la gestion de l'entreprise, dans son fonctionnement, les syndicats signataires devenant coresponsables de la limitation du droit de grève (principal moyen de pression des salariés pour améliorer leurs conditions de travail).

Une nouvelle fois, cette négociation dénature le rôle des syndicats et les fait basculer dans une participation qui s'apparente à de la coresponsabilité. Le législateur demande aux syndicats de concrétiser le principe de non absolutisme des droits, et notamment du droit de grève, principe « corollaire du principe de conciliation ou du moins connexe à celui-ci »⁶³⁹. Mais Roger Latournerie conclut qu'« en l'état actuel de la législation, il appartient au Gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue des dites limitations ».⁶⁴⁰ Et l'auteur de s'interroger ensuite sur l'identité de l'autorité qualifiée pour exercer ce droit. Cette question posée en 1972 est remise au cœur de l'actualité juridique avec cette loi nouvelle. Les protagonistes sociaux peuvent-ils assumer, par le biais de la négociation, la plausible diminution d'un droit fondamental des travailleurs ?

b. La consultation n'existe pas en la matière

Il s'agit donc d'un thème de négociation nouveau mais qui, par définition, ne pose pas la question de l'articulation entre négociation et consultation. Avec cette réforme, nous constatons donc que ce que nous qualifions de nouvelles déclinaisons du principe de participation n'a pas pour caractéristique fondamentale de mettre la consultation sous la coupe de la négociation.

Dans le cadre d'une loi sur le service minimum, la question de la consultation du comité d'entreprise et, par conséquent, celle de son articulation avec la négociation nouvellement prescrite, ne se posait pas. Cela laisse entendre que la négociation sur l'articulation des procédures de participation n'est pas automatiquement corrélée à ce nous pensons être une nouvelle forme de participation, mais se réduit-elle pour autant à un simple sujet nouvellement ouvert aux négociations ?

639 Roger Latournerie, *Le Droit français de la grève*, Sirey, 1972, p. 626.

640 Idem p. 623.

B - L'ARTICULATION DES PROCÉDURES : SUJET PARMIS D'AUTRES OU ELEMENT D'UNE NOUVELLE FORME DE PARTICIPATION ?

S'agit-il d'un sujet de négociation parmi d'autres (1) ou d'un élément (2) même d'une nouvelle forme de négociation ?

1. L'articulation des procédures comme sujet de la négociation

La négociation, notamment celle d'entreprise, connaît une expansion sans précédent. Un des pans de cette évolution est marqué par l'accroissement des thèmes nouveaux de négociation. Cela rappelle, dans une certaine mesure, une période où les thèmes soumis à consultation connaissaient une inflation très importante. En effet, le comité d'entreprise a vu ses prérogatives se multiplier en matière de consultation. D'ailleurs les textes définissant la compétence du comité d'entreprise se sont accumulés avec les années. Ces textes, le plus souvent des lois, se sont succédés à un rythme soutenu ; à titre d'exemple, la consultation du comité d'entreprise est devenue obligatoire dans le domaine de la formation professionnelle avec la loi du 16 juillet 1971 ; plus tard, le 28 décembre 1973, la loi oblige l'employeur à consulter le comité d'entreprise sur les questions portant sur l'amélioration des conditions de travail ; puis une loi du 3 janvier 1975 instaure une consultation obligatoire en cas de licenciements collectifs pour motifs économiques... etc. André Brun résume ainsi l'évolution du comité d'entreprise : « La consultation du comité sur l'organisation, la gestion et la marche de l'entreprise s'étant révélée le plus souvent illusoire, la loi du 18 juin 1966 a précisé les mesures sur lesquelles le comité d'entreprise devait obligatoirement être consulté et les informations économiques et financières qu'il fallait lui fournir. La compétence du comité s'accroît sans cesse : il participe à la création et à l'application des accords d'intéressement, son rôle s'est développé en ce qui concerne l'amélioration des conditions de travail et des licenciements collectifs. »⁶⁴¹.

Cet "empilement législatif" a eu pour conséquence d'élargir le champ de la consultation à la majorité des décisions de l'employeur. L'obligation de consultation a donc fini par recouvrir un champ d'application bien plus étendu que celui de la négociation, à tel point que « Cette multiplication des prérogatives⁶⁴², qui s'est prolongée de 1982 à 2003, justifie qu'on puisse parfois évoquer un rôle de contrôle du comité d'entreprise

641 Livre André Brun, préc. , p. 223.

642 Sur ce point, voir notamment Antoine Lyon-Caen, "Le comité d'entreprise à l'heure du changement", *Dr. soc.* 1982 p. 299 ; Gérard Couturier, " L'accès du comité d'entreprise à l'information économique et financière ", *Dr soc.* , 1983 p. 26.

sur la gestion de l'entreprise par ses dirigeants »⁶⁴³.

La négociation collective, et plus particulièrement celle d'entreprise, semble prise dans le même processus. Autrefois crainte, elle est par conséquent souvent délaissée par les employeurs parce que, comme nous l'explique Michel Despax, « le patronat français considère en général que la Législation est déjà suffisamment favorable aux travailleurs, qu'elle fait peser sur les entreprises des charges très lourdes, qu'il serait dangereux et inopportun d'aggraver encore par des dispositions conventionnelles. »⁶⁴⁴ Aujourd'hui, du fait du changement de nature de la négociation, c'est devenu l'un des premiers biais par lesquels les employeurs réforment et aménagent les conditions de travail. Ce sont les règles libérales⁶⁴⁵ mises en place depuis 1982 qui ont rendu la négociation extrêmement attractive aux yeux des employeurs. C'est ainsi que les thèmes ouverts à la négociation n'ont pas cessé de croître. Pour ne rappeler que quelques étapes récentes dans la construction de ce champ de négociation, la loi du 4 mai 2004 multiplie les thèmes de négociation dérogatoire dans le cadre des négociations d'entreprise. Ces possibilités de dérogations *in pejus* ouvertes au niveau de l'entreprise par la loi du 4 mai 2004 concernent notamment la durée du repos octroyé hebdomadairement aux jeunes, le montant de la prime de précarité dû en cas de fin de contrat à durée déterminée.

Cette libéralisation de la négociation passe donc par la possibilité croissante de négocier *in pejus* mais également par la possibilité de négocier sur des thèmes autrefois réservés au Comité d'entreprise, voire sur des questions qui devraient être le propre de la responsabilité patronale.

La négociation sur des thématiques qui étaient originellement l'apanage de la consultation s'accompagne souvent, comme nous l'avons établi, d'une mise sous tutelle de la consultation. Il est alors certain que la négociation revêt un nouveau visage et que le fait de soumettre la consultation à la négociation collective en est une composante. Mais ce n'est pas un fondement de ce nouveau genre de négociation puisque, par exemple, ce thème n'existe pas dans la loi dite « sur le service minimum ».

L'articulation des procédures serait un des nouveaux sujets ouverts à la négociation, sans pour autant être une caractéristique d'une nouvelle forme de participation.

643 Quentin Urban, "Comité d'entreprise (Rôle et attributions en matière économique)", *Dalloz encyclopédie*, 2004, p. 4 §3.

644 Michel Despax, *Traité de droit du travail : Conventions collectives*, Dalloz, 1966, p. 1.

645 Nous faisons ici référence aux lois qui ont ouverts de multiples sujets à la dérogations *in pejus*.

2. L'articulation des procédures comme élément de la négociation

Le rapport entre négociation et consultation ne serait somme toute qu'un sujet de négociation additionnel ? Cela n'est pas évident, car cette possibilité révèle une conception nouvelle du rôle de la négociation et, par ricochet, de la consultation. C'est pourquoi l'articulation des procédures est plus qu'un simple sujet de négociation. Pour autant, ce n'est pas forcément un élément fondateur de la nouvelle forme de participation. Pour définir le rôle exact de la nouvelle articulation des procédures, il faut attendre qu'une nouvelle thématique nécessitant la consultation du comité d'entreprise soit soumise à la négociation. Dans ce cas, si le législateur choisit de ne pas réglementer le rapport entre les deux formes de participation, nous pourrions nous prononcer pour la seconde hypothèse.

Au vu des textes actuels, notre thèse tend plutôt vers la première hypothèse émise : l'articulation de la consultation et de la négociation est bien davantage qu'un sujet supplémentaire de négociation. En effet, cette question constitue un maillon de la nouvelle approche de la négociation mise en place par les lois précitées. Il s'agit bien d'une redéfinition de la négociation collective d'entreprise. Pour être plus précis, le fait de traiter du rapport entre négociation collective et consultation du comité d'entreprise fait partie des changements observés. Cependant on ne peut pas qualifier ce mouvement d'évolution de la négociation collective en général. Il s'agit plutôt d'une nouvelle forme de participation des salariés, puisque la voie ouverte récemment à la négociation est une dénaturation de ce que le législateur qualifiait jusqu'à présent de négociation. La procédure, le processus sont identiques mais pas les sujets débattus. Les changements observés ne procèdent pas d'une évolution de la négociation mais bien d'une déclinaison du droit à la participation.

Enfin, la négociation et la consultation n'ont jamais pu être totalement étanches ; elles le sont de moins en moins, sans pour autant fusionner. Cette tendance est confortée lorsque l'on observe l'interchangeabilité des acteurs, des thèmes, et en constatant qu'une pratique sociale, « la navette représentative », s'est mise en place. La jurisprudence a parfois encadré cette articulation, mais aucun texte n'avait clairement reconnu son existence jusqu'à la loi sur la cohésion sociale (accord de méthode, GPEC) qui encadre une forme d'articulation entre consultation et négociation.

Deux modèles d'articulation coexistent aujourd'hui : celui de la navette sociale mais aussi celui qui a émergé avec la loi de cohésion sociale. Ce dernier se démarque du

premier par une différence essentielle : la négociation subsume la consultation, elle la place sous sa coupe. Le mouvement de mise en concurrence des institutions et le changement de leur finalité tient davantage d'une nouvelle forme de participation que d'une convergence entre négociation et consultation.

Cette nouvelle forme de droit à la participation n'est peut-être qu'une manifestation unique de ce qui restera des textes de lois isolés. Mais il pourrait également s'agir pour le législateur d'asseoir solidement une nouvelle forme de participation, auquel cas sa qualification et son impact sur les relations sociales à venir doivent être mesurés avec attention, et autant que ces quelques exemples le permettent.

§2. VERS UNE DÉCLINAISON DU DROIT A LA NEGOCIATION

Il est peu prudent d'essayer d'établir les caractéristiques de ce qui pourrait s'avérer être une nouvelle forme de participation à partir du peu de textes qui ouvrent cette voie nouvelle. Nonobstant, il est possible de dire ce qu'elle n'est pas (A), et d'essayer de déterminer ce qu'elle pourrait être (B).

A - NÉGOCIATION OU CONSULTATION ?

Nos seules références en matière de droit individuel à la participation exercé collectivement sont les deux formes principales que nous connaissons : la négociation et la consultation. C'est pourquoi un travail de comparaison (1) s'impose, afin d'analyser cette déclinaison du principe de participation (2).

1. Un travail de comparaison

Il s'agit de comparer cette nouvelle forme de participation avec les deux figures de la participation existantes : la consultation et la négociation. La forme la plus éloignée de cette nouvelle déclinaison du principe de participation semble bien être la consultation. En effet, ni les acteurs concernés, ni le processus suivi, ni le résultat escompté ne sont similaires.

Les accords de méthode, de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences portent sur les formes, l'objet de la consultation. Il s'agit d'accords issus de négociation faisant parfois suite à une consultation du comité d'entreprise, mais aucun doute n'est permis : ils s'apparentent plus à la négociation qu'à la consultation. Le rapprochement est évidemment plus direct avec la négociation. D'ailleurs le législateur nous invite à qualifier cette figure légale de négociation, puisqu'il désigne d'emblée ce processus comme tel. L'article L. 2242-15 du Code du travail (L. 320-2 a. C. trav.) précise que « l'employeur engage tous les trois ans une négociation portant sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise... ». Quant à l'article L. 1233-21 du Code du travail (L. 320-3 a. C. trav.), il dispose qu'« un accord d'entreprise, de groupe ou de branche » peut fixer « les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise applicables lorsque l'employeur envisage de prononcer le licenciement économique de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours ». Dans le cas de la loi sur le service minimum,

il s'agit également de négociation d'entreprise.

Le législateur se situe donc dans le cadre de la négociation. Cela est appuyé par le fait qu'aucun régime particulier n'est spécifié, seul le caractère dérogatoire des négociations est précisé. Ainsi il doit s'agir de négociation au sens de l'article L. 2221-1 du Code du travail (L.131-1 a. C. trav.). Cependant les sujets traités durant ces discussions semblent éloignés de la définition légale de la négociation.

2. Une nouvelle forme de négociation

Certes le mode de participation que nous essayons de qualifier porte tous les stigmates de la négociation collective. Il en a la dénomination et plus généralement la forme. Toutefois les thèmes traités sont étrangers à la définition légale de la négociation (a) donnée à l'article L. 2221-1 (L. 131-1 a. C. trav.), particulièrement ceux concernant la gestion numérique et qualitative de l'emploi, ainsi que la réglementation de l'exercice du droit de grève (b).

a. Des thématiques éloignées de celle de la négociation

Notre travail d'étude de cette qualification nous a invités à écarter les similitudes de forme pour nous pencher sur les thématiques débattues. Nous en concluons qu'il ne s'agit pas exactement d'une négociation au sens de l'article L. 2221-1 (L. 131-1 a. C. trav) du Code du travail, parce qu'elle n'a pas pour objet de déterminer les conditions d'emploi, de travail, de formation ou encore leurs garanties sociales⁶⁴⁶.

Effectivement, en faisant un inventaire non exhaustif des questions uniquement soumises à la consultation et de celles soumises à la négociation et à la consultation, la particularité de ce type de négociation est criante.

Il existe des négociations-consultations sur :

- la durée du travail ;
- les conditions de travail et d'emploi ;
- la formation professionnelle ;
- les conséquences de la modification de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise ;
- l'égalité professionnelle ;
- l'épargne salariale.

⁶⁴⁶ Article L. 2221-1 du Code du travail (L. 131-1 a. C. trav.).

Il existait uniquement des consultations (jusqu'aux lois récentes) sur :

- les mesures affectant le volume ou la structure des effectifs ;
- les projets de licenciements économiques ;
- les projets de modification de l'organisation économique ou juridique ;
- l'emploi ;
- les projets d'introduction de nouvelles technologies ayant des conséquences sur l'emploi ;

L'aspect principal de cette nouvelle forme de négociation est qu'elle porte sur des thématiques nouvelles autrefois propres à la consultation ou même étrangères à toute consultation ou négociation. En effet, la question de l'emploi fait partie des thèmes abordés pendant les négociations depuis plus d'une décennie. Cependant les négociations sur ce thème se limitaient à affirmer la sauvegarde de l'emploi comme objectif, voire comme objet de la négociation. Rares étaient les accords qui réglementaient la gestion de l'emploi. La législation marque une évolution en faisant entrer la gestion de l'emploi en terme quantitatif et non plus uniquement qualitatif dans le périmètre de la négociation d'entreprise. Cela modifie le type de négociation et les représentants des salariés sont amenés à jouer un rôle, autrefois banni par les syndicats eux-mêmes : celui de co-gestionnaire de l'emploi.

L'article L. 2221-1 du Code du travail (L. 131-1 a. C. trav.) précise que le champ de la négociation recouvre « l'ensemble de leurs conditions d'emploi (*aux salariés*), de formation professionnelle et de travail ainsi que leurs garanties sociales. » Aussi, il est peut-être hasardeux d'affirmer que des négociations sur les licenciements sont totalement étrangères à la lecture légale du droit à la négociation, puisque le vocable "garanties sociales" est flou. Cependant il semble difficile d'interpréter une négociation portant sur la diminution du volume ou la restructuration des effectifs comme étant attenante aux garanties sociales. Il en va différemment de la négociation portant sur le plan de sauvegarde de l'emploi qui fixe les contreparties octroyées aux salariés licenciés.

Jusqu'à présent la négociation sur l'emploi consistait à accepter plus de flexibilité dans son emploi, des baisses salariales contre le maintien, voire la création d'emploi. Jamais cela n'avait consisté à aménager la baisse de l'emploi, à co-décider des conséquences d'une décision de suppression d'emploi dans l'entreprise.

b. La gestion de l'emploi et le droit de grève

Alors qu'en Europe la négociation sur l'emploi est plus largement envisagée - « dans tous les pays, les négociations, les discussions récentes qui, d'une manière ou d'une autre, traitent de l'emploi, mêlent, ou au mieux articulent différents sujets : l'embauche, le maintien de l'emploi pour certaines catégories de salariés, des efforts particuliers pour la formation et l'embauche des jeunes (le plus souvent en s'appuyant sur les différents types de contrats aidés par les Pouvoirs Publics), des dispositifs de départs anticipés, des dispositifs de congés en cours de carrière, des mesures d'encouragement au départ, des mesures de reconversion vers d'autres métiers, des mesures concernant l'aménagement du temps de travail, des mesures concernant les salaires, les primes, parfois même les systèmes d'intéressement »⁶⁴⁷ - , en France la gestion des dispositifs de départs anticipés ou encore les mesures d'encouragement au départ restaient du domaine de la discussion ayant lieu avec le comité d'entreprise sur le livre III de la deuxième partie du Code du travail. Le fait que ces thèmes tombent dans l'escarcelle de la négociation traduit l'interrogation portée par Antoine Jammaud : « l'entier droit du travail ne serait-il pas devenu droit de l'emploi par finalité ». Les négociations seraient donc un moyen supplémentaire de gérer l'emploi dans l'entreprise, y compris par sa suppression.

Tamar Katz souligne l'impact d'un sujet comme l'emploi sur la mutation de la négociation collective : « Au cours de la dernière décennie, nombreuses sont les interventions législatives qui, relayant et amplifiant les efforts conventionnels, incitent la négociation collective à se saisir de l'emploi. Toutefois, s'il est banal de relever les appels venant de toutes parts à une négociation collective privilégiant l'emploi, il faut néanmoins admettre que l'on s'est bien peu préoccupé des mutations que la négociation subissait si elle répondait à ces invitations »⁶⁴⁸.

Le contexte évoqué par l'auteur est celui d'une négociation de maintien de l'emploi, puisqu'elle précise que les accords portant sur cette question affichent l'objectif de « préserver ou de favoriser l'emploi »⁶⁴⁹. Certains comportent de véritables engagements à ne « pas procéder à des licenciements pendant la durée de l'accord »⁶⁵⁰, ou encore de « maintenir une activité sur un site déterminé »⁶⁵¹. D'autres énoncent qu'ils ont pour objet de préciser « les contreparties en termes de réduction d'horaires

647 Bernard Brunhes consultant sous la direction de Danielle Kaisergruber, *Négocier la flexibilité*, Les éditions d'organisation, 1997, p. 51.

648 Tamar Katz, *La négociation collective et l'emploi*, LGDJ, 2007, p. 9.

649 Tamar Katz, préc.

650 Tamar Katz, préc.

651 Tamar Katz, préc.

et d'emploi »⁶⁵². La situation que nous évoquons est bien différente : il ne s'agit pas de combattre des atteintes à l'emploi par le biais de la négociation ou de se cantonner à l'étude d'une négociation collective qui « s'inscrit désormais dans une perspective de maintien ou de développement de l'emploi »⁶⁵³, mais bien de décider de la nature de ces atteintes et de leurs contreparties. Notre objet n'est pas de définir l'influence de ces thématiques sur la négociation collective mais de nous interroger sur la nature même de ces négociations.

Lorsque l'entreprise connaît des difficultés économiques, les engagements en matière d'emploi peuvent être plus réducteurs en essayant de « réduire au maximum l'impact des perspectives économiques sur le nombre d'emplois supprimés »⁶⁵⁴, ou ils affichent la volonté « d'éviter les licenciements »⁶⁵⁵. De même, des législations incitatives en matière d'emploi ont vu le jour ; « ces dernières octroient des aides financières aux entreprises qui s'engagent, par la voie d'un accord collectif, à maintenir ou à créer un nombre ou un pourcentage précis d'emploi. »⁶⁵⁶. Mais dans un cas comme dans l'autre, le rôle de la négociation s'arrête là où la destruction d'emploi commence. Certes l'emploi est un sujet de négociation depuis plus d'une décennie, mais non la manière dont on le supprime, ni le choix du poste qu'on supprime en priorité, ou alors de façon très marginale.

La négociation prenait fin là où la consultation commençait. Les aménagements de la décision patronale de suppression d'emploi relevaient uniquement de la consultation. C'est précisément pour cela que le comité d'entreprise n'en supportait pas la responsabilité. En effet, le comité d'entreprise se voit soumettre les aménagements de la décision de suppression d'emploi et il discute ces aménagements, mais il ne les décide pas avec l'employeur.

Antoine Lyon-Caen spécifie que les accords portant sur l'emploi « ont pour objet des thèmes traditionnels, proches de ce qu'il est convenu d'appeler les termes de l'échange, susceptibles aussi de répondre à ce que l'article L .131-1 mentionne sous le label de *conditions d'emploi*. Sont ainsi réglés l'organisation du temps de travail, la mobilité et parfois la rémunération »⁶⁵⁷ ou alors ils organisent « des régimes d'emploi

652 Tamar Katz, préc.

653 Tamar Katz, *La négociation collective et l'emploi*, LGDJ, 2007, p. 13

654 Accord Thomson Tubes Electronique, 25 Mars 1993, Liaisons sociales, C3, n° 6813.

655 Accord d'entreprise de la société Potain datant du 10 Février 1993, Liaisons sociales, C3 :205, n° 6813.

656 Tamar Katz, *La négociation collective et l'emploi*, LGDJ, 2007, p. 126.

657 Antoine Lyon-Caen, " L'emploi comme objet de la négociation collective ", *Dr. soc. n°4*, Avril 1998, p. 317.

présentés comme prometteurs pour l'emploi, soit qu'ils contribuent "à préserver un maximum d'emploi", soit qu'ils permettent de "maintenir un niveau d'emploi permanent plus élevé" qu'en l'absence d'accord. Ils contiennent de la part de l'entreprise des *engagements*, d'écriture plus ou moins ferme »⁶⁵⁸. Enfin il y a ceux qui « ne se bornent pas à afficher la raison d'un aménagement des conditions de l'emploi ni à définir les mesures destinées à préserver un niveau d'emploi »⁶⁵⁹ puisque « l'entreprise s'engage à suivre dans ses recrutements, l'accueil des jeunes, les rotations du personnel »⁶⁶⁰. L'auteur souligne alors que ces éléments considérés isolément appartiennent au champ de la négociation collective mais, une fois combinés, ils dessinent une gestion du personnel plus flexible. Cette dérive de la négociation s'apparente à ce que l'on qualifie de négociation de gestion. Ce mouvement est aujourd'hui clairement identifié. Le professeur Antoine Lyon-Caen avertit le lecteur : « Lorsque la gestion de l'entreprise n'est pas seulement abordée en termes de résultats généraux, appréciés à travers le volume des effectifs, que par exemple ... les procédures de ruptures de contrat sont organisées, les accords accèdent à une plus forte originalité. En effet, ils régissent moins les conditions d'emploi que l'exercice *des prérogatives de l'employeur* »⁶⁶¹. L'avertissement alors exprimé par la découverte du contenu de certains accords prend aujourd'hui vie dans la législation avec des accords d'entreprise allant jusqu'à organiser les licenciements de certaines catégories de salarié. L'inquiétude quant à un « glissement d'objet »⁶⁶² de la négociation collective est donc de pleine actualité.

On comprend ainsi pourquoi, lorsque c'est la décision même de licencier qui est discutée, la mise sous tutelle du comité d'entreprise devient incontournable. Le comité d'entreprise discute les causes du licenciement, la décision de licencier. Si elle est approuvée par des délégués syndicaux, comment revenir sur cette décision sans contredire les représentants des syndicats dans l'entreprise ? La mise sous tutelle du comité d'entreprise s'impose. C'est pourquoi il ne s'agit pas d'un simple sujet de négociation mais, par ricochet, de l'objet de la négociation, lorsque la consultation est obligatoire.

658 Antoine Lyon-Caen, " L'emploi comme objet de la négociation collective ", *Dr. soc. n°4*, Avril 1998, p. 317.

659 Antoine Lyon-Caen, préc.

660 Antoine Lyon-Caen, préc.

661 Antoine Lyon-Caen, préc.

662 Antoine Lyon-Caen, préc.

Le principe est le même concernant le droit de grève : le syndicat se met à gérer une question qui est en principe extérieure au champ de la participation.

Même si la nature des thèmes négociés nous conduit à qualifier différemment ce type de négociations, nous ne pouvons faire fi de la proximité formelle, puisque les formes de la négociation sont respectées. Il s'agit probablement d'une forme possible de négociation, mais pas de celle énoncée par l'article L. 2221-1 du Code du travail. Au sens du droit du travail actuel, il s'agit d'une forme particulière de négociation mais constitutionnellement il pourrait s'agir d'une déclinaison du principe de participation. En effet, le principe constitutionnel de participation est polymorphe. Il peut donc endosser plusieurs formes, l'essentiel étant qu'elles répondent, soit à la détermination des conditions de travail, soit à la gestion de l'entreprise.

Au-delà du constat d'un mélange des genres de plus en plus poussé en matière de droit à la participation, il semble que le principe soit décliné différemment.

Notre thèse est qu'il s'agit bien d'une déclinaison nouvelle de ce principe tel qu'énoncé dans la loi. Comme nous l'avons exprimé, cela est rendu possible par le préambule constitutionnel. Le problème réside alors dans le fait de mettre en adéquation la règle générale fixant la nature de la négociation avec ces cas de négociation portant sur la gestion de l'entreprise.

Cette déclinaison du principe de participation oblige le syndicat à tenir une nouvelle place dans l'entreprise et vis-à-vis des salariés, alors même que le législateur se refuse à établir des règles de négociation réellement démocratiques.

Les salariés participent de manière différente à la gestion de l'entreprise mais toujours par le biais du délégué syndical, alors même que c'est le représentant le plus dénigré, et que le législateur ne met toujours pas le syndicat en position de légitimité, y compris dans la négociation.

B - UNE FORME DE COGESTION ?

L'évolution de la négociation en une négociation de gestion (1) a été maintes fois mise en avant, c'est l'introduction de la dérogation défavorable à la loi possible par accord d'entreprise qui est d'ailleurs la source de cette transformation. Cette évolution a

entraîné des dégâts collatéraux, tels que la remise en question des syndicats. La loi du 4 mai 2004 confortera cette évolution en ouvrant une vingtaine de nouvelles dérogations *in pejus*, tout en essayant de légitimer les accords collectifs signés et en déstabilisant un peu plus les syndicats de salariés.

Dans le cadre de ce processus, une mutation nouvelle est observable : celle de la naissance d'une forme de cogestion (2) qui confine les syndicats dans une forme d'incorporation⁶⁶³ à la structure dirigeante de l'entreprise.

1. Une négociation de gestion

L'évolution de la négociation tendant à en faire un outil de gestion de l'entreprise a déjà été décrite par certains auteurs de doctrine comme Jacques Barthélémy : « Certains thèmes de négociation sont directement liés à la stratégie économique. Lorsque l'objectif est élaboré, sous forme de prévisions, la direction imagine un scénario à partir de chiffres d'affaires, donc de volume produits. Elle détermine en même temps les moyens de réaliser cet objectif et donc les coûts. Parmi ces moyens, il y a la masse salariale, soit le niveau de salaire effectif et la répartition des heures effectives de travail. Les prévisions étant établies pour douze mois, il est logique que la négociation sur ces termes porte sur la même durée. Sous cet angle, la négociation annuelle obligatoire témoigne de la volonté du législateur de faire de la négociation d'entreprise un outil de gestion. La dérogation à la loi étant possible en atteste tout autant, la substitution de normes autorisant des gains de productivité. »⁶⁶⁴

L'auteur, en expliquant ce qu'est la négociation de gestion, nous permet d'appréhender ce qu'est à contrario la négociation de cogestion.

2. Une forme de cogestion ?

La négociation de gestion s'intègre, à la stratégie économique définie par l'employeur, alors que la négociation de cogestion implique le syndicat dans les choix de l'employeur.

La stratégie économique de l'entreprise n'est plus un élément extérieur sur lequel on se base pour négocier, mais ses conséquences deviennent un sujet de négociation. Les

663 Udo Rehfeldt, "Dimension politiques et historiques du débat théorique", *Chronique internationale de l'IRES*, numéro 66, Septembre 2000, p. 10.

664 Jacques Barthélémy, "La négociation collective, outil de gestion de l'emploi", *Dr. soc.* n° 7/8, 1990, p. 580.

délégués syndicaux ne se positionnent plus en opposition à l'employeur, essayant d'obtenir un maximum d'avantages ou un minimum de désavantages au vu du bilan économiques qu'on leur soumet. Ils entrent dans la logique pour l'aménager aux côtés de l'employeur.

Comme le souligne Isabelle Meyrat, il est indéniable que « le souci de lutter contre la dégradation de la situation de l'emploi est au cœur des réformes du droit du travail », aussi « la recherche du développement et du maintien de l'emploi s'est opérée presque exclusivement à travers l'assouplissement des conditions d'acquisition et d'utilisation de la main d'œuvre »⁶⁶⁵. La négociation collective a accompagné cette évolution, elle en a parfois été l'un des moteurs avec l'instauration de la négociation dite de gestion ou de substitution. Il s'agit maintenant de se demander si la polymorphie de la négociation ne s'est pas étayée en prenant la forme de la cogestion.

Nous serions passés à une négociation proche de la cogestion, puisque les syndicats deviennent coresponsables de décisions dont ils ne sont toujours pas à l'origine.

La codécision n'existe toujours pas mais les syndicats deviennent coresponsables des licenciements économiques, des départs volontaires ou encore de l'affaiblissement du droit de grève.

Cette évolution s'inscrit dans la continuité des lois Auroux car, comme le regrette Isabelle Meyrat en parlant de ces lois, « les réformes législatives envisagées n'ont pas institué de procédure permettant d'associer les salariés aux décisions concernant la gestion de l'entreprise. Dès lors, l'ambition de placer les rapports de travail subordonné sous le signe de la citoyenneté s'est limitée à soumettre l'exercice du pouvoir patronal au respect des exigences élémentaires d'une société démocratique, et précisément aux libertés publiques.»⁶⁶⁶. C'est également ce qu'exprimait Gérard Lyon-Caen « En régime capitaliste, le chef d'entreprise dirige la production, mais le partage des profits, après provisions et amortissements, doit être négocié. A partir de là, inévitablement, le négociateur syndical s'efforce de mordre sur les décisions elles-mêmes qui conditionnent ces résultats. La loi tendancielle, mais seulement tendancielle, est de parvenir à la décision conjointe (cogestion). En France, il n'y a

665 Isabelle Meyrat, "La contribution des droits fondamentaux à l'évolution du système français des relations du travail, approche critique", *Droits fondamentaux et droit social, Dalloz "thèmes et commentaires"*, 2005, p. 53, 54.

666 Isabelle Meyrat, préc., p. 51, 52

même pas - il n'y a jamais eu - de négociation de partage, c'est-à-dire de négociation des salaires réels »⁶⁶⁷.

Nous sommes toujours dans un contexte législatif, où l'association des salariés aux décisions de gestion est très réduite. Par contre, la gestion des conséquences des choix patronaux est imposée aux syndicats. Par exemple, avec les accords de méthode, certains syndicats peuvent être amenés à décider de la nature des conséquences sur l'emploi des décisions de gestion prises unilatéralement par l'employeur.

Finalement il ne s'agirait ni de cogestion, puisque précisément la gestion n'est pas « exercée par le chef d'entreprise et par les représentants des salariés, impliquant pour ces derniers une certaine participation aux décisions »⁶⁶⁸, ni de codécision, mais plutôt de coresponsabilité, puisque la négociation n'intervient qu'en fin de processus, alors même que la décision de licencier, de limiter le droit de grève, de réglementer les pouvoirs du comité d'entreprise a été prise. Le syndicat ne décide donc jamais, mais il aménage la décision patronale. De ce fait, il en porte au moins partiellement la responsabilité.

Avec les lois récentes, le syndicat entre dans la logique de l'entreprise, non pour la contrebalancer mais pour l'aménager, alors que les autres négociations servent à tenter de contrer cette logique en obtenant de nouveaux droits. Ce n'est pas toujours possible, et parfois les délégués syndicaux sont amenés à céder des droits contre une promesse de maintien de l'emploi par exemple. Ils sont donc conduits à aménager la décision patronale mais se situent toujours en opposition avec la logique de cette décision.

Lors de négociations "classiques", la décision de l'employeur est imposée aux délégués syndicaux. A eux d'essayer d'obtenir des contreparties : il s'agit souvent d'une négociation de gestion mais pas de cogestion !

La négociation devient une manière d'associer le syndicat à la décision économique, sans pouvoir réellement y prendre part ! Les syndicats mettent en œuvre les décisions patronales. A tel point que l'on peut parler d'une nouvelle forme de participation qui a les apparences de la négociation mais qui est plus que cela.

Cette cogestion influence la nature des conventions entrant dans son champ. En effet,

667 Gérard Lyon-Caen, "Critique de la négociation collective", *Dr. soc.* 1979, p. 352.

668 Partie de la définition du dictionnaire Larousse.

la dualité de la nature des conventions collectives n'est plus à souligner (théorie de Paul Durand) mais, dans ce cas précis, la nature réglementaire semble prendre le pas sur l'aspect contractuel de ces actes. L'objet premier de ces conventions est de réglementer un droit fondamental : le droit à la participation dans les cas des accords de méthode et des accords GPEC, le droit de grève concernant l'accord de prévisibilité, ou encore le droit à un emploi concernant l'accord de méthode et, par voie de conséquence, l'accord de GPEC quand il contient un accord de méthode ou qu'il organise le PSE.

Est-ce que cette cogestion n'est pas plutôt une nouvelle forme de participation qu'un troisième type de négociation, parce que la négociation de gestion peut parfois être (et peut redevenir) une négociation d'acquisition, alors que la cogestion se situe sur un autre plan.

CONCLUSION

Le travail de comparaison entre les acteurs du droit à la participation permet d'établir que la forme de la représentation des salariés induit le type d'intérêts représentés. Incontestablement la désignation des représentants permet la représentation d'intérêts différents de ceux de l'élection. Il s'agit d'un côté de représenter un intérêt commun à tous les salariés de l'entreprise, voire au salariat, de l'autre, de représenter un intérêt majoritaire ou, en tous les cas, limité à l'entreprise. Cette distinction est essentielle car elle permet de mesurer les conséquences des changements apportés à la figure de la représentation. A ce propos, si les représentants des salariés au comité d'entreprise sont toujours les mêmes (à la fois élus et désignés, ce qui permet au syndicat d'assurer une présence continue dans cette institution), les changements concernant la figure du représentant des salariés aux négociations sont importants. En effet, les élus du personnel et des salariés mandatés peuvent négocier à certaines conditions.

Cette possibilité de négocier avec un plus grand nombre d'interlocuteurs est due au fait que les négociations ne pouvaient se tenir que là où il existait des délégués syndicaux. Or les employeurs étaient de plus en plus demandeurs de négociations, sachant que ces dernières se sont souvent transformées en outil de flexibilisation des conditions de travail.

Il est d'ailleurs intéressant de noter que ce problème est identique pour le droit à la consultation, étant donné qu'il ne peut s'exercer que dans les entreprises de plus de 50 salariés. Mais dans ce dernier cas, aucune réponse légale n'a été trouvée, alors que la possibilité de négocier dans toutes les entreprises est ouverte depuis longtemps. Elle a même été élargie par la position commune du 9 avril 2008⁶⁶⁹, puisqu'il n'est plus nécessaire de recourir à un accord de branche pour permettre la négociation avec les élus⁶⁷⁰.

Toutefois la potentialité pour des élus, des mandatés, de négocier dans l'entreprise trouve également une explication dans le fait que le délégué syndical a toujours été porteur d'une ambiguïté. Effectivement le rapport du délégué syndical aux salariés est complexe : il ne les représente pas directement. Aussi la critique s'est-elle souvent

669 Position commune du 9 Avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

670 Article 4-2-1 de la position commune.

focalisée sur ce représentant. On peut alors imaginer que l'ouverture de la négociation à d'autres acteurs était une façon détournée de répondre à ces difficultés.

La remise en question de la légitimité du délégué syndical pose également un problème de légitimité des accords signés. Cette difficulté est accentuée par la règle de l'unicité de la signature des accords. La règle de validation majoritaire des accords devait alors compenser le manque de légitimité des accords. Mais le principe majoritaire répond davantage à la problématique des accords illégitimes qu'aux critiques faites au délégué syndical. Ce n'est pas la figure du représentant syndical qui est repensée mais le mode de validation des accords. Le vote fait office de béquille aux éventuelles défaillances de la représentation au lieu d'asseoir le syndicat dans la négociation et de conforter une représentation de l'intérêt collectif.

La place du vote des salariés devient alors centrale. Il détermine le poids de chaque organisation syndicale dans les négociations (au travers du principe majoritaire⁶⁷¹), voire permet d'adopter directement les accords (par le biais du référendum), de plus les élus peuvent négocier. Cette "polysémie" du vote vient perturber la définition de l'intérêt représenté, donc du sens de la négociation. A qui et à quoi doit servir ce droit ? Aux salariés les plus stables dans leur emploi qui peuvent voter tous les quatre ans lors des élections professionnelles ? Aux salariés les plus précaires, à tous ? Ces interrogations s'amplifient lorsque l'on s'interroge sur l'identité des salariés réellement représentés durant les négociations d'entreprise. La notion de communauté de travail incluant des salariés d'entreprises sous-traitantes devrait permettre de prendre en compte des intérêts larges pendant les négociations ; cependant cette notion jurisprudentielle n'est pas valable concernant le droit à la négociation. Aussi l'urgence de reconnaître un droit à la négociation collective appartenant à la communauté de travail se rattache-t-elle aux questions concernant la nature des intérêts représentés.

L'importance du vote dans la négociation est confirmée dans la position commune, puisque ce texte accroît la possibilité de négocier avec les élus et impose le choix des délégués syndicaux⁶⁷² parmi les candidats aux élections professionnelles ayant au moins recueillis 10% des suffrages aux élections professionnelles de références (article

671 La position commune du 9 avril 2008 affirme l'objectif d'atteindre un principe de validation majoritaire des accords. D'ici là, le texte met en place de nouvelles conditions de validation des accords d'entreprise. Ils seraient validés par des organisations syndicales représentant 30% des suffrages valablement exprimés lors des élections professionnelles et en l'absence d'opposition de syndicat représentant une majorité de salariés à ces mêmes élections : article 5 de la position commune du 9 Avril 2008.

672 Qui ne peuvent être désignés que par les syndicats ayant obtenu un score électoral de 10% aux élections de références : article 4-1 de la position commune du 9 avril 2008.

10 de la position commune). Ce texte affirme également l'objectif de mise en place d'un principe d'adoption majoritaire des accords.

Cette nouvelle façon d'aborder le droit à la négociation nous semble fort contestable : il s'agit d'une réponse à courte vue au problème de la représentation des salariés pendant les négociations d'entreprise. Certes l'état actuel du droit à la négociation (spécialement l'accroissement du domaine du dérogatoire) entraîne une remise en cause fréquente des délégués syndicaux et de ce mode de représentation indirect des salariés. Nous avons souligné l'urgence de développer un lien plus direct entre le délégué syndical et les salariés, mais la solution retenue par la position commune risque de dévoyer l'intérêt représenté par le délégué syndical. Il faut préserver la place centrale du syndicat dans la négociation tout en lui octroyant les moyens de mettre en place une forme de démocratie participative concernant les négociations d'entreprise. Il serait possible d'envisager que ce cadre s'accompagne d'un système proche de celui des Etats-Unis. Les salariés désigneraient l'unique syndicat qui les représente aux négociations pendant deux ans. Certes l'élection du délégué syndical jouerait un rôle important. Néanmoins la possibilité de défendre l'intérêt collectif plutôt que l'intérêt majoritaire resterait entière car le travail d'information et de débat avec les salariés serait rendu possible par l'accroissement des moyens du syndicat (possibilité de consultation, de négociation, ...). Le syndicat élu devra faire ses preuves, mais sa capacité d'action ne dépendra plus du vote, et ce durant deux années. Le rapport de force pendant les négociations serait accentué par la présence d'un unique syndicat autour de la table des négociations.

Cependant le cadre actuel de représentation des salariés, en introduisant le vote dans la négociation collective, tend à faire converger les modes de représentation en confondant les représentants élus et ceux qui sont désignés. La position commune du 9 avril 2008 renforce cet état ; il permet d'affirmer le postulat, selon lequel les acteurs de la négociation et la consultation se conjuguent de plus en plus. Cette convergence de la négociation et de la consultation n'est pas nouvelle. Elle existe sur un autre plan que celui des acteurs. En effet, les procédures de négociation et de consultation peuvent s'articuler pour permettre d'optimiser la représentation des salariés. Elle existe également en droit communautaire sous la forme d'une quasi fusion des procédures.

Cette articulation des procédures prend cependant une forme nouvelle en droit interne. Le changement de fond provient du fait que la convergence observée entre les

deux formes du principe de participation mène en une soumission d'un droit par l'autre : le droit à la négociation infère le droit à la consultation. La consultation du comité d'entreprise devient un sujet de négociation parmi d'autres. D'autres nouveaux thèmes de négociation viennent s'ajouter à celui-ci et, parmi eux, la gestion quantitative de l'emploi ou encore le droit de grève.

Cette extension du domaine de la négociation marque une étape supplémentaire dans l'évolution du droit à la négociation. Au départ, ce droit était un moyen de compenser une relation contractuelle inégale, il devait donc être un moyen d'acquiescer des droits nouveaux. Puis, alors même que l'état de subordination n'a pas changé (ne s'est pas modifié - répété), voire même que la relation contractuelle est encore plus déséquilibrée du fait de l'augmentation du chômage, le droit à la négociation vient à changer de nature. Effectivement, le législateur de 1982 choisit de libéraliser des règles de la négociation. Mais cette possibilité nouvelle de faire des conditions salariales une variable d'ajustement économique ne crée pas de dynamique économique, bien au contraire. La négociation devient un outil de gestion de l'entreprise parmi d'autres. Avec l'évolution décrite ci-dessus, il semble que la négociation n'est plus une négociation de gestion mais bien de cogestion, vu que les représentants du personnel sont amenés à assumer les choix de gestion de l'employeur, sans pour autant avoir acquis un pouvoir de décision quant aux choix économiques fait par celui-ci.

Ce dévoiement de la négociation collective conduit à s'interroger sur l'évolution même du droit du travail et à penser de nouveaux droits des salariés.

INDEX :

Accords :

atypiques : 123, 188, 205

de méthode : 185, 226, 235, 264

de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences : 270

mise en cause : 97

Comité d'entreprise :

collèges : 65

composition : 63

élus : 65

élus étant agent de la négociation : 43

employeur : 63

missions : 112, 187

moyens : 131

représentants du syndicat : 73, 192

consultation : 255

Comité d'entreprise européen : 215

Communauté de travail : 16, 37, 83

Délégation : 22

Délégué de site : 86

Délégué du personnel : 13, 27, 175

faisant office de délégué syndical : 24

Délégué syndical :

désignation : 23, 115, 124, 131

missions : 26, 188, 280

moyens : 130, 153

catégoriel : 25, 33

Dérogation : 12, 141, 194, 280, 302, 312

Entreprise :

cadre de négociation : 31, 85, 118

établissement distinct : 24, 87, 92, 119

Etats-Unis : 148

Groupe spécial de négociation (GSN) : 210

Intérêt

collectif : 11, 87, 165

majoritaire : 87, 165

Loyauté : 128

Mandat : 25, 41, 98

Mandatement : 54, 78

Mandaté : 46, 58

Organisation international du travail :

recommandations : 239

conventions : 239

Principe de subsidiarité : 126, 213

Principe majoritaire : 137, 154

droit d'opposition : 137, 165

majorité d'approbation : 137, 165

Référendum : 59, 155

Royaume-Uni : 211, 229

Salarié :

mis à disposition : 84, 96

intérimaires : 15, 37, 96, 110

Section syndicale : 24, 26, 133, 198

Société européenne et société coopérative européenne : 214, 219

Subordination : 168

Unité économique et sociale : 84, 119

Navette représentative : 84, 119

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux (Manuels, dictionnaires)

ANTONMATTEI Paul-Henri, *Les Conventions et accords collectifs de travail*, Dalloz collection Connaissance du droit, 1997.

BLANC-JOUVAN Xavier, *Les Rapports collectifs du travail aux Etats-Unis*, Dalloz, 1957.

BLANPAIN Roger et JAVILLIER Jean-Claude, *Droit du travail et droit communautaire*, LGDJ, 2^e édition, 1995, p. 139.

BOSSEMPIERRE Catherine et GUERY Gabriel, *Droit européen et international du travail*, Montchrestien, 2002.

BRUN André, GALLAND Henri, *Droit du travail, tome 2 : Les Rapports collectifs de travail*, 2^e édition, 1978.

BUFFFELON-LANORE Yvaine, *Droit civil*, Armand Colin, 14^e édition.

CABRILLAC Rémy, *Droits et libertés fondamentaux*, Dalloz, 1997, 4^e édition.

COHEN Maurice, *Le Droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 8^e édition, 2005.

COLLIN F., DHOQUOIS R., GOUTIERRE P.H., JEAMMAUD A., LYON-CAEN G., ROUDIL A., *Le Droit capitaliste du travail*, Presses universitaires de Grenoble, 1980.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Capitant, PUF Quadrige, 2004.

COUTURIER Gérard, *Droit du travail 2, Les relations collectives de travail*, PUF, 1991.

DE LA CRUZ Hector G. BARTOLOMEI et EUZÉBY Alain, *OIT*, PUF, Que sais-je ? 1997.

DESPAX Michel, *Traité de droit du travail : Conventions collectives*, Dalloz, 1966, p. 1.

DOCKES Emmanuel, *Valeur de la démocratie*, Dalloz, 2004.

JACQUIER Jean-Paul, *Le Comité d'entreprise européen*, Éditions Liaison, 1997.

JEAMMAUD Antoine, *Quelles perspectives pour le droit du travail ?*, Contextos, 1998.

JEHL Joseph, *Le Comité d'entreprise : attributions économiques et professionnelles*, GLN Joly éditions, 1991, p. 100.

LATOURNERIE Roger, *Le Droit français de la grève*, Sirey, 1972, p. 626.

LAULOM Sylvaine, *Recomposition de représentation des salariés en Europe*, Ouvrage collectif, Publication de l'Université de Saint-Étienne, 2005.

LE CROM Jean-Pierre, *Deux siècles de droit du travail*, Éditions de l'atelier, 1998.

LE CROM Jean-Pierre, *L'introuvable démocratie sociale*, Syllepse, 2003.

LEFEBVRE Francis, *Négociateur dans l'entreprise*, Editions Francis Lefebvre, 2^{ème} édition, 2004.

LE GOFF Jaques, *Du silence à la parole*, Calligrammes, 1989.

LYON-CAEN Gérard et LYON-CAEN Antoine, *Droit social international et européen*, Précis Dalloz, 8^e édition, 1993.

LYON-CAEN Gérard, *Droit social*, LGDJ, 1995.

MAZEAUD Antoine, *Droit du travail*, coll. Domat, Montchrestien, 2000.

MOUSSERON Jean-Marc, *Technique contractuelle*, 3e édition, Edition Francis Lefebvre.

OGIER-BERNAUD Valérie, *Les Droits constitutionnels des travailleurs*, Édition Economica.

OURY-GATELMAND Marie-Claude et LEVY Philippe, *Le Droit des partenaires sociaux dans l'entreprise*, Litec 1985.

PELISSIER Jean, LYON-CAEN Antoine, JEAMMAUD Antoine, DOCKES Emmanuel, *Les Grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 3^{ème} édition.

PELISSIER Jean, SUPIOT Alain, JEAMMAUD Antoine, *Droit du travail*, Dalloz, collection Précis, 23^{ème} édition, 2006.

RENNES Pascal, *S'organiser dans l'entreprise*, Editions de l'Atelier, 2001.

RODIERE Pierre, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2002.

ROSANVALLON Pierre, *La Question syndicale*, Pluriel, 1988, p. 236 à 249.

SUPIOT Alain, *Critique du droit du travail*, PUF, Quadrige 2002.

TEYSSIÉ Bernard, *Droit européen du travail*, Litec, 2006.

VALTICOS Nicolas, *Un Système de contrôle international : la mise en œuvre des conventions internationales du travail*, Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1968.

VALTICOS Nicolas, *Droit international du travail*, Traité de droit du travail publié sous la direction de G.-H. Camerlynck, Dalloz, deuxième édition, 1983, p. 575.

VERDIER Maurice, *Le Droit syndical dans l'entreprise*, Traité de droit du travail sous la direction de G.-H. Camerlynck, Dalloz 1979.

II- OUVRAGES SPECIAUX, THESES, MONOGRAPHIES, MEMOIRES

BOCQUILLON Fabrice, *La Dérogation en droit du travail*, thèse Strasbourg III, 1999.

BORENFREUND Georges, *L'Action revendicative au niveau de l'entreprise : rôle des délégués du personnel et des délégués syndicaux*, thèse Paris X, 1987.

COTHENET Aurianne, *La Collectivité de travail à l'aune de la représentation des salariés*, mémoire DEA, Université Paris X - Nanterre, 2005.

DAUXERRE Lydie, *La Représentativité syndicale, instrument du dialogue social*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005.

DAUXERRE Nathalie, *Le Rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, thèse Université Paris II, 2004.

DEVAUX Eric, *La Grève dans les services publics*, Publications de l'Université de Limoges, 1993.

JAMY Sophie, *L'Accord de méthode*, mémoire de DEA, Paris X, 2004.

KATZ Tamar, *La Négociation collective et l'emploi*, LGDJ, 2007.

LAFUMA Emmanuel, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, thèse Paris X, Nanterre, octobre 2003.

MORIN Marie-Laure, *Le Droit des salariés à la négociation collective - principe général du droit*, LGDJ, 1994.

PESKINE Elsa, *Les Réseaux d'entreprise et le droit du travail*, thèse, Paris X, 2004.

PETIT Franck, *La Notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000.

ROTSCHILD-SOURIAC Marie-Armelle, *Les Accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse, Paris I, 1986.

YANNAKOUROU Staminata, *L'État, l'autonomie collective et le travailleur*, LGDJ, 1995.

III- ARTICLES

ADAM Gérard, "L'institutionnalisation des syndicats, esquisse d'une problématique", *Dr. soc.* n° 11, novembre 1983, p. 597.

ADAM Gérard, "Les syndicats : un pouvoir excessif ? " *Dr. soc.* n° 1, janvier 1984, p. 2.

ADAM Gérard, "Les syndicats sous perfusion", *Dr. soc.* n° 12, décembre 1990, p. 833.

AMADIEU Jean-François, "Les tendances au syndicalisme d'entreprise en France: quelques hypothèses", *Dr. soc.* n° 6, juin 1986, p. 495.

AMAUGER-LATTES Marie-Cécile et BESBARATS Isabelle, "Pour une réactivation du mandatement dans le système français de négociation collective", *Dr. soc.* n°4 avril 2003, p. 365.

ANDOLFATTO Dominique - LABBE Dominique, "La CGT. Organisation et audience depuis 1945", *La Découverte*, Paris, coll. Recherches, 1997, p. 303.

ANTONMATTEI Paul-Henri, "Négociation collective et CE : vivement demain", *Les Cahiers Lamy du CE*, n° 9, octobre 2002, p. 16.

ANTONMATTEI Paul-Henri, "Licenciements économiques et négociation collective : un nouvel accord collectif de travail est né", *Dr. soc.* n° 5, mars 2003, p. 486.

ARSEGUEL Albert, "Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale", *Mélanges dédiés au président DESPAX, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 2002, p. 401.

ARSEGUEL Albert, "La représentativité des syndicats", *Dalloz Collection thèmes et commentaires, numéro sur le syndicalisme salarié*, 2002, p. 8.

AUZUERO Gilles, "Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel", *Bull. Joly sociétés*, 1^{er} juillet 2006, n° 7, p. 867.

BALMARY Dominique, "Le licenciement économique: du contrôle à la négociation ? ", *Dr. soc.* n° 3, mars 2004, p. 272.

BANCE Pierre, "La mission du représentant syndical au comité d'entreprise", *Dr. soc.* n°1, 1978, p. 14.

BARBEROT Christine, "Les acteurs de la négociation collective leur représentativité", *Dr. ouv.* août 1998, p. 332.

BARTHÉLEMY Jacques, "Négociation collective d'entreprise : dérogations et concessions", *Dr. soc.* n°7/8, 1988, p. 554.

BARTHELEMY Jacques, "La négociation collective, outil de gestion de l'emploi", *Dr. soc.* n° 7-8, juillet-août 1990, p. 580.

BARTHELEMY Jacques, "Le référendum en droit social", *Dr. soc.*, 1993, p.89.

BARTHELEMY Jacques, "Conventions et accords collectifs : pour un vrai droit de leur négociation", *Dr. soc.* n° 9-10, septembre-octobre 2003, p. 832.

BAUMGARTEN Christophe, "Accords de méthodes: un marché de dupes", *Dr. ouv.*, septembre 2003, p. 358.

BEAL Stéphane et FERREIRA Anna, "Consultation préalable du comité d'entreprise : une exigence", *La Semaine juridique*, n° 16 octobre 2005, n°1255, p. 18.

BERAUD Jean-Marc, "Aspects de la liberté syndicale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme", *Dr. soc.* n° 5, mai 1986, p. 384.

BERAUD Jean-Marc, "Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise", *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Etudes offertes à Jean Pélissier, *Dalloz*, 2004, p.55.

BIED-CHARRETON Marie-France, "Le Comité d'entreprise peut-il négocier ", *Dr. Ouv.*, avril 1993, p. 129.

BIED-CHARRETON Marie-France, "L'articulation des missions du syndicat et du comité d'entreprise au sein de l'entreprise", *Dr. ouv.*, février, 1995, p. 56.

BOCQUILLON Fabrice, "Que reste-t-il du principe de faveur ? ", *Dr. soc.* n° 3, mars 2001, p. 255.

BONIN Vincent, "Le choix de l'organe de représentation des salariés lors de la conclusion d'un accord collectif", *Dr. ouv.* août 1998, p. 340.

BORENFREUND Georges, "La représentation des salariés et l'idée de représentation", *Dr. soc.* n° 9-10, septembre-octobre 1991, p. 685.

BORENFREUND Georges, "La licéité des accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel", *Dr. soc.* n° 11, novembre 1992, p. 893.

BORENFREUND Georges, "Les syndicats bénéficiaires d'un accord collectif ", *Dr. soc.* n° 9-10, septembre-octobre 2001, p. 821.

BORENFREUND Georges, "L'idée majoritaire dans la négociation collective", in Mélanges dédiés au président M. Despax, *Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 2002, p. 429.

BORENFREUND Georges et SOURIAK Marie-Armelle, "Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective", *Dr. soc.* n° 1 janvier 2003, p. 72.

BORENFREUND Georges, "La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux", *Dr. soc.* n° 6, juin 2004, p. 606.

BORENFREUND Georges, "La reconnaissance de la représentativité syndicale, quelques interrogations autour de trois décisions", *Dr. soc.* n° 9-10, septembre-octobre 2006, p. 869.

BOULMIER Daniel, "Consultation et négociation dans l'entreprise : la navette sociale remède à la pesanteur", *Dr. ouv.* août 1998, p. 350.

BRUNHES Bernard, "Le droit du licenciement collectif: les humeurs d'un praticien", *Dr. soc.* n° 1, janvier 2003, p. 40.

CHALARON Yves, "La conduite de la négociation", *Dr. soc.* n° 7-8 juillet-août 1990, p. 584.

CHAUCHARD J.-P., "Conventions et accords collectifs de travail", *Encyclopédie Dalloz travail* 1995, p. 7 §37.

CHOTARD Yvon, "Le rapport Auroux", *Dr. soc.* n° 4, avril 1982, p. 259.

COHEN Maurice, "La consultation du comité d'entreprise avant la conclusion d'un accord collectif", *Études et doctrine RJS* 6/98, p. 435.

COHEN Maurice, "Les nouvelles attributions des comités d'entreprise depuis la loi de modernisation sociale", *Dr. soc.* n° 3, mars 2002, p. 298.

COHEN Maurice, "La loi du 3 janvier 2003 et les comités d'entreprise", *Dr. soc.* n° 3, mars 2003, p. 271.

COUTURIER Gérard, "Que reste-t-il de la section syndicale d'entreprise? ", in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, Dalloz*, 2001, p.25.

COUTURIER Gérard, "Du plan social au plan de sauvegarde de l'emploi", *Dr. soc.* n° 3, mars 2002, p. 279.

COUTURIER Gérard, "Le choix de la procéduralisation conventionnelle", *Semaine sociale Lamy*, supplément n° 1152, 19 janvier 2004, p. 6.

DAVIES Paul et KILPATRICK Claire, "La représentation des salariés au Royaume-Uni après le canal unique", in *Recomposition de représentation des salariés en Europe*, Publication de l'Université de Saint-Étienne, 2005, p. 189.

DEMICHEL André, "Une théorie à refaire: la démocratie représentative", *Procès Cahiers d'analyse politique et juridique*, 11-12 1983, p. 31.

DOCKES Emmanuel, "La réciprocité des dispositions dans la convention collective", *Dr. ouv.* décembre, 1997, p. 503.

DOCKES Emmanuel, "De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur", in *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Etudes offertes à Jean Pélissier, *Dalloz*, 2004, pp. 203- 211.

DOCKES Emmanuel, "Le stroboscope législatif", *Dr. soc.* n°9/10, 2005, p. 835.

DURAND Paul, "Le dualisme de la Convention Collective de travail", *RTDC*, 1939, p. 367.

EWALD François, "Le droit du travail: une légalité sans droit ? ", *Dr. soc.* n° 11, novembre 1985, p. 723.

FAVENNEC-HERY Françoise, "Restructurations: le rôle de la négociation collective", *Dr. soc.* n° 3, mars 2004, p. 279.

FREYRIA Charles, "La consultation du comité d'entreprise", *Dr. soc.* n°6, juin 1983, p. 382.

FROUIN Jean-Yves, "Négociation collective et consultation du comité d'entreprise", *Dr. soc.* n° 6, juin 1998, p. 579.

GAUME Gérard, "Le temps de la démocratie dans l'entreprise", *Dr. soc.* n° 4, avril 1982, p. 267.

GAURIAU Bernard, "Le référendum, un préalable nécessaire ? ", *Dr. soc.* n°4, avril 1998, p.338.

GOUËL Odile, "Droit d'être désigné et droit de désigner", *Semaine sociale Lamy*, septembre 2005, p. 12.

GRUMBACH Tiennot, "Redonner aux syndicats le pilotage de la négociation sur l'emploi", *Semaine sociale Lamy*, supplément n° 1152, 2004, p. 23.

HEGE Adelheid, "La représentativité syndicale, sa reconnaissance, son renouvellement", *Chronique internationale de l'IRES*, n° 66 septembre 2000, p. 113.

JAVILLIER Jean-Claude, "Syndicats et représentations élues dans l'entreprise", *Dr. soc.* n° 1, janvier 1984, p. 31.

JAVILLIER Jean-Claude, "Dynamique des relations professionnelles et évolution du droit du travail (le cas des représentations des salariés dans l'entreprise) ", *Mélanges Hélène SINAY*, p. 218.

JEAMMAUD Antoine, "Les principes dans le droit français du travail", *Dr. soc.* n° 9-10, septembre-octobre 1982, p. 618.

JEAMMAUD Antoine, "Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente", *Dr. soc.* n° 2, février 1999, p. 115.

KRASUCKI Henri, "Un syndicat moderne ? Oui", *Dr. ouv.*, avril 1987, p. 121.

LANGLOIS Philippe, "Contrat individuel de travail et convention collective : un nouveau cas de représentation", *Dr. soc.* n° 5, mai 1975, p. 283.

LANGLOIS Philippe, "La négociation collective d'entrepriseLa politique communautaire", *Dr. soc.* n° 7-8, juillet-août 1990, p. 673.

LASCOUMES Pierre et SERVERIN Évelyne, "Théories et pratiques de l'effectivité du Droit", *Droit et société* 2-1986, p. 127.

LYON-CAEN Antoine, "Le comité d'entreprise à l'heure du changement", *Dr. soc.* n° 4, avril 1982, p. 299.

LYON-CAEN Antoine, "Le comité d'entreprise institution de représentation du personnel", *Dr. ouv.*, octobre 1986 p. 355.

LYON-CAEN Antoine, "L'emploi comme objet de la négociation collective", *Dr. soc.* n° 4, avril 1998, p. 316.

LYON-CAEN Antoine, "Le comité d'entreprise et les restructurations", *Dr. soc.* n° 3, mars 2004, p. 285.

LYON-CAEN Gérard, "Critique de la négociation collective", *Dr. soc.* n° 9-10, septembre-octobre 1979, p. 350.

LYON-CAEN Gérard, "Droit syndical et mouvement syndical", *Dr. soc.* n° 1, janvier 1984, p. 5.

LYON-CAEN Gérard, "La légitimité de l'action syndicale", *Dr. Ouv.*, février-mars 1988, p. 47.

LYON-CAEN Gérard, "La Constitution française et la négociation collective", *Dr. ouv.*, décembre 1996, p. 479.

LYON-CAEN Gérard, "A la recherche des concepts de base du livre IV du Code du travail, A la recherche des concepts de base", in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, Dalloz*, 2001, p. 81.

LYON-CAEN Gérard, "A propos d'une négociation sur la négociation", *Dr. ouv.*, janvier 2001, p. 1.

LYON-CAEN Gérard, "Vers une négociation sur les restructurations destructrices d'emplois", *Dr. ouv.* décembre 2002, p. 559.

LYON-CAEN Gérard, "Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective", *Dr. soc.* n° 4, avril 2003, p. 355.

LYON-CAEN Gérard, "La concurrence par la réduction du coût du travail", *Dr. ouv.*, juillet 2003, p. 261.

LYON-CAEN Gérard, "Contribution au travail législatif sur la négociation collective", *Dr. soc.* n° 12, décembre 2003, p. 1110.

MACUSZINSKI Anne, "Un examen critique de huit accords de méthode par la CGT", *Semaine sociale Lamy*, 19 janvier 2004, supplément n° 1152.

MAGAUD Jacques, "Qui parle de l'éclatement juridique de la collectivité de travail", *Dr. soc.*, 1975, p. 525.

MAZEAUD Antoine, "La négociation collective en cas de restructuration consécutive à un transfert", *Dr. soc.* n° 3, mars 2004, p. 290.

MEYNENT Denis, "Les comités d'entreprise européens et la négociation collective transnationale en entreprise", *Analyses et documents économiques CGT*, n° 103, octobre 2006.

MEYRAT Isabelle, "La contribution des droits fondamentaux à l'évolution du système français des relations du travail", *Dalloz*, Thèmes et commentaires, 2005, p.51.

MENIN Jean, "Le rapport Auroux tue le pluralisme syndical", *Dr. soc.* n° 4, avril 1982, p. 278.

MILLARD Éric, "Une réponse dangereuse à une mauvaise question", *Revue de droit du travail*, octobre 2007, p. 564.

MINÉ Michel, "La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise", *Travail et emploi*, n° 84, octobre 2000, p. 47.

MORIN Marie-Laure, "Des titulaires du droit à la négociation", *Dr. soc.* n° 1, janvier 1988, p. 24.

NADAL Sophie, "Négociation collective et licenciement économique : propos introductifs sur le nouvel article L.320-3 du Code du travail", *Dr. ouv.* juillet-août 2005, p. 303.

OLSAK Norbert, "Le service minimum dans les transports publics" (vu à l'enseignement du professeur Hélène SINAY), *Dalloz* 2005, Chr. 525.

PELISSIER Jean, "La fonction syndicale dans l'entreprise après les lois Auroux", *Dr. soc.* n° 1, janvier 1984, p. 41.

PERNOT Jean-Marie, "Les syndicats à l'épreuve du mouvement social", *Regards sur l'actualité*, juin 1996, p. 3.

PETIT Franck, "Qu'est-ce qu'une institution représentative du personnel ? ", *Dr. soc.* n° 12, décembre 2002, p. 1073.

RAY Jean-Emmanuel, "Pour une réforme du droit de la négociation collective", *Liaisons sociales - Le mensuel*, octobre 1995, p. 76.

RAY Jean-Emmanuel, "De lege non ferenda", *Dr. soc.* n° 3, mars 2002, p. 237.

RAY Jean-Emmanuel, "Les curieux accords dits "majoritaires" de la loi du 4 mai 2004", *Dr. soc.* n° 6, juin 2004, p. 590.

REHFELDT Udo, "La représentativité : Dimensions politiques et historiques du débat théorique", *Chronique internationale de l'IRES*, n° 66, septembre 2000, p. 9.

REMY Patrick, "Représentation dans la négociation collective : les limites du principe majoritaire", *Dr. ouv.* juillet 1999, p. 269.

RENNES Pascal, "Accords, droits et pratiques en matière syndicale", *Analyses et Documents économiques*, n°50 p.67 et n°51 p. 19.

RENNES Pascal, "Représentation des salariés, crise du syndicalisme", *Dr. ouv.* ,septembre 1990, p. 329.

RENNES Pascal, "Le droit du travail et le sens de son histoire", *Cahiers de l'IHS version longue*, avril 2004, p. 1.

RENNES Pascal, "D'un débat majeur à un accord mineur (à propos de l'article L. 320 du Code du travail)", *Dr. Ouv.*, juillet-août 2005, p. 311.

RENNES Pascal, "Représentativité syndicale et réalité des droits collectifs", *Dr. Ouv.*, 2007, p. 20.

RIVERO Jean, "Syndicalisme et pouvoir démocratique", *Dr. soc.* n° 3, mars 1965, p. 166.

SACHS-DURAND Corinne, "La légitimité syndicale dans l'entreprise", *Dr. ouv.*, février 1993, p. 39.

SAINT-JEVIN Pierre, "Élus du personnel et délégués syndicaux : utilisation complémentaire ou alternative des institutions représentatives du personnel", *Dr. soc.* n° 9-10, septembre-octobre 1979, p. 357.

SALVAGE Philippe, "La compétence générale du délégué syndical", *Dr. soc.* 1976, p. 396.

SARAMITO Francis, "Le nouveau visage de la négociation collective", *Dr. ouv.* 10/04, p. 445.

SARGOS Pierre, "La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise", site Internet de la Cour de cassation.

SAVATIER Jean, "Le dynamisme de l'unité économique et sociale pour l'organisation des rapports collectifs du travail", *Dr. soc.* 2004, p. 944.

SEGUIN Philippe, "Rôle et réalité de la négociation d'entreprise dans les relations sociales d'aujourd'hui", *Dr. soc.* n° 1, janvier 1988, p. 2.

SIMITIS Spiros, "Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? ", *Dr. soc.* n°7/8, 1997, p.655.

SOUBIE Raymond, « La négociation collective: chance et risque de la rupture en cours », *Dr. soc.* 1982, p. 282.

SOUBIE Raymond, "Observations sur l'évolution du comité d'entreprise", *Dr. soc.* n° 6, juin 1983, p. 356.

SOUBIE Raymond, "L'entreprise dans la doctrine et la pratique syndicales", *Dr. ouv.* n° 1, janvier 1984, p. 15.

SOUBIE Raymond, "Cause du déclin syndical", *Dr. soc.* n° 1, janvier 1992, p. 11.

SOULIER Pierre, "L'objet de la négociation", *Dr. soc.* n° 7-8, juillet août 1990, p. 596.

SOURIAC Marie-Armelle et BORENFREUND Georges, "La négociation collective entre illusions et désillusions", in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle*, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, *Dalloz*, 2001, p.181.

SPYROPOULOS Georges, "L'adaptation des syndicats aux mutations en cours : à la recherche d'un modèle d'analyse comparative", Mélanges Marcel David, p.430.

SUPIOT Alain, "Les syndicats et la négociation collective", *Dr. soc.* n° 1, janvier 1983, p. 63.

SUPIOT Alain, "La protection du droit d'agir en justice", *Dr. soc.* n° 11, novembre 1985, p. 774.

SUPIOT Alain, "Les accords préélectoraux", *Dr. soc.* n° 1 janvier, 1988, p. 115.

SUPIOT Alain, "Déréglementation des relations de travail et auto réglementation de l'entreprise", *Dr. soc.* n° 3, mars 1989, p. 195.

SUPIOT Alain, "Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? ", *Dr. soc.* n°1, janvier 2003, p. 59.

TEYSSIE Bernard, "A propos d'une négociation collective d'entreprise", *Dr. soc.* n° 7-8, juillet-août 1990, p. 577.

TEYSSIE Bernard, "Les commissions paritaires professionnelles ou interprofessionnelles", *JCP La Semaine juridique entreprise et affaires*, 21 octobre 2004, p. 1671.

TEYSSIE Bernard, "La représentation des salariés dans la négociation collective d'entreprise", *Revue internationale de droit comparé*, février 2006, p. 503.

TOURAINÉ Alain, "Le déclin du mouvement ouvrier et l'avenir du syndicalisme", Mélanges Marcel David, p. 449.

URBAN Quentin, "Comité d'entreprise (Rôle et attributions en matière économique)", *Dalloz encyclopédie*, 2004, §3 p.4.

VATINET Raymonde, "De la loi sur les nouvelles régulations économiques à la loi de modernisation : une montée en puissance du CE ? ", *Dr. soc.* n° 3, mars 2002, p. 286.

VERDIER Jean-Maurice, "Les réformes et le droit syndical", *Dr. soc.* n° 4, avril 1982, p. 291.

VERDIER Jean-Maurice, "La présence syndicale dans l'entreprise et la loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel", *Dr. soc.* n° 1, janvier 1983, p. 37.

VERDIER Jean-Maurice, "Le pouvoir syndical dans l'entreprise", *Pouvoirs* n° 26, 1983, p. 55.

VERDIER Jean-Maurice, "Négociation collective et représentativité syndicale du pluralisme intégral au pluralisme tempéré", *Études dédiées à Alex Weill, Dalloz litec*, p. 569.

VERDIER Jean-Maurice, "Réalité, authenticité et représentativité syndicale", *Mélanges Brun*, p. 571.

VERDIER Jean-Maurice, "Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales", *Dr. soc.* n° 1, janvier 1991, p. 5.

VERDIER Jean-Maurice, "Un paradoxe en voie de disparition : délégué syndical désigné, mais sans protection ? ", *Dr. soc.* n° 3, mars 2005, p. 283.

VERKINDT Pierre-Yves, "De la consultation à la négociation : question de procédure", *Dr. soc.* n° 4, avril 1998, p. 321.

WAQUET Philippe, "Le licenciement économique dans la loi de modernisation sociale", *Dr. soc.* n° 3, mars 2002, p. 264.

WAQUET Philippe, "Le droit du travail et l'économie à la Cour de cassation. L'exemple du licenciement pour motif économique", *Collection Actes, thèmes et commentaires, Dalloz* 2005.

IV- NOTES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS

ANTONMATTEI Paul-Henri, Comité d'entreprise et négociation collective : "le courant passe", *RJS* 8-9 98, p. 611.

AUBERT-MONPEYSSSEN Thérèse, Note, Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498, *JCP édition E* 1998, p. 1407.

BIGARD C., Obs, TGI Paris, référé, 18 oct. 2001, Comité d'entreprise de l'AGME et a. c/AGME ; *Semaine sociale Lamy* n° 1052, 26 nov. 2001, p. 11.

BOUSSARD-VERRECHIA Emmanuelle, Note, Cass. soc. 28 février 2007 et TI Molsheim 23 février 2007, *Dr. ouv.* juin 2007, p. 286.

FROUIN Jean-Yves, Rapport, Cass. soc. 5 mai 1998, CSC des CMP EDF-GDF, *Dr. soc.* 1998, p. 579.

FROSSARD Serge, Note, Cass. Soc. 18 mars 1982, Colas, n°81-60871, bull. n°188, D.1983, IR 162; bull., p.139, n°188.

GREVY Manuela, Obs, Cass. Soc. Cass. Soc. 20 décembre 2006, n°05-60.345, *RDT*, 2007, p. 328.

GREVY Manuela, Obs. Cass. Soc. 7 novembre 2006, n°05-41.058, *RDT*, 2007, p. 189.

LYON-CAEN Antoine, Obs., Cass. Soc. 21 novembre 2006, n°05-40.656, *RDT*, 2007, p. 105.

KERBOUC'H Jean-Yves, Note, Cass. soc. 1^{er} février 2006, *JCP Social* 2006, 1246, p.39.

MATHIEU Bertrand, « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective », *Recueil Dalloz* 1997, Chron. p. 152.

MEYRAT Isabelle, TGI de Nanterre (2^e ch) 9 juin 2006, *Dr. Ouv.* 2007, p. 34.

PELISSIER Jean, LYON-CAEN Antoine, JEAMMAUD Antoine, DOCKES Emmanuel, Obs., Cass. Soc. 15 janv. 1970 (Sté Usinor c. CGT-FSM et autres), *Les grands arrêts du droit du travail*, 3^{ème} édition, p. 481

PELISSIER Jean, LYON-CAEN Antoine, JEAMMAUD Antoine, DOCKES Emmanuel, Obs., Cass. Soc. 23 janvier 1990, Bull. Civ. V, n°21., *Les grands arrêts du droit du travail*, 3^{ème} édition, p. 511

PELISSIER Jean, LYON-CAEN Antoine, JEAMMAUD Antoine, DOCKES Emmanuel, Obs., Cass. Soc. 18 juillet 2000, Bull ; civ. V. n° 299, *Les grands arrêts du droit du travail*, 3^{ème} édition, p.480.

PESKINE Elsa, Obs., Paris 21 novembre 2006, n°06/20033, RDT, 2007, p. 257.

PESKINE Elsa, Obs., Cass. Soc. 5 décembre 2006, n°05-21-641, RDT, 2007, p. 329.

PESKINE Elsa, Obs., Cass. Soc. 20 décembre 2006, n°05-60.340 et n°05-60.380, Bull ; civ. V, n° 405, RDT, 2007, p. 399.

PESKINE Elsa, Note, TI Saint-Germain-en-Laye 12 octobre 2007 et TI Toulouse 19 novembre 2007, *Dr. ouv.*, p.79.

RENNES Pascal, Cass. Soc. 30 avril 2003, *Dr. Ouv.* 2003, p. 335.

SALVAGE Philippe, Note., Crim. 2 mars 1978, *Dr. Ouv.* 1978, p. 310.

SARAMITO Francis, note Cass. soc. 23 juin 2006, *Dr. ouv.* 2007, p. 139..

SAVATIER Jean, Note, Cass. soc. 24 mai 1973 : *Dalloz* 1973, p. 599.

SAVATIER Jean, Obs., Cass. soc., 18 juill. 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 1037.

SAVATIER Jean, Obs., Crim. 2 mars 1978, *Dr. soc.* 1978.

SOURIAC Marie-Armelle, Note « Loyauté dans la négociation collective : le juge se désengage » Cass. soc. 12 octobre 2006, RDT 2007, p.186.

TRÉMEAU J., note, décision 96-383, *Rev. Fr. dr. Const.*, 1997, p. 113.

BORENFREUND George, Obs., Cass. soc. 19 oct. 1994 : Bull. civ. V, n° 281; D.1995. Somm 370, , *Dr. ouv.*, 1995, p.148.

V- ENQUETES, RAPPORTS

- Rapport de la CES 1992, Séances des 24 et 25 novembre 1992, p. 7.
- DARES, Enquête « réponse » 1998, questionnaire « Représentants du personnel ». De la participation au conflit, par **Daniel FURJOT**. Cette enquête porte sur les pratiques de représentation des élus du personnel comme des délégués syndicaux ; les enquêteurs ont recueilli l'avis des représentants sur leur pratique durant la négociation.
- DARES, « Les institutions représentatives du personnel en 1999 », nov. 2001, n° 48-1.

- Au-delà de l'emploi, rapport pour la Commission européenne par **Alain SUPIOT**, *Flammarion*, 1999.
- **Corinne SACHS-DURAND**, rapport français, in La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire, *Presses universitaires de Strasbourg*, 2004, p. 134.
- Rapport de **Michel de VIRVILLE**, « pour un Code du travail plus efficace : rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité », 2004.
- Actes du colloque « Les relations entre l'Union européenne et l'OIT : aspects institutionnels et normatifs », AFOIT, 14 octobre 2004, Conseil Économique et Social, Paris.
- Agenda social 2005-2010, Communication de la Commission européenne du 9 février 2005.
- Ministère de l'Emploi, de la cohésion sociale et du logement, « La négociation collective en 2005 », Bilans et rapport.
- Conseil économique et social, Avis, rapport : « Consolider le dialogue social », rapport, 2006.
- Avis et rapport du Conseil Économique et Social n° 23 : « Consolider le dialogue social ». Séance des 28 et 29 novembre 2006, lundi 4 décembre 2006, Les éditions des journaux officiels, p. 9.
- Colloque DARES du 27 mars 2007 sur les premiers résultats de la dernière enquête réponses ; les actes sont disponibles sur le site de la DARES.
- Ministère du travail, des relations sociales et de la solidarité. Rapport en vue de l'évaluation de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, janvier 2008.
- Brainstorming à la Commission sur la négociation transnationale, *Liaisons sociales Europe* n° 153.