

CONSERVATOIRE NATIONAL DES ARTS ET MÉTIERS
ÉCOLE DOCTORALE ABBÉ GRÉGOIRE

Laboratoire Interdisciplinaire pour la Sociologie Économique

THÈSE DE DOCTORAT

présentée par : **Stéphane LAMAIRE**

soutenue le : 30 septembre 2024

préparée au : **Conservatoire national des arts et métiers**

Discipline : Droit privé et sciences criminelles

Spécialité : Droit du travail

**AUTONOMIE COLLECTIVE :
FONCTIONS ET LIBERTÉ**

THÈSE dirigée par:
Monsieur le professeur Michel MINÉ,
Chaire Droit du travail et droits de la personne
Conservatoire National des Arts et Métiers

Jury

Monsieur Cyril WOLMARK, Professeur de Droit privé et sciences criminelles,
Université de Paris Nanterre

Président

Monsieur Bernard GAURIAU, Professeur de Droit privé et sciences criminelles,
Université d'Angers

Rapporteur

Madame Elsa PESKINE, Professeure de Droit privé et sciences criminelles,
Université de Paris Nanterre

Rapportrice

Madame Dominique ROUX-ROSSI, Professeure émérite de Droit privé et sciences
criminelles, Conservatoire National des Arts et Métiers

Examinatrice

Madame Stamatina YANNAKOUROU, Associate Professor, Labour Law,
European University Cyprus

Examinatrice

« *Mal nommer un objet, c'est ajouter au malheur de ce monde* »

Albert Camus, « *Sur une philosophie de l'expression* », Poésie 44, n°17, p.21

Remerciements

A mon directeur de thèse (Michel Miné) pour m'avoir ouvert la voie et pour son indéfectible soutien.

A mes collègues du Conservatoire national des arts et métiers et du laboratoire de recherches L.I.S.E. pour leurs encouragements sur ce beau chemin.

A ma compagne (Kathleen Luciotto) sans qui rien n'aurait été possible.

A ma grand-mère (Liliane Brami) qui m'a transmis l'amour de la lecture.

A mes parents (Lynda et Alain Lamaire) qui m'ont donné le goût d'étudier.

A ma fille (Anouk) pour la suite.

Résumé

La notion d'« *autonomie collective* » est complexe à définir car revêtant des interprétations de natures différentes. Toutefois, elle peut se définir comme la faculté pour les parties prenantes (employeurs et salariés) de sélectionner les agents en charge de représenter leurs intérêts au sein des pourparlers puis leur permettre de conclure leur propre droit. En effet, quel que soit le modèle de relations professionnelles ou la vision doctrinale choisie, il en découle que les protagonistes sociaux bénéficient d'une liberté, plus ou moins encadrée, que l'Etat se charge de protéger. Il en ressort donc une relation de « *relevance* » de l'ordre professionnel à l'ordre juridique qui se caractérise notamment par le contrôle opéré par le juge au sujet des normes conventionnelles en référence à une série de grands principes. Néanmoins, si la notion d'« *autonomie collective* » ne peut se réduire à la formation d'un droit négocié de manière indépendante par rapport à l'Etat, notre modèle de droit interne a longtemps été qualifié d'étranger à cette notion du fait de l'emprise de l'Etat sur les relations professionnelles. Or, il s'avère que les acteurs sociaux, de concert avec l'Etat ont mené une réforme de la représentativité ayant pour finalité une plus large concordance des représentants et des représentés. Par conséquent, la détermination des acteurs, aptes à mener les négociations collectives, s'effectue désormais par les protagonistes des relations professionnelles sur la base du nombre. Par ailleurs, la conclusion de leurs accords collectifs se réalise désormais sur des ressorts majoritaires. Par ces biais, ils accèdent également à une procédure de concertation les associant modestement à la formation de la Loi. Néanmoins, découvrons que si la notion d'« *autonomie collective* » ne peut pas uniquement se définir par sa relation à la Loi, elle se caractérise également par sa capacité à former des normes ayant des effets collectifs dans le cadre d'un procédé négocié. A ce titre, l'accord collectif d'entreprise peut dorénavant particulièrement s'émanciper d'une partie du droit imposé et du tissu conventionnel. De plus, ses clauses peuvent également, sous certaines conditions, se substituer à celles du contrat de travail. Or, constatons que ce procédé fait l'objet de nombreuses mutations concernant ses finalités, faisant de celui-ci plus certainement un moyen d'organiser le fonctionnement de l'entreprise au bénéfice de son intérêt, qu'un mode d'acquisition de nouveaux droits en faveur des salariés. Il en résulte que ce ressort acquiert progressivement une forme d'autonomie en dehors du respect du « *principe de faveur* » sous le regard approbateur de l'autorité judiciaire. En outre, la Loi permet de plus en plus à ce champ de fixer ses propres règles de fonctionnement internes par le biais de la conclusion d'un accord collectif. Toutefois, la Loi lui adresse également de nombreuses injonctions de négocier correspond à autant de réalisations de

politiques publiques. Par conséquent, il est nécessaire d'examiner si l'accord collectif d'entreprise correspond à une liberté concédée aux parties prenantes ou revêt une fonction aux services d'intérêt à déterminer. Si ce type d'accord collectif se caractérise toujours comme un acte général, obligatoire, permanent, collectif par son objet et ses effets, ainsi qu'extérieur à l'ordre juridique étatique, il semble particulièrement se singulariser par son procédé d'élaboration reposant sur une série d'étapes réglementées. C'est précisément cette dimension négociée qui en fait sa singularité permettant au juge de lui accorder un net avantage sur la décision unilatérale de l'employeur. Or, cet avantage est directement tributaire de la nature procédurale de la négociation collective ainsi que du bon respect du principe de loyauté interdisant à l'employeur de prendre une décision unilatérale pendant la période des pourparlers. Reste donc à savoir si cette nouvelle autonomie de l'accord collectif d'entreprise peut se confondre avec la notion d'« *autonomie collective* ».

Mots-clés : autonomie collective ; relations professionnelles ; protagonistes sociaux l'ordre professionnel ; concordance ; procédé négocié ; et loyauté

Résumé en anglais

The notion of « *collective autonomy* » can be defined as the ability of the parties involved (employers or employees) to select the agents responsible for representing their interests within the talks and then allowing them to conclude their own law. Whatever the model of industrial relations or the doctrinal vision chosen, it follows that the social protagonists benefit from a freedom, more or less regulated, which the State is responsible for protecting. This gives rise to a relationship of « *relevance* » between the professional order and the legal order, which is characterized in particular by the control exercised by the courts over conventional standards with reference to a series of major principles. Consequently, the notion of « collective autonomy » cannot fully correspond to the formation of a law negotiated independently of the State. However, for a long time, our model of domestic law was rightly described as alien to this notion because of the State's hold on industrial relations. However, it turns out that the social players, in concert with the State, have carried out a reform of representativeness with the aim of achieving greater concordance between the representatives and the represented. As a result, the determination of which players can conduct collective bargaining is now carried out by the protagonists of industrial relations themselves, on the basis of numbers. Moreover, their collective agreements are concluded on a majority basis. In this way, they also gain access to a consultation procedure which modestly involves them in the formation of the law. Nevertheless, the notion of « *collective autonomy* » cannot be defined solely in terms of its relationship with the law, but also in terms of its capacity to form standards with collective effects within the framework of a negotiated process. In this respect, company collective agreements are now particularly able to emancipate themselves from part of the imposed law and the fabric of collective bargaining. Moreover, under certain conditions, its clauses can also replace those of the employment contract. However, it should be noted that this procedure has undergone a number of changes in terms of its aims, making it more likely to be a means of organising the operation of the company in its own interests, rather than a means of acquiring new rights for employees. As a result, this system is gradually acquiring a form of autonomy outside of respect for the « *principle of favor* », under the approving gaze of the judicial authorities. In addition, the law is increasingly allowing this field to set its own internal operating rules by means of a collective agreement. Now, while the latter is always characterized as a general, binding, permanent act, collective in its object and effects, and external to the State legal order, it seems to be particularly singular in the way it is drawn up, based on a series of regulated stages. It is precisely this negotiated dimension that makes it

unique, allowing the courts to give it a clear advantage over the employer's unilateral decision. However, this advantage is directly dependent on the procedural nature of collective bargaining and on proper compliance with the principle of loyalty, which prohibits the employer from taking a unilateral decision during the negotiation period. It therefore remains to be seen whether this new autonomy of company collective agreements can be confused with the concept of « *collective autonomy* ».

Sommaire

Introduction Générale

Chapitre Préliminaire-Les différentes définitions doctrinales de la notion d'« *autonomie collective* »

PREMIÈRE PARTIE – L'AUTONOMIE DES ACTEURS SOCIAUX

TITRE I – La notion de représentativité

- I - Une reconnaissance mutuelle ou un titre légal
- II – La définition fonctionnelle de la notion de représentativité
- III – La formation historique de la notion de représentativité

TITRE II – Une exigence de concordance des représentants et des représentés

- I - Des réformes sollicitées par l'ordre professionnel et reprises par la Loi
- II – L'exigence de concordance au sein des différents ressorts de la représentativité
- III – Les critères légaux de la représentativité

TITRE III – La capacité conventionnelle et l'exigence majoritaire

- I - La consécration d'une exigence majoritaire à plusieurs visages
- II – La capacité conventionnelle des différents acteurs de la négociation collective

SECONDE PARTIE – L'AUTONOMIE DE L'ACCORD COLLECTIF

TITRE I – Le droit imposé et le droit négocié

- I - La formation croisée du droit imposé et du droit négocié
- II – L'exécution du droit imposé par le droit négocié

TITRE II – La liberté contractuelle de l'autonomie collective

- I - L'accord collectif et le contrat de travail
- II – L'accord collectif et le contrôle du juge
- III – L'accord d'entreprise et les autres normes conventionnelles

TITRE III – La fonction et l'esprit du procédé de l'« *autonomie collective* »

- I - L'obligation de négocier des accords collectifs
- II - Le nécessaire respect de la loyauté du procédé

Conclusion Générale

Introduction générale

Le droit du travail se caractérise de manière ambivalente pour partie par une affirmation du pouvoir juridique de l'employeur et pour une autre partie par sa dimension collective et protectrice. Concernant cette seconde dimension l'histoire de sa construction apparaît comme un dépassement de la notion d'individu. En effet, cette branche du droit réussit particulièrement bien la conciliation des intérêts individuels et collectifs, en permettant l'expression de l'individualité tout en la contenant dans un réseau de dispositifs collectifs et protecteurs¹. A ce titre la reconnaissance d'un droit des salariés à la négociation collective modifie la perspective d'un droit du travail dominé par la notion de subordination individuelle². Toutefois dans ce cadre, l'affaiblissement des représentants des salariés apparaît à la fois comme une cause et une conséquence d'un essor de l'individualisme³⁴⁵. Au fondement de cet équilibre précaire se trouve la notion d'« *autonomie collective* » dont nous rechercherons la définition et que nous utiliserons pour mieux examiner notre modèle de relations collectives.

La notion « démocratie sociale » à la croisée de plusieurs chemins. Afin de mieux comprendre la définition d'« *autonomie collective* », examinons préalablement la notion obscure mais séduisante de « *démocratie sociale* ». En effet, celle-ci se trouve à l'intersection de plusieurs controverses doctrinales et constitue la somme de plusieurs éléments qu'il nous faut définir l'un après l'autre⁶⁷⁸ afin de mieux comprendre la notion au centre de notre intérêt. Ainsi selon sa meilleure acception, la notion de « *démocratie sociale* » constitue une institutionnalisation de la « *participation* » des interlocuteurs sociaux au processus décisionnel de la « *démocratie*

¹ Patrice ADAM, « Faut-il avoir peur de l'individu (alisation) », in « 13 paradoxes du droit du travail », Semaine Sociale Lamy, n°1508-10 octobre 2011, p.123. Selon l'auteur : « *Elle permet l'expression de l'individualité tout en la contenant nécessairement, comme la corde qui permet à l'alpiniste de se mouvoir en sécurité limite sa liberté de mouvement* ».

² Marie-Armelle ROTSCCHILD-SOURIAC, « Les accords collectifs au niveau de l'entreprise », Université Paris I, 1986, p.2000.

³ Patrice ADAM, *Ibid.*

⁴ Jean-Maurice VERDIER, « Travail et libertés », Droit Soc, 1982, p.419. Selon l'auteur : « *dans l'entreprise privée, siège d'un pouvoir privé qui demeure fort [...], les libertés individuelles resteraient en pratique lettre morte sans les droits collectifs que la Loi a reconnu aux travailleurs, en particulier ceux de la représentation collective [...]. Le droit de représentation des travailleurs récapitule dans l'entreprise les libertés et droits fondamentaux du citoyen en général, lesquels, sans ce complément et ce prolongement collectif, seraient tenus en lisière* ».

⁵ Corinne DEQUECKER et Pierre-Éric TIXIER, « Travail et représentation des intérêts collectifs à l'épreuve de la globalisation », Négociations 2013/1, n° 19, p. 27-42.

⁶ Carlos Miguel HERRERA, « La pensée constitutionnelle du social », Presses Universitaires de France, Droits, 2008/2 n° 48, p.179 -200.

⁷ Gérard LYON-CAEN, « L'état des sources du droit du travail-agitations et menaces », Droit Social, 2001, p.1031

⁸ Au même titre que la « *démocratie sociale* », les notions de « *refondation sociale* » ou de « *constitution sociale* » sont également obscures.

politique »⁹¹⁰¹¹¹²¹³¹⁴. Elle induit sans doute également l'encadrement de l'autonomie de ces derniers au sein des différents champs de compétences professionnelles. Par conséquent, afin de ne pas tomber dans l'ornière de la confusion, tentons donc de préciser les contours de différentes notions qui la composent, et qui ont pour point commun la contrainte du nombre ainsi que l'exigence démocratique.

La « démocratie syndicale » et ses évolutions. Examinons tout d'abord la notion de « démocratie syndicale » correspondant au processus interne de décision des adhérents au sein des organisations professionnelles. Longtemps le syndicalisme « *a grandi dans la critique de la démocratie électorale* »¹⁵ lui reprochant de confondre les classes sociales et de contribuer à l'édification d'une figure de l'électeur abstraite, individuelle et atomisée. Le mouvement ouvrier préférait privilégier la notion de groupe formé de solidarités sociales enracinées dans l'organisation économique du métier. Son identité était composée d'action directe, de participation et d'expression collective. A ce sujet, il soulignait l'antagonisme entre l'opinion de l'électeur et l'identité d'intérêts des salariés. Il propageait donc une critique virulente du « *démocratisme* » constituant selon lui une promesse appelant l'individu électeur à déléguer ses choix à des tiers élus, alors que le syndicalisme était une action en marche reposant sur l'implication de ses membres¹⁶. Dans cette optique, sa représentativité était « *organique* » et n'avait donc pas à être démontrée ou mesurée car fondée sur l'évidence d'une communion d'intérêts. Refusant la mesure de sa représentativité, le syndicalisme était l'incarnation de son

⁹Josépha DIRRINGER, « Les sources de la représentation collective des salariés : contribution à l'étude des sources du droit », Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Lextenso, 2015, Bibliothèque de droit social, p.557

¹⁰Janine GOETSCHY, « Néocorporatisme et relations professionnelles dans divers pays européens, Revue Française des Affaires Sociales, 1983, p. 65-79.

¹¹Martine LE FRIANT et Antoine JEAMMAUD, « Démocratie sociale, droit et représentation collective : enjeux théoriques » in Marie-Ange MOREAU, « la représentation collective des travailleurs. Ses transformations à la lumière droit comparé », Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012, p. 336.

¹²Laetitia BONNARD-PLANCKE, « Droit et démocratie sociale : contribution à l'étude des rapports entre démocratie sociale et organisations syndicales », Thèse Lille, 2004, p.533.

¹³Stamatina YANNAKOUROU, « L'État, l'« autonomie collective » et le travailleur, étude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale », Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Bibliothèque de droit privé, 1995, p.393.

¹⁴Cécile FOURCADE, « L'« autonomie collective » des partenaires sociaux -Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale », Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Bibliothèque de droit social, 2006, p.528.

¹⁵Pierre ROSANVALLON, « La question syndicale », Paris, Calmann-Lévy (nouvelle édition), 1988, p.273. Selon l'auteur : « *L'essence du phénomène syndical tel qu'il s'est développé depuis plus d'un siècle dans les pays industriels est indissociable de l'émergence de la figure du prolétaire en tant qu'homme séparé non intégré* » (citation p.151).

¹⁶Pierre ROSANVALLON, *Ibid.* Le syndicalisme s'envisageait comme « *une école d'énergie et d'autonomie sociale* » reposant sur sa capacité d'entraînement fondée sur une communion d'intérêts (citation p.208).

groupe professionnel¹⁷. Cette réticence se fondait également sur la crainte de l'apathie des masses et sur une présumée confiance à l'égard de ces minorités agissantes. De leur côté, les organisations d'employeurs ont longtemps été très rétives à la notion de représentativité, considérant que leur signature ne pouvait engager qu'elles-mêmes et leurs éventuels adhérents. Sous l'impulsion des pouvoirs publics mais avec l'assentiment d'une large partie des syndicats et des organisations patronales, les parties prenantes ont récemment acquiescé à un large bouleversement de leurs modes de fonctionnement internes et externes. Les organisations professionnelles d'employeurs ont concédé à la formation d'une définition légale de la notion de représentativité les concernant. Les organisations syndicales ont opéré un tournant important en fondant leur autorité, non plus sur le vote de leurs adhérents, mais sur celui des « *salariés-électeurs* ». Leur relation avec la masse des salariés repose donc désormais principalement sur un rapport de médiation et de délégation¹⁸¹⁹. Par conséquent, concernant ces dernières, une équivalence se serait par conséquent construite entre les notions de « *démocratie* » et « *vote* » : « *comme si la première s'épuisait dans la mise en œuvre du seul processus électoral* »²⁰²¹. Ainsi, l'avènement du vote, au sein des relations professionnelles, règle certaines des difficultés internes aux organisations syndicales tout en renforçant leur légitimité externe²²²³. En somme, malgré les vicissitudes de son histoire, le syndicalisme français, « *globalement attaché à une*

¹⁷ Cette répugnance à s'enfermer dans des procédures démocratiques reposait également sur une légitimité construite à partir de l'identité d'un noyau dur militant éclairé et très formé.

¹⁸ Pierre ROSANVALLON, op.cit. p.11. Le syndicat n'est pas un rapport de médiation et de délégation mais une forme d'expression et d'organisation.

¹⁹ Jean-Daniel REYNAUD, « les règles du jeu- l'action collective et la régulation sociale », Paris, Armand COLLIN, 2e Edition, 1993, p. 348. L'auteur considère que le vote sert de substitut à l'adhésion syndicale. Or la nécessité d'obtenir des adhésions pousse vers une communauté alors que la recherche du maximum de votes et la conquête de la majorité s'incline au contraire à trouver l'appui de groupes différents. Au sujet des partis politiques l'auteur précise ainsi que : « *Le mécanisme de l'adhésion et le mécanisme du vote jouent donc partiellement en sens inverse* » (citation p.191).

²⁰ Sophie BEROUD, « Perspectives critiques sur la participation dans le monde du travail : éléments de repérage et de discussion », Participations, 2013, n° 5, p. 5.

²¹ Au bout du compte, qu'on y adhère avec enthousiasme ou qu'on le concède, il faut désormais bien admettre que la capacité de représentation des organisations professionnelles est désormais bien plus large que le cercle de leurs seuls adhérents.

²² Gérard ADAM, « Syndicats de salariés : un avenir inconnu », Constructif n°30-Novembre 2011 (http://www.constructif.fr/bibliotheque/2011-11/syndicats-de-salaries-un-avenir-inconnu.html?item_id=3119) L'auteur rappelle que si en droit interne la section syndicale n'a été reconnue qu'en 1968 cela tient entre autres chose aux faits que les états-majors des confédérations nationales ont toujours considéré suspecte une organisation syndicale décentralisée ayant pour fondement l'entreprise. Cette appréciation a donc évolué et le vote du personnel à bulletin secret dans le cadre d'élections professionnelles décentralisées est désormais considéré comme le dispositif le plus légitime de participation des salariés.

²³ Au sujet de la représentativité salariale et patronale, nous savons que confrontée à la perte de leurs effectifs et la faiblesse intrinsèque de leur propre fonctionnement, ces dernières auraient donc acquiescé aux différentes évolutions concernant la notion de représentativité.

conception essentialiste de sa représentativité »²⁴, a dû accepter certaines modalités démocratiques passant notamment par la mesure de son influence. Le lien entre l'organisation et l'adhérent est désormais recouvert d'une autre relation à l'électeur placée sur le même plan²⁵. De leur côté les organisations d'employeurs représentatives ont accepté l'idée de pouvoir engager et contraindre au-delà du périmètre de leurs adhésions²⁶.

La « démocratie industrielle ». Cette notion de « *démocratie syndicale* » doit se distinguer de celle de « *démocratie industrielle* »²⁷²⁸. Cette dernière expression héritée de la doctrine syndicale anglo-saxonne s'attache : « *plus spécialement aux modalités par les lesquelles la collectivité de travail et ses représentants participent à la vie économique ainsi qu'à la gestion et aux décisions de l'entreprise* »²⁹³⁰. En définitive, les deux notions de « *démocratie syndicale* » et « *démocratie industrielle* » s'unissent et se déversent au sein de celle plus large de « *démocratie sociale* ».

La « démocratie sociale » et la « démocratie politique » : divergences. En droit interne, le vote ne cesse d'étendre son emprise à ce sujet car s'il est le mode d'expression privilégié de la « *démocratie politique* », il se trouve appelé à devenir le pilier d'une « *démocratie sociale* »

²⁴ Pierre ROSANVALLON, *op.cit.* p.11. Selon l'auteur le vote social crée une tension qu'il estime « *insupportable* » entre les principes sociologiques et politiques de légitimation. Ce vote efface les différences entre « *adhérents* » et « *non –adhérents* ». Ces derniers ayant désormais des droits équivalents (p.232).

²⁵ Jean-Daniel REYNAUD, *op.cit.* p.12.

²⁶ Article L. 2232-6 et L. 2261-19 du Code du travail. Il découle de la combinaison de ces deux articles du Code du travail qu'un accord collectif conclu au sein du champ de la branche professionnelle n'est pas valide que s'il est majoritaire et qu'il ne peut faire l'objet d'une extension administrative que s'il est valide. Ainsi ces accords collectifs doivent avoir valablement conclus et ne doivent pas avoir fait l'objet de l'opposition écrite et motivée d'une ou de plusieurs organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau considéré dont les entreprises adhérentes emploient plus de cinquante pour cent de l'ensemble des salariés des entreprises adhérant aux organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives à ce niveau. La convention collective doit désormais donc respecter une règle majoritaire pour que l'exécutif concède à former l'arrêté d'extension en question.

²⁷ Pierre ROSANVALLON, « La contre démocratie », Paris, Seuil, 2006, p.344. L'auteur rappelle que SEYES avait eu dès 1789 cette intuition en estimant que les systèmes de division du travail (assimilé par lui au principe représentatif) allait s'étendre à toutes les sphères de la vie sociale : « *Tout est représentation dans l'état social avait-il souligné....la séparation des travaux appartient aux travaux politiques, comme à tous les genres du travail productif* » (citation p.13).

²⁸ François BLOCH-LAINE, « Pour une réforme de l'entreprise », Paris, Seuil, 1963, p.158. Dès les années 1960, l'auteur appelait à constituer un gouvernement élu de l'entreprise, responsable devant une assemblée ou siégerait les représentants des travailleurs des consommateurs et des actionnaires. La perspective était bien de transposer les institutions de la démocratie politiques dans les différentes sphères de l'activité sociale.

²⁹ Pierre-Yves VERKINDT, « Les élections professionnelles dans l'entreprise », Droit Social, 2009, p.648.

³⁰ A cette étape sémantique constatons qu'en droit interne, que si la nouvelle assise électorale ne compense que partiellement leur faiblesse, les organisations syndicales ont accepté les conséquences induites par la généralisation de l'exigence majoritaire lors de la conclusion des accords collectifs.

renovée³¹³²³³. Cependant, le particularisme de l'élection professionnelle résulte de sa finalité, car son but n'est pas d'assurer la constitution d'une assemblée souveraine titulaire d'un pouvoir de décision qui pourrait s'imposer à la collectivité des salariés. Il est exact d'affirmer que les organisations syndicales peuvent participer aux découpages des limites des ressorts des établissements au sein desquelles elles peuvent s'exprimer et exercer leurs prérogatives³⁴. Néanmoins ces derniers périmètres ne constituent pas pour autant des champs sur lesquels elles exercent une « souveraineté »³⁵³⁶. En effet, il n'existe pas de « *peuple salarié souverain ni même de véritable espace public professionnel* »³⁷. De même, comme le soulignait le professeur Paul DURAND, la convention collective, contrairement à la loi, « *ne résulte pas d'un vote majoritaire où des voix ouvrières viendraient se mêler aux voix patronales, mais bien d'un accord entre groupes* »³⁸. Le vote des salariés ne correspond pas non plus à un : « *moyen par lequel chaque électeur exprime spontanément son opinion sur les capacités de négociation des organisations syndicales ou sur les affaires de l'entreprise* »³⁹. Cependant, il faut bien constater qu'au sein du ressort professionnel le plus décentralisé, un phénomène d'« *isomorphisme* »⁴⁰ continue à prospérer, encouragé par une très minoritaire partie de la doctrine souhaitant une accélération de transferts conceptuels dans ce sens. Néanmoins, si l'accord d'entreprise prend des faux airs de norme réformable au gré des majorités⁴¹, et que l'on assiste à l'avènement

³¹ Jean-Maurice VERDIER, « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales (quelques réflexions, rappels, suggestions) », *Droit Social.*, 1991, p. 5.

³² Georges BORENFREUND, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Droit Social*, 1991, p. 685.

³³ Georges BORENFREUND, « Pouvoir de représentation et négociation collective », *Droit Social*, 1997, p. 1006.

³⁴ Pierre-Éric TIXIER, « Les mutations de la négociation collective. Le cas de la France », *Négociations*, n°8, 2007, p. 103-119.

³⁵ L'ensemble des salariés n'est pas souverain. Les représentants du personnel ne sont chargés que de la mise en œuvre du principe constitutionnel de participation. Il s'agit d'une ambition plus modeste que celle d'un peuple qui souhaite prendre en main son destin.

³⁶ Jérôme TOURNADRE-PLANCQ et Benoît VERRIER, « La démocratie politique représentative comme modèle pour la démocratie sociale ? », Centre d'analyse stratégique, La note de veille, n° 99, mai 2008, p. 3. Alors que la qualité de citoyen confère celle d'électeur (et d'acteur de la vie politique), le statut de salarié ne garantit pas celui-ci d'être représenté ou de pouvoir devenir représentant du collectif de salariés. En effet, les auteurs constatent que 24 % des salariés, parce qu'ils se trouvent dans des établissements de moins de 10 salariés (85 % des établissements) ne peuvent pas élire un représentant du personnel.

³⁷ Pierre-Éric TIXIER, *Ibid.*

³⁸ Paul DURAND, « Le dualisme de la convention collective », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1939, p. 366.

³⁹ Pierre-Éric TIXIER, *Ibid.*

⁴⁰ Jérôme TOURNADRE-PLANCQ et Benoît VERRIER, *Ibid.* Le transfert des outils conceptuels de la démocratie politique vers le modèle social a ses limites. Les auteurs admettent bien volontiers cet angle mort : « *Le défi majeur de la démocratie sociale est sans doute celui d'une universalisation des droits des salariés afin que tous, sur le model du citoyen de la démocratie politique représentative, puissent bénéficier de la possible de se faire représenter ou d'être représentant* ».

⁴¹ Sophie NADAL, « Fluctuations de la représentativité syndicale et perturbations de la vie juridique des conventions et accords collectifs de travail », *Droit Social*, 2013, p.323. L'auteure souligne que la succession des cycles électoraux pose désormais la question du destin des conventions signées par-delà l'éventuelle disparition des signataires. Les différentes réformes relatives à la révision des accords permettent désormais aux organisations non-signataires de l'accord de les dénoncer ou de les réviser.

d'une « *parlementarisation* »⁴² de la représentation salariale, un « *calque* » en ce domaine ne pourrait donc constituer qu'un « *trompe-l'œil* »⁴³. En effet, il s'avère que le salarié reste subordonné à son employeur et que par conséquent, une transposition totale des outils conceptuels de l'un vers l'autre ne correspondrait pas au parachèvement du projet de « *démocratie sociale* ». Bien au contraire cela entraînerait sans doute un basculement dans un autre paradigme politique et économique, déterminant plutôt la sortie d'un mode capitalistique de gestion des entreprises. Au travers des élections professionnelles, le salarié n'est pas considéré comme un citoyen au sens où l'entend le droit public mais comme une personne rattachée à une catégorie professionnelle. En effet, le personnel ne constitue pas un électorat unique et uniforme, mais des groupes distincts de salariés éclatés entre différentes catégories professionnelles hiérarchisées constitutives de divers collèges électoraux⁴⁴. Il en découle donc une fragmentation du corps électoral et par conséquent une absence d'universalité et d'égalité du suffrage incomparable à celui que connaît la vie politique⁴⁵. En définitive, la « *démocratie politique* » repose sur l'idée d'égalité des citoyens alors que la « *démocratie sociale* » suppose la construction de cette égalité en réalisant un équilibre des forces entre groupes d'intérêts qualitativement différents⁴⁶.

La « démocratie sociale » et la « démocratie politique » : complémentarité. Même si ces deux notions démocratiques trouvent désormais un sens dans : « *le principe majoritaire une condition nécessaire d'assujettissement des individus à une norme* »⁴⁷, elles ne doivent pas être confondues⁴⁸ mais sont appelées à se compléter. Le concept de « *démocratie sociale* » ne saurait donc être mis en avant afin d'assimiler le fonctionnement des relations du travail par mimétisme à celui d'une vie politique dominée par les échéances électorales. Car au-delà du problème du nombre, l'analogie entre les deux faces de la démocratie, se heurte à des limites que la généralisation du vote ne peut pas permettre de dépasser. Plus précisément la « *démocratie politique* », fait le constat que la reconnaissance de la citoyenneté n'est pas suffisante à son achèvement, et que l'individu doit également participer aux décisions dans son milieu de travail. Par conséquent, la notion de « *démocratie sociale* » doit rester avant tout attachée à la défense

⁴²Barbara PALLI, « La révision des conventions et accords collectifs de travail à l'épreuve de la réforme de la représentativité syndicale », Revue de Droit du Travail, 2010, n°155, spéc. p. 159.

⁴³Gérard LYON-CAEN, « Critique de la négociation collective », Droit Social, 1979, p. 350.

⁴⁴Article L.2314-11 du Code du travail.

⁴⁵Franck PETIT, « L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise », Droit Social, 2000, p.603.

⁴⁶Alain SUPLOT, « La Loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », Droit Social, 2010, p.525.

⁴⁷Josépha DIRINGER, *op.cit.* p.11.

⁴⁸Jérôme TOURNADRE-PLANCQ et Benoit VERRIER, *loc.cit.* p.14.

de groupes d'intérêts car : « *la partie faible doit disposer d'une capacité collective suffisante pour défendre ses intérêts face à la partie forte* »⁴⁹. Sur cette base conceptuelle, nous pouvons mieux cerner les relations pouvant se tisser entre « *démocratie sociale* » et « *démocratie politique* ».

La « démocratie sociale » et la « démocratie politique » : l'articulation. A défaut du respect d'un équilibre particulier, une confusion pourrait être à l'origine de deux risques totalement opposés. En effet, en abandonnant leur légitimité de type « *essentialiste* » au profit d'une légitimité uniquement électorale, les organisations professionnelles pourraient être réduites à devenir de « *banals porte-paroles de leur propres électeurs* »⁵⁰, moins à même, de construire de larges solidarités sous l'emprise du pouvoir politique. La réalisation de ce scénario risquerait de contrevenir à un projet initial visant à faire des organisations professionnelles des « *collaborateurs* » du législateur. A l'inverse, l'émergence d'une « *contre-démocratie* »⁵¹ sociale pourrait représenter un péril redouté par les organisations syndicales et patronales elles-mêmes⁵². Les pouvoirs politiques⁵³ seraient alors progressivement rognés, car toutes les grandes réformes sociales devraient être préalablement précédées de la conclusion d'un accord national interprofessionnel (ANI), dont le législateur se ferait « *un point d'honneur d'en respecter l'esprit et la lettre* »⁵⁴. En conséquence, le pouvoir politique se trouverait entièrement déterminé par la volonté de groupes privés en charge de la représentation d'intérêts particuliers. Il en ressort que la notion de « *démocratie sociale* » peut être étendue de différentes manières : soit un élément complémentaire, soit un contrepouvoir⁵⁵, soit une alternative⁵⁶ ou encore un

⁴⁹Alain SUPLOT, « *Homo Jurdicus- Essai sur la fonction anthropologique du droit* », Paris, Seuil, 2005, p 330. L'auteur constate qu'à la différence : « *de la démocratie par le nombre qui domine la représentation politique, la démocratie sociale est essentiellement qualitative et consiste à permettre la représentation de différents groupes d'intérêts* ».

⁵⁰Valérie BERNAUD, « Est-il pertinent de penser la représentation syndicale en fonction des critères relatifs à la représentation politique », *Droit Social*, 2013, p.486.

⁵¹Pierre ROSANVALLON, *op. cit.* p.13.

⁵²Pierre-Éric TIXIER, *loc.cit.* p.14.

⁵³Les pouvoirs du parlement et de l'exécutif.

⁵⁴Gérard LYON-CAEN, « Un droit sans papiers d'identité », *Archives-Philosophie Du Droit*, n°41,-1997, p.181

⁵⁵Pierre ROSANVALLON, *op.cit.* p.13. Selon l'auteur la contre-démocratie « *n'est pas le contraire de la démocratie, c'est plutôt la forme de démocratie qui contrarie l'autre, la démocratie des pouvoirs indirects disséminés dans le corps social, la démocratie de la défiance organisée face à la démocratie de la légitimité électorale. Le néocorporatisme désigne l'émergence de groupements représentants des intérêts catégoriels qui sous les auspices de l'État et avec son aval participent à la définition de l'intérêt général.* ».

⁵⁶Martine LE FRIANT, « La démocratie sociale entre formule et concept », *Regards*, 2001, p. 47. L'auteur distingue la « *démocratie sociale* » comme composante indispensable ou alternative à la « *démocratie politique* ».

démembrement de la démocratie politique⁵⁷⁵⁸. Or, il nous apparaît que : « *la démocratie sociale ne saurait être perçue comme une alternative à la démocratie politique sous peine de n’assister qu’à une valorisation de façade de la société civile, frayant la voie à des formes modernes de corporatisme* »⁵⁹. Néanmoins, il semble tout de même que : « *La démocratie politique doit garantir à la démocratie sociale une sphère d’autonomie, sans perdre le pouvoir du dernier mot* »⁶⁰. En mettant l’accent sur la dimension collective, la « *démocratie sociale* » vient ainsi enrichir la « *démocratie politique* ». Constatons donc, que si les pouvoirs publics interpellent les acteurs des relations collectives sur leur « *légitimité* », leur objectif est de pouvoir se reposer en partie sur eux⁶¹⁶². Admettons que si l’accord national interprofessionnel (ANI) n’est pas la loi, il en préfigure désormais assurément les prémisses. En outre, la doctrine peut plus généralement définir la négociation collective comme une « *une méthode d’accompagnement des réformes sociales* »⁶³ dont la finalité serait la mise en œuvre efficace de politiques décidées par les autorités publiques⁶⁴. Il en résulte donc bien une nécessaire articulation de ces deux dimensions de la notion de démocratie. Ainsi, l’Etat concède implicitement que la représentation parlementaire est insuffisante (ou inadéquate) pour traduire la volonté des parties prenantes (salariés et employeurs). Par conséquent, il lui semble nécessaire de procéder à la sélection de « *médiateurs sociaux* »⁶⁵, capables d’assurer un lien avec ces dernières afin de traduire et formuler leurs aspirations (ou revendications professionnelles). A ce titre, la représentation des salariés : « *apparaît alors comme le moyen d’organiser la démocratie dans la démocratie et d’assurer la promotion collective du travail en rompant avec la logique individualiste du contrat de travail* »⁶⁶.

⁵⁷Alain SUPIOT, « Actualité de Durkheim : notes sur le néocorporatisme en France », Droit et Société, 1987, p. 175.

⁵⁸Alain SUPIOT, *op.cit.* p.16. Selon l’auteur : « *la définition de l’intérêt général n’est plus l’apanage de l’État, mais devient le produit des rapports de force entre intérêts particuliers. L’État n’est plus alors un tiers, mais une partie prenante du « dialogue social ».*

⁵⁹Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCILD SOURIAU, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », Droit Social, 2003, p. 74.

⁶⁰Alain SUPIOT, *op.cit.* p.16.

⁶¹Michel DESPAX, « De l’accord à la Loi », Droit social, 1987, p. 186. A une autre époque, le professeur Michel DESPAX estimait que si « *l’ANI ressemble à la Loi, à la même teneur que la Loi, ce n’est quand même pas la Loi ?* »

⁶²Pascal CAILLAUD, « Devenir une organisation représentative au niveau national interprofessionnel. Les enjeux juridiques de l’action des employeurs de l’économie sociale », Travail et Emploi, n°131, 2012, p. 47-64.

⁶³Nicole MAGGI GERMAIN, « Fonctions et usages de la représentativité patronale », Travail et Emploi, n° 131, 2012, p 23-45.

⁶⁴Jean-Pascal HIGELE, « Les formes de la délibération inter professionnelle. Le sens du dialogue », Sociétés Contemporaines n° 86, 2012/2, p. 85-111.

⁶⁵Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.*p.11.

⁶⁶Georges BORENFREUND, « Pouvoir de représentation et négociation collective », *loc.cit.* p.14.

La « démocratie sociale » et l'« autonomie collective ». Sur les fondements de cette détermination de la notion de « *démocratie sociale* », nous pouvons définir la notion d'« *autonomie collective* », comme la faculté pour les parties prenantes de sélectionner les agents en charge de représenter leurs intérêts puis leur permettre de conclure leurs propres normes sous réserve du respect d'une série de principes fondamentaux contrôlés par le juge. Leurs prérogatives sont juridiquement garanties par la Loi (ou la Constitution) et opposables aux autorités publiques qui ne peuvent intervenir dans leur domaine qu'à titre subsidiaire. Autrement dit, il s'agit de la « *faculté pour les collectivités de contracter librement et d'élaborer elle-même des normes hors de toute ingérence des organes de l'Etat* »⁶⁷. De cette manière, la doctrine évoque : « *un espace contractuel soustrait à l'ordre étatique où se règle le conflit d'intérêts collectifs entre représentants des salariés et des employeurs* »⁶⁸. De surcroît, il ne s'agit pas pour ces derniers de déterminer des droits subjectifs mais de fonder une source de droit objective.

Par conséquent, nous verrons au sein d'un chapitre préliminaire que la notion d'« *autonomie collective* » ravive la tension doctrinale opposant, ceux qui envisagent l'existence d'une source normative professionnelle autonome, à ceux qui ne conçoivent que la seule existence d'une délégation de l'Etat dans ce domaine⁶⁹⁷⁰. Puis dans notre première partie, nous examinerons les règles visant à déterminer les protagonistes sociaux habilités à former les règles les concernant⁷¹.

La sélection des acteurs de l'« autonomie collective ». En effet, en droit interne cette sélection s'est longtemps effectuée par le biais d'un label de « *représentativité* » octroyé par l'Etat sur la base de critères objectifs d'une définition légale. La notion de « *représentativité* » est un dérivé de celle de « *représentation* » issu du droit romain (« *repraesentare* ») signifiant « *rendre présent ce qui est absent* »⁷². Dans l'esprit révolutionnaire de 1789 « *représenter* » ne signifiait « *ni agir à la place* » comme le propose le droit civil, ni agir en vertu d'une « *délégation de pouvoir*

⁶⁷ Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.10.

⁶⁸ Christophe VIGNEAU, « Etude sur l'« autonomie collective » au niveau communautaire », RTD Europe, 2002, p. 656.

⁶⁹ Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

⁷⁰ Jacques LE GOFF, « Juristes de gauche et droit social dans les années 1880-1920 », in Carlos Miguel HERRERA, « Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la IIIe République », Tome I. Paris, Éditions Kimé, « Philosophie politique », 2003, p. 13-33.

⁷¹ Ainsi que les groupe qu'ils ont la charge de représenter.

⁷² Franck HEAS, « État des lieux de la représentativité patronale », Droit Social, 2014, p.198.

»⁷³, car il ne pouvait pas exister de forme juridique intermédiaire entre l'Etat et l'individu. Cependant différentes étapes légales sont venues forger une représentation collective⁷⁴ sans totalement effacer ce principe du respect de la volonté individuelle. Il en ressortait toujours la préoccupation d'articuler l'individuel et le collectif car : « *que ce soit dans la manière d'encadrer la liberté syndicale ou de reconnaître aux salariés des droit à la participation, on note toujours le souci de vouloir reconnaître aux salariés pris individuellement une existence collective sans que les représentants des salariés n'effacent les individus qui composent cette collectivité* »⁷⁵. Cette articulation sophistiquée crée des droits individuels (participation ou grève) dont les salariés sont titulaires mais qui ne peuvent s'exercer que collectivement et le plus souvent par le truchement d'un intermédiaire.

La sélection des agents d'exercice de la participation. La représentativité constitue donc une notion juridique permettant ce type d'articulation complexe. En 1995, le Conseil d'Etat a consacré cette notion⁷⁶ considérant qu'elle devait s'appliquer à l'ensemble des relations de travail⁷⁷ en sa qualité de principe général du droit ayant une valeur supra décrétable. Toutefois à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité de la Loi n° 96-985 du 12 novembre 1996⁷⁸⁷⁹ le Conseil Constitutionnel ne donna pas à ce principe une valeur constitutionnelle, car il tenait à ne pas être à l'origine d'une confusion avec le principe constitutionnel de participation ayant une portée plus large et des titulaires différents. Néanmoins, il soulignât la nécessité de bénéficier de négociateurs indépendants capables d'exercer ce principe (de participation) pour

⁷³Valérie BERNAUD, *loc.cit.* p.16.

⁷⁴Ainsi qu'une négociation collective des conditions de travail.

⁷⁵Josépha DIRINGER, *op.cit.* p.11.

⁷⁶Conseil d'Etat, arrêt du 22 mars 1995, requête n° 155821. Le président du conseil d'administration de La Poste a porté atteinte tant aux droits syndicaux du personnel de l'exploitant public qu'au principe général de représentativité en limitant aux seules fédérations syndicales disposant d'un siège au comité technique paritaire le droit de désigner un représentant au sein des commissions paritaires spéciales d'intégration prévues par les décrets n° 93-514 à 93-519 du 25 mars 1993, alors qu'il existait d'autres syndicats dont le caractère représentatif avait été reconnu, et en donnant à l'ensemble des commissions une composition uniforme sans rechercher quelles étaient les organisations syndicales les plus représentatives aux différents niveaux auxquelles ces commissions sont appelées à siéger.

⁷⁷Conseil d'Etat du 11 octobre 2010, n° 327660 3283. Le principe de représentativité est un principe général du droit applicable à l'ensemble des relations collectives de travail, notamment dans la fonction publique et dans les entreprises publiques à statut. Par conséquent le juge administratif avant le juge civil consacra ce mode de sélection des syndicats les plus aptes à exercer certaines prérogatives.

⁷⁸Ylias FERKANE, « L'accord collectif de travail-diffusion d'un modèle », Paris, Dalloz, 2017,1 vol. XIV, p.610

⁷⁹Décision du Conseil constitutionnel n°96-383 du 6 novembre 1996. Les auteurs de la saisine souhaitaient voir consacrer la notion de représentativité (ainsi que le monopole des organisations syndicales en matière de négociation collective) comme principe à valeur constitutionnelle. Tout en étant sensible à certains arguments, le juge constitutionnel ne donna pas une suite favorable à cette demande.

le compte des travailleurs⁸⁰. En garantissant l'indépendance des bénéficiaires de ce label, la notion de représentativité se place donc au service direct du principe de participation. Les deux notions n'ont pas la même valeur mais leur alliage est fertile, même si leur union semble désormais subir quelques infidélités⁸¹.

A l'occasion de notre première partie, nous étudierons donc successivement et séparément la révision de la représentativité des organisations syndicales mais également la création de cette notion légale relative aux organisations d'employeurs constituant en elle-même une innovation majeure des relations collectives.

Un mode de sélection déterminé par les parties prenantes. Nous nous intéresserons tout autant au contenu de ces notions qu'à la façon suivant laquelle les protagonistes sociaux ont contribué à leur formation. En effet, ces deux procédures font l'objet d'une forte dialectique entre droit « *imposée* » et droit « *négociée* » emprunte d'ambivalence quant à la forme et au fond mais mettant pour la première fois en application la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 dite de « *modernisation du dialogue social* »⁸². Nous examinerons donc attentivement cette construction en chorale de réformes inspirées par l'ordre professionnel et reprises par la Loi. Plus exactement nous découvrirons qu'avec certaines réticences une partie des organisations syndicales représentatives a cédé aux sollicitations du pouvoir politique afin d'être à même d'accompagner les transformations proposées. En effet, cette démarche semble avoir été avant tout sollicitée par les instances politiques en quête d'interlocuteurs sociaux en capacité de conforter leurs orientations stratégiques au sein d'un processus institutionnel de dialogue social tripartite⁸³.

Une exigence de concordance entre représentants et représentés. Par ailleurs, cette démarche redéfinit de façon substantielle le concept de représentativité en le fondant sur de nouvelles bases dont le but principal est de renforcer la légitimité des acteurs. En effet, le professeur Georges BORENFREUND rappelait qu'autrefois, la représentativité était initialement une technique : « *destinée à faire éclore l'aptitude véritable à représenter et à légitimer l'acte de*

⁸⁰De plus ces deux notions ont des titulaires différents : les salariés sont titulaires du principe de participation alors que le principe de représentativité est au service des organisations syndicales et patronales.

⁸¹Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

⁸²Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO n°27 du 1 février 2007, p. 1944) concernant la procédure d'élaboration de Lois négociées.

⁸³Richard HYMAN et Rebecca GUMBRELL-MCCORMICK, « Syndicats, politique et partis : une nouvelle configuration est-elle possible ? » La Revue de L'IRES, 2010, n°65, p. 17.

représentation »⁸⁴, et regrettait une certaine distance entre l'effectivité de cette notion et son objectif initial. Le professeur Alain SUPIOT corroborait cette appréciation et notait à juste titre : « *que les parties à la négociation doivent représenter fidèlement les aspirations de leur base* »⁸⁵. A travers la révision (ou création) de cette double notion, il s'agit donc de trouver une plus forte « *concordance* » entre les notions de représentation et de représentativité. Après avoir examiné les différentes orientations⁸⁶ qui s'offraient à eux les protagonistes sociaux ont opté pour une mise à jour des critères de représentativité en faisant de l'audience le critère déterminant⁸⁷⁸⁸. Cependant afin de maîtriser les effets d'une représentativité principalement fondée sur l'audience, ces différents acteurs ont donc jugé plus pragmatique de l'encadrer par une série de critères de nature différente⁸⁹.

Abandon de la présomption irréfragable de représentativité. Ils ont abandonné très graduellement et presque à regret la présomption irréfragable de représentativité. Ils lui ont substitué une condition de « *concordance* », exigeant que la démonstration de la réalité de la représentation soit effectuée au sein du ressort où l'impétrant à l'obtention du label souhaite exercer ses prérogatives⁹⁰. Cette redéfinition de la représentativité syndicale, ainsi que la création quasiment symétrique propre aux organisations d'employeurs, s'accompagnent également d'une série de redécoupages des différents périmètres où se mesurent leurs habilitations. Qu'il s'agisse de la représentation interprofessionnelle et multi-professionnelle, de la restructuration des branches professionnelles ainsi que de la reconnaissance du groupe d'entreprises, cet ensemble contribue à la création d'une multiplication des différents ressorts où se mesure la capacité des protagonistes sociaux à représenter la collectivité des salariés et

⁸⁴Georges BORENFREUND, « Propos sur la représentativité syndicale », Droit social, 1988, p. 476.

⁸⁵Alain SUPIOT, « Les syndicats et la négociation collective », Droit Social, 1983, p. 63.

⁸⁶Michel DESPAX, « La représentativité des organisations syndicales au regard du droit des conventions collectives » Droit Social, 1979, p.229. Il eut été possible de raffermir le lien entre les salariés et les organisations syndicales en fondant la représentativité exclusivement sur une élection. Mais cette évolution trop radicale, déstabilisante et aventureuse exposait l'ensemble des relations collectives de travail aux risques des oscillations de l'opinion des salariés. Il eut été également possible d'adapter les effets de la représentativité présumée et d'envisager le retour à une présomption simple. Dans ce sens, l'auteur semblait être favorable au maintien à cette option, seule technique juridique capable d'assurer la garantie d'une bonne représentation des aspirations des salariés et la capacité réelle des organisations pour signer un acte susceptible d'engager toute la collectivité.

⁸⁷Ioannis KAPPOPOULOS, « Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle », Lille, Thèse, Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2010, p.496.

⁸⁸Article n°1 à 3 de la position commune du 9 avril 2008 « sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme ».

⁸⁹Ioannis KAPPOPOULOS, *Ibid.*

⁹⁰Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.p.10*. L'auteure soulignait déjà que l'élection pouvait déterminer la réalité de l'influence syndicale du fait du lien qu'elle crée entre tous les salariés (syndiqués ou non syndiqués), et invitait à l'application d'une règle de concordance afin de mesurer au sein de chaque unité de travail la réalité de la puissance des organisations qui souhaitent y déployer leurs prérogatives.

des employeurs. Il en découle une longue série de restructurations législatives ou administratives ayant pour effet de reconnaître de nouveaux champs de représentation malmenant parfois la règle de « *concordance* » déjà définie (voire la notion même d'« *autonomie collective* »). Cet éclatement des cadres ainsi que la mutation de la finalité de la négociation constituent autant d'éléments nous restant à analyser.

La capacité conventionnelle des parties prenantes bénéficiaires ou dépourvues du label. Cette évolution remarquable, permettant aux représentés de choisir par eux-mêmes et pour eux-mêmes leurs représentants, cache quelque peu un second bouleversement tendant au détachement des notions de « *représentativité* » et de « *capacité* » à conclure des accords collectifs⁹¹. Cette dernière puissance est désormais proportionnelle à l'influence des signataires de ces actes. Accordée aux divers acteurs de la négociation collective, la « *capacité conventionnelle* » est calculée dans un cas sur les résultats électoraux (syndicat) et dans l'autre, sur le nombre d'adhésions (groupement d'employeur). Cette capacité de conclure des accords collectifs n'entretient dorénavant qu'un rapport détaché avec la notion de représentativité. En effet, nous constaterons que dans le ressort de l'entreprise des acteurs dépourvus du label de représentativité peuvent désormais bénéficier de la faculté de conclure des actes qualifiés d'accords collectifs. Par conséquent, au sein des différents ressorts de l'entreprise, l'obtention de ce label ne correspond plus à l'octroi d'un « *monopole* » des pourparlers. A défaut de protagonistes détenteurs de ce label, de nombreux acteurs privés peuvent désormais prétendre mener des négociations collectives, et le cas échéant, conclure des accords collectifs avec l'employeur. En effet, le large développement d'une négociation collective décentralisée nécessite effectivement une présence syndicale homogène dans l'ensemble des unités de travail. A défaut, le procédé en question se trouve contraint de rechercher des acteurs « *supplétifs* » ou de nouvelles formes de participation salariale. A ce sujet, la loi offre désormais des solutions « *subsidiaries* » à la médiation syndicale au sein de l'entreprise. Par ailleurs, les salariés sont demandeurs d'une plus grande écoute et d'une plus forte participation par l'expression directe de leur volonté⁹². Mais l'expression de celle-ci peut placer les organisations syndicales en porte à faux et porter préjudice à la nature de leur identité⁹³. Cette posture peut être d'autant plus inconfortable que les directions des entreprises peuvent encourager l'expression directe du personnel. Le mouvement syndical se trouve alors en mauvaise position à l'égard de nouveaux

⁹¹Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

⁹²Sophie BEROUD, *loc.cit.* p.12.

⁹³Pierre ROSANVALLON, *op.cit.* p.11.

modes de gestion des ressources humaines visant à créer au sein de l'entreprise des espaces de consultation et d'échanges au sujet de ces enjeux stratégiques⁹⁴. Le renforcement d'une « *démocratie sociale directe* » au sein de l'entreprise⁹⁶ peut faire craindre un « *processus d'implosion rampante* »⁹⁷ du mouvement syndical ou au contraire espérer l'occasion d'un second souffle pour ce dernier.

La capacité conventionnelle majoritaire des parties prenantes. Nous soulignerons que dans tous les cas de figure, la « *capacité conventionnelle* » des uns et des autres s'expriment désormais selon une exigence majoritaire qui peut prendre divers visages. Cette nouvelle condition du droit constitue un indéniable bouleversement des règles en la matière, mais marque au-delà de ce domaine son empreinte à l'ensemble des relations collectives. La notion imparfaite et défectueuse de « *représentativité* » semble donc avoir perdu une partie de sa vigueur au sein des ressorts les plus décentralisés, alors qu'elle trouve une nouvelle dimension dans les champs les plus larges de la négociation collective. Le syndicalisme se trouve donc « *écartelé entre l'ancien mode de la représentation sociale et l'émergence de nouveaux modes de légitimation démocratique* »⁹⁸. Dans ce contexte la quête de légitimité par le biais du vote peut paraître à la fois « *inéluçtable et problématique* »⁹⁹.

Une réforme de la représentativité conduite par le développement de la négociation collective.

A l'issue de notre première partie, nous constaterons que cette nouvelle définition de la notion de représentativité aurait pu correspondre à une construction autonome des principaux intéressés. Or, il semble que la loi soit venue à la rescousse d'une légitimité professionnelle affaiblie et plus « *octroyée que réelle* »¹⁰⁰, afin de conférer aux organisations professionnelles

⁹⁴Danièle LINHART, « De la domination et de son déni », *Actuel Marx*, vol. 49, no. 1, 2011, p. 90-103.

Selon l'auteur : « *le management moderne a en effet besoin que les salariés s'associent sans états d'âmes aux modalités de leur propre mise au travail et de l'exploitation des ressources qu'ils représentent pour les rendre réellement efficaces* ».

⁹⁵Sophie BEROUD, *loc.cit.* p.12.

⁹⁶Sophie BEROUD, *loc.cit.* p.12.

⁹⁷Pierre ROSANVALLON, *op.cit.* p.11.

⁹⁸Pierre ROSANVALLON, *op.cit.* p.11.

⁹⁹Pierre ROSANVALLON, *op.cit.* p.11, (citation p.247).

¹⁰⁰Gilles NEZOSI, Dominique ANDOLFATTO et Dominique LABBE, « Histoire des syndicats, 1906-2006 », In « La nouvelle administration. L'information numérique au service du citoyen », « Recherches et Prévisions », n°86, 2006, p. 106-108.

une plus large délégation sociale¹⁰¹¹⁰². Nous nous demanderons donc si les remèdes trouvés constituent de véritables potions revigorantes ou bien des poisons aux effets pernicioeux. Nous tenterons notamment de mesurer si ces décisions ont véritablement pour effet de desserrer l'emprise de l'Etat au sujet de la sélection des protagonistes sociaux. Le développement de la négociation collective semble avoir conduit la réforme de la représentativité et non pas le contraire. Le titre légal de représentativité ne correspond plus à une fiction juridique autorisant une équivalence entre représentés et représentants, octroyant la charge de défendre l'intérêt collectif du personnel¹⁰³ et se confondant avec la capacité de conclure des actes les contraignant. Ce titre se rapproche désormais d'une « *habilitation* » conférée par le truchement du vote des salariés (ou l'adhésion des employeurs) mais il n'est plus suffisant à établir la capacité conventionnelle des parties prenantes. Celle-ci se mesure désormais sur la base du vote et s'expriment selon une exigence majoritaire. Toutefois malgré une révision du label de représentativité menée par les protagonistes sociaux dans leurs propres intérêts, la représentation professionnelle reste aux prises de grandes difficultés, voire exposé à une éventuelle remise en question par une expression plus directe des salariés. A l'issue de cette première partie nous demanderons donc quelle était la finalité de ces réformes concernant la sélection des acteurs privées de la négociation collective ?

Les normes du droit « imposé » et du droit « négocié ». A l'occasion de notre seconde partie nous observerons qu'il ne semble pas a priori exister un lien direct entre la « *nouvelle* » légitimité acquise par les protagonistes sociaux et les effets des actes collectifs qu'ils sont en mesure de former¹⁰⁴. En effet, ces derniers sont justement invités à participer à la formation ainsi qu'à la mise en œuvre des Lois et des règlements. Si les parties prenantes accèdent à une procédure de concertation les associant modestement à la formation de la Loi, la démocratie politique ne garantit pas à la démocratie sociale une sphère d'autonomie. L'« *autonomie collective* » participe quelque peu à la détermination de la Loi, mais elle reste malgré tout

¹⁰¹Jean SAVATIER, « La notion de représentativité des syndicats en droit français », Les Cahiers de droit, volume n°9, n° 3, 1968, p. 435-452.

¹⁰²Jérôme PORTA, « Une Loi pour la légitimité syndicale. Réflexions sur le volontarisme en matière syndicale », le Droit Ouvrier 2014, p 491. Selon l'auteur, la présomption juridique de représentativité dont bénéficiaient cinq grandes confédérations s'apparentait à un « *interventionnisme étatique de façade* ». Il estime que le respect du pluralisme implique un faible niveau de sélection. Il juge que la dernière réforme de la représentativité rompt avec cette prudente réserve.

¹⁰³ Lou THOMAS, « La défense de l'intérêt collectif en droit du travail », LGDJ, Thèses : Bibliothèque de droit social, n° 87, 2024, p. 464 .

¹⁰⁴Elsa PESKINE, « La Chambre sociale architecte imprudent de la négociation collective », Revue de droit du travail, 2015 p.339

tributaire de cette dernière. Si la Loi est l'expression démocratique issue du suffrage universel, l'accord collectif est un compromis conclu entre intérêts collectifs divergents¹⁰⁵. Il s'agit donc bien de stipulations de natures différentes devant s'articuler les unes aux autres. Reste donc à savoir comment doivent s'ordonner les normes fixées en fonction de l'intérêt général et celles formées sur le fondement de l'intérêt collectif¹⁰⁶. Ainsi en droit interne, il appartient au législateur de définir les principes généraux du droit du travail et de veiller à leur respect. Sur le socle fixé par le « *droit imposé* », les protagonistes sociaux « *habilités* » n'auraient d'autre fonction que prolonger ou aménager les dispositions en question.

Les marges de liberté concédée par la Loi aux parties prenantes. Néanmoins, la Loi ne constitue bien souvent plus qu'un point de repère leur octroyant de larges marges de libertés. Par conséquent, la réforme de la représentativité a-t-elle pour finalité la construction d'une légitimité renforcée des acteurs privés permettant leur participation à l'élaboration de la loi ? Ou s'agit-il de conférer à ces acteurs une autorité supérieure afin qu'ils puissent assumer une plus grande autonomie notamment à l'égard de celle-ci¹⁰⁷¹⁰⁸ ? S'agit-il de renforcer leur légitimité afin de permettre la consécration d'une source autonome de droit ou accroître leur autonomie mais dans les limites du cadre d'une délégation légale ?

L'« autonomie collective » et l'« autonomie individuelle ». Cependant, la réalité de l'« *autonomie collective* » ne peut pas uniquement se jauger à l'aune de sa relation à Loi (ou du règlement). Il nous faudra donc estimer si la révision de la légitimité des protagonistes sociaux sur le fondement de leur audience, leur confère également une nouvelle autorité à l'égard de l'« *autonomie individuelle* »¹⁰⁹¹¹⁰. En effet, il apparaît que les cartes semblent être battues de manière différente au sujet de cette relation. La capacité de résistance du contrat de travail à l'encontre de l'accord collectif semble bien plus faible car le salarié doit désormais régulièrement se plier à la volonté majoritaire du collectif de travail.

L'« autonomie collective » et le contrôle du juge. Par ailleurs, il nous faudra également examiner si le regard posé par le juge sur l'accord collectif a quelque peu changé. Nous

¹⁰⁵Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21.

¹⁰⁶Elsa PESKINE, *loc.cit.* p.24.

¹⁰⁷Nicole MAGGI-GERMAIN, *loc.cit.* p.17.

¹⁰⁸Georges BORENFREUND, « L'idée majoritaire dans la négociation collective », in Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 431.

¹⁰⁹Spiros SIMITIS, « Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? », Droit Social, 1997, p. 665.

¹¹⁰Georges BORENFREUND, *Ibid.*

observerons notamment s'il intègre les valeurs drainées par le procédé de la négociation collective à ses propres modalités d'appréciation. Il semble toujours exister une relation de « *relevance* » de l'ordre professionnel à l'ordre juridique se caractérisant notamment par un contrôle opéré en référence à une série de grands principes. Toutefois, il apparaît que la chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît le caractère singulier de l'accord collectif en réduisant la portée de son contrôle et lui accordant un net avantage sur la décision unilatérale de l'employeur.

Les nouvelles logiques internes à l'« autonomie collective ». Au sujet de l'ordonnancement des conventions issues des divers champs de la négociation collective, nous analyserons les modifications des logiques internes à l'« *autonomie collective* ». En effet, celles-ci reposent désormais moins sur la complémentarité mais de plus en plus sur la concurrence. Les anciennes règles de coordination de l'action d'acteurs issus de divers ressorts s'effacent au bénéfice des stipulations résultant de la négociation d'entreprise. L'émergence d'une éventuelle « *primauté* » de l'accord collectif d'entreprise modifie la perspective entourant la notion au centre de notre attention. Nous constaterons donc que la vaste décentralisation du système de relations professionnelles, largement conduite par les autorités publiques, est accompagnée d'une autonomisation mal articulée des différents ressorts de la négociation collective¹¹¹¹¹²¹¹³. De ce phénomène d'ampleur l'accord collectif d'entreprise semble effectivement ressortir comme le principal vainqueur.

Les fonctions de l'« autonomie collective ». Cette série d'analyse nous permettra d'évaluer les dimensions des nouvelles marges de liberté dont dispose désormais l'« *autonomie collective* ». Or, si en droit interne, cette notion peut se définir comme une liberté concédée par la Loi aux parties prenantes, cette dernière n'est en rien opposable au législateur. Bien au contraire, il s'avère qu'elle constitue également une fonction au service de l'intérêt général. En effet, le droit positif adresse aux acteurs sociaux une myriade d'injonctions de négocier, correspondant à autant de politiques publiques. Ces deux phénomènes ne sont contradictoires qu'en apparence,

¹¹¹Sophie BEROUD, *loc.cit.* p.12.

¹¹²Jean-Daniel REYNAUD, « Ce que produit une négociation collective, ce sont des règles », *Négociations* 2005/2, n° 4, p. 139-159.

¹¹³Michel LALLEMENT, « Régulation et rationalisation »-in « La théorie de la régulation sociale de Jean Daniel REYNAUD » sous la direction Gilbert de TERSSAC, Paris, La découverte, Recherches, 2003, p. 231-240. L'auteur constate la désarticulation des niveaux et la différenciation des procédures de négociation ainsi que l'existence de conflits permanents entre sources de droit au profit du ressort de l'entreprise. L'architecture juridique perd de sa cohérence formelle.

car la Loi se contente de guider l'« *autonomie collective* » en lui proposant un éventuel cap à suivre. Elle lui laisse quelques marges de liberté, pour qu'elle atteigne par ses propres moyens ses objectifs.

Le pouvoir de direction de l'entreprise et l'« autonomie collective ». Si la négociation collective est désormais consacrée comme le procédé privilégié du droit imposé, la plus notable de ses évolutions se manifeste au sein de l'entreprise qui constitue désormais son ressort privilégié. L'accord collectif y est érigé en source de droit ainsi qu'en moyen d'organiser l'entreprise. Toutefois, la négociation n'a pas un caractère décisionnel. Elle est un outil de mise en œuvre des décisions stratégiques de l'employeur. La Loi donne compétence à la négociation collective sur l'ensemble des sujets relatifs aux conditions d'emploi et de travail¹¹⁴. Toutefois au sein de l'entreprise, cette compétence générale s'est longtemps heurtait au pouvoir de gestion unilatérale de l'employeur ainsi qu'à certaines réticences syndicales. La négociation de branche avait alors la charge d'une forme d'harmonisation des conditions de travail au sein des diverses entreprises du secteur d'activité. Cette répartition des tâches permettait d'esquiver un éventuel affrontement au sein de l'entreprise. Une partie des réticences des acteurs était également justifiée par une forte emprise des normes étatiques, réduisant fortement l'espace de la négociation collective. La partie employeur a pu développer un « double » discours réclamant d'un côté le retrait de l'Etat des relations de travail, afin de laisser plus de place à la négociation collective, et de l'autre, le refus d'engager celles-ci au sein de l'entreprise. En effet, cette partie a pu souhaiter conserver intact son pouvoir de direction en ne l'abimant pas dans le cadre d'une négociation d'entreprise. La partie salariée ayant souvent eu le sentiment d'être l'acteur faible de ce procédé a donc longtemps esquivé cette logique contractuelle. Un jeu d'acteurs reposant sur l'évitement a pu durablement favoriser une « négociation non contractuelle »¹¹⁵. Alors que la négociation collective serait née de la nécessité d'encadrer le pouvoir unilatéral de l'employeur, par un retournement de l'histoire, il apparaît que le procédé peut dorénavant « servir d'instrument à une réactivation »¹¹⁶ de celui-ci.

¹¹⁴Article L2221-1 du Code du travail : « *Le présent livre est relatif à la détermination des relations collectives entre employeurs et salariés. Il définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales* ».

¹¹⁵Olivier MERIAUX, « Éléments d'un régime post-fordiste de la négociation collective en France », *Relations Industrielles*, vol n°5, n°4, 2000, p.606-639.

¹¹⁶Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCILD SOURIAU, *loc.cit.* p.17.

L'hypothèse de l'« autoréglementation » d'entreprise. A ce sujet nous formerons l'hypothèse que le ressort de l'entreprise pourrait éventuellement se refermer sur lui-même s'acheminant vers une notion d'« *autoréglementation* » par laquelle les autres normes ne s'appliquent qu'à défaut d'accord d'entreprise. Selon cette perspective, il pourrait éventuellement se développer une « *autoréglementation unilatérale* » dirigée par l'employeur. Ce phénomène serait d'autant plus à redouter qu'il serait encouragé par une certaine confusion introduite par le droit, voire un détournement de différentes notions que ces travaux tenteront de prévenir. Toutefois, nous examinerons également l'hypothèse d'une éventuelle « *autoréglementation conventionnelle* » d'entreprise tributaire de la formation de dispositions loyalement déterminées par les parties prenantes. Selon cette perspective la réalité de la notion d'« *autonomie collective* » est soumise à l'authenticité et au sérieux des pourparlers. En effet, il semble que la loyauté de la négociation constitue l'élément déterminant de la définition de l'accord collectif et par voie de conséquence l'élément distinctif de la décision unilatérale de l'employeur. Si à son origine le droit à la négociation collective a été pensé comme un droit du salarié exercé de manière collective, il pourrait bien être devenu un procédé bilatéral évoluant donc vers un droit à l'« *autoréglementation* » de l'entreprise.

En droit interne, la notion d'« *autonomie collective* » semble donc a priori ambiguë, car correspondant à un phénomène normatif développé « *en dehors et au sein même de l'ordre juridique étatique* »¹¹⁷. Par conséquent, il nous semble pertinent de débiter nos recherches par un examen des différentes analyses opérées par les diverses branches de la doctrine à ce sujet. Nous en ressortirons une définition théorique de la notion d'« *autonomie collective* » pouvant se synthétiser comme la faculté pour les parties prenantes (employeur et salariés) de sélectionner les agents en charge de représenter leurs intérêts puis leur permettre de conclure leur propre norme sous réserve du respect d'une série de principes fondamentaux contrôlés par le juge. Leurs prérogatives sont juridiquement garanties par la Loi (ou la Constitution) et les dispositions conventionnelles formés par leurs soins sont opposables aux autorités publiques qui ne peuvent intervenir dans leur domaine qu'à titre « *subsidaire* ».

Par la suite, nous rappellerons à l'occasion de notre première partie qu'au sein des relations professionnelle de droit interne, les protagonistes sociaux bénéficient d'un titre légal de représentativité les habilitant à la négociation et la conclusion d'accords collectifs. Doit-on par

¹¹⁷ Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.18.

conséquent rapidement en conclure que ce label serait le révélateur d'une absence d'« *autonomie collective* »? Or, il s'avère que la notion de représentativité a fait l'objet d'une nouvelle définition ouvrant la perspective de sa transformation en « *habilitation* » conférée par les parties prenantes. Par conséquent, nous consacrerons notre première partie à l'étude des modalités de révision de cette notion mais également à l'examen de sa nouvelle substance **(I)**.

Dans un second temps, nous rappellerons que le procédé de la négociation collective ne fait pas directement l'objet d'une consécration constitutionnelle, si ce n'est par le truchement du principe de participation. Ce principe constitutionnel garantit son exercice mais il ne se réduit ni ne se recoupe avec la notion de négociation collective. Ce défaut de consécration est-il par conséquent la marque du caractère étranger de la notion d'« *autonomie collective* »? Or, les modalités d'association des acteurs privés à la détermination des règles les concernant a fait l'objet de plusieurs bouleversements juridiques leur accordant de larges espaces d'« *autonomie* ». Par conséquent au sein de notre seconde partie nous examinerons ces nouvelles marges d'autonomie dont ils disposent au sujet de la formation de leurs normes **(II)**.

A la fin de ce cheminement, nous pourrons ainsi évaluer si notre modèle de droit interne se rapproche de la notion d'« *autonomie collective* ». Si cette dernière notion peut a priori se définir comme une liberté concédée par la Loi aux parties prenantes, celle-ci n'est en rien opposable au législateur en droit interne. En outre, si la négociation collective est a priori un droit des salariés, le procédé semble également constituer une fonction au service de l'intérêt général voire de l'entreprise. Par conséquent, nous pourrons établir si la version interne de cette notion correspond effectivement à une liberté des protagonistes sociaux ou revêt une fonction au service d'un intérêt qu'il nous restera à déterminer. A moins que l'interprétation de la notion d'« *autonomie collective* » effectuée par notre système de relations professionnelles correspond à la fois à une liberté et plusieurs fonctions.

**Chapitre préliminaire : les différentes
définitions doctrinales de la notion
d' « *autonomie collective* »**

La question préalable posée par la notion d'« *autonomie collective* » est celle relative aux relations entretenues entre l'Etat et la société. Par conséquent examinons distinctement chacune de ces deux dernières notions afin de constater que l'objet de notre recherche se situe justement aux carrefours de leurs relations. Toutefois cette notion charnière représente-elle une fonction au service de l'Etat ou détermine-t-elle au contraire une relation plus « *horizontale* » ? Il découle des différentes recherches académiques à ce sujet, une démarcation tenace ainsi qu'un regard empreint d'idéologie. Il en ressort également une controverse doctrinale féconde entourant le nécessaire équilibre entre « *autonomie* » et « *hétéronomie* »¹¹⁸. En effet, la doctrine se divise entre deux branches au sujet de la représentation systémique de ce type de relations. En somme, cette controverse renvoie à diverses visions « *monistes* » ou « *pluralistes* » des sources du droit.

Après avoir examiné ces diverses réponses systémiques, nous poursuivons notre analyse par une approche normative s'intéressant à la nature de l'accord collectif capable d'éclairer les questions au centre de nos préoccupations.

¹¹⁸Gérard LYON-CAEN, « Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du travail » in Mélanges en l'honneur de Paul HORION, Faculté de droit de Liège, 1972, p. 173.

1. Les relations entre la société et l'Etat : l'accord collectif comme mode de résolution des conflits

Commençons par rappeler les différentes conceptions doctrinales des notions d'« *Etat* » et de « *société* » avant d'envisager leurs éventuelles relations. Cette analyse nous permettra de constater que l'accord collectif de travail se place désormais au centre d'une articulation entre ces deux notions.

1.1. La définition de la notion d'« *Etat* »

Tentons de définir la nature de l'Etat avant d'aborder la portée de son éventuelle emprise sur la société. Nous constaterons que les diverses définitions de la nature de l'Etat déterminent également des visions « *moniste* » ou « *pluraliste* » du droit. Il en découle également la question de savoir si l'Etat doit intervenir uniquement en cas de carence de la société ou s'il est dans l'obligation d'intervenir afin de garantir l'action de la société.

La nature de la notion d'« *Etat* ». En premier lieu, les recherches théoriques se questionnent au sujet de la nature de l'Etat afin de savoir s'il constitue une entité concrète agissant selon sa propre autonomie, ou, un objet intellectuel construit pour les besoins de l'analyse. Selon cette dernière hypothèse, il ne s'agirait que d'un concept épistémique inventé pour mieux éclairer la recherche au sujet de l'organisation politique. Par conséquent, l'Etat doit-il être considéré comme un bloc (unique source normative) ou bien est-il lui-même le lieu d'une élaboration plurielle du droit¹¹⁹ ? Il ressort de l'étude historique que sa conception moderne succède à une organisation féodale de la société corolaire d'un système juridique pluraliste¹²⁰. La notion d'Etat principalement européenne a longtemps été concurrencée par d'autres formes d'organisations politiques. Son émergence a constitué un objet d'admiration pour de nombreux penseurs développant plus ou moins une vision tutélaire d'un Etat titulaire d'une souveraineté

¹¹⁹Michel COUTU, « *Crise du droit du travail, pluralisme juridique et souveraineté* », Québec, Lex Electronica, 2017 vol. 12 n°1, p.13 (<http://www.lex-electronica.org/articles/v12-1/coutu>).

¹²⁰Marian EABRASU, « Les états de la définition webérienne de l'état », Presses de Sciences Po, « Raisons politiques », 2012, n° 45, p. 187-209.

indivisible et absolue¹²¹¹²². Cette vision verticale, centrale et unifiée s'accompagne pour les juristes d'une approche moniste de l'ordre juridique¹²³ et d'une vision étroite de la juridicité¹²⁴. Ainsi selon Max WEBER¹²⁵ l'Etat moderne se caractérise justement par le monopole de l'exercice légitime de la contrainte (physique) et de la coercition juridique¹²⁶¹²⁷. Face à cette vision monolithique de l'Etat, il s'est ensuite développé une pensée critique reposant sur une approche plus fragmentée de ce dernier. Dans cette perspective l'Etat serait nécessairement pluriel et rassemblerait une myriade d'agents et une multitude d'institutions. Il ne serait pas figé, car ses évolutions constantes seraient discutées et feraient l'objet d'échanges et de négociations. Selon cette approche pluraliste, l'Etat serait l'incarnation d'un pouvoir au centre de tensions entre diverses forces sociales concurrentes qui souhaiteraient faire triompher leurs intérêts particuliers. Pour certains courants intellectuels, notamment d'inspiration marxistes, l'Etat serait un objet de domination sociale tenue fermement par des intérêts privés puissants. Il ne serait donc que l'expression d'un rapport de force de domination économique. Cette

¹²¹Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, « Principes de la philosophie du droit », Paris, Flammarion, 1999, p. 444. Selon l'auteur, l'Etat est une réalisation rationnelle et bénéfique pour tous ceux qui en font partie car soucieuse du bien-être général. L'Etat incarne la rationalité et la liberté. Le plus haut devoir d'un individu est d'être membre de cet Etat car celui-ci est le support de l'idée de morale objective. « *C'est la marche de Dieu dans le monde qui fait que l'Etat existe* ».

¹²²Thomas HOBBS, « Léviathan », Paris, Dalloz, 1999, p.780. Selon l'auteur, l'Etat est une force unique, universelle, et permanente pour tous les hommes d'un pays. Il ne peut exister d'alternative contre cette force. Les hommes et le souverain se fondent au sein d'un être unique (République). La société et l'Etat ne font qu'un.

¹²³Jean BODIN, « Les six livres de la République de J. Bodin », Lyon (de l'impr. de Jean de Tournes), Bibliothèque nationale de France, 1579, (<http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb11970307j>). La théorie de l'Etat de l'auteur est une des principales sources de la tradition constitutionnelle française. Il en découle notamment que toutes les autorités étatiques distinctes de celle du souverain sont placées sous sa dépendance et qu'elles ne peuvent avoir de pouvoirs délégués que par lui. L'auteur fait le choix d'un pouvoir très concentré mais préconise tout de même le maintien de corps intermédiaires dans le but de préserver une cohésion sociale.

¹²⁴Raymond Carré de MALBERG, « Contribution à la théorie générale de l'Etat », Paris, Dalloz, 2003, p.1526 (réédition 1920). Selon l'auteur, la Loi est l'expression de la souveraineté nationale (peuple). La puissance de l'Etat repose sur cette souveraineté.

¹²⁵Max WEBER, « Le savant et le politique », traduction par Catherine COLLIOT-THELENE, Paris, La Découverte, 2003, p. 118. Selon l'auteur « *L'État est cette communauté humaine, qui à l'intérieur d'un territoire déterminé (...) revendique pour elle-même et parvient à imposer le monopole de la violence physique légitime* »

¹²⁶Michel COUTU et Thierry KIRAT, « John R. COMMONS, Max WEBER et les ordres juridiques de l'économie : les prémisses d'une sociologie économique du droit », Revue Française de Socio-Économie 2012/1 (n° 9), p. 209-225. D'après les auteurs Max WEBER englobait dans la sphère juridique à la fois le droit étatique et le droit non étatique. Cette distinction est considérée comme l'un des paradigmes fondateurs de la sociologie du droit. À la différence d'EHRlich et de GURVITCH, Max WEBER ne célèbre ni n'idéalise le droit non étatique : la distinction entre l'étatique et le non-étatique lui sert essentiellement de guide pour comprendre les caractéristiques du droit moderne.

¹²⁷Marian EABRASU, *loc.cit.* p.32. Selon l'auteure Max WEBER ne définit pas l'Etat par ses fins (garantir les libertés individuelles ou une allocation des richesses) mais par ses moyens (la violence légitime).

analyse critique (marxiste ou anarchiste) peut se prolonger jusqu'au désir de son dépérissement, voire de sa disparition¹²⁸.

Un Etat « subsidiaire » ou « suppléant ». Toutefois son affaiblissement pourrait bien nous menacer d'un retour (féodal) au pluralisme juridique¹²⁹¹³⁰. Dans son essai sur la fonction anthropologique du droit, le professeur Alain SUPIOT considère que la révolution industrielle et les luttes politiques et syndicales, qui en ont découlées, ont remis en cause la légitimité de la puissance publique de l'Etat au XIX^e siècle¹³¹¹³². Il estime qu'une première réponse à cette crise a été donnée par les idéologies totalitaires qui ont envisagé l'Etat comme un simple instrument au service d'un parti unique agissant au nom de lois prétendument scientifiques. La seconde réponse fut la création de la notion d'Etat « *providence* » qui n'est plus uniquement l'incarnation de la puissance mais recherche également un bien-être des individus. A ce titre, les nouvelles responsabilités sociales de l'Etat ont quelque peu restauré sa légitimité tout en faisant : « *place à l'action collective des hommes dans la recherche toujours tâtonnante de la justice* »¹³³. Le professeur Alain SUPIOT en conclut donc que la reconnaissance des libertés collectives a été la marque distinctive de l'Etat « *providence* »¹³⁴. Par conséquent, l'« *autonomie*

¹²⁸Pierre-Joseph. PROUDHON, « De la capacité politique des classes ouvrières », Paris Edition du Trident, 1989, p.207. L'auteur fait primer le « *droit économique* » sur le « *droit politique* ». Cette approche conduirait à la décomposition de l'Etat moderne. Dans cette perspective, l'unité et la souveraineté de l'Etat n'auraient plus d'objet et de raison d'être. Il s'agirait de substituer une souveraineté abstraite à une souveraineté effective des travailleurs et des groupes organisés (professionnel ou territoire). L'organisation sociale pourrait alors être constituée de fédérations de ces groupes professionnels, de ces communes ou de ces provinces.

¹²⁹Catherine COLLIOT-THÉLÈNE, « La fin du monopole de la violence légitime ? », dans Michel COUTU, Guy ROCHER, « La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max WEBER », Québec/Paris, Les Presses de l'Université Laval/ Librairie Générale de Droit et Jurisprudence 2006, p. 23-46. L'auteure note que Max WEBER n'est pas pour autant un auteur moniste : « *Au contraire, nous parlerons d'ordre juridique partout où il faut compter avec l'emploi de moyens de coercition quelconques, physiques ou psychiques, et où cet emploi est entre les mains d'un appareil de coercition, c'est-à-dire d'une ou plusieurs personnes qui se tiennent prêtes à s'en servir au cas où se produirait un état de fait propre à justifier leur intervention. Cela revient à dire : partout où existe un certain type d'entité sociale destiné à l'exercice de la contrainte juridique* » (Max WEBER, « Économie et société », traduction, par E. de Dampierre et al, Paris, Plon, 1971, p.327).

¹³⁰Catherine COLLIOT-THÉLÈNE, *Ibid.*

¹³¹Guy GROUX, « Etat » in Michel LALLEMENT, Antoine BEVORT, Annette JOBERT, et Arnaud MIAS (sous la direction de), « Dictionnaire du travail », Paris, Presses universitaires de France, 2012, p.888. Dès le 19^e siècle, l'Etat est confronté à l'essor du mouvement ouvrier. Il se place alors dans un premier temps dans un rôle répressif et pénal. Puis son intervention se diversifie et relève de plus en plus de fonctions d'arbitrage, d'allocation et de justice.

¹³²Alain SUPIOT, *op.cit.* p.16.

¹³³Alain SUPIOT, *op.cit.* p.16.

¹³⁴Alain SUPIOT, *op.cit.* p.16. Selon l'auteur : « *Sa grande force a été de ne pas imposer aux hommes une vision a priori de leur bonheur, mais de s'appuyer au contraire sur l'action et les conflits collectifs pour en convertir l'énergie en règles nouvelles. La supériorité de l'Etat providence sur les Etats totalitaires n'a pas résidé en effet dans l'octroi de protections sociales (souvent moins ambitieuses et plus précaires que celles des Etats fascistes ou communistes), mais dans la garantie de ces droits d'action collective, qui autorisent les dominés à objecter aux dominants leur propre conception d'un ordre juste. Les syndicats, la grève, la négociation collective sont devenus les pièces d'une machinerie institutionnelle qui transforme des rapports de force en rapports de droits* ».

collective», serait le marqueur d'un certain renouvellement de l'organisation politique de l'Etat. En effet, dans le cadre de l'Etat libéral (classique) de la fin du XIX^e siècle, l'entreprise ne constituait pas un lieu d'intervention étatique, et le droit du travail exprimait principalement la volonté unilatérale de l'employeur¹³⁵. Puis, les travailleurs s'organisant collectivement ont créé un nouveau « *rapport* » de force au sein de l'entreprise constitutif du droit du travail contemporain. L'Etat afin de se renforcer et de renouveler sa légitimité aurait donc cherché à tisser de nouvelles formes de liens avec la société afin de garantir un certain nombre de libertés et de droits collectifs. Excluons arbitrairement deux catégories de visions philosophiques (ou politiques). Mettons donc de côtés d'abord celles recherchant le dépérissement (ou la disparition) de l'Etat. Puis chassons les idéologies totalitaires, qui par définition souhaitent maîtriser, contrôler et dominer la société. En définitive, il nous reste une série de courants de pensée qui ne divergent que sur le périmètre de l'Etat social et le moment de son intervention. Une question essentielle à ce sujet, est donc de savoir si l'Etat doit intervenir uniquement en cas de carence de la société ou s'il est dans l'obligation d'intervenir afin de répondre à l'intérêt général (et renforcer l'action de la société). En d'autres termes, l'Etat doit-il être le « *suppléant* »¹³⁶ ou le « *subsidaire* »¹³⁷ de la société ?¹³⁸¹³⁹.

1.2. La définition de la notion de société

Par conséquent, l'analyse relative à la place de l'Etat comme sujet de débat politique contemporain doit être complétée par une discussion concernant la notion de société. En effet, celle-ci est-elle incarnée par des individus (vision libérale) ou des groupes sociaux organisés (vision organique) ?

Une société « organique » ou une somme d'individus. Selon une vision organique la société s'organiserait en une diversité de collectivités. Chacun de ces groupes trouverait sa juste place

¹³⁵Notamment par le biais des usages au sein de l'entreprise et la jurisprudence des conseils des prud'hommes

¹³⁶Littérairement cela signifie : remplacer quelque chose qui fait défaut. Autrement dit remplacer quelqu'un de façon temporaire ou définitive dans ses fonctions.

¹³⁷Littérairement cela signifie : sert à renforcer quelque chose de principal.

¹³⁸Chantal DELSOL, « L'Etat Subsidaire : Ingérence et Non-Ingérence de l'Etat : Le Principe de Subsidiarité Aux Fondements de l'histoire Européenne », Paris, Léviathan, Presses universitaires de France, 1992, p.240.

¹³⁹La société serait composée d'une série d'institutions bénéficiant de leurs propres sphères de compétences, mais aucune de ces autorités ne peut déborder de sa sphère de compétence. Une première difficulté réside dans la définition de ces sphères de compétences. Une seconde difficulté émerge lorsqu'une de ces autorités n'est pas en mesure de remplir son rôle. Dans cette hypothèse, l'Etat pourra être amené à « *suppléer* » ses déficiences. Or, d'après ces différents points de vue, l'Etat « *subsidaire* » ne se fixe pas a priori de limites infranchissables alors que l'Etat « *suppléant* » fixe ses limites et s'interdit leurs franchissements. Le second (suppléant) apparaît doctrinal, alors que le premier (subsidaire) semble plus pragmatique. En effet, il ne s'interdit pas de borne et s'autorise (dans des conditions de nécessité bien définies) à se déployer dans certains domaines sans pour autant devenir totalitaire ou dictatoriale.

grâce à la fonction englobante de l'Etat. Cette incarnation de la société s'associerait donc parfaitement avec une approche « *subsidaire* »¹⁴⁰ de l'Etat¹⁴¹ impliquant une idée opérationnelle du « *bien commun* »¹⁴². Ainsi de nombreux observateurs¹⁴³ estiment que la société précède l'Etat et prime sur celui-ci. Par conséquent, ce dernier ne doit effectuer que ce qu'elle ne peut pas accomplir. Cependant cette vision organique s'oppose à l'individualisme¹⁴⁴ du libéralisme¹⁴⁵, pour qui les groupes organisés dans la société sont par nature suspects. Cette vision philosophique repose sur une haute estime des capacités de l'individu et traduit une forte aspiration à la liberté individuelle. En effet, selon ce courant de pensée, l'Etat libéral n'a que des devoirs et les groupes sociaux ne peuvent prétendre qu'à des droits dérivés. L'Etat cherche à préciser objectivement les limites de ses propres compétences pour ensuite ne pas les dépasser. Il en découle que cette société d'individus serait accompagnée d'un Etat libéral et « *suppléant* » en charge de ce qu'elle n'est pas en mesure d'assumer. Si la relation établie entre l'Etat et la société est continuellement discutée et renouvelée, la discussion porte donc également sur la question de l'incarnation de la société. Or, ce débat concernant l'organisation du pouvoir politique ne peut reposer que sur des modes démocratiques et délibératifs¹⁴⁶¹⁴⁷. Il sera d'autant plus effervescent que la société connaîtra une forte autonomie et que l'Etat ferait l'objet d'une grande sensibilité à l'expression de ses souhaits pertinents¹⁴⁸. Nous reviendrons justement dans notre seconde partie sur l'articulation de la « *démocratie politique* » et de la « *démocratie sociale* ».

¹⁴⁰Chantal DELSOL, *loc.cit.* p.35.

¹⁴¹Ainsi qu'une vision politique globale ordo-libérale.

¹⁴²Otto VON GIERKE, « L'idée germanique de l'État », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques* 2006/1 (n°23), p. 169-171. L'auteur considère l'Etat comme un organisme, une personne juridique composée d'associations qui n'ont pas un caractère individualiste ou mécaniste mais un caractère moral

¹⁴³Notamment de culture germanique.

¹⁴⁴Pour ces derniers, seul l'individu est sujet de droit.

¹⁴⁵John LOCKE, « Deuxième traité du gouvernement civil, constitutions fondamentales de la Caroline », Paris, J VIRN, 1985 p.255. D'après l'auteur : « *Un état dans lequel les hommes se trouvent en tant qu'hommes et non pas en tant que membres d'une société.* »

¹⁴⁶Evelynne SERVERIN, « Points de vue sur le droit et processus de production des connaissances », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2007 (Volume 59) p.73-91.

¹⁴⁷Jurgen HABERMAS, « Sur le droit et la démocratie- Note pour un débat », *Le Débat*, 1997, n° 97, p. 42-47.

¹⁴⁸Jurgen HABERMAS, *Ibid.*

1.3. L'accord collectif de travail au centre de la relation de l'Etat et de la société

Le droit du travail se trouve donc à la jonction de l'Etat et de la société, incarnant la constitution d'un Etat social étendant son emprise au domaine de l'entreprise¹⁴⁹. Toutefois cette charnière peut revêtir différents visages. Quel que soit la nature de cette articulation, nous découvrir que l'accord collectif constitue désormais un mode privilégié de régulation des rapports de l'Etat et de la société.

La notion de « corporatisme ». Si l'accroissement de l'Etat social incarne l'avancée d'une législation du travail¹⁵⁰ celle-ci a également pour soubassement des luttes et les revendications sociales¹⁵¹. Fruit d'une première logique interventionniste par laquelle l'Etat a mis en place des Lois et des règlements visant spécifiquement à la protection des droits des travailleurs, le droit du travail repose également sur une dynamique propre aux antagonismes sociaux¹⁵² par le développement de relations sociales. A la fin du 19^e siècle, le sociologue Emile DURKEIM faisait à ce sujet le constat suivant : « *actuellement, les sociétés européennes sont placées dans cette alternative : laisser réglementer la vie professionnelle ou la réglementer par l'intermédiaire de l'Etat, car il n'est pas d'autre organe constaté qui puisse jouer ce rôle de modérateur* »¹⁵³. Toutefois s'il reconnaissait qu'il était impossible de laisser inorganisées ces relations professionnelles¹⁵⁴, il notait que l'Etat était une machine lourde faite pour les besognes générales et simples. Par conséquent, son action uniforme ne pouvait pas se plier et s'ajuster à « *l'infinie diversité des circonstances particulières* »¹⁵⁵. Afin de résoudre ce dilemme, il¹⁵⁶¹⁵⁷ invitait à constituer en dehors de l'Etat des groupements professionnels soumis à l'action de celui-ci et en capacité d'élargir son influence avec variété. Il posait ainsi les prémisses d'une

¹⁴⁹Jurgen HABERMAS, *loc.cit.* p.36.

¹⁵⁰ Jacques LEGOFF, « Du silence à la parole, droit au travail, société, Etat (1830-1895) », Quimper, Calligrammes, la Digital, 1985.

¹⁵¹Guy GROUX, *loc.cit.* p.34.

¹⁵²Michel COUTU, *loc.cit.* p.32.

¹⁵³Emile DURKEIM, « Le Suicide », Paris, 1897 (nouvelle édition 1930), Presse Universitaire de France, p.436

¹⁵⁴Emile DURKEIM, *Ibid.* Selon l'auteur : « *Nous passons alternativement d'une réglementation autoritaire que son excès de rigidité rend impuissante, à une abstention systématique qui ne peut durer à cause de l'anarchie qu'elle provoque* » Il conclut sur ce sujet de la façon suivante : « *dès qu'on essaie d'instituer quelques règles, elles se trouvent inapplicables à l'expérience parce qu'elles manquent de souplesse; ou du moins, elles ne s'appliquent à la matière pour laquelle elles sont faites qu'en lui faisant violence* ».

¹⁵⁵Emile DURKEIM, *Ibid.*

¹⁵⁶Alain SUPIOT, *loc.cit.* p.16.

¹⁵⁷Emile DURKEIM, *Ibid.*

forme de « *corporatisme* »¹⁵⁸ se caractérisant par la mise en place de groupements professionnels paritaires (sur le modèle des conseils des prudhommes) ayant des formes congruentes évoluant avec celles de la vie économique et dont la finalité était de diversifier les principes généraux de la législation industrielle¹⁵⁹. Il apparaît que selon cette vision « *corporatiste* » des relations de l'Etat et la société, le premier joue un rôle central alors que le second fait figure d'objet. L'émergence de ces groupes d'intérêt étant contrôlée et limitée, ce corporatisme peut être dépeint comme un mode de régulation de la représentation. En effet, sa marque réside justement dans la participation des groupes d'intérêts à l'élaboration des politiques publiques¹⁶⁰ et son caractère monopolistique a pour effet de faciliter l'articulation des demandes auprès de l'Etat¹⁶¹. Un partenariat de « *gouvernance* »¹⁶² est ainsi établi entre l'Etat et ces groupes pour promouvoir leurs intérêts mais également afin de les rendre compatibles avec certains objectifs plus globaux de la société¹⁶³¹⁶⁴. Cependant cette approche du créateur de la sociologie contraste avec celles d'autres auteurs¹⁶⁵.

¹⁵⁸Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, « *Corporatisme* » in Michel LALLEMENT, Antoine BEVORT, Annette JOBERT, et Arnaud MIAS (sous la direction de), « Dictionnaire du travail », Paris, Presses universitaires de France, 2012, p.888. Pour les auteurs : « *Le corporatisme est une doctrine qui préconise d'asseoir l'organisation de l'économie et la production conjointe de l'ordre social sur la mobilisation d'une forme spécifique d'institution : la corporation* ». Cette doctrine peut être portée de manière différente par trois courants philosophiques : réactionnaire (autoritaire), chrétien (social) ou républicain (démocratique). Les deux premiers courants ont pour socle commun de nier l'antagonisme social du capital et du travail alors que le troisième (mené par Emile DURKEIM) en assume la charge pour penser l'agencement des rapports sociaux.

¹⁵⁹Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, *Ibid.* Les auteurs rappellent que pour Emile DURKEIM, la corporation ne doit pas poursuivre un intérêt particulier. L'Etat a la charge de garantir l'équilibre au sein des différentes institutions mais également une relative autonomie à l'égard de l'Etat.

¹⁶⁰Maud BENOIT, « *Qu'est-ce que le corporatisme ? Conceptualisation et opérationnalisation du méso-corporatisme* » Université Laval, Québec, Social Science Information, juin 2012, Volume: 51, p217-237 (publié en ligne : <https://doi.org/10.1177/0539018412437109>). L'auteure fait référence aux travaux Gerhard LEHMBRUCH G (1979) « Concluding remarks: Problems for future research on corporatist intermediation and policy-making. » in PC. SCHMITTER & G. LEHMBRUCH (eds) Trends Toward Corporatist, Intermediation. London, 1979, Sage Publications, p.299–310.

¹⁶¹Maud BENOIT, *Ibid.*

¹⁶²Michel LALLEMENT, « *Les gouvernance de l'emploi. Relations professionnelles et marché du travail en France et en Allemagne* », Paris, DESCLEE de Brouwer, 1999, p.66-67. L'auteur définit la gouvernance comme un : « *cadre conceptuel et système d'organisation* » qui implique « *la délégation vers le bas de capacités légitimes à produire et négocier des règles visant à gérer l'agrégation d'intérêts divers et la direction imprimée à une collectivité* ».

¹⁶³Annette JOBERT et Jean SAGLIO, « *Réinstitutionnaliser la négociation collective en France* », Travail et Emploi n° 100, Octobre 2004, p 113.

¹⁶⁴Maud BENOIT, *Ibid.* Selon l'auteure : « *Le corporatisme peut donc se définir, comme un processus politique fondé sur trois caractères : « la présence d'organisations possédant un monopole de représentation des intérêts sur une catégorie sociale ou professionnelle donnée, et d'un Etat ou d'autorités publiques qui privilégient des interventions politiques effectuées en partenariat avec le ou les groupes corporatistes qui se voient accorder un rôle dans la régulation des politiques »*

¹⁶⁵Michel COUTU, « Autonomie collective et pluralisme juridique : Georges GURVITCH, Hugo SINZHEIMER et le droit du travail », Revue Droit et Societe-2015(Volume n°90), p 351-372. L'auteur éclaire la très lumineuse dialectique unissant deux penseurs du droit : Georges GURVITCH et Hugo SINZHEIMER. Il s'avère que ces deux juristes et sociologues, ayant une position importante dans la fondation du droit du travail, divergent au sujet de la question de la relation entre l'Etat et la Société.

Une autonomie des parties prenantes garantie par l'Etat. Ainsi, le professeur Georges GURVITCH magnifie la société en mettant à distance l'Etat¹⁶⁶, et en attribuant une valeur entièrement positive au droit « *extra étatique* »¹⁶⁷¹⁶⁸. En effet, il estime que le droit étatique est un droit de domination et d'individualités alors que le droit social serait un droit de coopération et de solidarité. Par conséquent, il estime qu'ils doivent être séparés et cloisonnés. Cependant le professeur Michel COUTU considère que cet auteur fait une erreur en opposant la contrainte étatique à la liberté, car : « *sans la présence d'un certain degré de contrainte étatique la liberté relative des acteurs sociaux serait également impossible* »¹⁶⁹. En opposition au professeur Georges GURVITCH, cet auteur souligne que : « *la mise en retrait de l'Etat peut se traduire par la corruption éventuelle du droit social, en dépit de toutes velléités émancipatrices, par la lutte implacable pour la domination économique, sociale et politique dans le sens le plus autoritaire* »¹⁷⁰. Dans le même ordre d'idée, le professeur Hugo SINZHEIMER n'ayant jamais partagé cet antagonisme entre l'Etat et la société¹⁷¹ récuse : « *l'antinomie tracée erronément entre le droit social et la domination ou la contrainte inconditionnée* »¹⁷², car seul l'Etat est en mesure d'incarner l'intérêt général, d'assumer certains arbitrages nécessaires, et en définitive être l'initiateur, le garant et le protecteur de nouvelles libertés collectives¹⁷³. Néanmoins si l'Etat protège l'épanouissement et garanti la protection de ces droits collectifs¹⁷⁴, en les reconnaissant il les contraint en fixant également leurs limites.

¹⁶⁶Georges GURVITCH, « Le temps présent et l'idée du droit social », Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1931, p.333.

¹⁶⁷Jean-Guy BELLEY, (sous la direction), « Réactif, activation, phases et produits », in « Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'inter normativité », Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1996, p. 21. L'auteur procède à un critique de la théorie pluraliste du droit et notamment de la pensée de Georges GURVITCH qui : « *aurait succombé trop souvent aux réflexes de banaliser le rôle de l'Etat et de penser la société contre l'Etat plutôt que de constater leurs rapports de complémentarité synergétiques* ».

¹⁶⁸Michel COUTU, *loc.cit.* p.32. L'auteur concède que cette vision de Georges GURVITCH est marquée par le « *spectre du totalitarisme soviétique* ».

¹⁶⁹Michel COUTU, *loc.cit.* p.32.

¹⁷⁰Michel COUTU, *loc.cit.* p.32.

¹⁷¹Ulrich ZACHERT, « Hugo Sinzheimer : Juriste praticien et pionnier du droit moderne « Autonomie collective », liberté individuelle et démocratie sociale », dans Carlos M. HERRERA (dir.), Les juristes de gauche sous la République de Weimar, Paris, Éditions Kimé, 2002, pp. 49-67.

¹⁷²Michel COUTU, *loc.cit.* p.32

¹⁷³Alain SUPLOT, *op.cit.* p.16

¹⁷⁴Hugo SINZHEIMER, « La théorie des sources du droit et le droit ouvrier », Volume n°1 Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, International Institute of the Philosophy of Law and Judicial Sociology, Sirey, 1934, p.81. Selon l'auteur le droit étatique « *intervient dans le droit non-étatique pour l'imprégner d'éléments formels Il lutte, ensuite, contre les excès naissant, dans le droit extra-étatique de la prédominance unilatérale des partis ; exemple: protection légale des travailleurs par l'Etat. Dans toutes ces hypothèses, l'Etat s'affirme comme représentant la conscience collective de l'unité, c'est-à-dire la conscience que les forces autonomes de la Société ont besoin d'équilibre et doivent être mises en accord, sous peine de gêne et de dissolution du tout social.* » (Citation p.78).

D'une organisation « verticale » à une organisation « horizontale ». En ce sens, si le corporatisme se représente sous une forme « *verticale* », le modèle dit « *pluraliste* » correspond à une conception plus « *horizontale* » des relations entre l'Etat et divers groupes d'intérêts privés¹⁷⁵. En effet, en son sein une prolifération de groupes d'intérêts se forme de façon spontanée, non hiérarchisée ni coordonnées entre eux et dont les relations se caractérisent par une concurrence et une compétition qui entravent l'articulation des demandes auprès de l'Etat. Dans ce modèle, la principale initiative vient de l'Etat qui peut selon les cas choisir de consulter les groupes d'intérêt mais reste libre de les ignorer¹⁷⁶. Ceux-ci ne participent donc pas systématiquement et automatiquement au processus des décisions étatiques. Quand le pouvoir politique a recours à leurs conseils, il le fait pour légitimer sa future décision au regard des citoyens particulièrement concernés par celle-ci. La faiblesse (voire la fragmentation) de ces groupes d'intérêts peut les plonger dans une forme de dénuement dont ils ne peuvent sortir que grâce à l'éventuelle légitimation du recours de l'Etat. Néanmoins, l'image du réseau peut également refléter la relation entre l'Etat et ces divers groupes d'intérêts privés.

La gouvernance par un réseau d'actions publiques. Cette troisième variation sur le même thème, permet un dépassement très englobant des théories « *pluralistes* » ou « *corporatistes* ». Au sein de cette nouvelle approche, ces deux théories ne sont plus que des variantes de réseaux d'action publique¹⁷⁷. Il en ressort que cette notion recouvre un groupement d'organisations liées les unes aux autres par des dépendances en termes de ressources et qui se distinguent des autres groupements par des différences dans la structure de cette dépendance. Le professeur Jacques LE GOFF observait que dès les années quatre-vingt du XX^e siècle, le terme de « *gouvernance* » avait progressivement remplacé celui de « *gouvernement* » au sens de l'action publique¹⁷⁸. Il constatait le passage d'un exercice « *vertical* » du pouvoir à l'association horizontale de ses destinataires par la concertation, la collaboration et la négociation. Cet abandon d'une gestion pyramidale et autoritaire caractéristique d'un modèle mécanique dont le gouvernement est l'impulsion centrale, fait place à une plus forte interaction entre des champs d'action en

¹⁷⁵Michel OFFERLE, « *groupes d'intérêt* » in Michel LALLEMENT, Antoine BEVORT, Annette JOBERT, et Arnaud MIAS (sous la direction de), « *Dictionnaire du travail* », Paris, Presses universitaires de France, 2012, p.888. Selon l'auteur, les organisations professionnelles bénéficient d'un statut spécifique en sociologie (surtout dans le domaine de la recherche française) ne les assimilant pas à des groupes poursuivant un intérêt particulier.

¹⁷⁶Sabine SAURUGGER, « *Penser les relations professionnelles en France* » IEP de Grenoble, PACTE, Table ronde 2005, (<http://www.afsp.msh-aris.fr/archives/congreslyon2005/communications/tr3/saurruger.pdf>). Selon l'auteur, c'est un processus décisionnel selon lequel : « *Le pouvoir politique prend une décision après avoir écouté l'ensemble des intérêts organisés en concurrence* ».

¹⁷⁷Sabine SAURUGGER, *Ibid.*

¹⁷⁸Jacques LE GOFF, « *Poursuivre le débat avec Georges Gurvitch. Présentation du dossier* », Droit et société 2016/3, n° 94, p. 495-502.

constants échanges horizontaux¹⁷⁹. Le professeur Pierre ROSANVALON analysait de son côté l'émergence d'une « *contre démocratie* » qui ne serait pas le contraire de la démocratie : « *C'est plutôt la forme de démocratie qui contrarie l'autre, la démocratie des pouvoir indirects disséminés dans le corps social, la démocratie de la défiance organisée face à la démocratie de la légitimité électorale* »¹⁸⁰. De leur côté, les professeurs Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX font une analyse sociologique proche mais reposant sur les théories institutionnalistes¹⁸¹ et notamment sur la notion d'échange politique¹⁸² permettant de mieux comprendre le : « *jeu auquel se livre un acteur fort, l'Etat, lorsqu'il cherche à accroître la capacité de médiation d'un acteur faible toujours susceptible de s'opposer à lui* »¹⁸³. L'Etat (acteur fort) s'appuie sur les capacités de plusieurs acteurs faibles (organisations professionnelles) afin d'agréger des soutiens et produire du consentement. Il tente de renforcer ces acteurs sociaux faibles afin de les associer à son rôle de contrôle social. De cette façon, il trouve une nouvelle légitimité pour son action et ses politiques publiques. Toutefois cette association a un effet substantiel sur son mode de gouvernement ainsi que sur le contenu de ces mêmes politiques publiques. Les deux auteurs en concluent que : « *l'Etat sait par expérience, que l'institutionnalisation permet de faire passer dans toute formation sociale la distinction gouvernants/gouvernés grâce à laquelle il assoit lui-même son pouvoir dans la société* »¹⁸⁴. Ils utilisent l'image du maître d'ouvrage (l'Etat) et du maître d'œuvre (protagonistes sociaux) pour illustrer un mode de délégation de construction des politiques publiques et de la gestion de services établis dans l'intérêt général. Ils notent cependant que cette vision de l'échange politique place les acteurs sociaux dans un registre d'« *ustensilité* »¹⁸⁵. Selon le philosophe Paul RICOEUR : « *l'Etat en tant que source de droit se trouve placé aujourd'hui dans la situation inconfortable d'une entité appelé à se comporter à la fois comme le tout et comme la partie,*

¹⁷⁹Jacques Le Goff, *loc.cit.* p.40. L'auteur en vient à se demander si l'Etat n'est pas menacé de « *dépérissement par dilution dans la société liquide* ». Il considère qu'il s'agit d'une « *réhabilitation de la société civile* » vis-à-vis de l'Etat. Il qualifie cette « *gouvernance* » de « *paradigme d'interactions osmotiques et synergétiques* » (Citation p500).

¹⁸⁰Pierre ROSANVALON, *op. cit.* p.13.

¹⁸¹Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, « *L'apport du modèle de l'Institution à la conception des politiques de l'intérêt, sa compréhension traditionnelle, néo-corporatiste, et sa crise actuelle* », Lyon, Table Ronde 3 : « *Le politique et la dynamique des relations professionnelles. 8e Congrès de l'AFSP* », September 2005.

¹⁸²Alessandro PIZZORNO, « *political exchange and collective identity in industrial conflict* » in C CROUCH et A PIZZORNO (dir), « *the resurgence of class conflict in western Europe since 1968* » London, Vol n°2, Mc MILLAN, 1978, p.277-288. Selon l'auteur l'Etat délègue une part de son autorité décisionnelle aux syndicats. Ils participent à la définition des politiques publiques. En retour ils bénéficient de ressources matérielles et symboliques distribuées par l'Etat. Ils assurent une légitimité au processus de décision. Cette participation conforte leur statut institutionnel.

¹⁸³Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, *Ibid* (Citation p.5).

¹⁸⁴Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, *Ibid* (Citation p.7).

¹⁸⁵Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, *Ibid* (Citation p.10).

*comme instance inclusive et région incluse. Ce paradoxe affecte en son cœur la notion même de pouvoir politique »*¹⁸⁶. Comme le remarquait judicieusement le professeur Jean-Daniel REYNAUD, il s'agit bien d'un autre mode de gouvernement par lequel la norme conventionnelle se substitue à la règle législative.¹⁸⁷ De même le professeur Alain SUPLOT remarquait que : « *réglementer c'est dicter des règles de l'extérieur tandis que réguler, c'est faire observer les règles nécessaires au fonctionnement homéostatique d'une organisation* »¹⁸⁸. Il ressort bien de ces développements qu'au sein de l'ensemble de ces modèles, l'Etat conserve une autorité à l'encontre de la société¹⁸⁹. Dans un but de renouvellement de son pouvoir, il s'appuie plus qu'autrefois sur les protagonistes sociaux afin de définir et mettre en place ses politiques publiques.

L'accord collectif de travail au centre de cette relation « horizontale ». Si ce passage d'un pouvoir « vertical » à une organisation « horizontale » modifie la structure même de son pouvoir ainsi que celui des acteurs sociaux qui lui sont désormais associés, il transforme également la nature des normes qui en découlent. A ce titre l'accord collectif constitue désormais un mode de régulation des rapports de l'Etat et de la société. Au sein de cette relation « horizontale » tissée entre l'Etat et la société, l'accord collectif est effectivement consacré comme un modèle représentant : « *l'idéal d'une société capable de se réguler elle-même* »¹⁹⁰. D'après la professeure Stamatina YANNAKOUREOU¹⁹¹, le phénomène du contrat collectif a bouleversé sérieusement le droit étatique en déformant ses catégories juridiques classiques. Elle qualifie l'accord collectif d'acte « *hérétique* »¹⁹² qui déroge à la règle de l'effet relatif des contrats exprimé par le droit civil. Si le professeur Ylias FERKANE constate la large diffusion de son modèle à d'autres branches du droit, il admet néanmoins qu'il n'est pas le remède enclin à apaiser toutes les tensions qui traversent la société et ne constitue pas non plus la formule capable de prévenir toutes les critiques au sujet du rôle de l'Etat¹⁹³. Il tente une modélisation

¹⁸⁶Paul RICOEUR, « Morale, éthique et politique », Paris, Pouvoirs, n°65, 1993, p. 16.

¹⁸⁷Jean-Daniel REYNAUD, *op.cit.* p.12. Selon l'auteur : « *Qu'une règle plus souple, ou le remplacement d'une règle législative par une règle conventionnelle (n'équivaut) pas à une absence de règle* ».

¹⁸⁸Alain SUPLOT, *op.cit.* p.16 (Citation p200). Homéostatique : désigne en biologie la faculté d'un être vivant de conserver un certain nombre de constantes internes malgré les variations du milieu externe.

¹⁸⁹Guy GROUX, *loc.cit.* p.34. Selon l'auteur la question étudiée est donc désormais l'autonomie de l'« économie » face au politique.

¹⁹⁰ Alain SUPLOT, *op.cit.* p.16, (Citation p200). Selon l'auteur : « *Dans l'essor contemporain de la négociation collective et plus généralement dans la contractualisation des rapports sociaux* ».

¹⁹¹Stamatina YANNAKOUREOU, *op.cit.* p.11.

¹⁹²Stamatina YANNAKOUREOU, *op.cit.* p.11 (citation p 72).

¹⁹³Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19 (citation p.40). En référence à également en ce sens, Michel DESPAX, « Négociations, conventions et accords collectifs, Traité de droit du travail », Tome VII, sous la direction de Guillaume-Henry CAMERLYNCK, 2ème éd., Dalloz, 1989, p. 132.

de la nature de l'accord collectif autour de trois idéaux-type¹⁹⁴ induisant plusieurs natures de relations sociales recoupant plusieurs figures philosophiques déjà étudiées. La première d'entre elle est l'idéal type « *libéral* » reposant sur la liberté de négocier et de contracter. Par le biais de cette approche contractuelle, le salarié détermine par sa volonté son rapport à l'employeur et ses conditions de travail. Les parties de la négociation collective sont libres de leurs pourparlers. Néanmoins si leur autonomie est bien cardinale, le champ de leurs transactions reste tout de même bordé par l'ordre public. La seconde manière de concevoir l'accord collectif est d'en donner une représentation « *statutaire* » quelque peu opposée à celle du contrat. En effet, le salarié adhère à un contrat de travail et par ce biais accède à un statut correspondant à un corps de règles collectives. Il en bénéficie (ou doit s'y conformer) sans toutefois les avoir directement négociées. Par conséquent, l'accord collectif s'apparente alors à une norme légale dont il emprunte les traits : généralité, permanence, et impérativité. Par le truchement de cette approche, l'Etat conserve un rôle important concernant notamment la sélection et l'habilitation des acteurs en charge de la représentation des parties. Le troisième idéal type est qualifiable de « *dirigiste* », car l'activité conventionnelle n'y est pas spontanée. En effet, la loi enjoint les parties à la négociation. De cette façon l'Etat imprime sa marque sur la négociation voire sur le contenu des accords collectifs conclus. Sous bien des aspects le droit positif emprunte donc à ces trois modèles doctrinaux conférant différents visages à la négociation collective. Il en ressort surtout qu'à bien des égards, l'accord collectif est désormais identifié comme une source formelle de droit. En somme, l'« *autonomie collective* » se situe bien à la charnière de la relation de l'Etat et la société. Au centre de ce réseau d'acteurs, l'accord collectif constitue désormais un mode de régulation des rapports de l'Etat et de la société.

¹⁹⁴Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

2. Les théories « *moniste* » ou « *pluraliste* » : une approche systémique

Tentons donc de qualifier l'ensemble composé des créateurs de ces accords collectifs. Une partie de la doctrine est encline à répondre qu'ils constituent un ordre juridique (extra-étatique) alors que d'autres observateurs refusent de voir dans ce phénomène une source « *originnaire* » de droit¹⁹⁵. Nous aborderons donc d'abord, cette question sous un angle systémique avant de tenter une approche plus normative. A cette fin, nous passerons en revue les diverses approches monistes et pluralistes du droit recouvrant une variété de points de vue. Néanmoins avant de débiter ce double examen, il nous faut prendre la peine d'essayer de définir la notion d'« *ordre juridique* ».

La notion d'« *ordre juridique* ». Le professeur Hans KELSEN a popularisé auprès des juristes l'utilisation de la notion d'« *ordre juridique* » par le biais de la définition suivante: « *toutes les normes, dont la validité peut être rapportée à une seule et même norme fondamentale forment un système de normes, un ordre normatif* »¹⁹⁶. Dès lors, selon cet auteur, l'ordre juridique constitue donc une construction hiérarchisée au sein de laquelle une norme d'un niveau inférieur ne peut être en conflit avec une norme d'un niveau supérieur, sinon elle doit être corrigée voir annulée par un contentieux. En effet, à ce sujet, le même auteur précisait que : « *l'ordre juridique est un système de normes...qui sont unies les unes aux autres par le fait que la création de chacune des normes qui appartient au système est réglée par une autre norme du système et en dernière analyse par sa norme fondamentale* »¹⁹⁷. Tout processus de création du droit serait donc réglé par une série de « *normes de structures* »¹⁹⁸. Néanmoins, cette vision rigide et hiérarchisée semble mal se conformer avec notre branche du droit. Par conséquent,

¹⁹⁵Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.p.11* (citation p 73). Selon l'auteure : « *la doctrine a refusé de voir dans cet acte le résultat de l'exercice de l'« autonomie collective » d'une source originnaire du droit* » (Sauf Gérard LYON-CAEN, « Anomie, Autonomie et Hétéronomie en Droit du Travail ». Liège : Faculté de Droit, 1972, et « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », RTD Civ n°2/1974 p.229).

¹⁹⁶Hans KELSEN, « Théorie pure du droit », 2e édition, traduite par Charles EISENMANN, Dalloz, Paris, 1962, p.547. Dès lors, l'ordre juridique constitue une construction hiérarchisée ou une norme inférieure ne peut contredire celle qui lui immédiatement supérieure, sinon elle doit être corrigée ou annulée par un contentieux. Il s'agit notamment des fondements du contrôle de constitutionnalité (citation p294).

¹⁹⁷Hans KELSEN, *Ibid.* Pour Hans KELSEN la norme de droit « *positive* » est celle conforme à la « *norme fondamentale* » qui se trouve au sommet de la pyramide hiérarchique. Le droit positif se définit par cette série d'enchaînement de conformité (ou conditionnement) à cette norme d'une nature supérieure.

¹⁹⁸René CAPITANT, « Introduction à l'étude de l'illicite -l'impératif juridique », Dalloz Paris, 1928, p 239. Ces normes d'une nature supérieure ont pu être qualifiées de façon différente telle que : « *normes de compétences* », « *normes structures* » ou « *normes primaires* » (Hans KELSEN) soit des normes objectives et contraignantes.

madame Cécile FOURCADE propose une définition plus souple correspondant à : « *un ensemble normatif et institutionnel doté d'une cohésion suffisante et conduisant à un modèle social* »¹⁹⁹²⁰⁰. De cette définition ainsi posée, il peut se dégager deux visions selon lesquelles il n'existerait qu'une unique source de droit détenue par l'Etat ou bien une diversité de foyers juridiques.

Par conséquent, une première partie de la doctrine regroupée autour d'une vision « *moniste* » du droit, considère qu'il n'existe qu'un ordre juridique et que les normes conventionnelles intègrent de façon « *indirecte* » l'ordre juridique étatique. Mais une seconde partie de la doctrine qualifiée de « *pluraliste* » considère qu'il existe bien au moins deux ordres juridiques autonomes qui élaborent (ou non) des liens entre eux²⁰¹. Ces deux postures se situent donc aux deux bouts du spectre doctrinal. Cependant au centre de cette controverse doctrinale, diverses oppositions distinguent un degré différent d'intégration de l'ordre professionnel au sein de l'ordre juridique étatique. A ce sujet, le professeur Norbert ROULAND²⁰² évoque quatre modèles renvoyant à des interprétations radicales ou tempérées de deux visions du droit (moniste ou pluraliste). Nous examinerons donc successivement les deux branches du « *monisme* » avant d'analyser celles du « *pluralisme* ».

2.1. Le « *monisme* » radical

Commençons par l'hypothèse d'un « *monisme radical* » pour lequel aucun droit n'existe en dehors de l'Etat puis, nous envisagerons la vision d'un « *monisme tempéré* » selon lequel l'Etat limite le champ du normatif mais délègue tout de même une partie de son pouvoir à des acteurs privés.

¹⁹⁹Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11 (citation p.51).

²⁰⁰Michèle BONNECHERE, « La Loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail: quelques repères », Paris, Droit Ouvrier, octobre 2001, p.411-431. De son côté l'auteur propose une définition de l'ordre juridique très proche de celle présentée par Cécile FOURCADE ci-dessus: « *l'on peut parler d'ordre juridique lorsqu'on se trouve en présence d'un ensemble normatif et institutionnel ayant une cohésion suffisante et conduisant à un modèle social* ».

²⁰¹Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11. L'auteure confirme qu': « *une partie de la doctrine affirme que l'ordre juridique de l'Etat incorpore les normes conventionnelles et délègue à ces sujets privées le pouvoir de poser des règles qui s'inscrivent d'emblée dans la hiérarchie interne. Cependant d'autres auteurs défendent la théorie selon laquelle le droit conventionnel forme un ordre juridique distinct. Dans cette perspective cet ordre juridique professionnel ne procéderait pas et ne détiendrait pas sa juridicité de l'Etat* ».

²⁰²Norbert ROULAND, « A la recherche du pluralisme juridique : le cas français », Paris, Droit et cultures, n°36, 1998, p.217.

Le « monisme radical ». Il s'avère que l'approche « *radicale* » du monisme est parfaitement illustrée par les travaux du professeur Hans KELSEN²⁰³ établissant une fusion des notions d'Etat, d'ordre juridique et de droit. A ce titre, il ne peut donc exister d'autre ordre juridique que celui de l'ordre idéal de contrainte de l'Etat. Toutefois, il ne s'agit pas d'une vision totalitaire de l'Etat, car celui-ci ne peut pas fonctionner en dehors du droit.²⁰⁴ La théorie moniste présente l'intérêt d'une cohérence conceptuelle²⁰⁵ reposant sur l'unité et la hiérarchie à l'ordre juridique étatique. La question de la validité des normes s'ordonne sur le fondement d'une norme fondamentale. Par conséquent, il ne peut pas exister de conflit entre la loi et l'« *autonomie collective* », quand bien même cette seconde notion serait totalement endogène à la première. En effet, l'institutionnalisation des acteurs des relations professionnelles découlant du concept de représentativité a pour effet d'intégrer l'« *autonomie collective* » à un système de réglementation dirigé par l'Etat. Historiquement, l'accord collectif prolonge la réglementation souhaitée par l'ordre étatique, et l'ordre professionnel n'est donc perçu que comme une branche extérieure de celui-ci. La professeure Michèle BONNECHERE²⁰⁶ souligne ainsi la primauté de la Constitution sur l'accord collectif traduisant celle de l'ordre étatique sur cet acte juridique collectif²⁰⁷. En effet, elle constate que le juge rappelle régulièrement aux signataires de l'accord collectif la soumission de l'« *autonomie collective* » aux principes supérieurs de valeurs constitutionnelles. Cet asservissement serait la démonstration d'une liberté normative limitée des protagonistes sociaux et donc la marque de

²⁰³Hans KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », Droit et société, n°22, 1992. p. 551-568. Il est communément convenu que l'Etat et le droit seraient deux entités distinctes l'une de l'autre. Mais cela aurait pour conséquence que l'Etat pourrait agir en dehors du droit. L'auteur considère que l'Etat et le droit sont une seule entité. L'Etat doit donc se soumettre au droit. Il s'agit de la garantie fondamentale de l'Etat de droit.

²⁰⁴Nikitas ALIPRANTIS, « La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes », Thèse d'Etat doctorat en droit, juin 1980, p 408. Paradoxalement, l'auteur ne considère pas Hans KELSEN uniquement comme un juriste « *moniste* ». Il note que sa théorie autorise une reconnaissance d'un ordre juridique non étatique. Il remarque ainsi qu'il a dû intégrer à ses réflexions l'ordre juridique international ce qui ne peut pas faire de lui un juriste moniste « *orthodoxe* ». Toutefois, il reconnaît qu'il n'a pas orienté ses recherches au sujet de l'existence d'un ordre juridique social. Il faut en déduire que le courant moniste compte une diversité d'interprétations et de nuances et qu'il a dû intégrer à sa réflexion des évolutions juridiques importantes tel que l'émergence et l'épanouissement de nouvelles branches du droit au cours du 20^e siècle (droit international ou celui du droit du travail).

²⁰⁵Hans KELSEN, *op.cit.* p.44. Selon l'auteur: « Plus précisément la question de ce qui constitue l'unité de la pluralité des normes juridiques, unité qu'on désigne comme système juridique ou ordre juridique, relève aussi des problèmes logiques de la théorie pure du droit. En réponse à cette question, la théorie pure du droit introduit l'idée de la norme fondamentale comme condition hypothétique de toute connaissance du droit. La norme fondamentale fonde la validité de toutes les normes appartenant à un même ordre juridique.....la théorie pure du droit recherche la structure logique des ordres juridiques existants et parvient ainsi à la compréhension de la construction hiérarchisée (de la pyramide) de l'ordre juridique, compréhension qui, pour la connaissance de l'essence du droit, revêt une signification fondamentale. » (Citation p.556) Il s'agit d'un système unique et logique sans possibilité de contradiction.

²⁰⁶Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45.

²⁰⁷Cour de Cassation, Chambre sociale, du 29 mai 2001, 98-23.078, Publié au bulletin,

l'absence d'un ordre professionnel distinct de l'ordre étatique²⁰⁸. L'autonomie professionnelle existerait mais uniquement en mode « *tempéré* » trouvant son fondement dans la loi²⁰⁹.

2.2. Le « *monisme tempéré* »

Poursuivons par l'analyse des différentes approches de la vision d'un « *monisme tempéré* ». Nous débuterons par l'analyse de la théorie de la « *délégation* » (et de l'« *intégration* ») puis nous poursuivrons par l'examen de celle de la « *relevance* » et nous prolongerons par celle de la « *réception* ».

Le « *monisme tempéré* » et théorie de la « *délégation* ». La Constitution ou la Loi fixant le cadre et les limites de la négociation collective, une partie importante de la doctrine considère que l'« *autonomie collective* » ne peut être que « *concédée* » ou « *déléguée* » par l'Etat. Au sein de plusieurs systèmes étrangers, cette délégation est formulée par la Constitution. On peut y voir la reconnaissance de l'« *autonomie collective* » ou en déduire son intégration à l'ordre étatique (théorie de l'intégration), car comme le note la professeure Michèle BONNECHERE²¹⁰ dans les Etats (Allemagne ou Italie) où cette notion bénéficie d'une garantie constitutionnelle, il s'avère que l'accord collectif doit respecter l'ordre public. En droit interne, le Conseil Constitutionnel ayant autorisé le législateur à délégué ses compétences aux acteurs sociaux, une partie de la doctrine considère à juste titre que l'« *autonomie collective* » est subordonnée à la loi²¹¹²¹². Au sujet de cette articulation madame Cécile FOURCADE souligne : « *le caractère incontestablement prééminent de l'autorité publique* »²¹³. Par conséquent, la norme conventionnelle ne bénéficierait de son large rayonnement que du fait du soutien, de la reconnaissance et l'intervention étatique. Selon cette perspective, la théorie « *moniste* » de la délégation se concilie aisément avec la mise en place d'un processus de concertation

²⁰⁸Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45.

²⁰⁹Cécile FOURCADE, *op.cit.* p.11.

²¹⁰Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45.

²¹¹Décision du Conseil constitutionnel n°89-257 du 25 juillet 1989. Au vu de l'article n°34 de la Constitution et du principe de participation, le juge constitutionnel considère que le législateur peut renvoyer aux acteurs sociaux le soin de compléter les principes fondamentaux législatifs ou de préciser leurs conditions d'application ou d'en assurer leur mise en œuvre. Dans une certaine mesure le juge constitutionnel autorise le renvoi de l'exécution des normes légales aux conventions collectives et accords collectifs, ainsi il permet au législateur d'ignorer le pouvoir constitutionnel de l'exécutif en la matière.

²¹²Décision du Conseil constitutionnel n°96-383 du 6 novembre 1996. Le juge constitutionnel reconnaît à titre exceptionnel le droit de renvoyer aux partenaires sociaux le soin de fixer eux-mêmes des règles relatives aux droits fondamentaux du droit du travail « *dès lors que la latitude laissée aux acteurs de la négociation collective (lui permettait) d'adopter par la suite des règles nouvelles appropriées au terme d'une durée réduite d'expérimentation et d'évaluation des pratiques qui en sont réputées* ».

²¹³Cécile FOURCADE, *op.cit.* p.11 (citation p.76).

institutionnalisée d'élaboration de la loi. Il en découle toutefois que cette notion « *reste entachée d'une ambiguïté essentielle en exprimant un phénomène normatif développé en dehors et au sein même de l'ordre juridique étatique* »²¹⁴. Elle semble donc avoir un pied dedans et l'autre à l'extérieur. En effet, cette autonomie paraît « *concée par la loi en tout cas soumise à des conditions de relevance (identité et qualité acteurs, teneur des accords) plutôt que reconnue par elle* »²¹⁵. L'« *autonomie collective* » serait alors une fausse apparence. Les protagonistes sociaux auraient une illusion d'autonomie au sein d'un ordre juridique qui ne leur serait pas propre. Par conséquent, cette théorie de la « *délégation* » (ou théorie de l'« *intégration* ») fait l'objet de nombreuses critiques de la doctrine.

Le « monisme tempéré » et la théorie de la « relevance ». Sur ce sujet, la théorie de la « *relevance* » offre une forme de compromis, car reposant sur l'existence de deux ordres « *indépendants* » mais articulés sur la base d'une « *relevance* » de l'un par l'autre. Or, il semble exister une variété de titre de « *relevance* » faisant l'étalage d'une diversité de liens de communication entre les différents ordres juridiques. L'auteur italien Santi ROMANO, relève trois formes de « *relevance* »²¹⁶. Un premier modèle qui peut être qualifié de « *modèle d'irlevance* »²¹⁷ correspondant à une absence de relation entre les ordres juridiques. Les deux ordres coexistent de façon parallèle sans jamais se rencontrer. Un second modèle est qualifié de « *d'exclusion réciproque* »²¹⁸ (ou encore « *unilatéral* »). Selon cette hypothèse, l'un des deux ordres refuse de reconnaître l'existence du second. Les règles de ce dernier sont alors considérées par l'autre comme étant illicites. Le troisième modèle identifié est celui de « *l'inclusion* » créant un lien de subordination. Cette dernière variation présente un intérêt tout particulier car la validité des normes de l'ordre juridique trouve : « *son fondement dans leur reconnaissance sous forme d'incorporation de réception ou de renvoi par un autre ordre* »²¹⁹²²⁰. Cette reconnaissance ne signifie pas que la norme est intégrée au sein de l'autre ordre

²¹⁴Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.18.

²¹⁵Cécile FOURCADE, *op.cit.* p.11.

²¹⁶Santi ROMANO, « L'ordre juridique », (traduction de Lucien FRANCOIS et Pierre GOTHOT), Dalloz, 2^e ed, 2002, p.106

²¹⁷Santi ROMANO, *Ibid.*

²¹⁸Santi ROMANO, *Ibid.*

²¹⁹Santi ROMANO, « L'État moderne et sa crise », Rome, (Santi ROMANO, «Lo Stato moderno e la sua crisi», Rivista di diritto pubblico, 1910, p. 87 et suivantes), Traduction française inédite par David SOLDINI, Jus Politicum, n° 14, 2015, [<http://juspoliticum.com/article/L-Etat-moderne-et-sa-crise-968.html>] .

²²⁰ David SOLDINI, «Santi ROMANO, penseur pluraliste et étatiste», Jus Politicum, n° 14, 2015, [<http://juspoliticum.com/article/Santi-Romano-penseur-pluraliste-et-etatiste-933.html>] . Santi ROMANO est devenu un théoricien du pluralisme sans en partager les fondements idéologiques. Selon lui les divers ordres juridiques restent sous l'empire de l'Etat.

juridique mais bien uniquement reconnue. Au sujet du développement des accords collectifs dans l'Italie du début du 20^e siècle, le professeur Santi ROMANO (théoricien moniste du droit) observait qu'il s'agissait d'un « *phénomène juridique à double face qui ne peut s'expliquer entièrement qu'en admettant qu'il se développe par des manifestations simultanées mais différentes voir opposés, dans chacune des sphères propres de deux ordres juridiques distincts* »²²¹. Il notait bien que pour l'ordre étatique, l'accord collectif était un contrat, mais que pour l'ordre professionnel celui-ci constituait un « *système en soit de droit objectif* »²²². Toutefois, l'auteur ne cachait pas que cette conception de l'Etat incarnant l'intérêt général pouvait faire l'objet de critiques, et reconnaissait que des intérêts privés pouvaient s'unir voire s'agglomérer contre l'Etat. Il en concluait qu'un ordre professionnel s'était bien érigé à côté et parfois contre l'ordre étatique²²³²²⁴, mais il lui semblait²²⁵ nécessaire que celui-ci conserve un rôle central englobant divers ordres juridiques ayant une dimension secondaire à son égard. Il en ressortait la reconnaissance de plusieurs ordres juridiques au sein desquelles la notion de « *relevance* » signifiait bien que les normes d'un ordre juridique se conforment à celles d'un autre. Il en découle que les normes étatiques sont considérées comme « *primaires* » et celles conventionnelles sont qualifiables de « *dérivées* ». Ce mécanisme constitue un mode de communication entre les deux ordres juridiques et se révèle notamment quand l'Etat s'approprie les règles de légitimation et détermination des acteurs professionnels (représentativité) afin d'imposer ses propres conditions de reconnaissance normative. Cette notion de « *relevance* » est donc effectivement particulièrement pertinente afin de mieux éclairer la théorie de la «

²²¹Santi ROMANO, « L'État moderne et sa crise », Rome, (Traduction française inédite par David SOLDINI), *loc.cit.* p.48. En effet, selon lui, « *la principale caractéristique de l'Etat moderne et, espérons-le, la plus durable, celle qui consiste pour l'Etat à se présenter comme la source unique de tous les pouvoirs publics, a précisément cette origine* ».

²²²Santi ROMANO, « L'État moderne et sa crise », Rome, (Traduction française inédite par David SOLDINI), *loc.cit.* p.48.

²²³Santi ROMANO, « L'ordre juridique », (traduction de Lucien FRANCOIS et Pierre GOTHOT), *op.cit.* p.48. Il fait clairement référence à la forme politique de l'Etat libéral issu de la Révolution française qui n'a voulu reconnaître que l'Etat et l'individu. Par la suite, l'universitaire développa une conception syncrétique des théories « *pluraliste* » et « *moniste* », selon laquelle il n'existe ni individu ni communauté qui soit au-dessus ou à l'extérieur de l'Etat. Cependant ce dernier ne doit pas constituer l'organe de domination d'une classe mais au contraire la synthèse des intérêts des composantes de la société.

²²⁴Santi ROMANO, « L'État moderne et sa crise », Rome, (Traduction française inédite par David SOLDINI), *loc.cit.* p.48. Selon l'auteur : « *Les foyers sociaux et les coopérations ont été supprimés et ont disparu, les communes ont été réduites à leur plus simple expression, seul l'individu étant réellement pris en compte par l'Etat : un individu, en apparence armé d'un nombre infini de droits emphatiquement et généreusement proclamés, mais dont es les intérêts légitimes sont dans les faits rarement protégés* ». (Citation p.7 de la traduction).

²²⁵Santi ROMANO, « L'ordre juridique », (traduction de Lucien FRANCOIS et Pierre GOTHOT), *op.cit.* p.48. Selon l'auteur : « *Naturellement cette résurgence des tendances corporatistes a base professionnelle, autrefois si florissantes mais qui avaient presque disparu avec l'essor de l'Etat moderne, est considéré comme le fait majeur de l'époque contemporaine : il s'agit moins du phénomène le plus général celui qui apparaît le plus sûr et le plus facilement identifiable* » ...« *toujours plus nécessaire et indispensable : l'existence d'une organisation supérieure capable d'unir, de tempérer et d'harmoniser les organisations mineures* » (citation p.14 de la traduction).

délégation ». Par son intermédiaire, l'Etat conserve un fort sentiment de maîtrise de son action tout en accordant une délégation de pouvoir aux protagonistes sociaux. Ces derniers sont soumis à la Constitution (ou la Loi) mais bénéficient de la reconnaissance juridique de leurs accords collectifs. Cependant, cette approche doctrinale peut également faire l'objet de critiques, car elle paraît dotée d'une ambiguïté essentielle. En effet, elle repose sur l'idée que deux ordres juridiques « *autonomes* » auraient la même norme de référence. A ce sujet, la professeure Stamatina YANNAKOUROU indique que : « *la relevance n'est pas une évidence mais une hypothèse à prouver selon le cas, tandis que les types variés de ses-manifestations-ou de ses -titres –conduisent à une différenciation des liens de communications développés entre les ordres juridiques* »²²⁶. Par conséquent, cette « *inclusion* »²²⁷ correspond-elle à une simple reconnaissance d'un ordre par un autre, ou implique-t-elle la subordination de l'un à l'autre ? En somme, l'intégration de la norme négociée à l'ordre juridique est-elle « *recognitive* » ou « *transformative* » ?

Le « monisme tempéré » et la théorie de la « réception ». La théorie de la « *réception* » peut se présenter comme une variante de celle de la « *délégation* » des protagonistes sociaux ou faire figure d'interprétation autonome des relations des deux ordres juridiques. En premier lieu, l'Etat intègre, par « *réception* » (ou « *reconnaissance* ») les normes conventionnelles extérieures au sein de son propre ordre juridique. Cette théorie recouvre alors un mécanisme consistant à transposer une réglementation faite par autrui et à l'accepter comme sienne. Les éléments de l'accord formé par les antagonistes sociaux se créent en dehors de l'Etat, mais celui-ci intègre le produit de leur négociation au sein de son ordre juridique. Selon cette hypothèse, l'ordre professionnel reste distinct de celui de l'Etat et ne détient sa juridicité que de lui-même. La réception ne signifie pas que l'un des deux ordres disparaisse au profit de l'autre mais qu'il se mettent en contact sans se confondre. Toutefois, il ne s'agit que de la reconnaissance d'une source formelle et non celle d'une source matérielle. Il en découle plusieurs difficultés concernant la place des règles conventionnelles dans la hiérarchie des normes. A ce titre, il semble que cette théorie reste subordonnée à la condition que les normes fondamentales des deux ordres soient proches ou tout du moins fortement conciliables²²⁸. C'est pour cette raison que, le professeur Nikitas ALIPRANTIS nous précise que l'acte de

²²⁶Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11 (citations p25).

²²⁷Santi ROMANO, « L'ordre juridique », (traduction de Lucien FRANCOIS et Pierre GOTHOT), *op.cit.* p.48

²²⁸Nous verrons que la construction en réseau de ces normes et leur nature, désormais « *hybride* » (Loi négociée), facilitent l'acceptation de cette hypothèse.

« *réception* » (ordre juridique étatique) n'est pas une simple reconnaissance juridique mais un acte de « *recréation* » des normes produites par l'ordre socio-professionnel car : « *l'ordre récepteur ne constate pas seulement l'institution des conventions collectives : il l'intègre dans son propre système juridique, il la recrée par la réception. La réception est un acte constitutif (créateur) et non pas seulement déclaratif* »²²⁹. Cet acte de « *recréation* » constitue une modalité de « *relevance* » assurant la conformité de la norme conventionnelle à la norme fondamentale de l'ordre étatique. Il nous semble possible d'y voir une forme d'exploitation (ou d'instrumentalisation) de l'ordre professionnel par l'ordre étatique²³⁰²³¹. Dans ce cas la théorie de la « *réception* » ne serait effectivement qu'un prolongement de la théorie de la « *délégation* ». En somme l'intervention du législateur serait uniquement déplacée à un autre moment. Dans le cadre de la théorie de la « *délégation* », l'Etat effectue en amont un acte « *recognitif* » des acteurs, mais par le truchement de la théorie de la « *réception* » (ou « *reconnaissance* »), il procède à une acception de leurs accords collectifs. Par l'entremise de cette délégation, l'Etat réalise bien un acte de reconnaissance (des acteurs) puis de réception (des accords) afin d'intégrer en son sein des normes créées à l'extérieur de son ordre juridique²³². Par le biais de ce mécanisme d'inclusion, les protagonistes sociaux se trouvent également dans l'obligation de se conformer à une série de règles et de principes fondamentaux issu d'un autre ordre juridique. Ce passage d'un ordre à l'autre constitue bien une « *transformation* » (ou une « *réception* ») juridique de l'acte²³³. A ce sujet, le professeur Nikitas ALIPANTRIS propose un syllogisme afin de mieux définir cette théorie : la convention de travail crée des règles de droits, l'Etat a le monopole de la création des règles de droit, c'est donc l'Etat qui confère aux protagonistes sociaux le pouvoir d'établir des règles de droits. Plus précisément, la Loi leur délègue ce pouvoir normatif puis l'Etat procède donc à une « *transformation* » (par le biais d'un arrêté

²²⁹Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46. L'auteur formule des réserves au sujet du courant « *pluraliste* » et se place d'une façon apparemment paradoxale dans une filiation « *moniste* ». L'universitaire considère qu'il ne peut exister d'ordre juridique autonome contre l'Etat et que la doctrine « *pluraliste* » encourt le risque de dévier dans une forme d'« *idéologisme* » et de « *sociologisme* » trop critique au sujet de l'Etat. Malgré ses critiques, il nous apparaît que la perspective tracée par ses soins reste tout de même proche de la vision pluraliste, car elle analyse avant tout l'articulation de deux ordres (étatique et socioprofessionnel).

²³⁰Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46.

²³¹En droit interne, il est possible de considérer que l'arrêté d'extension de la convention collective correspond bien à ce processus de « *recréation* ». Toutefois concernant l'accord d'entreprise, il doit être constaté qu'aucun phénomène de « *recréation* » équivalent n'existe.

²³²Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

²³³Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11. L'auteure indique à ce sujet que « *le concept de représentativité est l'un des instruments de la requalification normative de l'« autonomie collective » par le droit français. Il constitue une technique de juridification de cette sphère normative. Insérée dans le système étatique par le biais de cette technique l'« autonomie collective » est classée parmi ses sources et subit désormais des contraintes qui réduisent sa liberté d'exercice. Celles-ci convergent vers la notion d'ordre public barrière posées par l'Etat dans le but de soumettre en générale la liberté contractuelle à des intérêts plus vastes* ».

d'extension) et « *intégration* » des normes conventionnelles à l'ordre normatif étatique²³⁴. Si cette théorie de la « *réception* » présente l'avantage de corroborer une tradition de droit interne, il nous semble toutefois qu'elle peut faire l'objet de trois critiques principales. La première repose sur une inexactitude d'ordre historique, car la convention collective n'ayant fait l'objet d'une validation législative que par la loi de 25 mars 1919²³⁵, elle s'est donc construite de fait en dehors du droit étatique et de toutes formes de délégation légale (ou constitutionnelle). La seconde critique est d'ordre théorique, car elle ignore la dynamique propre aux antagonismes sociaux et laisse : « *échapper un parfum de corporatisme* »²³⁶. En effet, selon cette interprétation doctrinale, l'Etat restreint les pouvoirs des agents de la négociation qui doivent se plier aux conditions posées par sa « *délégation* ». Or, il s'avère que dans certaines situations, ils peuvent s'en échapper. Il en sera ainsi lors de la formation d'accord atypique ou lors de la signature d'accord de fin de conflit négocié en dehors de tout cadre légal²³⁷. La dernière critique est d'ordre juridique, étant donné que selon cette théorie, la négociation collective ne peut pas être considérée comme une véritable source de droit. En effet, l'autonomie des protagonistes sociaux est plus ou moins écartée au profit d'un ordre public exclusivement déterminé par la puissance publique. Se pose alors la question du périmètre et du contenu plus au moins directif de la délégation confiée aux protagonistes sociaux. En somme, par cette « *délégation* », l'Etat sélectionne les acteurs auxquels il indique la direction de leurs pourparlers et dont il contrôle la conformité des accords qu'ils nouent²³⁸. Par conséquent, s'il on parle de « *délégation* », l'« *autonomie collective* » se présente avant tout comme contrainte (voir restreinte), et induit en retour un certain nombre de critique.

²³⁴Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46.

²³⁵La Loi du 25 mars 1919, complétée et modifiée par celle du 25 juin 1919 introduit dans le livre 1er du Code du travail, tel qu'il avait été codifié en 1910, un chapitre IV bis du titre II « De la convention collective de travail », comprenant les articles 31 à 31v et 31x et 32.

²³⁶Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.31. Il s'avère que la théorie moniste distingue traditionnellement selon que le représentant reçoit son pouvoir de la Loi, d'un contrat ou d'une décision de justice, par conséquent : « *Au regard d'une telle distinction, la source du pouvoir confié aux syndicats représentatifs apparaît facilement repérable : c'est la Loi qui leur donne pouvoir de représenter* ».

²³⁷L'accord de fin de conflit n'est pas prévu par la Loi cependant le contenu de ce type d'accord collectif doit respecter la Loi.

²³⁸Georges BORENFREUND, « Pouvoir de représentation et négociation collective », *loc.cit.* p.14.

2.3. Le pluralisme juridique « *radical* »

A ce titre, la branche « *pluraliste* » de la doctrine considère que l'Etat n'a pas à intervenir au sein de l'ordre juridique professionnel protégé d'une séparation symbolique à ne pas dépasser. En effet, selon une partie de la doctrine « *pluraliste* », chaque ordre juridique serait exclusif et se suffirait à lui-même²³⁹, bénéficiant de son propre mode de fonctionnement et décidant de sa propre « *normativité* ». A cette vision d'un « *pluralisme radical* » au sein duquel l'Etat ne serait qu'un des centres de production juridique au même titre que les autres, s'oppose toutefois un « *pluralisme tempéré* » ou l'Etat représenterait l'ordre général englobant plusieurs foyers juridiques. Cette branche du droit estime logiquement que la production conventionnelle des normes ne repose pas sur une délégation du législateur mais sur la : « *capacité originaires d'autoréglementation des partenaires sociaux* »²⁴⁰.

Il découle de ce point de vue, la question de la nature normative (voire juridique) de stipulations conclues entre acteurs privés que nous ne manquerons pas d'étudier. Préalablement, nous examinons sa déclinaison la plus « *radicale* » renvoyant à une « *autonomie originaires* » des protagonistes sociaux, avant d'étudier ses variantes plus « *tempérées* ».

Le « pluralisme juridique » et la vision « organique » de la société. L'acceptation de cette vision doctrinale implique donc la reconnaissance d'un double phénomène. En effet, cela revient à admettre que les protagonistes sociaux sont maîtres du processus de création de leurs propres normes, et que celles-ci doivent s'ordonner non pas en fonction de la Loi (ou de principes constitutionnels) mais selon la norme fondamentale de l'ordre juridique professionnel en question²⁴¹. Cette approche des sources juridiques nous semble fonder sur l'observation pragmatique des faits, même si elle a pu avant tout apparaître comme une critique polémique de la vision classique (moniste) de l'Etat²⁴². En effet, les auteurs pluralistes ont beaucoup critiqué la représentation unitaire qui fait de l'Etat la seule source du droit au point de pouvoir parfois

²³⁹Gino GIUGNI, « La participation des travailleurs en Italie », Revue internationale de droit comparé. Vol. 28 n°4, 1976. p. 727-735.

²⁴⁰Georges BORENFREUND, « Pouvoir de représentation et négociation collective », *loc.cit.* p.14.

²⁴¹En dernier lieu la convention collective de travail peut remplir cette fonction, mais nous verrons que la place rehaussée de l'accord d'entreprise peut éclairer d'un nouveau jour l'approche pluraliste.

²⁴²Raymond Carré de MALBERG, *loc.cit.* p.33.

confondre l'Etat et le droit²⁴³²⁴⁴. Ils sont certes plus proches d'une réalité contemporaine en affirmant une place plus réduite de l'Etat, mais il nous semble que l'enjeu principal de cette doctrine n'est pas la définition de celui-ci mais celle du droit. En effet, ils considèrent que le droit n'est pas un ensemble uniforme dont la source est exclusivement étatique car sur un même territoire pourraient coexister plusieurs ordres juridiques distincts dépendant les uns des autres ou même en concurrence. L'ordre professionnel originaire se serait conçu comme un ordre parallèle à l'ordre étatique recouvrant également d'autres enjeux idéologiques notamment concernant la conflictualité des divers groupes d'intérêt au sein de la société. Cette théorie suppose des interactions entre des acteurs collectifs dont les intérêts entrent en conflits mais qui finissent tout de même par former un ordre juridique (ordre juridique professionnel)²⁴⁵. Certains auteurs considèrent que cet ensemble formé reste intrinsèquement marqué par la violence de leur affrontement (de classes sociales), alors qu'à l'inverse, d'autres y voient une institution²⁴⁶ rassemblant les uns et les autres. Pour certains s'ils participent d'un ensemble ils ne forment pas pour autant un « *organe* »²⁴⁷, alors que d'autres y trouvent les fondements de la notion germanique de « *communauté* »²⁴⁸²⁴⁹. Cette même notion de « *communauté* » peut être utilisée

²⁴³Raymond Carré de MALBERG, *loc.cit.* p.33. Ainsi pour l'auteur, l'Etat est seul investi de la puissance spécifique qui découle de sa souveraineté, fondement du monopole dont il bénéficie en matière de création du droit.

²⁴⁴Toutefois, il ne faut pas confondre deux approches « *monistes* » différentes. La première considère l'Etat comme un sujet créateur de droit alors que la seconde constatera que le droit et Etat sont synonymes. La première position est conforme à l'état de droit, au contrôle de l'action de celui-ci par une cour suprême. Quant à la seconde approche considérant l'Etat et le droit comme seul et unique phénomène, elle apparaît comme datée et reposant sur une position totalisante et exclusive qui méconnaît la complexité de la vie sociale moderne. Cette position nous semble également compatible (dans une certaine mesure) avec la reconnaissance d'un ordre juridique international.

²⁴⁵Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.*p.11.

²⁴⁶Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, *loc.cit.* p.41. Les auteurs citent Maurice HAURIU, « Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté », Cahiers de la Nouvelle Journée, Paris, Bloud & Gay, (1933 nouvelle ed 1986), Centre de Philosophie Politique et Juridique, université de Caen. En effet, celui-ci donnait la définition suivante de l'institution corporative : « *Une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures* ».

²⁴⁷Jean-Guy BELLEY, *loc.cit.* p.39. Au sujet de la pensée de Georges GURVITCH, l'auteur établit un lien avec Maurice HAURIU. Il indique que : « *Le droit social est d'abord essentiellement collectif. Il correspond à la sociabilité par interpénétration ou fusion des consciences individuelles. Il se définit comme droit d'intégration objective ou d'union intuitive dans un Nous, un ensemble. Directement influencé par la théorie de l'institution de Maurice Hauriou, le concept de droit social participe plus largement d'une conception solidariste plutôt que libérale de la dynamique des groupes et de la société. Dans cette conception, l'ordre social repose pour l'essentiel sur une régulation immanente et non extérieure aux individus d'une part, à la collectivité d'autre part* ».

²⁴⁸« *Gemeinschaft* » en allemand.

²⁴⁹Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, *loc.cit.* p.38. Les courants philosophiques et politiques (« *réactionnaire* » et inspiré du « *catholicisme social* »), n'abandonnent pas l'idée que le capital et le travail puissent se reconnaître : « *a priori, et par un acte de foi, un ascendant commun* ». Pour le seconde courant rallier à la République, il s'agit sous l'égide du principe de fraternité de construire une alternative pour la définition d'un « *bien commun* ».

sans charge idéologique²⁵⁰ afin de constater l'ensemble formé par les acteurs de la négociation collective²⁵¹. Par conséquent, la reconnaissance de cet ordre juridique peut donc être porteur de différentes dimensions idéologiques ou être neutre à cet endroit²⁵²²⁵³. Il en ressort néanmoins que la théorie « *pluraliste* » reste liée à une vision « *organique* » de la société et se base également sur un examen historique de la constitution de la liberté syndicale pour consolider ses fondations.

Le pluralisme juridique « radical » et la théorie de l'« autonomie originaire ». En effet, une série de travaux que l'on peut qualifier de thèse de l'« *autonomie originaire* » fait référence à ses prémisses au cours desquels les protagonistes sociaux auraient créé leur propre droit en dehors de l'Etat avant que ce dernier ne tente de le récupérer²⁵⁴. Au sujet de ce phénomène collectif ayant précédé l'intervention de l'Etat, le professeur André ROUAST évoquait la notion d'« *état de nécessité commune* »²⁵⁵, selon lequel les protagonistes sociaux se seraient trouvés dans le besoin de déterminer les règles entourant leurs propres conditions de travail. La professeure Stamatina YANNAKOUROU effectue également une référence indirecte à cette théorie en définissant l'« *autonomie collective* » comme: « *la capacité originaire des acteurs professionnels de produire des normes juridiques qui engagent les travailleurs* »²⁵⁶. A travers l'utilisation du qualificatif « *originaire* », l'auteure désigne bien une situation préalable au sein

²⁵⁰Hugo SINZHEIMER, *op.cit.* p.39. Selon l'auteur : « *A l'examen, le droit collectif s'est, en effet, révélé pour être issu directement du jeu des forces sociales, et non d'une autorisation légale. Les normes réglementant les conventions collectives sont nées elles-mêmes en dehors de la Loi....Mais le droit non-étatique se développe, et finit par embrasser dans les mêmes communautés entrepreneurs et ouvriers ; ce ne sont plus de simples relations de travail qu'il réglemente alors, mais les questions même de l'économie il devient un droit de communauté, Il considère les parties intéressées, non plus comme des groupes isolés, mais comme les membres d'un tout qui leur est superposé et qui les réunit dans une volonté unique.* ».

²⁵¹Michel COUTU, *loc.cit.* p.32. La pierre angulaire de la construction de SINZHEIMER repose sur les concepts « *d'autodétermination sociale* » (soziale Selbstbestimmung) et de « *droit autonome du travail* » (autonome Arbeitsrecht), notions que la doctrine travailliste francophone rend généralement, en les fusionnant, par l'idée « *d'« autonomie collective »* ».

²⁵²Emile DURKEIM, « *De la division du travail social* », Paris, Presses Universitaires de France, Quadrige, 2013, p.420. Selon l'auteur : « *Qu'à la base de l'organisation corporative ils forment des groupes distincts et indépendants, car leurs intérêts sont trop souvent rivaux et antagonistes. Pour qu'ils puissent prendre conscience librement, il faut qu'ils en prennent conscience séparément* ».

²⁵³Emile DURKEIM, « *Leçons de sociologie : physique des mœurs et du droit* », Paris, Presses Universitaires de France, Quadrige, 2015, p.368. L'auteur envisage la corporation comme une institution Il s'agit de garantir un équilibre et une autonomie dans la relation des groupes d'intérêts à l'égard de l'Etat.

²⁵⁴Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

²⁵⁵André ROUAST, « *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations* », Lyon, Université de Lyon. Faculté de droit, Thèse pour le doctorat. 1909, p. 434. L'auteur considère que le droit collectif découle d'un état de nécessité commun antérieur à la création de la convention collective. Ce droit s'impose aux individus se trouvant dans cet état de nécessité. Il se crée un lien entre eux constitutif d'une communauté. On observe que l'auteur n'étudie que la communauté de salariés sans y inclure les employeurs. Ce droit collectif précède la création des règles juridiques étatiques.

²⁵⁶Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

de laquelle les acteurs sociaux bénéficiaient d'un statut non encadré par le droit. De son côté le professeur Gérard LYON-CAEN fait référence à cette théorie « *originnaire* » en lui trouvant des allures anarchistes²⁵⁷. Toutefois, au sein des constats de fin de conflit d'où sont issues les conventions collectives, il décèle des traces contemporaines d'une « *autorégulation* »²⁵⁸ dont ni le juge ou l'administration : « *n'ont pas ensuite à remettre en cause un consensus quelconque mais à rechercher à lui donner son plein effet. La loi n'a pas posé des conditions trop strictes pour la validité de ce consensus. On se trouve devant un ordre juridique qui échappe à l'hétéronomie et se développe, que l'Etat le veuille ou pas, dans une autonomie totale* »²⁵⁹. Les situations choisies illustrent un pic d'antagonisme social dépourvu de cadre légal pour lequel il s'avère nécessaire que les acteurs se mettent d'accord sur les modalités de fin de conflit. La solution donnée à cet affrontement correspond à l'expression d'un pur rapport de force dénué de forme juridique²⁶⁰. Sur la base d'un constat de même nature, le professeur Gino GIUGNI décrit une tendance des relations intersyndicales à se poser comme un système doté de ses propres règles de compétences et de légitimation d'instruments singuliers de fonctionnement (théorie de l'ordre intersyndical)²⁶¹. Cet ordre juridique repose sur l'existence présumé d'un accord par lequel les employeurs et la collectivité des ouvriers se sont engagés dans une relation collective de relations professionnelles²⁶². Cet accord est considéré par l'auteur comme la

²⁵⁷Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.31

²⁵⁸Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.31. Selon l'auteur : « *L'ordre juridique des relations professionnelles est un ordre autonome* ».

²⁵⁹Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.31.

²⁶⁰Il en ressort un lien fort tissé entre les notions d'« *autonomie collective* » et de « *puissance* ». Il en résulte également que la naissance du pluralisme juridique (dans notre matière) correspond à un état de « *nécessité* » dans lequel ont été jetés les antagonismes sociaux. Les prémisses des relations professionnelles trouvent donc leurs sources dans cet affrontement mais également dans leur nécessaire résolution. Il s'agit également des traces de la naissance du lien consubstantiel crée entre la grève et la négociation collective.

²⁶¹Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11. L'auteure cite Gino GIUGNI, « *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva* » Milan, 1960 (édition 1977), Giuffrè, Théorie de l'ordre intersyndical : l'hypothèse de l'« *ordinamento intersindacale* » du système italien. Gino GIUGNI constate la tendance des relations intersyndicales à se poser comme un système doté de ses propres règles de compétences et de légitimation. Ce système se construit ses propres instruments de fonctionnement et ses propres mécanismes de sanctions. L'ordre juridique intersyndical ressort de l'existence présumé d'un accord par lequel les employeurs et la collectivité des ouvriers se sont engagés dans une réglementation collective des relations professionnelles. Avec cet accord censé être la norme fondamentale du système, les parties ont institué une communauté à base paritaire qui leur a permis de mettre en œuvre un système permanent des sources de droit. La reconnaissance réciproque des parties et leur décision de s'intégrer dans une structure permanente s'exprime dans quatre types de normes constitutives de l'ordre intersyndical : compétences exclusives des associations professionnelles auto légitimées, l'organisation de l'activité syndicale commune, niveaux de négociation collective et juridictions privées. L'ordre syndical est décrit comme dynamique, permanent, autosuffisant, exclusif et impénétrable. Si l'ordre intersyndical manifeste une quelconque relevance juridique pour l'ordre étatique qui entraîne sa réception par ce dernier, celle-ci ne se traduit pas dans une absorption de ses éléments. L'ordre reçu garde son autonomie et continue à obéir au principe d'auto-fondation.

²⁶²Gino GIUGNI, *loc.cit.* p.53. L'auteur fait référence à l'histoire des relations professionnelles italiennes de la seconde partie du 20^e siècle. Les différents textes constitutionnels à ce sujet n'ont jamais fait l'objet de ratification.

norme fondamentale du système permettant la reconnaissance d'une source de droit. La reconnaissance réciproque des parties et leur décision d'intégrer une structure permanente s'exprime sous quatre formes : compétences exclusives des associations professionnelles auto légitimées, organisation de l'activité syndicale commune, niveaux de négociation collective et juridictions privées. L'ordre syndical ainsi décrit assumerait le caractère d'un ordre dynamique permanent, autosuffisant, décrit comme exclusif et impénétrable. Le professeur Nikitas ALIPRANTIS semble faire également référence à cette thèse dans sa propre définition de l'« *autonomie collective* », présentée comme: « *le pouvoir d'autodétermination des agents de la négociation collective en vertu duquel ils créent leur droit propre de manière indépendante par rapport à l'Etat* »²⁶³. Selon cet auteur, la thèse de l'« *autonomie originaire* » offrirait des explications sociologiques intéressantes éclairant la genèse d'un pouvoir normatif collectif. Toutefois, il estime qu'elle resterait insatisfaisante car elle aurait le tort d'induire la négation du monopole étatique dans la création juridique²⁶⁴. Or, l'auteur note judicieusement que la simple intervention du juge dans les contentieux opposant les protagonistes sociaux signifie que l'Etat exerce un contrôle sur la convention collective de travail et en contrôlerait la validité. Il en résulte la marque d'une intervention externe à la sphère professionnelle réfutant quelque peu l'hypothèse pluraliste.

2.4. Le « *pluralisme tempéré* »

Partant également d'une analyse historique, une partie de la doctrine souligne le rôle ambivalent de la Loi à l'égard de l'« *autonomie collective* » et propose un bouleversement de perspective amenant justement à une vision « *pluraliste tempérée* ». Cette autre approche considère d'une certaine façon la loi comme subordonnée à l'« *autonomie collective* ».

Le « pluralisme tempéré » et la Loi subordonnée à l'« autonomie collective ». En effet, la loi peut s'identifier comme une limite, mais également constituer une garantie voire une consolidation de la notion d'« *autonomie collective* ». Selon cette optique, le professeur Hugo SINZHEIMER qualifie alors le droit étatique de « *secondaire* » par rapport à la norme

Les relations professionnelles ont fonctionné sur la base d'un accord entre les antagonistes sociaux. En effet, le système italien a créé ses propres règles « *extra étatiques* ». Retenons principalement de cet auteur que l'accord fondateur entre les parties de l'ordre juridique peut constituer la norme fondamentale nécessaire à la définition de cet ordre juridique.

²⁶³Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46.

²⁶⁴Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46.

substantielle « *primaire* » élaborée par les protagonistes sociaux²⁶⁵. Dans ce sens, le professeur Pierre VERGE insiste sur le lien intrinsèque rattachant le droit de la négociation collective et la liberté syndicale qui a été progressivement reconnu à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle au Canada²⁶⁶. Il souligne la distinction existante entre la liberté originelle de négocier et le droit de la négociation collective que reconnaît le régime général des rapports collectifs de travail. Il rappelle qu'à l'origine cette liberté n'était pas subordonnée à une structure légale particulière et se manifestait même en l'absence de toute reconnaissance étatique d'un droit de la négociation. A travers cette absence de cadre légal émergeait une volonté des acteurs sociaux d'établir librement et volontairement, suivant des modes et processus qu'ils déterminaient eux-mêmes, leur propre système normatif. L'auteur constate donc une certaine reconnaissance de fait de l'« *autonomie collective* » avant sa consolidation par la législation actuelle encadrant la négociation collective. Il fait bien ici référence à la théorie de l'autonomie « *originnaire* » mais reconnaît tout de même que cette notion peut s'appuyer sur la Loi pour prospérer, même si celle-ci constitue également sa limite. Il note que l'attitude de l'Etat à l'égard de cette notion varie suivant les contrées et les époques²⁶⁷²⁶⁸, car il peut l'ignorer, y laisser cours ou au contraire souhaiter s'y substituer²⁶⁹. Selon le professeur Pierre VERGE l'« *autonomie collective* » est le fait générateur historique déterminant la substance du droit de la négociation collective et plus généralement du droit du travail²⁷⁰. S'il est favorable à la thèse de l'« *autonomie originnaire* », il estime que cette volonté originelle des acteurs en faveur d'une « *autodétermination* » des conditions de travail a contraint l'Etat à forger un droit du travail. Il en ressort le dévoilement de l'existence d'un lien consubstantiel entre

²⁶⁵Hugo SINZHEIMER, *op.cit.* p.39. L'auteur partage et fait référence à l'analyse de GURVITCH : « *En premier lieu, le droit non-étatique est une - source primaire du Droit- ce qui veut dire que les formations juridiques ne sont pas l'œuvre de l'Etat, mais résultent directement des forces de la Société elle-même ; en d'autres termes, la création véritable du droit se produit immédiatement par les efforts et par les idées de ceux qui constituent le support des forces sociales...* » « *Il ne les a créées ni les unes, ni les autres ; il les constate comme des données, comme des institutions, comme des faits normatifs.* ». Il cite Frédéric II mourant : « *Je suis las de régner sur des esclaves* », (citation p.77).

²⁶⁶Pierre VERGE, « L'affirmation constitutionnelle de la liberté d'association : une nouvelle vie pour l'« *autonomie collective* »? », Les cahiers de droit, vol.51, n°2, 2010, p.353-374.

²⁶⁷Pierre VERGE, *Ibid.* L'auteur rejoint une modélisation dont une des premières ébauches a été effectuée par Hugo SINZHEIMER.

²⁶⁸Hugo SINZHEIMER, *op.cit.* p.39.

²⁶⁹Pierre VERGE, *Ibid.* De façon positive, la Loi peut faciliter la négociation collective en proposant des modes de médiation en cas de blocage. Ainsi l'encadrement légal de la grève permet un meilleur équilibre des forces entre les différents antagonistes sociaux, mais du même coup pose les limites du rapport de forces. De même si la Loi assure l'efficacité juridique de l'accord elle prévoit-à cette fin des voies juridictionnelles qui en contrôlent le contenu. Elle amplifie la portée juridique de la convention collective au-delà des seuls adhérents des syndicats signataires ; mais de façon négative, elle limite l'accès à la négociation en accordant (ou non) un titre d'habilitation par le mécanisme de la représentativité.

²⁷⁰Pierre VERGE, *Ibid.* Il note également que le droit du travail conjugue « *normativité publique et normativité privée* ».

pluralisme juridique et « *autonomie collective* »²⁷¹, posant la question de la juridicité des différentes normes découlant des divers foyers juridiques. Le professeur Michel COUTTU²⁷² procède à l'analyse comparée de la pensée de deux auteurs de référence sur ce sujet, Georges GURVITCH²⁷³ et Hugo SINZHEIMER²⁷⁴ qui soulignent tous deux un lien fondamental entre « *autonomie collective* » et pluralisme juridique. En effet, si l'« *autonomie collective* » désigne bien la « *faculté pour les collectivités de contracter librement et d'élaborer elles-mêmes des normes hors toute ingérence des organes de l'Etat* »²⁷⁵ alors cette notion implique nécessairement la reconnaissance d'un ordre professionnel dans un cadre juridique pluraliste. Une partie de la doctrine constate alors que la notion d'ordre professionnel se révèle dénuée de toute substance si elle n'est pas complétée par celle d'« *autonomie collective* ». Cette dernière doit donc s'entendre comme synonyme d'une capacité originaire de constituer un ordre juridique distinct de l'ordre étatique²⁷⁶²⁷⁷²⁷⁸.

La critique d'un pluralisme « radical ». Néanmoins, nombre d'auteurs doutent de la possibilité de cohabitation de plusieurs foyers juridiques dans un même espace social parce qu' : « *il n'est pas possible de servir deux maîtres* »²⁷⁹. Sur le fondement de la définition de l'ordre juridique ainsi présentée, la professeure Michèle BONNECHERE²⁸⁰ s'interroge avec scepticisme au sujet de la cohésion d'un éventuel ordre juridique professionnel, et n'envisage pas que celui-ci puisse être à la source d'un modèle social²⁸¹. Madame Cécile FOURCADE note que ce « *modèle* »

²⁷¹Guyline VALLÉE, « *Le droit du travail comme lieu de pluralisme juridique* », In « *Sociologie et société québécoise* »: Présences de Guy Rocher [en ligne]. Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 2006, (Disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/pum/15141>).

²⁷²Michel COUTTU, *loc.cit.* p.38. Les deux auteurs distinguent nettement parmi les sources du droit du travail: le droit étatique et le droit ouvrier. Ils jugent le premier (droit étatique) trop schématique et le second (droit ouvrier) autonome car issu de l'autodétermination sociale. Ce droit ouvrier fait concurrence à la Loi. Il relève également d'une dimension collective qui le distingue du droit civil et d'une dimension démocratique qui s'oppose à une forme d'absolutisme du pouvoir de direction au sein de l'entreprise.

²⁷³Pour Georges GURVITCH, le droit civil demeure le produit du droit étatique alors que le droit social revêt au contraire un caractère extra-étatique étant issu de l'association de collectivités extérieures à l'Etat.

²⁷⁴Hugo SINZHEIMER, *op.cit.* p.39. En effet, les travaux de l'auteur reposent sur les concepts d'« *autodétermination sociale* » et « *droit autonome du travail* ».

²⁷⁵Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

²⁷⁶Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

²⁷⁷Michel COUTTU, *loc.cit.* p.38. L'auteur corrobore ce point : « *si l'on rapporte l'idée de pluralisme juridique à la sphère du droit du travail, la notion décisive apparaît à l'évidence : c'est celle de l'« autonomie collective »* ».

²⁷⁸Hugo SINZHEIMER, *op.cit.* p.39.

²⁷⁹Otto PFERSMANN, « *Foster Ethel, Van de Kerchove M. De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit* », Revue internationale de droit comparé, vol. 55, n°3, 2003, p. 730-742 ;

²⁸⁰Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45. Selon l'auteur : « *l'on peut parler d'ordre juridique lorsqu'on se trouve en présence d'un ensemble normatif et institutionnel ayant une cohésion suffisante et conduisant à un modèle social* ».

²⁸¹Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45. L'auteure illustre son point de vue par l'analyse de l'arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de cassation du 29 mai 2001.

fait référence à une « *pratique sociale tenue pour source de règles d'emblée juridique que l'Etat serait tenu de reconnaître comme telle en même temps qu'il s'interdirait d'intervenir dans la sphère de cette négociation collective* »²⁸². Elle estime que cela « *ne correspond pas à notre ordonnancement juridique* »²⁸³. Selon le professeur Otto PFERSMANN s'il n'existe pas une norme fondamentale unique, se pose alors la question de l'ordonnancement des normes les unes à l'égard des autres, et par conséquent l'abandon de la cohérence de l'ensemble juridique ainsi qu'un risque d'« *anomie* »²⁸⁴. Mais selon l'hypothèse pluraliste, il semble difficile de déléguer au juge le soin de régler la question de la diversité de l'ordonnancement des sources juridiques²⁸⁵ en l'absence justement d'une norme fondamentale unique. Qui plus est, l'institution judiciaire ne représente pas un élément extérieur aux deux ordres juridiques mais bien un rouage essentiel de l'ordre juridique étatique. Les questions de la norme fondamentale et du contrôle judiciaire sont donc au cœur du débat²⁸⁶ et des critiques croisées des deux théories.

En conclusion, si les approches « *pluralistes* » paraissent éclairer de façon pertinente de nombreuses évolutions juridiques contemporaines, la querelle n'est pas éteinte, puisque la théorie « *moniste* » conserve toujours de très forts arguments. Les deux options « *tempérées* » de ces deux courants doctrinaux offrent de nombreuses pistes de réflexions car elles ont le mérite de proposer des interprétations englobantes autorisant un certain ordonnancement, ou ouvrant la possibilité d'un arbitrage judiciaire. Il relève par conséquent de la responsabilité du législateur de fixer les règles de validité, d'ordonnancement mais aussi les limites et les

²⁸²Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²⁸³Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²⁸⁴Otto PFERSMANN, *loc.cit.* p. 59. Selon l'auteur : « *Il n'y aurait plus du tout de système à prétention générale et présentant une efficacité globale au moins minimale, mais un assemblage nous imposant de manière aléatoire coordonné de décisions, de règles, de conventions. Eventuellement, certains nœuds de stabilité passagère peuvent-ils se former, mais un tel phénomène relève entièrement de l'actualité des rencontres et des rapports entre acteurs, et non de données normatives préalables. Un tel système instable présente trivialement les propriétés d'un réseau au sens des auteurs, et il est trivialement pluriel puisque par hypothèse il n'existe pas de coordination organisée, mais alors il ne s'agit pas d'un objet normatif offrant les propriétés minimales d'un ordre juridique.*» (Citation p.739).

²⁸⁵Otto PFERSMANN, *loc.cit.* p. 59. Selon l'auteur : « *Ensuite, on voit mal comment l'affirmation de l'autonomie ou même de l'« indépendance » d'un ordre juridique par un juge relevant d'un autre ordre juridique pourrait constituer en quelque manière que ce soit une démonstration de la thèse du pluralisme. Ce que dit un juge ne prouve nullement en soi l'argument que le juge soutient puisqu'il s'agit d'un problème théorique pour laquelle les auteurs doivent assumer eux-mêmes la charge de la preuve à l'aide d'arguments théoriques et s'ils voulaient dire que les dicta judicis constituent en tant que tels des démonstrations il aurait préalablement fallu prouver cette étonnante proposition* ». (Citation p.740).

²⁸⁶ Otto PFERSMANN, *loc.cit.* p.59. Selon l'auteur : « *Le réseau est par définition pluriel, il semble par conséquent présenter à première vue des avantages stratégiques pour la question du pluralisme et du monisme, à condition, toutefois, d'en construire un modèle cohérent et d'en assumer les conséquences* » (Citation p.738).

protections de ces normes conventionnelles²⁸⁷ car en : « *réalité cette autonomie [collective] n'existe que par consentement de l'Etat* »²⁸⁸. En effet, il semble assez manifeste que l'« *autonomie collective* » s'est construite en dehors de l'Etat puis s'est déployée dans l'hétéronomie²⁸⁹. Ainsi le professeur Michel COUTU constate que : « *l'autonomie collective constitue avant tout une manifestation extra étatique du droit social susceptible d'être renforcée par l'intervention de l'Etat. En ce sens l'autonomie collective n'est pas synonyme d'une simple autonomie des partenaires sociaux à laquelle elle se voit souvent assimilée dans une perspective neutre par rapport aux conflits opposant le patronat et le salariat* »²⁹⁰. Historiquement la doctrine juridique développe donc une approche systémique reposant le plus souvent sur la notion d'ordre juridique ayant : « *tendance à conceptualiser le droit selon des représentations imagées, allant de pyramide à la sphère, en passant par le système ou le réseau, représentant le droit comme un ensemble mathématique plus ou moins isolé* »²⁹¹. Or, il nous apparaît que ces formes de représentation sont quelque peu ébranlées par la notion classique de juridicité²⁹². En effet, si la doctrine peut adhérer à une vision essentiellement étatique du droit ou à une vision plurielle des foyers normatifs, elle ne cesse de s'interroger au sujet de la nature du droit, car celui-ci n'est pas seulement la norme mais l'entité qui la pose. Par conséquent après avoir recherché une réponse systémique, poursuivons notre analyse par une approche normative.

²⁸⁷Hugo SINZHEIMER, *op.cit.* p.39. L'auteur constate que : « *Dans toutes ces hypothèses, l'Etat s'affirme comme représentant la conscience collective de l'unité, c'est-à-dire la conscience que les forces autonomes de la Société ont besoin d'équilibre et doivent être mises en accord, sous peine de gêne et de dissolution du tout social.... Tant que la réalité ne sera pas conforme à cette supposition, la source secondaire « Etat » sera aussi indispensable, au point de vue social, que les sources primaires non-étatiques : elles se limitent réciproquement, ce qui signifie, au point de vue politique, que, si le législateur doit respecter les règles non-étatiques, dans leur contenu propre, il ne doit jamais oublier que l'ordre juridique d'un peuple exige le concours de ces deux catégories de sources. L'art du législateur consiste à trouver les justes limites de la libre croissance du droit non-étatique, et de l'intervention nécessaire du droit étatique.* ».

²⁸⁸Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.15.

²⁸⁹Marie Laure MORIN, « *La Loi et la négociation collective - concurrence ou complémentarité* », Droit Social, 1998, p.419.

²⁹⁰Michel COUTU, *loc.cit.* p.38.

²⁹¹Emmanuelle BERNHEIM, « *Le pluralisme normatif : un nouveau paradigme pour appréhender les mutations sociales et juridiques ?* », Revue interdisciplinaire d'études juridiques 2011/2, Vol.67, p. 1-41.

²⁹²Boris BARRAUD, « *L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (Première partie : présentation)* », Archives de philosophie du droit, 2013, 56, p.365-423. Selon l'auteur : « *La juridicité est la qualité de ce qui est juridique, de ce qui est droit. En conséquence, le définiendum de l'opération, l'objet à définir, est le phénomène juridique. Il ne s'agit pas, suivant un élan philosophique, d'envisager l'essence du droit. Les outils proposés s'inscrivent dans un cadre et un discours exclusivement descriptif, visant à mieux connaître et à mieux comprendre l'objet-droit* ».

3. Les théories « *moniste* » ou « *pluraliste* » : une approche normative

En l'occurrence, si l'« *autonomie collective* » est considérée comme une source formelle et matérielle du droit, cette reconnaissance a fatalement des conséquences sur la nature du droit. A ce sujet, le professeur Boris BARAUD, estime que la question du pluralisme juridique est « *problématiquement liée à celle de la définition du droit* »²⁹³. Par conséquent, il interroge l'étendue et les limites de la notion qui peut se définir comme suit : « *le droit est l'ensemble des normes produites par les institutions sociales puissantes, la puissance étant la capacité d'imposer physiologiquement et matériellement ses normes à leurs destinataires, et l'Etat étant pour l'heure la plus puissantes de toutes les institutions sociales, donc la source principale des règles de droit* »²⁹⁴. Toutefois, de façon étymologique « *normatif* » signifie « *caractère de ce qui est une norme* » et non pas « *caractère de ce qui est obligatoire* »²⁹⁵. De même, si l'Etat reste l'institution sociale la plus puissante, il est désormais concurrencé par d'autres institutions sociales en capacité d'assurer l'application de leurs propres normes. On retrouve ici les enjeux théoriques de notre sujet à savoir la recherche et la qualification de cette institution professionnelle qui nous semble proche de la notion d'« *ordre juridique* »²⁹⁶.

3.1. La nature de l'accord collectif

Dès lors que l'on conclut à l'existence d'un pluralisme juridique, il se révèle impérieux de s'interroger au sujet de la nature des stipulations nouées par les acteurs professionnels. Or, la création en « *réseau* » modifie les apparences, les consistances voire la nature de leurs dispositions.

La création en « *réseau* » de normes « *duales* ». En l'occurrence les accords collectifs sont-ils des normes ? Dans ce sens, la professeure Stamatina YANNAKOUROU indique que : « *l'hypothèse du pluralisme juridique paraît la seule apte à cerner les phénomènes juridiques inhérents à diverses formes d'organisation sociale dans le cadre nationale et multinationale*

²⁹³Boris BARAUD, « Théories du droit et pluralisme juridique : Introduction et conclusion. Théories du droit et pluralisme juridique - Tome II : « La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique », Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2017, p. 582.

²⁹⁴Boris BARAUD, *Ibid.*

²⁹⁵Boris BARAUD, *loc. cit.* p.61.

²⁹⁶Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11 (citation p.51). Selon l'auteure : « *Un ensemble normatif et institutionnel doté d'une cohésion suffisante et conduisant à un modèle social* ».

»²⁹⁷, peu importe que les ordres juridiques établissent (ou pas) des rapports de droits car : « *le concept d'ordre juridique est le moyen de saisir le droit en niant sa réduction à la norme* »²⁹⁸. A ce sujet, la professeure Emmanuelle BERHEIM utilise la notion de pluralisme juridique justement dans le but d'explorer les mutations sociales et juridiques²⁹⁹, considérant que cette option doctrinale marque le passage « *d'un mode de régulation fondé sur le principe de l'hétéronomie vers un mode de régulation fondé sur le principe de l'autonomie, le passage d'une soumission aux liens prescrits vers une exigence de liens consentis* »³⁰⁰. Il en résulte qu'au-delà d'une vision exclusivement systémique, l'approche pluraliste se confond avec une création en « réseau » de normes « *duales* ». A ce sujet, la « *théorie du réseau* » des professeurs François OST et Michel VAN DE KERCHOVE aménage les rapports entre les différents ordres juridiques sans prêter attention à la préservation de la spécificité juridique³⁰¹³⁰². Ainsi les deux universitaires observent : « *l'émergence de sources nouvelles ou en tout cas hybrides, résultant de l'interaction de ces différents niveaux de pouvoir, ou des compromis négociés qui s'établissent entre pouvoirs privés et publics* »³⁰³. Ils en concluent que : « *la prolifération et le brouillage des sources s'accompagnent, au second degré, d'une complexification des rapports des systèmes juridiques* »³⁰⁴.

3.2. La notion d'« *inter-normativité* » et les nouvelles consistances du droit.

La sociologie et le Droit tentent de saisir la complexité de la création en « réseau » de ces normes « *duales* ». Par conséquent, découvrons la notion sociologique éclairante d'« *inter-normativité* » avant de nous intéresser aux différents commentaires de la doctrine concernant les nouvelles apparences et consistances du droit.

La notion d'« *inter-normativité* ». En effet, la sociologie introduit une conception réflexive du droit, tentant moins de le définir (ou de le circonscrire) que de l'aborder au travers de sa

²⁹⁷Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11, (citation p.21).

²⁹⁸Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11, (citation p.21).

²⁹⁹Emmanuelle BERNHEIM, *loc.cit.* p.61.

³⁰⁰Emmanuelle BERNHEIM, *loc.cit.* p.61.

³⁰¹François OST et de Michel VAN de KERCHOVE, « *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit* », Saint Louis, Presses des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002, p 596. Les auteurs empruntent la citation à Henry BAKIS, « Les réseaux et leurs enjeux sociaux », PUF, 1993, p. 127, citant lui-même Michel SERRES, « La communication », Paris, Minuit, 1968, p. 248.

³⁰²François OST, « Sources et systèmes de droit », in « Quelles perspectives pour la recherche juridique ? » Yann AGUILA, Paris, Presses Universitaires de France, « Droit et justice », 2007, p. 117-120. (Citations p 118 et 120)

³⁰³François OST, *Ibid.* (Citations p.118).

³⁰⁴François OST, *Ibid.* (Citations p.120).

complexité. Au sujet de l'éventuel passage d'une norme entre différents ordres juridiques, la notion d'« *inter-normativité* » peut être un outil conceptuel utile généralement présenté de deux façons³⁰⁵³⁰⁶³⁰⁷³⁰⁸. Elle peut effectivement refléter l'étude du passage d'une norme d'un ordre normatif à un autre, mais peut s'entendre également de l'examen des interactions entretenues entre ces différents ordres normatifs. En effet, « *l'inter-normativité* » renvoie à cette logique de « *poly-centricité où chacun a un rôle à jouer* »³⁰⁹. Ce concept épistémique met donc en dialogue des normes de nature différentes, des acteurs appartenant à des ordres normatifs différents mais également des disciplines scientifiques différentes. Cette vision sociologique éclaire d'une nouvelle manière notre sujet et complète les développements de la doctrine au sujet des nouvelles apparences et consistances du droit.

Les nouvelles apparences et consistances du droit. En effet, la professeure Mireille DELMAS-MARTY estime que : « *le droit traditionnel des manuels et des codes n'a pas disparu mais il se trouve comme enveloppé par un droit différent mobile et flou - fluent* »³¹⁰. La transformation d'un droit « *dur* » en droit « *souple* » correspond à un ramollissement des textures des normes s'agissant moins d'imposer que d'accompagner. Selon le Conseil d'Etat³¹¹, le « *droit souple* » rassemble des instruments répondant à trois conditions cumulatives. Premièrement, ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant dans la mesure du possible leur adhésion. Deuxièmement, ils ne créent pas par eux-mêmes des droits ou des obligations pour leurs destinataires. Enfin, en dernier lieu, ils présentent par leur contenu et leurs modes d'élaboration un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit. La professeure Catherine THIBIERGE³¹² dégage trois facettes de ce droit « *souple* » : il apparaît « *flou* » (sans précision), « *doux* » (sans obligation) et « *mou* » (sans sanction). Au sujet des notions de « *droit souple* » et « *fluide* », Nicolas EMERIC indique bien que « *le but commun de ces deux étapes serait de déboucher les canalisations*

³⁰⁵André-Jean. ARNAUD, (dir.), « Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit », Paris, 2e édition, Librairie Générale du Droit et de la Jurisprudence, 1993, p.758.

³⁰⁶Karim BENYEKHEF, « Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation », Paris, Thémis, 2008, p.797.

³⁰⁷Adélie POMADE, « Penser l'interdisciplinarité par l'inter normativité. Illustration en droit de l'environnement », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, vol. 68, no. 1, 2012, pp. 85-106.

³⁰⁸Jean-Guy BELLEY, *loc.cit.* p.39.

³⁰⁹Adélie POMADE, *Ibid.*

³¹⁰Mireille DELMAS-MARTY, « Le Flou du droit », Paris, Presse Universitaire de France, 1986, p.336.

³¹¹Conseil d'Etat, (Directeur de la publication : Christian VIGOUROUX, président de la section du rapport et des études), « Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, Le droit souple », La documentation française, les rapports du Conseil d'Etat (ancienne collection-Etude et documents du Conseil d'Etat) n° 64, 2013, p.297.

³¹²Catherine THIBIERGE, « Réflexion sur les textures du droit », Revue Trimestrielle de Droit Civil, 2003, p.599.

socioéconomiques afin de fluidifier le jeu social, le bouchon étant généré par le calcaire juridique accumulé en strates au fil du temps »³¹³. Il ne s'agit plus de l'analyse de la texture du produit, mais de l'étude des modalités de sa fabrication par conséquent, le droit peut donc désormais être qualifié de « *souple* » mais également de « *fluide* ». Le professeur Nicolas EMERIC note à ce sujet que : « *techniquement le passage du droit dur au droit souple s'analyse comme une modification de la texture normative ; tandis que les flux normatifs s'analysent comme le résultat d'une mutation des modes de productions du droit, un droit produit en continue et à grande vitesse* »³¹⁴. Le droit « *fluide* » constitue donc une modification de sa production ainsi que la perception qu'il peut être fait de ce dernier. Il s'agit de créer un flux continu de signaux normatifs à l'adresse des sujets de droit. Ces derniers sont ajustés au fur et à mesure en fonction de la réaction qu'ils produisent sur leurs potentiels destinataires. Il nous apparaît qu'effectivement, le droit du travail se situe désormais au sein de cette « *internormativité* » contribuant à un droit « *souple* » et « *fluide* ». Les nouvelles apparences et consistances du droit s'inscrivent donc dans cette nouvelle relation plus « *horizontale* » de l'Etat et de la société³¹⁵. Les stipulations issues de la négociation collective pourraient bien correspondre à divers aspects de la nouvelle texture de droit et exerceraient leur propre influence sur la notion de juridicité. En effet, le droit négocié prolonge et par conséquent modifie la substance du droit imposé. Cette dialectique bouleverse l'essence des différentes normes concernées voir de la notion même de droit. La biologie utilise la notion d'« *hybridation* » afin de définir le croisement entre deux variétés d'une même espèce ou de deux espèces différentes. Par conséquent, cette notion biologique utilisée dans un cadre juridique peut constituer une image relatant de manière éclairante la transformation de la nature de certaines normes dans un système de pluralité d'ordre juridique. En effet, ce procédé (« *hybridation* ») correspond à la nature génétique de l'accord collectif : acte juridique négocié à caractère collectif, empruntant au droit civil, mais disposant cependant d'effets réglementaires, d'une nature complexe plus négociée qu'imposée, et résultant de plusieurs créateurs. Par conséquent, si un examen systémique de la notion d'ordre juridique nous amène à conclure qu'il existe un lien substantiel entre la notion d'« *autonomie collective* » et la vision pluraliste du droit ; l'analyse normative corrobore ce premier point tout en illustrant la modernité de l'accord collectif capable d'incarner plusieurs évolutions contemporaines du droit.

³¹³Nicolas EMERIC, « Droit souple + droit fluide = droit liquide. Réflexion sur les mutations de la normativité juridique à l'ère des flux », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2017/2 (Volume 79), p. 5.

³¹⁴Nicolas EMERIC, *Ibid.*

³¹⁵Le Conseil d'Etat, (Directeur de la publication : Christian VIGOUROUX, président de la section du rapport et des études), « Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, Le droit souple », *op.cit.* p.63.

En conclusion, l'« *autonomie collective* » est donc une notion équivoque pouvant renvoyer à une vision pluraliste du droit selon laquelle les protagonistes sociaux bénéficieraient d'une « *capacité originaire* » de produire des normes juridiques à caractère matériel ou procédural³¹⁶³¹⁷. Or, cette vision doctrinale impliquerait la démonstration de l'existence d'un ordre socio-professionnel normatif « *autonome* ». Cependant, plusieurs systèmes de relations professionnelles³¹⁸ démontrent que cet ordre professionnel peut parfaitement s'articuler avec une approche « *moniste* » du droit. En effet, au sein de plusieurs systèmes juridiques, les prérogatives des protagonistes sociaux sont juridiquement garanties par la Loi ou la Constitution. En droit interne, l'analyse historique démontre que la pratique de la négociation collective a précédé sa reconnaissance légale, et que le procédé ne fait pas directement l'objet d'une consécration constitutionnelle, si ce n'est par le truchement du principe de participation³¹⁹³²⁰³²¹³²². Par conséquent, le procédé n'apparaît donc que comme une éventuelle modalité d'application de celui-ci³²³³²⁴. Toutefois nous examinerons la part d'autonomie des normes conventionnelles que dans un second temps. En effet, en droit interne, les protagonistes sociaux bénéficient d'un titre légal de représentativité les habilitant à la négociation et la conclusion d'accords collectifs. Doit-on par conséquent rapidement en conclure que ce label serait le révélateur d'une absence d'« *autonomie collective* »? Or, la notion de représentativité a fait l'objet d'une nouvelle définition modifiant la nature de ce titre. Notre première partie sera donc consacrée à l'étude des modalités de la révision de cette notion mais également à l'examen de sa nouvelle substance.

³¹⁶Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

³¹⁷Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46.

³¹⁸ *Italie ou Allemagne*.

³¹⁹Alinéa n°8 du Préambule repris de la constitution de 1946 : « *Les travailleurs participent à la détermination collective de leurs conditions de travail* ». Cependant selon la décision du Conseil constitutionnel n° 93-328 DC du 16 décembre 1993, le déploiement du principe de participation n'a « *ni pour objet ni pour effet d'imposer que dans tous les cas cette détermination soit subordonnée à la conclusion d'un accord collectif* ».

³²⁰Marie-Laure. MORIN, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Droit Social*, 1997, p.25. Selon l'auteure, le principe de participation : « *donne une base constitutionnelle aussi bien au droit de la négociation collective à tous les niveaux qu'aux fonctions des représentants élus de l'entreprise, en les définissant comme des droits des travailleurs* ».

³²¹Isabel ODOUL-ASOREY, « Principe de participation des travailleurs et droit du travail », *Droit Social*, 2014, p.356.

³²²Isabel ODOUL-ASOREY, « Négociation collective et Droit constitutionnel, contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit », thèse, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2013, p.361

³²³Il en ressort que quand bien même la négociation a bien un fondement constitutionnel, le législateur détient bien le pouvoir de restreindre ou de favoriser ce droit à la négociation collective. Toutefois une éventuelle extension de l'ordre public absolue ne pourrait pas réduire à la portion congrue le domaine de la négociation collective.

³²⁴Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46.

Première partie :
L'autonomie des acteurs sociaux

Introduction de la première partie

Comme nous venons de l'examiner, la notion d' « *autonomie collective* » renvoie à divers débats concernant plusieurs notions juridiques. Elle peut effectivement incarner une hostilité à l'égard de l'Etat ou une forme moderne et nécessaire de renouvellement de ses relations avec la société. En effet, comment qualifier, ce regroupement d'acteurs privés aux intérêts différents mais capables de mener un processus de négociation débouchant sur la conclusion d'actes ayant des effets normatifs ? Bénéficient-ils d'une délégation étatique leur permettant de former ces normes ou bien s'agit-il d'un ensemble institutionnel cohérent, stable, vecteur d'un modèle social qualifiable d'ordre juridique professionnel ? En droit interne, les protagonistes sociaux bénéficient bien d'un titre légal de représentativité les habilitant à la négociation et la conclusion d'accords collectifs. Toutefois cette notion de représentativité a fait l'objet d'une nouvelle définition dont nous étudierons donc à la fois la substance mais également les modalités de sa formation. Par ailleurs, nous examinerons si les nouvelles règles de sélection des acteurs sociaux basées sur des critères objectifs décidés par ces mêmes protagonistes peuvent s'assimiler à une forme de reconnaissance mutuelle ou correspondent toujours à une habilitation hétéronome. Cet examen nous amènera à constater paradoxalement la réduction de la portée de ce titre légal, car nous découvrirons que la « *capacité conventionnelle* » des parties prenantes s'établit désormais sur d'autres ressorts majoritaires mesurés par le truchement de leur audience électorale. En fin de compte, ces évolutions nous mèneront à largement nous interroger sur la notion de juridicité des normes formées par ces acteurs privés.

Il en résulte qu'au cours de cette première partie nous étudierons la nature du titre légale de représentativité ainsi que ses récentes mutations. Nous examinerons donc la transformation d'un titre recognitif concédé par l'Etat en une habilitation conférée par les parties prenantes. Or, derrière cette transformation conduite par les acteurs sociaux, se révèle être l'affirmation d'une exigence d'une meilleure concordance entre représentants et représentés fondée sur les ressorts du nombre et de la majorité.

1. La notion de représentativité

Le titre légal de représentativité est la marque de l'intégration de l'« *autonomie collective* » à l'ordre juridique. Toutefois a fait l'objet d'une transformation. En effet, les protagonistes sociaux de concert avec l'Etat ont récemment conduit une transformation de la nature de cette notion qui peut désormais recevoir la qualification d'« *habilitation* » donnée par les parties prenantes à leurs représentants. Au sein des ressorts déterminés par leurs soins, les protagonistes sociaux désignent désormais leurs représentants capables de former les normes les concernant selon une règle de concordance mesurée sur la base d'une logique majoritaire. Il nous faut donc examiner les effets induits par ces évolutions sur notre modèle de relations professionnelles.

1.1. Une « *reconnaissance mutuelle* » ou un titre légal

Selon un apriori théorique, la « *reconnaissance mutuelle* » des parties prenantes serait la marque de l'« *autonomie collective* » alors que la notion de représentativité serait le révélateur de l'emprise de l'Etat sur les relations professionnelles. Toutefois, formulons l'hypothèse que la délivrance d'un titre légal de cette nature ne serait peut-être plus inconciliable avec la notion d'« *autonomie collective* ». En effet, en droit interne la notion de représentativité aurait fait l'objet d'une modification de nature, et par conséquent ne serait plus irrémédiablement incompatible avec celle d'« *autonomie collective* ».

1.1.1. La « *reconnaissance mutuelle* » des parties prenantes

Il ressort de l'examen des deux visions doctrinales précédemment étudiées (« *moniste* » et « *pluraliste* ») que le mode de sélection des acteurs professionnels aptes à former ces accords collectifs constitue le premier marqueur distinctif. Il en découle bien deux types distincts de systèmes de relations professionnelles diamétralement opposées se distinguant principalement par ce critère. Le premier d'entre eux reposerait donc sur la notion de « *représentativité* » alors que le second serait fondé sur la « *reconnaissance mutuelle* » des parties prenantes³²⁵.

³²⁵Michel LALLEMENT, « Sociologie des relations professionnelles », La Découverte, Collections Repères, 2008, p. 121. Selon l'auteur : « deux formes types de systèmes de négociations peuvent se détacher : dans une première forme l'Etat reconnaît les acteurs et organise les procédures de la négociation. Dans une seconde forme l'Etat se limite à entériner les accords comme sources de règles et laisse aux parties la liberté de décider des règles du jeu ».

La « reconnaissance mutuelle » des parties prenantes comme marque de l' « autonomie collective » . Par conséquent, le premier mode de sélection serait le signe de la puissance étatique délivrant (ou non) aux protagonistes sociaux un titre d'habilitation alors que le second mode serait essentiellement une mesure de la puissance des uns par les autres en dehors de toute intervention hétéronome. Ainsi, le système de relations professionnelles allemand réserve la négociation des conventions collectives aux seules organisations syndicales dites « *capables* »³²⁶ de négocier. Observons toutefois que cette notion fait tout de même l'objet d'un contrôle juridictionnel. En effet, selon la Cour Fédérale du travail, tel est le cas des organisations syndicales suffisamment « *puissantes socialement* »³²⁷ vis-à-vis des organisations patronales. Autrement dit, l'organisation syndicale sera jugée apte (« *puissante* ») si elle est en mesure d'exercer une pression et une contre-pression par rapport à la partie patronale. Le syndicat allemand ne représentant juridiquement que ses membres, sa puissance est principalement établie en fonction du nombre de ses adhérents mais également sur la base de sa capacité à exercer son droit de grève. En effet, en Allemagne, il existe plus qu'ailleurs un « *lien consubstantiel* »³²⁸ entre le droit de grève et le droit des conventions collectives³²⁹. Le syndicat « *puissant* » est donc celui bénéficiant d'un nombre important d'adhérents et faisant pression sur la partie adverse par le biais de la menace de la grève. Cette notion de capacité conventionnelle fondée sur la puissance de l'organisation semblerait apparemment s'opposer à celle de « *représentativité* ». En effet, le système de droit interne semble a priori proche du modèle défini par la théorie « *moniste tempéré* », selon lequel l'Etat délègue son pouvoir à des institutions privées à caractère social choisies par ses soins.

1.1.2. La notion de représentativité : un titre légal délivré par l'Etat

Selon cette interprétation, le label de représentativité constituerait un « *titre de légitimité* » matérialisant l'introduction de l'Etat au sein de la sphère des relations professionnelles, par conséquent poursuivons l'examen ce présupposé théorique par l'analyse de la notion légale de représentativité.

³²⁶ Patrick REMY, « *Le droit à la participation en droit allemand-codécision-codétermination-cogestion-autonomie collective* », Droit Social, n°12, 2015, p.974-986.

³²⁷ Patrick REMY, *Ibid.*

³²⁸ Patrick REMY, *Ibid.* L'auteur rappelle qu'en Allemagne, le droit de grève n'est pas un droit individuel à exercice collectif (France) mais un droit dont le titulaire est le syndicat (Allemagne).

³²⁹ Ce lien est en grande partie dû au fait que la signature d'un accord sur un sujet ouvre une période de « *paix social* » interdisant l'usage de la grève à ce sujet pendant la durée de vie de l'accord.

La notion de représentativité comme marque de l'emprise de l'Etat. A l'inverse d'autres systèmes juridiques au sein desquels l'Etat doit se tenir à l'extérieur de l'ordre professionnel et garantir aux protagonistes sociaux un domaine de compétence exclusif, le droit interne a longtemps donné le sentiment de réserver à l'Etat la définition de la représentativité en excluant les protagonistes sociaux de la détermination de ces critères. A ce sujet, la professeure Josépha DIRRINGER soulignait : « *la volonté de l'Etat de contrôler le pouvoir de représentation qu'il a progressivement reconnu aux syndicats de salariés* »³³⁰. L'auteure notait à juste titre que de cette façon la loi garantissait : « *le pouvoir de l'Etat contre l'immixtion des interlocuteurs sociaux* »³³¹. En droit interne, la notion de représentativité a donc longtemps incarné l'importance du rôle de l'Etat au sein de notre système de relations professionnelles³³². Néanmoins, ce label étatique n'est toutefois pas délivré de manière discrétionnaire, mais constitue un titre délégué aux organisations considérées comme les plus aptes à représenter, incarner, et porter l'intérêt professionnel d'une unité de travail, donnée en fonction d'une aptitude mesurée selon une série de critères objectifs. Par ailleurs, l'application de ces derniers critères fait également l'objet d'un contrôle juridictionnel. Enfin, ces critères ne sont plus dorénavant fixés de façon unilatérale par l'Etat mais de concert avec les protagonistes sociaux. En retour, cette reconnaissance légale consolide l'action de ces institutions privées qui peuvent souffrir de certaines faiblesses. Ce titre délégué par l'Etat aux organisations sélectionnées par ses soins, serait également un « *titre de relevance juridique de l'ordre professionnel pour l'ordre étatique* »³³³. Une passerelle s'appuyant sur la notion de « *représentativité* » serait donc tendue entre ces deux ordres juridiques. Par conséquent, la notion de représentativité ne se limiterait pas à une habilitation attribuée de façon verticale par l'Etat à des acteurs privés, mais pourrait également s'entendre comme la reconnaissance d'un fait social dont la création est antérieure à son intégration dans l'ordre juridique étatique.

Il ressort de ces deux illustrations que la distinction entre ces deux modèles semble moins nette. En effet, si le droit allemand (ou le droit européen) mesure un rapport de force entre deux parties, la représentativité française apprécie un rapport de légitimité du syndicat vis à des salariés. Qui plus est, ces deux systèmes de négociation collective fondent désormais leurs

³³⁰Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

³³¹Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

³³²Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11. Sur ce point, l'auteure constate que « *l'épaisseur de l'intervention de l'Etat dans le domaine ne permet pas de parler d'« autonomie collective » en droit interne* ».

³³³Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

choix sur la notion de « *capacité conventionnelle* » des protagonistes³³⁴. En droit interne cette notion est la condition de validité de l'accord collectif, alors qu'en droit allemand elle détermine les organisations aptes à négocier. Finalement, si l'existence ou l'absence de titre légal, constitue un indicateur permettant de rattacher le système juridique à l'un ou l'autre des modèles de type doctrinal, la délivrance de ce titre par l'Etat ne serait peut-être plus inconciliable avec la notion d'« *autonomie collective* ».

1.2. La définition fonctionnelle de la notion de représentativité

Afin de vérifier notre hypothèse, il nous faut donc examiner la définition historique de ce titre. En effet, ce rappel nous permettra de juger si ce label légal fait effectivement l'objet d'une modification ou d'un simple infléchissement.

1.2.1. La finalité et la nature de la notion de représentativité

Afin de mieux cerner cette notion de représentativité, commençons par l'analyse de sa finalité, et sa nature. Nous pourrions par la suite plus aisément juger de ses fonctions et de ses effets en droit interne.

L'« intérêt collectif de la profession ». D'un point de vue étymologique : « *représenter, c'est présenter à nouveau ou sous une autre forme, c'est-à-dire faire naître un groupe qui ne préexiste pas à sa propre présentation* »³³⁵. Il en résulte que la notion de représentation oscille entre fidélité et trahison sans pouvoir garantir une identité parfaite entre « *représentants* » et « *représentés* ». Juridiquement « *représenter* » correspond à une procédure en vertu de laquelle le « *représentant* » accomplit un acte au nom ou pour le compte du « *représenté* ». La notion de « *représentation* » peut donc se définir de manière fonctionnelle comme l'aptitude reconnue à une personne (ou à un groupe) de parler ou d'agir au nom d'un autre. L'expression peut apparaître tautologique, mais il est possible de définir la notion de représentativité comme « *la revendication d'une aptitude à représenter* »³³⁶. Par conséquent, commençons par explorer la finalité générale de ce titre d'habilitation visant à défendre les intérêts du groupe³³⁷ ainsi fondé.

³³⁴Le droit interne recourt désormais à une notion de capacité conventionnelle principalement mesurée sur la base de l'influence des organisations professionnelles.

³³⁵Nicole MAGGI-GERMAIN, Michel OFFERLE et Jean-Marie PERNOT, « Réformer la représentativité pour refonder la représentation », *Droit Social*, n° 3, 2014, p.244.

³³⁶Georges BORENFREUND et Marie-Armelle SOURIAU, « *Syndicats et droit du travail* », Paris, Dalloz, 2008, p.100.

³³⁷Lou Thomas, *op. cit.* p.24.

Selon l'article L.2131-1 du Code du travail³³⁸, les organisations syndicales ont pour vocation de représenter les intérêts des salariés, et s'expriment au nom de l'« *intérêt collectif de la profession* »³³⁹³⁴⁰, qui n'est ni l'intérêt du syndicat, ni la somme des intérêts individuels, ni même l'intérêt général. Rappelons que la liberté syndicale implique un pluralisme d'organisation et autorise le salarié à adhérer (ou ne pas adhérer) au syndicat de son choix. En droit interne, ce dernier geste ne peut être contraint par aucun moyen car l'adhésion individuelle n'octroie pas un avantage ou de prérogative juridique³⁴¹³⁴²³⁴³. Il en ressort donc l'existence de trois groupes : les adhérents de l'organisation représentative, ceux d'autres organisations professionnelles (représentatives ou non) et les salariés n'ayant adhéré à aucun syndicat. Or, l'organisation syndicale représentative est apte à représenter les intérêts des uns et les autres, car la notion d'« *intérêt collectif des salariés* » a un caractère universel et englobant, capable d'articuler l'individuel et le collectif³⁴⁴. Cependant, comme « *représenter* » ne signifie pas agir « *à la place* »³⁴⁵, les organisations syndicales ne sont pas les mandataires de chacun des salariés dont elles défendent les intérêts. S'il en était autrement, nous basculerions dans un autre système proche du mandat personnel ne distinguant plus contrat de travail et accord collectif³⁴⁶.

³³⁸Article L2131-1 du Code du travail.

³³⁹Marie-Laure MORIN, « *Principe majoritaire et négociation collective : un regard de droit comparé* », Droit Social, n 12, 2000, p 1080-1090.

³⁴⁰Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11. Selon l'auteure, la représentativité fonde le pouvoir du syndicat à représenter l'intérêt collectif de tous les salariés de la collectivité concernée.

³⁴¹Dans certains pays anglo-saxons (ou en Belgique) des unités de travail pratiquent le monopole d'embauche (« *closed shop* » ou « *atelier fermé* ») ne permettant l'embauche de salarié que sous condition d'adhésion à l'organisation syndicale habilitée. De même, il existe également, dans de nombreux systèmes de relations professionnelles (pays anglo-saxons, scandinaves ou Belgique) la possibilité pour les signataires d'un accord de réserver certains avantages aux profits des seuls salariés adhérents de leurs organisations représentatives (clauses dites de « *sécurité juridique* »). Une partie dominante de la doctrine considère qu'en droit interne ces types de clauses sont illégales car elles pourraient constituer une discrimination fondée sur l'appartenance syndicale et exercer ainsi une pression à l'égard des salariés pour les contraindre à adhérer à tel ou tel syndicats signataires de l'accord. En effet, l'article L.2134-2 du Code du travail dispose que : « *L'utilisation des marques syndicales ou des labels ne peut avoir pour effet de porter atteinte aux dispositions des articles L. 2141-5 à L. 2141-8. Tout accord ou disposition tendant à obliger l'employeur à n'embaucher ou à ne conserver à son service que les adhérents du syndicat propriétaire de la marque ou du label est nul* » Toutefois, aux marges du droit, deux branches professionnelles (dockers et imprimerie) ont pu pratiquer l'« *atelier fermé* ».

³⁴²Manuela GRÉVY, « *Syndicats professionnels : constitution et fonctionnement, Protection de la liberté d'appartenance syndicale* », Répertoire Dalloz, Mars 2012 (actualisation : Janvier 2016).

³⁴³Jean-Maurice VERDIER, *loc.cit.* p.14. L'autorisation de l'introduction de ce type de clause en droit interne exercerait une influence directe sur les adhésions des salariés à telle ou telle organisation.

³⁴⁴Josépha DIRINGER, *op.cit.* p.11. L'auteure indique « *que ce soit dans la manière d'encadrer la liberté syndicale ou de reconnaître aux salariés des droit à la participation, on note toujours le souci de vouloir reconnaître aux salariés pris individuellement une existence collective sans que les représentants des salariés n'effacent les individus qui composent cette collectivité* » (citation p.207).

³⁴⁵Valérie BERNAUD, *loc.cit.* p.16.

³⁴⁶Georges BORENFREUND, « *Pouvoir de représentation et négociation collective* », *loc.cit.* p.14. L'auteur précise : « *dans le même esprit, il est permis de douter que l'absence d'incorporation de la convention collective au contrat de travail constitue la marque tangible d'un pouvoir de représentation imparfait. En vérité seule la fusion du contrat de travail et de la convention collective, non l'incorporation de la seconde au premier, témoignerait sans équivoque d'une transposition rigoureuse du mécanisme privatiste de la représentation* ».

Cette approche assimilant l'intérêt collectif à la somme des intérêts individuels du groupe, porterait en germe « *un risque de glissement vers la représentation des intérêts d'autrui, ou encore vers le pouvoir au sens strict, tels qu'ils sont conçus en droit privé* »³⁴⁷. Or, en droit civil, la représentation des « *intérêts d'autrui* » concerne des cas où la volonté d'autrui n'existe pas ou ne peut pas exister. Dans ce cas, le titulaire du pouvoir bénéficie d'un mandat restrictif le contraignant d'agir dans l'intérêt de la personne empêchée. Il s'avère que les relations collectives de travail ne reposent pas sur ces mêmes présupposées. En effet, il est difficile de soutenir que les groupements de salariés (ou d'employeurs) ne disposent pas d'une volonté qu'ils ne peuvent pas exprimer. De plus, les organisations professionnelles bénéficient d'une liberté d'action plus large que celle que pourrait conférer un mandat impératif afin d'agir pour le compte d'une personne empêchée. Une restriction de cette nature constituerait une perte d'autonomie des organisations qui entraverait la négociation collective. La collectivité professionnelle des salariés (la profession³⁴⁸ ou le personnel) a donc un intérêt et une volonté propre non réductible à la somme des intérêts et des volontés individuels. Elle a donc une identité, mais ne bénéficie pas pour autant de la capacité juridique, car ce sont bien les organisations représentatives qui bénéficient du pouvoir d'engager sa volonté. Les juges civil

³⁴⁷Georges BORENFREUND, « Pouvoir de représentation et négociation collective », *loc.cit.* p.14.

³⁴⁸Michel LALLEMENT, *op.cit.* p.69. La profession est une notion sociologique qui apparaît plus large que la notion de métiers. Elle se constitue d'un groupe de personne exerçant une activité lucrative et utilisant des techniques communes. L'auteur ajoute à ce sujet que « *cet ensemble doit être doté au surplus d'une autonomie légitime et délibérée qui lui confère toute latitude pour déterminer qui peut ou non exercer ou non exercer l'activité professionnelle, pour fixer les modalités normales d'un tel exercice et mettre en œuvre des procédures d'auto contrôle assorties le cas échéant de sanctions* ».

et administratifs³⁴⁹ ont construit cette notion d'« *intérêt collectif de la profession* »³⁵⁴ et octroient une capacité d'action aux organisations syndicales représentatives dans le respect de l'intérêt de celles-ci³⁵⁵. Le défenseur de l'intérêt collectif³⁵⁶ d'un groupe d'individus, induit qu'il le représente et agit pour son compte au nom d'une certaine équivalence. Nous verrons que de nombreux éléments ci-dessus sont largement bousculés par diverses évolutions récentes. Par conséquent, poursuivons en précisant les notions de « *représentation* » et de « *représentativité* », qui selon les points de vue se confondent ou se distinguent. Nous aborderons ensuite les fonctions principales afin de mieux cerner la nature profonde de ce label.

La « représentativité » : équivalence d'identité ou aptitude à représenter. Les impétrants au titre d'habilitation prétendent donc être légitimes car ils se considèrent comme « *représentatifs* » du groupe. Il semble bien que la dimension revendicative induit une demande de reconnaissance de la part des intéressés. Or, en droit interne, la définition de représentativité a longtemps été imprégnée d'une culture philosophique et sociologique spécifique. Elle reflétait une vision « *essentialiste* » du syndicalisme selon laquelle chaque organisation syndicale était

³⁴⁹Cour de cassation, ch. réunies, 5 avril 1913, Syndicat national de la viticulture française, Sirey, 1920149, note. Dans ce sens, l'arrêt en question définit la personnalité propre du syndicat distincte de celle de ses membres et établit également l'existence d'un intérêt collectif distinct à la fois de la somme des intérêts de ses membres et de l'intérêt général.

³⁵⁰Pierre-Henri CIALITI, « *Efficacité et fonctions de la convention collective nationale-étude comparative de l'intervention légale en France et en Espagne* » Toulouse, IDETC, Université Toulouse Capitole I, 2013, Thèse p.1265. Au sujet de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 avril 1913 qui mit un point final à la controverse jurisprudentielle l'auteur indique : « *que l'action civile n'avait pas pour objet de donner satisfaction aux intérêts individuels d'un ou plusieurs de ses membres, mais bien d'assurer la protection de l'intérêt collectif de la profession envisagée dans son ensemble et représentée par le syndicat dont la personnalité juridique est distincte de la personne de chacun de ceux qui le composent* » (citation p.35).

³⁵¹Conseil d'État, arrêt du 27 mars 1925, Dalloz hebdomadaire, 1925, p. 311. Un arrêt du Conseil d'Etat du 27 mars 1925 dispose également qu'un syndicat représentatif (en l'occurrence un syndicat de pharmaciens) était apte à représenter la majorité des membres de la profession (syndiqués ou non).

³⁵²Sophie BEROUD, Jean-Pierre LE CROM et Karel YON, « Représentativités syndicales, représentativités patronales. Règles juridiques et pratiques sociales. Introduction », Travail et Emploi, n°131, 2012. Le décret du 16 janvier 1925 crée le Conseil national économique dont les membres sont désignés par « *les organismes professionnels ou sociaux les plus représentatifs* ».

³⁵³Alain CHATRIOT, « *La démocratie sociale à la française. L'expérience du Conseil national économique (1924-1940)* », Paris, La Découverte, 2002, p.420. Au sein du Conseil National Economique, l'appréciation de la représentativité fait l'objet de logiques divergentes : une logique comptable qui s'en tient à une comparaison des cotisations effectivement versées par chaque organisation alors que la logique d'activité tient compte également de l'activité déployée dans la défense des intérêts de la profession.

³⁵⁴Toutefois, nous verrons plus loin, que cette avancée prétorienne reprise par le législateur ne constitue pas à l'époque l'octroi à ces organisations d'un pouvoir normatif leur permettant d'engager des actes contraignant pour l'ensemble de la profession. Par ailleurs La Loi 12 mars 1920, a confié aux organisations professionnelles une compétence d'ester en justice au nom de l'ensemble de la profession.

³⁵⁵Nicole MAGGI-GERMAIN, Michel OFFERLE et Jean-Marie PERNOT, *loc.cit.* p.72. Les auteurs précisent : « *Le syndicat n'agit pas comme un mandataire de personnes privées, mais il est investi par les pouvoirs publics d'une sorte de mission sociale* ».

³⁵⁶Lou Thomas, *op. cit.* p.24.

par nature apte à défendre les intérêts d'une classe ouvrière constituant un groupe homogène. Comme le note le professeur Pierre ROSANVALLON, à l'origine le syndicalisme bénéficiait : « d'une sorte de légitimité sociologique »³⁵⁷ fondée sur un présupposé : « la spécificité de la cohérence des intérêts économiques qu'il incarnait »³⁵⁸. Il entendait s'identifier avec le groupe et « incarner une forme immédiate de représentation »³⁵⁹. Compte tenu de ce présupposé sociologique fondé sur l'homogénéité d'un groupe bénéficiant d'une communauté d'intérêt, il n'était pas nécessaire de faire la démonstration d'une proximité entre ce groupe et ses porte-paroles. En effet, par construction philosophique, l'organisation syndicale n'était pas le représentant de celui-ci mais tout simplement son prolongement. Il en découlait un système de relations professionnelles, ou toutes les organisations habilitées, quels que soient leur poids ou leurs puissances, étaient juridiquement considérées de façon équivalentes comme aptes à représenter l'ensemble du groupe. Or, si la structure du groupe social en question se fissure et que ces intérêts commencent à diverger, alors la relation d'équivalence s'étiole et la représentativité commence à s'affaïsser sur ses fondements³⁶⁰. Par conséquent doit-il exister une relation de correspondance entre les notions de « représentation » et de « représentativité » ? Au sein de la doctrine deux branches s'opposent sur ce point. Il s'avère que le professeur Hans KELSEN estime que la relation d'équivalence doit être parfaite à ce sujet car : « l'essence de la représentation consiste en ce que la volonté du représentant est la volonté du représenté »³⁶¹. Toutefois, une autre partie de la doctrine estime que les deux notions ne se confondent pas. Ainsi le professeur Jean-Maurice VERDIER rappelle que : « le lien entre représentativité et représentation est une relation de qualité à fonction ou pouvoir, la représentativité étant une qualité requise pour l'exercice d'une fonction et de pouvoirs pour lequel elle apparaît nécessaire »³⁶². Il en ressort qu'il n'existe pas une « une relation de correspondance exacte entre les deux notions »³⁶³ mais que la notion de représentativité est un titre octroyé à une organisation « apte » à représenter un groupe donné. Néanmoins si les deux notions ne se confondent pas, le titre de représentativité reste délivré sous condition d'« authenticité ». Il s'agit de rechercher une équivalence minimale et donc relative entre le groupe en question et le titulaire du label car l'organisation qui reçoit l'habilitation juridique

³⁵⁷Pierre ROSANVALLON, *op. cit.* p.13 (citation p.200).

³⁵⁸Pierre ROSANVALLON, *op. cit.* p.13 (citation p.200).

³⁵⁹Pierre ROSANVALLON, *op. cit.* p.13 (citation p.200).

³⁶⁰ La situation peut commencer à devenir très complexe si les organisations habilitées à le représenter poursuivent leur émiettement et dispersion.

³⁶¹ Hans KELSEN, *op.cit.* p.44.

³⁶²Jean-Maurice VERDIER, *loc.cit.* p.14.

³⁶³Jean-Maurice VERDIER, *loc.cit.* p.14.

(représentativité) est tout de même considérée comme « *la plus apte* » à se faire la porte-parole d'un groupe d'individus. Il relève de sa responsabilité de s'approcher au plus près des aspirations et défendre les intérêts du groupe représenté, mais ce titre n'implique pas que le « *représentant* » soit à l'image du « *représenté* ». Le professeur Jean-Maurice VERDIER précise qu' : « *une certaine distance est admissible entre la fonction et la capacité juridiquement requise pour l'exercer* »³⁶⁴. Toutefois, si les identités des uns et des autres peuvent être différentes, les intérêts des uns doivent correspondre à l'action revendicative des autres³⁶⁵. Ainsi, le représentant peut avoir une vision politique et philosophique structurée, utopique ou pragmatique, révolutionnaire ou réformiste, qui peut ne pas être partagée par l'ensemble (ou la majorité) des représentés. Dans ce cas, il n'y aura pas de correspondance parfaite entre les identités des représentants et des représentés. Toutefois le représentant, tout en ne se délaissant pas de sa large vision, devra rechercher les aspirations du groupe et en défendre les intérêts afin d'en porter les revendications concrètes. Ce travail établira sa capacité à représenter le groupe et lui délivrera une forme de « *légitimité* » à s'exprimer pour celui-ci. Dans cette hypothèse, la légitimité découlera de la correspondance entre les intérêts du groupe et la défense de leurs aspirations par leur porte-parole.

La « représentativité » : légitimité « institutionnelle » ou « identitaire ». A ce sujet, la professeure Adelheid HEGE distingue deux formes de légitimité : une « *légitimité institutionnelle* » et une « *légitimité identitaire* »³⁶⁶. La première découle directement des prérogatives du titre délivré. Par conséquent, elle se trouve quelque peu « *auto-réalisatrice* » : l'organisation bénéficiant du titre légal est légitime car ce titre crée cette qualité. Cependant la seconde forme de « *légitimité* » ressort bien de la capacité des représentants à fournir à leurs adhérents des « *modèles d'identification* »³⁶⁷ susceptibles de valider leur prétention à les représenter mais aussi leur capacité à organiser les différents segments du salariat et non certains d'entre eux³⁶⁸. La notion de « *légitimité* » a donc une dimension externe tournée vers les institutions, mais également une dimension interne à l'égard des éventuels adhérents. Ces deux dimensions semblent pouvoir se cumuler (ou se compléter) par ce que la délivrance du

³⁶⁴Jean-Maurice VERDIER, *loc.cit.* p.14.

³⁶⁵Emile ZOLA, « *Germinal* », Paris, 1885, les classiques de poche, Librairie Générale Française (Edition de 2017), p.605. Dans son roman l'écrivain illustre nos propos en rappelant qu' : « *Etienne parlait toujours, cherchant à convaincre DENEULIN de la légitimité de leur action révolutionnaire. Mais celui-ci répondait par le droit du travail* ».

³⁶⁶ Adelheid HEGE, « *La représentativité syndicale, sa reconnaissance, son renouvellement* », Chronique internationale de l'IRES, 2000, n°66, p.113-123.

³⁶⁷Adelheid HEGE, *ibid.*

³⁶⁸Sophie BEROUD, Jean-Pierre LE CROM et Karel YON, *loc.cit.* p.75.

titre d'habilitation octroie à son titulaire une « *légitimité institutionnelle* »³⁶⁹ source de mobilisation constitutive d'une « *légitimité identitaire* »³⁷⁰. Néanmoins, ces deux dimensions ne s'associent pas aisément car il existe un risque pour des organisations qui assurées de : « *se perpétuer, n'ont plus d'intérêt ou de capacité à démontrer leur représentativité sociale* »³⁷¹. Par conséquent, l'acquisition du titre d'habilitation légale, ne doit pas délier l'organisation professionnelle du fardeau de continuellement chercher l'assentiment des représentés. En définitive, il se forme donc une chaîne entre les notions d'« *authenticité* », « *représentativité* » et « *légitimité* ». Il en ressort également deux dimensions de la notion de « *représentativité* ». Une première substantielle (voir essentialiste³⁷²) reposant sur des critères numériques, sociologiques ou politiques par laquelle l'organisation professionnelle est une forme de représentation sociale. Une seconde plus formelle établie sur des critères de procédures³⁷³ et de reconnaissance juridique correspondant à un processus d'institutionnalisation de représentation légale³⁷⁴. Si la notion de représentativité a une double nature, elle remplit également plusieurs fonctions car ce label d'authenticité et de légitimité ne se réduit pas à une aptitude à négocier. En droit interne, la représentativité a longtemps été la source de la capacité conventionnelle des organisations professionnelles, mais n'a jamais constitué un titre limité uniquement au périmètre de la négociation collective, car il a toujours recouvert un spectre plus large équivalent à celui de la liberté syndicale.

1.2.2. Les fonctions de la notion de représentativité

En effet, si ce titre a donc pour finalité d'habiliter les organisations les « *plus aptes* » à représenter une collectivité d'individus, il confère à son titulaire une fonction d'expression des volontés, de défense des intérêts mais également de définition de l'intérêt de l'ensemble de la profession. Du fait de son caractère sélectif, il a aussi pour objet de réguler la représentation collective. Par conséquent après avoir examiné sa nature et sa finalité, nous analyserons ses fonctions d'unification, d'intégration, de négociation et de sélection qui se cumulent et se complètent. Ses diverses fonctions font de cette notion un titre capable de concilier la défense de l'intérêt collectif de la profession et le pluralisme.

³⁶⁹Adelheid HEGE, *loc. cit.* p.77.

³⁷⁰Adelheid HEGE, *loc. cit.* p.77.

³⁷¹Michel OFFERLE, « *Sociologie des groupes d'intérêt* », Paris, Montchrestien, 1998, p158 (*Citation.p.73*)

³⁷²Pierre ROSANVALLON, *op. cit.* p.13.

³⁷³Sophie BEROUD, Jean-Pierre LE CROM et Karel YON, *loc.cit* p.75.

³⁷⁴Jean-Maurice VERDIER, *loc.cit.* p.14.

La « représentativité » : fonctions d'« unification » et d'« intégration ». Grâce à la liberté syndicale, les salariés bénéficient d'une forme juridique (syndicat) qui peut porter leur volonté. En effet, si le collectif de salariés constitutif de la notion de personnel ne bénéficie pas de la personnalité civile, il peut affirmer son identité et défendre ses intérêts par le biais des représentants titulaires de ce titre. La représentativité permet l'articulation de l'expression individuelle et collective des intérêts des salariés. Elle peut se représenter comme un prisme juridique permettant de saisir les rapports de travail dans leur dimension collective. En effet, cette notion constitue une technique juridique d'organisation de la profession qui a excellemment réalisé sa fonction intégratrice. Par son truchement, l'Etat a délimité les frontières du périmètre des professions et par conséquent consolidé leurs identités. La représentativité a été un outil au service de l'Etat mais également des différentes professions qui par cette fonction ont accompli leur unité. En effet, la notion induit la construction d'un groupe qui ne préexistait pas en tant que tel antérieurement à l'acte d'habilitation. Sa reconnaissance fonde la représentation de la profession et constitue donc un facteur d'intégration. Les contraintes juridiques de cette notion imposent une délimitation du périmètre de la profession à l'origine de la constitution de l'identité de celle-ci³⁷⁵. L'intérêt commun n'est pas suffisant pour constituer une assise durable, alors que les identités collectives fondent plus solidement le socle de la représentation du groupe. La notion de représentativité favorise donc l'autonomie et l'intégration du groupe par sa délimitation³⁷⁶. Cette fonction intégratrice visant à l'homogénéisation du groupe représenté est très forte dans notre système de relations professionnelles. Au-delà de ces considérations, la notion remplit également une fonction externe car elle autorise la création de relations avec d'autres acteurs³⁷⁷. Elle transforme la collectivité de salariés (ou employeurs) qui en est titulaire en une institution capable de dialoguer avec d'autres institutions. A son origine, le mouvement ouvrier avait une vocation de transformation radicale de la société et ne s'envisageait pas comme une utilité au service de l'Etat. Il apparaît que les protagonistes sociaux ont plus ou moins accepté ce rôle (voir le revendique désormais) et que la notion de représentativité a donc contribué à leur institutionnalisation. La reconnaissance du titre de représentativité est donc un acte fondateur

³⁷⁵Jean-Marie PERNOT, « L'affiliation syndicale le sens de la représentation syndicale », Droit Social, 2013, p.306 L'auteur précise à ce sujet : « *Il est possible de représenter la représentation comme une tension entre deux dimensions en partie contradictoires, la double nécessité tout à la fois de l'autonomie et de l'intégration* ».

³⁷⁶Nicole MAGGI-GERMAIN, Michel OFFERLE et Jean-Marie PERNOT, loc.cit. p.72.

³⁷⁷Georges BORENFREUND, « Pouvoir de représentation et négociation collective », loc.cit. p.14. L'auteur constate qu'autour du rôle ainsi assigné à l'idée de représentation (des salariés) gravitent deux fonctions étroitement enchevêtrées « *La représentation favorise l'apparition des collectivités de salariés et dans le prolongement, elle rend possible des relations entre ces collectivités et les autres acteurs du champ social* ».

fixant les limites de ce groupe³⁷⁸ répondant également à un besoin de l'Etat de dialoguer avec un acteur social³⁷⁹ en capacité de canaliser et d'organiser diverses formes de conflictualités.

La « représentativité » : la fonction de « négociation ». A ce titre, la troisième fonction est celle de la négociation qui doit conduire à des compromis et des résultats.³⁸⁰ La conclusion de la convention collective est un des actes fondateurs de la profession qui matérialise son existence. Il en ressort également qu'historiquement par le biais de l'extension ainsi que d'autres outils juridiques, l'Etat a participé à la modélisation des différentes branches d'activités et professions. Ces différentes dimensions permettent de construire une culture et une identité commune aux salariés appartenant à cette profession. Par conséquent, la représentativité est à l'origine de la reconnaissance de la constitution du groupe professionnel et de ses valeurs, mais fonde avant tout sa capacité d'action.³⁸¹ Il s'agit d'un titre qui confie à son titulaire la charge de défendre les intérêts des membres du groupe qu'il représente, mais correspond également à un moyen de réguler la diversité de ses titulaires.

La « représentativité » : la fonction de « sélection ». En effet, malgré un mode sélectif, la représentativité autorise l'émergence de plusieurs organisations tout en évitant un trop important émiettement de la représentation préjudiciable aux intérêts des salariés. Elle introduit une formule plus au moins équilibrée entre une forme de « *cohésion* » syndicale, indispensable à la défense des intérêts des salariés, ainsi qu'une « *multiplicité* », permettant l'expression de diverses sensibilités³⁸². La garantie constitutionnelle apportée au pluralisme syndical n'induit pas une égalité absolue entre les organisations légalement constituées³⁸³³⁸⁴. La liberté individuelle d'adhésion syndicale n'exige pas que tous les syndicats disposent des mêmes

³⁷⁸Jean-Marie PERNOT, *loc.cit* p.79.

³⁷⁹Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11. Selon l'auteure « *Cette production d'autonomie est essentielle car elle stimule les identités communes nécessaires à la représentation* ».

³⁸⁰Nicole MAGGI-GERMAIN, Michel OFFERLE et Jean-Marie PERNOT, *loc.cit.* p.72.

³⁸¹Nicole MAGGI-GERMAIN, *loc.cit.* p.17.

³⁸²Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11. L'auteure indique à ce sujet que « *le concept de représentativité comporte un mécanisme de sélection qui introduit une discrimination entre syndicats égaux en créant deux groupes d'organisation seules dotées de la qualité de représentativité ayant une plénitude de prérogatives dans l'organisations de la profession dont l'aptitude à exercer des pouvoirs légaux dans le but de représenter défendre gérer ou administrer l'intérêt collectif* » (citation p.108).

³⁸³Décision du Conseil constitutionnel n°83-162 du 20 juillet 1983 portant sur la démocratisation du secteur public.

³⁸⁴Léo HAMON, « *Emploi, démocratisation du secteur public et Sécurité sociale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* », Droit social, mars 1984, n° 3, p. 163-170. Le juge constitutionnel estime que le législateur peut introduire des différences de traitement entre les différentes organisations syndicales considérées comme représentatives.

attributions et prérogatives³⁸⁵³⁸⁶³⁸⁷³⁸⁸. La liberté syndicale n'interdit donc pas des différences de traitement entre organisations représentatives et non représentatives ainsi qu'entre les différentes organisations représentatives. Remarquons que ce label constitue une sécurité juridique³⁸⁹ et donc un élément déterminant du choix du salarié au moment de son éventuelle adhésion. Les règles relatives à la représentativité ont donc une influence directe sur les modalités de fonctionnement internes et externes des organisations qui en bénéficient (ou non)³⁹⁰. Il en ressort une forme de hiérarchie entre celles-ci qui permet le maintien d'une pluralité d'organisations bénéficiant d'attribution différentes.

La « représentativité » et le pluralisme des protagonistes. En droit interne, la notion de représentativité a donc pour objet et pour effet de favoriser le pluralisme³⁹¹. En effet, une série d'équation contribuant à l'équilibre général des relations professionnelles privilégiant cette notion au détriment d'autres considérations tels que notamment l'autonomie à l'égard de l'Etat, ou la puissance réelle de contre-pouvoir des organisations professionnelles. En droit interne, les notions de « pluralisme » et de « représentativité » sont donc consubstantiellement liées. Cette alliance est ambivalente car constituant une garantie et une limite à la liberté syndicale³⁹². Cela correspond à une limite lointaine car il s'agit plus d'une « sélection » que d'une réelle « habilitation ». En effet, au sein d'un ressort donné, le label est délivré à toutes les organisations

³⁸⁵Décision du Conseil constitutionnel n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010. Les organisations syndicales qui, selon leurs statuts, ont vocation à représenter certaines catégories de travailleurs et qui sont affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale ne se trouvent pas dans la même situation que les autres organisations syndicales. En prévoyant que, pour les organisations syndicales catégorielles, le seuil de 10 % est calculé dans les seuls collèges dans lesquels elles ont vocation à présenter des candidats, le législateur a institué une différence de traitement en lien direct avec l'objet de la Loi. Il n'a pas méconnu le principe d'égalité.

³⁸⁶Décision du Conseil constitutionnel n° 2010-63/64/65 QPC du 12 novembre 2010. Par sa décision n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010, le Conseil constitutionnel avait déjà déclaré l'article L. 2122-2 du Code du travail conforme à la Constitution. Il a donc jugé qu'il n'y avait pas lieu de procéder à un nouvel examen de la constitutionnalité de cet article.

³⁸⁷Jean-Marc BERAUD, « Les nouvelles règles relatives à la représentativité syndicale et à la représentation catégorielle sont-elles compatibles avec la Constitution ? », *Revue du droit du travail*, 2010, p.564.

³⁸⁸Gabriel ARTERO et Stéphane BEAL, « *Doit-on maintenir des règles particulières pour les syndicats catégoriels ?* » *Revue du droit du travail*, 2010, p. 556

³⁸⁹Josépha DIRRINGER, *op.cit. p.11*. Selon l'auteure : « *Si du point de vue des syndicats, la représentativité apparaît d'abord comme une limite, quoique légitime, à leur liberté d'action, elle est du point de vue des salariés représentés, une garantie que leurs droits soient exercés conformément à leurs aspirations* », (citation p.133)

³⁹⁰Cécile FOURCADE, *op. cit. p.11*. Selon l'auteure par ce biais l'Etat pénètre très profondément au sein du système de relations professionnelles.

³⁹¹Nous verrons que le législateur peut faire le choix d'une pluralité plus restreinte d'organisations et entretenir l'espoir de resserrer les liens entre les organisations représentatives et leurs représentés. Dans ce but il serra amener à modifier les critères de sélection de cette habilitation et éventuellement conférer des prérogatives différentes à des organisations bénéficiant par ailleurs du même titre d'habilitation.

³⁹²Cécile FOURCADE, *op. cit. p.11*. A ce sujet, l'auteure rappelle que : « *La représentativité syndicale est une conséquence de notre conception de la liberté syndicale. Toutefois l'exigence légale de représentativité atténue la portée du principe constitutionnel de pluralisme syndical et de liberté d'adhésion.* » (Citation p.171).

réunissant une série de critères objectifs³⁹³. Par conséquent leur titulaire ne bénéficie pas d'un monopole et partage ce titre avec toutes les organisations concurrentes jugées « *les plus aptes* » à le recevoir. Au sein d'autres systèmes de relations professionnelles, l'autorité compétente habilite une seule et unique organisation considérée comme « *la plus apte* »³⁹⁴. Ces deux modalités interprètent de façon différente la notion de représentativité. En effet, l'« *habilitation* » induit l'unicité syndicale et repose sur un système très sélectif. Par conséquent un très grand nombre d'unités de travail ne dispose d'aucune organisation professionnelle représentative. Toutefois celle qui parvient à recevoir cette habilitation bénéficie d'un statut correspondant à un « *monopole* » et de larges prérogatives. De son côté, le pluralisme syndical repose sur des critères plus modestes. Au sein de ces systèmes, les organisations représentatives sont plus nombreuses et présentent dans un grand nombre d'unité de travail. Toutefois, dans ces différents ressorts elles s'y retrouvent souvent en position de concurrence. Le pluralisme syndical est le fruit d'un choix politique interne ancien ayant tranché entre deux options bien différentes : mettre en place un syndicalisme obligatoire allant de pair avec un syndicat unique (par unité de travail) ou autoriser un pluralisme tempéré associé à une liberté d'adhésion. La formule de l'unicité syndicale représente plusieurs atteintes à de nombreuses libertés à commencer par celle d'adhérer ou non à une organisation. Elle contraint également l'expression de visions différentes de l'engagement syndical. Toutefois, elle peut se déployer suivant des modalités visant à la tempérer³⁹⁵. Ainsi, par le biais de l'« *habilitation* », la loi peut consacrer de façon générale le pluralisme, mais organise une unicité syndicale dans la singularité de chacune des établissements. Ainsi la liberté syndicale est respectée mais au sein des différents ressorts la délivrance du titre d'habilitation éteint la concurrence³⁹⁶. Cette formule de la notion de représentativité visant à concilier des objectifs contradictoires (pluralisme et unicité syndicale) a été forgée à une période concomitante à celle où le droit interne faisait le choix

³⁹³ Jean-Maurice VERDIER, *loc. cit.* p.14. Selon l'auteur : « Dans un système de relations professionnelle comprenant une unicité syndicale, la représentativité correspond à un mode d'habilitation.... Dans un système de relation professionnelle organisant un pluralisme syndical et qui permet la présence d'une pluralité de syndicats aux divers niveaux de négociation, la représentativité correspond à la fois à un système d'habilitation mais également de sélection des organisations les plus aptes à représenter les membres du groupes en question ».

³⁹⁴ Le principe d'unicité syndicale définit le ou les critères déterminant cette sélection. Aux États-Unis ou au Canada l'organisation regroupant un nombre d'adhérents représentant l'équivalent de plus de la moitié des salariés de l'unité de travail reçoit un titre d'habilitation lui conférant le monopole de la représentation et de la négociation des intérêts du groupe.

³⁹⁵ Il est possible de concilier pluralisme syndical et unicité syndicale. Au sein de ce système plusieurs organisations syndicales sont en compétition, mais quand elles ont fait la démonstration de leur représentativité au sein d'une unité de travail, elle bénéficie alors d'un monopole de la représentation.

³⁹⁶ L'adhésion au syndicat bénéficiant du « *monopole* » de la représentation au sein de l'unité de travail n'est pas rendue obligatoire, mais les salariés se trouvent dans l'obligation de contribuer financièrement à son bon fonctionnement.

d'un équilibre différent³⁹⁷ au sein de ces mêmes ambivalences³⁹⁸³⁹⁹. Il en résulte qu'en droit interne, le tire de représentativité ne recherche pas un lien d'authenticité (ou de proximité) absolu, mais sélectionne les organisations bénéficiant d'une représentation suffisante (minimale) mais également relative (les unes par rapport aux autres). Par son biais, le législateur pouvait faire le choix de critères de sélection induisant une certaine distance entre représentés et représentants, car la diversité permettait l'expression plurielle de sensibilités et donc de manière globale une certaine correspondance entre les aspirations de représentés et leurs représentants. En somme, tout le monde y trouvait son compte mais personne n'y puisait sa puissance, car ce mode doux de sélection rendait « viable »⁴⁰⁰ le pluralisme⁴⁰¹.

Par conséquent, formulons la définition suivante de la notion de représentativité en droit interne soit : « *l'aptitude concrète d'un syndicat à représenter au-delà des intérêts de ses membres, ceux d'une collectivité ; c'est la conjugaison de l'idée de pluralisme syndical sous entendue par le principe de liberté syndicale et l'exigence d'un mode d'habilitation n'admettant que les plus représentatifs aux fonctions de participation* »⁴⁰². Sur la base de cette définition nous pouvons poursuivre l'exploration de cette notion par l'examen de sa formation historique.

³⁹⁷Le National Labor Relations Act (Loi nationale sur les rapports syndicaux) ou Wagner Act (nom du sénateur porteur de ce texte). Cette Loi fédérale a été signée par le président des Etats Unis, Franklin Delano ROOSEVELT dans le cadre de sa politique de New Deal en 1935.

³⁹⁸Ce choix du pluralisme a fait l'objet d'un solide débat parlementaire en 1936 entre le futur président de l'IVe République René COTY (René Coty fut également en 1910 l'avocat du syndicaliste Jules Durand des docs du Havre) et le président du conseil de l'époque Léon BLUM. Le premier était l'apôtre d'un système pluraliste et le second l'avocat de l'unicité syndicale.

³⁹⁹Intervention de Léon Blum, président du conseil, Sénat, séance du 17 juin 1936, (JORF du 28 juin débat). Ce dernier favorable à un syndicat unique tenu à cette occasion les propos suivants : « *nous ne nous plaçons pas sur le même plan que les régimes totalitaires ; nous n'essayons pas de faire une organisation de la profession par la volonté, sous l'ordre et sous le contrôle du pouvoir central. Cependant, nous tentons un commencement d'organisation et cette tentative est condamnée d'avance si, à l'intérieur des débats d'où sortiront les conventions collectives, si nous introduisons la multiplicité d'organisations patronales et d'organisations ouvrières déjà animées les uns et les autres d'un esprit de concurrence et de rivalité* ».

⁴⁰⁰Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11 (citation p.185 en référence à Marie-Laure MORIN, loc.cit. p.341).

⁴⁰¹Cette alliance aboutit à la création d'un oligopole syndical au profit de quelques grandes confédérations disposant de prérogatives substantielles. A l'image d'un « *club anglais* », chaque organisation peut prétendre y rentrer mais tous n'y rentrent pas. Pour obtenir la carte de ce club il faut préalablement remplir un certain nombre de critères. Il est ensuite nécessaire de solliciter cette carte et la recevoir de la part de la direction du club. Cette institution prestigieuse bénéficie d'un règlement intérieur et de valeurs communes respectées par ses membres. Un club n'ayant qu'un unique membre n'aurait qu'un intérêt limité, mais accueillant un trop grand nombre de membres il n'offrirait pas une image sélective fondant son attrait. Enfin, un club renouvelant trop régulièrement ses membres, n'offrirait pas le confort de la stabilité, de la connivence, et du conservatisme souhaité par sa clientèle.

⁴⁰²Jean-Maurice VERDIER, *loc.cit.* p.14.

1.3. La formation historique de la notion de représentativité

En effet, cette définition a été l'objet de plusieurs modifications correspondant à l'histoire de la lente reconnaissance des acteurs sociaux par l'Etat⁴⁰³. En théorie, face à la constitution de groupements privés collectifs créateurs de normes, l'ordre juridique étatique peut choisir l'indifférence, le combat frontal ou la prise en considération (voir l'intégration). Historiquement, le droit interne a pu successivement adopter ces diverses postures. En effet, après avoir ignoré l'émergence d'acteurs sociaux, il leur a octroyé un titre légal, puis solliciter de leur part la détermination de nouveaux critères d'attribution. Il s'agit donc du cheminement d'un titre reconnaissant concédé par l'Etat à une « *habilitation* » conférée par le vote des salariés.

1.3.1. Un titre reconnaissant concédé par l'Etat

Il ressort de l'analyse historique que la négociation collective des protagonistes sociaux a précédé leur reconnaissance légale. Néanmoins cette dernière induisait de la part de l'Etat la détermination de critères objectifs de sélections des différents acteurs sociaux. Par conséquent étudions la formation de cette reconnaissance et la détermination de ces critères de sélection.

D'un « état de nécessité » à la reconnaissance légale des protagonistes sociaux. Dans un premier temps confronté à la création inopinée de ces mouvements professionnels, il a d'abord souhaité les tolérer sans les reconnaître⁴⁰⁴, mais cette « *anomie des pouvoirs publics* »⁴⁰⁵ ne pouvait durer. En effet, compte tenu de sa logique interventionnisme, il a ensuite procédé à l'identification légale des acteurs de ces mouvements collectifs afin d'encadrer leurs actions tout en consacrant leur liberté syndicale. Par la loi du 21 mars 1884⁴⁰⁶, il a donc procédé à la reconnaissance légale de la forme juridique syndicale, et par ce biais, consacré un phénomène social qui l'avait précédé⁴⁰⁷. De façon à première vue paradoxale, cette reconnaissance n'était pas sollicitée par l'ensemble du mouvement ouvrier. A l'époque, l'obligation de dépôt des statuts et des noms des dirigeants syndicaux à la préfecture suscita scepticisme et réticences.

⁴⁰³Michel LALLEMENT, *op.cit.* p.69. L'auteur indique qu' : « il revient à l'Etat de reconnaître la légitimité des acteurs collectifs ainsi que l'organisation de leur relation et la validation des règles issues de la négociation collective. Le processus est graduel. Tout au long du 19^e siècle les pouvoirs publics des sociétés industrielles ont le plus souvent puisé aux principes du libéralisme économique pour guider leur action et n'ont guère favorisé le développement de l'action collective. ».

⁴⁰⁴ Des Lois LE CHAPPELIER des 22 mai et 14 juin 1791 à la Loi du 25 mai 1864 dite OLLIER relative à l'abolition du délit de coalition et à la Loi du 21 mars 1884 dite WALDECK-ROUSSEAU relative aux syndicats professionnels, (JORF du 22 mars 1884).

⁴⁰⁵ Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

⁴⁰⁶Loi du 21 mars 1884 dite Waldeck-Rousseau relative aux syndicats professionnels, (JORF du 22 mars 1884)

⁴⁰⁷Par conséquent, il est possible de vérifier que la théorie du pouvoir originaire de ces formations n'est pas dénuée d'un fondement historique.

Le mouvement ouvrier formé de façon spontanée et clandestine se trouvait ainsi contraint à sortir de l'ombre à ses risques et périls. De plus, la création de cette nouvelle liberté correspondait à une mise sous contrôle étatique d'organisations dotées de pouvoirs et de prérogatives limitées. A la fin du XIX^e siècle, les syndicats français porteurs d'une philosophie révolutionnaire ont accepté de s'organiser dans un cadre légal « *en se pliant aux formalités très simples qui suffisaient à leur conférer la personnalité civile* »⁴⁰⁸. Des groupements parfois très minoritaires et contestataires de l'ordre social ont ainsi obtenu une existence officielle et une capacité juridique. Il est intéressant de constater que les associations patronales sont plus anciennes et ne correspondent pas à une création congruente répondant à la naissance du mouvement ouvrier⁴⁰⁹. Par ailleurs, ces organisations patronales se dispenseront jusqu'à une époque contemporaine d'une notion autonome de la représentativité. Finalement, l'étude historique des prémisses de la liberté syndicale en droit interne corrobore une partie de la doctrine faisant référence à une capacité originaire des protagonistes sociaux à former des actes juridiques collectifs⁴¹⁰. Un état de nécessité a bien contraint les « *antagonistes* » sociaux à se rassembler, puis l'Etat a engagé une démarche reconnitive à leur égard dans le but de les amener à une institutionnalisation. En définissant cette liberté syndicale, le législateur en établit les garanties mais également les limites. Les organisations professionnelles bénéficient d'une liberté de constitution et d'un cadre légal associant libertés de rédaction des statuts et d'affiliation à une confédération. Cependant en conférant une habilitation juridique à certains et en excluant d'autres du bénéfice de ce titre⁴¹¹, l'Etat s'introduit dans l'intimité des relations professionnelles.

La détermination des critères de sélection. Le débat concernant cette sélection par l'Etat est apparu pour la première fois en 1919 à l'occasion de la signature du traité de Versailles dont la section XIII prévoyait d'intégrer aux délégations nationales appelées à participer à l'Organisation Internationale du Travail des représentants des « *organisations professionnelles les plus représentatives, soit des employeurs, soit des travailleurs* »⁴¹². Le juge international fut alors saisi de la question de la désignation d'un délégué ouvrier par la délégation des Pays-Bas

⁴⁰⁸Jean SAVATIER, *loc. cit.* p.24.

⁴⁰⁹Michel LALLEMENT, *op.cit.* p.69. Selon l'auteur, le mouvement patronal a été organisé pour d'autres motifs immédiatement économiques, tenant plus de la lutte contre les conséquences du libre-échange et de la concurrence que pour répondre à la naissance du mouvement syndical.

⁴¹⁰Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

⁴¹¹Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11. L'auteur confirme que la : « *technique étatique de sélection des syndicats dans la négociation collective, l'exigence légale de représentativité syndicale constitue une limite à la liberté d'action des syndicats* ».

⁴¹²Sophie BEROUD, Jean-Pierre LE CROM et Karel YON, *loc.cit* p.75.

à la troisième session de la conférence internationale du travail. En cas de pluralité d'organisations professionnelles qu'elle était celle qui devait être choisie pour se rendre à cette conférence ? A cette question, la Cour estima que si le nombre d'adhérents était un facteur important pour apprécier le caractère représentatif d'une organisation syndicale, il ne constituait pas, « *toutes choses égales d'ailleurs* »⁴¹³ le seul critère susceptible d'être utilisé pour déterminer cette qualité⁴¹⁴. Conformément à l'esprit de cet arrêt, la loi du 24 juin 1936⁴¹⁵ et la circulaire ministérielle datée du 17 août 1936⁴¹⁶ fixaient une série de critères déterminant la qualité d'organisation représentative ne tenant pas uniquement compte des effectifs des organisations syndicales⁴¹⁷. Après la seconde guerre mondiale, la circulaire PARODI du 28 mai 1945⁴¹⁸ fixa également une série de critères permettant de définir la notion de représentativité⁴¹⁹. Toutefois, s'ajouta à ce système, un certain nombre de règles spécifiques à la négociation et à l'extension des conventions collectives de branche. En effet une décision ministérielle du 13 mars 1947⁴²⁰ signée par le ministre du travail Ambroise CROIZAT et le président du conseil Paul RAMADIER, ouvrait le droit d'accès à ce type de pourparlers (pouvant donner lieu à extension) aux organisations représentatives⁴²¹, mais ajoutait le fait de justifier de plus de dix pour cent (10%) des effectifs syndiqués pour l'ensemble de la branche d'activité et de vingt-cinq pour cent (25 %) des syndiqués de la catégorie professionnelle concernée⁴²². A ce titre, le nombre de syndiqués (en rapport avec les effectifs totaux syndiqués et non les effectifs de salarié) était érigé en critère déterminant de la représentativité et de la

⁴¹³La Cour Permanente de Justice Internationale, Avis du 31 juillet 1922.

⁴¹⁴Pour autant la place du nombre d'adhérent (et donc de la notion majoritaire) n'était pas définitivement tranchée à cette période.

⁴¹⁵Loi du 24 juin 1936 (JO du 25 juillet 1936, p 7810).

⁴¹⁶Circulaire ministérielle datée du 17 août 1936 (JO du 3 septembre 1936, p. 9392). La circulaire préconise « *d'amener les organisations qui apparaissent comme étant les plus représentatives à s'entendre pour former ensemble au sein de la commission mixte la délégation incontestablement la plus représentative de la profession* ».

⁴¹⁷Sophie BEROUD, Jean-Pierre LE CROM et Karel YON, *loc.cit* p.75. Selon les auteurs, cette appréciation fait l'objet de très vives critiques notamment du Parti Social Français (extrême droite) qui préférerait évaluer la représentativité des organisations sur la base de leurs résultats électoraux. Il s'agissait de relativiser la place dominante de la Confédération Générale du Travail (CGT).

⁴¹⁸Circulaire du 28 mai 1945 (JO du 28 juin 1945) dite de PARODI (Effectifs, indépendance, cotisations, expérience, ancienneté et attitude patriotique pendant la guerre) fait suite à l'ordonnance du 27 juillet 1944 relative au rétablissement de la liberté syndicale (JO du 30 août 1944) fixant des dispositions dans le cadre de l'épuration, ainsi qu'à la circulaire n°5 DRP du 13 mars 1945.

⁴¹⁹Ces critères sont ensuite intégrés dans la Loi n° 50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, (JO- du 12 février 1950, p 1688).

⁴²⁰Décision ministérielle du 13 mars 1947 (JO du 15 mars 1947, p. 24442445). Il s'agit d'un droit de négocier les conventions collectives aux organisations remplissant les conditions prévues par la jurisprudence et par les instructions ministérielles (circulaire du 28 mai 1945) et qui disposent de 10 % des effectifs syndiqués pour l'ensemble de la branche d'activité et de 25 % des effectifs syndiqués de l'une des catégories professionnelles.

⁴²¹Circulaire du 28 mai 1945 (JO du 28 juin 1945) dite de PARODI (Effectifs, indépendance, cotisations, expérience, ancienneté et attitude patriotique pendant la guerre).

⁴²²Sophie BEROUD, Jean-Pierre LE CROM et Karel YON, *loc.cit* p.75.

négociation collective. Cette appréciation ministérielle⁴²³ était conforme à la position du juge de cette époque reposant sur une « *conception absolue fondée sur une sorte de présomption de majorité légale tirée du critère du plus grand nombre d'adhérents* »⁴²⁴. Ainsi, la justification de l'effet règlementaire de la convention collectivité ne reposait pas uniquement sur la finalité de la notion de représentativité mais s'établissait également sur une estimation du poids numérique des signataires. Toutefois ce critère du nombre d'adhérents se révéla assez complexe à apprécier car il se heurtait à des difficultés matérielles. En effet, il devint rapidement ardu aux services du Ministère du Travail de procéder au décompte exact du total des salariés syndiqués au sein de la branche et de mesurer également les effectifs de chacune des organisations. De son côté, le juge civil écarta rapidement cette appréciation arithmétique de peur d'une mise en cause du pluralisme en lien avec la très forte présence de la Confédération Générale du Travail (CGT) dans certains secteurs d'activité⁴²⁵. Les difficultés à connaître le nombre réel des effectifs poussèrent également les juges à se retourner vers le critère plus objectif de l'audience. Par conséquent assez vite, la loi du 17 juillet 1947⁴²⁶ et une décision ministérielle du 8 avril 1948⁴²⁷ mirent un terme à ce dispositif⁴²⁸ reposant principalement sur le nombre d'adhérents. Cette décision ministérielle (arrêté du 8 avril 1948) créa un système de représentativité descendant et irradiant.

Un titre octroyé sur la base de critères légaux. Les autorités étatiques consacrèrent alors une présomption de représentativité par affiliation (ou par emprunt) au profit d'un certain nombre d'organisations nationales et interprofessionnelles (arrêtés des 8 avril 1948 et 31 mars 1966)⁴²⁹. Il s'agissait d'actes reconnaissifs⁴³⁰ délivrant un certain nombre d'attributions⁴³¹ à ces bénéficiaires. Ce label institutionnalisait les organisations qui en bénéficiaient mais de ce fait limitait la liberté syndicale de celles qui en étaient dépourvues. Cependant, cette absence d'habilitation ne constituait pas un péril pour l'organisation en question car son existence n'était pas mise en cause. Elle pouvait compter sur un résidu de prérogatives lui permettant d'exercer sa liberté syndicale et espérer l'acquisition de ce label dans un futur proche dans divers champs

⁴²³Décision ministérielle du 13 mars 1947 (JO du 15 mars 1947, p. 2444-2445).

⁴²⁴Marie-Laure MORIN, *loc. cit.* p. 73.

⁴²⁵Tribunal de paix de Paris (17^e arrondissement) du 3 juin 1949, D.1949, Jurisp.456.

⁴²⁶Loi n°47-1235 du 17 juillet 1947 instituant un régime de représentativité proportionnelle lors des élections des délégués du personnel (JO du 8 juillet 1947 p.6391).

⁴²⁷Arrêté du 8 avril 1948 (CGT, CGT-FO, CFTC et la CGC).

⁴²⁸Cette circulaire faisait suite à une Circulaire TR du 4 décembre 1947 concernant la détermination du caractère représentatif des organisations syndicales au sein des entreprises.

⁴²⁹Arrêté du 8 avril 1948 (CGT, CGT-FO, CFTC et la CGC) et l'arrêté du 31 mars 1966 (CFDT).

⁴³⁰Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

⁴³¹Création de la section syndicale et monopole de présentation au premier tour des élections professionnelles.

géographiques ou unité de travail. Il s'ensuivit qu'à partir de cette époque, il exista donc un double système de représentativité. Un premier dispositif général de représentativité dite « *prouvée* » reposait sur l'application d'une série de critères « *façonnés* »⁴³² par la pratique administrative, la jurisprudence et la doctrine puis intégrés à la circulaire du 28 mai 1945⁴³³ repris par la loi du 11 février 1950⁴³⁴. Ces critères étaient appréciés par l'administration du travail sous le contrôle du juge administratif dès lors qu'il s'agissait d'une décision administrative⁴³⁵. Par ailleurs, il existait un régime spécial dit de représentativité « *présumée* » ne valant que pour certaines organisations de salariés et ne concernant que les négociations collectives de branche⁴³⁶. Les cinq grandes confédérations historiques ayant reçu ce titre au niveau national et interprofessionnel bénéficiaient de cette présomption de représentativité. Par la suite la loi du 27 décembre 1968⁴³⁷ permit aux syndicats adhérents à ces cinq grandes confédérations représentatives de créer des sections syndicales d'entreprise. Enfin, la loi du 28 octobre 1982⁴³⁸ associa cette notion à la possibilité exclusive de présenter des candidats au premier tour des élections professionnelles au sein de l'entreprise. Au fil des décennies du XX^e siècle, la notion de représentativité a abandonné une « *conception absolue* »⁴³⁹, au profit d'une appréciation « *relative* ». En effet, elle s'est débarrassée d'une mesure simple fondée sur le nombre majoritaire d'adhérents pour succomber au charme plus sophistiqué d'une appréciation relative basée sur le critère de l'authenticité. Retenons qu'une certaine opacité syndicale au sujet des effectifs ou la peur de l'affaiblissement du pluralisme par la domination d'une organisation syndicale furent la cause de cette victoire⁴⁴⁰. Il ressort également de ce rappel historique, la construction par stratification d'un dispositif mêlant deux systèmes d'octroi et d'acquisition du titre de représentativité. Au fil du temps, le système de droit commun dit de « *représentativité prouvée* » se cacha quelque peu derrière le système particulier de « *représentativité présumée* » occupant la place principale au sein du système de relations professionnelles. Cet effacement a conforté et institutionnalisé le rôle des grandes

⁴³²Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

⁴³³Circulaire du 28 mai 1945 dite PARODI (JO du 28 juin 1945).

⁴³⁴Loi n° 50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail (JO- du 12 février 1950, p.1688).

⁴³⁵Ces critères étaient appréciés également par le juge judiciaire.

⁴³⁶Ce dernier régime « *spécial* » eut par la suite la possibilité de s'étendre au-delà de la branche

⁴³⁷Loi n°68-1179 du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises, (JO- du 31 décembre 1968, p 12401).

⁴³⁸Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel. (JO- du 29 octobre 1982, p 3255).

⁴³⁹Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.73.

⁴⁴⁰Sophie BEROUD, Jean-Pierre LE CROM et Karel YON, *loc.cit* p.75. Selon les auteurs certaines organisations auraient communiqué des chiffres erronés et la CFTC a refusé la communication de ses chiffres.

confédérations nationales et interprofessionnelles⁴⁴¹⁴⁴² en les admettant au sein du cercle des institutions « *extra-étatiques* ». Ce titre délégué reposant sur la représentativité « *présumée* » présentait pour l'Etat l'avantage d'une mise à disposition d'organisations capables de prendre en compte des intérêts qui dépassaient ceux immédiatement en cause dans la négociation de l'entreprise, de la profession ou de la branche. Découvrons que cette définition historique a fait l'objet d'une révision dont il nous revient d'apprécier la portée.

1.3.2. Une « *habilitation* » conférée par les parties prenantes

La révision en question a la singularité de ne pas avoir été déterminée de manière unilatérale par le législateur. En effet, ce dernier a sollicité les parties prenantes à ce sujet pour reprendre à son compte le fruit de leur pourparlers. En effet, il est tout aussi intéressant d'examiner la nouvelle définition matérielle de cette notion que les modalités de sa formation. Cette démarche en concert se caractérise également par la création de la notion de représentativité patronale constituant une véritable novation.

La formation d'une nouvelle définition par une chorale d'acteurs. La modification des critères objectifs de la représentativité n'est pas le pur produit de la loi, car les acteurs sociaux ont formé deux « *positions communes* » en 2001⁴⁴³ et 2008⁴⁴⁴, qui ont joué un rôle dans le processus de redéfinition, et ont contribué au desserrement de l'emprise de l'Etat sur cette notion⁴⁴⁵⁴⁴⁶. Sans modifier le cadre constitutionnel, le législateur a repris à son compte les propositions des acteurs professionnels. En effet, la constitution lui fixe toujours la charge de définir la notion de représentativité sur la base de critères objectifs mais le cadre institutionnel⁴⁴⁷ est suffisamment plastique pour lui permettre de déterminer ces critères en

⁴⁴¹Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p. 73.

⁴⁴²Jean-Maurice VERDIER, *loc.cit.* p. 14.

⁴⁴³Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et les moyens de l'approfondissement de la négociation collective.

⁴⁴⁴Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

⁴⁴⁵Georges BORENFREUND, « Pouvoir de représentation et négociation collective », *loc.cit.* p. 14. Selon l'auteur « *en d'autres termes, même si l'on admet que le droit conventionnel doit mener sa vie propre sous réserve du respect des principes à valeur constitutionnelle, le législateur pourrait bien continuer à manifester une volonté d'ingérence dans les conditions d'existence de l'ordre professionnel, tout en desserrant l'emprise qu'il exerce sur son contenu* ». Le même auteur ajoute « *les pouvoirs publics conserveraient aussi un rôle premier dans la naissance du pouvoir de représentation, se refusant à présupposer l'aptitude des acteurs qui participent à l'édification de l'ordre professionnel* ».

⁴⁴⁶Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p. 11. Selon l'auteure : « *La représentativité est un concept souple et labile, utilisé par le législateur pour des finalités diverses dont la rencontre dans une fonction unitaire au sein du système juridique dépend du degré d'institutionnaliser de l'intérêt collectif professionnel* ».

⁴⁴⁷Bureau Internationale du Travail, « La liberté syndicale. Compilation des décisions du Comité de la liberté syndicale », Genève, 6e édition, 2018, p. 346. Il rappelle que : « *Des critères objectifs, précis et préétablis pour*

fonction de propositions formulées par les principaux intéressés. En modifiant de façon habile les critères de sélection, l'Etat détermine indirectement (ou influence) la liste des organisations habilitées. Il reste à la manœuvre sans effectuer une sélection directe sur une base unilatérale ou arbitraire des protagonistes sociaux. Enfin, la consultation de l'avis des intéressés à ce sujet confère à sa décision une plus large légitimité. Sa forte responsabilité en ce domaine s'exprime donc dorénavant de façon apparente mais plus discrètement.

Nous tenterons de trancher à ce sujet entre simple infléchissement ou changement de nature de ce titre d'habilitation. Cependant, avant de qualifier cette évolution tentons d'en analyser l'impulsion et d'en identifier les protagonistes. En effet, il apparaît que les modalités de sa révision exercent une influence directe sur son contenu et raisonnent avec notre sujet d'intérêt.

2. Une exigence de concordance des représentants et des représentés

La réforme de la représentativité a pour inspiration la position commune du 9 avril 2008⁴⁴⁸, et s'incarne juridiquement dans les lois n°2008-789 du 20 août 2008⁴⁴⁹ (représentativité des organisations syndicales) et n° 2014-288 du 5 mars 2014⁴⁵⁰ (représentativité des organisations patronales). Il ne s'agit pas toutefois d'une réforme répondant à une sollicitation unilatérale des protagonistes sociaux. En effet, si les propositions de l'ordre professionnel ont été intégrées à la Loi, l'appel à la réforme et sa mise en œuvre a été étroitement conduite par l'Etat. Nous étudierons donc séparément et successivement la révision de la représentativité des organisations syndicales puis la création de celle des organisations d'employeurs. Néanmoins, préalablement à l'examen des propositions professionnelles, tentons d'en rechercher les causes ou les motivations.

2.1. Des réformes sollicitées par l'ordre professionnel et reprises par la Loi

Nous commencerons par examiner les modalités de révision de la notion de représentativité syndicale à laquelle les organisations d'employeurs ont largement contribué. Par la suite nous examinerons les modalités de création de la notion de représentativité patronale qui constitue une indéniable transformation au sein des relations professionnelles. Ces deux démarches parallèles font l'objet d'une forte symétrie, mais plusieurs divergences importantes s'expliquent par des différences structurelles que nous devons examiner.

La formation d'une « position commune » des parties prenantes. Il s'avère qu'au long des années quatre-vingt et quatre-vingt-dix du XX^e siècle, le débat concernant la représentativité syndicale s'articulait autour de trois sujets : le décrochage des effectifs syndicaux et leur concentration au sein des grandes entreprises, le processus d'institutionnalisation et de « cartellisation » du syndicalisme, et enfin la question de la portée d'accords signés par des organisations numériquement et légitimement faibles. Au sein du débat doctrinal, montait l'idée

⁴⁴⁸Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

⁴⁴⁹Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008 p.13064).

⁴⁵⁰Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation, à l'emploi et à la démocratie sociale (JORF n°55 du 6 mars 2014 p. 4848).

du « *recours au vote comme moyen de départage* »⁴⁵¹. Par la suite, la position commune du 9 avril 2008⁴⁵² se présentait d'abord comme le fruit d'un compromis entre deux des principales confédérations syndicales (CGT et CFDT), qui à cette occasion abandonnèrent leur approche essentialiste du mouvement ouvrier et acceptèrent l'idée de l'audience électorale comme assise de leur propre légitimité⁴⁵³. En effet, elles concilièrent leurs positions au sujet d'une mesure de l'audience des organisations syndicales au sein des entreprises bénéficiant d'instances représentatives du personnel et le cas échéant sur l'organisation d'un scrutin particulier au niveau de la branche pour les entreprises de petites tailles⁴⁵⁴. Elles s'accordèrent également au sujet de la remise en cause de la présomption irréfragable⁴⁵⁵ de représentativité et la nécessité de la généralisation de l'accord majoritaire⁴⁵⁶⁴⁵⁷. Cependant, la Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO), la Confédération Française des Travailleurs Chrétiens (CFTC) et Confédération Générale des Cadres (CFE-CGC) refusèrent de signer un texte, qui selon leur point de vue, formait des propositions allant à l'encontre de leurs intérêts et représentait également certains dangers. La Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO) particulièrement virulente considérait qu'il s'agissait d'une démarche

⁴⁵¹Fernand MORIN, « La convention collective lie tous les salariés... mais, sans les ligoter », in « autonomie collective et droit du travail », Mélanges en l'honneur du professeur Pierre VERGE (sous la direction de Dominic ROUX), Laval (Canada) Les Presses de l'Université Laval, 2014, p.601.

⁴⁵²Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

⁴⁵³Dominique ANDOLFATTO et Dominique LABBE, « Le syndicalisme à la française en débat : la transformation « *négociée* » d'un système de relations professionnelles. Révolution ou achèvement d'un modèle ? » XVIII^{ème} Congrès de l'Association internationale des sociologues de langue française (AISLF), 2008, Istanbul, Turquie. Les auteurs soulignent que la Confédération Générale du Travail (CGT) abandonna sa revendication de fonder une représentativité élective à l'occasion du scrutin prud'homal.

⁴⁵⁴Article n°2 et 3 de la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

⁴⁵⁵Article n°3 de la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

⁴⁵⁶Dominic ROUX (sous la direction), « Autonomie collective et droit du travail », Mélanges en l'hommage de Pierre VERGE, Laval (Canada), Les Presses de l'Université Laval, 2014, p.622.

⁴⁵⁷Article n°4 de la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

d'institutionnalisation et de contrôle du mouvement syndical⁴⁵⁸⁴⁵⁹⁴⁶⁰⁴⁶¹. Du côté des organisations patronales, le Mouvement des Entreprises de France (MEDEF) et la Confédération Générale des Petites et Moyennes Entreprises (anciennement CGPME devenue CPME) ont longtemps été opposés à une réforme des règles de la représentativité syndicale. Ces organisations patronales privilégiaient à toutes autres mesures l'ouverture du premier tour des élections professionnelles à des listes non syndicales. Puis au cours de l'année 2007, ces dernières organisations effectuèrent « *un retournement (apparemment) spectaculaire* »⁴⁶²⁴⁶³⁴⁶⁴ de leur posture acceptant le compromis trouvé entre les deux grandes confédérations syndicales. Par conséquent, seules l'Union Professionnelle Artisanale (UPA devenue U2P) refusa sa signature à ce texte⁴⁶⁵⁴⁶⁶⁴⁶⁷. Au bilan, huit organisations ont participé à la négociation mais trois confédérations syndicales (CGT-FO, CFTC et CGC) et une organisation patronale (UPA) ont refusé d'approuver le texte final⁴⁶⁸.

⁴⁵⁸Elle était particulièrement défavorable aux articles n°4 n°10 de la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme. Elle était très défavorable aux nouvelles modalités de désignation du délégué syndical. Elle engagea une bataille judiciaire à cette suite (Jugement n°11-09-000634 et 635 du Tribunal de Brest du 27 octobre 2009 et Arrêt n° 09-60.426 de la Cour de cassation du 14 avril 2010). Elle écartait également la proposition d'accord majoritaire correspondant à une remise en cause de la hiérarchie des normes.

⁴⁵⁹Jean Claude MAILLY, « Résister c'est agir » (éditorial), FO Hebdo, mercredi 3 février 2016.

⁴⁶⁰Article n°2 de la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme. Bien que non signataires ces organisations ont toutefois exercé une influence certaine au sujet du contenu de ce texte. En effet dans le but d'obtenir leurs signatures, les protagonistes ont effectué plusieurs concessions qui ont été intégrées au texte final. Ils ont abaissé à huit pour cent le critère de représentativité de l'audience électorale pour les branches et le niveau interprofessionnel (au lieu de dix pour cent dans les entreprises).

⁴⁶¹Dominic ROUX (sous la direction), *op.cit.* p.92

La Confédération Française de l'Encadrement (CFE-CGC) obtint que les organisations catégorielles fassent l'objet d'une mesure d'audience uniquement au sein du collège les concernant mais refusa tout de même la signature d'une position commune allant à rebours de leurs intérêts.

⁴⁶²Dominique ANDOLFATTO et Dominique LABBE. *op. cit.* p.92.

⁴⁶³L'UPA (entreprises artisanales) a négocié en 2001 un accord pour « *développer un dialogue adapté aux employeurs et aux salariés de l'artisanat* ». L'UPA a soutenu favorablement l'avis du CES de novembre 2006 mais a refusé de signer la position commune du 9 avril 2008.

⁴⁶⁴Le revirement du MEDEF a entraîné celui de la CGPME. Ce double revirement est favorisé par le scandale de la « *caisse noire* » de l'UIMM contraignant cette organisation adhérente du MEDEF à levé son veto au sujet de cette évolution. Celle-ci était soutenue par d'autres organisations patronales au sien de cette organisation.

⁴⁶⁵Cette organisation patronale était même engagée dans une démarche d'affirmation et de défense de sa propre représentativité.

⁴⁶⁶Accord du 12 décembre 2001 sur le « *développement du dialogue social dans l'artisanat* » signé par l'UPA, CFDT, CFE-CGC, CFTC, CGT et CGT-FO (Arrêté du 25 avril 2002 portant extension (JO du 3mai-2002 - BO n° 2002-01). L'UPA avait été notamment signataire d'un accord du 12 décembre 2001 relatif au dialogue social prévoyant un financement mutualisé et la mise en place d'instances paritaires locales. Ce texte avait été perçu comme une démarche d'autonomisation de l'artisanat par les deux autres principales confédérations patronales. Il avait été donc farouchement combattu par celles-ci.

⁴⁶⁷Dominic ROUX (sous la direction), *op.cit.* p.92.

⁴⁶⁸Autrement dit cette négociation fait l'objet d'un demi-échec (ou une demi-réussite).

Il ressort donc de cette séquence, un ordre professionnel divisé en deux groupes. D'un côté se retrouvaient nombreuses organisations craignant les conséquences de cette réforme et exprimant leur opposition à ce socle conventionnel. De l'autre côté, les signataires⁴⁶⁹ offraient au législateur l'occasion d'une valorisation de la négociation collective par le biais d'une double réforme des règles de la représentativité et de la validation des accords collectifs.

2.1.1. La formation en chorale de la définition de la représentativité salariale

Ces éléments historiques ayant été rappelés nous pouvons passer à l'examen des différentes étapes de la formation en chorale de la nouvelle définition de la représentativité salariale.

Les prémices de la formation d'une nouvelle définition de la représentativité salariale. Cette position commune de 2008⁴⁷⁰ venait d'une certaine façon compléter un premier texte daté de 2001⁴⁷¹. A cette occasion quatre confédérations syndicales (sur cinq à l'exception notable de la Confédération Générale du Travail-CGT) et trois organisations patronales avaient rédigé une première plateforme « *sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective* »⁴⁷²⁴⁷³. Le texte en question n'abordait pas le thème de la représentativité mais se prononçait notamment en faveur de la généralisation de l'accord collectif majoritaire qui ne pouvait se déployer sans une révision de la notion de représentativité. Il constituait le fondement professionnel (ou « *conventionnel* ») de la Loi n°2004-391 du 4 mai 2004⁴⁷⁴ procédant à de nombreuses et importantes modifications concernant la négociation collective. Puis en 2006, à la demande du pouvoir exécutif, le rapport de monsieur Raphael HADAS LEBEL⁴⁷⁵ formula plusieurs propositions de réformes de la représentativité s'orchestrant autour de deux

⁴⁶⁹Le MEDEF, la CGPME, la CGT et la CFDT.

⁴⁷⁰Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

⁴⁷¹Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et les moyens de l'approfondissement de la négociation collective.

⁴⁷²Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et les moyens de l'approfondissement de la négociation collective. Fondement de la Loi du 4 mai 2004, ce texte rassemblait donc la signature de sept protagonistes sur huit alors que la seconde position commune ne réussissait à recueillir que quatre signatures sur huit.

⁴⁷³Dominique ANDOLFATTO et Dominique LABBE, *loc.cit.* p.92.

⁴⁷⁴Loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue (JORF n°105 du 5 mai 2004 p.7983).

⁴⁷⁵Raphael HADAS-LEBEL, « Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales », Rapport au Premier Ministre, mai 2006, p.134. Le 15 décembre 2005, devant la Commission nationale de la négociation, le Premier ministre, annonça son souhait de « *fixer le cadre d'une nouvelle démocratie sociale* » et commanda un rapport au président de la section sociale du Conseil d'Etat afin de lui présenter des propositions de réforme en matière de représentativité et de financement des organisations syndicales. Ce rapport fut remis le 3 mai 2006.

scénarios⁴⁷⁶. Le premier dit « *d'adaptation* » proposait l'abandon de la présomption irréfutable de représentativité des cinq principales confédérations syndicales, accompagné d'une modification de la liste des organisations titulaires sur la base de résultats électoraux⁴⁷⁷. Le second scénario dit de « *transformation* » proposait l'élection comme unique critère de la représentativité au sein des différents champs des relations professionnelles⁴⁷⁸.

Institutionnalisation de la pratique de la notion de « Loi négociée ». Bien que la Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007⁴⁷⁹ de « *modernisation du dialogue social* » n'abordait pas directement le thème de représentativité, elle fut néanmoins à l'origine d'une accélération du processus de réforme. En effet, dans le cadre de l'application de cette nouvelle Loi, le premier ministre adressa le 18 juin 2007 aux confédérations syndicales et patronales un document d'orientation⁴⁸⁰ les invitant à négocier les critères de représentativité, les règles de négociation et de validité des accords collectifs dans les petites et moyennes entreprises⁴⁸¹. Dans les limites fixées par cette sollicitation gouvernementale, des négociations interprofessionnelles se sont déroulées au cours du premier trimestre 2008, puis le 9 avril 2008 une partie des acteurs sociaux concernés a donc conclu cette position « *commune* » concernant « *la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme* »⁴⁸². Ce texte correspondant bien à une commande de l'exécutif politique, signé par plusieurs protagonistes sociaux⁴⁸³⁴⁸⁴. Ces derniers ont stratégiquement baptisé leur texte de « *position commune* »⁴⁸⁵ alors que cette dénomination n'avait aucun caractère juridique⁴⁸⁶. En effet, ils auraient pu prétendre à une autre qualification juridique car à cette période la signature d'un texte par une ou plusieurs organisations (syndicales et patronales) bénéficiant du label de représentativité

⁴⁷⁶Dominic ROUX (sous la direction), *op.cit.* p.92.

⁴⁷⁷Dominique ANDOLFATTO, Dominique LABBE. *op. cit.* p.92.

⁴⁷⁸ Paul AURELLI et Jean GAUTIER (rapporteurs), « Consolider le dialogue social », Avis du Conseil Economique et Social, n°23, 4 décembre 2006, p.76. Sur la base de ce rapport, le Conseil Economique et Social communiqua également un avis en novembre de cette même année 2006.

⁴⁷⁹Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JORF n°27 du 1 février 2007, p. 1944)

⁴⁸⁰Le document d'orientation est complété par un document additionnel du 26 décembre 2007 demandant un élargissement de la négociation au thème du financement des organisations professionnelles.

⁴⁸¹Ce premier envoi fut complété le 2 décembre 2007 par la communication d'un document additionnel leur demandant d'élargir leur négociation d'une part à la question du financement des organisations syndicales et professionnelles et d'autre part au sujet du temps de travail.

⁴⁸²Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

⁴⁸³Dominique ANDOLFATTO, Dominique LABBE. *loc. cit.* p.92.

⁴⁸⁴Dominic ROUX (sous la direction), *op.cit.* p.92.

⁴⁸⁵Dominique ANDOLFATTO, Dominique LABBE. *loc. cit.* p.92.

⁴⁸⁶Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et les moyens de l'approfondissement de la négociation collective. Cette dénomination avait déjà été utilisée à l'occasion de la signature d'un premier texte datant du 16 juillet 2001.

était juridiquement valide. Toutefois, pour des raisons évidentes tenant à l'ampleur du projet d'ensemble, un assentiment large des protagonistes était recherché. Compte tenu d'une adhésion de l'ordre professionnel jugée comme trop faible⁴⁸⁷, la dénomination de « *position commune* » semblait plus appropriée, même si elle a pu être considérée par certains comme « *usurpée voir trompeuse* »⁴⁸⁸. Soulignons tout de même que l'article n°19 de la position commune du 9 avril 2008 stipulait que la validité du texte était « *subordonné à l'adoption des dépositions législatives et réglementaire indispensables à son application* »⁴⁸⁹. Par cette rédaction, les protagonistes reconnaissaient une absence de puissance et d'autonomie et admettaient que le texte en question ne pouvait avoir d'effet et de portée juridique sans une transposition législative (et réglementaire). Il en découlait que la qualification de « *position commune* » n'était véritablement pas anodine mais bien adéquate. Elle traduisait par une équivoque volontaire (avec la notion d'accord interprofessionnel), une volonté conditionnelle d'imposer tout de même un certain socle de propositions au législateur qui voudrait bien se pencher sur la notion de représentativité, ainsi qu'un entremêlement de la production normative entre deux sources du droit. Sur la base de cette « *position commune* », le conseil des ministres adopta donc le 18 juin 2008 un projet de loi « *portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail* »⁴⁹⁰, qui fut ensuite adopté par le parlement à la suite d'un débat s'achevant le 20 août 2008.

Les choix de la Loi pour fixer les critères de la notion de représentativité salariale. L'examen du processus de renouvellement de la notion de représentativité éclaire la question posée au sujet de l'éventuelle émergence d'une « *détermination* » des acteurs sociaux par eux-mêmes. En effet, ce processus normatif complexe (voir équivoque) a été engagé à la demande du pouvoir exécutif, puis par le biais d'un texte n'ayant pas de valeur normative, une partie des protagonistes sociaux a formé des propositions au sujet d'une nouvelle définition de la représentativité. Alors que les conditions juridiques requises à la formation d'un accord national interprofessionnel étaient réunies, ils firent le choix stratégique de demander au législateur de

⁴⁸⁷Direction De L'animation De La Recherche, Des Etudes Et Des Statistiques (DARES), «les élections aux comités d'entreprise 2005-2006», Premières Synthèse Informations, n°40.3, octobre 2008, p.6 .Notons que ce second texte était signé par les principales organisations professionnelles et que les signatures par la Confédération Française du Travail (Confédération Française du Travail (CFDT : 20,3%) et la Confédération Générale du Travail (Confédération Générale du Travail (CGT : 22,9 %) représentait 43,2 % des suffrages valablement exprimés lors de du cycle électoral 2005-2006.

⁴⁸⁸Dominique ANDOLFATTO, Dominique LABBE. *loc.cit.* p.92.

⁴⁸⁹ Article n°19 de la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

⁴⁹⁰Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008 p.3064).

bien vouloir reprendre l'exhaustivité de leurs propositions au sein d'un texte législatif. Il s'avère que ce dernier s'est exécuté dans ce sens et a donc intégré dans l'ordre juridique étatique un texte rédigé par des acteurs privés professionnels. Cependant, remarquons que cette intégration s'est réalisée sous la forme d'une transformation juridique de la nature du texte formé par les protagonistes sociaux et non pas par un acte de reconnaissance (ou de réception).

Pour finir, il en ressort qu'un processus de « *concertation* » semble bien être à l'origine de la formation d'une nouvelle définition légale de la notion de représentativité. Il reste à examiner si la substance de cette notion renouvelée est bien au fondement de nouvelles modalités de « *détermination* » des protagonistes sociaux. Cependant avant de procéder à cette étude, il nous faut également examiner la conduite de la création de la notion de représentativité patronale.

2.1.2. La création en chorale de la définition de la représentativité patronale

En effet, la formation de la notion de représentativité patronale a été relativement peu commentée par la doctrine alors qu'il s'agit d'une novation ayant une large signification. Elle fait l'objet d'une forte symétrie avec la notion de représentativité syndicale, mais plusieurs divergences s'expliquent par des différences structurelles que nous devons examiner. Par la suite, nous examinerons la principale cause, ayant conduit les intéressés à la formation d'une définition légale et autonome de leur représentativité. Enfin nous examinerons le processus de formation de cette définition.

Les prémices de la création de la notion de représentativité patronale. En effet, à l'issue de la signature de la position commune de 2008⁴⁹¹ et de l'adoption de la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008⁴⁹², certaines organisations syndicales représentatives avancèrent timidement l'idée qu'il pourrait également s'ouvrir un débat au sujet de la représentativité des organisations d'employeurs⁴⁹³. Malgré de fortes réticences, les seuls protagonistes patronaux ont signé une position commune⁴⁹⁴ enclenchant selon un processus connu la rédaction d'une définition légale de la représentativité patronale. La conduite de la formation de la notion patronale est donc à plusieurs égards comparables à celle des salariés. Toutefois, cette création ne faisait pas figure

⁴⁹¹Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

⁴⁹²Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008) ..

⁴⁹³Dominic ROUX (sous la direction), *op.cit.* p.92.

⁴⁹⁴Position commune du 19 juin 2013, « Représentation patronale » signée par la CGPME, du MEDEF et de l'UPA.

d'exigeante priorité et a dû suivre un cheminement quelque peu différent. Après la redéfinition de la représentativité syndicale, le contraste était certes devenu trop criard, il était donc logique de s'interroger sur la mise en place d'un certain parallélisme entre les deux parties de l'ordre professionnel. Mais ce débat restait relégué en raison de nombreuses réticences du mouvement patronal mais également d'éléments objectifs et distinctifs. Par conséquent, afin de correctement comprendre les ressorts de la nouvelle définition de la représentativité patronale, il nous semble nécessaire d'effectuer un aperçu préalable de la structuration de cette représentation. Nous étudierons ensuite les facteurs qui ont tout de même fissuré l'unanimité patronale réfractaire à la mise en place de cette notion.

La structuration de la représentation patronale. Tout d'abord, le principe de participation concernant la détermination collective des conditions de travail n'appartient qu'aux travailleurs⁴⁹⁵⁴⁹⁶. Il en découle un droit unilatéral dont les employeurs ne sont pas titulaires. Cette interprétation du juge constitutionnel induit et justifie par elle-même une « *symétrie imparfaite* »⁴⁹⁷ entre les deux rives de l'ordre professionnel⁴⁹⁸. Par ailleurs, les enjeux entourant la notion de représentativité des groupements d'employeurs sont différents car leur représentation a eu longtemps une apparence d'évidence malgré des tensions au sein de diverses branches professionnelles. En effet, la représentation patronale fait l'objet d'une organisation qui semble écraser toutes les autres de sa puissance. Si le Mouvement des Entreprises de France (MEDEF) apparaît comme une association puissante et unifiée dominant le milieu patronal, il s'agit avant tout d'une apparence, car cette dernière est également confrontée à un phénomène sévère équivalent à celui de la désyndicalisation des organisations de salariés. Elle se trouve au centre d'un maillage complexe d'intérêts divergents et doit exercer son autorité à l'égard de diverses organisations patronales concurrentes. Elle doit imposer ses positions auprès de ses propres fédérations professionnelles et territoriales adhérentes, gérer ses relations avec divers

⁴⁹⁵ Décision du Conseil constitutionnel n° 2013-333 QPC du 26 juillet 2013. La décision a été rendue consécutivement à la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité soulevée devant la Chambre sociale à propos des articles L. 225-27 et L. 225-28 du code de commerce dans leur rédaction résultant de la Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. Les juges constitutionnels ont estimé que le vocable « *travailleur* », peut certes être compris largement en tant qu'il s'entend de tous ceux qui sont « *intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail même s'ils n'en sont pas les salariés* » mais visait précisément cependant les salariés. Cette interprétation exclue par conséquent les organes dirigeants de l'entreprise du cercle des bénéficiaires du principe de participation.

⁴⁹⁶ Décision du Conseil constitutionnel n° 2015-519 QPC du 3 février 2016. Le droit consacré par l'alinéa 8 aux travailleurs « *ne confère aucun droit équivalent au bénéfice des employeurs* ».

⁴⁹⁷ Franck PETIT, « Représentativités syndicale et patronale : la symétrie imparfaite », Droit Social, 2014, p.1

⁴⁹⁸ Marie-Alice MEDEUF-ANDRIEU (Secrétaire confédérale à Force Ouvrière), « Une représentativité patronale, à la carte », Droit Social, 2014, p. 266.

autres institutions patronales (tels que les associations ou cercles d'employeurs) et contenir une myriade d'éléments internes hétérogènes afin de maintenir une certaine cohérence de son action constituant le fondement de sa légitimité⁴⁹⁹. En effet, le mouvement patronal est constitué d'une hétérogénéité de structures de natures et des objets différents⁵⁰⁰, ayant en commun de représenter et défendre les intérêts des employeurs et des entreprises⁵⁰¹. Cependant elles peuvent poursuivre des objectifs économiques ou sociaux différents car le mouvement patronal fait à la fois l'objet d'une « *représentation sociale* » et d'une « *représentation économique* »⁵⁰². Ces organisations professionnelles peuvent avoir des missions d'influence (lobbying), de représentation, ou de promotion d'un secteur sans jouer un rôle direct au sein des relations professionnelles. Elles peuvent avoir une unique vocation ou éventuellement en cumuler plusieurs, mais seule près de la moitié a pour objet de participer à des négociations collectives⁵⁰³. En comparaison, les organisations syndicales apparaissent plus homogènes au sujet de leur nature et plus cohérentes concernant leurs objectifs. Par ailleurs, il s'avère que la représentativité patronale entretient un lien conceptuel plus exclusif avec la négociation collective. En effet la représentativité syndicale a pour double finalité de faire fonctionner le pluralisme et d'éventuellement permettre la conclusion d'accord collectif alors que la représentativité patronale semble avant tout conçue pour faciliter la négociation collective. Bien plus que tout autre chose, la représentation patronale structure et détermine le champ des relations professionnelles. Elle correspond à des enjeux hors de l'entreprise, principalement professionnels voir interprofessionnels. De ce fait elle est également étroitement liée à des décisions administratives⁵⁰⁴. En effet, au sein du champ de l'entreprise l'employeur, facilement connu et identifié, s'engage par l'expression de son propre consentement. Par conséquent, il n'est nullement besoin de mesurer sa représentativité dans ce ressort. Par ailleurs, au sein du ressort de la branche professionnelle la question d'une définition légale de la notion de

⁴⁹⁹Cornelia WOLL, « La réforme du Medef : chronique des difficultés de l'action collective patronale », Revue française de science politique, 2006/2 (Vol. 56), p. 255-279.

⁵⁰⁰ Le Centre d'Etudes des directeurs d'associations professionnelles (CEDAP) réalisait tous les deux ans une étude concernant la cartographie de ces différentes organisations. Pour l'année 2017, il recensait près de sept cent cinquante-six associations au niveau national représentant près de deux millions quatre cent mille adhésions. Cet ensemble d'organisations professionnelles représente un budget de près d'un milliard et six cents millions d'euros et huit milles collaborateurs .

(<https://cedap.asso.fr/fr/module/99999618/11/1-observatoire-des-associations-professionnelles>)

⁵⁰¹Pierre Emmanuel BLOIS (Président du CEDAP), « La diversité des organisations professionnelles - reflet de la richesse de l'économie française », Droit Social, 2014, p.204.

⁵⁰² Pierre Emmanuel BLOIS (Président du CEDAP), *Ibid* .

⁵⁰⁴ Nicole MAGGI-GERMAIN, Michel OFFERLE et Jean-Marie PERNOT, *loc.cit.* p. 72.

représentativité patronale a également longtemps⁵⁰⁵ été esquivée car la conclusion de l'accord collectif au sein de ce champ professionnel n'engageait que les seuls adhérents du groupement patronal signataire⁵⁰⁶⁵⁰⁷. Il en résultait que la question de la représentativité patronale n'était jugée nécessaire que lorsque la convention ou l'accord collectif était soumis à la procédure d'extension administrative. Toutefois sa reconnaissance était tout de même constitutive de la consécration d'un secteur économique permettant une régulation des conditions de la concurrence et stimulant la négociation collective⁵⁰⁸. Il s'agissait d'une des conséquences de l'effet relatif du contrat ou de la convention⁵⁰⁹, car le champ d'application d'une convention collective était généralement déterminé par celui de l'organisation patronale signataire. Une organisation patronale dissidente en désaccord avec une convention collective nationale (ou un avenant) pouvait créer une nouvelle branche professionnelle dès lors qu'elle était représentative dans son périmètre⁵¹⁰. Par ce biais, l'administration a longtemps exercé une maîtrise des différents périmètres des branches professionnelles tenant compte notamment de la capacité des uns et des autres de relayer une politique publique de l'emploi⁵¹¹. Il en ressortait donc que la mise en place d'une définition de la représentativité patronale représentait une réelle opportunité de clarification des périmètres des champs des branches professionnelles. Elle constituait également l'occasion d'une redéfinition des objectifs, des fonctions et du rôle de chacune des organisations en concurrence au sein de la représentation⁵¹².

Les causes de la nécessaire création d'une représentativité patronale. La notion de représentativité patronale apparaissant comme éminemment structurante des relations professionnelles de travail, il semble paradoxal que la doctrine se soit si peu interrogée à ce sujet. Il existe une série de causes à cette relative absence de commentaire qui peuvent se regrouper autour d'une longue tradition de reconnaissance mutuelle entre les organisations d'employeurs. Or, cette harmonie s'est brisée au sujet de la création du ressort national et

⁵⁰⁵La définition légale de la notion de représentativité patronale est tardive car elle est issue des Lois n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale (JORF n°0055 du 6 mars 2014 page 4848) et n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016).

⁵⁰⁶Franck HEAS, *loc.cit.* p.18

⁵⁰⁷Éric AUBRY, « La représentativité patronale face au juge et à l'administration », *Droit Social*, 2014, p.228.

⁵⁰⁸Éric AUBRY, *Ibid.*

⁵⁰⁹Jaques BARTHELEMY, « Représentativité patronale et notion de branche », *Droit Social*, 2014, p.207.

⁵¹⁰Jean-Pierre Le CROM, « Le rôle de l'administration du Travail dans la reconnaissance de la représentativité des organisations professionnelles. Interprétation et usages de l'ex-article L. 133-2 du Code du travail (1946-2006) », *Travail et Emploi* n°131, 2012, p.119-136.

⁵¹¹Nicole MAGGI GERMAIN, *loc.cit.* p.17.

⁵¹²Pierre Emmanuel BLOIS, *loc.cit.* p.99.

interprofessionnel. En effet, la création de ce nouveau champ de la négociation collective est à l'origine de la formation de la notion autonome et légale de représentativité patronale. La première cause de cette indifférence doctrinale, est que pendant longtemps ce sujet a été source de relativement peu de contentieux et d'arbitrage administratif. En effet, même s'il existait un pluralisme patronal ce dernier se caractérisait par une faible concurrence, puisque chacun semblait avoir la charge d'un secteur spécifique de la représentation patronale. Cette apparente harmonie reposait également sur le respect d'un principe de reconnaissance mutuelle permettant aux organisations d'employeurs de gérer (dans la mesure du possible) de façon autonome la question de leurs représentativités respectives. Des tensions patronales s'exprimaient bien à l'occasion de la contestation d'arrêtés d'extension définissant la portée des conventions et accords de branches (ou interprofessionnels ⁵¹³), mais le recours à l'administration ou à la justice ne constituait qu'une solution d'exception en l'absence de solution de départage. Au sein du ressort des branches professionnelles, la composition du « *collège* » patronal des commissions mixtes était souvent établie par une entente mutuelle correspondant à un commun accord entre les organisations présentes. Quand par exception ce principe pouvait faire défaut, les anciens articles L.133-1 et suivants du Code du travail prévoyaient le recours à des enquêtes réalisées par les services de l'inspection du travail jusqu'en 1982 puis par l'administration centrale du Ministère du Travail. Cette appréciation s'établissait, le cas échéant en fonction des cinq critères (relatif à la représentativité syndicale) qui avaient été définis par la circulaire PARODI de 1945⁵¹⁴⁵¹⁵. Dans la pratique l'essentiel du travail de l'administration consistait à décompter le nombre d'entreprise adhérentes car le seuil administratif requis était de cinq pour cent par rapport à l'ensemble des entreprises de la profession. Celui-ci était apprécié de manière relative avec pragmatisme⁵¹⁶ dans le souci de favoriser la négociation collective et d'accueillir de façon bienveillante les organisations patronales pouvant faciliter ce procédé (et éventuellement exclure uniquement celle pouvant l'entraver)⁵¹⁷. Par le truchement de ses enquêtes, l'administration effectuait un contrôle lointain des organisations patronales mais une régulation très maîtrisée de la négociation collective.

⁵¹³Article R136-3 (Abrogé par Décret n°2008-244 du 7 mars 2008 - art. 9 (V), Modifié par Décret n°97-80 du 30 janvier 1997 - art. 1). Les articles R.136-1(ancien) et suivant du Code du travail fixant la liste exhaustive des organisations d'employeurs représentatives, interlocuteurs institutionnels des pouvoirs publics au niveau national et siégeant à la commission nationale de la négociation collective pouvaient donner l'illusion d'une dimension « *naturelle* » (ou évidente) de la représentation patronale.

⁵¹⁴Jean-Pierre Le CROM, *loc.cit* p.100.

⁵¹⁵Jean-Pierre Le CROM, « La représentativité des organisations patronales au prisme du nombre d'entreprises adhérentes : quelques enseignements de l'Histoire », *Droit Social*, 2014, p.239

⁵¹⁶Jean-Pierre Le CROM, *loc.cit* p.100.

⁵¹⁷Franck HEAS, *loc.cit.* p.18.

Malgré cette absence de controverse la représentativité patronale faisait tout de même l'objet d'une insuffisante reconnaissance par le droit, à tel point que la doctrine a pu estimer que cette notion était : « *étrangère au droit ordinaire de la négociation des conventions et accord collectifs* »⁵¹⁸. En effet, il résultait de la technique juridique que la question de la représentativité patronale n'était mise en œuvre que « *pour et dans le cadre de la négociation collective* »⁵¹⁹ car son impérieuse nécessité n'éclatait qu'à l'occasion du contentieux des arrêtés d'extension⁵²⁰ définissant la porte de l'accord collectif conclu par ses divers signataires. Dans ce sens, la Cour de cassation constatait : « *qu'abstraction faite des conditions posées à l'article L133-1 du Code du travail (devenu L2261-19 du Code du travail) pour qu'un accord puisse être étendu, un accord collectif peut être conclu sans que toutes les organisations patronales représentatives dans son champ d'application aient été invitées à la négociation* »⁵²¹. En effet, la simple signature de l'organisation d'employeur n'engageant que ses adhérents, les procédures déterminant la conduite de la négociation collective par les organisations patronales pouvaient se passer de la notion de représentativité. Cependant, l'extension ministérielle exigeait que le texte conventionnel ait été négocié et conclu en commission paritaire composée de représentants des organisations représentatives d'employeurs et des salariés⁵²². Pendant longtemps l'exigence de représentativité patronale n'était donc pas une condition de la négociation collective mais une condition de l'extension de l'accord qui pouvait en découler⁵²³⁵²⁴⁵²⁵. Par conséquent, il était tout de même nécessaire de recourir à cette notion de représentativité et faute de notion légale propre aux employeurs, le juge administratif avait

⁵¹⁸Sophie NADAL, « Organisations patronales représentatives : de quoi parle-t-on ? ». Revue de Droit du Travail, Dalloz, 2008, p.189.

⁵¹⁹Nicole MAGGI GERMAIN, *loc.cit.* p.17.

⁵²⁰Conseil d'Etat, arrêt 30 juin 2003, requête n°248347. Tel fut notamment le cas à l'occasion d'un contentieux opposant le Mouvement des Entreprises de France (MEDEF), la Confédération Générale des petites et moyennes entreprises (anciennement CGPME devenue CPME) et l'Union Professionnelle Artisanale (UPA devenue U2P) à l'occasion de la conclusion de l'accord national du 1^{er} décembre 2001 visant à développer la négociation collective et l'emploi dans les entreprises artisanales (ex : conseil d'état du 31 mai 2002).

⁵²¹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 4 décembre 2007, 06-43.749, (Inédit).

⁵²²Article L2261-19 du Code du travail (modifié par Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 - art. 24 (V) et l'Ordonnance n°2017-1388 du 22 septembre 2017 - art. 1).

⁵²³Conseil d'Etat, arrêt 26 mars 2004, requête n°253534. Au cours de l'année 2003, une organisation patronale d'employeurs dans le secteur de la boulangerie sollicite l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté du ministre du travail du 21 août 2000 portant extension d'un accord départemental rattaché à la convention collective nationale de la branche professionnelle. Le juge administratif rejette cette demande au motif que l'organisation départementale signataire de l'accord était adhérente à une organisation nationale représentative et bénéficiait par conséquent d'une présomption dans ce domaine selon le même régime que celui de la représentativité syndicale.

⁵²⁴Ainsi que des décisions relatives aux organismes paritaires.

⁵²⁵Sophie NADAL, *Ibid.* Selon l'auteure, l'étude du contentieux de l'excès de pouvoir au sujet des arrêtés d'extension est éclairante, car les batailles juridiques opposaient des organisations patronales ayant à cœur de défendre leurs « *bastions syndicaux* ».

admis que les critères de la représentativité syndicale devaient s'appliquer⁵²⁶. A plusieurs occasions, le Conseil d'Etat exprimait sa difficulté à bien maîtriser ce sujet. Ainsi, par un arrêt du 2 mars 2011, le Conseil d'Etat soulignait le flou juridique entourant cette notion⁵²⁷, et reconnut la difficulté de son travail d'appréciation fondé sur les critères de la représentativité syndicale⁵²⁸. Il indiqua notamment que ces derniers devaient faire l'objet d'une interprétation nécessairement différente concernant les organisations patronales. A sa décharge, l'application des critères légaux de la représentativité syndicale au sujet du mouvement patronal n'était pas une tâche facile⁵²⁹⁵³⁰ par conséquent cette singulière difficulté expliquait sans doute de nombreuses hésitations de sa part.

En définitive, au moment de l'apparition d'une série de querelles intestines concernant la représentativité respective de plusieurs organisations patronales au sein d'un « nouveau » ressort de négociation collective (champ national et interprofessionnel), le juge se trouvait dépourvu et souffrait de transposer à la sphère patronale différents critères d'une notion qui n'avait pas été initialement définie à leur endroit. L'indétermination des organisations représentatives dans le ressort national et interprofessionnel est donc la cause principale d'une série de controverses judiciaires propres au mouvement patronal encourageant le législateur à se pencher sur la question.

La reconnaissance du ressort interprofessionnel et national. Au tournant du XXI^e siècle, le consensus entourant la répugnance patronale au sujet de la question de sa représentativité commence donc à se fissurer à l'occasion de plusieurs contentieux opposant des organisations concurrentes. A cette période, elles font l'objet de plusieurs tensions intestines en raison de demandes de reconnaissance institutionnelle d'organisations dites « *hors champ* » implantées en particulier dans les secteurs de l'économie sociale, de l'agriculture ou encore des professions

⁵²⁶Conseil d'Etat, arrêt du 9 février 2005, requête n°276064. A propos de l'annulation de l'arrêté fixant la liste des confédérations et fédérations reconnues représentatives des métiers et de l'artisanat.

⁵²⁷Conseil d'Etat, arrêt du 2 mars 2011, requête n°3131 89. En effet, une décision du ministre du travail du 16 avril 2002 a refusé au Syndicat National des Entreprises du secteur Privé Marchand de la Filière Equestre des Loisirs et du Tourisme (SNEFELT) la reconnaissance de sa représentativité. Par conséquent au cours de l'année 2008, après de multiples autres contentieux, cette organisation patronale a sollicité l'annulation de cette décision qui lésait ses intérêts.

⁵²⁸L'ancien article L.133-2 du Code du travail (définissant la représentativité syndicale).

⁵²⁹Lucien FLAMENT, « La représentativité des organisations patronales », Droit Social, 2009, p. 436

⁵³⁰Michel OFFERLE et Lucien FLAMENT, « Quelle représentativité pour les organisations patronales ? », Revue de Droit du Travail, 2010, p.269.

libérales revendiquant certains droits (et avantages). En effet, la loi du 4 mai 2004⁵³¹ de modernisation du dialogue social faisait des accords nationaux interprofessionnel (ANI) une nouvelle catégorie juridique d'accords collectifs⁵³²⁵³³ tout en contribuant à faire de la « *négociation interprofessionnelle un niveau de négociation identifiable et sans doute autonome, distinct de la négociation de branche* »⁵³⁴. Par la suite l'adoption de la Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007⁵³⁵, faisait de ce champ celui de la concertation préparatoire à la formation de projet de Loi. Il nous apparaît que la consécration d'un processus institutionnalisé de concertation au sujet de l'élaboration de la Loi par les protagonistes sociaux est la cause principale de la querelle intestine qui va conduire la représentation patronale à se soucier de la mise en place d'une définition propre de la notion de représentativité. En effet à cette période, s'est posée une interrogation au sujet de la liste des organisations habilitées à négocier et à conclure un éventuel accord national interprofessionnel (ANI), pouvant être considéré le cas échéant comme une éventuelle étape préalable à la Loi. Par ailleurs, les mêmes organisations « *hors champ* » revendiquaient également le droit de siéger dans les organismes sociaux et paritaires⁵³⁶. En effet, les sièges de ces organismes étaient réservés aux organisations patronales représentatives au plan national et interprofessionnel. Le professeur Pierre Yves VERKINDT écrivait à ce sujet que le paritarisme et la négociation collective « *sont reliés par un arc dont la clé de voute serait la représentativité syndicale dont on aperçoit bien alors la centralité* »⁵³⁷. Il existait donc un double enjeu concernant l'accès aux instances paritaires nationales mais aussi à la négociation collective au plus haut niveau. Or, n'étaient considérées comme représentatives à ce niveau que

⁵³¹Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004).

⁵³²Dans son ancienne rédaction le Code du travail ne connaissait qu'une section unique relative aux « conventions collectives de branches et aux accords professionnels ou interprofessionnels »

⁵³³Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.17.

⁵³⁴Bernard GAURIAU, « La négociation de branche et la négociation interprofessionnelle », *Semaine juridique social*, n° 22, 29 mai, p. 1239.

⁵³⁵Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JORF- n°27 du 1 février 2007-p.1944)

⁵³⁶Pascal CAILLAUD, « La représentativité nationale le multi professionnel : la consécration d'un second cercle », *Droit Social*, 2014, p.2017.

⁵³⁷Pierre-Yves VERKINDT, « Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale », *Semaine juridique social* n° 22, 29 mai 2012, p.1233.

trois organisations professionnelles⁵³⁸⁵³⁹⁵⁴⁰ ne couvrant pas l'ensemble des champs économiques et notamment ceux qualifiés de « *hors champ* ». Faillait-il donc considérer que la signature de ces trois organisations liait également les employeurs non adhérents de ces organisations se situant « *hors champ* »⁵⁴¹?

La stabilité des acteurs et ses enjeux démocratiques. Si la question sous-jacente était bien celle de la légitimité des acteurs patronaux⁵⁴², il s'avérait également que les autorités publiques, ne souhaitaient pas de bouleversement au sujet de la liste des organisations en question. En effet, lors de l'examen parlementaire des Lois n° 2007-130 du 31 janvier 2007⁵⁴³⁵⁴⁴, et n° 2014-288 du 5 mars 2014⁵⁴⁵, la position du Ministre du Travail était bien de ne pas modifier la définition de la notion d' « *interprofession* » afin de ne pas bouleverser la liste en question. Pour preuve, à l'occasion du premier débat, deux parlementaires avaient rédigé deux amendements⁵⁴⁶⁵⁴⁷ afin de reconnaître un éventuel champ « *intersectoriel* » capable de valoriser les places de la Fédération Nationale des Syndicats d'Exploitants Agricoles (FNSEA) et l'Union Nationale des professions Libérales (UNAP devenue U2P). Cependant, le Ministre du Travail ayant jugé que la Loi devait être « *neutre* »⁵⁴⁸ à ce sujet, ces amendements ont été rejetés. A ce titre, l'administration du Travail⁵⁴⁹ rappelait que la représentativité au niveau interprofessionnel

⁵³⁸Mouvement des Entreprises de France (MEDEF), Confédération Générale des Petites et Moyennes Entreprises (anciennement CGPME devenue CPME) et l'Union Professionnelle Artisanale (UPA devenue U2P).

⁵³⁹Depuis de nombreuses années, sont considérées comme telles les organisations siégeant au sein de la CNNC, actuellement composée de dix-huit représentants des employeurs dont douze membres du MEDEF, deux de la CGPME, deux de la FNSEA, trois de l'UPA et un de l'UNAPL. De la même façon, les représentants des organisations patronales siégeant au Haut conseil du dialogue social, créé par la Loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, sont des membres du MEDEF, de la CGPME, de l'UPA, de l'UNAPL et de la FNSEA.

⁵⁴⁰L'arrêté du 22 juin 2017 (JORF du 30 juin 2017) établit les résultats définitifs de la représentativité patronale au niveau national et interprofessionnel : MEDEF : 70,77% ; CPME : 24,97% et U2P : 4, 21%.

⁵⁴¹Lydie DAUXERRE, « Réflexions sur la question de la représentativité des organisations patronales », Semaine juridique social, n° 30, juillet, pp. 11-15,

⁵⁴²Jacques FREYSSINET et Marie-Armelle ROTSCILD SOURIAU, « Peut-on faire confiance à la négociation interprofessionnelle ? », Revue de droit du travail, 2013, p.156.

Selon les auteurs « *On peut faire confiance aux négociateurs interprofessionnels si l'on s'assure qu'ils bénéficient de la confiance de ceux qu'ils représentent* ».

⁵⁴³Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO- n°27 du 1 février 2007-p.1944). Monsieur Gérard LARCHER, ministre délégué au Travail, Sénat, séance du 17 janv. 2007, JOAN CR, p. 292

⁵⁴⁴Pascal CAILLAUD, loc.cit. p.17.

⁵⁴⁵Jean-Marie LUTTRINGER, « Formation professionnelle tout au long de la vie et négociation collective », Droit Social, 2004, pp. 472-481.

⁵⁴⁶Amendement n° 38 présenté par Monsieur CENSI, Assemblée Nationale., débats parlementaires, 2e séance du 6 déc. 2006, JOAN CR, p. 8619.

⁵⁴⁷Amendement n° 14 déposé par Monsieur GOURNAC. Sénat, séance du 17 janv. 2007, JOAN CR, p. 292.

⁵⁴⁸Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO- n°27 du 1 février 2007-p.1944). Gérard LARCHER, ministre délégué au Travail, Sénat, séance du 17 janv. 2007, JOAN CR, p. 292.

⁵⁴⁹Circulaire DGT no 20 du 13 novembre 2008 relative à la Loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail- Fiche n°8 (Texte non paru au Journal officiel).

nécessitait d'être présent dans les branches de l'industrie, des services, de la construction et du commerce⁵⁵⁰. Il ne fallait donc pas que des organisations dites « *hors champ* » obtiennent un statut qui aurait pu troubler l'équilibre général de la négociation collective au niveau national. Le contentieux relatif à la notion représentativité patronale prenait des allures nouvelles car la position fermée de l'administration exacerbait les tensions entre les organisations professionnelles au sujet de la consécration de leurs positions respectives au sein du nouveau ressort « *interprofessionnel* ». Les nouveaux enjeux se révélaient essentiels et ne pouvaient se satisfaire d'une certaine inertie. En effet, les frictions en question opposaient, d'un côté des organisations bénéficiant d'une représentativité nationale et interprofessionnelle, et d'un autre côté, des organisations qui en étaient dépourvues, mais faisaient l'objet le cas échéant d'une reconnaissance au sein de plusieurs branches professionnelles. Ces dernières étaient qualifiées d'organisations « *hors champ* » car se trouvaient implantées dans plusieurs secteurs⁵⁵¹ au sein desquelles les trois principales organisations patronales⁵⁵² étaient mal ou très peu implantées. Or, le caractère démocratique de ce processus pré-législatif pouvait justement être critiqué en raison de la faible légitimité des acteurs qui pouvaient y participer. En outre, les trois principales organisations professionnelles patronales⁵⁵³ pouvaient négocier et signer un accord qualifié d'interprofessionnel⁵⁵⁴ dont le champ d'application découlait directement de l'étendue de leur habilitation. Par conséquent, il existait un dilemme car la reconnaissance de nouveaux acteurs au sein du ressort en question présentait un trop fort risque de multiplication des protagonistes et donc d'instabilité de la négociation collective. Cependant, leur exclusion mettait en question la légitimité du processus ainsi que les accords collectifs pouvant en découler.

Les notions d'« interprofession » ou « interbranches » ou « inter-secteurs ». La doctrine avait les plus grandes difficultés à répondre aux questions concernant la délimitation de la notion d'« *interprofession* ». Elle semblait hésiter à ce sujet avec des notions telles que celles « *interbranches* » ou « *inter-secteurs* »⁵⁵⁵. En effet, certains auteurs estimaient que la notion d'« *interprofession* » n'était pas universelle mais fonctionnelle⁵⁵⁶. Autrement dit, il n'existait pas véritablement de notion unique d'« *interprofession* », mais des accords interbranches dont les

⁵⁵⁰Article L. 2122-9 du Code du travail, (Création de la Loi n°2008-789 du 20 août 2008 - art. 2).

⁵⁵¹ De l'économie sociale, de l'agriculture ou encore des professions libérales.

⁵⁵²Mouvement des Entreprises de France (MEDEF), Confédération Générale des Petites et Moyennes Entreprises (anciennement CGPME devenue CPME) et l'Union Professionnelle Artisanale (UPA devenue U2P) .

⁵⁵³Le Mouvement des Entreprises de France (MEDEF), la Confédération Générale des Petites et Moyennes Entreprises (anciennement CGPME devenue CPME) ou l'Union Professionnelle Artisanale (UPA devenue U2P)

⁵⁵⁴Michel OFFERLE et Lucien FLAMENT, *loc.cit.* p.103.

⁵⁵⁵Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.17.

⁵⁵⁶Jacques BARTHELEMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », Droit Social, 2008, p.566.

signataires pouvaient être bien différents. Pour d'autres auteurs, les accords nationaux et interprofessionnels pouvaient se distinguer des accords « *multi branches* » ou « *interbranches* » du fait des organisations salariées signataires. En effet, certains accords collectifs étaient signés par des confédérations d'organisations de salariés alors que d'autres étaient paraphés par des fédérations⁵⁵⁷. Il en découlait qu'un accord collectif pouvait être qualifié d'« *interprofessionnel* » quand il était signé par un ensemble de confédérations d'organisations de salariés représentatives à ce niveau. Alors qu'un accord collectif signé par un ensemble de fédérations syndicales représentatives devait être qualifié d'accord de branche ou « *interbranches* ». Il s'avérait que cette solution doctrinale renversait l'ordre des choses en donnant la clé du problème aux confédérations syndicales mieux organisées au niveau interprofessionnel, alors que l'usage était jusqu'alors de délimiter les différents champs professionnels en fonction des périmètres d'action des organisations patronales. Une autre partie de la doctrine⁵⁵⁸ constatait que les statuts des trois confédérations historiques d'employeurs⁵⁵⁹, ne les restreignaient pas aux secteurs des commerces des services et de l'industrie. Une organisation comme le Mouvement des Entreprises de France (MEDEF) pouvait compter des adhérents issus du monde agricole, de l'artisanat ou des professions libérales⁵⁶⁰. Il en ressortait que ces organisations pouvaient juridiquement prétendre à une vocation universelle. Toutefois, leur faible présence réelle dans ces secteurs constituait toute de même une entrave à la négociation collective. Finalement, la doctrine proposait de nombreuses pistes hétérogènes de réflexion, et les pouvoirs publics étaient rétifs et se dérobaient. Il fallait donc que le juge réponde à la question qui nous intéresse relative à la notion d'« *interprofession* » : s'agit-il d'un concept véritablement unique ou plutôt d'une notion « *gazeuse* ». Autrement dit cette notion (d'« *interprofession* ») recouvre-t-elle un bloc unique ou bien un centre autour duquel graviteraient des activités éparses et non couvertes ? S'il était impossible de définir convenablement cette notion, ne serait-il donc pas plus raisonnable de lui préférer celle de « *multibranches* », représentant un simple agrégat de branches professionnelles⁵⁶¹ ?

Les contentieux de la représentation patronale au sujet du plus large des ressorts. Dans cette controverse, l'Union des Syndicats et Groupements d'Employeurs Représentatifs dans

⁵⁵⁷Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.104.

⁵⁵⁸Christophe RADE, « *De l'accord interprofessionnel* », Droit Social, 2010, p.284.

⁵⁵⁹Mouvement des Entreprises de France (MEDEF), Confédération Générale des Petites et Moyennes Entreprises (anciennement CGPME devenue CPME), l'Union Professionnelle Artisanale (UPA devenue U2P).

⁵⁶⁰Christophe RADE, *Ibid.*

⁵⁶¹Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.104.

l'Economie Sociale (USGERES devenue UDES) s'est forgé une stratégie afin de défendre ses intérêts dans cette controverse. Cette organisation a d'abord tenté de faire reconnaître le secteur de l'économie sociale et solidaire (ESS) comme partie intégrante de la notion d'« *interprofession* »⁵⁶² puis a également formulé auprès du Ministère du travail une demande afin d'être reconnue en qualité d'organisation nationale et interprofessionnelle pour pouvoir siéger au sein de divers organismes paritaires. Le 22 septembre 2006, l'Union des Syndicats et Groupements d'Employeurs Représentatifs dans l'Economie Sociale a signé un accord national avec trois confédérations syndicales de salariés⁵⁶³, portant sur le droit à la formation professionnelle dans ce secteur d'activité. Cet accord a fait l'objet d'un refus d'agrément⁵⁶⁴ des autorités publiques compétentes puis d'un premier contentieux⁵⁶⁵. À la suite de celui-ci, le Ministre du Travail a autorisé l'extension de l'accord⁵⁶⁶, tout en lui refusant son caractère « *interprofessionnel* ». Par la suite le juge administratif a rejeté la demande⁵⁶⁷ formée par cette organisation patronale à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir, tentant d'obtenir l'annulation de divers textes, définissant les modalités de désignation des membres des trois commissions paritaires⁵⁶⁸ dont elle était exclue. Il résultait de cet arrêt du Conseil d'Etat⁵⁶⁹, que le pouvoir exécutif était tenu d'assurer la représentation au sein des organismes paritaires de toutes les organisations d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel. Toutefois, il restait loisible à ces mêmes autorités de prévoir également la représentation au sein de ces organismes : « *d'organisations d'employeurs qui ne sont représentatives au niveau national que pour certaines professions ou certains secteurs d'activités précisément déterminés, dès lors que cette présence peut se justifier par les spécificités de ces professions ou de ces secteurs d'activités au regard des compétences propres aux organismes en question* ».

⁵⁶²Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.104.

⁵⁶³ La Confédération Française du Travail (CFDT), la Confédération Générale du Travail (CGT) et la Confédération Française de l'Encadrement (CFE-CGC).

⁵⁶⁴ Arrêté du 25 septembre 2009 relatif à l'agrément de certains accords de travail applicables dans les établissements et services du secteur social et médico-social privé à but non lucratif (JORF n°0228 du 2 octobre 2009).

⁵⁶⁵ Conseil d'Etat, arrêt du 31 déc. 2008 requête n° 311501 : « *Un accord collectif peut être valablement conclu sans que les organisations d'employeurs signataires aient à justifier de leur représentativité dans le champ d'application de cet accord* ».

⁵⁶⁶ Arrêté du 26 avril 2010 portant extension d'un accord sur la formation professionnelle dans l'économie sociale (JORF n°0104 du 5 mai 2010 page 8132) : « *Sont rendues obligatoires, pour tous les employeurs et tous les salariés compris dans le champ d'application de l'accord du 22 septembre 2006, à l'exclusion des entreprises mutualistes, coopératives et groupements d'employeurs, agricoles, les dispositions de l'accord du 22 septembre 2006 sur la formation professionnelle dans l'économie sociale, à l'exclusion des termes : « interprofessionnel », « interprofessionnelles » et « interprofessionnelle » figurant dans l'accord comme étant contraires aux dispositions des articles L. 2232-1 et suivants du Code du travail* ».

⁵⁶⁷ Conseil d'Etat, arrêt du 26 octobre 2012 requête n°336737.

⁵⁶⁸ La commission nationale de la négociation collective, le conseil de supérieur de la prudhomie et au conseil d'administration de l'agence nationales pour l'amélioration des conditions de travail.

⁵⁶⁹ Conseil d'Etat, arrêt du 26 octobre 2012 requête n°336737.

»⁵⁷⁰. Malgré ce rappel, le Conseil d'Etat estima que l'organisation patronale requérante ne remplissait pas ces conditions⁵⁷¹. La réponse du juge administratif était donc que l'« *économie solidaire* » ne présentait pas de spécificités, pouvant justifier de l'existence d'une représentation particulière, car il s'agissait d'un secteur d'activité représentant un entremêlement de branches professionnelles. En revanche, elle ne pouvait pas prétendre couvrir l'ensemble du spectre du monde du travail⁵⁷². A cette même période, l'Union Nationale des Professions Libérales (UNAP devenue U2P) a également sollicité officiellement une reconnaissance au niveau national et interprofessionnel. Elle souhaitait participer aux négociations sur le fondement de l'article L.1 du Code du travail, mais par sa décision du 24 novembre 2009⁵⁷³, le Ministre du Travail a rejeté cette demande. L'organisation patronale a donc formé un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de cette dernière décision, que le juge administratif a décidé ⁵⁷⁴ de rejeter, considérant qu'elle avait une dimension « *intersectorielle* » et non pas « *interprofessionnelle* »⁵⁷⁵. A cette occasion, il précisa qu'il ne devait pas y avoir de confusion entre les notions d'organisation « *nationale* » et d'organisation « *interprofessionnelle* », une organisation couvrant tout le territoire national ne pouvant pas être automatiquement considérée comme étant « *interprofessionnelle* ». A ce sujet, il rappelait justement que le champ d'application de l'article n°1 du Code du travail n'était pas uniquement « *national* » mais également « *interprofessionnel* ». Par conséquent, sa tâche consistait à vérifier que l'organisation professionnelle couvrait bien un spectre regroupant une très large diversité d'activités⁵⁷⁶. Or, par nature, cette organisation (l'Union Professionnelle Artisanale devenue U2P⁵⁷⁷) ne couvrait que des activités pouvant s'exercer de façon libérale et non pas l'intégralité du champ économique. A son tour, l'Union Nationale des Professions Libérales (UNAP devenue U2P⁵⁷⁸) fit l'objet d'une querelle intestine au sein du monde patronal. Le 7 septembre 2010, la Chambre Nationale des professions Libérales (CNPL) forma un recours

⁵⁷⁰Conseil d'Etat, arrêt du 26 octobre 2012 requête n°336737.

⁵⁷¹Le choix fait par les employeurs de l'économie sociale et solidaire de ne présenter de candidats aux élections prud'homales de 2008 que dans les sections « *activités diverses* » et « *encadrement* », mais pas dans celles de « *l'agriculture* », de « *l'industrie* » ou du « *commerce et des services commerciaux* » conforte cette interprétation.

⁵⁷²Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.104.

⁵⁷³Décision implicite de rejet.

⁵⁷⁴Cour Administrative d'Appel de Paris, 26 nov. 2013, requête n° 11PA01477.

⁵⁷⁵Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.104.

⁵⁷⁶Union Nationale des Professions Libérales (UNAP devenue U2P) n'était pas l'organisation la plus importante dans le champ des professions libérales.

⁵⁷⁷Le 17 novembre 2016, l'UNAPL décide d'adhérer à l'UPA qui devient l'Union des entreprises de proximité, l'U2P.

⁵⁷⁸Créée par les trois grandes confédérations de l'artisanat et du commerce de proximité et rejointe en novembre 2016 par l'organisation représentative des professions libérales, l'U2P constitue désormais l'organisation représentative des entreprises de proximité en France, et à ce titre, est l'une des trois organisations patronales interprofessionnelles.

pour excès de pouvoir à l'encontre de l'article n°4 du décret n°2010-886 du 29 juillet 2010⁵⁷⁹ prévoyant que les quatre représentants des professions libérales du Conseil Economique, Social et Environnementale (CESE) étaient uniquement désignés par l'Union Nationale des Professions Libérales. Par un arrêt du 8 octobre 2012, le Conseil d'Etat⁵⁸⁰ donna une suite favorable à cette demande⁵⁸¹. En définitive, par ces divers contentieux, le Conseil d'Etat estimait qu'il n'existait qu'un seul et unique périmètre concernant la notion d'« *interprofession* », et que les diverses organisations demandeuses n'avaient pas la bonne dimension car ne couvraient pas l'ensemble des secteurs de l'industrie, de la construction, des services et du commerce. Toutefois, le périmètre de l'« *interprofessionnel* » ainsi dessiné, ne couvrait pas l'ensemble du spectre des différents secteurs d'activités du monde du travail. Par ce fait, le juge administratif se trouvait tout de même en difficulté car contraint de formuler une définition unique (mais non universelle) de l'« *interprofession* » secondée par diverses négociations qualifiables d'« *interbranches* »⁵⁸². Il en résultait que la jurisprudence administrative semblait insuffisante, fragile et insatisfaisante à prévenir un émiettement patronal, présentant le risque de transformer la coproduction législative en « *cacophonie juridique* »⁵⁸³⁵⁸⁴. Comme nous le savons le périmètre des organisations patronales détermine les différents ressorts de la négociation collective. Par conséquent, il devenait impérieux qu'une définition légale de la représentativité, propre aux organisations professionnelles d'employeurs, vienne conforter une formulation claire de la notion d'« *interprofession* ». Cet ensemble devait constituer le soubassement de la reconnaissance de la place de la négociation collective dans un processus pré-législatif⁵⁸⁵. En effet, l'enjeu était de taille, car il consistait tout simplement à déterminer la liste des organisations invitées à s'asseoir à la table des rédacteurs⁵⁸⁶ de la « *Loi négociée* »⁵⁸⁷⁵⁸⁸⁵⁸⁹.

⁵⁷⁹Décret n°2010-886 du 29 juillet 2010 relatif aux conditions de désignation des membres du Conseil économique, social et environnemental (JORF n°0174 du 30 juillet 2010).

⁵⁸⁰ Conseil d'Etat (3ème et 8ème sous-sections réunies), du 8 octobre 2012, requête n° 343082,

⁵⁸¹Selon le Décret n°2013-76 du 25 janv. 2013, relatif aux conditions de désignation des membres du Conseil économique, social et environnemental représentant les professions libérales, (JORF 26 janvier 2013., p. 1626) sur les quatre représentants des professions libérales, trois sont désignés par l'UNAPL et un par la CNPL.

⁵⁸²Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.104.

⁵⁸³Jean-Emmanuel RAY, « Les sources de la Loi du 31 janvier 2007 », Droit Social, 2010, p.496.

⁵⁸⁴Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.104.

⁵⁸⁵Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.17.

⁵⁸⁶Paul-Henri ANTONMATTEI, « Accord national-interprofessionnel et Loi : un conflit de normes inattendu-et inopportun », Droit Social, n° 5, 2009, p. 528-529.

⁵⁸⁷Alain SUPIOT, « Un faux dilemme : la Loi ou le contrat ? », Droit Social, 2003, p.59.

⁵⁸⁸Jean-François CESARO, « Commentaire de la Loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social », Semaine juridique social, n° 8, 2007, pp. 9-17).

⁵⁸⁹Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.17.

La notion « multi-professionnelle ». Or, selon l'article L.1 du Code du travail, les organisations invitées à intégrer ce cercle fermé, devaient être implantées dans tous les champs de l'économie, car leur champ de compétences se devait d'être « *général* », pour être équivalent à celui du législateur⁵⁹⁰. En plus, de faire l'objet d'une définition matérielle imparfaite, la notion de d'« *interprofession* » posait un second problème de taille. En effet, aucune des organisations patronales (MEDF et CPME) ne disposait donc réellement de ce caractère « *universel* », car au-delà du formalisme de leurs statuts, elles ne bénéficiaient que d'une relative domination sur un secteur professionnel particulier. En somme, aucune organisation ne comptait d'adhérents en nombre réel et significatif dans l'ensemble du champ économique. Par conséquent, une authentique négociation interprofessionnelle devait nécessairement faire l'objet de renforts. Elle devait donc intégrer des organisations ne bénéficiant pas du titre de représentativité dans le ressort le plus large, mais authentiquement présentes dans certains périmètres justement qualifiés « *hors champ* ». Or ce type de regroupement n'est envisageable qu'à la condition de réaliser une éventuelle mesure d'« *audience* » fiable de chacun des protagonistes concernés. En d'autres termes, la définition de la notion d'« *interprofession* » nécessaire à l'exercice de la négociation pré-législative excluait certaines organisations ayant une trop forte dimension sectorielle. Elle devait se réaliser avec des organisations ne couvrant pas l'intégralité des « *territoires* » de l'économie. Compte tenu de ce morcèlement, le choix de l'« *interbranche* », était envisageable mais devait recourir à une mesure d'audience dans chacune des branches professionnelles. Or cela présentait un risque de très forte multiplication des protagonistes et donc de « *cacophonie* » au moment des pourparlers. En définitive, les deux options insatisfaisantes exposaient le ressort en question à une représentation tronquée ou trop large⁵⁹¹. Par conséquent, la notion pragmatique dite « *multi-professionnelle* », correspondait bien à une solution arrangeante visant à résoudre cette difficile équation et éteindre le braisier du contentieux inter-patronal.

La formation de la notion « multi-professionnelle ». Avant d'explorer son contenu commençons par examiner le cheminement de la création de cette notion « *multi-professionnelle* »⁵⁹²⁵⁹³. A la suite de la seconde grande conférence sociale des 20 et 21 juin

⁵⁹⁰Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.17.

⁵⁹¹Quand on interrogeait l'auteur américain Marck TWAIN au sujet de son destin après sa mort, il avait coutume de répondre : « *je choisirai le paradis pour le climat et l'enfer pour la compagnie* ».

⁵⁹²Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.104.

⁵⁹³Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.17.

2013, préalable à l'élaboration de la Loi n°2014-288 du 5 mars 2014⁵⁹⁴ relative à la représentativité patronale, le Ministre du Travail demanda au Directeur Général du Travail de rédiger un rapport au sujet de la difficulté exposée ci-dessus. La publication de ce rapport mettait en évidence la coexistence de plusieurs champs de représentation au sein du monde patronal⁵⁹⁵⁵⁹⁶. Il constatait que le principe de reconnaissance mutuelle, habituellement appliqué pour régler ce type de contentieux n'était plus opérant au sein du ressort national⁵⁹⁷. Il notait qu'à l'interstice entre l'« *interprofessionnel* » et la branche, existait un « *second cercle* » regroupant un certain nombre d'organisations patronales dont le périmètre du ressort de la représentativité n'avait jamais été clairement défini⁵⁹⁸. Trois secteurs étaient particulièrement identifiés, du fait de leur taille et de leur volonté d'accéder à une représentation plus large : l'agriculture⁵⁹⁹, les professions libérales⁶⁰⁰ et l'économie sociale⁶⁰¹⁶⁰². A la suite de ce rapport, les pouvoirs publics ont sollicité les différentes organisations patronales représentatives au niveau national (dont celles qualifiées d'« *hors champs* ») afin d'ouvrir une négociation collective au sujet de leur représentativité et du champ d'application de leurs accords collectifs. Ayant rendu tardivement leur position à ce sujet, le projet initial de la Loi n°2014-288 du 5 mars 2014⁶⁰³ était par conséquent muet à ce sujet. Cependant concomitamment au débat parlementaire, les différents protagonistes ont signé le 30 janvier 2014 un : « *protocole d'accord sur la représentativité des organisations multi professionnelles dans le dialogue social national* »⁶⁰⁴. Les signataires y proposaient que : « *soit établie une liste d'organisations représentatives au plan national du hors champ dite multi professionnelle qui ne relèvent pas*

⁵⁹⁴Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p.4848) .

⁵⁹⁵Jean-Denis COMBEXELLE, « La réforme de la représentativité patronale », la Documentation Française, Rapport au Ministère du Travail, de L'emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue Social », octobre 2013, p.110 .

⁵⁹⁶Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.104.

⁵⁹⁷Eric AUBRY, *loc.cit.* p.100.

⁵⁹⁸Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.104.

⁵⁹⁹La Fédération Nationale des Syndicats d'Exploitants Agricoles (FNSEA).

⁶⁰⁰L'Union Nationale des Professions Libérales (UNAP devenue U2P).

⁶⁰¹L'Union des Syndicats et Groupements d'Employeurs Représentatifs dans l'Economie Sociale (devenue UDES en 2013).

⁶⁰²Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.104.

⁶⁰³Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p.4848) .

⁶⁰⁴Le Mouvement des Entreprises de France (MEDEF), l'Union Professionnelle Artisanale (UPA devenue U2P), la Confédération Générale des Petites et Moyennes Entreprises (anciennement CGPME devenue CPME), la Fédération Nationale des Syndicats d'Exploitants Agricoles (FNSEA) , l'Union Nationale des Professions Libérales (UNAP devenue U2P) et l'Union des Syndicats et Groupements d'Employeurs Représentatifs dans l'Economie Sociale (devenue l'UDES) ont signé un protocole d'accord sur la représentativité des organisations multi professionnelle dans le dialogue social national.

du champ interprofessionnel »⁶⁰⁵. Ce texte difficilement qualifiable car conclu par les seules organisations patronales encourageait la rédaction d'amendements parlementaires opportunément déposés dans le but de « reprendre » légalement cette notion inventée par les principaux intéressés. A l'issue du vote de Loi⁶⁰⁶, le Code du travail s'est alors enrichi d'une nouvelle section relative à la notion d'« *interprofession* »⁶⁰⁷.

La définition de la notion « multi-professionnelle ». Il en découle la reconnaissance d'un « *second cercle* » d'organisations professionnelles nationales n'étant pas considérées comme représentatives au niveau interprofessionnel mais à un niveau intermédiaire dit « *multi-professionnel* ». Ce statut leur octroie désormais la possibilité d'être consulté par les organisations interprofessionnelles préalablement à toute négociation d'un Accord National Interprofessionnel (ANI)⁶⁰⁸. La Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014⁶⁰⁹ confère aux parties de l'accord la tâche de définir son champ d'application professionnelle⁶¹⁰, mais selon la nouvelle rédaction de l'article L.2152-4 du Code du travail⁶¹¹ il existe bien une notion d'« *interprofession* » regroupant l'ensemble des activités économiques susceptibles de faire l'objet d'un arrêté d'extension et devant intégrer le processus pré-législatif⁶¹². Cependant, la même Loi consacre également le secteur « *multi-professionnel* » correspondant à un nouveau champ de représentation. L'article L.2152-2 du Code du travail dispose que sont représentatives au niveau national et « *multi-professionnel* », les organisations professionnelles d'employeurs qui satisfont aux critères généraux de la représentativité précisée par l'article L.2151-1 du Code du travail, mais qui sont également représentatives dans au moins dix conventions collectives, relevant de plusieurs domaines listés⁶¹³, ne relevant pas du champ couvert par des organisations

⁶⁰⁵Protocole d'accord sur « La représentativité des organisations multi professionnelles dans le dialogue social national » du 30 janvier 2014.

⁶⁰⁶Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p.4848) .

⁶⁰⁷L'article L. 2152-1-1 du Code du travail reprend les critères posés par les organisations d'employeurs signataires, tout en précisant (et restreignant) les secteurs professionnels concernés.

⁶⁰⁸Cette disposition étend finalement à toutes les négociations nationales interprofessionnelles une technique juridique déjà instituée par la Loi du 24 novembre 2009 pour fixer les ressources du Fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels (FPSPP). Les organisations d'employeurs signataires de l'accord constitutif d'un organisme collecteur paritaire agréé ne relevant pas du champ des accords interprofessionnels, c'est-à-dire « hors champ », doivent être consultées par écrit.

⁶⁰⁹Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p. 4848) .

⁶¹⁰Article L2222-1 du Code du travail modifié par Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 - art. 26 (V).

⁶¹¹L'article L2152-4 du Code du travail crée par la Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale (JORF n°0055 du 6 mars 2014 page 4848) et modifié par la Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016). .

⁶¹²Article L.1 du Code du travail.

⁶¹³L'agriculture, la pêche maritime, l'économie sociale et solidaire, le spectacle vivant et enregistré.

représentatives au niveau « *interprofessionnel* ». Il est également nécessaire que quinze organisations relevant du « *hors champ* » soit adhérentes de cette confédération et que celles-ci justifient d'une implantation territoriale couvrant au moins un tiers du territoire. Enfin, il est prévu que préalablement à l'ouverture de toute négociation susceptible de conduire à la conclusion d'un accord national interprofessionnel (ANI), dont la mise en œuvre nécessiterait une retranscription législative ou réglementaire, les organisations nationales « *interprofessionnelles* » se réunissent avec les organisations nationales « *multi professionnelles* » afin de les informer des objectifs qu'elles poursuivent, et ce, afin de recueillir leurs éventuelles observations. Avant cette éventuelle transposition législative ou réglementaire, les organisations « *multi-professionnelles* » devront également être consultées par le gouvernement⁶¹⁴. Toutefois, la création de cette double liste d'organisations représentatives (« *interprofessionnelles* » et « *multi professionnelles* ») maintient un certain nombre d'ambiguïtés, car elle ne met pas pour autant un terme à la notion de « *hors champ* » qui reste toujours mal délimitée, et qu'un certain nombre de secteurs, (représentant un large secteur d'entreprises et de salariés)⁶¹⁵ ne sont toujours pas couverts par les Accords Nationaux interprofessionnels (ANI)⁶¹⁶. Enfin, le compromis pragmatique des protagonistes patronaux ne fait pas de la notion de « *multi-professionnelle* », un nouveau ressort à part entière de la négociation collective entre celui de l'interprofession et celui de la branche⁶¹⁷⁶¹⁸. Il apparaît donc que ces dispositions confèrent à trois organisations (FNSEA, UDES et UNAPL) une petite place sur un « *strapontin* »⁶¹⁹ afin d'assister mais sans participer aux diverses négociations à caractère « *pré-législatif* »⁶²⁰. La finalité de la notion de « *multi-professionnelle* », semble donc particulière et limitée au cadre de l'article L.1 du Code du travail. Par conséquent, concluons que la consécration de la « *Loi négociée* » introduite par Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007⁶²¹ a bien contraint à la création d'une notion légale autonome de la représentativité patronale.

⁶¹⁴Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.104.

⁶¹⁵Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.104.

⁶¹⁶ Sont considérés comme « *hors champ* » les activités non couvertes par la négociation nationale interprofessionnelle : agriculture, professions libérales, économie sociale, spectacle, cinéma, audiovisuel, publicité, Loisirs, télécommunications, les organismes de sécurité sociale du régime général, l'habitat, l'accompagnement social, l'aménagement, urbanisme et presse.

⁶¹⁷Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.104.

⁶¹⁸Paul-Henri ANTONMATTEI, « La représentativité patronale : première lecture d'une réforme attendue », *Droit Social* 2014, p.233.

⁶¹⁹Paul-Henri ANTONMATTEI, *Ibid.*

⁶²⁰ Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.17.

⁶²¹ Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JORF- n°27 du 1 février 2007-p.1944)

La création de la Loi n°2014-288 du 5 mars 2014⁶²². Par ricochet, cette Loi est venue bousculer plusieurs positions dominantes au sein de la représentation patronale. Les difficultés intestines rencontrées, la pression des pouvoirs publics, la nécessité d'une symétrie avec le régime syndical, ont contraint les protagonistes patronaux à une négociation. Afin de laisser une place réduite à trois organisations qui manifestaient le souhait de participer aux négociations de dimension nationale et interprofessionnelle, le législateur a accepté ce compromis pragmatique. Celui-ci repris à son compte a eu pour effet de rayer définitivement l'hypothèse d'une éventuelle mesure de l'audience électorale de ces organisations qui aurait pu être un instrument de départage⁶²³ au sein du champ professionnel le plus large. Cette solution imparfaite aurait pu limiter un morcèlement de la représentation au sein du collège patronal et offrir une dimension universelle à la représentation patronale. Toutefois, elle semblait être a priori exclue des esprits dès le début du long chemin de création de la Loi n°2014-288 du 5 mars 2014⁶²⁴ que nous allons désormais étudier. Nous procèderons donc à l'examen de la création de concert de cette Loi, associant les protagonistes sociaux à la détermination de leur sort, et nous étudierons avec attention les choix effectués au sujet de la mesure de leur audience.

La définition légale de la représentativité patronale avait pour objectif de conforter la légitimité et l'autorité de l'ensemble des acteurs capables de déterminer leur nombre sur la base de critères objectifs définis par eux-mêmes. L'affirmation de leur détermination correspondait également à celle de leur autonomie permettant la consécration de leur liberté contractuelle et par conséquent la nécessaire limitation de l'intervention de l'Etat dans ce champ des relations sociales⁶²⁵. Pourtant esquivé par la position commune du 9 avril 2008 et les Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007⁶²⁶ et n° 2008-789 du 20 août 2008⁶²⁷ la question ne pouvait plus échapper à son destin. En effet comme nous venons de le rappeler le Conseil d'Etat était régulièrement saisi de contentieux patronaux relatifs aux arrêtés d'extension des accords et conventions collectives⁶²⁸ posant indirectement la question de la représentation patronale au sein du champ

⁶²² Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p.4848) .

⁶²³Paul-Henri ANTONMATTEI, *loc.cit.* p.114.

⁶²⁴Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p.4848) .

⁶²⁵Nicole MAGGI GERMAIN, *loc.cit.* p.17.

⁶²⁶Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO- n°27 du 1 février 2007-p.1944)

⁶²⁷Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JO, n°0194 du 21 août 2008 p.13064).

⁶²⁸Conseil d'Etat, arrêt du 2 mars 2011, requête. n° 313189.

interprofessionnel⁶²⁹⁶³⁰⁶³¹. Or, le sujet restait entouré d'un flou que ne parvenait pas à clarifier toute une série de rapports techniques⁶³²⁶³³⁶³⁴ et les efforts d'une partie de la doctrine⁶³⁵⁶³⁶⁶³⁷⁶³⁸⁶³⁹⁶⁴⁰⁶⁴¹. La définition légale de la représentativité patronale devait donc venir compléter la réforme de la représentativité syndicale⁶⁴². Par conséquent, si les esprits semblaient enfin préparés à la rédaction d'une notion légale de la représentativité patronale, la redéfinition de la représentativité syndicale contraignait le législateur dans ses choix. En effet, elle induisait un objectif initial de symétrie nécessairement « *imparfaite* », car les représentations de deux rives de l'ordre professionnel connaissent des structurations et des enjeux différents.

La mesure adéquate de l'audience patronale. Il fallait donc trouver un moyen autonome de mesurer l'audience des organisations patronales sur d'autres fondements que ceux de la représentativité syndicale. Dans son discours de politique générale de 2010, monsieur François FILLON, premier ministre, avait annoncé la rédaction d'une Loi à ce sujet, qui ne fut réellement mise en route qu'à l'issue de la deuxième conférence sociale des 20 et 21 juin 2013. La Loi en question⁶⁴³ s'est construite selon des modalités équivalentes à celle de la réforme concernant les organisations syndicales mais connaît tout de même de substantielles différences. En effet,

⁶²⁹Conseil d'Etat, arrêt du 26 oct. 2012, requête n° 336737. Rejet du recours en annulation de la décision refusant d'ajouter l'USGERES, devenue l'UDES, organisation représentant les entreprises de l'économie sociale, à la liste des organisations patronales siégeant à la Commission nationale de la négociation collective, au Conseil supérieur de la prud'homie et au conseil d'administration de l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail.

⁶³⁰Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.17.

⁶³¹Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.104.

⁶³²Raphael HADAS-LEBEL, *loc.cit.* p.94.

⁶³³Jacques ATTALI, (président de la commission pour la croissance française), « 300 décisions pour changer la France », Paris, La Documentation française, 2008, p.350.

⁶³⁴Jean Frédéric POISSON et Marc BIEHLER, « Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles », Rapport au Premier Ministre et Ministre du Travail, des Relations sociales et de la Solidarité, la Documentation Française (Collection des rapports officiels), 2009, p.528.

⁶³⁵Lucien FLAMENT, *loc.cit.* p.103.

⁶³⁶Michel OFFERLE et Lucien FLAMENT, *loc.cit.* p.103.

⁶³⁷Franck HÉAS, « La représentativité des organisations salariées et patronales en droit français », *Revue de Droit du Travail*, 2011, p.91.

⁶³⁸Bernard TEYSSIÉ, Jean-François CESARO et Arnaud MARTINON, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *Juri-Classeur Périodique (la semaine juridique social)* 2011, p.1102.

⁶³⁹Direction de l'Animation de la Recherche, des Études et des Statistiques (DARES), Jean-Pierre LE CROM et Nicole MAGGI-GERMAIN (sous la direction), « La construction de la représentativité patronale », Paris, Ministère de l'Économie, de l'industrie et de l'emploi et Ministère du Travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville, 2011, p.399.

⁶⁴⁰Nicole MAGGI-GERMAIN, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *Droit Social*, n°11, 2011, p. 1072.

⁶⁴¹Nicole MAGGI-GERMAIN, Michel OFFERLE et Jean-Marie PERNOT, *loc.cit.* p.72

⁶⁴²Selon une citation souvent prêtée à Victor HUGO : « *rien n'est plus fort qu'une idée dont le temps est venu* »

⁶⁴³Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p. 4848).

dans ce contexte, trois des principales organisations patronales⁶⁴⁴ ont adopté un document qualifié de « *position commune* » datée du 19 juin 2013, mais soulignons que la rédaction de ce texte ne mobilisait que les organisations patronales, à l'inverse de la méthode suivie au sujet de la représentativité syndicale. Les organisations patronales signataires demandaient qu'au sein du ressort national et interprofessionnel soit appréciée la présence équilibrée dans les différents secteurs d'activité des organisations qui allaient recevoir ce label. Elles admettaient que les mêmes critères assujettissant les organisations syndicales s'appliquent à leur endroit, même si ces derniers devaient s'apprécier (ou se décliner) différemment afin de tenir compte de nombreuses spécificités. Enfin, elles rappelaient que la représentativité patronale était le : « *corollaire de la liberté d'adhésion des entreprises et s'entend comme la capacité d'une organisation patronale à s'exprimer au nom et à engager des entreprises qui ne sont pas adhérentes à ladite organisation mais qui présentent les mêmes caractéristiques* ». Ce dernier point constituait une inflexion notable de la culture patronale correspondant à un glissement discret d'une conception « *civiliste* » vers une approche plus « *institutionnelle* »⁶⁴⁵. En effet, cette position précisait que la représentativité patronale avait : « *pour première finalité de permettre à ces organisations de conclure des accords collectifs de travail créateurs de normes* ». Par ce texte, les employeurs admettaient donc que la notion de représentativité pouvait conférer à son titulaire une capacité plus large lui permettant donc d'engager des entreprises non adhérentes. Toutefois, il lui semblait nécessaire de souligner la constance de l'importance de l'adhésion. Il en découlait le souhait d'une représentativité « *réelle* » à partir d'une audience minimale basée sur l'adhésion et octroyant une capacité directe à agir. Par ce choix, les signataires signifiaient clairement leur refus d'un système de mesure de leur audience basée sur une élection⁶⁴⁶. Par conséquent, la position commune en question fixait sept critères de représentativité identiques à ceux de la représentativité syndicale mais considérait que l'audience des organisations devait être liée aux poids des adhésions pondérées sur la base de critères socio-économiques⁶⁴⁷. De façon concomitante à la signature de cette position commune (19 juin 2013), le gouvernement organisa une conférence sociale et exprima son souhait de mener une réforme de la représentativité patronale (20 et 21 juin 2013). Par conséquent, le

⁶⁴⁴Le Mouvement des Entreprises de France (MEDEF), la Confédération Générale des Petites et Moyennes Entreprises (anciennement CGPME devenue CPME) et l'Union Professionnelle Artisanale (UPA devenue U2P)

⁶⁴⁵Pour la culture patronale dominante, l'adhésion était déterminante, car une organisation n'engageait jamais que ses adhérents. Seul un arrêté ministériel pouvait contraindre l'ensemble des entreprises entrant dans le champ d'application à l'appliquer l'accord en question.

⁶⁴⁶Jean-Pierre Le CROM, *loc.cit* p.100.

⁶⁴⁷La mesure de l'audience de l'organisation à partir des adhésions appréciées en fonction d'une pondération du poids des entreprises.

pouvoir exécutif reprenait rapidement la balle au bond, mais ressentait la nécessité de compléter cette impulsion conventionnelle par une expertise technique⁶⁴⁸. Il en ressortit un rapport administratif publié en octobre 2013⁶⁴⁹⁶⁵⁰ reprenant les principaux éléments de la position commune du 19 juin 2013, proposant une définition de la représentativité patronale sur la base des critères définis par la Loi n°2008-789 du 20 août 2008,⁶⁵¹ avec effectivement quelques aménagements⁶⁵². Ce document envisageait de façon insuffisamment précise une pondération en fonction du nombre de salariés de chaque entreprise adhérente à une organisation professionnelle. Le projet de Loi, reprenant les propositions en question, était toutefois particulièrement laconique sur un sujet épineux⁶⁵³. Malgré un début de compromis, l'effacement des détails techniques correspondait à une gêne qui tirait toujours les protagonistes patronaux et n'effaçait pas le souci du législateur craignant que cette définition déstabilise le système de négociation collective. En effet, il ne s'agissait pas de créer un cadre juridique pouvant faire émerger de nouveaux acteurs accompagnés de nouvelles pratiques, car la Loi devait consolider l'ancien système de relations professionnelles⁶⁵⁴.

Les options abandonnées de la mesure d'audience patronale. A cette étape intéressons-nous à deux options alternatives éclairant les positions des uns et des autres, mais vite abandonnées par le législateur⁶⁵⁵ car considérées comme trop éloignées des objectifs initiaux de la Loi. La première de ces propositions visait à partir de la situation antérieure en considérant comme acquise la représentativité patronale. Les organisations déjà représentatives devaient le demeurer aussi longtemps que leur représentativité ne serait pas contestée. Dans cette hypothèse, en cas de contentieux, charge aurait été donnée à l'administration d'effectuer des enquêtes de mesures de l'audience de celles-ci. Il s'agissait d'une solution de « *statut quo* » s'en remettant à d'éventuels ajustements particuliers par le biais de contentieux intestins au monde patronal qui auraient été réglés de façon pragmatique par l'administration. La seconde

⁶⁴⁸Comme nous l'avons déjà rappelé, le gouvernement confia la tâche au directeur général du travail de rédiger un rapport à ce sujet.

⁶⁴⁹Jean-Denis COMBREXELLE, *op.cit.* p.112.

⁶⁵⁰Jean-Pierre Le CROM, *loc.cit* p.100.

⁶⁵¹Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008) ..

⁶⁵²Franck PETIT, *loc.cit* p.98.

⁶⁵³Jean-Pierre Le CROM, *loc.cit* p.100.

⁶⁵⁴Etude d'impact de la Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p.4848). Outre le risque de voir émerger des organisations d'employeurs qui n'auraient pas d'expérience en matière de négociation collective et qui se caractériseraient probablement par un positionnement très contestataire, une difficulté liée à l'élection résiderait en outre dans le choix du scrutin.

⁶⁵⁵Etude d'impact de la Loi n°2014-288 du 5 mars 2014, *Ibid.*

option rejetée, consistait à laisser à chaque branche professionnelle le soin de décider des différents critères de représentativité et notamment la mesure de son audience. Toutefois pour des raisons d'ordre public absolu, il nous apparaît que cette option ne pouvait être juridiquement retenue, car il en serait ressorti autant de modalités d'appréciation de la notion de représentativité que de branches professionnelles. Cette option aurait toutefois constitué une consolidation de l'« *autonomie collective* » des protagonistes sociaux en charge de l'évaluation de leur propre représentativité. Mais cette myriade d'appréciation de leurs audiences aurait entravé l'émergence d'une notion unifiée du concept d'« *interprofession* »⁶⁵⁶. La finalité de la Loi était explicite : établir une avancée majeure « *pour stabiliser et conforter la place reconnue aux partenaires sociaux dans l'élaboration des normes* »⁶⁵⁷. Si la priorité était effectivement de construire les modalités d'exercice d'un processus « *pré-législatif* » interprofessionnel, il était moins de renforcer l'autonomie des acteurs sociaux. Or, comme nous le savons la réalisation de cet objectif passait par une stabilité de protagonistes sociaux au sein du ressort le plus large. Le rapport du directeur du général du travail ainsi que la position commune du 19 juin 2013, ayant convaincu le législateur d'écarter l'option d'un scrutin spécifique afin d'évaluer l'audience des organisations patronales⁶⁵⁸, ce dernier fit donc le : « *choix de critères d'audience sélectifs mais pas inaccessibles* »⁶⁵⁹. A ce titre, il constatait que les caractéristiques du monde patronal : « *plaident en faveur d'un mécanisme reposant sur une représentativité montante* »⁶⁶⁰. Par conséquent, conformément aux vœux des signataires de la position commune du 19 juin 2013, il considérait que l'adhésion était bien : « *la clef de voute du système* »⁶⁶¹. Il fallait donc privilégier un système de mesure de l'adhésion comprenant un seuil (huit pour cent) relativement bas⁶⁶² auquel s'ajoutait une exigence relative à une « *implantation territoriale équilibrée* »⁶⁶³. Nous examinerons plus loin et plus en détails les modalités concrètes de la mesure de l'audience des organisations patronales cherchant habilement un point d'équilibre entre des organisations rassemblant de très nombreuses entreprises mais employant peu de personnel et d'autres comptant moins d'adhérents mais employant un plus grand nombre de salariés.

⁶⁵⁶Il semble bien que l'abandon de cette option constitue un nouvel indice confirmant la hiérarchie des finalités de cette réforme.

⁶⁵⁷Etude d'impact de la Loi n°2014-288 du 5 mars 2014.

⁶⁵⁸Jean-Pierre Le CROM, *loc.cit p.100*

⁶⁵⁹Etude d'impact de la Loi n°2014-288 du 5 mars 2014.

⁶⁶⁰Etude d'impact de la Loi n°2014-288 du 5 mars 2014.

⁶⁶¹Etude d'impact de la Loi n°2014-288 du 5 mars 2014.

⁶⁶²Franck PETIT, *loc.cit p.98*.

⁶⁶³Article L.2152-1 du Code du travail modifié par Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 - art. 35 (V).

Une double définition légale de la représentativité apparemment déterminée par les parties prenantes. Il ressort des éléments précédemment examinés, que les rédactions des deux définitions de la notion de représentativité ont l'apparence d'un cheminement de même nature. Le choix de la méthode en ces deux circonstances n'est évidemment pas dénué de sens. Il nous revient donc la charge de bien en analyser la portée. En effet, il est manifeste que les modalités de formation de ces deux textes se sont effectuées en chorale, associant divers protagonistes et institutions. En d'autres termes, l'ordre professionnel semble à chaque fois avoir proposé un projet qui a ensuite été repris à son compte par la Loi. Cette manière de former la Loi par intégration dans l'ordre étatique de normes professionnelles n'apparaît pas tout à fait comme une novation tant il peut être décompté de précédents. Toutefois, cette réitération d'une ancienne méthode démocratique semble prendre de nouvelles dimensions à cette occasion. En effet, ces deux textes législatifs ⁶⁶⁴ ont été formés suivant des modalités désormais institutionnalisées par la Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007⁶⁶⁵. A ce titre ils incarnent tout autant par leur mode de formation que par leur objet ce que nous pouvons qualifier de nouveau mode institutionnalisé de formation en « *réseau* » de la Loi. Il en découle une question qui nous intéresse au premier chef, cette manière de procéder relève-t-elle d'un procédé « *hétéronome* » ou « *autonome* » ? Selon une première appréciation, les nouvelles règles de sélection des acteurs les plus aptes à conduire les négociations collectives ont d'abord été définies par les principaux protagonistes puis intégrées à l'ordre juridique étatique par le truchement d'une Loi. Il s'agirait donc d'une formidable expression de l'autonomie des protagonistes sociaux capables désormais de décider des règles les concernant. Toutefois, l'analyse des causes de cette démarche dévoile une appréciation d'une nature bien différente. En effet, le souhait des autorités publiques de construire un processus « *pré-législatif* » associant les protagonistes sociaux à la rédaction des projets de Lois ainsi que le désir d'accélérer un phénomène de décentralisation des relations professionnelles constituent les principales causes de la révision de cette notion⁶⁶⁶. En somme, un double phénomène d'institutionnalisation et de décentralisation des relations professionnelles, aurait quelque peu contraint les antagonismes sociaux à s'entendre afin de répondre à une commande de l'Etat portant sur la redéfinition de leur représentation. Par conséquent, cette réforme serait équivoque car elle donnerait les apparences d'une sollicitation

⁶⁶⁴Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JO, n°0194 du 21 août 2008 p.13064) et Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p.4848).

⁶⁶⁵Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JORF- n°27 du 1 février 2007-p.1944).

⁶⁶⁶En effet, celle-ci se forme désormais au sein d'unités primaires se situant dans le ressort des entreprises puis dans le cadre d'un processus ascendant se déployant intégralement au niveau interprofessionnel et national.

des protagonistes sociaux afin de déterminer leurs propres critères de sélection mais serait en réalité largement conduite par l'Etat. Sous cet angle, il s'agirait donc d'une procédure largement contrainte bouleversant le sort et la condition des principaux intéressés⁶⁶⁷. L'Etat ne se contenterait donc pas de reconnaître (ou recevoir) des normes conventionnelles décidées par les principaux intéressés afin de les intégrer au sein de son ordre juridique. Il serait dès lors à l'initiative d'une démarche dont il transforme bien volontiers les fruits avant de les reprendre à son propre compte. Toutefois, dans un esprit de synthèse, admettons que les éléments d'analyse en faveur de l'« *autonomie* » complètent bien ceux de l'« *hétéronomie* ».

Par conséquent, la formation de la notion de représentativité de droit positif serait dans la meilleure de ses appréciations le résultat d'un large travail en commun de l'Etat et des parties prenantes. Après l'examen de leur formation, il nous reste donc à examiner si l'exercice effectif de ces critères objectifs de sélection est à la base d'une authentique autonomie des acteurs des relations professionnelles. L'étude du fonctionnement de la notion de représentativité passe par un examen intrinsèque de chacun de ces critères objectifs mais également par l'étude des cadres et des modalités de cette sélection.

2.2. L'exigence de concordance au sein des différents ressorts de la représentativité

Par conséquent, préalablement à l'étude matérielle des critères, il nous faut également étudier les champs dans lesquels cette notion se déploie pour mieux en comprendre son fonctionnement. En effet, chacun des périmètres des champs de la représentativité s'avère faire l'objet d'une détermination tenant à la fois de la Loi et des protagonistes sociaux. Par ailleurs, par le biais des articles n°2 et 3 de leur position commune du 9 avril 2008⁶⁶⁸, les protagonistes sociaux ont réclamé un effacement progressif de la présomption de représentativité afin de laisser se déployer une règle de « *concordance* » suivant laquelle l'organisation professionnelle qui prétend représenter l'intérêt d'une collectivité de salariés doit désormais apporter la preuve de sa capacité réelle à ce sujet au sein du ressort concerné⁶⁶⁹. Cette règle de « *concordance* »

⁶⁶⁷Ce point de vue général s'illustre de manière éloquent au sujet de l'examen des divers mouvements rappelés ci-dessus et ayant des effets directs sur la délimitation des branches professionnelles constituant jusqu'alors le ressort historique de la notion de représentativité.

⁶⁶⁸Article n° 3 de la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

⁶⁶⁹Françoise FAVENNEC-HERY, « La représentativité syndicale », Droit Social, 2009, p.630. Selon l'auteure : « *Extension de la règle de concordance entre le niveau ou s'apprécie la représentativité et celui ou se pose la question de la représentativité* ».

s'applique également à l'endroit des organisations d'employeurs. Au travers l'examen de ces points successifs nous recueillerons de nouveaux indices au sujet de notre questionnaire qui nous permettront de mieux départager le caractère « *autonome* » ou « *hétéronome* » de la révision de la nature de la notion de représentativité.

Commençons donc par l'examen des différents ressorts au sein desquels la notion de représentativité est censée s'exercer. Par la suite nous serons amenés à examiner dans le détail les différentes logiques se déployant désormais au sein du champ stratégique de l'entreprise.

2.2.1. Une nouvelle structuration des ressorts professionnels

Soulignons qu'en matière d'art décoratif (ou de couture) le mot « *patron* » est généralement utilisé au sujet d'un dessin sur papier (ou sur toile) de différentes pièces permettant par superposition une coupe de même forme. Il s'avère que les dimensions des différents ressorts de la représentativité ont usuellement été déterminés sur le périmètre des champs de compétence des organisations patronales. Nous serons donc vigilants sur ce point, et examinerons si les périmètres des organisations d'employeurs déterminent toujours les champs de la négociation collective. Nous constaterons que l'Etat a toujours activement participé à la modélisation des dimensions des différentes branches professionnelles en adoptant des méthodes de différentes natures et en alternant des postures autoritaire ou pragmatique. Formulons l'hypothèse que le vaste chantier administratif de redimensionnement des branches professionnelles est placé au service d'une plus grande décentralisation de la négociation collective au profit de l'entreprise.

Commençons par examiner les ressorts supra-entreprise, avant d'examiner la valorisation mais également le démembrement de ce dernier champ.

La création de nouveaux ressorts de la représentativité. Par le truchement de l'étude des prémices de la mise en place de la représentativité patronale, nous avons étudié la consécration d'un nouveau champ (interprofessionnel et national) dévolu à la négociation « *pré-législative* ». Nous savons désormais que ce nouveau ressort répond largement à un souhait de l'Etat d'associer les protagonistes sociaux à la formation de la Loi. Par ailleurs, nous savons que le rôle de l'administration a souvent été particulièrement actif au sujet de la détermination des périmètres des branches professionnelles constituant le ressort historique de la notion de représentativité. Si elle n'est pas à l'initiative d'un large phénomène de décentralisation des

relations professionnelles, elle accompagne désormais ce mouvement afin de soutenir la mise en place de ses propres politiques publiques.

Les restructurations des périmètres des champs des branches professionnelles. Cette analyse s'illustre de manière éloquentes au sujet de l'examen du travail administratif concernant la rationalisation des « nouvelles » délimitations des branches professionnelles. En effet, ces schémas nouvellement dessinés visent à accompagner une importante redéfinition de l'ordre public social et du système de relations professionnelles. Les nouvelles cartes laissent entrevoir le glissement de son centre de gravité passant de la branche professionnelle à l'entreprise. En ce sens le projet de redimensionnement des branches professionnelles est conforme à l'ambition politique relative à la négociation collective car il convient d'imposer : « *par sagesse et souci d'efficacité, aux organisations patronales de concevoir un champ plus vaste pour leur convention collective et donc à envisager autrement la conciliation entre efficacité économique et protection des travailleurs* »⁶⁷⁰. Cette démarche administrative correspond à une nouvelle « *évaluation étatique des résultats de l'activité conventionnelle* »⁶⁷¹. En définitive, il existe bien un lien très étroit entre la redéfinition de la notion de représentativité et la restructuration⁶⁷² administrative des branches professionnelles.

Autoritarisme ou pragmatisme : une démarche administrative. Par le passé, la construction d'un paysage conventionnel comparable à un « *beau jardin à la française* »⁶⁷³ a déjà fait l'objet de deux grandes initiatives. La première correspondait à la démarche du régime de VICHY assise sur des ressorts idéologiques « *corporatistes* » et visant à créer de nouvelles « *familles professionnelles* »⁶⁷⁴. La seconde tentative datait de la sortie de la seconde guerre mondiale et reposait sur d'autres ressorts idéologiques mais visait déjà à la création de plus grands ensembles conventionnels. Après ces deux redécoupages « *autoritaires* » de la diversité des champs conventionnels des branches professionnelles, l'administration du Travail a adopté un régime plus souple. Le fondement de cette politique publique était que la branche d'activité

⁶⁷⁰Jacques BARTHELEMY, *loc.cit.* p106.

⁶⁷¹Sophie NADAL, « La restructuration des branches professionnelles -réflexions sur une mutation forcée », Droit Social, 2016, p.210.

⁶⁷²Le terme de « *restructuration* » ne reflète pas précisément la nature de la démarche. En effet il ne s'agit pas uniquement d'une opération visant un nouvel ordonnancement mais plutôt un redimensionnement et une réduction du nombre des branches. Toutefois le terme de « *restructuration* » est celui désormais utilisé par la doctrine au sujet de cette démarche.

⁶⁷³Sophie NADAL, *Ibid.*

⁶⁷⁴Jean-Pierre Le CROM, « L'organisation des relations professionnelles en France (1940-1945) - Corporatisme et Charte du travail » (Thèse soutenue en 1992 à Nantes, sous la direction de Philippe-Jean Hesse), p.804

représentait : « *d'abord ce que les parties ont entendu qu'elle soit* »⁶⁷⁵. Pendant plusieurs décennies, la doctrine de l'administration était donc marquée du sceau du pragmatisme et donnait la priorité à la négociation collective, car le but était d'améliorer la couverture conventionnelle des travailleurs. Il découlait bien de l'examen de l'histoire des champs d'application des arrêtés d'extension du Ministère du Travail que les conventions collectives nationales prenaient généralement assises sur le périmètre des organisations patronales⁶⁷⁶. Sans cadre juridique très précisément défini, l'administration effectuait ses arbitrages sur la base d'enquête de terrain naviguant entre une volonté de limiter le morcèlement des branches professionnelles et d'encourager le développement de la négociation collective. Cette démarche administrative a permis la reconnaissance institutionnelle de certaines organisations professionnelles bénéficiant d'effectifs d'adhérents réduits au détriment d'une rationalisation du nombre des branches professionnelles. Cependant, les organisations étaient dotées d'une bonne capacité à s'inscrire dans une logique de négociation d'accords collectifs et pour cette raison, l'administration était prête à reconnaître l'existence d'une branche professionnelle sur le périmètre de leur champ de compétence. Cependant, depuis les années quatre-vingt-dix du XX^e siècle, elle s'est tout de même résignée à fixer un seuil de dix à quinze mille salariés, représentant la taille critique adéquate, autorisant la reconnaissance du ressort d'une branche professionnelle. Reconnaissons que ce seuil plus rigoureux n'a pas véritablement réussi à endiguer un phénomène d'émiettement des diverses branches professionnelles correspondant aux désirs des parties prenantes⁶⁷⁷.

Une restructuration recommandée par l'administration. Par conséquent, la démarche contemporaine de restructuration des branches professionnelles est loin de correspondre à une sollicitation des protagonistes sociaux désireux de réduire leur émiettement, mais apparaît plutôt comme l'incarnation d'un fort volontarisme étatique. Dans ce sens, au cours de l'année 2008⁶⁷⁸, monsieur François FILLON, premier ministre, chargea un député d'une mission parlementaire consacrée à ce dernier sujet⁶⁷⁹. Ce rapport ne débouchait pas sur un dispositif

⁶⁷⁵Jean-Pierre Le CROM, *op.cit.* p.123.

⁶⁷⁶En la matière, la pratique de l'enquête administrative concernant la reconnaissance de la représentativité est ancienne et remonte à la mise en œuvre de la Loi du 24 juin 1936 concernant l'extension des conventions collectives mais ce n'est que l'article n°8 de la Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 qui lui donnât valeur légale.

⁶⁷⁷Jean-Pierre Le CROM, *op.cit.* p.123.

⁶⁷⁸Michel de VIRVILLE, « Pour un Code du travail plus efficace », Rapport au ministre des Affaires Sociales, du Travail et de la Solidarité, la Documentation Française (Collection des rapports officiels), 2014, p.117. Il faut également noter que ce rapport était favorable à une restructuration des branches afin d'atteindre le nombre total de cent.

⁶⁷⁹Jean Frédéric POISSON et Marc BIEHLER, *loc.cit.* p.116.

opérationnel mais constatait l'absence d'activité conventionnelle⁶⁸⁰ dans un nombre important de branches professionnelles⁶⁸¹⁶⁸². En somme, l'activité conventionnelle des branches professionnelles faisait l'objet d'une forte hétérogénéité et manquait de rationalité. Au cours de l'année 2013, le Directeur général du travail fut chargé de la rédaction d'un rapport administratif sur la représentativité patronale, proposant de doter l'administration d'un arsenal juridique afin de procéder à un redécoupage des différents périmètres professionnels⁶⁸³⁶⁸⁴⁶⁸⁵. Dans le cadre de la Loi n°2014-288 du 5 mars 2014⁶⁸⁶, le législateur décida donc d'insérer dans le Code du travail une nouvelle section dite de « *restructuration des branches professionnelles* »⁶⁸⁷. Ce dispositif fit l'objet de nombreuses modifications et de rapports⁶⁸⁸⁶⁸⁹⁶⁹⁰. En définitive, la tâche de dessiner cette « *nouvelle cartographie du droit conventionnel* »⁶⁹¹ a bien été confiée au pouvoir réglementaire (Ministre du Travail) qui se trouve « *muni des compas et des prérogatives nécessaires au tracé des frontières* »⁶⁹², des branches professionnelles à venir. Selon une première intention, l'administration a tenté de redéfinir la taille des branches professionnelles en recueillant l'assentiment des protagonistes sociaux. Cette restructuration étant perçue par ces derniers comme un projet allant à l'encontre de leurs intérêts particuliers, ils étaient en effet peu enclins à s'inscrire dans cette démarche. Au fil du temps, la pression étatique exercée à ce sujet s'est faite de plus en plus insistante, et l'administration s'est avérée

⁶⁸⁰ 186 branches professionnelles.

⁶⁸¹ Le rapport remarquait également que plusieurs conventions collectives nationales ne couvraient pas une branche mais un métier ou un territoire géographique particulier.

⁶⁸² Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (DARES), « Portrait statistique des principales conventions collectives de branches en 2016 », (DARES), Résultats, n°33, Juillet 2019. Au 31 décembre 2016, 674 conventions collectives de branche (hors branches agricoles) couvraient 15,6 millions de salariés selon les déclarations annuelles de données sociales (DADS). Elles étaient regroupées à des fins d'analyse en 435 conventions collectives agrégées, pour tenir compte notamment de l'existence concomitante de conventions collectives d'échelon national et territorial pour la même activité. En 2016, 17 % des conventions collectives de branches agrégées, soit 76 conventions, couvraient moins de 1 000 salariés et ne totalisent que 0,2 % de l'effectif salarié de l'ensemble des branches. À l'inverse, 67 conventions collectives agrégées concernaient chacune plus de 50 000 salariés et totalisent 76 % de l'emploi salarié.

⁶⁸³ Jean-Denis COMBRESSELLE, *loc.cit.* p.112.

⁶⁸⁴ Patrick QUINQUETON, « Proposition de feuille de route, pour les organisations professionnelles d'employeurs et les organisations syndicales de salariés vers une nouvelle structuration des branches professionnelles » Rapport au Ministre du Travail du 17 décembre 2015, p.58.

⁶⁸⁵ Ce rapport était en lui-même une illustration du lien étroit établi par nos soins entre deux sujets qui nous apparaissent effectivement s'entremêlés.

⁶⁸⁶ Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p.4848).

⁶⁸⁷ L'article L2261-32 du Code du travail crée Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p.4848) et modifie par la Loi n° 2015- 994 du 17 août 2015 relative au dialogue social (JORF du 18 août 2015).

⁶⁸⁸ La Loi n° 2015- 994 du 17 août 2015 relative au dialogue social (JORF du 18 août 2015).

⁶⁸⁹ La Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016).

⁶⁹⁰ Article n° 12 de l'Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 (JORF du 23 septembre 2017).

⁶⁹¹ Sophie NADAL, *loc.cit.* p.123.

⁶⁹² Sophie NADAL, *loc.cit.* p.123.

bien plus « *raide* » et moins amène d'attendre les propositions d'acteurs professionnels qui ne souhaitaient pas la prospérité d'un mouvement qu'ils n'avaient pas désiré. Face à l'inertie de l'« *autonomie collective* », l'Etat n'était pas prêt d'abandonner son projet de restructurations de l'ensemble des branches professionnelles. Il s'est donc fixé comme objectif de réduire leur nombre de façon très importante, en les redimensionnant afin qu'elles atteignent une taille critique. Le but de l'ensemble de la démarche est d'atteindre une meilleure efficacité du « *dialogue social* » correspondant à une refondation de l'ordre public social.

Une restructuration conduite par l'administration. L'administration tente donc d'organiser le droit conventionnel au sein de très vastes ensembles professionnels rationalisés capables d'accompagner un grand mouvement de décentralisation. La méthode choisie par les pouvoirs publics consiste donc désormais à brider les initiatives conventionnelles des branches professionnelles n'ayant pas atteint la taille critique afin de les d'intégrer (fusion et élargissement spécial) à de plus grand ensemble ayant une meilleure dimension. Pour parvenir à ses fins l'administration s'appuie sur une méthodologie ancienne⁶⁹³ mais possédant plusieurs nouveaux instruments juridiques. En effet, chronologiquement, le refus d'extension des conventions collectives (ou de leurs avenants)⁶⁹⁴ fut le premier des moyens utilisés par ses soins. La méthode peut sembler autoritaire, mais par ce truchement l'Etat ne met pas véritablement fin à la diversité conventionnelle des branches. En effet, il ressort de l'étude de l'article L.2261-32 du Code du travail qu'une branche professionnelle qui n'aurait pas la taille critique requise peut continuer librement son activité conventionnelle⁶⁹⁵. Elle peut produire un droit conventionnel dont la portée sera plus restreinte et devra se passer de la consécration de l'arrêté délivré par l'Etat. Par conséquent, il est possible de s'interroger au sujet de l'efficacité de cet outil⁶⁹⁶ qui ne permet pas de réduire le nombre des branches et qui peut avoir un effet très résiduel à l'encontre de branches faiblement productrices d'accords collectifs. Par ailleurs, l'administration possède un second outil juridique, selon lequel le ministre peut procéder au refus d'arrêter la liste des organisations professionnelles d'employeurs et organisations

⁶⁹³Mesure des effectifs adhérents, place structurante des organisations patronales et souplesse d'appréciation en fonction de la bonne qualité du dialogue social au sein de la branche.

⁶⁹⁴Article L2261-32, III du code du travail modifié par Loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 - art. 34 (V). Le ministre du Travail peut, eu égard à l'intérêt général attaché à la restructuration des branches professionnelles refuser d'étendre la convention collective ou ses avenants après avis de la commission nationale de la négociation collective.

⁶⁹⁵Sophie NADAL, *loc.cit.* p.123.

⁶⁹⁶Paul-Henri ANTONMATTEI, « Restructuration des branches professionnelles : ce n'est pas pour demain », Semaine Sociale Lamy, n°1630, 12 mai 2004.

syndicales de salaires représentatives⁶⁹⁷. Il s'agit de procéder à un « *assèchement du terrain conventionnel privé de négociateurs* »⁶⁹⁸ par le bais d'une méthode verticale. Par un troisième moyen, le ministre peut également lancer une procédure de fusion du champ d'application d'une branche avec celui d'une autre branche de rattachement présentant des conditions sociale et économique analogues⁶⁹⁹. Cette procédure autoritaire de fusion peut être engagée afin de : « *renforcer la cohérence du champ d'application des conventions collectives* »⁷⁰⁰, mais peut également faire office de sanction quand la branche en question cesse de se réunir dans le but de négocier⁷⁰¹⁷⁰².

Il en ressort que si la démarche administrative de redimensionnement des branches professionnelles a d'abord recherché l'assentiment des principaux protagonistes⁷⁰³, elle a ensuite pris un tournant plus vertical et beaucoup moins consensuel. Découvrons qu'elle se place bien au service d'un projet de décentralisation de la négociation collective

Une restructuration visant à accompagner un projet de décentralisation de la négociation collective. Cette action très volontaire de l'administration peut être perçue comme : « *une*

⁶⁹⁷Article L2261-32, IV du Code du travail du code du travail modifié par Loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 - art. 34 (V). Sont concernés par cette opération les branches faisant l'objet d'un effectif de moins de cinq milles salariés, mais également lors que moins de cinq pour cent entreprises de la branche adhèrent a une organisation professionnelle d'employeurs représentative, et lorsque la branche fait l'objet d'une activité conventionnelle faible

⁶⁹⁸Paul-Henri ANTONMATTEI, *loc.cit. p.126*.

⁶⁹⁹Article L2261-32, I et II du Code du travail modifié par Loi n°2018-771 du 5 septembre 2018. Le Ministre dispose également de la procédure d'élargissement consistant à l'élargir le champ d'application géographique ou professionnel d'une convention collective afin d'intégrer un secteur territorial ou professionnel non couvert par une convention collective. L'élargissement fait l'objet de la même procédure de consultation que la fusion.

⁷⁰⁰Article L2261-32, I alinéa 6 du Code du travail modifié par Loi n°2018-771 du 5 septembre 2018.

⁷⁰¹Article L2261-32, alinéa 1 du Code du travail modifié par Loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 et l'article D2261-14 du Code du travail crée par le décret n°2016-1399 du 19 octobre 2016 (article 1). Dans le cadre d'une éventuelle procédure de fusion les organisations professionnelles sont invitées à faire connaître leurs différents points de vue. Le Ministre doit ensuite solliciter l'avis de la commission nationale de la négociation collective. Puis dans l'hypothèse d'une fusion, l'administration doit inviter les acteurs concernés à négocier. Ils peuvent ainsi aménager les conditions de cette opération. Afin de ne pas trop froisser les acteurs concernés, il est prévu que les stipulations conventionnelles applicables avant la fusion ou le regroupement, lorsqu'elles régissent des situations équivalentes, sont remplacées par des stipulations communes, dans un délai de cinq ans à compter de la de date d'effet de la fusion ou du regroupement. Pendant ce délai la branche issue du regroupement ou de la fusion peut maintenir plusieurs conventions collectives Concernant la question de la représentativité il est prévu que jusqu'à la mesure de la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs qui suit la fusion ou le regroupement sont admises à négocier : les organisations d'employeurs représentative dans le champ d'au moins une branche préexistant à la fusion ou au regroupement (la mesure d'audience reste celle de la branche d'origine). Le Ministre du travail a ainsi procédé à une longue série de diverses fusions : arrêtes du 5 janvier 2017, du 28 avril 2017, 27 juillet 2018, 16 novembre 2018, 23 janvier 2019.

⁷⁰²Jacques BARTHELEMY, *loc.cit. p.106*.

⁷⁰³Jean Frédéric POISSON et Marc BIEHLER, *loc.cit. p.116*.

Le rapport proposait la mise en place de vaste ensembles conventionnels au sein desquels il aurait été possible d'envisager la création de sous-ensembles conservant certaines spécificités.

*atteinte à la libre détermination et l'autonomie collective des partenaires sociaux »*⁷⁰⁴. La finalité de cette restructuration : *« peine à masquer le volontarisme étatique qui sous-entend cette opération »*⁷⁰⁵. Cette volonté étatique dont nous avons exposés les motifs prend donc le risque d'apparaître comme une violente atteinte à l'identité des parties prenantes. La détermination administrative de ces « nouveaux » ressorts professionnels correspond à un projet plus large de construction d'un nouvel ordre public, car ces branches professionnelles redimensionnées sont également invitées à se consacrer à certains sujets d'intérêt général pour la profession⁷⁰⁶. Ce découpage de ces différents périmètres est donc censé accompagner une nouvelle répartition fonctionnelle des divers thèmes de la négociation collective. Toutefois, ce chantier ayant pour effet de tant bousculer les différents ressorts des protagonistes sociaux ainsi que leurs poids, leurs autorités, leurs diversités, leurs identités (voire leurs existences même), qu'il pourrait en dernier ressort créer de nombreuses réticences, et crispier l'économie générale de la négociation collective⁷⁰⁷. Selon cette hypothèse, cette opération serait alors un *« long chemin semé d'embûches »*⁷⁰⁸ qui aurait par conséquent des effets paradoxaux allant à l'encontre de sa finalité générale visant à encourager le développement de la négociation collective.

Quoi qu'il en soit le ressort de la branche professionnelle n'est plus destiné à être le périmètre de référence de la notion de représentativité car il doit céder cette place à celui de l'entreprise. En effet, la notion de représentativité est désormais un élément vivant qui se mesure au sein de ces diverses unités de travail décentralisées.

2.2.2. L'entreprise comme ressort primaire de la représentativité

L'inversion des logiques internes à la représentativité syndicale fait de l'entreprise le ressort privilégié de cette notion. Formulons donc l'hypothèse que la décentralisation de la négociation se trouve à l'origine de cette inversion.

⁷⁰⁴Sophie NADAL, *loc.cit.* p.123.

⁷⁰⁵Sophie NADAL, *loc.cit.* p.123.

⁷⁰⁶Mobilité professionnel, formation professionnelle ou couverture sociale.

⁷⁰⁷Yves STRUILLLOU, «180 branches professionnelles sont d'ores et déjà restructurées »; Liaisons sociales Quotidien du 7 septembre 2018. Il ressortait de la Loi du 8 août 2016 un objectif d'environ deux cents branches professionnelles à atteindre dans un délai de trois ans. Dans ce délai les organisations professionnelles étaient invitées à engager par elle-même des négociations visant à divers rapprochements professionnels. Fin 2018, le Directeur General du Travail annonçait la restructuration de 180 branches professionnelles.

⁷⁰⁸ Paul-Henri ANTONMATTEI, *loc.cit.* p.126.

La notion de représentativité subordonnée à celle de l'entreprise. Afin de sceller les destins des différentes natures de représentation (« élue » et « désigné »), le législateur a souhaité associer la mesure d'audience syndicale au scrutin ayant pour objet l'élection des représentants du personnel. Par conséquent, l'audience syndicale étant mesurée à l'occasion d'élections professionnelles, un lien complexe se forge entre les ressorts de cette élection et l'unité de représentation déterminant également le champ d'exercice de la négociation collective. Il en résulte que la notion de représentativité est désormais contingente de l'organisation du scrutin professionnel qui lui est associé. Elle se trouve par ces biais également asservie au champ de l'entreprise. Par conséquent, cette association la lie également au large mouvement de décentralisation des relations professionnelles. Dorénavant, la délimitation des différents périmètres des unités primaires de la représentativité constitue donc un enjeu stratégique pour les protagonistes sociaux, car elle détermine l'étendue de leur autorité (éventuellement leur existence).

Nous examinerons donc tour à tour deux questions de manière distincte. La première d'entre elle, est relative à l'articulation du champ au sein duquel se mesure l'audience syndicale et les autres ressorts de l'entreprise. Nous verrons la place centrale désormais occupée par cette jauge au sein du reste de la représentation. Puis nous observerons que la notion d'entreprise, faisant désormais l'objet d'un important démembrement, établit en son sein divers ressorts (établissements) constituant autant de nouvelles unités permettant la mesure de la notion de représentativité. En retour, chacun de ces éléments constitutifs de l'entreprise doit également s'articuler harmonieusement avec cette nouvelle définition de la représentativité.

Une inversion des logiques favorables à l'entreprise. Le phénomène décrit ci-dessus correspond à une inversion des logiques, car aux prémices du droit du travail, la volonté du législateur était d'intégrer les syndicats aux institutions afin d'en faire des partenaires mais pas d'en faire des acteurs de l'entreprise⁷⁰⁹. En effet, le mouvement syndical s'est construit en dehors de l'entreprise car ce périmètre a longtemps été présenté comme un endroit faisant l'objet d'une certaine neutralité. À l'issue de la seconde guerre mondiale, la mise en place des instances élues du personnel⁷¹⁰⁷¹¹ constituait un progrès social permettant l'association du

⁷⁰⁹Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21.

⁷¹⁰Ordonnance du 22 février 1945 instituant les comités d'entreprise (JORF du 23 février 1945 p. 954)

⁷¹¹Loi n° 46-730 du 16 avril 1946 fixant le statut des délégués du personnel dans les entreprises (JORF du 17 avril 1946 page 3224).

mouvement ouvrier à l'effort de reconstruction nationale⁷¹². Cependant ce mouvement connaissait paradoxalement de fortes réticences de la part des organisations syndicales voyant à travers ce phénomène électoral une forme de concurrence au sujet de la maîtrise du mouvement ouvrier. Toutefois, ces textes⁷¹³⁷¹⁴ ont accordé aux organisations syndicales la possibilité de présenter des candidatures aux premiers tours des élections au sein de l'entreprise⁷¹⁵. Ce « *privilège* » constituait certes un compromis les associant étroitement aux instances élues, mais renforçait leur posture équivoque au sein de l'entreprise. L'ambivalence de ce lien fut renforcée par la Loi du 27 décembre 1968⁷¹⁶, reconnaissant la possibilité de créer des sections syndicales au sein des entreprises. En définitive, les syndicats étaient alors encouragés à prendre leur place aux côtés des instances élues de l'entreprise dans le cadre d'un système de relations professionnelles « *dualistes* ». L'implantation syndicale dans ce ressort a alors été facilitée par la reconnaissance d'une représentativité par « *irradiation* » (ou affiliation), associée à une présomption irréfragable au profit des sections syndicales affiliées aux cinq confédérations nationales représentatives⁷¹⁷⁷¹⁸⁷¹⁹. Ce phénomène était consolidé par la facilité de créer une section syndicale concomitamment à la désignation du délégué

⁷¹²Ce mouvement faisait l'objet d'une faible entrave de la part des organisations patronales mal à l'aise à la sortie de cette période historique.

⁷¹³Ordonnance du 22 février 1945 instituant les comités d'entreprise (JORF du 23 février 1945 p. 954)

⁷¹⁴Loi n° 46-730 du 16 avril 1946 fixant le statut des délégués du personnel dans les entreprises (JORF du 17 avril 1946 page 3224).

⁷¹⁵Jean-Pierre LE CROM, « La naissance des comités d'entreprise, une révolution par la Loi », Travail et Emploi, n°63, p.58-76.

⁷¹⁶Loi n°68-1179 du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises (JORF du 31 décembre 1968 p. 12401).

⁷¹⁷L'arrêté du 31 mars 1966 relatif à la détermination des organisations appelées à la discussion et à la négociation des conventions collectives de travail avait pour objet de déterminer la liste des organisations nationales aptes à négocier et conclure des accords nationaux. Ce texte devait avoir une portée stricte. Toutefois il s'avère qu'il a eu un caractère général. Il déclarait représentatives les organisations syndicales nationales suivantes : CGT, CGT-FO, CFDT, CFTC et CFE CGC (cadres). Les sections syndicales d'entreprise devaient faire la démonstration de leur représentativité ou plus simplement attester de leur affiliation à l'une des confédérations représentatives au niveau national déjà titulaire de ce titre pour prendre pied au sein de l'entreprise. Comme nous le savons ces organisations syndicales bénéficiaient d'un label de représentativité d'abord associé à une présomption simple puis irréfragable à partir de la Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel. Loi dite Loi Auroux- (JORF du 29 octobre 1982 p 3255).

⁷¹⁸Avis du Conseil d'État du 23 novembre 1978 n°323551. Le Conseil d'État a considéré que « *le syndicat affilié à une organisation représentative au plan national a de plein droit qualité pour négocier une convention* ».

⁷¹⁹Cour de Cassation, Chambre sociale, du 7 juillet 1983, 83-60.902, Publié au bulletin et du 23 juin 1983, 83-60.146, Publié au bulletin.

syndical⁷²⁰. Le choix historique de la position commune du 8 avril 2008⁷²¹ de mesurer l'audience sur le fondement des suffrages valablement exprimés lors de l'élection au premier tour des comités d'entreprise⁷²² inverse bien les logiques dans ce domaine, car il marque le passage d'un mouvement descendant à un phénomène ascendant⁷²³. De l'étude de l'exposé des motifs que la Loi n°2008-789 du 20 août 2008⁷²⁴, il ressort que la finalité de la réforme vise à conférer plus de place à la négociation collective. Pour ce faire, il est nécessaire d'octroyer plus de légitimité aux protagonistes sociaux et à leurs accords collectifs dans un vaste processus de décentralisation. Il s'agit donc de refonder l'assise de l'ensemble des acteurs au sein de chaque unité de négociation afin de permettre aux autorités publiques de promouvoir un certain nombre de grandes politiques publiques de façon très décentralisée. Cette inversion des logiques au sujet de la légitimité des protagonistes sociaux ne pouvait passer que par une mesure de leur audience électorale au sein des soubassements du système des relations professionnelles. Il était donc nécessaire que ce mouvement vienne de la base pour remonter au sein des champs les plus concentrés de la représentation.

En somme, le label de représentativité a autrefois favorisé l'implantation syndicale au sein du ressort de l'entreprise, mais dorénavant un enracinement local est la condition de l'obtention de ce label.

⁷²⁰Cour de Cassation, Chambre sociale, du 20 juillet 1983, 83-60.041 83-60.697, Publié au bulletin. Le juge civil a exigé dès 1973 la création d'une section syndicale préalable à la désignation d'un délégué syndical. Cependant, devant les difficultés liées à l'implantation syndicale dans les entreprises, il a de nouveau assoupli sa position en validant la désignation d'un délégué syndical alors même que la section n'était qu'en voie de formation. Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel dite Loi AUROUX (JORF du 29 octobre 1982 p 3255) a modifié les règles posées aux articles L.412-10 et L 412-11 du Code du travail (ancienne codification) de manière à faire disparaître le caractère préalable de la constitution de la section syndicale. Ainsi, l'article L 412-11 du Code du travail (ancienne codification), disposait que chaque syndicat représentatif qui constituait une section syndicale pouvait désigner un ou plusieurs délégués syndicaux pour le représenter auprès du chef d'entreprise. La jurisprudence n'a plus subordonné la désignation d'un délégué syndical à la création d'une section syndicale et a affirmé en 1983 qu'il suffisait que « *le syndicat constitue la section au moment de la désignation* ».

⁷²¹La position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

⁷²²Ou à défaut la Délégation unique du personnel, ou à défaut des délégués du personnel.

⁷²³Article n°1 à 3 de la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

⁷²⁴Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JO n°0194 du 21 août 2008 p.13064) Selon l'exposé des motifs de la Loi: « *indispensable pour moderniser notre système de relations professionnelles et permettre la conduite des réformes dont notre pays a besoin. La validité de la démocratie sociale suppose tout d'abord de fonder le dialogue social sur des organisations fortes et légitimes* » Pour ce faire, il s'agissait de refonder la puissance et la légitimité des acteurs en appuyant celle-ci : « *sur des critères renouvelés, appréciés de façon périodique et incontestable et reposant notamment sur la pris en compte de l'audience électorale* ».

La tentation de confondre les ressorts de la représentativité et de la négociation collective. La simplicité poussait donc à glisser sur une pente naturelle amenant à confondre le périmètre des élections du comité d'entreprise avec celui du ressort de la représentativité syndicale, et par conséquent, avec celui de la négociation collective. Cette association confortait l'élection du comité d'entreprise dans sa position de scrutin de référence au sein de l'entreprise et préparait d'une certaine manière la future fusion des instances représentatives du personnel. Toutefois par ce choix, le droit interne risquait de favoriser un encadrement patronal du paramétrage initial du processus électoral professionnel local⁷²⁵, et par conséquent également de la mesure d'audience syndicale. En effet, rappelons que l'engagement du processus électoral est confié à l'employeur assujéti⁷²⁶, et qu'en cas d'échec des négociations au sujet de ses modalités, ce dernier peut subsidiairement déterminer les limites du ressort en question par le biais d'une série de décisions unilatérales⁷²⁷⁷²⁸⁷²⁹. Par ailleurs, le scrutin de la mesure de l'audience syndicale étant désormais associé à une élection professionnelle locale, ses multiples fonctions recouvrent des dimensions internes et externes⁷³⁰. Or, la cohérence de ces différentes fonctions et dimensions, n'est pas évidente. En effet, ce scrutin a dorénavant pour multifonction d'élire les membres du comité social et économique ; de permettre la désignation du délégué syndical, de mesurer l'audience des organisations professionnelles au sein de l'établissement (ou l'entreprise, le groupe, la branche et l'interprofessionnelle) mais également dans le cadre plus général du paritarisme. De plus, il sert également à la désignation des membres des organisations syndicales au sein de diverses instances externes (notamment la juridiction prudhommal) et internes à l'établissement ou l'entreprise (notamment le représentant de la section syndicale ou le délégué syndical). Le lien consubstantiel tissé entre la notion de

⁷²⁵Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p. 75.

⁷²⁶Notons par ailleurs que dans plusieurs systèmes de relations professionnelles les élections professionnelles locales se déroulent à l'initiative des organisations syndicales alors qu'en droit interne elles se déroulent à l'initiative de l'employeur. En cas d'inertie de sa part, un salarié ou une organisation syndicale peut réclamer leur organisation. L'employeur est alors dans l'obligation d'y répondre favorablement mais il garde une main sur les modalités du déroulement de celle-ci. Cette spécificité constitue un atout stratégique en faveur des divers employeurs récalcitrants.

⁷²⁷En droit interne, l'initiative de l'élections professionnelle relève de l'employeur qui doit ensuite négocier les différents périmètres et modalités électorales avec diverses organisations syndicales. Toutefois en cas d'échec, le droit du travail confère à l'employeur une maîtrise de ce processus. En tout état de cause, les organisations syndicales représentatives bénéficient du monopole de cette négociation. Ici, on retrouve une spécificité de notre système dualiste de représentation, au sein duquel les responsables du canal syndical ont la charge de la négociation des modalités de sélection des représentants du canal électif.

⁷²⁸Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p. 75.

⁷²⁹Pierre-Yves VERKINDT, *loc.cit.* p. 13.

⁷³⁰En effet les élections internes aux entreprises sont désormais connectées les unes et aux autres dans un réseau complexe d'élections que nous étudierons plus loin et visant au renforcement du principe de participation. Formuler de façon plus directe, il est possible d'établir que si un employeur entrave un processus électoral, il porte préjudice à l'expression de la démocratie au sein de son entreprise mais également en dehors de celle-ci.

représentativité et la mesure de l'audience syndicale, place de fait l'élection professionnelle locale au sein d'un double enjeu : élire des représentants du personnel mais également sélectionner les organisations syndicales habilitées à négocier⁷³¹. Cette somme de fonctions poursuit un objectif de rationalisation des différentes mesures d'audience, mais constitue du même coup une perte de sens pour l'électeur⁷³²⁷³³ en raison de l'entremêlement des enjeux. De plus, la notion d'« *entreprise* » fait l'objet d'un démembrement de sa représentation (établissement, entreprises, unité économique et sociale, ou groupe). Or, la multiplication des différents ressorts de la représentation⁷³⁴ élue, désignée ainsi que de mesure de l'audience de la représentativité, pose de sérieux problèmes de coordination. En effet, aucun de ces ressorts ne correspond à un périmètre « *naturellement* » pertinent concernant cette mesure.

Il s'avère qu'après une tentative d'alignement des différents ressorts entraînant un chamboulement des différentes notions, le droit du travail a dû effectuer un revirement en raison d'un fort mécontentement des parties prenantes. Par conséquent, cette évolution sinueuse mérite un examen de notre part.

L'abandon d'une définition fonctionnelle de l'établissement distinct. Antérieurement à la réforme de la représentativité⁷³⁵, la Cour de cassation avait bâti une définition fonctionnelle des différents périmètres de ces diverses instances représentatives du personnel. Selon cette approche chaque instance représentative du personnel était élue (ou désignée) au sein d'un périmètre géographique (ou fonctionnel) propre, que nous désignerons indifféremment sous les termes de « *ressort* », d'« *établissement* » ou encore d'« *unité de représentation* ». Ces espaces de taille et de nature différente en fonction de chaque instance, renvoyaient donc à des

⁷³¹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 11 février 2009, 08-60.440, Publié au bulletin. Le juge indique qu'un syndicat ne peut désigner un délégué syndical que dans le champ d'application géographique et professionnel déterminé par ses statuts et peu importe que ce syndicat soit adhérent à une organisation, reconnue représentative sur le plan national et interprofessionnel.

⁷³²Georges BORENFREUND, « Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise », Droit Social, 2013, p.486

⁷³³Cette perte peut s'illustrer au travers du dilemme suivant s'imposant au salarié. Le premier tour de ce scrutin n'étant ouvert qu'aux organisations bénéficiant du label de représentativité (ou en cours d'acquisition) et le second tour permettant d'élire le cas échéant des candidats sans étiquette syndical, l'électeur peut souhaiter s'abstenir dans le but de provoquer un second tour (faute de quorum). Toutefois cette démarche le prive de participer à la mesure de l'audience des organisations à chacun des niveaux de la représentativité. Il est possible de considérer que l'abstention « *stratégique* » de certains électeurs au premier tour des élections professionnelles fausse la mesure de représentativité des organisations syndicales.

⁷³⁴Comité d'Entreprise, Délégué du Personnel, Comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail.

⁷³⁵Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JO, n°0194 du 21 août 2008 p. 13064).

définitions fonctionnelles et relatives⁷³⁶⁷³⁷. Toutefois la notion d'« *unité de représentation* » reposait sur trois paramètres ne coïncidant pas naturellement : une collectivité de travail, une structuration de l'entreprise et l'existence d'un représentant de l'employeur⁷³⁸. Chacune des institutions représentatives du personnel (délégués du personnel, comité d'entreprise et délégués syndicaux) avait une fonction différente, et chaque mandat devait s'exercer dans un ressort différent permettant au représentant du personnel d'assumer correctement sa fonction. Il en ressortait que le juge disposait d'au moins trois définitions de la notion d'établissement distinct en fonction des différentes natures des mandats en question. Concernant le comité d'entreprise, la définition avait été donnée par le Conseil d'Etat et se fondait sur la notion d'« *autonomie* » caractérisée notamment par la présence d'un représentant de l'employeur en capacité de prendre des décisions⁷³⁹⁷⁴⁰. Au sujet du délégué du personnel, la définition avait été fournie par le juge judiciaire, et reposait sur l'existence d'une « *communauté de travail* »⁷⁴¹ ainsi que la présence d'un représentant de l'employeur au pouvoir plus restreint⁷⁴²⁷⁴³. Enfin la définition concernant le délégué syndical, émanait également du juge judiciaire et se trouvait correspondre à la définition de l'établissement distinct des délégués du personnel⁷⁴⁴. La jurisprudence déterminait donc l'existence d'un établissement distinct, permettant la désignation d'un délégué syndical, par la réunion de trois conditions distinctes et cumulatives⁷⁴⁵ : le regroupement sous la direction d'un représentant de l'employeur, d'au moins cinquante salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptible de générer des revendications communes et

⁷³⁶Cour de Cassation, Chambre sociale, du 19 juin 1985, 84-60.914, Publié au bulletin. La notion d'établissement distinct présente un caractère à la fois fonctionnel et relatif et s'apprécie par rapport à la spécificité de la fonction considérée.

⁷³⁷Historiquement le droit des relations collectives s'est formé de façon stratifiée associant une diversité d'instances représentatives du personnel ayant chacune des fonctions différentes. Les ordonnances de 2017 ont marqué un frein à la diversité des instances représentatives du personnel et donc une volonté de regroupement de celles-ci au sein du comité social et économique.

⁷³⁸L'employeur disposant du pouvoir de direction et d'une liberté d'organisation ouvrant la porte est ouverte à une infinie diversité de structuration des entreprises.

⁷³⁹Conseil d'Etat, arrêt du 29 juin 1973, requête n°77982.

⁷⁴⁰Conseil d'Etat, arrêt du 27 mars 1996, requête n°155791. Le juge administratif dégageait trois critères : un degré d'autonomie suffisant pour l'exécution du service (comptabilité propre) et la gestion du personnel ainsi qu'un certain caractère de stabilité liée une implantation géographique distincte. Cet élément n'était toutefois pas déterminant si les autres critères sont remplis.

⁷⁴¹Une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptible de générer des réclamations communes et spécifiques.

⁷⁴²Conseil d'Etat, arrêt du 27 mars 1996, requête n°155791.

⁷⁴³En effet ce dernier ne devait pas justifier d'un pouvoir de direction mais principalement d'une capacité de réponse aux interrogations et réclamations des délégués du personnel.

⁷⁴⁴Cour de Cassation, Chambre sociale, du 14 janvier 1976, 75-60.153, Publié au bulletin et 10 octobre 1990, 89-61.558, Publié au bulletin.

⁷⁴⁵Cour de Cassation, Chambre sociale, du 6 mars 2002, 00-60.268, Inédit.

spécifiques⁷⁴⁶. Cette notion prétorienne avait une fonction supplétive en cas d'absence d'accord collectif à ce sujet⁷⁴⁷. L'équation de ces trois éléments était bien différente et chaque ressort devait donc s'ajuster en fonction de la nature du mandat⁷⁴⁸. Quand bien même la jurisprudence indiquait que la notion de « *communauté de travail* » représentait des intérêts propres susceptibles de générer des réclamations communes et spécifiques, la définition de cet élément clé de l'équation restait obscure. Ainsi, pour le professeur Pierre-Yves VERKINDT, il s'agissait d'un concept structurant du droit des relations sociales qui : « *ne se donne à voir qu'à travers des effets tout en restant par ailleurs insaisissable par la norme de droit* »⁷⁴⁹. Par conséquent, la reconnaissance juridique de l'« *établissement distinct* » se fondait donc sur une notion relativement opaque⁷⁵⁰⁷⁵¹⁷⁵². Par ailleurs, le juge considérait que le ressort en question n'était pas tributaire de l'étendue ou de la nature des pouvoirs que le chef d'entreprise avait pu déléguer à son représentant local⁷⁵³. Cette dernière notion ne dépendait pas non plus de la présence permanente sur place d'un représentant de l'employeur⁷⁵⁴. Toutefois, il était nécessaire qu'il existât une correspondance entre cette « *communauté de travail* » et la structuration de l'organisation interne du pouvoir de direction de l'entreprise. Il en résultait que le périmètre du ressort de la représentation était toujours quelque peu modelé par les choix de l'employeur en la matière.

⁷⁴⁶Cour de Cassation, Chambre sociale, du 24 avril 2003, 01-60.876, Publié au bulletin et du 7 mai 2003, 01-60.778, Inédit.

⁷⁴⁷Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 14 novembre 2012, 11-25.433, Publié au bulletin.

⁷⁴⁸La communauté de travail, la structuration de l'entreprise, et donc la nature du mandat exercé.

⁷⁴⁹Pierre-Yves VERKINDT « La collectivité de travail ou "la belle inconnue" », Droit Social, 2012, p.1006. Selon l'auteur : « *Pour autant cette insaisissabilité et l'impossibilité d'en offrir une notion juridique donnent à la notion une plasticité qui fait son dynamisme et que le juge a su mettre à profit pour assurer les fonctions traditionnellement dévolues au droit du travail* ».

⁷⁵⁰Cour de Cassation, civile, Chambre sociale, du 2 octobre 2001, n°00-60.170, Publié au bulletin. Le juge avait considéré qu'une société composée de deux sites géographiquement distincts était découpée en deux établissements distincts car ils étaient respectivement composés d'au moins cinquante salariés et que ces deux sites faisaient l'objet de nombreuses différences incontestables tant au niveau des produits fabriqués que des contraintes techniques ou conditions de travail.

⁷⁵¹Cour de Cassation, civile, Chambre sociale, du 22 juin 2005, n°04-60.268, Inédit. Dans un autre sens, le juge n'avait pas convenu que deux navires d'une société maritimes constituaient deux établissements distincts dans la mesure où ceux-ci n'avaient pas d'affectation spéciale et que le personnel pouvait travailler de façon indifférente sur l'un ou l'autre de ces bâtiments.

⁷⁵²Cour de Cassation, civile, Chambre sociale, du 14 février 2007, n°06-60.164, Inédit. Le juge a également pu conférer la qualité d'établissement distinct à un site regroupant plus de cinquante salariés du fait d'un mouvement de grève qui a avait révélé un intérêt collectif des salariés, la réclamation de revendications communes, et la mise en lumière de conditions de travail propres à cet établissement.

⁷⁵³Cour de Cassation, civile, Chambre sociale, du 29 octobre 2003, n°02-60.836 02-60.837, Publié au bulletin et du 2 octobre 2003, n°02-60.598, Inédit.

⁷⁵⁴Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 27 octobre 2004, n°02-60.426, Inédit et 8 juillet 2015, n°14-60.737.

En définitive, la précision complexe de la notion d'« *établissement distinct* » était confiée prioritairement à la négociation des protagonistes sociaux⁷⁵⁵⁷⁵⁶. Sur la base d'une certaine liberté contractuelle, la Cour de cassation considérait que l'accord en question pouvait définir un périmètre de désignation du délégué syndical plus restreint que celui de l'élection du comité d'entreprise⁷⁵⁷⁷⁵⁸⁷⁵⁹.

La recherche d'une définition unique de l'établissement distinct. A la suite de l'entrée en vigueur de la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008⁷⁶⁰, soucieuse de tenir compte de la place désormais accordée au critère de l'audience, la Cour de cassation semblait donc s'engager vers une unification de ces divers périmètres (à l'exception de celui du délégué du personnel)⁷⁶¹. A l'occasion de nouvelles disposition législatives, le juge était sur le point d'entamer un bouleversement de l'ordonnancement des trois définitions rappelées ci-dessus. En effet, par un arrêt du 10 novembre 2010, la Cour de cassation affirmait que : « *la reconnaissance d'un établissement distinct pour la mise en place d'un comité d'établissement permet nécessairement la désignation d'un délégué syndical dans ce même périmètre* »⁷⁶² et dans un arrêt du 18 mai 2011, elle décidait qu' « *il se déduit de l'application combinée des textes, que sauf accord collectif en disposant autrement, le périmètre de désignation des délégués syndicaux est le même que celui retenu lors des dernières élections pour la mise en place du comité d'entreprise ou d'établissement* »⁷⁶³. Il en résultait donc que la définition de l'établissement distinct du délégué syndical s'ajustait désormais sur celui du comité d'entreprise correspondant lui-même à celui de la mesure de l'audience syndicale⁷⁶⁴. Par ailleurs cet espace unique clairement délimité, et facilement indentifiable devenait également celui de la

⁷⁵⁵Il en découlait que l'accord collectif opérant une division de l'entreprise en plusieurs établissements distincts pour la désignation de délégués syndicaux liait les signataires et s'imposait à l'ensemble des syndicats ainsi qu'aux salariés.

⁷⁵⁶Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 3 octobre 2007, n°06-60.254, Inédit et du 24 novembre 2004, n°03-60.437, Inédit.

⁷⁵⁷Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 10 mai 2012, n°11-21.388, Publié au bulletin. Il en découle que ce ressort ne pouvait être modifié que par un nouvel accord.

⁷⁵⁸Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 5 mai 1993, n°91-60.257, Inédit. Le juge estimait à cette période que les dispositions conventionnelles en la matière devaient être plus favorables que celles prévues par la Loi

⁷⁵⁹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 9 avril 2014, n°13-16.774, Publié au bulletin. Selon le juge, la condition relative au seuil d'effectif de cinquante salariés était toutefois considérée comme étant d'ordre public.

⁷⁶⁰Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008) ..

⁷⁶¹Jérôme PORTA, *loc.cit.* p.24.

⁷⁶²Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 10 novembre 2010, n°09-60.451, Publié au bulletin.

⁷⁶³Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 18 mai 2011, n°10-60.383, Publié au bulletin.

⁷⁶⁴Il en ressortait de façon prosaïque que dans de nombreuses entreprises à établissements multiples le nombre de mandats de délégués syndicaux diminuaient de façon arithmétique. En effet, le ressort de l'établissement distinct du comité d'entreprise étant par définition plus large que celui du délégué syndical, le redimensionnement de celui-ci par alignement sur le premier avait pour effet de diminuer le nombre de mandat.

négociation collective. Finalement, cette position prétorienne organisait l'enterrement de la définition fonctionnelle de la notion d'établissement distinct et instaurait un assujettissement du droit électoral à celui de la négociation collective. De surcroît, cette position détenait une logique mécanique découlant directement de la réforme de la représentativité encourageant une confusion de l'ensemble des ressorts en question. Cet alignement apparaissait séduisant par sa lisibilité et sa simplicité, mais cette commodité ne correspondait pas nécessairement à la défense de certains intérêts internes à l'entreprise voir à la volonté de l'« *autonomie collective* ». En effet, ce choix était tout de même discutable car ce ressort unique n'était plus tracé en fonction d'une éventuelle « *communauté de travail* » capable de formuler des revendications mais devait se dessiner sur les bases organisationnelles de l'entreprise⁷⁶⁵⁷⁶⁶⁷⁶⁷⁷⁶⁸. Ce raccourcit semblait mettre à disposition les élections professionnelles au service de la négociation collective voir à la main de l'employeur. En effet, par ce biais la Cour de cassation faisait également des notions de « *représentation de l'employeur* » et d'« *autonomie de gestion* » les critères déterminant de la notion d'établissement.

En somme, elle alignait les périmètres de la représentation sur celui d'une unité de gestion capable de favoriser la négociation collective. Par conséquent, la mesure de l'audience syndicale (représentativité) devenait le prétexte à l'harmonisation des différents ressorts en question, et cet alignement s'effectuait au prix de l'abandon de la notion historique de « *communauté d'intérêt* » ainsi qu'au bénéfice de nouvelles considérations plus organisationnelles de l'entreprise⁷⁶⁹⁷⁷⁰. Toutefois cette évolution a par la suite fait l'objet de plusieurs hésitations puis de revirements et enfin de tempéraments.

La recherche d'une cohérence des différents ressorts de la représentation et de la négociation. En effet, il ressortait de cette mécanique d'alignement une interrogation : l'organisation syndicale déployant ses prérogatives (notamment la négociation collective) dans cet espace unique, pouvait-elle y désigner plusieurs délégués syndicaux ? En cas de réponse

⁷⁶⁵Jérôme PORTA, *loc.cit.* p.24.

⁷⁶⁶ Georges. BORENFREUND, « Le périmètre de désignation des délégués syndicaux : les ressorts d'un changement de cap », *Revue de Droit du Travail*, 2011, p. 419.

⁷⁶⁷Patrice ADAM, « L'action syndicale non représentative dans l'entreprise, Sur quelques règles de conjugaison », *le Droit Ouvrier*. 2014, p. 1.

⁷⁶⁸Article L. 2143-3 du Code du travail modifié par la Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale (JORF n°0055 du 6 mars 2014 page 4848)

⁷⁶⁹Il était également raisonnable d'y percevoir une forme de reprise du pouvoir patronal sur cette question stratégique consistant à définir le ressort des élections professionnelles locales.

⁷⁷⁰Jérôme PORTA, *loc.cit.* p.24.

positive, cela revenait à désigner des délégués syndicaux dans des unités de plus petites tailles que le périmètre de la mesure de l'audience syndicale. Il en ressortait une perte de cohérence consistant à créer un périmètre de la négociation pour ensuite le scinder en plusieurs morceaux correspondant à autant de ressorts permettant la désignation de plusieurs délégués syndicaux. Bien évidemment si la plupart des organisations syndicales pouvaient être favorables à cette solution, la Cour de cassation estimait dans un premier temps que la possibilité de désignation d'un délégué syndical au sein d'une unité inférieure à celle de l'établissement du comité d'entreprise représentait un risque élevé de contentieux. En effet dans cette hypothèse, faute d'une mesure de l'audience ajustée au périmètre en question, il existait bien une impossibilité d'examiner la réalité de la représentativité des organisations en question. A travers ces arrêts des 10 novembre 2010⁷⁷¹ et 18 mai 2011⁷⁷², le juge a donc d'abord estimé qu'il devait exister une confusion consubstantielle entre le périmètre de la mesure de l'audience syndicale et celui du ressort de désignation du délégué syndical. Cette position entraînait deux conséquences notables. La première constituait un renforcement des pouvoirs de l'administration, car en cas d'absence d'accord au sujet du périmètre de l'établissement distinct du comité d'entreprise, l'administration bénéficiait d'un pouvoir de départage à ce sujet⁷⁷³. La seconde conséquence était beaucoup plus notable car elle érigeait définitivement le périmètre du comité d'entreprise (ou d'établissement) comme centre de gravité de la représentation du personnel au sein de

⁷⁷¹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 10 novembre 2010, 09-60.451, Publié au bulletin.

⁷⁷²Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 18 mai 2011, 10-60.383, Publié au bulletin.

⁷⁷³Par conséquent en établissant le périmètre d'élection du comité d'entreprise, elle devenait également compétente au sujet du périmètre de désignation du délégué syndical.

l'entreprise. Par cette série de trois arrêts du 10 novembre 2010⁷⁷⁴⁷⁷⁵⁷⁷⁶ la Cour de cassation laissait irrémédiablement disparaître les différentes définitions fonctionnelles des institutions représentatives du personnel, et indiquait que le droit du travail pouvait prendre la direction de la fusion de ces instances. Plus directement, elle indiquait que le périmètre de l'établissement du comité d'entreprise devenait indéniablement et irréversiblement celui du délégué syndical⁷⁷⁷ et donc de la négociation collective⁷⁷⁸. A ce sujet, l'« *autonomie collective* » ne pouvait plus envisager aucun accommodement conventionnel. Ce dernier point suscita des mécontentements au sein des diverses organisations syndicales car pour deux des trois arrêts en question il s'agissait d'une mise en cause de dispositions conventionnelles négociées par l'« *autonomie collective* ». Par conséquent dès l'année 2011, la Cour de cassation dû admettre qu'un accord collectif pouvait mettre en place le périmètre du ressort d'un établissement

⁷⁷⁴ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 10 novembre 2010, 09-72.856, Publié au bulletin. Le délégué syndical Force Ouvrière avait été désigné dans le périmètre de l'établissement des délégués du personnel conformément à un accord d'entreprise à ce sujet applicable au sein de l'entreprise. Pour se justifier l'organisation syndicale alléguait qu'il s'agissait de l'espace prévu pour le déploiement des prochaines négociations collectives. Par conséquent, elle en déduisait que le scrutin adéquat pour la mesure de l'audience des organisations syndicales devait être celui des délégués du personnel. Il se trouvait que cette organisation syndicale avait obtenu dix pour cent des suffrages valablement exprimés aux élections des délégués du personnel mais uniquement cinq pour cent de ces suffrages à l'élection du comité d'entreprise. Par conséquent l'enjeu du périmètre du ressort de désignation du délégué syndical constituait une question vitale pour cette organisation. La réponse du juge fut donc précise et ferme. Le scrutin de référence devant être utilisé afin de mesurer l'audience syndicale était bien celui du comité d'entreprise, le scrutin des délégués du personnel ne pouvait utiliser qu'à défaut (c'est-à-dire en cas de défaut d'organisation de l'élection du comité d'entreprise ainsi que la mesure d'audience associée). Le choix du scrutin étant d'ordre public, par conséquent, peu importe qu'il existât par ailleurs un accord ancien relatif au périmètre de désignation du délégué syndical.

⁷⁷⁵ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 10 novembre 2010, 10-60.213, Inédit (rectifié par un arrêt du 19 janvier 2011). Un second arrêt de même nature était rendu par le juge ce même jour. Dans ce second contentieux il n'existait pas d'accord d'entreprise relatif à la désignation du délégué syndical. L'organisation syndicale prétendait qu'en cas de score inférieure à dix pour cent à l'élection du comité d'entreprise, l'organisation pouvait se prévaloir d'un meilleur score aux élections des délégués du personnel, les périmètres des deux élections étant équivalant. Finalement la position du juge civil est très claire et précise : le scrutin de référence était bien celui du comité d'entreprise quand bien même le délégué syndical était désigné au sein d'une unité de référence plus étroite.

⁷⁷⁶ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 10 novembre 2010, 10-60.104, Inédit. Le troisième arrêt était relatif à la reconnaissance d'un comité d'établissement distinct suite à la fusion de deux sociétés mutualistes du Nord de la France. Cette reconnaissance devait permettre également la désignation du délégué syndical. Or, il existait des accords collectifs d'entreprise prévoyant le maintien des anciens comités d'établissement et délégués du personnel. Dans ce cadre la Confédération Générale du Travail (CGT) avait procédé à la désignation d'un délégué syndical. Le Tribunal d'Instance décida d'annuler la désignation en question. Le juge estimait que le cadre dans lequel celui-ci avait été désigné ne constituait pas un établissement distinct (délégué syndical). Pour établir son raisonnement juridique le Tribunal d'Instance se fondait sur la définition fonctionnelle de l'établissement relative au délégué syndical. Il en déduisait que les critères de cette notion n'étaient pas réunis et qu'il était donc logique d'annuler la désignation en question. Il ajoutait que la reconnaissance d'un comité d'établissement distinct n'impliquait pas automatiquement la possibilité de désigner un délégué syndical dans ce cadre. Dans son arrêt la Cour de cassation prenait l'exact contrepied de ce raisonnement et affirmait que : « *la reconnaissance d'un établissement distinct pour la mise en place d'un comité d'établissement permet nécessairement la désignation d'un délégué syndical dans ce même périmètre* ».

⁷⁷⁷ Ou du représentant de la section syndicale.

⁷⁷⁸ Seul le périmètre de l'établissement du délégué du personnel ne semblait pas entrer pas dans l'orbite de celui du comité d'entreprise.

spécifique (et plus restreint) consacré à la désignation d'un délégué syndical⁷⁷⁹. Le périmètre en question était censé être le même que celui retenu pour les élections du comité d'entreprise (ou du comité d'établissement)⁷⁸⁰, mais un accord collectif pouvait déterminer un ressort différent de celui de la mesure de l'audience syndicale⁷⁸¹. Dans toutes les hypothèses (accord collectif ou absence d'accord collectif, désignation dans le cadre du ressort de l'élection ou dans un périmètre plus étroit), il était nécessaire de retenir la mesure de l'audience effectivement réalisée au sein du ressort du comité d'établissement et d'aucune autre élection⁷⁸²⁷⁸³. Cette position accommodante du juge civil n'étant sans doute pas suffisamment rassurante, le législateur fut contraint de calmer les inquiétudes syndicales par le biais de la Loi n°2014-288 du 5 mars 2014⁷⁸⁴. En effet, il indiquait qu'en matière de mesure de l'audience des organisations syndicales, le scrutin de référence était bien celui du comité d'entreprise, mais qu'un accord collectif pouvait prévoir la possibilité de la désignation des délégués syndicaux dans un autre ressort⁷⁸⁵⁷⁸⁶. Par ailleurs, en dehors d'accord collectif de cette nature, la désignation du délégué syndical pouvait intervenir au sein d'un établissement regroupant des salariés constituant une communauté de travail (susceptible de gérer des revendications communes) placée sous la direction d'un représentant de l'employeur⁷⁸⁷. Cette définition fonctionnelle de la notion d'établissement du délégué syndical faisait l'objet d'une consécration légale d'ordre public⁷⁸⁸⁷⁸⁹. Puis par un arrêt du 8 juillet 2015⁷⁹⁰, la Cour de cassation confirmait

⁷⁷⁹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 18 mai 2011, 10-60.383, Publié au bulletin et 26 octobre 2011, 11-11.409.

⁷⁸⁰Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 18 mai 2011, 10-60.383, Publié au bulletin.

⁷⁸¹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 10 mai 2012, 11-21.388, Publié au bulletin.

⁷⁸²Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 10 novembre 2010, 09-72.856, Publié au bulletin et 6 janvier 2011, 10-18.205, Publié au bulletin.

⁷⁸³Autrement dit s'il existe un accord autorisant la désignation d'un délégué syndical dans un ressort plus étroit que celui du comité d'établissement, par exemple dans un ressort correspondant à un établissement de délégué du personnel, il ne faut pas retenir le score obtenu lors de l'élection du délégué du personnel mais celui obtenu au niveau du comité d'établissement.

⁷⁸⁴Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p 4848).

⁷⁸⁵Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 10 novembre 2010, 09-60.451, Publié au bulletin, 22 septembre 2010, 10-60.098 10-60.100, Inédit, 26 octobre 2011, 11-11.409, Inédit, 18 mai 2011, 10-60.383, Publié au bulletin et 26 octobre 2011, 11-11.409, Inédit.

⁷⁸⁶En d'autres termes, la désignation d'un délégué syndical intervient en principe au sein de l'établissement distinct correspondant aux comités d'établissement ou comité d'entreprise. Toutefois un accord collectif peut prévoir un niveau de désignation plus restreint.

⁷⁸⁷Article L.2143-3, al. 4 du Code du travail modifié par Loi n°2018-217 du 29 mars 2018 - art. 6 (V).

⁷⁸⁸L'article L2143-3 du Code du travail modifié par La Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p.4848) introduit un dernier alinéa disposant que la désignation du délégué syndical : « *peut intervenir au sein de l'établissement regroupant des salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques.* ».

⁷⁸⁹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 31 mai 2016, 15-21.175, Publié au bulletin.

⁷⁹⁰Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 8 juillet 2015, 14-60.737, Inédit.

ce retour à une définition fonctionnelle en reprenant les dispositions de sa jurisprudence antérieure⁷⁹¹. Toutefois, le juge introduisait une nouveauté en précisant que les périmètres de deux établissements distincts concernant le délégué syndical et le comité d'entreprise devaient être articulés sur le modèle des « *poupées russes* »⁷⁹².

Il signifiait de cette manière que les établissements permettant la désignation des délégués syndicaux devaient s'inclure au sein du ressort plus large du seul et unique comité d'entreprise. En ce sens, ces ressorts se devaient de constituer un « *sous-ensemble* » de cet établissement plus large et ne pouvaient être l'objet d'un découpage rassemblant divers « *morceaux* » de plusieurs comités d'établissement⁷⁹³. Toutefois, nous n'arrivons pas à la conclusion de notre exposé sur le sujet, car il existe encore plusieurs rebondissements à explorer concernant les liens étroits unissant les ressorts de la représentativité et les champs de la négociation collective d'entreprise.

Le ressort de la représentativité tribulaire de la négociation collective d'entreprise. En effet, l'Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017⁷⁹⁴ a organisé la fusion de plusieurs institutions représentatives du personnel, et a de nouveau modifié les modalités de détermination du ressort du nouveau comité social et économique⁷⁹⁵. Selon l'article L.2213-2 du Code du travail un accord d'entreprise conclu selon les règles de droit commun⁷⁹⁶ est désormais nécessaire à la reconnaissance de cette notion d'établissement distinct. Cette

⁷⁹¹Cour de cassation, Chambre sociale, du 27 octobre 2004, 02-60.426, Inédit. Au sujet de la désignation d'un délégué syndical l'existence d'un établissement distinct n'implique pas la présence permanente sur place d'un représentant de la direction.

⁷⁹²Logique mathématique récursive.

⁷⁹³Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 6 janvier 2016, 15-12.967, Inédit.

⁷⁹⁴Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

⁷⁹⁵Dans son « *question-réponse* » du 17 janvier 2020 (« *question-réponse* » du 17 janvier 2020- question n°25) le Ministre du travail précise que la notion d'établissement distinct correspond à un cadre approprié à l'exercice des missions dévolues aux représentants du personnel. Il ne s'agit pas d'une notion juridique correspondant nécessaire à un site physique et qui peut regrouper plusieurs établissements au sens de l'Institut National de la Statistique et de l'Etude Economique (soit un établissement disposant d'un numéro Siret).

⁷⁹⁶Article L2312-12 du Code du travail Création Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 (art. 1). Il en ressort que ce sujet est désormais exclu du périmètre traditionnel de négociation de l'accord préélectoral. Il s'agit d'un sujet dont les organisations syndicales représentatives ont le monopole et dont sont exclus les organisations syndicales en cours d'acquisition du label de représentativité. On notera tout de même qu'en l'absence d'accord conclu avec le délégué syndical, un accord entre l'employeur et le comité social et économique à la majorité des membres titulaires élus de la Délégation du personnel peut déterminer le nombre et le périmètre des établissements distincts.

négociation est incontournable, et le ministère du travail⁷⁹⁷ indique qu'elle doit être préalable et détachée de la négociation du protocole d'accord préélectoral. A défaut de conclusion d'un accord collectif, l'employeur peut établir le ressort des établissements distincts par une décision unilatérale⁷⁹⁸. Il est donc désormais fait injonction à l'employeur d'ouvrir une négociation loyale en dehors des périodes de préparations électorales. Ce n'est qu'en cas d'échec de ces pourparlers⁷⁹⁹ que l'employeur peut prendre une décision unilatérale⁸⁰⁰.

La définition légale de la notion d'établissement. La principale novation de l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017⁸⁰¹ intervient à cette étape. En effet, si la Cour de cassation consacre une large liberté contractuelle des parties prenantes au sujet de la détermination du nombre et des périmètres des ressorts des établissements du comité social et économique⁸⁰², lorsque l'employeur décide de façon unilatérale, il doit désormais le faire sur le fondement d'une définition légale. En effet, il se déduit de la place de cette dernière au sein du Code du travail (rattachée à la décision unilatérale de l'employeur de mise en place du comité social et économique et non à la négociation entre les protagonistes sociaux) qu'elle ne s'applique qu'en cas d'échec de la négociation collective⁸⁰³. Par ailleurs, il ressort de l'article L.2313-4 du Code du travail qu'elle se détermine en tenant compte : « *de l'autonomie de gestion du responsable*

⁷⁹⁷Dans son « question-réponse » du 17 janvier 2020 (« question-réponse » du 17 janvier 2020- question n°27) le Ministère du Travail précise que : « *Le nombre et le périmètre des établissements distincts sont déterminés par un accord collectif, conclu entre, d'une part, l'employeur ou son représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections (1er alinéa L. 2313-12)...La négociation sur le nombre et le périmètre des établissements distincts doit être préalable au protocole d'accord préélectoral (décision de la chambre sociale de la Cour de cassation n° 18.22.948 du 17 avril 2019) ...elle doit être engagée à l'occasion de la mise en place du comité social et économique et- ce même lorsque l'entreprise ne comprend qu'un établissement et/ou un seul site. En l'absence d'accord collectif majoritaire et en l'absence d'accord entre le comité social et économique et l'employeur, c'est une décision unilatérale de l'employeur qui fixe le nombre et le périmètre des établissements distincts (L. 2313-4). Cette décision unilatérale ne vaut que pour le cycle, l'employeur doit engager une nouvelle négociation à l'issue de chaque cycle ».*

⁷⁹⁸Article L.2313-4 du Code du travail modifié par Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 (art. 1). Toutefois à ce sujet la Cour de cassation affirme qu'en l'absence de toute tentative de négociation la décision unilatérale de l'employeur doit être annulée.

⁷⁹⁹Avec le délégué syndical ou à défaut avec les membres du comité social et économique.

⁸⁰⁰Le « question-réponse » du 17 janvier 2020 du Ministère du Travail, précise qu'en cas d'absence d'une négociation loyale à ce sujet, la Direction Régionale du Travail, de l'emploi et de la Formation Professionnelle (DIRECCTE) n'a pas à se prononcer sur le nombre et le périmètre des établissements distincts si les négociations n'ont pas été préalablement engagées. La décision unilatérale de l'employeur n'est valable que pour le cycle électoral en cours et que lors du renouvellement du comité social et économiques, il devra de nouveau tenter de conclure un accord à ce sujet.

⁸⁰¹Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

⁸⁰²Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 1^{er} février 2023, 21-15.371. Lorsque la définition des établissements distincts intervient dans un cadre négocié, le choix des critères permettant de déterminer le nombre et le périmètre de ces établissements relève de la liberté des parties prenantes. Le juge ne pose qu'une seule limite : ces critères doivent être de nature à permettre la représentation de l'ensemble des salariés.

⁸⁰³Ou en l'absence d'organisation syndicale représentative.

de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel »⁸⁰⁴. Par conséquent l'ancienne notion prétorienne est désormais tronquée des deux éléments matériels suivants : une implantation géographique distincte et une certaine stabilité dans le temps⁸⁰⁵. La Cour de cassation a précisé que cette notion d'autonomie de gestion : « caractérise au sens de l'article L2313-4 du Code du travail un établissement distinct l'établissement qui présente, notamment en raison de l'étendue des délégations de compétences dont dispose son responsable, une autonomie suffisante en ce qui concerne la gestion du personnel et l'exécution du service »⁸⁰⁶. A cet égard, la centralisation de fonctions « supports » ou l'existence de procédure de gestion définies au niveau du siège ne sont pas de nature à exclure en elles-mêmes l'autonomie de gestion des responsables d'établissements⁸⁰⁷. Par conséquent, ayant constaté l'existence de délégations de pouvoirs dans des domaines de compétences variés (et/ou d'accords d'établissement), il appartient au Tribunal Judiciaire de rechercher au regard de l'organisation de l'entreprise en filières et en site, le niveau caractérisant désormais un établissement distinct au regard de l'autonomie de gestions des responsables⁸⁰⁸⁸⁰⁹. Si cette notion (autonomie de gestion) était déjà un élément utilisé par le juge afin de définir le ressort du comité d'entreprise⁸¹⁰, elle est désormais, légalement, le critère unique de ce périmètre. Par conséquent, les modalités de son appréciation s'inscrivent dans un phénomène général tendant à la fusion et la centralisation des institutions représentatives du personnel. En définitive, il s'observe par le biais de cette nouvelle définition une emprise des décisions patronales⁸¹¹ en la matière ainsi qu'un certain assujettissement de la liberté syndicale à la notion de négociation collective sous la vigilance de l'administration déconcentrée du travail⁸¹².

⁸⁰⁴ Article L.2313-4 du Code du travail modifié par Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017.

⁸⁰⁵ Conseil d'Etat, arrêt du 27 mars 1996, requête n°155791. Cet élément n'était pas déterminant si les autres critères étaient remplis.

⁸⁰⁶ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 19 décembre 2018, 18-23.655, Publié au bulletin et 22 janvier 2020, 19-12.011, Publié au bulletin.

⁸⁰⁷ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 22 janvier 2020, 19-12.011, Publié au bulletin.

⁸⁰⁸ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 22 janvier 2020, 19-12.011, Publié au bulletin.

⁸⁰⁹ A cet égard, la centralisation de fonctions supports ou l'existence de procédures de gestion définies au niveau du siège ne sont pas de nature à exclure en elles-mêmes l'autonomie de gestion des responsables d'établissement. Lorsqu'ils sont saisis à la suite d'un recours contre la décision unilatérale de l'employeur, l'administration et le juge se fondent sur les documents relatifs à l'organisation interne de l'entreprise que fournit l'employeur, et sur les documents remis par les organisations syndicales à l'appui de leur contestation de la décision unilatérale prise par ce dernier pour apprécier l'existence d'établissements distincts au regard du critère d'autonomie de gestion.

⁸¹⁰ Conseil d'Etat, arrêt du 3 juin 1983 requête n°40382, du 4 juin 2003 requête n°234583 et du 16 janvier 1987 requête n°59143.

⁸¹¹ Cour de cassation, civile, Chambre Sociale, 9 juin 2021, n°19-23153, Publié au bulletin. Le juge civil tente toutefois de rechercher la réalité de l'organisation de l'entreprise au-delà d'une éventuelle présentation formelle de l'employeur.

⁸¹² Mais là n'est pas l'unique novation. En effet par la suite la décision unilatérale de l'employeur peut faire l'objet d'une nouvelle forme de départage. Tout d'abord il résulte de l'article R2313-1 du Code du travail que l'employeur

Nous venons donc d'étudier les diverses péripéties encadrant la disparition puis le « retour » de la définition fonctionnelle de l'établissement du délégué syndical⁸¹³. Qui plus est, le ressort en question doit dorénavant se coordonner avec la jauge de son audience. Or si ce champ détermine le périmètre de son mandat, il trace également le champ de sa principale attribution. Ainsi, après avoir examiné la question de la concordance du périmètre de l'audience syndicale et de l'exercice de la négociation collective, il nous faut également étudier l'éventuelle articulation des différents ressorts internes à l'entreprise.

L'articulation des différents démembrements de l'entreprise en matière de représentation.

Il s'avère que les éventuels démembrements de la représentation de l'entreprise sont également assujettis à cet impératif de concordance. En effet, un score d'audience suffisant au niveau de l'entreprise autorise-t-il l'organisation syndicale à se prétendre représentative au sein de chacun des établissements de cette dernière ? Une réponse positive encouragerait une forte décentralisation de la négociation collective au niveau de l'établissement, et serait source de complexité par un émiettement de la représentation et par un morcellement du statut collectif des salariés⁸¹⁴. A l'inverse, un mouvement général de concentration des différents ressorts⁸¹⁵ contribuerait sans doute à la bonne conduite de la négociation collective. Antérieurement à la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008⁸¹⁶, la Cour de cassation considérait que la reconnaissance de la représentativité au niveau de l'entreprise n'impliquait pas nécessairement la distribution de ce label au sein de tous les établissements⁸¹⁷. Néanmoins, il découlait de la circulaire de la Direction Générale du Travail n°20 du 13 novembre 2008⁸¹⁸, une appréciation globale du score

doit informer les organisations syndicales représentatives (mais également les organisations syndicales ayant constitué une section syndicale au sein de l'entreprise) et le comité social et économique de sa décision unilatérale. Par la suite les organisations syndicales cités ci-dessus (ou à défaut le comité social et économique) peuvent saisir l'administration d'une demande de décision relative au nombre et aux périmètres des établissements. Bien qu'il s'agisse d'une décision administrative le législateur dans le but de créer un bloc de compétence judiciaire à confier le contentieux de ces décisions au Tribunal judiciaire.

⁸¹³Retenons qu'il reste possible de procéder à la désignation d'un délégué syndical dans un périmètre plus réduit que celui de l'établissement du comité social et économique ou s'est pourtant déroulé la mesure de l'audience syndicale.

⁸¹⁴Dans cette hypothèse, des entreprises à établissements multiples pourraient faire l'objet de deux listes différentes d'organisations syndicales représentatives. Une liste d'organisations représentatives au niveau de l'entreprise et une seconde liste (différente) d'organisations représentatives dans chacun de leurs établissements. En d'autres termes une organisation syndicale pourrait obtenir certaines prérogatives à un niveau de l'entreprise mais en être dépourvue à d'autres échelons (et inversement).

⁸¹⁵Anne BRAUN et Pascal RENNES, « Un sens à la représentativité syndicale (autour de l'arrêt Soc. 14 avril 2010, SDMO Industries », *Le Droit Ouvrier*, 2010, p. 413

⁸¹⁶Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008).

⁸¹⁷Cour de cassation, Chambre sociale, du 25 janvier 2006, 05-60.103, Publié au bulletin.

⁸¹⁸Circulaire de la Direction Générale du Travail n°20 du 13 novembre 2008 (fiche n°1).

obtenu par l'organisation syndicale représentative, car l'audience acquise au niveau de l'entreprise déterminait sa représentativité dans chacun des établissements distincts. Toutefois, cette position administrative était discutable, car le résultat en question n'était pas de fait homogène au sein de l'ensemble des différents ressorts pouvant composer l'entreprise⁸¹⁹. De plus l'étude des travaux parlementaires de la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008⁸²⁰, laissait apparaître que l'audience devait être mesurée « *au niveau le plus fin, celui de l'établissement* » et les résultats obtenus agrégés au niveau de l'entreprise⁸²¹⁸²². Il en ressortait une évidente contradiction entre l'exigence de concordance fixée par la Loi et l'option retenue par l'administration. De son côté, la Cour de cassation indiquait que la reconnaissance d'un comité d'établissement autorisait la désignation d'un délégué syndical dans ce périmètre⁸²³. Toutefois il ne s'agissait que d'une option ouverte et non d'une obligation, car une organisation représentative au niveau de l'entreprise et de plusieurs établissements pouvait faire le choix de ne désigner qu'un délégué syndical pour l'ensemble. La Cour précisait qu'une organisation syndicale ne pouvait désigner un délégué syndical au sein d'un établissement que si elle avait atteint le seuil d'audience requis au sein du périmètre de ce ressort⁸²⁴. Par la suite elle confirmait cette règle en ajoutant qu'il était impossible de déroger à celle-ci même en application d'un accord d'entreprise ancien en la matière⁸²⁵. Par conséquent, ni un accord collectif ni un engagement unilatéral de l'employeur ne pouvait avoir pour effet de permettre à une organisation syndicale représentative au niveau de l'entreprise mais absente de l'établissement d'y désigner un délégué syndical. En somme, en matière de délégué syndical d'établissement, il s'agit de respecter scrupuleusement une règle de concordance entre les résultats obtenus et le

⁸¹⁹En effet, il existe des entreprises où une organisation syndicale sera très implantée dans un établissement représentant un très fort effectif et par conséquent obtiendra un très bon score au sein de cet établissement et donc au niveau de l'entreprise tout en étant peu présente (voire absente) dans les autres établissements en question. Inversement une organisation syndicale pourra être présente de façon très faible mais très homogène au sein de l'ensemble des établissements, tant et si bien que par la magie des effets mathématiques, elle n'acquerra le score recherché que dans très peu d'établissements mais obtiendra tout de même le label de représentativité pour l'ensemble de l'entreprise.

⁸²⁰Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008).

⁸²¹Rapport de la Commission des affaires sociales no 992, Assemblée Nationale, 25 juin 2008, p. 94 s. Dans le même sens, Rapport de la Commission des affaires sociales no 470, Sénat, 15 juill. 2008.

⁸²²Circulaire DGT n 20 du 13 novembre 2008, (fiche 1). Telle est bien la position de l'administration, pour la désignation d'un délégué syndical central, le score de son organisation devant être le résultat de l'addition de l'ensemble des voix obtenus dans chaque établissement « quel que soit le pourcentage qu'il a obtenu par établissement ».

⁸²³Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 10 novembre 2010, 09-60.451, Publié au bulletin.

⁸²⁴Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 14 décembre 2010, 10-14.751, Publié au bulletin.

⁸²⁵Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 6 janvier 2011, 10-60.224, Inédit et Cour de cassation, civile, et Chambre sociale, 6 janvier 2011, 10-18.205, Publié au bulletin.

périmètre de la désignation⁸²⁶ car un syndicat représentatif au sein de l'entreprise ne l'est pas nécessairement et systématiquement au sein de tous ses démembrements.

La liberté contractuelle et la détermination des ressorts internes à l'entreprise. Il en ressort que la volonté de concentrer les divers périmètres de la négociation collective⁸²⁷ au sein d'un ensemble unique est contrariée, car chaque établissement peut faire l'objet de sa propre représentation et par conséquent de pourparlers distincts. Retenons plus largement que les périmètres des champs de la mesure d'audience et de la désignation du délégué syndical ont fait l'objet de plusieurs revirements traduisant les enjeux en cause place. Le législateur auraient bien voulu arrimer le droit électoral au droit de la négociation collective, mais l'« *autonomie collective* » a su défendre ses intérêts. Elle a réussi à contraindre les uns et les autres à plusieurs accommodements. En définitive, nous assistons à la reconnaissance d'une large liberté contractuelle au sujet de la détermination des différents ressorts de représentation internes à l'entreprise. Cette autonomie est toutefois contrebalancée par un fort pouvoir patronal supplétif en cas d'échec des pourparlers en la matière. La notion d'établissement distinct permettant la désignation du délégué syndical et déterminant le périmètre de la négociation collective fait l'objet d'une négociation propre marquant à la fois son importance, sa relativité et sa propre autonomie. En effet, la question est clairement déléguée aux protagonistes sociaux déjà implantés dans l'entreprise et non pas à l'ensemble des organisations syndicales concernées par le prochain scrutin⁸²⁸. En outre, les pourparlers relatifs à cette question sont autonomes car dorénavant détachés de ceux du protocole d'accord préélectorale⁸²⁹. Enfin sa dimension relative est en lien avec son caractère contingent associé aux différents cycles électoraux. Ce dernier caractère se déduit du fait que le découpage en éventuels établissements doit être révisé à chaque modification structurelle de l'organisation interne de l'entreprise. En définitive, le périmètre de l'unité primaire de la représentativité ressemble à une équation à plusieurs inconnues sur un terrain en perpétuelle évolution dépendant de l'existence d'une communauté de travail, et de la présence d'un interlocuteur patronal adéquat⁸³⁰. Enfin au sein des entreprises

⁸²⁶ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 14 décembre 2010, 10-14.751, Publié au bulletin. Selon le juge civil « *le score électoral déterminant de la représentativité du syndicat qui désigne un délégué syndical d'établissement est celui obtenu au premier tour des élections des membres titulaires du comité de l'établissement concerné* ».

⁸²⁷ Le scrutin du comité social et économique, la mesure d'audience syndicale et la désignation du délégué syndical

⁸²⁸ La question relève donc d'une négociation collective de droit commun associant uniquement les organisations représentatives et excluant par conséquent celles en cours d'acquisition de ce label. Notons qu'en cas d'échec d'une négociation collective majoritaire entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives, il n'est toutefois pas possible de recourir à une consultation directe des salariés.

⁸²⁹ Associant des organisations syndicales dont la représentativité est établie et celles dont la représentativité est en cours d'acquisition.

⁸³⁰ En outre le périmètre de ce ressort doit permettre l'exercice effectif de l'institution.

à établissements multiples, la question des ressorts de la négociation collective peut correspondre à une formule algébrique fort complexe correspondant à un certain démembrement de la représentation. En définitive, cette concordance entre ces différentes notions est périlleuse, instable et précaire. Finalement, si le législateur (ou le juge) peut rencontrer une indéniable difficulté à préciser cette notion d'établissement distinct, il s'agit peut-être d'une heureuse conséquence découlant de sa complexité intrinsèque. Il en résulte que du fait de son caractère quelque peu insaisissable les protagonistes sociaux restent les mieux à même de résoudre l'équation qui les concerne directement.

A ce stade de notre examen, nous pouvons donc établir qu'à la suite d'une sollicitation du pouvoir exécutif, les protagonistes sociaux ont largement contribué à la formation d'une double définition de la notion de représentativité des organisations syndicales et patronales. Le législateur a intégré à l'ordre juridique leurs propositions par le truchement de deux Lois conformément à un processus en partie institutionnalisé. Il en ressort que la notion de représentativité se déploie dorénavant au sein d'une série de champs de différentes tailles allant du ressort de l'établissement jusqu'à celui de l'interprofessionnel national. Chacun de ces périmètres s'avère faire l'objet d'une détermination tenant à la fois de la Loi (ou du règlement) mais également des protagonistes sociaux. Par conséquent, après avoir examiné les périmètres des divers ressorts de la représentativité, il nous faut donc explorer la manière selon laquelle cette notion se déploie au sein de ces différents espaces.

2.2.3. Les modalités d'application d'une représentativité prouvée

L'affirmation de l'exigence d'une meilleure concordance entre représentants et représentés entraîne la disparition de la présomption de représentativité ainsi que l'inversion de plusieurs logiques concernant la présence syndicale en entreprise. Toutefois afin de prévenir de trop forts ou rapides bouleversements en la matière, le droit positif a fait le choix de modifications progressives et d'aménagement de la nouvelle règle de concordance. Nous examinerons donc successivement le passage progressif d'une présomption de représentativité à une représentativité prouvée, la notion de cycle électorale, ainsi que les aménagements temporels, spatiaux et catégoriels de cette nouvelle exigence de concordance. Nous analyserons également l'inversion des logiques reliant la représentativité et la présence syndicale en entreprise.

L'exigence de « concordance ». Par le biais des articles n°2 et 3 de leur position commune du 9 avril 2008⁸³¹, les protagonistes sociaux ont réclamé que l'effacement de la présomption de représentativité laisse progressivement place à une règle de « concordance » dont il nous reste à étudier les modalités d'application. L'article 3.2 de ce texte précisait expressément que : « *la représentativité n'emporte d'effets qu'au niveau où elle est reconnue* »⁸³². Par conséquent, la représentativité acquise au niveau supérieur n'induit plus l'existence d'une représentativité auprès de chaque niveau inférieur⁸³³, car l'organisation professionnelle qui prétend représenter l'intérêt d'une collectivité de salariés (ou d'employeurs) doit désormais apporter la preuve de sa capacité réelle à ce sujet au niveau du ressort concerné⁸³⁴. Cette règle s'applique à l'endroit des organisations syndicales mais aussi des groupements d'employeurs quel que soit le champ de la représentation ou de la négociation collective. Son application permet de déterminer la liste des organisations représentatives au sein des différents champs géographique, professionnelle ou catégorielle, et cela « *quel que soit le nombre de votants* »⁸³⁵. Malgré cela nous concentrerons notre examen sur les ressorts les plus décentralisés de la représentation, et nous porterons un plus fort intérêt aux organisations syndicales. Nous commencerons par définir cette nouvelle exigence de « concordance ». D'une certaine façon, la consécration de cette contrainte sollicitée par les principaux intéressés, marque le retour en puissance de la notion de représentativité « *prouvée* », sans toutefois signifier la disparition totale et définitive de toute forme de présomption. Il nous faudra donc mesurer la réalité de sa portée effective car son application doit articuler un éventuel besoin de renouvellement et un maintien de pluralisme syndical. Cette exigence doit se déployer dans le temps et l'espace sans toutefois tout remettre perpétuellement en question. Or, si ce retour marque un besoin d'authenticité, il présente également un fort risque d'instabilité des relations professionnelles. Par conséquent dans un second temps nous découvrirons que l'application de cette exigence de concordance fait toutefois l'objet de nombreux accommodements.

⁸³¹Article n° 3 de la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

⁸³² Cette règle a été réintroduite par la position commune du 9 avril 2008 et la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JO, n°0194 du 21 août 2008 page 13064) complété par la Loi n°2010-1215 du 15 octobre 2010 (JORF n°0241 du 16 octobre 2010)

⁸³³Franck PETIT, « Représentation syndicale et représentation élue des personnels de l'entreprise depuis la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 », Droit Ouvrier, Janvier 2009, p.22-39.

⁸³⁴Françoise FAVENNEC-HERY, loc.cit. p.121. Selon l'auteure : « *Extension de la règle de concordance entre le niveau où s'apprécie la représentativité et celui où se pose la question de la représentativité* »

⁸³⁵Franck PETIT, *Ibid.*

Une double définition de la représentativité salariale. Découvrons tout d'abord qu'il existe dorénavant deux définitions de la représentativité, l'une pour négocier et l'autre pour s'implanter au sein de l'entreprise. Il eut été possible de scinder plus nettement ce titre en deux attributs distincts afin de mieux concilier négociation collective et liberté syndicale⁸³⁶. En effet, le législateur aurait pu traiter plus distinctement les « *capacité syndicale* » et « *capacité conventionnelle* » des organisations professionnelles concernées. La première notion octroie liberté et attributions syndicales à son titulaire alors que la seconde lui autorise l'exercice d'une compétence (la négociation collective). En tentant de celer l'une à l'autre ces deux dimensions, le droit s'impose sans doute une difficulté. Toutefois, une séparation nette de ces deux notions aurait pu avoir des effets non souhaités. En effet, un mouvement précipité présentait le risque d'une éventuelle déstabilisation du système de relations professionnelles⁸³⁷. Selon la professeure Françoise FAVENNEC-HERY : « *La Loi du 20 août 2008 est pour sa part plus discrète moins déclarative. Sans énonciation d'un principe général d'abandon de la présomption, elle applique la règle de concordance de manière technique* »⁸³⁸⁸³⁹. Enfin, la généralisation de l'exigence de « *concordance* » induit une recherche du titre de représentativité plus concurrentielle. De plus son obtention est indéniablement précaire, car désormais « *cette qualité se conquiert sans cesse, bien davantage qu'elle ne s'acquiert* »⁸⁴⁰. En somme, il s'agit d'instaurer une appréciation périodique de la qualité du lien tissé entre « *représentants* » et « *représentés* » dans un périmètre donné.

La présomption de représentativité et la représentativité prouvée. Insistons d'abord sur la dimension centrale de cette exigence pour mieux souligner la modestie de l'écho qui lui a été accordé, car cette règle de « *concordance* » n'est reprise qu'à bas bruit par les deux Lois

⁸³⁶Georges BORENFREUND, « Le renouveau du droit syndical dans l'entreprise : entre faveur et défiance ? » Droit social, 2009, p.700. L'auteur constate que « *dans le sillage de la Loi du 27 décembre 1968, la Loi du 13 juillet 1971 a étendu sans ambages la présomption de représentativité à la production conventionnelle des normes, alors même qu'on glissait sur un terrain où la représentation syndicale confine à la représentation proprement juridique* ». Il est regrettable néanmoins que les deux grandes confédérations : « *n'aient pas fait preuve de davantage de discernement et n'aient pas distingué selon que la représentativité des syndicats préside à la validité proprement dite des accords collectifs ou au plein exercice du droit syndical dans l'entreprise* ».

⁸³⁷Françoise FAVENNEC-HERY, loc.cit. p.121. Selon l'auteure : « *La nouveauté fait peur. L'importance du critère de l'audience à ses limites et le législateur y apporte quelques tempéraments en cas de défaillance de cette notion* ».

⁸³⁸Françoise FAVENNEC-HERY, loc.cit. p.121.

⁸³⁹Georges BORENFREUND, loc.cit. p.142. Par-delà l'effacement de la présomption de représentativité, on retrouve également l'exigence de promouvoir une conception totalement décentralisée de la représentativité.

⁸⁴⁰Georges BORENFREUND, *Ibid.*

relatives à la notion de représentativité⁸⁴¹⁸⁴². Cette nouvelle contrainte légale, imposant à chacun d'effectuer la démonstration périodique de sa qualité au sein de chaque ressort, se serait donc imposée dans une grande discrétion. Or, nous savons que le droit interne a longtemps été : « *écartelé entre deux formes de représentativité : une représentativité prouvée bâtie sur le jeu de critères légaux et par la jurisprudence et une représentativité présumée par affiliation à une confédération reconnue représentative au niveau national sur la base d'une décision de l'Etat* »⁸⁴³. La représentativité « *prouvée* » était alors considérée comme le principe général alors que la présomption (irréfragable) devait constituer l'exception⁸⁴⁴. Le professeur George BROENFEUD préférait parler de : « *déclaration de représentativité* » plutôt que d'« *acquisition* », confortant par ce biais l'idée d'un label délivré par l'Etat au bénéfice de cinq confédérations syndicales historiques⁸⁴⁵. Ce système reposait donc sur la « *fiction* » juridique que les divers syndicats adhérents aux organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel, bénéficiaient des qualités requises par leur simple affiliation⁸⁴⁶. Ce titre distribué en cascade par l'organisation confédérale nationale se propageait par irradiation à toutes les organisations membres, conférant de multiples avantages à ses bénéficiaires en leur attribuant un label sans nécessité d'effectuer la vérification périodique de leur qualité. Enfin, depuis que la Cour de cassation avait attribué à cette présomption un caractère irréfragable⁸⁴⁷, nul n'était plus à même de démontrer que ses bénéficiaires étaient en réalité dans l'incapacité d'assumer cette charge. Après avoir longtemps considéré la présomption de représentativité comme : « *une constante du droit français* », ou tout du moins une forme d'étendard, tant cette notion paraissait remarquable⁸⁴⁸, la doctrine avait évolué vers un retour du « *principe de réalité* »⁸⁴⁹. Par conséquent, examinons les modalités et les effets de la disparition progressive et

⁸⁴¹ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008 p 13064).

⁸⁴² Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p 4848).

⁸⁴³ Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11

⁸⁴⁴ La première voie reposait donc sur la preuve (ou la démonstration objective) d'une série de critères légaux de représentativité par l'organisation syndicale. La seconde voie correspondait à une représentativité présumée ou d'emprunt.

⁸⁴⁵ Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.142.

⁸⁴⁶ Article L. 2122-1 (ancien) Code du travail et arrêté ministériel du 31 mars 1966 énumérant limitativement la CGT, la CFDT, la CGT-FO, la CFTC et la CGC.

⁸⁴⁷ Cour de Cassation, Chambre sociale, du 7 juillet 1983, 83-60.902, Publié au bulletin et du 23 juin 1983, 83-60.146, Publié au bulletin.

⁸⁴⁸ Gérard ADAM, « La représentativité syndicale dans l'entreprise », Droit social, 1972, p. 90.

⁸⁴⁹ Bernard TEYSSIE, « A propos de la rénovation de la démocratie sociale », Droit Social, 2009, p.627. Selon l'auteur : « *Après tant d'années passées à vivre de fictions, le temps était assurément venu de donner place au principe de réalité dans le champ syndical, donc de supprimer la présomption irréfragable de représentativité consentie aux confédérations visés par l'arrêté du 31 mars 1966 et à l'ensemble des entités par elles rassemblées* »

partielle de cette présomption correspondant à un long enterrement de l'ancien système de distribution de ce label.

Les modalités de l'effacement de la présomption de représentativité. En effet, la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008⁸⁵⁰ a fait le choix d'un effacement très progressif et dispersé (au sein des diverses entreprises)⁸⁵¹ de cette présomption irréfragable de représentativité, car celle-ci devait disparaître au sein de chaque unité de représentation à la suite de l'organisation des premières élections professionnelles suivant l'entrée en vigueur de la Loi en question. Or, durant cette longue période de transition, la Loi ne précisait pas si le caractère irréfragable de la présomption était malgré tout maintenu⁸⁵². Une partie de la doctrine et la jurisprudence considéraient qu'il était sage qu'il en soit ainsi⁸⁵³⁸⁵⁴ jusqu'aux premières élections marquant la fin de la période transitoire⁸⁵⁵. Cependant plusieurs difficultés venaient immédiatement s'enchaîner à cette première réponse. Ainsi un procès-verbal de carence de l'élection professionnelle marquait-il la fin de la période transitoire ? La Cour de cassation considérait que compte tenu de l'impossibilité d'apprécier les critères de la nouvelle définition de la représentativité (principalement l'audience électorale) la présomption irréfragable de représentativité était maintenue au-delà de ce scrutin. Il en résultait que dans ces circonstances une organisation nationale et interprofessionnelle bénéficiant de cette présomption pouvait toujours désigner un délégué syndical⁸⁵⁶ sans avoir à effectuer la démonstration de sa représentativité dans l'unité de travail en question⁸⁵⁷⁸⁵⁸. De même, le juge estimait que l'organisation d'élections partielles

⁸⁵⁰ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF, n°0194 du 21 août 2008 p.13064).

⁸⁵¹ Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19

⁸⁵² Articles 11-IV et 13 de la Loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008 p 13064).

⁸⁵³ Pierre RODIÈRE, « Du dialogue social à la démocratie sociale, quelques questions sur la réforme de la réforme », Semaine Sociale Lamy n° 1370, 2008, p. 11.

⁸⁵⁴ Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.142.

⁸⁵⁵ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 8 juillet 2009, 09-60.011 09-60.031 09-60.032, Publié au bulletin.

⁸⁵⁶ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 10 février 2010, 09-60.244, Publié au bulletin.

⁸⁵⁷ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 10 mars 2010, 09-60.282, Publié au bulletin et Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 10 mars 2010, 09-60.065, Publié au bulletin. Le juge complétait sa position par un communiqué de presse, en précisant que si le syndicat ne bénéficiait pas d'une présomption irréfragable de représentativité octroyée par affiliation, il devait apporter la preuve du respect des nouveaux critères de la représentativité à l'exception de celui de la mesure d'audience. Il indiquait qu'il restait au syndicat en question de valider ce dernier critère lors de la première mesure d'audience au sein de l'entreprise.

⁸⁵⁸ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 26 mai 2010, 09-60.393, Publié au bulletin. Une autre question restait en suspens pendant cette période transitoire : un syndicat bénéficiant d'un délégué syndical désigné avant 2008, mais devant procéder à son remplacement, alors que les élections professionnelles n'avaient pas encore eu lieu, bénéficiait-il toujours de la présomption de représentativité ? Dans le sens des précédents arrêts, le juge a confirmé le maintien de la présomption dans cette hypothèse. Toutefois, si le syndicat avait perdu son délégué syndical avant la date du 20 août 2008, il fallait que ce syndicat souhaitant désigner un nouveau délégué syndical soit bien toujours affilié à une organisation bénéficiant de cette présomption.

ne mettait nullement fin à la période transitoire et que seules les premières élections générales⁸⁵⁹ pouvaient avoir cet effet⁸⁶⁰. Néanmoins, le juge considérait qu'aucune disposition conventionnelle ne pouvait prolonger cette période⁸⁶¹. Par conséquent, selon une première modalité la période transitoire a effectivement pris fin lors de la proclamation des résultats des premières élections professionnelles organisées au sein des entreprises⁸⁶² et au plus tard le 22 août 2012⁸⁶³. Cependant au sein des branches professionnelles et du ressort national et interprofessionnel, la présomption de représentativité a été maintenue jusqu'à l'année 2017. En effet, la Loi semblait se débarrasser à regret de ce dispositif juridique dans ces ressorts en prévoyant de façon pragmatique sa prolongation temporaire⁸⁶⁴ (2013-2017) au-delà de la phase de mise en place dans les entreprises. Cette longue période de neuf années (2008-2017) traduisait de façon éloquente, les hésitations du législateur au sujet de cette transition vers un système de représentativité « *prouvée* » articulée sur la base de l'audience électorale. Remarquons par ailleurs qu'un mécanisme de représentativité par affiliation est toujours discrètement en vigueur, dans le cadre du scrutin organisé, afin de mesurer l'audience des organisations syndicales dans les entreprises de moins de onze salariés⁸⁶⁵.

Les effets de l'effacement de la présomption de représentativité. De manière plus générale, la survie de l'ancien système de représentativité avait pour objet de ne pas troubler la liste des organisations en charge de la négociation collective au sein des ressorts les plus larges car il ne

⁸⁵⁹Dont la première réunion de négociation du protocole préélectorale était postérieure à la date du 20 août 2008

⁸⁶⁰Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 6 janvier 2011, 10-60.169, Publié au bulletin.

⁸⁶¹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 5 avril 2011, 10-22.757, Inédit. Une autre question se posa : une convention collective peut-elle maintenir cette présomption de représentativité au-delà de la période transitoire? En effet, une banque bénéficiait d'une convention collective datant de 2000 prévoyant que les organisations affiliées à des organisations nationales interprofessionnelles étaient assurément représentatives au sein de l'entreprise. Le juge civil répondit que les conventions collectives ne pouvaient prévoir des dispositions plus favorables que des Lois publiées après la signature de la convention.

⁸⁶²Après la promulgation de la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF, n°0194 du 21 août 2008 p.13064).

⁸⁶³Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 18 mai 2011, 10-60.258 10-60.259, Publié au bulletin.

Le juge confirma que la période transitoire avait bien pris fin « *dès lors que les résultats de l'élection ont donné lieu à la proclamation d'élus* ».

⁸⁶⁴Article 11, III, al. 2 de la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF, n°0194 du 21 août 2008 p.13064) « *pendant quatre ans à compter de la première détermination des organisations syndicales de salariés reconnues représentatives au niveau des branches....., toute organisation syndicale affiliée à l'une des organisations syndicales de salariés reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel est présumée représentative au niveau de la branche* ». Cette présomption aurait donc dû prendre fin au cours de l'année 2013 correspondant à la fin de la période de la première mesure complète de l'audience électorale dans l'ensemble des unités concernées.

⁸⁶⁵Article L. 2122-10-6 du Code du travail modifié par Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 (art. 30). Il est en effet précisé que peuvent être candidates à ce scrutin les organisations qui satisfont aux sept critères de la nouvelle définition de la représentativité mais également les « *syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel* ».

fallait pas provoquer un bouleversement trop rapide des modalités et des usages du paysage syndical. Par conséquent, le législateur s'est résigné d'une main tremblante, à la disparition d'un dispositif qui avait fait la démonstration de son efficacité au regard de plusieurs objectifs. En effet, il était avéré que la présomption irréfragable de représentativité avait créé un centre capable de coordonner les différentes actions syndicales au sein d'une multitude d'unités de représentation. L'affiliation à une grande confédération syndicale constituait un gage incontestable d'expérience, d'activité et d'indépendance ainsi que l'inscription de l'action dans une longue tradition historique. Cela coïncidait donc avec l'assurance d'un système d'une véritable authenticité assurant un déploiement aisé des confédérations syndicales historiques au sein de toutes les unités de travail. Cependant ce dispositif faisait l'objet d'un paradoxe, car s'il favorisait bien l'implantation syndicale, il diluait également les liens unissant les organisations aux salariés. Il avait donc pour défaut de favoriser l'implantation de syndicats « *faibles* » ne connaissant pas (ou pas encore) un nombre conséquent d'adhérents⁸⁶⁶. Efficace pour développer le rayonnement des grandes organisations historiques, il ne favorisait pas leur enracinement⁸⁶⁷⁸⁶⁸⁸⁶⁹. Or, la mutation de la nature de la négociation collective, effectuant le passage d'une négociation d'« *acquisition* » à une négociation de « *concession* » (ou de gestion) de droits, contraignait à une nécessaire transformation des fondements de l'autorité syndicale. La démonstration de légitimité des signataires passant par un retour à une représentativité « *prouvée* » paraissait donc nécessaire. Par conséquent, la présomption irréfragable de représentativité semblait comme incompatible avec les nouvelles formes de la négociation collective. Sa disparition progressive⁸⁷⁰ avait pour but de consolider l'autorité des acteurs syndicaux de la négociation collective. Cette préoccupation reléguait à un arrière-plan les considérations stratégiques concernant l'implantation ou le pluralisme syndical⁸⁷¹. Il fallait donc dévêtir la notion de représentativité de son ancienne présomption irréfragable, en raison de l'impérieuse nécessité de développer une négociation collective décentralisée.

⁸⁶⁶Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

⁸⁶⁷Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21. Ce dispositif juridique de représentativité par irradiation octroyait de considérables facilités aux syndicats affiliés aux grandes confédérations pouvant les conforter dans une attitude passive (ou lointaine) à l'égard du collectif de salariés. La présomption en question exonérait les organisations syndicales d'effectuer la démonstration de la réalité de leur implantation au sein du collectif de travail et ne les encourageait pas à construire des liens d'adhésions puissants et massifs avec les salariés qu'elles étaient censées représenter.

⁸⁶⁸Associé à l'effet « *erga omnes* », il permettait à un accord signé par une seule organisation syndicale (unicité de signature) très faiblement enracinée et minoritaire au sein des effectifs, de s'appliquer à l'ensemble des salariés de l'entreprise (ou l'établissement).

⁸⁶⁹Gérard LYON-CAEN, « Droit syndical et mouvement syndical », *Droit Social*, 1984, p.5.

⁸⁷⁰Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF, n°0194 du 21 août 2008 p.13064).

⁸⁷¹Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

La disparition d'un outil imparfait mais efficace. Malgré cet accaparement, le droit interne aurait pu tenter de s'y prendre d'une autre manière, en s'inspirant notamment du modèle espagnol, capable de conserver une partie des effets positifs de la présomption irréfragable de représentativité, tout en se débarrassant de façon sélective de ce qui semble désormais inapproprié. En effet, le mécanisme relatif à la transmission du label de représentativité, y fait l'objet d'un mouvement « *ascendant et descendant* » (ou « *top-down* »⁸⁷²)⁸⁷³. Ainsi, la liste des syndicats nationaux (ou régionaux) les « *plus représentatif* » y est établie à partir des résultats agrégés aux élections professionnelles. S'ils atteignent le seuil requis, ils bénéficient alors du label de représentativité (dix pour cent des élus) dont ils peuvent transmettre le bénéfice à leurs entités adhérentes aux divers niveaux de représentation⁸⁷⁴. Ils doivent tout de même confirmer leur « *influence* » à l'issue de chaque cycle électoral. De cette manière, ils conservent de façon pérenne une partie du label de représentativité facilitant l'implantation syndicale tout en se pliant à l'exercice cyclique de la démonstration de leur influence⁸⁷⁵⁸⁷⁶. Le droit interne n'a pas retenu cette modalité, car elle présentait l'inconvénient d'un conservatisme affiché allant à l'encontre de son désir proclamé de recomposition générale de l'offre syndicale. Plus précisément, il fallait faire disparaître un « *dogme* »⁸⁷⁷ tout en évitant de prendre trop de risques. Par conséquent, le législateur se devait d'être habile en donnant le sentiment d'hâter la disparition d'un système daté, tout en gommant très lentement les traces de son influence. Pourtant, il nous apparaît que le mécanisme de la négociation collective ne peut convenablement s'étendre sans un large mouvement d'implantation syndicale notamment dans les unités qui en sont totalement dépourvues. A ce titre, la présomption irréfragable de représentativité était un outil juridique imparfait mais relativement efficace. Paradoxalement afin de renforcer la négociation collective, le législateur jetait donc par-dessus bord un outil d'implantation syndicale.

⁸⁷² Pierre-Éric TIXIER, *loc.cit.* p.14.

⁸⁷³ Alors qu'en droit interne, il est exclusivement « *ascendant* ».

⁸⁷⁴ Les organisations qui ne leur sont pas affiliées doivent faire la démonstration de leur représentativité sur une base électorale aux différents niveaux ou elles souhaitent exercer leurs prérogatives.

⁸⁷⁵ Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.142.

⁸⁷⁶ Arsène. ARSEGUÉL, « 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.

⁸⁷⁷ Bernard TEYSSIE, *loc.cit.* p.150. Selon l'auteur : « *formuler une présomption peut en certaines circonstances se révéler utile ; lui donner un caractère irréfragable peut se révéler fort dangereux : prétendre poser un dogme (telle organisation syndicale est représentative) et interdire à quiconque d'en contester l'exactitude (alors même que tout démontre qu'il est à mille lieues de la réalité) est lourd de risques.....qu'il soit mis fin même de manière progressive à l'irréfragable constitue à coup sûr, un facteur de rénovation : la représentativité n'est pas un don ; elle se conquiert ; obtenue, il faut veiller à la préserver* ».

L'inversion des logiques reliant la représentativité et la présence syndicale en entreprise. Or, la disparition de cet outil juridique plaçait le droit face une nouvelle difficulté. En effet, la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008⁸⁷⁸ venait d'introduire un bouleversement notable des liens logiques reliant la représentativité et la présence syndicale en entreprise car la première notion n'était plus une condition d'exercice de la seconde⁸⁷⁹. Selon cette perspective inversée, la présence du syndicat dans l'entreprise, son action, son influence et sa participation aux élections sont désormais les conditions de l'obtention de la qualité de représentativité. Cependant, l'exigence de « *concordance* » impose que l'offre syndicale respecte un certain pluralisme et puisse faire l'objet d'un éventuel renouvellement. Or, la généralisation de la contrainte de « *concordance* », associée à cette inversion des logiques, exerce justement des effets importants sur la régulation du pluralisme syndicale. Comment peut-on réguler l'accès au premier tour du scrutin permettant la mesure de l'audience en tenant compte des impétrants au titre de représentativité ? La porte était grande ouverte aux organisations syndicales représentatives déjà implantées dans l'entreprise, mais pour les autres elle devait rester entrouverte afin de laisser passer les candidats « *sérieux* » et refouler ceux trop « *jeunes* » et/ou « *inexpérimentés* ». Cependant, comment définir les dimensions de cet entrebâillement ? Afin de résoudre cette difficulté le législateur a donc dû déterminer deux formules du label de représentativité.

Les deux formules du titre de représentativité. En effet, une seconde formule « *résiduelle* »⁸⁸⁰ se dissimule discrètement derrière une première formule « *pleine et entière* »⁸⁸¹ reposant sur sept critères et octroyant l'ensemble des prérogatives de ce titre (dont l'accès à la négociation collective). Cette formule « *aux petits pieds* »⁸⁸² ne repose que sur quatre de ces mêmes critères⁸⁸³ et concerne principalement les organisations syndicales « *en cours d'acquisition* »

⁸⁷⁸Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008).

⁸⁷⁹Plus exactement, la notion de représentativité dans sa version « *pleine et entière* » n'est plus la condition de l'accès des organisations syndicales au premier tour des élections professionnelles. En revanche, elle reste indispensable à la désignation d'un délégué syndical et représente une condition prédominante à la négociation collective.

⁸⁸⁰Une première définition « *résiduelle* » nécessitant le respect des critères suivants : Respect des valeurs républicaines, indépendance, ancienneté (légalement constitué depuis au moins deux ans) et champ professionnel et géographique couvrant l'entreprise ou l'établissement. Elle est destinée à sélectionner les organisations syndicales pouvant présenter une liste lors du premier tour des élections professionnelles.

⁸⁸¹ Organisations syndicales ayant remplies les sept critères de l'article L2121-1 du Code du travail

⁸⁸² Françoise FAVENNEC-HERY, loc.cit. p.121.

⁸⁸³ Article L. 2314-5 al n°1 du Code du travail : «*Sont informées, par tout moyen, de l'organisation des élections et invitées à négocier le protocole d'accord préélectoral et à établir les listes de leurs candidats aux fonctions de membre de la délégation du personnel les organisations syndicales qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés*».

du label (ou ayant perdu celui-ci). Le droit positif n'a donc pas clos les portes de l'entreprise aux organisations syndicales n'ayant pas cette aptitude⁸⁸⁴, et celles-ci restent largement ouvertes aux acteurs justifiant d'une affiliation à une confédération représentative au niveau national et interprofessionnel⁸⁸⁵. En effet, une organisation dépourvue du titre en question peut plus facilement que par le passé se glisser au sein de l'entreprise, et par la même occasion, renforcer la concurrence syndicale⁸⁸⁶. En l'occurrence, une organisation bénéficiant d'une ancienneté d'une durée d'au moins deux ans⁸⁸⁷, et justifiant de la présence de plusieurs adhérents dans l'entreprise peut toujours tenter de s'implanter au sein de l'entreprise⁸⁸⁸⁸⁸⁹⁹⁰⁸⁹¹⁸⁹²⁸⁹³. De même, la perte du label de représentativité au sein de l'entreprise n'apparaît pas comme un événement fatal⁸⁹⁴. Elle pourrait pourtant se traduire par deux

⁸⁸⁴La seconde alternative constitue l'illustration du maintien d'une présomption de représentativité en faveur des grandes confédérations historiques. National.

⁸⁸⁵Article L2142-1 du Code du travail modifié par Loi n°2008-789 du 20 août 2008 (art. 6).

⁸⁸⁶Cette introduction s'effectue généralement au sein d'entreprises déjà pourvues d'une représentation syndicale. Paradoxalement une trop forte pluralité d'acteurs au sein de la même unité de travail a pour effet de renforcer la concurrence entre les différents protagonistes et affaiblit les organisations déjà implantées et titulaires du titre en question.

⁸⁸⁷La première condition (ancienneté) semble tout de même avoir été posée pour restreindre l'accès aux organisations syndicales n'étant pas affiliées à une confédération historique. En effet, ces dernières bénéficient de fait de cette ancienneté et ont (jusqu'à présent) conservé leur label de représentativité au niveau national.

⁸⁸⁸La seconde condition a également les apparences d'une difficulté, car la section syndicale se doit d'être expressément identifiée à un collectif de salariés. Toutefois, la Cour de cassation a précisé que : « *l'affiliation d'un syndicat à une union permet à cette dernière de se prévaloir des adhérents du syndicat* » pour l'exercice de ses prérogatives. La règle posée est donc immédiatement accompagnée de tempéraments réduisant la portée de celle-ci. La présence du syndicat « dans le champ géographique et professionnel » de l'entreprise (ou de l'établissement) ne suppose pas que ce dernier ait des adhérents dans tous les établissements de l'entreprise (ou dans tous les sites de l'établissement il lui suffit d'avoir deux adhérents dans le champ en question).

⁸⁸⁹Cour de cassation, Chambre sociale, du 24 février 1993, 91-60.237, Publié au bulletin. La création d'une section syndicale au sein d'une entreprise n'est subordonnée à aucune condition d'effectif.

⁸⁹⁰Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 13 janvier 2010, 09-60.155, Publié au bulletin. Il résulte des articles L. 2133-3, L. 2142-1 et L. 2142-1-1 du Code du travail, d'une part, que sauf stipulation contraire de ses statuts, une union de syndicats à laquelle la Loi a reconnu la même capacité civile qu'aux syndicats eux-mêmes peut exercer les droits conférés à ceux-ci, et d'autre part, que l'affiliation d'un syndicat à une union permet à cette dernière de se prévaloir des adhérents du syndicat pour l'exercice des prérogatives découlant des textes susvisés.

⁸⁹¹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 8 juillet 2009, 09-60.048, Publié au bulletin. Pour pouvoir désigner un représentant de la section syndicale dans un établissement un syndicat n'a pas à rapporter la preuve de son implantation dans l'ensemble des sites composant cet établissement.

⁸⁹²Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 14 novembre 2012, 11-20.391, Publié au bulletin. La modification par le syndicat de son champ statutaire n'a pas pour effet de remettre en cause l'ancienneté acquise par le syndicat à compter du dépôt initial de ses statuts. Selon la Cour de cassation, lorsqu'un syndicat modifie son champ statutaire dans le but de l'élargir afin d'y intégrer une entreprise déterminée dans son nouveau périmètre géographique et professionnelle de compétences, il ne perd pas le bénéfice de l'ancienneté acquise antérieurement.

⁸⁹³Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 8 juillet 2009, 08-60.599, Publié au bulletin. Doit être approuvé le jugement qui valide la désignation d'un représentant de section syndicale, dès lors que le syndicat justifiait de la présence dans l'entreprise, à la date de la désignation, d'au moins deux adhérents et que le champ géographique et professionnel du syndicat couvrait l'entreprise, et que l'employeur, qui a la charge de la preuve, ne contestait pas que le syndicat respectait les valeurs républicaines.

⁸⁹⁴A l'issue du cycle électoral l'organisation syndicale qui a échoué dans sa démarche conserve sa section syndicale. Toutefois, le représentant de la section doit abandonner son mandat mais peut le cas échéant être remplacé par un autre adhérent de la section syndicale.

phénomènes repérables : le découragement ou le changement d'étiquette⁸⁹⁵. Or, dans cette situation, le vaincu peut tout de même maintenir sa section syndicale d'entreprise, et le droit⁸⁹⁶ lui a créé de toute pièce un mandat afin qu'il puisse continuer de se voir incarné⁸⁹⁷. Le double système permet de ne pas freiner l'implantation syndicale et de réguler le renouvellement des bénéficiaires du titre de représentativité. Il existe donc deux options afin de s'introduire ou se maintenir dans l'entreprise et « *chacune des branches de l'alternative permet ainsi d'échapper au jugement de l'audience électorale, pièce maitresse du nouveau régime de la représentativité syndicale* »⁸⁹⁸.

La reconnaissance d'une action syndicale non- représentative au sein de l'entreprise. Au-delà d'une inversion des logiques, l'introduction dans l'entreprise d'une « *action syndicale non représentative* »⁸⁹⁹ met en scène (voir encouragement) le pluralisme syndical, plus qu'il ne tente de le réguler. En effet, le processus d'obtention du titre en question apparaît tout de même faiblement sélectif, puisqu'il conduit à la désignation d'une multiplicité d'organisations. A ce sujet, le professeur Bernard TEYSSIE pose une question essentielle : « *reconnaitre une place aux syndicats non représentatifs dans le paysage social est-il vraiment la traduction d'une volonté de renforcement du paysage syndical ?* »⁹⁰⁰⁹⁰¹. Si le pluralisme syndical apparaît sorti gagnant, le rayonnement de la notion de représentativité y perd de son éclat. L'ensemble représente un subtil dosage continuant de favoriser les grandes confédérations historiques, mais probablement plus faiblement qu'autrefois, sans totalement encourager les nouveaux impétrants, tout en n'anéantissant pas totalement leurs espoirs. Les organisations établies vivent dans la crainte de la chute électorale, leurs nouveaux concurrents entretiennent l'espoir d'une

⁸⁹⁵Pierre-Éric TIXIER, *loc.cit.* p.14. Selon l'auteur : « *Le découragement de certains militants dont certains tentent durant un temps limité de faire un mandat de représentant de la section syndicale avant de chercher des solutions de repli individuel; le transfert vers d'autres équipes syndicales et le changement d'étiquette qui lui est lié* » Ce dernier phénomène corrobore les constats de la sociologie soulignant le rapport de type instrumental que peuvent entretenir certaines équipes de représentant des salariés à l'égard des organisations syndicales.

⁸⁹⁶Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008).

⁸⁹⁷A titre d'illustration, l'issu du cycle électorale l'organisation syndicale qui a échoué dans sa démarche conserve également sa section syndicale. Seul le représentant de la section doit abandonner son mandat mais peut le cas échéant être remplacé par un autre adhérent.

⁸⁹⁸Georges BORENFREUND, *loc. cit.* p.149.

⁸⁹⁹Patrice ADAM, *loc. cit.* p.137.

⁹⁰⁰Bernard TEYSSIE, *loc.cit.* p.150.

⁹⁰¹Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.149. L'auteur relève l'équivoque ainsi mise en lumière : « *Les analyses font apparaître une orientation législative hésitante, voire sinieuse, consistant tout à la fois à faciliter quelque peu l'entrée des syndicats dans l'entreprise et à rendre leur implantation nettement plus délicate* ».

prochaine percée au scrutin suivant. Il en résulte que la conquête du titre ressemble à une partie ouverte à tous, sans réel vaincu ni même, peut-être, sans réel vainqueur⁹⁰².

En somme, la perte ou l'absence du label de représentatif n'implique que la soustraction d'une seule et unique prérogative que constitue la négociation collective⁹⁰³. Toutefois nous pouvons ajouter que cela fait désormais toute la différence. En effet, si la conquête de ce label est bien difficile et que ses gains prêtent à discussions, la négociation collective constitue bien le Graal désormais recherché. La règle de « *concordance* » ne constitue donc pas la frontière d'un territoire conquis ni même une barrière repoussant les éventuels impétrants hors des limites des ressorts de l'entreprise. Bien au contraire, au sein de ce champ, peuvent se croiser les titulaires de ce titre mais également les organisations l'ayant perdu voir celles qui rêvent de le conquérir. En définitive l'obtention de ce titre dans sa version pleine et entière ne semble plus avoir comme finalité que de déterminer la liste des négociateurs.

Les aménagements dans le temps de l'exigence de concordance. Une fois le graal acquis, l'exigence de « *concordance* » marque pour ces bénéficiaires un nouveau rapport au temps (cycle électoral) et à l'espace (chaque unité de travail). En effet, au sein de tous les ressorts où ils souhaitent négocier, ils doivent faire la démonstration cyclique de leur authenticité. Toutefois, une application trop stricte de cette contrainte exposerait l'ensemble à un risque fort d'instabilité. Par conséquent, afin de prévenir ce péril, cette règle fait l'objet de nombreux ajustements substantiels d'application. Nous verrons, qu'à ces divers accommodements dans le temps et dans l'espace, il faut également ajouter un aménagement de taille concernant une catégorie spécifique de travailleurs. Commençons donc par son application très sophistiquée dans le temps. Aux termes des articles L.2122-5 et L.2122-69 du Code du travail, la mesure de l'audience s'effectue au moins tous les quatre ans, ce qui correspond à la durée de droit commun, s'écoulant entre deux élections professionnelles au sein de l'entreprise⁹⁰⁴. A l'instar de la majorité de la doctrine, nous qualifierons cette période entre deux scrutins, permettant la

⁹⁰² En tout état de cause ce dernier n'est qu'un vainqueur précaire d'une durée maximale de quatre ans.

⁹⁰³ Georges. BORENFREUND, « Egalité entre syndicats, égalité dans la négociation collective » in *Le Droit Social, l'Egalité et les Discriminations*, sous la direction, de Georges BORENFREUND et Isabelle VACARIE, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2013, p. 159. Selon l'auteur : « *Le pluralisme syndical, comme la liberté d'organisation des syndicats au sein de l'entreprise, continue donc de prévaloir, mais il ne s'agit plus seulement de pluralisme et de liberté d'organisation dans la représentativité* ».

⁹⁰⁴ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 14 novembre 2013, 12-29.984, Publié au bulletin. Les critères tenant au respect des valeurs républicaines, à l'indépendance et à la transparence financière doivent être satisfaits de manière autonome et permanente. Les critères relatifs à l'influence caractérisée par l'activité et l'expérience, aux effectifs d'adhérents et aux cotisations, à l'ancienneté et à l'audience électorale, font l'objet, dans un périmètre donné, d'une appréciation globale pour toute la durée du cycle électoral.

mesure d'audience syndicale, de « *cycle électoral* ». Cette notion nous semble particulièrement bien éclairer l'application de la règle de concordance. Elle peut être utilisée au sein des divers champs professionnels dont la consolidation des divers résultats d'audience est calée sur ce même rythme quaternaire. A l'issue de chaque période de quatre années, l'administration du travail centralise les résultats des mesures d'audience au sein de chaque entreprise, pour prendre autant d'arrêtés ministériels fixant pour chaque branche, après avis du Haut Conseil du dialogue social (HCDS), la liste des organisations syndicales représentatives⁹⁰⁵. Une démarche de même nature est ensuite appliquée selon les mêmes modalités pour le niveau national et interprofessionnel⁹⁰⁶. Notre système de relations professionnelles est donc désormais rythmé par des « *cycles électoraux* » de quatre années. Toutefois, en 2008, le législateur ayant fait le choix d'une entrée progressive des effets de la Loi⁹⁰⁷ en fonction de la date du déroulement normale des premières élections au sein des diverses entreprises assujetties, il en ressortait que chaque entreprise connaissait son propre agenda. Nous remarquons donc que le niveau primaire (établissement et entreprise) du système de représentativité poursuit son propre rythme et donne la cadence. Cependant, contrairement au modèle espagnol, la mesure d'audience des niveaux « *supérieurs* » ne s'effectue pas de façon continue au fil de l'eau des remontées des différents scrutins. En effet, si nos deux systèmes s'appuient sur une forme comparable de centralisation administrative des résultats des élections professionnelles locales, en Espagne, la représentativité des organisations se mesure de manière continue, car les résultats sont inscrits au fil de leur échéance dans un « *registre administratif permanent* ». Il s'y effectue donc un décompte continu et évolutif de l'audience électorale et de ce fait du label de représentativité. Par conséquent, la règle de « *concordance* » s'y applique en temps réel et sans décalage. En droit interne, la collecte et la consolidation s'effectuent de façon cyclique sur la base d'un rythme quaternaire⁹⁰⁸. Par conséquent, il existe mécaniquement un décalage dans le temps de

⁹⁰⁵Article L2122-11 du Code du travail créé par Loi n°2008-789 du 20 août 2008 (art. 2).

⁹⁰⁶Arrêté du 30 mai 2013 fixant la liste des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel (JORF n°0125 du 1 juin 2013) et Arrêté du 22 juin 2017 fixant la liste des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel (JORF n°0152 du 30 juin 2017). La qualité représentative des organisations syndicales au niveau des branches professionnelles et au niveau national interprofessionnel étant actée par des textes réglementaires, la contestation de celle-ci relève des juridictions administratives. En vertu du décret no 2012-1130 en date du 5 octobre 2012 (CJA, art. R. 311-2) « *la cour administrative d'appel de Paris est compétente pour connaître en premier et dernier ressort des recours dirigés contre les arrêtés du ministre chargé du travail relatifs à la représentativité des organisations syndicales, pris en application de l'article L. 2122-11 du Code du travail* ».

⁹⁰⁷Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF, n°0194 du 21 août 2008 p 13064).

⁹⁰⁸Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75. En Espagne, la représentativité des organisations syndicales est donc en constante évolution au niveau des branches, des collectivités autonomes ou nationales, alors qu'en France la mesure de la représentativité est rythmée par des cycles électoraux de quatre ans.

l'application du principe de « *concordance* » aux niveaux des branches professionnelles (ainsi qu'au niveau interprofessionnel et national)⁹⁰⁹⁹¹⁰. Ce même décalage se retrouve à d'autres niveaux notamment au sein des entreprises à multi établissements, les unités économiques et sociales (UES) ou les groupes d'entreprises, soit tous les ensembles comprenant une multiplicité d'unités « *primaires* » de représentativité faisant l'objet de divers scrutins pouvant se dérouler à des dates différentes⁹¹¹⁹¹²⁹¹³. Il nous faut donc étudier une série de situations particulières liées : à l'existence d'établissements multiples, aux élections partielles, au transfert de personnel ou à l'annulation des élections.

La notion de cycle électoral et la stabilité des mesures d'audience. En effet, il découle de la jurisprudence, une règle exigeant la consolidation des résultats obtenus au sein des différentes ressorts composants d'un ensemble plus large. La dernière élection professionnelle (correspondant au scrutin permettant la mesure de l'audience syndicale) au sein de cet ensemble marque la fin d'un « *cycle électoral* ». Or, au cours de ces divers « *cycles électoraux* » des événements économiques ou sociaux peuvent bouleverser la réalité des audiences syndicales. Par conséquent, de quelle manière s'applique la règle de « *concordance* » à l'occasion de ces bouleversements ? Constatons que le droit se trouve coincé entre deux injonctions contraires : le respect effectif de la règle de « *concordance* » et la stabilité des acteurs de la négociation collective. Par conséquent, les résultats des mesures d'audience syndicale sont-ils destinés à rester figés ou à évoluer pour tenir compte de ces divers événements ? En réponse à ce dilemme, le Ministère du travail semblait⁹¹⁴ avoir une position équivoque. Il précisait certes les modalités relatives à la succession dans le temps des scrutins en leur associant une règle générale de «

⁹⁰⁹Remarquons que la responsabilité de la remontée et la centralisation des résultats a été confié à l'Etat alors qu'elle aurait pu être confiée à une autorité indépendante.

⁹¹⁰Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.142.

⁹¹¹A ce sujet, la jurisprudence a admis la désignation d'un délégué syndical pour un groupe d'entreprises juridiquement distinctes formant une unité économique et sociale (UES), mais ce choix ne peut s'effectuer que lorsque les élections permettant de déterminer la représentativité syndicale se sont bien déroulées dans l'ensemble de ce périmètre.

⁹¹²Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 29 mai 2013, 12-60.262, Publié au bulletin et 29 mai 2013, 12-15.781, Inédit .

⁹¹³Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 15 octobre 2015, 14-60.738, Inédit et 22 septembre 2010, 09-60.435, Publié au bulletin. Le juge a reconnu que si une délégation du personnel commune à plusieurs sociétés a été élue, il faut comptabiliser l'effectif cumulé de ces entreprises pour déterminer s'il est possible de désigner un représentant syndical et ce même si l'unité économique et sociale (UES) n'a pas été reconnue par un accord ou une décision de justice. Lorsque les délégués syndicaux sont désignés au niveau de l'Unité Economique et Sociale (UES) et que plusieurs syndicats affiliés à la même confédération ont présenté des listes de candidats lors des élections professionnelles, la mesure de l'audience syndicale se calcule en donnant la totalité des suffrages obtenus lors des élections au sein de différentes entités constituant l'Unité Economique et Sociale (UES).

⁹¹⁴Circulaire DGT no 20 du 13 novembre 2008 relative à la Loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (Texte non paru au Journal officiel).

stabilité », mais il induisait que les éventuels événements internes à l'entreprise ne devaient pas avoir d'incidence sur la représentativité avant la fin du cycle électoral.

La notion de cycle électoral et les élections partielles. Cependant, au sujet de la prise en compte des élections partielles⁹¹⁵ il semblait développer une position légèrement contradictoire, car il estimait que celles-ci devaient tout de même entraîner un nouveau calcul du score de la mesure de l'audience syndicale. De façon relativement originale, la Cour de cassation fut donc interrogée au sujet d'un contentieux relatif aux élections partielles et indiqua avoir consulté les protagonistes sociaux préalablement à la définition de sa position⁹¹⁶. Finalement, le juge civil fit le choix de la stabilité des scores au cours du cycle électoral même en cas d'élections partielles⁹¹⁷. Cette solution de stabilité des résultats d'audience apportait donc des tempéraments à la règle de « *concordance* » concernant la notion de représentativité⁹¹⁸.

La notion de cycle électoral et les restructurations d'entreprises. Se posait ensuite la question des éventuelles modifications du périmètre de l'entreprise pouvant bouleverser le visage de la représentation. Dans une série de cinq arrêts,⁹¹⁹ publiés dans son rapport annuel, la Cour de cassation s'est ainsi penchée sur la question du calcul de la représentativité en cas de transfert d'entreprise. A cette occasion, le juge devait trancher cette question par le biais de différentes situations où s'opéraient des modifications juridiques d'employeurs⁹²⁰. La contestation avait des origines diverses pouvant concerner la représentativité des syndicats de l'entreprise d'«

⁹¹⁵Circulaire DGT no 20 du 13 novembre 2008 relative à la Loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (Texte non paru au Journal officiel). En effet, le point 1.22 de ce texte indiquait que : « *Les élections partielles sont prises en compte dans l'appréciation de la représentativité ; elles peuvent conduire à modifier celle-ci. Ainsi, un calcul de représentativité consolidé doit avoir lieu après chaque élection partielle, afin de déterminer les nouveaux pourcentages, qui fonderont la mesure pour la validité des accords* ».

⁹¹⁶Communiqué relatif à l'arrêt n° 194 de la Chambre sociale (12.18-094) du 13 février 2013. La Chambre sociale a décidé de privilégier cette stabilité et la sécurité des négociations collectives en optant pour une mesure de la représentativité pour la durée du cycle électoral (en principe de quatre ans) couvrant le périmètre concerné, peu important les élections intermédiaires.

⁹¹⁷Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 13 février 2013, 12-18.098, Publié au bulletin et 26 juin 1985, 84-61.029, Publié au bulletin. Un syndicat ne peut devenir représentatif à la faveur des élections partielles ; les résultats des dernières élections demeurent figés et sans influence sur la mesure de l'audience jusqu'à l'organisation des prochaines élections générales. Cette jurisprudence constitue une forme de revirement par rapport à une position ancienne de la Cour de cassation qui estimait que la représentativité d'un syndicat devait s'apprécier à la date du dépôt des listes de candidatures mais que cette appréciation ne préjugait pas la position du juge pour les élections ultérieures.

⁹¹⁸Cour de cassation, Chambre sociale, du 7 décembre 1995, 94-10.882, Publié au bulletin. La représentativité ne peut être appréciée indépendamment de la prérogative syndicale invoquée.

⁹¹⁹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 19 février 2014, 13-20.069, Publié au bulletin, 19 février 2014, 12-29.354, Publié au bulletin, et 19 février 2014, 13-16.750, Publié au bulletin.

⁹²⁰Par le fait d'une Fusion, d'un transfert partiel ou total, ou d'une absorption.

origine » ou d'« *accueil* ». Le juge offrait à l'ensemble de ces situations diverses, une réponse simple et unique : ces modifications n'ont pas d'impact sur la représentativité, qui demeure inchangé jusqu'aux élections professionnelles suivantes, tant dans l'entreprise d'« *origine* » que dans celle d'« *accueil* ». Toutefois, le recours intangible à la notion de « *cycle électoral* » avait pour inconvénient majeur de dissocier une partie de la communauté de travail des syndicats représentatifs dans ce « *nouveau* » ressort. En effet, suivant l'application de cette règle les salariés transférés pouvaient se considérer comme incorrectement « *représentés* » par les syndicats représentatifs de l'entreprise d'« *accueil* »⁹²¹ jusqu'aux prochaines élections professionnelles dans la nouvelle structure. Or, il s'agit d'un inconvénient important à un moment stratégique, où le statut conventionnel des salariés transférés doit être négocié par les syndicats représentatifs de l'entreprise d'« *accueil* ». Soulignons le paradoxe de cette position. Le juge civil privilégiait la stabilité des acteurs syndicaux au cours du cycle électoral concomitamment au déploiement de la règle de « *concordance* » exigeant une authenticité du lien passé entre les salariés et l'organisation. De cette manière, il poursuivait certes un but légitime permettant la continuité sereine des négociations collectives en cours, mais il créait une nouvelle « *fiction* » juridique allant à l'encontre de la philosophie traversant la règle de « *concordance* »⁹²². Par une nouvelle série de cinq arrêts du 19 février 2014⁹²³, la Cour de cassation tenta d'atténuer les inconvénients de sa position antérieure⁹²⁴⁹²⁵, en permettant la désignation en qualité de délégué syndical d'un salarié « *transféré* » qui par définition n'avait pas obtenu le score requis au sein de l'entreprise d'« *accueil* » lors des dernières élections professionnelles. La chambre sociale de la Cour de cassation décida donc, que dès lors que l'organisation syndicale avait bien présenté des candidats au sein de l'entité transférée, elle

⁹²¹Ils ne peuvent plus l'être par les syndicats pour lesquels ils ont éventuellement votés au sein de l'entreprise d'« *origine* ».

⁹²²Il s'agit d'une situation particulièrement complexe où la partie de l'entreprise transférée est considérée comme un établissement autonome et peut par conséquent conserver sa représentation du personnel. Dans cette situation il est possible de maintenir les instances représentatives du personnel. Cependant dans cette hypothèse, une nouvelle appréciation de la représentativité syndicale devait être rapidement réalisée, mais une fois ce premier point accepté, il faut convenir que le raisonnement bascule également dans de nouveaux questionnements. En effet, ce nouveau calcul de l'audience électorale pourrait conduire au retrait du label de représentativité de certaines organisations syndicales implantées.

⁹²³Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 19 février 2014, 13-14.608, Publié au bulletin.

⁹²⁴Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 14 décembre 2011, 10-27.441, Publié au bulletin. Dès lors que le transfert de contrat de travail se déroule dans le cadre d'un transfert partiel d'activité mais qu'il ne s'agissait pas du maintien d'une entité autonome entraînant le maintien des mandats en cours, le score obtenu aux dernières élections professionnelles n'autorise pas un salarié à prétendre recevoir un mandat syndical au sein de sa nouvelle structure.

⁹²⁵Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 27 février 2013, 12-15.807, Publié au bulletin. Par la suite le juge a procédé à un accommodement de cette position, en autorisant les organisations syndicales anciennement représentatives dans la structure « *origine* » à désigner un salarié ayant obtenu le score requis lors de ces anciennes élections en qualité de délégué syndical.

pouvait se prévaloir des dispositions de l'article L. 2143-3 du Code du travail pour désigner dans l'entreprise « *accueil* », un salarié récemment transféré comme délégué syndical. Cette solution de compromis permettait aux organisations syndicales représentatives, de désigner, à la fois dans l'entreprise d'« *origine* » et d'« *accueil* », un salarié transféré en qualité de délégué syndical dans la « *nouvelle* » entreprise. En 2015, la Cour de cassation a franchi une étape supplémentaire, lors d'un contentieux de même nature, mais visant la situation d'une opération de fusion absorption de deux sociétés⁹²⁶. Le juge considéra qu'un syndicat représentatif pouvait désigner un délégué syndical issu d'une des entreprises d'origine, si le salarié en question avait obtenu le score requis à titre personnel, lors des dernières élections. Le juge motiva sa décision en expliquant que lorsque le syndicat est représentatif dans l'entreprise « *accueil* » comme dans celle d'« *origine* », il peut se prévaloir de l'article L. 2143-3 du Code du travail pour désigner des représentants syndicaux dans le périmètre de désignation et ce : « *peu important l'existence au sein de l'entreprise d'accueil de candidats présentés par le syndicat ayant recueilli au moins dix pour cent des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles* »⁹²⁷. Par conséquent, la Cour de cassation précisait bien que le syndicat représentatif pouvait faire son choix au sein des salariés de l'entreprise d'« *origine* » ou d'« *accueil* ». Il s'agissait donc d'une nouvelle série d'accommodements de l'application dans le temps de la règle de « *concordance* ».

La notion de cycle électoral et les irrégularités électorales. Enfin, les irrégularités constatées lors des élections professionnelles pouvaient également remettre en cause la mesure d'audience syndicale⁹²⁸, et par conséquent l'application de la règle de « *concordance* ». En ce domaine, la Cour de cassation a considéré que dorénavant les élections professionnelles ne devaient être annulées que lorsque les irrégularités commises dans l'organisation et le déroulement du scrutin avaient été déterminantes sur le résultat de l'élection, mais également si elles avaient eu des effets de même nature au sujet de la mesure d'audience déterminant la représentativité des organisations syndicales dans l'entreprise⁹²⁹. Appréciations de nouveau l'influence importante de

⁹²⁶Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 15 avril 2015, 14-18.653, Publié au bulletin.

⁹²⁷Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 15 avril 2015, 14-18.653, Publié au bulletin.

⁹²⁸Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 2 mars 2011, 10-60.101, Publié au bulletin. Un syndicat allègue une irrégularité du scrutin organisée dans un établissement et conteste les conséquences qui en découlent concernant son score d'audience syndical au sien de l'Unité Economique et Sociale (UES). Le juge déboute cette organisation de sa demande en considérant qu'elle doit déterminer les conséquences de l'irrégularité des élections dans le périmètre de cette dernière et non au sein d'une espace plus large. Autrement dit dans le cas d'espèce elle devait évaluer les conséquences en question au sien de l'établissement et non au niveau de l'Unité Economique et Sociale (UES).

⁹²⁹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 13 janvier 2010, 09-60.203, Publié au bulletin. Il en va de même au sujet des résultats électoraux permettant pour un candidat d'être désigné délégué syndical.

la mesure de l'audience syndicale sur le droit des élections professionnelles, ainsi que la volonté du juge de maintenir le résultat du scrutin déterminant la représentativité des organisations syndicales, en ne corrigeant celui-ci que pour une raison solide. En définitive, l'exigence de stabilité des acteurs au cours de la durée du cycle électoral l'emporte sur une application stricte de la règle de « *concordance* » en temps réel. L'interprétation prétorienne du « *cycle électoral* » fait fi de l'échelonnement dans le temps des scrutins des différents établissements, n'effectuant la somme des divers scrutins qu'après le vote du dernier électeur, écartant également les résultats des éventuelles élections partielles⁹³⁰, ou les effets immédiats des restructurations de l'entreprise⁹³¹. Admettons volontiers que la prise en compte instantanée de l'ensemble des aléas de l'entreprise pourrait avoir un impact négatif sur la liste des organisations représentatives. En effet, la disparition de l'une d'entre elles, l'émergence d'une autre, la perte d'influence d'une troisième bouleversent l'équilibre des négociations collectives en cours⁹³². Toutefois l'effacement des effets de ces diverses modifications a également pour résultat de gommer l'authenticité du lien entre les salariés et les organisations professionnelles. Dans ce cas, la fiction d'une stabilité de l'influence syndicale est donc privilégiée au mépris de la réalité des bouleversements opérés. La solution du « *cycle électoral* » est insatisfaisante mais constitue la seule capable d'assurer stabilité et simplicité. Après avoir analysé ses modalités d'application dans les différents ressorts et dans le temps, examinons un important accommodement catégoriel de cette règle de « *concordance* ».

La légalité des aménagements « catégoriels » et l'exigence de concordance. En effet, afin de préserver une place à certaines organisations catégorielles au sein de la négociation collective, le droit a dû procéder à l'aménagement de cette règle en leur faveur. Il s'avère qu'un strict respect de cette exigence contraint à une somme de l'ensemble des voix valablement exprimées au sein du champ en question sans considération de la dimension catégorielle de certaines organisations. Une implacable appréciation de l'audience syndicale de ces organisations catégorielles au sein de l'ensemble des collèges de la représentation entraînerait

⁹³⁰Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 13 février 2013, 12-18.098, Publié au bulletin.

⁹³¹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 14 novembre 2013, 12-29.984, Publié au bulletin.

⁹³²Il faut reconnaître qu'une solution « *alternative* » à celle de la théorie du « *cycle électoral* » n'est pas évidente. Il n'était pas envisageable de remettre en question la représentativité syndicale après un transfert d'un nombre très restreint de salariés. Il aurait pu être envisagé un seuil calculé sur la base du total du nombre de salariés transférés, ou en pourcentage du nombre de salariés en rapport avec celui de l'effectif de l'entreprise d'accueil. Il s'avère que la définition d'un tel seuil relève de la responsabilité du législateur (et non de la jurisprudence) et constitue une véritable difficulté car aucun seuil ne pourrait représenter une solution véritablement satisfaisante et appropriée à l'infini du nombre de situations envisageables.

mécaniquement leur disparition dans la plupart des situations⁹³³. Afin de prévenir cette éventuelle hécatombe, le législateur a décidé de mesurer la représentativité de ces organisations uniquement dans les collèges où elles ont vocation à présenter des listes de candidats aux élections professionnelles. Les organisations représentant cette part spécifique du personnel ne font donc pas l'objet d'une mesure d'audience sur la base de l'ensemble des collèges de l'entreprise (ou de l'établissement) mais uniquement sur le fondement des résultats du collège les concernant. Par simplicité, qualifions ces règles spéciales de « *représentativité catégorielle* »⁹³⁴, car il s'agit bien d'un dimensionnement « *particulier* » octroyé à une catégorie professionnelle faisant l'objet d'une spécificité historique et sociologique. Cependant soulignons que l'organisation catégorielle bénéficiant de cet « *ajustement* » de la mesure de son audience, peut exercer ses prérogatives au-delà de « *son* » ressort. Par conséquent, sa « *capacité conventionnelle* » ne se limite pas au champ des accords collectifs concernant les intérêts de « *son* » collège d'origine. La conformité de ces règles spéciales au principe d'égalité, ainsi qu'aux textes internationaux, a fait l'objet de controverses juridiques discutées devant les Tribunaux Judiciaires⁹³⁵. Une première série de questions relatives au traitement particulier d'une confédération nationale spécifique (Confédération Française de l'Encadrement – Confédération des Cadres - CFE-CGC) fut posée à l'examen du juge. En l'occurrence, la Cour de cassation transmet au Conseil Constitutionnel plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité afin de savoir si ce régime spécifique constituait une violation de l'article n°1 de la Constitution de 1958 et des articles n°1 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme⁹³⁶. Le juge constitutionnel confirma que les confédérations syndicales interprofessionnelles catégorielles ne se trouvaient pas dans la même situation que les autres types d'organisations syndicales. Par conséquent leur permettre de mesurer leur audience uniquement dans le collège de leur catégorie instituait « *une différence de traitement en lien direct avec l'objet de la Loi* ».

⁹³³A l'exception limitée des unités où la catégorie spécifique est majoritaire.

⁹³⁴Mais notons d'ores et déjà qu'il s'agit également d'un aménagement de cette règle de concordance, car cette « *représentativité catégorielle* » ne se contente pas d'octroyer une capacité conventionnelle limitée aux salariés du collège concerné mais autorise ces titulaires à négocier et conclure des accords collectifs ayant une portée plus large.

⁹³⁵Christophe RADÉ, « Les syndicats catégoriels et la réforme de la démocratie sociale », *Droit Social*, 2010, p. 821.

⁹³⁶Cour de cassation, Assemblée plénière, 8 juillet 2010, 10-60.189, Publié au bulletin (QPC). Le juge ajoute « *qu'en prévoyant que, pour les organisations syndicales catégorielles, le seuil de dix pour cent est calculé dans les seuls collèges dans lesquels elles ont vocation à présenter des candidats le législateur a institué une différence de traitement en lien direct avec l'objet de la Loi, que par la suite, le grief tiré de la méconnaissance de l'article n°6 de la déclaration de 1789 doit être écarté* ».

Il en ressortait donc une absence d'inégalité de traitement⁹³⁷ qui fut réaffirmée à l'occasion d'une question de même nature posée la même année⁹³⁸⁹³⁹⁹⁴⁰.

La portée des aménagements « catégoriels » et l'exigence de concordance. Il en découlait toutefois une question au sujet de l'étendue de la nature de ce type d'organisation. Au vu du spectre des statuts des syndicats catégoriels, tout syndicat se déterminant comme « *catégoriel* » pouvait-il bénéficier des avantages liés à ce statut ? Il s'avère que selon le Code du travail, seules les organisations affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale⁹⁴¹, pouvaient bénéficier de ce statut⁹⁴². Le juge civil fut donc confronté à la question de savoir si une organisation syndicale catégorielle non adhérente à cette confédération interprofessionnelle nationale pouvait également bénéficier du même traitement, et par conséquent d'une dérogation à la règle de « *concordance* ». A l'occasion d'un arrêt du 14 décembre 2011, le juge de la Cour de cassation examina la situation du Syndicat National du Personnel Commercial Navigant⁹⁴³⁹⁴⁴. Il estima qu'il ne bénéficiait pas d'une dimension interprofessionnelle, et par conséquent, ne pouvait pas bénéficier de cet aménagement. A contrecourant de cette jurisprudence que nous venons d'étudier, le législateur prévoyait que les professions des journalistes et des pilotes de ligne aérienne faisaient tout de même l'objet de dérogations⁹⁴⁵⁹⁴⁶, autorisant à leur endroit une application des aménagements de la règle de «

⁹³⁷Décision Conseil constitutionnel n° 2010-42, QPC du 7 octobre 2010 (considérant 7).

⁹³⁸Décision Conseil constitutionnel n° 2010-63/64/65 QPC du 12 novembre 2010.

⁹³⁹Jean-Marc BÉRAUD, *loc.cit.* p.81.

⁹⁴⁰En effet, l'application de règles identiques à tous les syndicats sans considération des spécificités statutaires, aurait pu également constituer une rupture d'égalité.

⁹⁴¹Article L2122-2 modifié par Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 (art. 4) ainsi que l'article L2122-7 modifié par Loi n°2010-1215 du 15 octobre 2010 (art. 5).

⁹⁴²Une seule confédération nationale rassemble ces attributs : Confédération Française de l'Encadrement (CFE-CGC) .

⁹⁴³Décision Conseil constitutionnel n° 2010-63/64/65 QPC du 12 novembre 2010. La question prioritaire de constitutionnalité a été transmise le 20 septembre 2010 par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel qui a dit que les dispositions critiquées n'étaient pas contraires aux textes constitutionnels.

⁹⁴⁴Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 14 décembre 2011, 10-18.699, Publié au bulletin. Le juge a examiné la situation du Syndicat National du Personnel Commercial Navigant ayant vocation à présenter des candidats dans tous les collèges électoraux. Il a considéré que cette organisation catégorielle ne se trouve pas dans la même situation que les organisations syndicales catégorielles dont les règles statutaires ne donnent vocation qu'à présenter des candidats dans certains collèges électoraux déterminés. Dès lors, sans violer le principe de liberté syndicale, constitue une justification objective et raisonnable à la différence de traitement instituée par le législateur, la prise en compte de la différence de champs statuaire d'intervention des syndicats catégoriels de cadres affiliés à une confédération catégorielle nationale et des syndicats catégoriaux des personnels pilotes de ligne, pour leur permettre de participer à la négociation collective pour les catégories qu'ils ont vocations à représenter.

⁹⁴⁵Article L 7111-7 et suivants du Code du travail concernant la représentation professionnelle des journalistes.

⁹⁴⁶Loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports (JORF 9 décembre 2009) modifiée par l'ordonnance n°2015-855 du 15 juillet 2015 prise en application de l'article 38 de la Loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire).

concordance »⁹⁴⁷ alors que leurs affiliations syndicales ne les reliaient pas à une organisation interprofessionnelle nationale⁹⁴⁸⁹⁴⁹. Si le législateur se montrait très pragmatique, le juge restait très strict dans son interprétation de ces dispositions particulières. Il en résultait qu'un syndicat catégoriel mais autonome ou affilié à une organisation inter-catégorielle (non interprofessionnelle), devait faire l'objet d'une mesure de son audience électorale dans l'ensemble des collèges alors même que ce syndicat présentait une liste dans le seul collège correspondant à ses statuts⁹⁵⁰. De même, un rattachement à une confédération de nature catégorielle ne correspond pas systématiquement à l'application des accommodements à la règle de « *concordance* ». Selon un arrêt de la Cour de cassation du 27 mars 2013⁹⁵¹, une organisation syndicale qui selon ses statuts n'est pas une organisation catégorielle ne peut invoquer l'application des dispositions particulières de la « *représentativité catégorielle* », même si par la suite, elle finit par s'affilier à la Confédération Française de l'Encadrement (CFE-CGC)⁹⁵². De même, le syndicat perd également le bénéfice du statut des organisations affiliées à la confédération catégorielle interprofessionnelle et nationale, s'il se présente dans

⁹⁴⁷ Afin de mesurer spécifiquement leurs représentativités au sein du collège électoral ou leurs organisations syndicales souhaitent exercer leurs prérogatives.

⁹⁴⁸ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 2 mars 2011, 10-60.157, Publié au bulletin et 09-60.419, Publié au bulletin. Dans l'arrêt concernant la société RADIO France, le Syndicat National des Journalistes (SNJ) se plaignait de l'absence de mise en place d'un collège spécifique. Les voix des journalistes avaient été éparpillées sur trois collèges et le syndicat en question n'avait pas obtenu le score nécessaire pour recevoir le label de représentativité. La Cour de cassation donne raison au syndicat catégoriel qui doit faire l'objet d'un décompte de ses voix dans un seul collège. En outre par le second arrêt, le juge indique que lorsqu'une entreprise emploie des journalistes, la création d'un collège électoral spécifique ne requiert pas l'unanimité des syndicats mais un simple accord de droit commun.

⁹⁴⁹ Notons qu'au sujet de ces deux professions, le bénéfice des règles particulières de la « *représentativité catégorielle* » ne se justifie pas par la dimension interprofessionnelle et nationale de la confédération à laquelle ces syndicats sont rattachés. Il s'avère que ce sont d'autres considérations très pragmatiques qui ont gouvernées le législateur dans ces choix à leurs sujets.

⁹⁵⁰ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 24 septembre 2013, 12-27.647 12-60.556, Publié au bulletin. Dans de nombreuses sociétés, il existe des collèges spécifiques concernant des professions particulières qui peuvent avoir leur propre représentation. Dans le cas d'espèce, il s'agissait du syndicat des « praticiens conseil » rattaché d'une part à l'Union Confédérale de Médecins Salariés de France (l'UCMSF n'est pas une organisation interprofessionnelle) et à la confédération Union Nationale des Syndicats Autonomes (UNSA qui n'est pas une organisation catégorielle) qui avait présenté sa propre liste. Le juge de la Cour de cassation estima que celui-ci ne pouvait pas bénéficier des aménagements propres aux syndicats catégoriels adhérents à une confédération interprofessionnelle nationale.

⁹⁵¹ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 27 mars 2013, 12-22.733, Publié au bulletin. Par les deux arrêts du 2 mars 2011 cités plus haut, la Cour de cassation a clarifié les règles applicables en matière de représentation du personnel des journalistes. Il en ressortait que s'il avait été créé un collège réservé aux journalistes (ou si tous les journalistes étaient tenus de voter dans le même collège), la représentativité du syndicat catégoriel devait s'apprécier au sein de ce seul collège. En sommes concernant, les cadres mais engagent les journalistes et les pilotes de lignes, la vocation catégorielle figurant dans les statuts de ces organisations ainsi que l'affiliation qui en découle détermine et justifie une application stricte de règle de concordance à leur endroit. Si ses statuts lui donnent vocation à présenter des candidats dans tous les collèges électoraux, son audience syndicale sera mesurée dans tous les collèges confondus, et peu important qu'elle n'ait présenté des candidats que dans un seul collège.

⁹⁵² Il en ressort que l'affiliation à la Confédération Française de l'Encadrement (CFE-CGC) ne donne pas automatiquement la qualité de syndicat catégoriel et que la réalité de la rédaction des statuts ou le comportement de l'organisation l'emporte sur la nature de l'affiliation.

un autre collège que celui correspondant à ses statuts (ou s'il se présente comme inter-catégoriel à travers sa propagande)⁹⁵³⁹⁵⁴⁹⁵⁵. Dans cette situation, son audience se trouve mécaniquement mesurée dans l'ensemble des collèges et : « *peu important qu'il n'ait présenté des candidats que dans certains d'entre eux* »⁹⁵⁶.

La mesure de l'audience des organisations catégorielles concernées. Toutefois, le juge n'était pas totalement sorti de l'ornière à ce sujet car il lui fallait répondre à la question suivante : comment devait-il apprécier l'audience d'un syndicat catégoriel dans une entreprise ne faisant l'objet que d'un seul collège ? Dans cette situation, le syndicat catégoriel peut valablement présenter son candidat dans ce collège unique⁹⁵⁷. Mais dans le cas d'espèce, la complexité de la situation résultait du fait que la société était constituée d'établissements multiples comptant suivant les cas un ou deux collèges. Le juge a donc décidé que le syndicat catégoriel devait présenter des candidats dans le collège correspondant à ses statuts, et que son audience devait être calculée dans l'ensemble de « *ses* » collèges, peu importe que le syndicat en question n'ait pas fait usage de cette faculté dans les établissements comportant un collège unique, et n'ait présenté de candidats que dans ceux en comportant plusieurs⁹⁵⁸. Enfin, une autre question technique se posait ne concernant pas seulement la « *représentativité catégorielle* » mais la notion d'« *ensemble des suffrages exprimés* ». En effet, les suffrages exprimés au sein du collège catégoriel devaient-ils se décompter à part ou avec l'ensemble de ceux des autres

⁹⁵³Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 14 novembre 2013, 13-12.659, Publié au bulletin ; 31 janvier 2012, 11-60.135, Publié au bulletin ; 28 septembre 2011, 10-26.693, Publié au bulletin ; 27 mars 2013, 12-22.733, Publié au bulletin et 8 octobre 2014, 14-11.317 14-11.428, Publié au bulletin.

⁹⁵⁴Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 28 septembre 2011, 10-26.693, Publié au bulletin, 31 janvier 2012, 11-60.135, Publié au bulletin et 28 septembre 2011, 10-26.693, Publié au bulletin. Selon le premier arrêt un syndicat catégoriel ayant modifié ses statuts peut présenter des candidats dans d'autres collèges voir dans tous les collèges. Dans cette hypothèse l'audience de ce syndicat est calculée sur l'ensemble de ces collèges. Il en découle que la modification statutaire leur fait perdre leur caractère catégoriel. Selon le second, il en va également de cette façon dans l'hypothèse où le syndicat catégoriel présente des candidats dans un autre collège que celui d'origine à l'occasion du second tour. Enfin, le juge civil a indiqué qu' : « *un syndicat peut présenter des candidats dans les collèges que ses statuts donnent vocation à représenter* », mais il indique également que si le syndicat en question ouvre l'objet de ses statuts à l'ensemble des collèges alors il perd de facto son caractère catégoriel et ne peut plus bénéficier plus des aménagements en question.

⁹⁵⁵Françoise FAVENNEC-HÉRY, « Syndicats catégoriels : de l'importance des statuts », Semaine Sociale, Lamy n° 508, 10 octobre 2011, p. 4.

⁹⁵⁶Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 27 mars 2013, 12-22.733, Publié au bulletin.

⁹⁵⁷Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 4 juillet 2012, 11-60.239, Publié au bulletin. Lorsque les élections des membres du comité d'entreprise (ou d'établissement) se déroulent au sein d'un collège unique réunissant toutes les catégories professionnelles, un syndicat affilié à la CFE-CGC peut valablement y présenter des candidats. Dans le cas où l'entreprise est divisée en établissements distincts, la représentativité de ce syndicat dans l'entreprise tout entière doit être appréciée sur l'ensemble des suffrages exprimés dans les collèges où il pouvait présenter des candidats, peu important qu'il n'ait pas fait usage de cette faculté dans les établissements comportant un collège unique et n'ait présenté de candidats que dans ceux en comportant plusieurs.

⁹⁵⁸Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 4 juillet 2012, 11-60.239, Publié au bulletin.

salariés ? Une réponse positive aurait pu paraître logique car si un collège fait l'objet d'un traitement spécifique au sujet de la mesure d'audience de « ses » organisations syndicales catégorielles, l'ensemble des suffrages de ce collège devrait sans doute faire l'objet de traitement totalement séparé. Tel ne fut pas l'opinion de la Cour de cassation⁹⁵⁹ qui décida que le critère de l'audience électorale nécessaire à l'établissement de la représentativité des syndicats inter-catégoriels devait prendre nécessairement en compte les suffrages exprimés par l'ensemble des salariés de l'entreprise réunis dans tous les collèges, et peu important que certains soient électeurs dans des collèges spécifiques. Il en résulte que l'audience des syndicats inter-catégoriels est calculée sur l'ensemble des suffrages exprimés dans tous les collèges, y compris les collèges catégoriels. La logique de l'ensemble reste faible, mais il en ressort que la portée interprofessionnelle de l'organisation est un élément objectif apprécié de façon raisonnable par le législateur, et pouvant justifier cette différence de traitement. Au-delà de l'analyse juridique, cette « distinction » se justifiait par la nécessité de maintenir au niveau national et interprofessionnel une confédération chargée de représenter une catégorie (celle des cadres)⁹⁶⁰. Soulignons une nouvelle fois l'importance donnée par le législateur à la négociation collective « pré-législative » se déroulant au niveau interprofessionnel et national⁹⁶¹, mais constatons tout de même une forme de contradiction dans les objectifs. En effet, l'intention était de proposer une nouvelle offre syndicale correspondant notamment à un nouveau paysage syndical au niveau interprofessionnel et national. L'application mécanique de la révision de la notion de représentativité aurait donc pu avoir cet effet. Cependant, comme nous le savons, la Confédération Française de l'Encadrement (CFE-CGC) n'était pas signataire de la position commune du 9 avril 2008, et les négociateurs de ce texte avaient formulé des concessions afin de recueillir vainement son assentiment.

Les aménagements « catégoriels » de l'exigence de concordance et la capacité conventionnelle. Constatons que chaque fois que la Loi pose une limite, elle y associe de profonds et nombreux tempéraments qui vident celle-ci de sa portée initiale, car par essence, la négociation correspond à un compromis, et la « Loi négociée » adopte cette nature. De la même

⁹⁵⁹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 12 avril 2012, 11-22.289 11-22.408, Publié au bulletin.

⁹⁶⁰ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 2 mars 2011, 10-60.214, Inédit.

⁹⁶¹L'article L. 2122-10 du Code du travail précise qu'une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale est représentative à l'égard des personnels relevant des collèges électoraux dans lesquels ses règles statutaires lui donnent vocation à présenter des candidats. Pour ce faire elle doit satisfaire aux critères de l'article L. 2121-1 et du 2° de l'article L. 2122-9. Elle doit recueillir au moins huit pour cent des suffrages exprimés au sein de ces collèges, à l'issue de l'addition des résultats des divers scrutins. Enfin il faut rappeler que ces mêmes dispositions s'appliquent également au niveau national et interprofessionnel mais de fait ne peuvent s'appliquer qu'à la seule situation de la Confédération Française de l'Encadrement (CFE-CGC) -CGC.

manière, le strict respect de la règle de « *concordance* » aurait voulu pour le moins que les bénéficiaires catégoriels de ce label ne puissent négocier d'accords qu'en faveur des salariés de la catégorie professionnelle concernée. Or, elles peuvent conclure des accords collectifs concernant l'ensemble des salariés de l'entreprise (ou l'établissement). En effet, les accords collectifs n'intéressant qu'une catégorie de salariés qualifiés d'« *accord collectifs catégoriels* » sont soumis aux mêmes règles de validité que les accords collectifs classiques. La « *représentativité catégorielle* » confère à son titulaire le droit de négocier toutes dispositions applicables à cette catégorie de salariés⁹⁶², mais ne se limite pas à cette seule finalité. En effet, il s'est posé la question de la « *capacité conventionnelle* » inter-catégorielle d'une organisation catégorielle. Ce que nous qualifierons plus loin de « *capacité conventionnelle* » ne se limite pas au seul collège catégoriel⁹⁶³. Selon un arrêt du 31 mai 2011⁹⁶⁴ de la Cour de cassation, un syndicat catégoriel peut signer un accord d'entreprise intéressant l'ensemble du personnel, et il n'est pas nécessaire pour celui-ci de démontrer sa représentativité au sein de toutes les catégories de personnel à condition de ne pas être l'unique signataire. Dans cette hypothèse, son audience est rapportée à l'ensemble des collèges électoraux et peut être prise en compte pour apprécier les conditions de la validité de l'accord. Cette jurisprudence permet d'associer les organisations syndicales représentatives catégorielles à des accords collectifs ayant une portée plus large que leurs périmètres⁹⁶⁵. Cependant, cette intégration s'effectue au prix d'une réelle entorse aux exigences découlant de la règle de « *concordance* ». Cette réponse prétorienne n'est pas totalement satisfaisante, notamment au sujet des entreprises comportant une très forte majorité de cadres, car les organisations syndicales représentatives catégorielles ne peuvent en aucun cas conclure seules un accord « *inter-catégoriel* » quand bien même leur « *capacité conventionnelle* » calculée sur l'ensemble des collèges électoraux serait majoritaire⁹⁶⁶.

⁹⁶²Notons qu'un syndicat inter-catégoriel ayant obtenu le bénéfice du label de représentativité au sein du même collège peut également conclure un accord collectif concernant les salariés de ce collège.

⁹⁶³Article L. 2232-13 du Code du travail modifié par Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 (art. 4). Ainsi le représentant de l'employeur et une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueillis plus de cinquante pour cent des suffrages exprimés en faveur de ces mêmes organisations au premier tour des élections professionnelles des titulaires du comité social et économique, peuvent conclure un accord collectif concernant les salariés du collège en question. A défaut de pouvoir réunir cette majorité absolue, l'accord peut être valide s'il recueille trente pour cent des suffrages exprimés au sein de ce collège puis s'il est approuvé par une majorité des salariés du collège électoral concernés.

⁹⁶⁴Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 31 mai 2011, 10-14.391, Publié au bulletin.

⁹⁶⁵Cet aménagement permet dans de nombreuses situations d'apporter un appoint en termes de « *capacité conventionnelle* » aux organisations syndicales inter-catégorielles.

⁹⁶⁶Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 2 juillet 2014, 13-14.622 13-14.662, Publié au bulletin.

En somme, en matière de « *capacité conventionnelle* » des syndicats catégoriels, il est possible de quelque peu tordre la règle de « *concordance* » dans un sens mais pas dans l'autre. Il en découle que les organisations syndicales de cette nature bénéficiant de ce titre exercent leurs prérogatives au-delà de « *leur* » ressort d'origine. Plus largement, constatons l'existence d'une série de règles spécifiques liées à l'attribution de la notion de « *représentativité catégorielle* » représentant autant d'accommodements à l'exigence de « *concordance* »

L'exigence de concordance et la légitimité des protagonistes. En conclusion, retenons que l'évolution de la finalité de la négociation collective a posé de manière « *cruciale* » la question de la légitimité des signataires des accords collectifs⁹⁶⁷. Convenons que la question de la « *concordance* » des représentants et des représentés était « *au cœur des préoccupations* »⁹⁶⁸ des protagonistes sociaux ayant sollicité une révision de la définition de la représentativité. Suivant leurs recommandations, le législateur a donc effacé plusieurs « *fictions juridiques* » et fait le choix d'une mesure effective de la légitimité des impétrants souhaitant recevoir ce label⁹⁶⁹. Par conséquent, l'application de cette règle de « *concordance* » implique la disparition d'une reconnaissance systémique de la capacité de représentation reposant sur une présomption irréfragable des organisations prétendant à la propriété de ce label. Toutefois, le législateur a effacé d'une main tremblante les effets de la représentativité par affiliation car il ne s'agit pas d'une disparition (ou d'une substitution). En effet, cette présomption a tout de même été maintenue concernant plusieurs sujets relatifs aux relations collectives de travail⁹⁷⁰. De même les effets de cette décision ont été amortis et étalés jusqu'à la fin d'une période transitoire. De plus, l'exigence de « *concordance* » a fait l'objet d'aménagements substantiels dans le temps, l'espace, ainsi qu'au sujet d'une catégorie professionnelle spécifique. Du fait de ses nombreux aménagements, cette règle de « *concordance* » n'a pas de caractère général, et ne peut pas en conséquent être considérée comme un nouveau « *principe* » du droit du travail se substituant éventuellement à une présomption de représentativité. Cependant, le caractère représentatif de l'organisation professionnelle s'examine effectivement désormais de façon périodique au sein du ressort dans lequel elle souhaite exercer ses prérogatives, et dont le périmètre est négocié

⁹⁶⁷Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p. 75.

⁹⁶⁸Ylias FERKANE, *op.cit.* p. 19.

⁹⁶⁹Franck PETIT, *loc.cit.* p. 148.

⁹⁷⁰Rappelons qu'une organisation syndicale affiliée à une confédération représentative au plan national et interprofessionnel peut toujours présenter des candidats au premier tour des élections professionnelles, créer une section syndicale d'entreprise et désigner son représentant. Ces organisations peuvent également continuer de présenter des listes dans le cadre du système complémentaire de mesure de l'audience syndicale concernant les entreprises de très petites tailles. Enfin dans certaines circonstances, cette confédération (ou les organisations qui lui sont affiliées) peut mandater un salarié chargé de conduire la négociation collective pour son compte.

par ses soins. Cette règle semble avoir pour finalité principale la négociation collective, et participe à l'assujettissement de la notion de représentativité à ce même objectif. Il en ressort tout de même un ensemble de modalités recherchant effectivement une « *concordance* » plus forte entre le label attribué et la légitimité dont bénéficie son titulaire.

Après avoir examiné le cheminement de la formation de cette double définition de la représentativité, la détermination des périmètres des différents ressorts au sein desquels celle-ci doit se déployer selon l'application d'une nouvelle règle dite de « *concordance* », nous pouvons enfin examiner la substance même de cette notion. L'étude de chacun de ces éléments intrinsèques, nous permettra d'établir si cette nouvelle définition est à même d'encourager la « *détermination* » des différents acteurs par eux-mêmes.

2.3. Les critères légaux de la représentativité

Examinons que si les représentativités salariale et patronale font l'objet de deux définitions de même nature, leur symétrie est imparfaite. En effet, nous allons découvrir que la représentativité salariale est marquée par le rayonnement du critère de l'audience électorale alors que la représentativité patronale reste principalement tributaire du nombre de ses adhésions. Commençons par une brève présentation technique de cette double définition ainsi que sa place au sein des divers modèles en la matière. Nous pourrons ensuite présenter les critères de la notion salariale avant d'examiner ceux de la définition patronale.

Une définition spécifique de la représentativité pour chacun des différents périmètres. En raison de l'application de la contrainte de « *concordance* », il était devenu difficile de conserver une définition unique de la notion de représentativité applicable à chaque champ de la représentation⁹⁷¹. Par conséquent, la Loi n°2008-789 du 20 août 2008⁹⁷² a repris, à la doctrine, l'idée d'une définition spécifique pour chacun de ces différents périmètres⁹⁷³. Il en ressort donc que la définition en question fait désormais l'objet d'une formulation différente additionnant des critères supplémentaires en fonction de l'élargissement des différents ressorts. Ainsi, au sein des entreprises, les organisations syndicales représentatives doivent répondre aux sept

⁹⁷¹Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21.

⁹⁷²Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008 p.13064).

⁹⁷³Arsène ARSEGUEL, *loc.cit.* p.154.

critères cumulatifs visés par l'article L.2121-1 du Code du travail⁹⁷⁴. Cependant, la représentativité des organisations syndicales au sein des branches professionnelles et du ressort national interprofessionnel est appréciée sur le fondement de critères supplémentaires propres à chacun de ces deux champs. Elles doivent effectivement répondre à un huitième critère fixé par l'article L. 2221-5 du Code du travail et découlant d'une exigence formulée par l'article n°2 de la position commune du 9 avril 2008 prévoyant une « *implantation professionnelle équilibrée* »⁹⁷⁵. Enfin, comme nous le savons dans le ressort interprofessionnel, l'organisation sollicitant ce label doit être présente à la fois dans les branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services⁹⁷⁶. Il va de soi qu'au sein des deux champs les plus larges de la représentation, le critère de l'audience électorale est apprécié de manière spécifique. En effet, au sein des branches professionnelles sont représentatives les organisations qui ont recueilli au moins huit pour cent des suffrages exprimés résultant de l'addition, d'une part, des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des élus titulaires aux comités sociaux et économiques, et, d'autre part, des suffrages exprimés au scrutin concernant les entreprises de moins de onze salariés dans les conditions prévues aux articles L. 2122-10-1 et suivants⁹⁷⁷. De même, au niveau national et interprofessionnel sont représentatives les organisations qui ont recueilli au moins huit pour cent des suffrages exprimés résultant de l'addition des suffrages exprimés au sein de l'ensemble des branches professionnelles, comme indiqué ci-dessus, ainsi que des suffrages exprimés aux élections des membres représentant les salariés aux chambres départementales d'agriculture, selon les conditions prévues à l'article L. 2122-6 du Code du travail. Par ailleurs, nous savons que la Loi n°2014-288 du 5 mars 2014⁹⁷⁸, fonde la représentativité patronale sur la base de six critères cumulatifs⁹⁷⁹ communs aux deux notions, mais que l'audience des organisations d'employeurs n'est toutefois pas évaluée sur une base électorale mais sur une logique de rassemblement d'adhésions⁹⁸⁰. Ainsi par symétrie, le droit impose que la mesure d'audience des groupements d'employeurs se plie au respect de la règle

⁹⁷⁴Au sujet du critère d'audience, ces organisations doivent notamment avoir rassemblé au moins dix pour cent des suffrages valablement exprimés au premier tour des élections professionnelles.

⁹⁷⁵Article L.2122-5 du Code du travail modifié par Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 (art. 4)

⁹⁷⁶Article L. 2122-9 du Code du travail modifié par Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 (art. 4). En ajoutant une condition tenant à la vocation interprofessionnelle des organisations syndicales, le législateur consacre la position adoptée par Conseil d'État dans son arrêt UNSA du 5 novembre 2004. Désormais, toute organisation syndicale qui souhaite être reconnue au niveau national interprofessionnel doit nécessairement avoir été reconnue représentative dans les branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services.

⁹⁷⁷Article L2122-5 du Code du travail modifié par Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 (art. 4).

⁹⁷⁸Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation, à l'emploi et à la démocratie sociale (JORF n°55 du 6 mars 2014 p. 4848).

⁹⁷⁹Article L. 2151-1 du Code du travail modifié par Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 (art. 35).

⁹⁸⁰Jean-Pierre Le CROM, *loc.cit.* p.100.

de « *concordance* ». Elle doit être évaluée aux mêmes échéances en respectant un même mouvement ascendant ⁹⁸¹, mais elle se décline différemment selon les divers champs professionnels concernés.

Par conséquent, nous commencerons par former une première appréciation de cet alliage de base constitué de sept critères de natures différentes. Nous soulignerons qu'en droit comparé, ce conglomerat de critères poursuivant plusieurs finalités singularise quelque peu la représentativité de droit interne, quand bien même de nombreux systèmes étrangers ont également fait le choix à ce sujet de mélanger authenticité et influence. Nous pourrions ensuite examiner la manière suivant laquelle le juge se penche sur l'appréciation de cet ensemble.

L'essor du vote au sein des relations collectives. Comme nous l'avons déjà spécifié, les nouvelles finalités de la négociation collective nous ramènent toujours à la même préoccupation : la légitimité historique des acteurs syndicaux est-elle suffisante pour justifier leur action présente ? Le juge et la doctrine répondaient de plus en plus souvent que les protagonistes sociaux se devaient de conquérir une autorité électorale, impliquant le renouvellement périodique d'une légitimité découlant des suffrages d'une majorité de salariés⁹⁸²⁹⁸³⁹⁸⁴. A n'en pas douter, l'essor du vote au sein des relations professionnelles est révélateur d'une « *emprise croissante* »⁹⁸⁵ de cette conception, mais également le signe d'une convergence des systèmes politiques et sociaux, d'un élargissement et d'un approfondissement de la « *démocratie sociale* », par lesquels le vote représente le « *mode privilégié d'expression des préférences individuelles* »⁹⁸⁶. Cependant, si le vote exprime bien un soutien aux organisations syndicales, il s'agit d'une simple expression plus faible que l'adhésion (ou l'action collective) qui ne peut totalement se substituer à ce pilier du fonctionnement des organisations professionnelles⁹⁸⁷. Il peut être perçu comme un « *remède à la faiblesse des adhésions syndicales* », ou bien à l'inverse comme un

⁹⁸¹Soulignons que si le souhait initial des protagonistes sociaux était d'établir une symétrie entre ces deux notions ; constatons par avance qu'il s'agit en réalité que d'une « *symétrie imparfaite* », et par conséquent nous insisterons plus sur les divergences que sur les convergences.

⁹⁸²Olivier LECLERC, « Comparer les systèmes de relations professionnelles », in Olivier LECLERC et Antoine LYON-CAEN, « L'essor du vote dans les relations professionnelles », Paris, Actualités françaises et expériences européennes, Dalloz, 2011, p.91-103.

⁹⁸³Georges BORENFREUND, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *loc.cit.* p.14.

⁹⁸⁴Pierre ROSANVALLON, *op. cit.* p.13.

⁹⁸⁵Olivier LECLERC, *Ibid.*

⁹⁸⁶Olivier LECLERC, *Ibid.*

⁹⁸⁷Pierre ROSANVALLON, *op.cit.* p.11. La France fait notamment une confusion entre l'adhérent et le militant. Une telle conception de l'adhésion syndicale est désormais vide de sens. L'adhérent est progressivement devenu un simple cotisant.

outil néfaste à la syndicalisation⁹⁸⁸⁹⁸⁹. Si l'on juge l'ensemble de manière sévère, on considèrera que le système de représentativité de droit interne tente d'effectuer un « *synchrétisme* » de toutes ces formes de reconnaissance de l'autorité des syndicats. Cependant, si l'on souhaite donner une tonalité positive à l'appréciation de ce mouvement, on considèrera que le droit tente une nouvelle articulation entre vote, adhésion et action collective. Au sein de cette nouvelle synthèse, la dimension électorale prédomine certes sur l'authenticité syndicale, mais l'une ne s'est pas substituée à l'autre, car il ne s'agit que d'une inversion de l'ordre hiérarchique des fondements. En effet, par le passé la représentativité « *prouvée* » donnait déjà sa priorité au critère du nombre (effectifs des adhérents) ainsi qu'à l'indépendance notamment à l'égard de l'employeur. Antérieurement à sa révision législative⁹⁹⁰, la Cour de cassation avait pris l'habitude d'apprécier la représentativité d'un syndicat principalement sur la base de deux critères : l'influence et l'indépendance⁹⁹¹. Par le truchement de ces deux critères, le juge évaluait principalement l'authenticité des organisations. Puis au fil du temps, il accorda plus de place à la notion d'influence reposant principalement sur les résultats électoraux obtenus par les organisations. Dans une première phase historique, il ne s'agissait que d'un critère d'appoint, puis la jurisprudence entama timidement un glissement d'une priorité donnée à l'authenticité vers une préférence accordée à l'influence⁹⁹²⁹⁹³. Cette inclinaison entamée par le juge correspondait à une nécessaire réorientation afin de mieux correspondre aux nouvelles exigences de la négociation collective.

En définitive, la volonté générale de la chorale des protagonistes sociaux et du législateur n'était pas de faire de l'organe syndical une instance représentative élue par le personnel. Cela aurait

⁹⁸⁸Olivier LECLERC, *loc.cit.* p.174.

⁹⁸⁹Sophie NADAL, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008. A propos du devenir (incertain ?) des syndicats dans l'entreprise », *Revue de Droit du Travail*, n° 7-8, 2008, p. 437 .

⁹⁹⁰Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF, n°0194 du 21 août 2008 p 13064).

⁹⁹¹Cour de cassation, Chambre sociale, du 3 décembre 2002, 01-60.729, Publié au bulletin.

⁹⁹²Cour de cassation, Chambre sociale, du 10 février 1977, 76-60.237 76-60.238, Publié au bulletin. La Cour de cassation justifie la décision du Tribunal d'Instance refusant de considérer un syndicat comme représentatif au motif de son faible et inconstant effectif d'adhérents, et de son activité et influence réduites. Toutefois cette organisation souhaite se prévaloir d'un résultat honorable aux élections. Le juge estime alors que si les résultats obtenus par un syndicat lors d'élections antérieures au comité d'établissement peuvent constituer un élément d'appréciation de son audience auprès des salariés, il n'en est pas de même de ceux obtenus au cours de l'élection critiquée qui ne sauraient suffire à établir son aptitude préalable à présenter des listes de candidats au premier tour de scrutin (la représentativité s'appréciant à la date du dépôt des listes de candidats).

⁹⁹³Cour de cassation, Chambre sociale, du 10 janvier 1980, 79-60.240, Publié au bulletin. Justifie sa décision déclarant un syndicat non représentatif pour le premier tour d'élections de délégués du personnel, le tribunal qui relève que le nombre des adhérents avait diminué des deux tiers en deux ans et ne correspondait plus qu'à 5 % de l'effectif de l'établissement, que les ressources annuelles, évaluée en fonction du montant des cotisations et du nombre des adhérents, faute de comptabilité syndicale, faisaient apparaître un chiffre insuffisant, et qui ne fait état du résultat des élections litigieuses que comme corroborant la perte d'audience qu'il avait constatée.

entraîné une trop forte confusion avec les autres instances élues, voire un rapprochement embarrassant avec le modèle politique⁹⁹⁴. Le législateur a donc préféré asseoir la notion de représentativité sur une série de sept critères cumulatifs dont l'audience syndicale,⁹⁹⁵ mesurée à l'occasion d'une élection professionnelle locale. Ce critère « *prime* » sur les autres par sa dimension emblématique, sa précision arithmétique, l'impérieuse pression exercée à l'encontre des organisations syndicales, la récurrence régulière des cycles électoraux qui lui sont attachés, ainsi que par l'immédiateté de la sentence en cas de perte de celui-ci. Mais le cumul des sept critères a pour but de contrebalancer cette dimension tranchante et donner à cette nouvelle définition des effets plus stables et moins attachés aux fluctuations de l'opinion. Ce nouvel alliage au fondement de la notion de représentativité constitue une spécificité française. En l'occurrence, les autres systèmes de relations professionnelles ont fait des choix quelque peu différents.

La représentativité au sein des systèmes « latins » de relations collectives. Contrairement à d'autres sujets, les pays latins ne forment pas un groupe homogène en matière de représentativité. Ainsi, en droit italien : « *la notion est centrée sur un élément organisationnel : l'inter-catégorialité de l'organisation syndicale* »⁹⁹⁶ et correspond à un titre étatique délivré exclusivement aux confédérations historiques bénéficiant d'une réelle et puissante « *capacité conventionnelle* ». Par ce biais, le système italien a su faire la démonstration de sa capacité à entraver certaines velléités de renouvellement⁹⁹⁷. Toutefois, au niveau de l'entreprise les organisations syndicales italiennes chargées de la négociation doivent partager les prérogatives attachées à ce label avec les élus du personnel. En effet, la « *représentation syndicale unitaire* » chargée de la négociation décentralisée de l'accord collectif, est formée à l'issue d'un vote rassemblant à la fois délégués élus et désignés par une organisation syndicale représentative⁹⁹⁸⁹⁹⁹¹⁰⁰⁰. Par conséquent, si le système italien repose sur une représentativité fonctionnant par irradiation et sur un mode descendant¹⁰⁰¹, il accorde tout de même une place importante au vote par l'association des élus du personnel à la négociation collective au niveau

⁹⁹⁴Cependant la mise en place d'une instance unique procédant à la fusion des instances élues et syndicale est désormais une option du droit positif.

⁹⁹⁵Article n°1 de la Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme. et L.2121-1 du Code du travail.

⁹⁹⁶Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

⁹⁹⁷Adelheid HEGE, «Une réforme du système de la négociation collective sans unité syndicale», *Chronique internationale de l'IRES*, n° 117, mars 2009, p.37-46.

⁹⁹⁸Adelheid HEGE, *Ibid.*

⁹⁹⁹Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

¹⁰⁰⁰Olivier LECLERC, *loc.cit.* p.174.

¹⁰⁰¹Ce label est délivré en cascade du « *sommet* » vers la « *base* » et privilégiant les confédérations historiques.

le plus décentralisé. De la comparaison des systèmes italiens et français, il ressort une volonté commune d'associer les notions d' « *authenticité* » et d' « *audience* » mais suivant des cocktails ayant des goûts différents. Le système français apparaît plus mobile et semble donner la priorité à l'influence conjoncturelle des organisations professionnelles. Malgré son caractère statique (ou conservateur) favorisant les grandes confédérations nationales, le système italien se trouve tout de même au fondement d'une réelle « *autonomie collective* »¹⁰⁰². Comme nous le savons, les systèmes français et espagnols semblent en apparence presque jumeaux. En effet, ils ont décidé d'établir de concert un système de représentativité principalement fondé sur la base des résultats aux élections professionnelles. Ils se démarquent par cette singularité des autres pays, mais les différences entre ces deux systèmes restent importantes et nous semblent tout autant intéressantes à examiner¹⁰⁰³. En effet, en Espagne, l'audience électorale est l'unique critère de représentativité. Par ailleurs, elle ne se mesure pas à l'aune des suffrages valablement exprimés lors du premier tour des élections professionnelles mais sur la base du nombre d'élus obtenus lors de celles-ci. Par conséquent, l'audience est fonction du nombre d'élus et peut être qualifiée d' « *élective* »¹⁰⁰⁴. En droit interne, s'appréciant sur la surface des suffrages valablement exprimés¹⁰⁰⁵, elle peut être considérée comme étant à prédominance « *électorale* »¹⁰⁰⁶¹⁰⁰⁷¹⁰⁰⁸. Il en ressort que le poids des confédérations syndicales espagnoles est doublement conforté, à la fois par un système « *ascendant et descendant* » de transmission du label de représentativité mais également par une assise élective. Par conséquent, les grandes confédérations syndicales ibériques conservent donc une place prédominante par le biais de leur influence et de leur authenticité. Finalement, les trois systèmes latins de relations professionnelles ont pour point commun de réaliser par des chemins différents une synthèse entre « *influence* » et « *authenticité* ». Les ingrédients sont identiques, mais les doses et mélanges sont différents. Toutefois dans chacune des situations nationales, il s'agit de sélectionner des organisations ayant fait la

¹⁰⁰²Maria Vittoria BALLESTRO, « La négociation d'entreprise, l'expérience juridique italienne », Droit Social, 1990, p.653.

¹⁰⁰³Olivier LECLERC, *loc.cit.* p.174.

¹⁰⁰⁴Il est nécessaire de préciser qu'en Espagne ne peuvent obtenir des élus que les liste ayant obtenu au moins cinq pour cent des suffrages exprimés. Par conséquent les modalités du suffrage ont un effet important sur les nombres d'élus obtenu mais également sur le niveau de la représentativité syndicale.

¹⁰⁰⁵Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

¹⁰⁰⁶En effet les légitimités « *électorale* » et « *élective* » ne sont pas fondées sur des ressorts de même nature. La légitimité « *élective* » s'adosse à un processus sélectif de candidat, alors que la légitimité « *électorale* » s'appuie sur un total de bulletins exprimés. Il apparaît bien que la mesure d'audience syndicale du système français ne soit pas liée à un processus de sélection de candidats à un mandat. Il se base uniquement sur le premier tour de l'élection quel que soit le nombre de votant et ne tient pas compte du résultat du second tour.

¹⁰⁰⁷Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

¹⁰⁰⁸Antoine MAZEAUD, « La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégué syndical », Droit Social., 2009, p. 670. L'auteur souligne le fait qu'il devait être évité une confusion entre une « *légitimité élective avec la mesure de l'audience électorale au premier tour des élections* ».

démonstration de leur capacité à négocier tout en s'assurant de la réalité de leur influence. Cette synthèse latine s'oppose à la tradition anglo-saxonne reposant sur un volontarisme mais aussi au modèle germanique tourné vers la notion de puissance syndicale¹⁰⁰⁹¹⁰¹⁰.

La représentativité au sein des systèmes « germaniques » de relations collectives. Pour le droit germanique, la légitimité du représentant est fondée sur l'idée que l'« *adhésion (au syndicat) est nécessairement supérieure, dans un système de droit privé à celle qui est fondée sur l'élection (conseil d'établissement)* »¹⁰¹¹. Toutefois, ce principe fondateur est bousculé par les évolutions contemporaines de la négociation collective, et connaît donc également ses propres limites. En effet, ce système a aussi été contraint d'intégrer en son sein (branches professionnelles) des négociations de concessions. Or, il réserve, en principe, le bénéfice des dispositions conventionnelles aux seuls adhérents des organisations syndicales¹⁰¹². Par conséquent, dans le cadre d'une négociation d'abdication de droits, les salariés non syndiqués à une organisation signataire se trouvent placés dans une situation plus « *confortable* ». En effet, ces concessions ne concernent que les seuls salariés adhérents aux seules organisations signataires. Par ailleurs, ce système ne pouvait parfaitement fonctionner qu'accompagner du strict respect d'une règle d'unicité conventionnelle¹⁰¹³, mais une décision retentissante de la Cour fédérale du travail, l'a contrainte à mettre fin à cette modalité pour respecter la liberté syndicale¹⁰¹⁴¹⁰¹⁵. Il en ressortait que chaque salarié pouvait désormais revendiquer l'application de la convention collective de branche qui a été conclue par le syndicat dont il était adhérent. Par conséquent, le système allemand qui était particulièrement ordonné autour de la règle de l'unicité conventionnelle, découvrait que ses assises théoriques commençaient à se fissurer en rencontrant une plus forte expression du pluralisme¹⁰¹⁶¹⁰¹⁷.

¹⁰⁰⁹Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.142.

¹⁰¹⁰Lionel FURTON, « Royaume-Uni, un syndicalisme fondé sur ses adhérents », *Chronique internationale de l'IRE*, n°66, septembre 2000, p. 44-51.

¹⁰¹¹Patrick REMY, « La compétitivité allemande fait éclater le système conventionnel », entretien avec par Clotilde de GASTINES, 30 août 2012, *Revue en ligne METIS* (<https://www.metiseurope.eu/>).

¹⁰¹²Les contrats de travail de ces salariés syndiqués font l'objet de clauses de renvoi conventionnel assurant cette préférence de principe. Toutefois, pour des raisons pratiques et stratégiques les employeurs préfèrent étendre volontairement ces dispositions conventionnelles à l'ensemble des salariés.

¹⁰¹³En d'autres termes, il fonctionnait parfaitement, quand dans une unité de travail donnée, la majorité des salariés étaient adhérents à un seul syndicat signataire au niveau de la branche d'une convention collective.

¹⁰¹⁴Cour Fédérale Allemande, BAG 20 octobre 2010, NZA 2011, p. 468.

¹⁰¹⁵Patrick REMY, *Ibid.*

¹⁰¹⁶Patrick REMY, *Ibid.*

¹⁰¹⁷Ce système est dépourvu de la notion de représentativité et repose sur la reconnaissance mutuelle d'organisations professionnelles puissantes. Malgré tout ce système tente de contenir les conséquences d'un développement du pluralisme. Cependant l'affaiblissement des protagonistes sociaux associée à une mutation de la finalité de la négociation collective ébranle un système incarnant l'« *autonomie collective* ».

La représentativité au sein des systèmes « anglo-saxons » de relations collectives. De son côté, la tradition anglo-saxonne repose sur un principe majoritaire d'accréditation d'une unique organisation syndicale au sein d'une unité de travail¹⁰¹⁸. Ce système, s'appuyant sur l'adhésion (à défaut le vote), permet à l'organisation ayant fait la démonstration de son implantation majoritaire au sein d'un collectif de travail, d'obtenir l'exclusivité de la représentation du personnel¹⁰¹⁹¹⁰²⁰¹⁰²¹¹⁰²². Ce système d'accréditation paraît le mieux équipé face au phénomène de la décentralisation des relations professionnelles, car celui-ci semble faire partie de son patrimoine génétique. En conclusion, plusieurs systèmes de relations professionnelles à l'image de notre système de droit interne, cherchent avec difficulté la meilleure synthèse, préservant le pluralisme syndical mais permettant la sélection adéquate d'organisations authentiques, expérimentées, enracinées dans un collectif de travail, implantées de façon homogène dans les divers secteurs d'activités. Aux prises avec ces diverses injonctions, la Loi n°2008-789 du 20 août 2008¹⁰²³ a donc tenté de former sa propre équation afin de répondre à ce besoin de « *concordance* ».

2.3.1. Les critères légaux de la représentativité syndicale : le rayonnement de l'audience électorale

La définition de la représentativité prouvée et ascendante, cumule donc sept critères associant à la fois authenticité (enracinement) et influence (audience électorale). Nous savons que la position commune à l'origine de cette nouvelle définition est le résultat d'un compromis élaboré sous la pression des pouvoirs publics mais faisant l'objet d'une cohérence de fond¹⁰²⁴ car exprimant une volonté d'émanciper la représentativité de l'influence de l'Etat et du juge, en faisant du vote des salariés l'élément déterminant¹⁰²⁵. Si la valorisation de l'audience électorale des syndicats constitue l'« *épine dorsale* » du texte adopté le 9 avril 2008¹⁰²⁶, il nous faut tout de même étudier les modalités d'appréciation de chacun des critères objectifs permettant

¹⁰¹⁸Evelyne JARDIN, « Principes de la négociation collective au Québec dans le secteur privé », Travail et Emploi n°88- octobre 2001 p.83-96.

¹⁰¹⁹Xavier BLANC JOUVAN, « La négociation collective d'entreprise- l'expérience des Etats Unis », Droit Social, 1990, p.638.

¹⁰²⁰Matthew FINKIN, « L'arbitrage aux États-Unis, une véritable histoire d'amour », Droit Social, 2017, p.128.

¹⁰²¹Lionel FURTON, *loc.cit.* p.178

¹⁰²²Ce système a pour effet de consolider les bastions syndicaux mais a également pour conséquence de maintenir de larges espaces dépourvus de représentation syndicale.

¹⁰²³Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008) ..

¹⁰²⁴Christian LAROSE, « Quand va-t-on sortir de l'impasse sur le dialogue social? », Droit Social, 2008, p.18.

¹⁰²⁵Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.142.

¹⁰²⁶Raphael HADAS-LEBEL, *loc.cit.* p.94.

l'attribution de ce label. En effet, cette nouvelle définition matérielle de la notion de représentativité est marquée à la fois par des ruptures et des continuités.

Étudions donc la méthode d'appréciation générale de ces critères, avant d'examiner pour chacun d'entre eux, la mesure particulière qu'en fait désormais la jurisprudence, sans jamais céder à la tentation de jauger la légitimité des syndicats au regard de leur seule audience électorale. Certes, ce critère par son rayonnement intrinsèque domine cette nouvelle définition légale, mais le juge veille à ne pas transformer la représentativité en un mécanisme électif, en vérifiant l'expérience et la dimension historique des organisations en question.

L'appréciation des sept critères cumulatifs de la représentativité. En effet, l'article L. 2121-1 du Code du travail déterminant les sept critères généraux nous indique qu'ils sont en principe cumulatifs. Cependant cette injonction est appréciée de manière relative par le juge¹⁰²⁷. Il s'avère qu'antérieurement, la Cour de cassation avait effectué un profond travail d'interprétation de l'ancienne version de cette notion opérant à cette fin des regroupements, et laissant une certaine liberté d'appréciation, dès lors qu'était retenue l'authenticité et caractérisée l'influence du syndicat¹⁰²⁸¹⁰²⁹¹⁰³⁰. En effet, les critères tirés de l'ancienne définition n'avaient pas de caractère cumulatif, et il appartenait au juge d'apprécier l'indépendance et de caractériser l'influence du syndicat à partir d'une combinaison des critères légaux et jurisprudentiels¹⁰³¹. Il était donc ainsi possible de former deux groupes au sein de ces critères généraux s'articulant autour des deux anciens pôles que constituent l'« *authenticité* » et l'« *influence* ». La question fut donc posée de savoir de quelle manière le juge procéderait à

¹⁰²⁷ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 29 février 2012, 11-13.748, Publié au bulletin. Si les critères posés par l'article L. 2121-1 du Code du travail doivent être tous réunis pour établir la représentativité d'un syndicat et si ceux tenant au respect des valeurs républicaines, à l'indépendance et à la transparence financière doivent être satisfaits de manière autonome, ceux relatifs à l'influence prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience, aux effectifs d'adhérents et aux cotisations, à l'ancienneté dès lors qu'elle est au moins égale à deux ans et à l'audience électorale dès lors qu'elle est au moins égale à 10 % des suffrages exprimés, doivent faire l'objet d'une appréciation globale.

¹⁰²⁸ Françoise FAVENNEC-HERY, *loc.cit.* p.121.

¹⁰²⁹ Jean-Maurice VERDIER, « Critères de la représentativité syndicale: recomposition et contrôle du juge de cassation? », Droit Social, 2003, p.298.

¹⁰³⁰ Cour de cassation, Chambre sociale, du 3 décembre 2002, 01-60.729, Publié au bulletin.

¹⁰³¹ Cour de cassation, Chambre sociale, du 5 novembre 1986, 86-60.043., Publié au bulletin, du 8 février 1994, 93-60.141, Inédit et 29 avril 2009, 08-60.480, Inédit. Doit être cassé le jugement qui, pour décider qu'un syndicat de cadres supérieurs n'est pas représentatif dans un établissement, d'une part, énonce que les critères de la représentativité sont cumulatifs et, d'autre part, ayant constaté que ce syndicat ne comptait que onze adhérents sur un total de 7051 salariés, ne précise pas le nombre des cadres supérieurs de l'établissement. Il ressort cependant du second arrêt que si les critères mentionnés par l'article L. 133-2 du Code du travail ne sont pas cumulatifs, le juge ne peut, au seul vu de l'activité et de l'audience d'un syndicat, s'interdire d'examiner les autres critères de représentativité. Enfin le troisième arrêt constate l'indépendance du syndicat et fait ressortir qu'une éventuelle insuffisance de ses effectifs est compensée au titre des autres critères.

l'appréciation de cette nouvelle liste de critères. Devait-il effectuer une analyse regroupée (ou globale) de ces critères ou les apprécier de manière autonome ? Une lecture littérale de l'article L. 2121-1 du Code du travail précisant que la représentativité était définie « *d'après les critères cumulatifs suivants* » aurait pu laisser penser qu'il existait une exigence stricte du législateur en la matière. Mais la tradition découlant de la jurisprudence antérieure tirait le raisonnement dans le sens contraire. Une part substantielle de l'ancienne notion légale était conservée au sein de sa nouvelle rédaction, et le juge ne souhaitait pas pour autant abandonner l'expertise acquise en la matière¹⁰³². Par conséquent, une lecture trop stricte du caractère cumulatif des critères de la nouvelle définition de représentativité aurait tourné le dos aux habitudes prétorienne et aurait privé le juge : « *d'une certaine liberté dans la manière de la mettre en œuvre* »¹⁰³³. La position commune du 9 avril 2008¹⁰³⁴ (article n°1-2) combinée à Loi n° 2008-789 du 20 août 2008¹⁰³⁵ n'appelait pas un tournant radical en matière d'appréciation de ces critères¹⁰³⁶¹⁰³⁷. En effet, l'exposé des motifs du projet de Loi invitait au contraire à retenir une certaine relativité au sujet de cette notion de cumul.

Sept critères cumulatifs appréciés différemment par le juge. Dans cet esprit, la Cour de cassation par un arrêt du 29 février 2012¹⁰³⁸ confirma son souhait d'effectuer une analyse cumulative des critères de l'article L.2121-1 du Code du travail qui devaient : « *être tous réunis pour établir la représentativité d'un syndicat* ». Toutefois elle précisa que les critères tenant au respect des valeurs républicaines, à l'indépendance et à la transparence financière devaient être satisfaits de manière autonome. Cependant, les critères relatifs à l'influence, aux effectifs d'adhérents et aux cotisations, à l'ancienneté et à l'audience électorale devaient faire l'objet

¹⁰³²Jean Maurice VERDIER, « L'aptitude des syndicats à représenter », in « Syndicats et droit du travail », sous la direction de Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCILD SOURIAU, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 21.

¹⁰³³Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.142.

¹⁰³⁴La position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

¹⁰³⁵Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF, n°0194 du 21 août 2008 p.13064) .

¹⁰³⁶Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.142.

¹⁰³⁷Françoise FAVENNEC-HERY, *loc.cit.* p.121.

¹⁰³⁸Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 29 février 2012, 11-13.748, Publié au bulletin et 14 novembre 2013, 12-29.984, Publié au bulletin. Si les critères posés par l'article L. 2121-1 du Code du travail doivent être tous réunis pour établir la représentativité d'un syndicat et si ceux tenant au respect des valeurs républicaines, à l'indépendance et à la transparence financière doivent être satisfaits de manière autonome, ceux relatifs à l'influence prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience, aux effectifs d'adhérents et aux cotisations, à l'ancienneté dès lors qu'elle est au moins égale à deux ans et à l'audience électorale dès lors qu'elle est au moins égale à 10 % des suffrages exprimés, doivent faire l'objet d'une appréciation globale.

d'une appréciation globale¹⁰³⁹. Par conséquent, si tous les critères doivent être réunis, cela n'implique pas que chacun d'entre eux représente la même valeur ou qu'ils fassent l'objet de la même intensité¹⁰⁴⁰. Comme par le passé, il en résultait que la faiblesse de l'un d'entre eux pouvait être compensée par un autre¹⁰⁴¹. Observons que cette appréciation prétorienne est empreinte à la fois d'évolutions mais aussi de constance. Notons d'ores et déjà que le critère de l'audience nous semble tout de même faire exception à ce relativisme, et acquiert également, de cette manière, sa dimension spécifique. En l'occurrence, si le nombre de suffrages recueillis est perçu comme un « *témoignage décisif de confiance ou de désaveu* »¹⁰⁴² à l'égard des syndicats¹⁰⁴³¹⁰⁴⁴, l'audience est une condition nécessaire, mais nullement exclusive, de la nouvelle définition de la représentativité.

En somme les critères auraient peu changé, et le juge semblerait ne pas souhaiter bouleverser sa méthode d'appréciation. Au centre de cette constance, le critère de l'audience, par sa consécration légale, mais principalement par son rayonnement intrinsèque, apparaît donc comme le principal bouleversement de l'ensemble. Poursuivons donc notre étude par la présentation de chacun de ces sept critères et de leur méthode d'évaluation particulière. Pour un maximum de clarté, nous avons pris le parti d'effectuer une présentation distincte de ces critères en fonction des deux branches de la notion de représentativité. En effet, s'ils sont identiques, ils ne s'apprécient pas pour autant de la même manière concernant les syndicats et les organisations d'employeurs.

¹⁰³⁹ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 29 février 2012, 11-13.748, Publié au bulletin. Au sujet du point qui nous intéresse ici, le juge précisa que les critères liés à l'influence devaient être étudiés de façon connexe avec les critères concernant l'adhésion, l'ancienneté et l'audience. Le juge considérât que le syndicat justifiait de façon globale de sa conformité à ce dernier ensemble de critères. S'agissant de la transparence financière, le juge civil précisa pour la première fois que les documents comptables imposés par la Loi ne constituent que des éléments de preuve de leur transparence financière, leur défaut peut être suppléé par d'autres documents.

¹⁰⁴⁰ Un premier ensemble peut regrouper les critères en lien avec l'ancrage du syndicat dans la collectivité des salariées. Il s'agit d'un groupe cohérent lié à l'appréciation des valeurs républicaines, l'indépendance et l'ancienneté. Se rattachent également à ce premier ensemble les éléments liés à l'autonomie financière (les cotisations et l'indépendance financière). Puis, une seconde famille rassemble les critères relatifs à l'« influence », tournant principalement autour de l'audience et du nombre d'adhérents.

¹⁰⁴¹ Le Rapport Annuel de la Cour de cassation pour 2012, p. 423.

¹⁰⁴² Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.133.

¹⁰⁴³ Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.142.

¹⁰⁴⁴ L'article n°3-2 de la position commune du 9 avril 2008 précise expressément que : « la représentativité n'empporte d'effets qu'au niveau où elle est reconnue ».

Du respect des valeurs républicaines. Commençons donc notre revue des critères de la représentativité syndicale, par celui du « *respect des valeurs républicaines* »¹⁰⁴⁵. Ce critère prend la place de l'ancienne à l'« *attitude patriotique durant l'occupation* ». Selon l'article n°1-6 la position commune du 9 avril 2008, celui-ci: « *implique le respect de la liberté d'opinion, politique, philosophique ou religieuse ainsi que le refus de toute discrimination, de tout intégrisme et de toute intolérance* »¹⁰⁴⁶. Au moment de la rédaction de cette formulation, les protagonistes sociaux avaient sans doute en souvenir la tentative d'implantation du parti politique « *Front National* » dans le monde syndical¹⁰⁴⁷. Il en résulte que ce critère a pour objet d'écarter les organisations ayant une trop forte dimension politique (ou idéologique) tournée vers les discriminations ou l'absence de respect des libertés. Le professeur Yves PAGNERRE estime qu'il s'agit de la manifestation d'une « *éthique syndicale* »¹⁰⁴⁸. Au regard de ce critère, la Confédération Nationale du Travail (CNT) s'inscrivant dans la tradition de l'anarcho-syndicalisme, socialiste et autogestionnaire a fait l'objet d'une contestation de sa représentativité sur le fondement de ce critère. Le requérant s'appuyait sur les éléments idéologiques figurant au sein des statuts de cette organisation¹⁰⁴⁹. La Cour de cassation a préféré se rapporter à la réalité du comportement de l'organisation au-delà de l'affichage idéologique de ses statuts : « *la preuve n'était pas apportée que le syndicat CNT, en dépit des mentions figurant dans les statuts de 1946 poursuit dans son action un objectif illicite contraire aux valeurs républicaines* »¹⁰⁵⁰¹⁰⁵¹¹⁰⁵². Remarquons au sujet de ce critère, que la charge de la preuve pèse sur le requérant qui en conteste le bon respect. Ce point constitue une singularité propre,

¹⁰⁴⁵Article L. 2121-1, 1o du Code du travail modifié par Loi n°2008-789 du 20 août 2008 - art. 1.

¹⁰⁴⁶Article n°1-6 de la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

¹⁰⁴⁷Cour de cassation, Chambre mixte, du 10 avril 1998, 97-17.870, Publié au bulletin. Un syndicat professionnel ne peut pas être fondé sur une cause ou en vue d'un objet illicite. Il en résulte qu'il ne peut poursuivre des objectifs essentiellement politiques ni agir contrairement aux principes de non-discrimination.

¹⁰⁴⁸Yannick PAGNERRE, « Le respect des valeurs républicaines ou l'éthique syndicale »; Jurisclasseur périodique (La Semaine Juridique), 2009, p.1050.

¹⁰⁴⁹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 13 octobre 2010, 10-60.130, Publié au bulletin. Toutefois le juge de première instance considère que : « *le fait pour un syndicat d'avoir pour objet de former et d'organiser les travailleurs pour l'abolition de l'Etat, de s'interroger sur sa participation aux élections professionnelles au sein des entreprises ou de préconiser l'action directe n'est nullement contraire aux valeurs de la République mais participe d'une action revendicative propre à l'action syndicale* ».

¹⁰⁵⁰Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 13 octobre 2010, 10-60.130, Publié au bulletin.

¹⁰⁵¹Laurence PÉCAULT-RIVOLIER et Yves STRUILLLOU, « Chronique des jurisprudences sur la représentation du personnel », Semaine Sociale. Lamy n°1485, 28 mars 2011, p. 5.

¹⁰⁵²Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 12 décembre 2016, 16-25.793, Publié au bulletin. Il était reproché au Syndicat des Travailleurs Corses (STC) de prôner des discriminations directes ou indirectes selon l'origine insulaires des salariés à l'occasion de son action en faveur de l'emploi local. La Cour de cassation a effectivement estimé qu'il s'agissait d'une atteinte aux valeurs républicaines. Toutefois elle a considéré que dans le cas d'espèce, la preuve était insuffisamment démontrée. Par conséquent, le juge estimait que le critère en question était respecté.

car l'organisation mise en cause n'a pas à faire la preuve du respect de ce critère¹⁰⁵³. Pour finir, le juge s'attache plus à l'examen du comportement effectif de l'organisation à l'égard des « *valeurs républicaines* » plutôt qu'à l'étude d'éventuelles proclamations de principe. La référence à la lutte des classes et à la suppression de l'exploitation capitalistes dans les statuts d'un syndicat ne méconnaît aucune valeur républicaine¹⁰⁵⁴. Il en ressort une posture bienveillante du juge pour qui les actes semblent compter plus que les mots.

De l'indépendance. Après le respect des valeurs républicaines, étudions donc le critère de l'indépendance¹⁰⁵⁵ lié de façon consubstantielle à la forme syndicale. Rappelons que d'après le philosophe Friedrich NIETZSCHE : « *peu de gens sont faits pour l'indépendance, c'est le privilège des puissants* »¹⁰⁵⁶. Compte tenu de sa nature, ce critère figurait bien évidemment déjà dans la liste antérieure des éléments définissant la notion de représentativité. Ainsi, dans un arrêt important du 3 décembre 2002, la Cour de cassation avait fondé son appréciation de la notion de représentativité autour de deux éléments jugés comme étant principaux : l'« *indépendance* » et l'« *influence* »¹⁰⁵⁷. Le contentieux en question s'était noué au sujet de syndicats dit « *autonomes* » dont il était parfois permis de douter de l'indépendance à l'égard des employeurs. Celle-ci pouvait effectivement être mise en question du fait de leur absence d'autonomie financière, introduisant effectivement un soupçon de dépendance à l'égard de l'employeur¹⁰⁵⁸. Une suspicion de même nature pouvait également découler de la faiblesse des actions syndicales menées dans l'entreprise¹⁰⁵⁹. Dans les divers cas d'espèce, le juge mesurait l'indépendance de l'organisation professionnelle à l'aune de trois éléments : la relation de

¹⁰⁵³En la matière, c'est au requérant à devoir apporter la preuve effective de cette pratique discriminante. Il reste à savoir si pour un syndicat à vocation révolutionnaire le respect des valeurs républicaines ne constitue pas une sentence plus sévère que de s'entendre dire que son action n'est pas en correspondance avec sa vocation initiale et historique.

¹⁰⁵⁴Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 25 janvier 2016, n°14-29.308, Inédit.

¹⁰⁵⁵Article L. 2121-1, 2° du Code du travail modifié par Loi n°2008-789 du 20 août 2008 (art. 1).

¹⁰⁵⁶Friedrich NIETZSCHE, « Par-delà le bien et le mal », Hachette Pluriel Reference (collection Pluriel, numéro 8448), édition 2004, p.267.

¹⁰⁵⁷Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 29 octobre 1998, n°97-60.564, Publié au bulletin.

¹⁰⁵⁸Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 27 octobre 1982, n°82-60.174, Publié au bulletin et du 12 juin 1980, n°80-60.043, Publié au bulletin. Selon le premier arrêt, la preuve d'une collusion avec l'employeur ou de pressions de celui-ci n'était pas apportée. Le montant des cotisations était bien fixé à 3 francs par mois. Cela n'assurait pas au syndicat les moyens d'une activité distincte de celle de l'employeur. La modicité d'une telle contribution ne permettait pas de tenir pour de véritables engagements syndicaux les adhésions dont le syndicat faisait état. Ils ne lui assuraient pas les moyens d'une activité distincte de celle de l'employeur. Selon le second arrêt, encourt la cassation le jugement déclarant un syndicat représentatif dans une entreprise en vue de la désignation d'un délégué syndical alors que ce syndicat était né très récemment dans cette entreprise lors de circonstances exceptionnelles. Il résultait du rapport de l'expert judiciaire que les dirigeants reconnaissaient n'avoir aucune expérience syndicale et que l'activité du syndicat était très limitée. Enfin, le montant des cotisations, fixé à 10 francs par an et par adhérent, ne pouvait lui permettre d'assurer ses besoins financiers normaux.

¹⁰⁵⁹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 4 mars 1998, n°96-60.462, Inédit.

l'organisation syndicale avec l'employeur, la qualité de ses adhésions, ainsi que la nature de son comportement et de ses agissements¹⁰⁶⁰. Dans un autre cas d'espèce, un syndicat contestait la représentativité et l'indépendance d'une autre organisation ayant obtenu plus de soixante pour cent des suffrages au premier tour des dernières élections du comité d'entreprise¹⁰⁶¹. La Cour d'appel de Paris avait donné une appréciation favorable à cette demande en constatant que les dirigeants de ce syndicat avaient eu une attitude ambiguë à l'occasion d'une grève en remettant à l'employeur une liste de noms de salariés ayant participé à ce mouvement social. La Cour de cassation confirma l'absence d'indépendance reposant sur un faisceau d'indices, et par conséquent l'absence de représentativité de cette organisation¹⁰⁶². Finalement, remarquons que l'indépendance était déjà un des critères prédominant de la notion d'authenticité au sein de la définition de la représentativité¹⁰⁶³. La densité de la notion d'indépendance était tellement élevée qu'elle pouvait amener à une confusion avec celle plus large d'authenticité. Désormais cet élément se trouve apprécié de manière autonome et ceci marque un infléchissement de son importance. Ainsi, cet élément doit être satisfait de façon permanente¹⁰⁶⁴¹⁰⁶⁵, c'est à dire à tout moment au cours du cycle électoral, ce qui rehausse son importance à l'égard des autres critères. Par cette dimension, il peut donc être réinterrogé devant le juge judiciaire en cas de changement de circonstances. En effet, la jurisprudence estime que l'indépendance du syndicat doit être appréciée lors de l'exercice de chaque prérogative et son défaut peut conduire le cas échéant à la perte de ce titre¹⁰⁶⁶. A titre d'illustration, elle a ainsi estimé que peu importait que le syndicat ait été privé de son indépendance par une ancienne décision de justice, dès lors qu'au moment de l'exercice de la prérogative en cause, il s'avérait qu'il était bien de nouveau

¹⁰⁶⁰ Cour de cassation, Chambre mixte, du 10 avril 1998, n°97-17.870, Publié au bulletin.

¹⁰⁶¹ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 11 octobre 1994, n° 93-60.380 93-60.393, Publié au bulletin et 26 juin 2013, civile, 11-25.456, Publié au bulletin. Le juge a, déjà précisé que le jugement déclarant un syndicat non représentatif «ne constitue pas un fait nouveau susceptible de remettre en cause les désignations antérieures de délégué et représentant syndical par un syndicat » et donc d'ouvrir un nouveau délai de contestation.

¹⁰⁶² Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 10 mai 2012, n°11-17.574, Inédit. La Cour de cassation utilisa également sa méthode du faisceau d'indices mais pour cette fois démontrer l'indépendance du syndicat mise en cause. Le juge avait constaté l'autonomie financière de cette organisation en lien avec un nombre conséquent d'adhésion. Il était reproché à ce syndicat de faire l'objet d'une complaisance fautive de l'employeur qui se matérialisait par l'octroi rapide d'un panneau d'affichage et d'un local. Le juge considéra que le seul fait que ce syndicat ait obtenu l'accès aux panneaux d'affichage et à un local dans un délai plus rapide que les autres organisations syndicales ne démontraient pas son absence d'indépendance.

¹⁰⁶³ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 3 décembre 2002, n°01-60.729, Publié au bulletin et du 2 mars 2004, n°02-60.746. Si un syndicat parvenait à démontrer son indépendance et influence, il devait être considéré comme représentatif.

¹⁰⁶⁴ Cour d'Appel de Paris, pôle 6, ch. 2, 4 juin 2015, n° 13/07945. Quelle que soit son audience, le syndicat qui ne justifie pas d'une indépendance vis-à-vis de l'employeur n'est pas représentatif.

¹⁰⁶⁵ L'indépendance, le respect des valeurs républicaines ainsi que la transparence financière doivent être respectés de façon continue c'est à dire à tout moment au cours du cycle électoral.

¹⁰⁶⁶ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 14 novembre 2013, 12-29.984, Publié au bulletin.

indépendant¹⁰⁶⁷. En d'autres termes, la perte d'indépendance n'est pas infamante, et elle peut se reconquérir mais doit être respectée de façon continue. Le fait que l'indépendance financière est désormais appréciée sur la base d'un critère distinct peut générer deux avis diamétralement opposés. On peut estimer que cette division diminue le rayonnement intrinsèque de ce critère. Mais de manière tout aussi recevable, on peut considérer que la notion d'indépendance mobilise désormais deux critères sur sept au sein de la nouvelle définition de la notion de représentativité¹⁰⁶⁸. Un ancien élément d'appoint concourant à l'appréciation d'un autre critère devient donc un critère distinct.

De la transparence financière. En effet, antérieurement l'évaluation des cotisations¹⁰⁶⁹ s'effectuait au travers de l'appréciation de l'indépendance syndicale car la faiblesse de celles-ci était de nature à caractériser son absence¹⁰⁷⁰¹⁰⁷¹. Poursuivons donc notre revue, par l'étude d'un double critère apparemment neuf : la « *transparence financière* ». Tout d'abord, notons que le point n°3 de l'article L.2121-1 du Code du travail faisait référence à la « *transparence financière* » alors que le point n°7 associait les « *effectifs* » et les « *cotisations* ». Nous pouvons en déduire que les cotisations ne sont plus qu'un faible élément constitutif de l'autonomie financière, ou que le seul moyen d'apprécier la réalité des effectifs réside dans une étude des cotisations. Nous faisons le choix d'étudier conjointement ces éléments alors que l'article L.2121-1 du Code du travail les distingue. Le critère correspondant à la transparence financière, est un élément réellement nouveau de la définition de la représentativité¹⁰⁷² réclamé par le point

¹⁰⁶⁷Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 27 septembre 2017, 16-60.264, Publié au bulletin. Par le passé, le juge avait dénié l'indépendance du syndicat qui en avait perdu son label de représentativité. A une autre époque et à l'occasion d'un autre contentieux, le juge constata que la direction du syndicat avait changé et qu'au jour de l'exercice de la prérogative en question il était bien devenu indépendant.

¹⁰⁶⁸Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 9 septembre 2016, 16-20.575, Publié au bulletin et 26 février 2020, 19-19.397 19-19.492, Publié au bulletin. Il a été jugé qu'un syndicat faisant l'objet d'une procédure judiciaire, bénéficiant d'un appui financier de la confédération nationale à laquelle il est affilié, et percevant de faibles cotisations de ses adhérents bénéficiait tout de même d'une indépendance.

¹⁰⁶⁹Article L. 2121-1, 7° du Code du travail modifié par Loi n°2008-789du 20 août 2008 (art. 1).

¹⁰⁷⁰Cour de cassation, Chambre sociale, du 12 juin 1980, 80-60.043, Publié au bulletin, du 10 janvier 1980, 79-60.240, Publié au bulletin et du 4 mars 1998, 96-60.462, Inédit. Il résultait du rapport de l'expert judiciaire que les dirigeants reconnaissaient n'avoir aucune expérience syndicale et que l'activité du syndicat était très limitée. Le montant des cotisations, fixé à 10 francs par an et par adhérent, ne pouvait lui permettre d'assurer ses besoins financiers normaux. Par ailleurs, justifie sa décision déclarant un syndicat non représentatif pour le premier tour d'élections de délégués du personnel, le tribunal qui relève que le nombre des adhérents avait diminué des deux tiers en deux ans et ne correspondait plus qu'à 5 % de l'effectif de l'établissement. De même les ressources annuelles, évaluée en fonction du montant des cotisations et du nombre des adhérents (faute de comptabilité syndicale) faisaient apparaître un chiffre insuffisant. Le résultat des élections litigieuses corroborait la perte d'audience qu'il avait constatée.

¹⁰⁷¹Article L. 2121-1, 3° du Code du travail modifié par Loi n°2008-789du 20 août 2008 (art. 1).

¹⁰⁷²Article L. 2121-1, 3° du Code du travail modifié par Loi n°2008-789du 20 août 2008 (art. 1).

n°1-5 de la position commune du 9 avril 2008¹⁰⁷³. Dans un rapport administratif¹⁰⁷⁴ de 2006, il était indiqué au sujet des financements des syndicats que « *ce domaine est caractérisé par une grande opacité* ». Le rapporteur constatait qu'il n'existait aucun document faisant l'état des lieux des divers financements des organisations en question. Cette opacité s'explique par les circonstances de la naissance du mouvement ouvrier dans la clandestinité car à leurs prémisses les cotisations des adhérents étaient l'unique source de financement des organisations syndicales. Quand la Loi du 21 mars 1884¹⁰⁷⁵, consacrant la reconnaissance légale de la forme syndicale, a sorti ces organisations de la clandestinité, elles en ont ressenti un sentiment paradoxal d'insécurité. Cette mise en lumière a donc été accompagnée de plusieurs garanties dont le maintien d'une certaine confidentialité au sujet des cotisations des adhérents. En effet, l'obligation de tenu et de publicité des comptes par ces organisations auraient pu constituer un risque de dévoilement public des noms des salariés syndiqués. L'histoire explique donc en partie l'opacité des ressources syndicales¹⁰⁷⁶. Toutefois, le professeur Jean-Emmanuel RAY constatant : « *l'immense pudeur des syndicats ne voulant pas parler de leur propre argent* »¹⁰⁷⁷, s'inquiétait au sujet du financement contemporain d'organisations ayant perdu une grande partie de leurs adhérents et donc de leurs cotisations mais continuant de conserver un même niveau de dépenses. En effet, leurs ressources restent très largement méconnues, même si la sociologie constate qu'une grande partie d'entre elles provient de subventions publiques, de prélèvements sur les caisses de sécurité sociale, d'aides de grandes entreprises, et que l'essentiel des revenus réside dans la mise à disposition de personnels qui continuent à être payés par leur employeur officiel¹⁰⁷⁸. Il en ressort désormais que les cotisations représentent une « *proportion très faible des ressources totales des organisations syndicales* »¹⁰⁷⁹. Autrefois, lors de leurs congrès respectifs les grandes confédérations historiques avaient l'habitude de publier une partie de leurs comptes sous une forme plus ou moins synthétique, mais aucune n'avait jamais présenté de comptes consolidés reprenant un état des ressources de l'ensemble des structures internes¹⁰⁸⁰. Il est désormais fait obligation à chacune des organisations syndicales de tenir une

¹⁰⁷³Article n°1-5 de la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

¹⁰⁷⁴Raphael HADAS-LEBEL, *loc.cit.* p.94.

¹⁰⁷⁵Loi du 21 mars 1884 dite WALDECK-ROUSSEAU relative aux syndicats professionnels (JORF du 22 mars 1884/Loi du 21 mars 1884).

¹⁰⁷⁶Pierre BOSQUET, « Sur le financement des syndicats en France », *Commentaire*, 2008, n° 122, p. 537-544.

¹⁰⁷⁷Jean-Emmanuel RAY, « Sur le financement des syndicats », *Droit Social*, 2008, p.139-150.

¹⁰⁷⁸Dominique ANDOLFATTO et Dominique LABBE, « Le financement clair-obscur du syndicalisme français », *Histoire et Liberté*, 2008, p.17-34. (Soit au minimum 40 000 équivalents temps plein).

¹⁰⁷⁹Dominique ANDOLFATTO et Dominique LABBE, *Ibid.*

¹⁰⁸⁰Dominique ANDOLFATTO et Dominique LABBE, *Ibid.*

comptabilité et de produire ses comptes¹⁰⁸¹. Les articles L. 2135-1 (et suivants) et D. 2135-2 et suivants du Code du travail précisent les obligations en matière de transparence financière. S'agissant de l'établissement et de la certification des comptes, il existe trois niveaux d'exigences en fonction du montant des ressources syndicales à la clôture de l'exercice¹⁰⁸². Dans ces trois situations, les comptes doivent être arrêtés par l'organe chargé de la direction et approuvés par l'assemblée générale des adhérents, ou par un organe collégial de contrôle désigné par les statuts de l'organisation. S'agissant de la publicité des comptes, il y a lieu de distinguer selon que les ressources du syndicat à la clôture de l'exercice sont inférieures ou supérieures à un certain seuil¹⁰⁸³. A ce sujet, le juge civil semble être bien exigeant au sujet de l'approbation et moins sévère concernant la publication des comptes. En effet, si ceux-ci n'ont pas été approuvés par l'organe statutaire compétent, le juge considère que le critère de la transparence financière n'est pas satisfait et ce même si les comptes sont publiés¹⁰⁸⁴. En revanche la Cour de cassation a estimé que si les comptes ne sont pas publiés en temps et en heure, cela ne signifie pas pour autant que la transparence financière n'est pas respectée, si l'organisation fait diligence sur ce point et les publie promptement par la suite¹⁰⁸⁵. Par ailleurs, cette transparence peut être prouvée par tout moyen¹⁰⁸⁶. En effet, les documents comptables en question ne constituent que des éléments de preuve de cette transparence financière, leur défaut

¹⁰⁸¹ Article L. 2135-1 du Code du travail modifié par Loi n°2011-525 du 17 mai 2011 (art. 44) et Décret n° 2009-1665 du 28 décembre 2009 relatif à l'établissement, à la certification et à la publicité des comptes des syndicats professionnels de salariés ou d'employeurs et de leurs unions et des associations de salariés ou d'employeurs mentionnés à l'article L. 2135-1 du Code du travail (JORF n°0302 du 30 décembre 2009).

¹⁰⁸² Article D 2135-2 à 4 du Code du travail. Si ses ressources sont inférieures à 2 000 euros, les comptes annuels peuvent être établis sous la forme d'un livre mentionnant chronologiquement le montant et l'origine des ressources qu'ils perçoivent et les dépenses qu'ils effectuent, ainsi que les références aux pièces justificatives. Une fois par an, un total des ressources et des dépenses doit être établi. Si ses ressources sont comprises entre 2 000 et 230 000 euros à la clôture de l'exercice, les comptes annuels peuvent être établis sous la forme d'un bilan, d'un compte de résultat et d'une annexe simplifiée, selon les modalités fixées par règlement de l'Autorité des normes comptables. Ils peuvent n'enregistrer leurs créances et leurs dettes qu'à la clôture de l'exercice. Si enfin ses ressources sont supérieures à 230 000 euros à la clôture d'un exercice donné, les comptes annuels doivent comprendre un bilan, un compte de résultat et une annexe selon les modalités définies par règlement de l'Autorité des normes comptables.

¹⁰⁸³ Article D 2135-8 du Code du travail (230 000 euros). Soit sur le site Internet de la Direction des Journaux Officiels, soit par publication sur leur site Internet ou, à défaut, auprès de l'administration déconcentrée du travail. Si les ressources sont inférieures à un seuil fixé par l'article D2135-8 du Code du travail, la publicité des comptes doit être assurée dans un délai de trois mois à compter de leur approbation sur divers sites internet au choix. Si les ressources sont supérieures au seuil indiqué, l'article D2135-7 du Code du travail prévoit que la publicité des comptes et du rapport du commissaire aux comptes doit être assurée dans un délai de trois sur le site internet de la direction des Journaux Officiels.

¹⁰⁸⁴ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 13 juin 2019, 18-24.814, Inédit.

¹⁰⁸⁵ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 17 octobre 2018, 17-19.732, Publié au bulletin.

¹⁰⁸⁶ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 29 février 2012, 11-13.748, Publié au bulletin. Les documents comptables dont la Loi impose aux organisations syndicales la confection et la publication ne constituent que des éléments de preuve du critère de transparence financière, leur défaut pouvant dès lors être suppléé par d'autres documents produits par ces organisations et que le juge doit examiner.

peut être suppléée par d'autres documents produits par le syndicat que le juge doit examiner¹⁰⁸⁷. Toutefois, il semble qu'au fil des années le juge renforce son exigence au vu d'une obligation comptable qui est entrée désormais dans les habitudes des organisations professionnelles¹⁰⁸⁸. Au cours de l'année 2017, la Cour de cassation à l'occasion de trois contentieux a posé clairement deux principes relatifs à la transparence financière¹⁰⁸⁹. En premier lieu, les exigences en la matière s'imposent aux syndicats représentatifs mais également aux syndicats qui n'ont pas obtenu ce label notamment s'ils souhaitent exercer un certain nombre de prérogatives réduites au sein de l'entreprise. En second lieu en cas de litige, notamment relatif à la désignation d'un délégué syndical, il y a lieu de se placer à la période du fait générateur afin d'apprécier le bon respect de ce critère¹⁰⁹⁰. Il en ressort que les organisations syndicales représentatives, mais également non représentatives, doivent être en mesure de faire la démonstration du respect continu de ce critère relatif à la transparence financière et que l'absence de son respect peut être contesté à tout moment. Toutefois, le juge doit se placer au moment de l'origine du contentieux, si l'organisation fait la démonstration du respect de ce critère à ce moment peu importe les événements antérieurs ou ultérieurs à ce sujet. Après l'étude de ce critère « *neuf* » relatif à la transparence et l'autonomie financière, nous nous dirigeons vers un ancien pilier de la définition de la représentativité : les « *effectifs* » d'adhérents.

Des effectifs des adhérents syndicaux. Historiquement associé aux cotisations, ce critère éclairait l'autonomie financière d'une organisation censée être financée par cette unique ressource. Ainsi, le juge a pu estimer que le volume de l'effectif constituait donc le fondement

¹⁰⁸⁷Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 17 octobre 2018, 17-19.732, Publié au bulletin.

¹⁰⁸⁸Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 13 juin 2019, 18-24.814, Inédit.

¹⁰⁸⁹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 22 février 2017, 16-60.123, Publié au bulletin. Le tribunal d'instance a débouté une entreprise demande l'annulation de la désignation d'un salarié en qualité de représentant de section syndicale, au motif que ledit syndicat ne remplissait pas le critère de transparence financière. La Cour de cassation a cassé et annulé le jugement rendu par ce tribunal d'instance. Elle a jugé que tout syndicat (qu'il soit ou non représentatif) doit, pour pouvoir exercer des prérogatives dans l'entreprise, satisfaire au critère de transparence financière.

¹⁰⁹⁰Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 8 mars 2017, 16-13.033, 16-13034 Inédit. Selon la Haute Cour peu important que plusieurs années le syndicat ne se soit pas conformé à ses obligations légales, l'essentiel est qu'il soit « *en règle* » au moment des désignations, même si ce terme est pour le moins imprécis lorsque l'on considère qu'une désignation syndicale n'intervient pas concomitamment à la clôture de l'exercice ou la certification et la publicité des comptes, mais tout au long de l'année.

de son autonomie financière¹⁰⁹¹¹⁰⁹². Par conséquent, la nouvelle consécration des cotisations en qualité de critère légal incite à un détachement de ces deux éléments. En somme, le nombre des adhérents ne constituant plus l'indicateur indirecte du volume des cotisations, et plus largement des revenus syndicaux, il ne constitue plus l'indice révélateur de l'autonomie financière de l'organisation. Etudier de façon intrinsèque le critère de l'effectif permet désormais de mesurer une dimension de la réalité de l'enracinement de l'organisation au sein du collectif de travail. Ce critère a toujours été apprécié avec une grande souplesse par la jurisprudence¹⁰⁹³. En effet, bien souvent le faible nombre des adhérents ne faisait pas obstacle à la reconnaissance de la représentativité si ce point était compensé par d'autres éléments¹⁰⁹⁴. Il s'avère que le déclin des effectifs syndicaux contraint le juge à une relative bienveillance au sujet de l'appréciation de ce critère en souffrance¹⁰⁹⁵. L'effectif considéré est celui des adhérents décomptés dans le périmètre de l'unité de représentativité. Il est apprécié de manière absolue, en rapport avec l'effectif total, mais également de façon relative en rapport avec l'effectif des adhérents des autres organisations. Par la force des choses et au fil du temps, le niveau d'exigence en la matière s'est donc profondément abaissé. Désormais, la présence d'au moins deux adhérents du syndicat au sein de l'entreprise¹⁰⁹⁶ apparaît suffisante au regard de ce critère. Rappelons que la constitution d'une section syndicale nécessite la présence de plusieurs adhérents dans

¹⁰⁹¹Cour de cassation, Chambre sociale, du 7 janvier 1998, 96-60.353, Inédit. Le juge avait ainsi considéré qu'un syndicat dont les adhérents ne payaient pas leurs cotisations et dont l'activité était très réduite ne pouvait pas être considéré comme représentatif.

¹⁰⁹²Compte tenu de notre analyse ci-dessus relative à la part réduite des cotisations au sein des revenus des organisations syndicales, et de la diversité des revenus, l'association de ces deux éléments nous semble plus faiblement pertinente que par le passé.

¹⁰⁹³Cour de cassation, Chambre sociale, du 16 décembre 1998, 97-60.566, Inédit.

¹⁰⁹⁴Cour de cassation, Chambre sociale, du 13 avril 1999, 97-60.633, Publié au bulletin et du 21 mai 2003, 01-60.660, Publié au bulletin. N'est pas représentatif dans l'un des établissements de l'entreprise, le syndicat dont le juge du fond a constaté la faiblesse des effectifs et l'absence d'influence. Encourt la cassation le jugement qui se réfère au fait qu'un syndicat, dont ni les effectifs ni le montant des cotisations n'étaient établis, était constitué d'anciens syndicalistes d'une autre organisation syndicale, pour admettre sa représentativité.

¹⁰⁹⁵Cour de cassation, Chambre sociale, du 16 décembre 1998, 97-60.566, Inédit.

¹⁰⁹⁶Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 8 juillet 2009, 08-60.599, Publié au bulletin et 4 novembre 2009, 09-60.075, Publié au bulletin. La régularité de la désignation d'un représentant de section syndicale ne nécessite pas que le syndicat, à l'origine de la désignation remplisse les critères fixés par l'article L. 2121-1 et L. 2122-1 pour la représentativité, il suffit qu'il réunisse, à la date de la désignation, les conditions posées par les articles L. 2142-1 et L. 2142-1-1 du Code du travail. Par ailleurs l'article L. 2142-1 du Code du travail autorise la constitution d'une section syndicale par des syndicats, qu'ils soient représentatifs ou non. Il n'exige, pour cette constitution, que la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise, peu important les effectifs de celle-ci.

l'entreprise, sans qu'un seuil d'adhésions soit requis¹⁰⁹⁷¹⁰⁹⁸, et ne représente pas un préalable à la désignation d'un délégué syndical¹⁰⁹⁹. Cet aménagement jurisprudentiel de l'ordonnancement des différentes séquences de la désignation du délégué syndical a pour effet de faciliter l'économie générale du processus, mais également de relativiser l'importance du critère de l'effectif pour l'appréciation générale du label de représentativité¹¹⁰⁰¹¹⁰¹¹¹⁰². Avant de conclure l'examen de ce dernier critère, étudions la principale novation le concernant. Comment doit s'y prendre le juge soucieux de la protection de la liberté syndicale, face à un requérant doutant de la réalité des effectifs et exigeant la communication de la liste des adhérents d'un syndicat ? A cette question, la Cour de cassation répond en réaffirmant l'importance du respect du principe du contradictoire ainsi que de la liberté syndicale, tout en parvenant à leur conciliation. En effet, l'adhésion relève d'une liberté personnelle (adhérer ou de ne pas adhérer à une organisation syndicale). Par conséquent, le syndicat dont la

¹⁰⁹⁷ Cour de cassation, Chambre sociale, du 24 février 1993, 91-60.237, Publié au bulletin et 8 juillet 2009, 08-60.599, Publié au bulletin. La création d'une section syndicale au sein d'une entreprise n'est subordonnée à aucune condition d'effectif. Par ailleurs, doit être approuvé le jugement qui valide la désignation d'un représentant de section syndicale, dès lors que le syndicat justifiait de la présence dans l'entreprise, à la date de la désignation, d'au moins deux adhérents et que le champ géographique et professionnel du syndicat couvrait l'entreprise, et que l'employeur, qui a la charge de la preuve, ne contestait pas que le syndicat respectât les valeurs républicaines. Il est désormais établi que la création de la section syndicale n'est pas obligatoirement antérieure à la désignation du délégué syndical (ou représentant de la section syndicale). Les conditions de son existence s'apprécient au moment de la désignation.

¹⁰⁹⁸ D'une durée d'ancienneté du syndicat de deux ans au moins.

¹⁰⁹⁹ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 23 juin 2010, 09-60.438, Publié au bulletin et 14 novembre 2012, 11-20.391, Publié au bulletin. Pour désigner un délégué syndical d'établissement, un syndicat représentatif doit avoir constitué une section syndicale d'établissement comportant au moins deux adhérents conformément à l'article L. 2142-1 du Code du travail. En cas de contestation sur l'existence d'une section syndicale, le syndicat doit apporter les éléments de preuve utiles à établir la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise, dans le respect du contradictoire, à l'exclusion des éléments susceptibles de permettre l'identification des adhérents du syndicat, dont seul le juge peut prendre connaissance. Il appartient toutefois au juge de veiller à ce que l'atteinte au principe de la contradiction soit limitée aux éléments d'identification des adhérents. En cas de contestation sur l'existence d'une section syndicale, le syndicat doit apporter les éléments de preuve utiles à établir la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise, dans le respect du contradictoire, à l'exclusion des éléments susceptibles de permettre l'identification des adhérents du syndicat, dont seul le juge peut prendre connaissance. Il appartient toutefois au juge de veiller à ce que l'atteinte au principe de la contradiction soit limitée aux éléments d'identification des adhérents.

¹¹⁰⁰ Dans le même sens, la présence du syndicat « *dans le champ géographique et professionnel* » de l'entreprise (ou de l'établissement) ne suppose pas que ce dernier ait des adhérents dans tous les établissements de l'entreprise (ou dans tous les sites de l'établissement). Par conséquent, il lui suffit d'avoir deux adhérents dans le champ en question.

¹¹⁰¹ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 8 juillet 2009, 09-60.048, Publié au bulletin.

Pour pouvoir désigner un représentant de la section syndicale dans un établissement un syndicat n'a pas à rapporter la preuve de son implantation dans l'ensemble des sites composant cet établissement.

¹¹⁰² Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 13 janvier 2010, 09-60.155, Publié au bulletin. Il résulte des articles L. 2133-3, L. 2142-1 et L. 2142-1-1 du Code du travail, d'une part, que sauf stipulation contraire de ses statuts, une union de syndicats à laquelle la Loi a reconnu la même capacité civile qu'aux syndicats eux-mêmes peut exercer les droits conférés à ceux-ci, et d'autre part, que l'affiliation d'un syndicat à une union permet à cette dernière de se prévaloir des adhérents du syndicat pour l'exercice des prérogatives découlant des textes susvisés. Par ailleurs au-delà de la section syndicale, concernant un syndicat ou une union syndicale, la Cour de cassation a précisé à ce sujet que « *l'affiliation d'un syndicat à une union permet à cette dernière de se prévaloir des adhérents du syndicat* » pour l'exercice de ses prérogatives.

représentativité est mise en cause sur ce point ne peut être contraint de produire la liste de ses membres, mais doit apporter des éléments de preuves utiles à établir la présence d'au moins deux adhérents. Cependant, cette présentation ne doit pas comprendre d'éléments susceptibles de permettre l'identification de ses adhérents dont seul le juge peut en prendre connaissance¹¹⁰³. La sophistication de la position prétorienne permet la nécessaire vérification de la réalité matérielle des éléments ainsi que la présentation contradictoire des arguments, qui doit être nécessairement réalisée lors de l'audience, toute en évitant la révélation publique du nom des adhérents. En conclusion, sur ce point, constatons que le critère de l'« *effectif* » est bien devenu un élément faible de la définition de la représentativité. Compte tenu du phénomène de désyndicalisation des salariés, le juge est contraint à une appréciation « *a minima* » de ce sujet et la difficulté relative à la transparence des effectifs est désormais subtilement réglée. La faiblesse du seuil requis pour ce critère traduit une volonté de ne pas freiner l'implantation syndicale. Le relatif silence autour de ce critère correspond à son déclassement. Il contraste avec le bruit fourni par certains autres critères.

De l'ancienneté des organisations. De son côté, le critère de l'« *ancienneté* » ne fait pas discussion, du fait de sa nature propre. Parce qu'il représente une barrière solide à l'acquisition du label de représentativité, il est source de quelques contentieux. Le critère figurait déjà au sein de l'ancienne définition, mais la Loi n°2008-789 du 20 août 2008¹¹⁰⁴ a particulièrement précisé ses modalités. En effet le point n°4 de l'article L. 2121-1 du Code du travail exige désormais que le syndicat bénéficie d'« *une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation* »¹¹⁰⁵. Ce critère s'apprécie « *à compter de la date de dépôt légal des statuts* » et par conséquent un syndicat ayant moins deux ans d'ancienneté (ou ne pouvant apporter la preuve de celle-ci) est exclu du champ de la représentativité¹¹⁰⁶. La précision de ce critère correspond donc « *a priori* » à une grande

¹¹⁰³ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 8 juillet 2009, 09-60.011 09-60.031 09-60.032, Publié au bulletin L'article L. 2142-1 du Code du travail exigeant, pour la constitution d'une section syndicale la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise, il appartient au syndicat d'apporter les éléments de preuve utiles à établir la présence d'au moins deux adhérents dans le respect du contradictoire, à l'exclusion des éléments susceptibles de permettre l'identification personnelle des adhérents dont seul le juge peut prendre connaissance. Il s'ensuit que doit être censurée la décision qui annule la désignation d'un délégué syndical au motif que le syndicat, pour refuser de communiquer contradictoirement la liste de ses adhérents afin d'établir l'existence d'une section syndicale, n'apporte pas la preuve d'un risque de représailles.

¹¹⁰⁴ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF, n°0194 du 21 août 2008 p.13064).

¹¹⁰⁵ Article L. 2121-1, 4° du Code du travail modifié par Loi n°2008-789 du 20 août 2008 (art. 1).

¹¹⁰⁶ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 29 février 2012, 11-13.748, Publié au bulletin et du 5 mai 1998, 97-60.003, Publié au bulletin. Aux termes de l'article L. 133-2 (ancien) du Code du travail la date récente de la

ingérence du législateur au sein de la liberté syndicale. Toutefois, à l'occasion de contentieux électoral, la Cour de cassation a estimé que cette condition ne portait atteinte ni à la liberté syndicale ni au principe d'égalité entre organisations syndicales¹¹⁰⁷. Le syndicat requérant mobilisait le droit européen et international à l'appui de son pourvoi en cassation¹¹⁰⁸, mais le juge interne considéra que ce critère était conforme à chacune de ces normes européennes et internationales. Pour la jurisprudence, la précision relative de ce critère constitue une condition justifiée et proportionnée pour garantir la mise en œuvre du droit de participation des travailleurs par l'intermédiaire de leurs représentants et l'exercice par le syndicat de prérogatives au sein de l'entreprise, sans priver tout salarié de la liberté de créer un syndicat ou d'adhérer au syndicat de son choix¹¹⁰⁹. Le Code du travail fait donc du dépôt des statuts le point de départ de la détermination de l'ancienneté, et en cas de litige, il appartient au syndicat d'apporter la preuve de la date de cet élément. Notons que ces derniers sont déposés par le syndicat (ou la fédération), et jamais par la section syndicale. L'ancienneté est donc tributaire d'une entité hors de l'entreprise. Par conséquent, ce critère semble pouvoir se conférer ou se transmettre par affiliation¹¹¹⁰. La condition d'ancienneté est requise dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation. Cette modalité fait directement référence au principe de spécialité selon lequel un syndicat a pour objet la défense

constitution d'un syndicat n'est pas nécessairement à elle seule exclusive de sa représentativité, celle-ci ne peut être admise s'il ne résulte d'aucun élément que le syndicat ait fait état, en plus de ses effectifs, d'une réelle activité, de ses ressources ou de son influence.

¹¹⁰⁷ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 30 novembre 2011, 11-40.072, Publié au bulletin et 29 février 2012, 11-60.203, Publié au bulletin. L'exigence d'une ancienneté minimale de deux ans subordonnant la constitution par une organisation syndicale d'une section syndicale au sein de l'entreprise, laquelle ouvre un certain nombre de droits, constitue une condition raisonnable et proportionnée pour garantir la mise en œuvre du droit de participation des travailleurs par l'intermédiaire de leurs représentants et l'exercice par le syndicat de prérogatives au sein de l'entreprise, sans priver le salarié de la liberté d'adhérer au syndicat de son choix.

¹¹⁰⁸ Le pacte international relatifs aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, la convention n°87 de l'Organisation internationale du Travail relative à la liberté syndicale et la protection du droit syndical, la charte sociale européenne révisée le 3 mai 1996 et la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et la charte des droits fondamentaux de l'union européen.

¹¹⁰⁹ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 29 février 2012, 11-60.203, Publié au bulletin. L'exigence d'une ancienneté minimale de deux ans subordonnant la présentation par une organisation syndicale de candidats au premier tour des élections professionnelles constitue une condition justifiée et proportionnée pour garantir la mise en œuvre du droit de participation des travailleurs par l'intermédiaire de leurs représentants et l'exercice par le syndicat de prérogatives au sein de l'entreprise, sans priver le salarié de la liberté de créer un syndicat ou d'adhérer au syndicat de son choix, et ne porte dès lors pas atteinte aux articles 2, 5, 22 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, 2, 7, 23, 29 et 30 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, 2, 3, 5, 6, 7 et 8 de la convention de l'Organisation internationale du travail n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 5 A, E et G de la Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996, 12, 20, 21, 52 et 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹¹¹⁰ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 7 juillet 2010, 08-21.805, Publié au bulletin. La Cour de cassation a admis qu'un syndicat ayant irrégulièrement déposé ses statuts d'origine puisse régulariser sa situation à l'occasion du dépôt de statuts modificatifs mais dans cette hypothèse l'ancienneté sera tout de même calculée à partir du second dépôt rectificatif.

des intérêts des salariés mentionnés dans ses statuts¹¹¹¹¹¹². Ce dernier principe de spécialité¹¹¹³ est distinct de la règle de « *concordance* »¹¹¹⁴, mais chemine dans un sens identique. Ils contribuent tous deux à déterminer le champ de compétence de l'organisation syndicale représentative. Par ailleurs, remarquons que l'éventuelle modification statutaire, même si elle a une incidence sur le principe de spécialité, n'a cependant pas de conséquence sur l'appréciation de l'ancienneté du syndicat¹¹¹⁵. Il en va de même dans le cas particulier d'une modification de l'affiliation du syndicat à une union¹¹¹⁶, celui-ci conserve son ancienneté. La question suivante fut donc posée en ces termes au juge civil : un syndicat qui modifie ses statuts à l'approche de nouvelles élections professionnelles, peut-il toujours se prévaloir de son ancienneté acquise antérieurement à cette modification¹¹¹⁷ ? Dans le cas d'espèce, la modification des statuts constituait-elle un bouleversement de l'orientation générale de l'organisation équivalente à une nouvelle création ? La Cour de cassation bâtit son appréciation sur le fondement de la convention n°87 de l'Organisation Internationale du Travail relative à la liberté syndicale indiquant que : « *l'acquisition de la personnalité juridique par les syndicats ne peut pas être subordonnée à des conditions de nature à mettre en cause l'exercice de leur liberté d'élaborer leurs statuts, d'élire leurs représentants, de formuler leur programme d'action et de s'affilier à des fédérations ou confédération* »¹¹¹⁸. Le juge en conclut que l'exercice de ses libertés par un syndicat ne peut pas entraîner la perte de sa personnalité juridique. Si l'affiliation à une nouvelle confédération relève de la liberté syndicale,

¹¹¹¹Par cette précision l'article L2121-1 du Code du travail.

¹¹¹²Article L. 2131-1 du Code du travail.

¹¹¹³Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 11 février 2009, 08-60.440, Publié au bulletin. Un syndicat ne peut désigner un délégué syndical que dans le champ d'application géographique et professionnel déterminé par ses statuts, peu important son adhésion à une organisation reconnue représentative au plan national et interprofessionnel.

¹¹¹⁴Marie-Laure MORIN, Laurence PÉCAUT-RIVOLIER et Yves STRUILLLOU, « Le guide des élections professionnelles », Paris, Dalloz-Sirey, collection Guides DALLOZ, édition 2016, p.1335.

¹¹¹⁵Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 14 novembre 2012, 11-20.391, Publié au bulletin.

¹¹¹⁶Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 3 mars 2010, 09-60.283, Publié au bulletin. Selon la Convention n° 87 de l'Organisation internationale du travail (OIT) relative à la liberté syndicale et à la protection du droit syndical, ratifiée par la France, l'acquisition de la personnalité juridique par les syndicats ne peut pas être subordonnée à des conditions de nature à mettre en cause l'exercice de leur liberté d'élaborer leurs statuts, d'élire leurs représentants, de formuler leur programme d'action et de s'affilier à des fédérations ou confédérations. Il en résulte que l'exercice de ces libertés par un syndicat ne peut pas entraîner la perte de sa personnalité juridique.

¹¹¹⁷Articles L. 2314-3 et L. 2324-4 du Code du travail.

¹¹¹⁸Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 3 mars 2010, 09-60.283, Publié au bulletin. Dans le contentieux qui nous intéresse un syndicat décide de quitter son affiliation à la Confédération Française des Travailleurs Chrétiens pour rejoindre l'Union Nationale des Syndicats Autonomes. Il modifie ses statuts et les dépose sous le même matricule à la mairie quelques semaines avant le premier tour des élections. L'employeur conteste son droit à présenter une liste de candidats au motif que le syndicat ne respecterait plus la condition d'ancienneté requise. En effet, il s'agit du passage d'une organisation dont les valeurs sont de prédominance chrétienne à une organisation très engagée au sein d'un mouvement laïc. La Cour de cassation considère que le syndicat a exercé sa liberté et que celle-ci ne peut pas entraîner la perte de sa personnalité juridique.

l'organisation qui change d'étiquette confédérale poursuit la même finalité. Il s'agit d'une mutation ne correspondant pas à la création d'un nouveau syndicat, et par conséquent, celui-ci peut toujours se prévaloir de son ancienneté. Remarquons que les termes employés par le juge sont généraux et peuvent viser d'autres situations. En effet, quelques années plus tard, la Cour de cassation confirma cette interprétation large, en précisant, que le fait pour un syndicat de changer son affiliation, son objet, son caractère catégoriel ou inter-catégoriel¹¹¹⁹ et même l'ensemble de ses statuts, ne lui faisait pas pour autant perdre sa personnalité juridique ou son ancienneté. En l'occurrence, la liberté syndicale prédomine sur toutes autres considérations¹¹²⁰. Finalement, tant que le syndicat a toujours pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels de ses membres, la modification de ses statuts, aussi importante soit elle, n'a pas d'incidence sur l'ancienneté de l'organisation qui s'apprécie donc à partir du dépôt initial de ses statuts¹¹²¹. En d'autres termes, peu importe que le syndicat soit affilié à telle ou telle confédération, il ne peut présenter de candidats que s'il couvre depuis au moins deux ans la zone géographique où se trouve l'entreprise¹¹²²¹¹²³. En conclusion, ce critère reste un pilier de la notion de représentativité en contribuant à caractériser son authenticité. Soulignons l'importance donnée aux organisations « mères » (confédérations ou fédération), car celles-ci déposent les statuts et peuvent par la suite conférer à leurs multiples membres le privilège de cette ancienneté. Il en ressort un avantage accordé aux organisations historiques pour qui ce critère ne constitue donc qu'une simple formalité. Il en va bien entendu

¹¹¹⁹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 14 mars 2018, 17-21.434, Publié au bulletin.

¹¹²⁰Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 17 avril 2013, 12-18.430, Inédit et 10 décembre 2014, 14-15.271, Inédit. L'organisation avait changé son affiliation et procédé à une révision en profondeur de l'ensemble de ses statuts : affiliation, dénomination et objet. Le changement d'affiliation constitue l'exercice de cette liberté syndicale induisant nécessairement un changement d'orientation syndicale, voire de dénomination et de domiciliation. Mais la Cour de cassation décida que l'acquisition de la personnalité juridique ne pouvait être subordonnée à des conditions de nature à mettre en cause l'exercice de leur liberté d'élaborer leurs statuts, d'élire leurs représentants, de formuler leur programme d'action ou de s'affilier à des fédérations conversations. L'exercice de ses libertés par le syndicat ne peut pas entraîner la perte de sa personnalité juridique. L'année suivante la Cour de cassation enfonça son propre clou au sujet d'un syndicat ayant modifié sa dénomination La modification par un syndicat de ses statuts, y compris lorsqu'elle s'accompagne d'un changement de dénomination, n'a pas pour effet de remettre en cause l'ancienneté acquise par le syndicat à compter du dépôt initial de ses statuts.

¹¹²¹Il en va ainsi, même lorsque la condition de spécialité n'est remplie que dans le cadre de statuts modifiés. Le syndicat peut présenter des candidats au premier tour des élections professionnelles, s'il satisfait aux conditions prévues aux articles L.2314-3 et L.2324-4 du Code du travail (Indépendance, Respect des valeurs républicaines et Ancienneté de deux ans dans le champ géographique et professionnel couvrant l'entreprise)

¹¹²²Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 14 novembre 2012, 11-20.391, Publié au bulletin et 22 septembre 2010, 09-60.480, Publié au bulletin. En cas de contestation sur l'existence d'une section syndicale, le syndicat doit apporter les éléments de preuve utiles à établir la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise, dans le respect du contradictoire, à l'exclusion des éléments susceptibles de permettre l'identification des adhérents du syndicat, dont seul le juge peut prendre connaissance. Il appartient toutefois au juge de veiller à ce que l'atteinte au principe de la contradiction soit limitée aux éléments d'identification des adhérents.

¹¹²³Si cette solution n'allait pas de soi, elle mérite d'être approuvée au regard de l'article n°7 de la convention n°87 de l'Organisation Internationale du Travail.

autrement concernant des organisations « *nouvelles* » en désir d'acquisition du label de représentativité pour qui ce critère freine de façon substantielle leur émergence¹¹²⁴.

De l'influence. Préalablement à l'étude du critère de l'audience, examinons donc la notion d'influence¹¹²⁵ qui constituait jusqu'alors un des deux piliers de l'appréciation judiciaire de la notion de représentativité¹¹²⁶. Selon le point n°6 de l'article L. 2121-1 du Code du travail, l'influence est « *prioritairement* » caractérisée par l'activité et l'expérience¹¹²⁷¹¹²⁸. Dans son rapport annuel de 2002, la Cour de Cassation indiquait que : « *l'influence du syndicat, qui caractérise son implantation durable et effective dans une entreprise* » s'entend « *des résultats objectifs d'une activité authentiquement tournée vers la défense des intérêts des travailleurs, et pas seulement de l'aptitude à faire connaître le syndicat* »¹¹²⁹. Selon l'article n°1-3 de la position du 9 avril 2008, l'activité est certainement l'élément essentiel pour caractériser l'influence et s'apprécie au regard de la réalité des actions menées par le syndicat témoignant de l'effectivité de sa présence syndicale. Nous savons qu'à l'occasion de l'appréciation de ces critères, les actions conjointes des syndicats ne pouvaient pas être écartées, au motif qu'elles n'auraient pas été menées de façon autonome, et par conséquent difficilement imputables à telle ou telle organisation¹¹³⁰¹¹³¹. De même, il n'est pas exigé une stricte « *concordance* » entre le niveau des actions menées et celui ou le syndicat prétend acquérir la représentativité¹¹³²¹¹³³. Il découle de la jurisprudence de la Cour de cassation que l'activité syndicale peut se matérialiser par une forte activité revendicative, et appel à la grève, intervention auprès de la direction, diffusion de tracts, mais aussi accroissement de ses effectifs¹¹³⁴. Par ailleurs, l'éventuelle rupture du lien d'affiliation n'exclut pas que, pour apprécier l'influence d'un syndicat, le juge

¹¹²⁴En effet, elles doivent créer leurs statuts puis patienter deux longues années pour entrer dans la course de la conquête de ce label. Toutefois, comme nous le savons au cours de cette période d'attente, les impétrants peuvent agir afin de déployer leur influence.

¹¹²⁵Article L. 2121-1, 6° du Code du travail modifié par Loi n°2008-789 du 20 août 2008 (art. 1).

¹¹²⁶Cour de cassation, Chambre sociale, du 3 décembre 2002, 01-60.729, Publié au bulletin. Dès lors qu'il constate l'indépendance du syndicat et qu'il caractérise son influence dans l'entreprise au regard des critères énumérés par l'article L. 133-2 du Code du travail, le tribunal d'instance apprécie souverainement sa représentativité.

¹¹²⁷Cet adjectif (« *prioritairement* ») a été introduit pour permettre au juge de tenir compte d'éléments autres que l'activité et l'expérience.

¹¹²⁸Assemblée nationale, Compte rendu (analytique officiel), Séance du mercredi 23 juillet 2008 (2ème séance, de 21 heures 30), 24^{ème} séance de la session.

¹¹²⁹Rapport annuel de la Cour de cassation pour 2002.

¹¹³⁰Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 29 février 2012, 11-13.748, Publié au bulletin et 16 octobre 2013, 12-22.808, Inédit. La section syndicale d'établissement peut se prévaloir des actions menées par son organisation dans un autre établissement.

¹¹³¹Il en ressort un soutien de la jurisprudence à l'unité syndicale dans l'action.

¹¹³²Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 29 février 2012, 11-13.748, Publié au bulletin.

¹¹³³Il ne semble pas exister une exigence du respect du principe de spécialité concernant ce critère.

¹¹³⁴Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 29 mai 1991, 90-60.383, Inédit et 16 octobre 2013, 12-22.808, Inédit.

prenne : « en considération l'ensemble de ses actions, y compris celles qu'il a menées alors qu'il était affilié à une confédération dont il s'est par la suite désaffilié »¹¹³⁵. Il en ressort donc que le syndicat reste titulaire de ses actions passées quand bien même il aurait changé son étiquette confédérale. Notons une nouvelle fois que l'appréciation de ce dernier critère continue de favoriser les grandes confédérations historiques. Cependant, nous allons voir que le juge développe des positions bien plus strictes et contraignantes concernant un « nouveau » critère, qui a été considéré autrefois comme un élément d'appoint de l'appréciation¹¹³⁶ de la notion d'influence, mais qui se confond désormais avec celle-ci.

Le lien entre l'audience et le principe de participation. Antérieurement, l'audience ne constituait pas un critère légal spécifique à part entière. Par conséquent son introduction en tant que telle,¹¹³⁷ au sein de la définition de la notion de représentativité, constitue la nouveauté la plus notable de cette révision. S'il dénote par son caractère tranchant, il se distingue également par le risque d'atomisation des relations professionnels qu'il porte en son sein. Par conséquent, nous procéderons à l'étude de son rayonnement, mais également à l'examen des bouleversements qu'il peut éventuellement générer. Selon la professeure Françoise FAVENEC-HERY : « d'un critère participant à un faisceau d'indices, l'audience est devenue une condition centrale de la représentativité syndicale...l'audience tient une place centrale, puis il y a les autres »¹¹³⁸. Toutefois, remarquons que la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008¹¹³⁹, intègre ce nouveau critère sans pour autant l'ériger formellement comme un élément prédominant ou lui conférant une dimension formelle différente des autres six critères cumulatifs. La place prépondérante de cet élément ne découle d'aucune indication légale ou affirmation jurisprudentielle, mais de sa nature intrinsèque. Etudions donc les caractères de cet élément central de la définition de la représentativité. En sollicitant l'introduction de ce critère

¹¹³⁵Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 28 septembre 2011, 10-26.545, Publié au bulletin. Pour apprécier l'influence d'un syndicat, critère de sa représentativité caractérisé prioritairement par l'activité et l'expérience, le juge doit prendre en considération l'ensemble de ses actions, y compris celles qu'il a menées alors qu'il était affilié à une confédération dont il s'est par la suite désaffilié.

¹¹³⁶Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 10 février 1977, 76-60.237 76-60.238, Publié au bulletin. Le juge estime alors que si les résultats obtenus par un syndicat lors d'élections antérieures au comité d'établissement peuvent constituer un élément d'appréciation de son audience auprès des salariés, il n'en est pas de même de ceux obtenus au cours de l'élection critiquée qui ne sauraient suffire à établir son aptitude préalable à présenter des listes de candidats au premier tour de scrutin (la représentativité s'appréciant à la date du dépôt des listes de candidats)

¹¹³⁷Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF, n°0194 du 21 août 2008 p.13064) .

¹¹³⁸Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

¹¹³⁹Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008) ..

légal par le biais de la position commune du 9 avril 2008, une partie du mouvement syndical¹¹⁴⁰ décide de se détacher de son : « *essentialisme pour se rapprocher, sans se confondre avec un modèle politique* »¹¹⁴¹. Cette évolution ne s'est pas réalisée dans une totale sérénité et se paie au prix d'une controverse syndicale tranchée par les tribunaux. A cette époque la doctrine faisait écho à la thèse selon laquelle le seuil d'audience n'était pas conforme aux normes internationales et européennes, car pouvant entraver la liberté syndicale¹¹⁴²¹¹⁴³¹¹⁴⁴. Mais cette interprétation a été rapidement infirmée par la Cour de cassation¹¹⁴⁵ ayant indiqué que ni les articles n°5 et n°6 de la Charte Sociale Européenne¹¹⁴⁶, ni l'article n°28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne¹¹⁴⁷ ni les conventions n°98¹¹⁴⁸ et n°135 de l'Organisation Internationale du Travail, n'interdisaient aux Etats de réserver le label de représentativité à des organisations syndicales ayant atteint un certain seuil d'audience. L'article n°11 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et de libertés fondamentales, fondant la liberté syndicale, autorise effectivement des mesures visant à encadrer celle-ci. Selon l'arrêt de la Cour de cassation du 14 avril 2010¹¹⁴⁹, le résultat obtenu à l'occasion d'une élection peut être l'un

¹¹⁴⁰Les deux plus grandes confédérations historiques sans l'assentiment des autres organisations concurrentes

¹¹⁴¹Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.142.

¹¹⁴²Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 14 avril 2010, 09-60.426 09-60.429, Publié au bulletin (TI Brest, 27 oct. 2009, n°11-09-000634).

¹¹⁴³Marie-France BIED-CHARRETON, « Le critère de représentativité des 10 % a pour effet de porter atteinte à la liberté syndicale de manière incompatible avec les conventions internationales-Autre regard sur le jugement du Tribunal d'instance de Brest », le Droit Ouvrier, 2010, p. 418.

¹¹⁴⁴Anne BRAUN et Pascal RENNES, *loc.cit.* p.144.

¹¹⁴⁵Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 14 avril 2010, 09-60.426 09-60.429, Publié au bulletin.

¹¹⁴⁶Charte sociale européenne du 3 mai 1996 (Décret n° 2000-110 du 4 février 2000 portant publication de la Charte sociale européenne (révisée) (ensemble une annexe), faite à Strasbourg le 3 mai 1996 (JORF n°0036 du 12 février 2000 page 2230 texte n° 14). Article n°5 : « *Tous les travailleurs et employeurs ont le droit de s'associer librement au sein d'organisations nationales ou internationales pour la protection de leurs intérêts économiques et sociaux* ». Article n°6 : « *Tous les travailleurs et employeurs ont le droit de négocier collectivement* ».

¹¹⁴⁷Charte des droits fondamentaux de l'union européenne (2012/C 326/02) (Journal officiel de l'Union européenne C326 :391 du 25 octobre 2012) (article n°28 : Droit de négociation et d'actions collectives) : « *Les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève.* »

¹¹⁴⁸Convention concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective (Entrée en vigueur : 18 juil. 1951).

¹¹⁴⁹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 14 avril 2010, 09-60.426 09-60.429, Publié au bulletin (TI Brest, 27 oct. 2009, n°11-09-000634). Le juge a estimé que : « *si le droit de mener des négociations collectives est en principe devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts, énoncé à l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les Etats demeurent libres de réserver ce droit aux syndicats représentatifs, ce que ne prohibent ni les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne ni l'article 28 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européen, ni les conventions nos 98 et 135 de l'OIT* » La Cour de cassation fait sienne la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant l'interprétation de l'article n°11 Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. D'autre part à travers sa décision, le juge consolida également les fondements du dualisme de notre système de représentation reposant à la fois sur un pilier syndical et un autre électif. Le juge rappelle que ces deux canaux sont distincts mais tout

des critères d'appréciation de cette capacité à conduire les négociations, constituant un « *des éléments essentiels de la liberté syndicale* »¹¹⁵⁰¹¹⁵¹¹¹⁵²¹¹⁵³¹¹⁵⁴. La même année (2010), la Cour de Cassation confirma son interprétation, en estimant que non seulement la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008¹¹⁵⁵ ne portait pas atteinte à la liberté syndicale mais que : « *la représentation légitimée par le vote, loin de violer le principe de participation des salariés à la détermination collective de leurs conditions de travail par l'intermédiaire de leur des syndicats, en assure au contraire l'effectivité* »¹¹⁵⁶¹¹⁵⁷. Soulignons que la référence du juge à l'effectivité du principe de participation comporte une certaine ambiguïté. En effet, le juge civil semble réduire le principe constitutionnel de participation à la représentation syndicale et notamment à l'expression d'une de ses prérogatives : la négociation collective. Il en ressort une réduction de la portée du principe de participation, et corollairement, une surexposition de la négociation collective (notamment au sein de l'entreprise)¹¹⁵⁸¹¹⁵⁹. Toutefois, cette interprétation est bien symptomatique de la place désormais prise par le procédé transactionnel au sein du droit du travail. La représentativité n'est définitivement plus mise au service de la liberté syndicale, mais se trouve bien assujettie à la notion de négociation collective. Par ailleurs, selon ce point de vue, ce scrutin serait donc à même de conférer aux organisations syndicales représentatives le niveau d'autorité qui leur manquait, afin de participer davantage à la détermination des règles relatives aux conditions de travail. La fin de la controverse validait le choix de l'audience syndicale, et consolidait de ce fait la place prépondérante de ce critère au sein de la notion de

autant légitimes. Les adversaires de cette nouvelle définition de la représentativité pouvaient estimer que le scrutin commun aux deux ensembles distincts représentait une source de confusion. Le juge reconnaît l'existence de ce point commun, mais considère que l'utilisation qui en est faite permet tout de même de maintenir un certain cloisonnement.

¹¹⁵⁰En effet le scrutin a désormais plusieurs fonctions (notamment) : élire les membres du comité social et économique, mesurer l'audience syndicale et procéder indirectement à la désignation du délégué syndical. Le juge considère que ce caractère multifonctionnel du scrutin n'a pas pour effet d'affaiblir les représentants syndicaux au profit des représentants élus. Il estime que chacune de ses fonctions conserve ses prérogatives et n'interfère pas sur les autres. Par conséquent le caractère multifonctionnel du scrutin ne porte pas atteinte à la liberté syndicale. Les nouvelles modalités de désignation du délégué syndical ne constituent pas une ingérence de l'Etat dans le fonctionnement des syndicats.

¹¹⁵¹Cour Européenne des Droits de l'Homme du 12 novembre 2008, requête n 34503/97.

¹¹⁵²Laurence PÉCAUT-RIVOLIER, « La représentativité syndicale à la française n'est pas contraire aux textes européens », Droit Social, 2010, p. 647 .

¹¹⁵³Marie-France BIED-CHARRETON, *loc.cit.* p.198.

¹¹⁵⁴Anne BRAUN et Pascal RENNES, *loc.cit.* p.144.

¹¹⁵⁵Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008) ..

¹¹⁵⁶Cour de cassation, Assemblée plénière, 18 juin 2010, 10-40.005, 10-40.006, 1040.007, Publié au bulletin.

¹¹⁵⁷Jean-Marc BERAUD, *loc.cit.* p.81.

¹¹⁵⁸Jérôme PORTA, *loc.cit.* p.24.

¹¹⁵⁹Cour de cassation, Assemblée plénière, 18 juin 2010, 10-40.005, 10-40.006, 1040.007, Publié au bulletin.

représentativité, même s'il semble définitivement assujettir la représentativité à la négociation collective.

La prédominance du critère de l'audience. Cependant cette validation prétorienne est insuffisante à éclairer la puissance de ce critère. En effet, son rayonnement s'explique par sa nature et son fonctionnement contraste avec les autres critères, car il agit comme un couperet¹¹⁶⁰ aux conséquences radicales n'accordant au juge aucun espace d'appréciation¹¹⁶¹. Ainsi, un syndicat ne justifiant pas du score requis, entendait faire valider la désignation d'un délégué syndical sur la base d'un accord collectif antérieur aux élections le faisant figurer dans la liste des syndicats représentatifs (ainsi que sur le fondement d'une invitation de l'employeur à désigner un délégué). Par son arrêt du 18 mai 2011¹¹⁶², la Cour de cassation précisa que quelque soient les termes de l'accord collectif ou la volonté supposée de l'employeur une telle désignation est impossible: « *en ce qu'elle soumet désormais la représentativité des organisations syndicales à la condition d'avoir obtenu au moins dix pour cent des suffrages exprimés lors du premier tour de l'élections des membres titulaires du comité d'entreprise, la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 est d'ordre public absolu, ce qui interdit par suite, à un accord collectif comme à un employeur de reconnaître la qualité d'organisation syndicales représentative à une organisation qui n'a pas satisfait à cette condition* ». La place singulière de ce critère s'explique donc par sa logique arithmétique excluant toute appréciation relative et se doublant d'un effet radical (voir fatal). Au-dessus du seuil d'audience, le syndicat est représentatif à condition de respecter les six autres critères, mais en dessous de celui-ci, il ne l'est pas quand bien même il validerait ces mêmes critères. Le verdict tombe avec le résultat du premier tour des élections professionnelles au sein de l'entreprise ou la somme de ceux-ci au niveau de la branche professionnelle et au niveau national interprofessionnel. A ces deux derniers niveaux, plus encore qu'au niveau de l'entreprise, ce critère est décisif. En effet, un grand nombre d'entreprises font l'objet d'une concurrence syndicale relativement limitée ou seule une ou deux sections syndicales rivalisent aux différentes élections. Mais au sein du champ national et interprofessionnel se retrouve l'ensemble des confédérations historiques en concurrence avec tous les impétrants à ce label. De même, dans un grand nombre de branches professionnelles, l'ensemble des confédérations syndicales sont en compétition avec des

¹¹⁶⁰Jean-Emmanuel RAY, « La négociation collective entre deux Lois (mai 2004-mai 2008) », Droit Social., 2006, p. 981.

¹¹⁶¹Marie-France BIED-CHARRETON, *loc.cit.* p.198.

¹¹⁶²Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 18 mai 2011, 10-60.406, Publié au bulletin.

organisations n'ayant qu'une dimension professionnelle. Au sein de ces ressorts, le critère de l'audience constitue une véritable règle de départage déterminant l'ordonnancement d'une hiérarchie des poids et des influences des organisations en compétition. Quel que soit le niveau où il s'apprécie, le résultat de l'audience ne peut se discuter ou s'évaluer en relation avec un contexte ou quelque autre élément. Il se trouve dans la jurisprudence, plusieurs illustrations du caractère tranchant de ce mécanisme. Par exemple, recueillir un score juste inférieur à dix pour cent (en l'occurrence 9,98 pour cent) au premier tour des élections professionnelles ne suffit pas pour être reconnu représentatif dans l'entreprise. En cas de doute sur l'exactitude du résultat électoral, inutile pour le syndicat de solliciter un arrondi de la part du juge¹¹⁶³. Nous retrouvons cette rigueur du juge, à d'autres égards, notamment concernant l'imputation de la mesure de cette audience électorale.

L'affiliation confédérale comme élément essentiel du vote des électeurs. En effet, ce même arrêt de 2011¹¹⁶⁴ accorde à la référence confédérale « *un rôle essentiel dans le vote des électeurs* », en cas de migration d'une équipe d'un syndicat vers une autre étiquette, le bénéfice du score électoral doit demeurer à l'organisation d'origine jusqu'au scrutin suivant. Aux termes de plusieurs arrêts du 18 mai 2011¹¹⁶⁵, le juge a estimé qu'un syndicat désaffilié après les élections ne peut plus « *continuer de se prévaloir des suffrages* » obtenus sous l'ancienne affiliation pour revendiquer sa représentativité. Il découle de la décision de désaffiliation prise par l'une ou l'autre des parties (syndicat ou confédération), que la confédération reste titulaire des suffrages exprimés¹¹⁶⁶. Cette restriction de la liberté syndicale s'illustre particulièrement au travers de la situation du syndicat désaffilié ne pouvant plus nommer de délégué syndical et dont la perte d'incarnation peut lui être fatale¹¹⁶⁷. De plus du fait même de cette désaffiliation, le délégué syndical peut perdre son mandat¹¹⁶⁸. Enfin le syndicat désaffilié ne peut apporter à sa nouvelle confédération le bénéfice des suffrages valablement recueillis lors du précédent scrutin. Les

¹¹⁶³Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 6 janvier 2011, 10-18.205, Publié au bulletin et 15 octobre 2015, 14-25.375, Inédit. Le juge a considéré qu'aucun accord collectif (ou engagement unilatéral de l'employeur) ne pouvait déroger aux dispositions imposant pour la mesure d'audience de prendre en compte les résultats obtenus lors des élections du comité d'entreprise.

¹¹⁶⁴Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 6 janvier 2011, 10-18.205, Publié au bulletin.

¹¹⁶⁵Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 18 mai 2011, 10-60.069, 10-60.300, 10-60.264, 10-60.273, Publié au bulletin.

¹¹⁶⁶Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 28 novembre 2012, 12-14.528, Publié au bulletin. La position de la Cour de cassation paraît rigoureuse (ou rugueuse) car elle ne connaît pas d'exception « *quand bien même la décision de désaffiliation émane de la confédération* ».

¹¹⁶⁷Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 18 mai 2011, 10-60.300, Publié au bulletin. Le syndicat désaffilié ne peut revendiquer une audience acquise antérieurement à son départ confédéral pour désigner dans l'entreprise un délégué syndical.

¹¹⁶⁸Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 8 février 2012, 11-13.259, Publié au bulletin.

salariés élus sous l'ancien étendard confédéral ne sont pas crédités au bénéfice de leur nouvelle organisation¹¹⁶⁹. Il en ressort implicitement une « *exigence de loyauté* »¹¹⁷⁰, voire de fidélité du syndicat, à l'égard de sa confédération. Cette interprétation de la jurisprudence, découle de la nécessité des confédérations syndicales de tenir en main leurs différentes troupes, mais constitue toutefois une altération de la liberté syndicale (liberté de s'affilier ou se désaffilier). Cette position charpentée de la Cour de cassation, concernant l'affectation des résultats de la mesure d'audience, s'immisce de façon profonde dans l'intimité de l'autonomie syndicale en arbitrant d'éventuels conflits au sein d'une même confédération. Ainsi en 2011, le juge a décidé que deux syndicats affiliés à la même confédération présents au sein de la même entreprise, ne pouvaient pas additionner leurs nombres respectifs de suffrages valablement exprimés en leur faveur¹¹⁷¹. De même deux syndicats affiliés à la même confédération ne pouvaient pas présenter respectivement des candidats sur des listes différentes dans un même collège¹¹⁷². Or, il peut se produire qu'au sein d'une entreprise composée d'établissements multiples, différents syndicats portant des dénominations différentes mais appartenant à la même confédération présentent des candidats dans chacun de leurs établissements respectifs. La mécanique électorale amène à calculer le score obtenu par cet ensemble syndical, au sein du périmètre de l'entreprise, mais également pour chacun des établissements. Il est évident qu'il ne peut y avoir de confusion en la matière et que chaque électeur doit pouvoir identifier le sens de son vote au sein de l'établissement mais également pour l'entreprise. Par conséquent, le juge confronté à la question de cette absence de clarté électorale, estima qu'il ne fallait pas procéder à la consolidation des résultats des différents syndicats d'une même confédération si ces derniers n'avaient pas clairement présenté leur affiliation aux électeurs qui n'avaient pas pu voter en connaissance de cause¹¹⁷³. Il est indéniable que le nouveau dispositif ascendant de la

¹¹⁶⁹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 18 mai 2011, 10-60.273, Publié au bulletin. La solution a perdu de son importance depuis la Loi du 5 mars 2014. Ce point avait une réelle importance dans le cadre des anciennes modalités de désignation d'un représentant syndical au comité d'établissement.

¹¹⁷⁰Manuela GREVY, « La capacité d'intervention des syndicats face au nouveau régime de la représentativité », *Droit Social*, 2013, p.311.

¹¹⁷¹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 26 octobre 2011, 11-10.290 11-60.003, Publié au bulletin. Dans l'entreprise RENAULT, deux syndicats affiliés à la Confédération Générale du Travail (CGT) se sont présentés au premier tour des élections professionnelles. Le premier syndicat a obtenu plus de huit pour cent des suffrages valablement exprimés (8,72%) et le second a récolté plus de cinq pour cent des voix. Pourtant ces deux listes ne peuvent additionner leurs résultats afin de franchir le seuil de dix pour cent nécessaire pour obtenir l'habilitation de représentativité.

¹¹⁷²Cour de cassation, Chambre sociale, du 17 septembre 2003, 02-60.425, Inédit, 22 septembre 2010, 09-60.435, Publié au bulletin et 10 mai 2012, 11-21.356, Publié au bulletin.

¹¹⁷³Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 12 avril 2012, 11-22.290 et 11-22.291 Publié au bulletin. Il en ressort que : « *l'affiliation confédérale sous laquelle un syndicat a présenté des candidats au premier tour des élections des membres titulaires du comité d'entreprise constitue un élément essentiel du vote des électeurs, et qu'il s'ensuit qu'une organisation syndicale ne peut revendiquer à son profit au sein de l'entreprise, le score*

représentativité reposant sur l'audience électorale est un mécanisme pouvant renforcer l'autonomie des différentes structures composantes des confédérations syndicales et expose ces grands ensembles à un risque d'atomisation¹¹⁷⁴. Mais en considérant que l'affiliation confédérale constitue « *un élément essentiel du vote des électeurs* », le juge renverse cette logique et confère à ces confédérations un outil de maîtrise et de discipline à l'égard de leurs diverses composantes. Rappelons que les sections syndicales ne disposent pas de la personnalité civile et qu'à ce titre elle ne se trouve pas sur un pied d'égalité avec les autres structures syndicales¹¹⁷⁵. Dans ce sens, le juge a ainsi estimé que la confédération quittée par les anciens membres de son équipe locale, mais justifiant malgré tout du maintien d'une section syndicale, pouvait se prévaloir des suffrages valablement exprimés en sa faveur et désigner un nouveau délégué syndical¹¹⁷⁶.

Les risques de la décentralisation et la mesure de l'audience syndicale. Finalement, le phénomène de la décentralisation des relations professionnelles favorisant l'autonomisation des sections syndicales d'entreprise est quelque peu contrebalancé par quelques décisions judiciaires favorables aux confédérations professionnelles nationales¹¹⁷⁷¹¹⁷⁸. Mais cette digue prétorienne, interroge sur la capacité réelle des organisations interprofessionnelles nationales à conserver une cohérence générale de leur action face au développement d'un « *corporatisme d'entreprise* ». Selon le juge civil, les électeurs fonderaient prioritairement leur vote en fonction d'un sigle confédéral, mais dans la pratique les sections syndicales d'entreprise (ou d'établissement) titulaires de cette « *étiquette* » sont entraînées dans un mouvement de décentralisation les détachant de leur centre de décision. Le délégué syndical pratique désormais moins une négociation visant une harmonisation ou une régulation professionnelle

électorale obtenu par un syndicat qui lui est affilié qu'à la condition que cette affiliation ait été mentionnée sur le bulletin de vote au moyen des que les électeurs ont exprimé leur choix ou ait été porté à leur connaissance certaine par le syndicat».

¹¹⁷⁴L'application principe de concordance aurait pu avoir pour effet de renforcer la notion d'équipe syndicale local au détriment de celle d'étendard confédérale. Toutefois, nous avons étudié que la « *disparition* » progressive ou plutôt en « *trompe l'œil* » de la présomption irréfragable de représentativité n'a que peu diluer l'importance de ce système confédérale. Mais il a fallu mettre en place une série de digues afin d'éviter que le fleuve ne suive cette pente. Cet écoulement aurait été synonyme d'une véritable explosion du paysage syndical en une myriade d'organisation ne bénéficiant plus de centre et de système de coordination. Cela aurait correspondu au véritable avènement d'un syndical d'entreprise.

¹¹⁷⁵La confédération ou la fédération dispose d'un second outil capable de discipline et cohérence. En effet, la section syndicale n'ayant pas de personnalité morale n'est pas partie à l'éventuel accord signé. Seul le syndicat qui en dispose juridiquement est signataire de celui-ci.

¹¹⁷⁶Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 18 mai 2011, 10-60.069, Publié au bulletin.

¹¹⁷⁷Jean-Marie PERNOT, *loc.cit* p.79.

¹¹⁷⁸Thomas AMOSSE, Catherine BLOCH-LONDON et Loup WOLFF (sous la direction), « Les relations sociales en entreprise », Paris, « Recherche », La Découverte, 2008, p.452.

des conditions de travail à un plus haut niveau, et conduit de plus en plus une négociation visant à améliorer la compétitive de son entreprise¹¹⁷⁹. Le syndicalisme français a toujours été structuré sur un modèle confédéral de tendance, mais l'adhésion s'y effectue en faveur d'une organisation syndicale qui bénéficie de sa propre autonomie juridique à l'égard la confédération à laquelle elle est éventuellement affiliée¹¹⁸⁰. De même, si le délégué syndical n'est nullement le mandataire civil de chaque salarié ayant voté pour lui (ou du collectif de travailleur qu'il représente), il représente tout de même une équipe syndicale locale (section syndicale) ainsi que l'organisation syndicale affiliée à une confédération nationale interprofessionnelle en charge de la défense de l'intérêt collectif de l'ensemble des salariés. Par conséquent, en reconnaissant une grande force au lien d'affiliation confédérale (notamment dans les situations de désaffiliation syndicales)¹¹⁸¹¹¹⁸²¹¹⁸³ et en soutenant ce confédéralisme de tendance, la jurisprudence de la Cour de cassation s'inscrit dans cette tradition négligeant l'autonomie juridique des différents éléments pouvant composer ces grands ensembles¹¹⁸⁴¹¹⁸⁵¹¹⁸⁶. Par conséquent, pour les motifs que nous venons d'exposer, la Cour de Cassation semble soutenir ce paradoxe, le choix de l'électeur se fonderait sur un label national alors que le délégué syndical mènerait une négociation dans l'intérêt de ses « *électeurs* » voire de l'entreprise. A ce titre, on comprend que la désaffiliation confédérale d'une simple section syndicale trouble les résultats de la mesure d'audience. De même, au sein de l'entreprise, ce départ peut mettre en péril la détermination de la liste des organisations estimées représentatives capables de mener les négociations collectives. Par conséquent, une modification de la cohorte formée des organisations bénéficiaires de ce titre pourrait entraîner des conséquences notables sur la bonne

¹¹⁷⁹ Jean-Marie PERNOT, *loc.cit* p.79. En pratique, les sections syndicales titulaires de cette « *marque* » ont tendance à se détacher de leur centre confédéral de décision. En effet, dans l'effectivité de l'entreprise, le délégué syndical incarne la section syndicale, et se trouve invité à pratiquer une négociation visant à améliorer la compétitive de son entreprise. Une négociation ayant pour objet l'harmonisation ou la régulation professionnelle des conditions de travail paraît être plus secondaire.

¹¹⁸⁰ La liberté de former des unions et de s'y affilier, reconnue dès la Loi du 21 mars 1884, est protégée par la convention n°87 de l'Organisation Internationale du Travail relative à la liberté syndicale et à la protection du droit syndical aux termes de laquelle: « *l'acquisition de la personnalité juridique par les syndicats ne peut être subordonnée à des conditions de nature à mettre en cause l'exercice de leur liberté d'élaborer leurs statuts, d'élire leurs représentants, de formuler leur programme d'action et de s'affilier à des fédérations et confédérations* ».

¹¹⁸¹ Manuela GREVY, « Affiliation syndicale et démocratie sociale », *Revue de Droit du Travail*, n° 9, 2011, p. 489.

¹¹⁸² Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 18 mai 2011, 10-60.069, Publié au bulletin.

¹¹⁸³ Bernard GAURIAU, « L'affiliation confédérale du syndicat, élément essentiel du vote des électeurs », *Juriscasseur périodique (La Semaine Juridique)* 2011, n° 30, p. 22.

¹¹⁸⁴ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 5 mars 2008, 07-60.060, Publié au bulletin. Le juge envisage toujours les syndicats affiliés (à une même union) comme un bloc.

¹¹⁸⁵ Franck PETIT, « L'affiliation confédérale, élément déterminant du vote des salariés », *Droit Social*, 2011, p. 1063.

¹¹⁸⁶ Manuela GREVY, *Ibid.*

conduite des négociations collectives en cours. Il apparaît que la position du juge à ce sujet doit également s'analyser à la lumière de ce dernier risque, et se dévoile donc comme sa volonté de maintenir une certaine stabilité de cette liste malgré les éventuelles aléas ou péripéties de la vie des organisations découlant de l'exercice de leur liberté syndicale. Nous savons donc que selon la Cour de cassation l'électeur détermine clairement et principalement son choix en fonction de valeurs incarnées par la confédération syndicale¹¹⁸⁷¹¹⁸⁸. Cela signifie que le salarié érigerait l'étiquette confédérale comme élément principal de son vote, et hisserait la mesure de l'audience syndicale en première position de sa propre hiérarchie. Ce classement s'effectuerait donc au détriment de l'élection locale des représentants du personnel. Pour l'électeur, il s'agirait moins de voter en faveur d'un collègue chargé de la représentation de la communauté de travail qu'en faveur de l'étiquette d'une confédération chargée de rédiger les prémisses de la Loi. Selon cette interprétation prétorienne, c'est ce vote qui a vocation à sceller l'autorité de ces confédérations sur leurs membres.

Conserver le modèle confédéral de tendance. Il faut reconnaître qu'une prise de position contraire¹¹⁸⁹ de la Cour de cassation en ce domaine aurait marqué un trop fort affaiblissement des confédérations syndicales. En effet, une autre lecture aboutirait quasi irrésistiblement à doter la section syndicale de la personnalité morale, allant ainsi à l'encontre de la position clairement affirmée par la Cour de cassation¹¹⁹⁰¹¹⁹¹ et encouragerait une atomisation du mouvement syndical reposant sur un syndicalisme d'entreprise¹¹⁹²¹¹⁹³. Or, cette direction n'est pas celle du législateur visant la mise en place d'un système de coproduction législative capable d'accompagner un grand phénomène de décentralisation des relations professionnelles. Le rayonnement du critère de l'audience a pour effet de renforcer la légitimité des acteurs

¹¹⁸⁷Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 18 mai 2011, 10-60.069 et n° 10-21.705, Publié au bulletin et 28 novembre 2012, 12-14.528, Publié au bulletin. Selon la Cour de cassation « *En cas de désaffiliation après ces élections, le syndicat ne peut plus continuer à se prévaloir des suffrages obtenus pour se prétendre représentatif* ».

¹¹⁸⁸Jean-Marie PERNOT, « La Loi du 20 août 2008 et la portabilité des suffrages », *Revue Droit du Travail*, 2011, p.427.

¹¹⁸⁹Préférence à l'équipe syndicale locale, liberté de s'affilier ou se désaffilier sans conséquence sur l'obtention du label de représentativité.

¹¹⁹⁰Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.149. Selon l'auteur : « *Cette évolution ne saurait être encouragée si l'on reste attaché à l'idée qu'en ouvrant les portes de l'entreprise aux syndicats la Loi du 27 décembre 1968 n'a pas instauré un syndicalisme d'entreprise, elle a simplement permis aux syndicats plus souvent constitués à l'extérieur d'y pénétrer. Cette construction doit être préservée sous peine de toucher à la structuration actuelle du mouvement syndical, telle qu'elle résulte du libre choix des grandes confédération* ».

¹¹⁹¹Cour de cassation, Chambre sociale, du 18 juillet 1979, 79-60.118, Publié au bulletin et du 30 mai 2001, 00-60.159, Publié au bulletin.

¹¹⁹²Jean-Marie PERNOT, *loc.cit.* p.79.

¹¹⁹³Thomas AMOSSE, Catherine BLOCH-LONDON et Loup WOLFF (sous la direction), *op.cit.* p.203

syndicaux locaux bénéficiant du label de représentativité. Mais cette puissance qui leur est octroyée ne doit pas avoir pour conséquent la perte de la capacité de coordination des différentes unités de représentation par les grandes confédérations syndicales nationales. Cette centralité est le gage de la cohérence de l'action syndicale. Sa perte impliquerait un risque d'affaiblissement préjudiciable à la réalisation de l'objectif initial. Cependant, il est possible de douter du sens univoque donné par la Cour de cassation au vote du salarié, car il semble que celui-ci exprime bien par son geste tout autant son attachement pour une étiquette que pour une équipe syndicale¹¹⁹⁴. Il apparaît même que l'équilibre général du système de relations professionnelles nécessite qu'aucune des différentes dimensions du scrutin ne l'emporte sur l'autre. Son existence semble précisément reposer sur deux piliers : le caractère multifonctionnel du scrutin choisi dans le but de mesurer l'audience syndicale et le cordon reliant l'équipe syndicale locale à l'étiquette confédérale nationale. Par conséquent, cette interprétation prétorienne prend le risque de faire de ce scrutin l'expression d'une opinion. Ce choix n'est donc pas neutre et comporte de multiples incidences¹¹⁹⁵, car il se pourrait bien que : « *l'utilisation des résultats à d'autres fins que la seule mise en place de la représentation du personnel finisse par exercer une influence sur les comportements électoraux et au-delà sur les contentieux* »¹¹⁹⁶.

Au travers de l'examen du critère de l'audience, se dévoile donc un système de représentativité hésitant entre deux formules : centralisée ou décentralisée. La première formule (dispositif centralisé) serait associée à un syndicalisme confédéral et la seconde formule (dispositif décentralisé) serait mariée à un syndicalisme d'entreprise.

Les paradoxes de la nouvelle définition de la représentativité salariale. Ce système naviguant entre deux pôles apparaît par conséquent enfermé dans un réseau de paradoxes. Le premier paradoxe consiste à rechercher l'avènement de protagonistes interprofessionnels nationaux puissants capables de participer à l'élaboration de la Loi mais dont l'autorité repose sur un système ascendant de représentativité basé sur un scrutin professionnel décentralisé. Le second paradoxe repose sur le choix du scrutin utilisé afin de mesurer l'audience des organisations syndicales représentatives. Il apparaît paradoxal de souhaiter fonder l'autorité de ces divers

¹¹⁹⁴Manuela GREVY, *loc.cit.* p.202.

¹¹⁹⁵ Il impliquait notamment un scrutin spécifique et dédiée pour les entreprises dépourvues d'instances représentatives du personnel et des solutions subsidiaires pour celles non dotées de comité d'entreprise.

¹¹⁹⁶ Pierre-Yves VERKINDT, *loc.cit.* p.13.

acteurs sociaux sur une élection décentralisée ayant plusieurs fonctions plutôt que sur un scrutin spécifique entouré d'un enjeu clairement identifié. Ce scrutin à enjeux multiples constitue une source de perte de sens pour l'électeur. Il nous apparaît que le choix de ce scrutin renforce une régulation très décentralisée de la négociation collective, valorisant plus les équipes syndicales locales que les confédérations interprofessionnelles. Il en ressort donc un troisième paradoxe, conserver l'unité de ces organisations nationales au moment d'un éclatement décentralisée de la représentation¹¹⁹⁷. D'un côté, des forces centrifuges poussent à une décentralisation et de l'autre des forces centripètes soufflent vers une centralisation. Au centre de ces vents tourbillonnant, la réforme de la représentativité s'est fixée comme objectif principal la valorisation de l'autorité des acteurs par le truchement de l'audience syndicale.

« *Authenticité* » et « *influence* ». Un des changements majeurs de cette révision fut de faire du critère électoral la « *pierre angulaire de la mesure de la représentativité* »¹¹⁹⁸. La prédominance tranchante de ce critère fait de ce label une notion assez peu discutable¹¹⁹⁹ qui apparaît plus rationnelle et plus objective, au sens où elle laisse moins d'espace à l'appréciation judiciaire (ou administrative). A ce sujet, le juge réalise un traitement différent et singulier du critère de l'audience¹²⁰⁰ délivrant une appréciation raide et sévère de ce critère alors que les autres éléments font de sa part une analyse relative et accommodante¹²⁰¹. Sa distinction caractérise donc son importance et fonde sa prédominance sur les autres. Si la nouvelle définition de la représentativité marque un glissement de la notion d'« *authenticité* » vers celle d'« *influence* », il ne faut pas trop se hâter au moment de formuler des conclusions à ce sujet. En effet, sa domination est tellement large qu'elle peut être source d'une confusion courante réduisant la représentativité à la seule mesure de l'audience syndicale. Le mouvement ouvrier a longtemps manifesté sa défiance à l'encontre des procédures démocratiques et reste très attaché à la notion d'« *authenticité* » qui s'est construite sur la base d'une expérience, d'une influence, d'une activité et d'un réseau d'acteurs qui ne laisse pas place à une seule et unique légitimité issue de l'exercice d'un scrutin. Si le législateur avait opté pour une consultation inédite dite de

¹¹⁹⁷ Pierre-Éric TIXIER, *loc.cit.* p.14.

¹¹⁹⁸ Sophie BEROUD, *loc.cit.* p.12.

¹¹⁹⁹ Pierre-Éric TIXIER, *loc.cit.* p.14.

¹²⁰⁰ Il se révèle très sourcilieux concernant les éléments d'information donnés aux électeurs lors du processus électoral, car il est important que ceux-ci votent en connaissance de cause. Comme nous le savons, il estime ensuite que l'électeur forge son choix sur la base d'une étiquette confédérale et que l'équipe syndicale locale n'est pas titulaire des suffrages obtenus.

¹²⁰¹ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 28 septembre 2011, 10-26.545, Publié au bulletin. Pour apprécier l'influence d'un syndicat, critère de sa représentativité caractérisé prioritairement par l'activité et l'expérience, le juge doit prendre en considération l'ensemble de ses actions, y compris celles qu'il a menées alors qu'il était affilié à une confédération dont il s'est par la suite désaffilié.

représentativité organisée dans toutes les branches selon une périodicité prédéterminée et garantissant à tous les salariés la possibilité de se prononcer quelle que soit la taille de leur entreprise, ce choix aurait alors correspondu à une autre dimension du titre de représentativité, plus proche de la représentation politique, qui se serait : « *vue davantage adossée à l'opinion qu'à l'action menée par les syndicats dans l'entreprise* »¹²⁰². Les autres éléments de la définition de la notion de représentativité ne font donc pas de la figuration, et ont été maintenus par les protagonistes sociaux et le législateur afin que cette notion conserve toute son authenticité et son enracinement dans une pratique historique¹²⁰³¹²⁰⁴. En conclusion, la représentativité syndicale correspond à un alliage solide de plusieurs notions mais favorisant nettement l'audience. Cette évolution peut apparaître pour certain comme souhaitable idéologiquement, et pour d'autres nécessaire car correspondant à une transformation profonde du droit de la négociation collective¹²⁰⁵. A ce titre, le professeur Georges BORENFREUND, considère que le législateur a soumis les protagonistes sociaux au : « *défi de l'audience électorale* »¹²⁰⁶ alors que le professeur Paul-Henri ANTONMATTEI semble se résigner à ce choix par défaut s'imposant du fait de l'« *extrême faiblesse du critère de l'adhésion* »¹²⁰⁷.

Un label difficile à acquérir et l'importance du pluralisme. Si le critère de l'audience syndicale sur un fondement électoral n'est pas spécifique à la France¹²⁰⁸¹²⁰⁹¹²¹⁰, le label de droit interne apparaît plus difficilement atteignable (sept critères) tout en conférant moins de pouvoirs. En procédant à une révision de la notion de représentativité, le législateur s'introduit très profondément au cœur de l'ordre professionnel et procède incidemment à une révision des modes de fonctionnement interne des organisations syndicales. En effet, le choix d'une représentativité fondée principalement sur l'audience électorale correspondait à un objectif de renouvellement et de renforcement de la légitimité syndicale. Par conséquent, évaluons si l'un

¹²⁰²Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.142.

¹²⁰³Cour de cassation, Assemblée plénière, 18 juin 2010, 10-40.005, 10-40.006, 1040.007, Publié au bulletin.

¹²⁰⁴Jean-Marc BERAUD, *loc.cit.* p.81.

¹²⁰⁵Laetitia BONNARD PLANCKE, « Convention collective et collectivité de travail- aux origines de l'idée majoritaire en matière de négociation collective », *Droit Social*, 2005, p.866.

¹²⁰⁶Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.142.

¹²⁰⁷Paul-Henri ANTONMATTEI, « Vers un droit électoral professionnel », *Droit social*, 2013, p.527.

¹²⁰⁸Sophie BEROUD, *loc.cit.* p.12.

¹²⁰⁹Olivier LECLERC, *loc.cit.* p.174.

¹²¹⁰Toutefois, le système français n'est pas tout à fait comparable au système très décentralisée de syndicalisme d'entreprise anglo-saxon. Dans ces deux systèmes, chaque syndicat doit partir à la conquête de son label par le vote au sein de son entreprise. Toutefois le système français impose aux syndicats sept critères cumulatif dont le score électoral requis. Au sein du système anglo-saxon le seuil d'accréditation et d'obtention du label est élevé (majorité); mais une fois ce titre acquis il confère à son titulaire un monopole de la représentation associé à un mode de financement garantissant une forte pérennité.

et l'autre de ces objectifs a bien été atteint. Il s'agissait bien d'abord d'une stratégie institutionnelle visant à court terme une rationalisation du nombre des structures confédérales, puis par la suite une recomposition¹²¹¹ par une grande labilité du paysage syndicale¹²¹²¹²¹³. Au-delà de l'épreuve revigorante de l'audience électorale, les salariés satisfaits des résultats de la négociation collective menée par ces protagonistes auraient dû également reprendre les chemins de l'adhésion syndicale¹²¹⁴. Or, il s'avère que le droit positif a également fait le choix de seuils (et modalités de calcul de ceux-ci)¹²¹⁵, d'audience objectivement bas¹²¹⁶ favorisant le pluralisme (voire l'émiettement), alors qu'un seuil élevé aurait effectivement encouragé l'unité et la recomposition syndicale, par le bais d'une plus forte intensité de la concurrence et une distribution plus restreinte de ce titre aux organisations syndicales impétrantes. Par conséquent, quand bien même au sein des ressorts les plus décentralisés on a pu constater un renouvellement de certains acteurs sociaux, le bouleversement du paysage syndical confédéral¹²¹⁷¹²¹⁸ par recomposition organique n'a pas eu lieu.

En définitive, si la redéfinition de la notion de représentativité n'a pas provoqué cette recomposition confédérale, il apparaît tout de même nécessaire de se demander si elle a effectivement renforcé la légitimité des organisations syndicales bénéficiaires de ce label. Or, cette question « *au cœur des préoccupations* »¹²¹⁹ peut s'examiner autour de quatre axes : la relation entre les syndicats et les salariés, entre les organisations elles-mêmes, à l'égard de l'employeur et de l'Etat.

¹²¹¹Jérôme PORTA, *loc.cit.* p.24.

¹²¹²Olivier LECLERC, *loc.cit.* p.174.

¹²¹³Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JO, n°0194 du 21 août 2008 p.13064).

¹²¹⁴Christian DUFOUR et Adelheid HEGE, « L'évolution de la négociation collective et de ses acteurs dans six pays européens », Relations industrielles, 2011, vol. 66, n° 4, p. 535-561.

¹²¹⁵Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008) .a fixé le seuil à dix pour cent des suffrages pour l'entreprise et huit pour cent pour les autres niveaux de négociation Ces taux sont calculés sur le total les suffrages valablement exprimés et non pas sur le total des inscrits.

¹²¹⁶Olivier LECLERC, *loc.cit.* p.174.

¹²¹⁷Jean-Emmanuel RAY, *loc.cit.* p.200. Selon l'auteur : « *La restructuration syndicale voulue par la Position commune et que l'on attendait au sommet (ex. : la fusion programmée UNSA/CFE-CGC qui a finalement échoué après le bon score réalisé par la CGC aux prud'homales du 3 décembre 2008), a déjà commencé partout à la base, avec des fiançailles, des pacs ou des mariages inattendus (ex: CFDT + FGAAC à la SNCF ; CFE/UNSA à France Telecom Mercato syndical. Dans la pratique, les élections restent souvent intuitu personae, l'étiquette syndicale important moins que la réputation des têtes de listes* ».

¹²¹⁸Alors que l'effet attendu (ou redouté) par les protagonistes sociaux était une recomposition syndicale, il faut constater qu'après plusieurs cycles électoraux le paysage confédéral ne fait pas l'objet des bouleversements importants annoncés.

¹²¹⁹Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

Les effets de la représentativité à l'égard des salariés. En premier lieu, la relation électorale renforcerait la légitimité des organisations syndicales représentatives à l'égard des salariés¹²²⁰¹²²¹¹²²²¹²²³. La notion de légitimité peut se révéler particulièrement difficile à définir¹²²⁴, car elle peut découler à la fois des procédures de sélection et d'habilitation des représentants mais également des modalités de contrôle des représentés à l'égard de l'action des représentants les concernant. Selon le professeur Georges BORENFREUND : « *la légitimité peut s'entendre alors comme la qualité des représentants lorsqu'ils exercent leur pouvoir en conformité avec les aspirations de ceux au nom desquels ils agissent* »¹²²⁵. En ce sens le lien électoral peut justement conforter une réelle « *concordance* » en ce domaine. Toutefois, par le biais de la réforme de la représentativité, le législateur ne s'est-il pas contenté de procéder à une modification de l'unité de valeur de la mesure de la relation entre les organisations syndicales et les salariés ? En effet cette jauge certes plus précise et plus objective : est-elle plus capable d'évaluer l'authenticité de ce lien ? Cette relation s'évaluait autrefois à l'aune du nombre de militants, dorénavant elle fait l'objet d'une pesée du nombre de bulletins reçus. Nous avons modifié l'étalon de référence mais que penser de la qualité du lien ? La relation militante matérialisée par l'adhésion (ou l'action) semble plus intense mais de moins en moins répandue, alors que lien électoral incarné par le vote semble plus faible mais mieux partagé car plus diffusé. Finalement la controverse sur ce point ne semble pas se refermer car le bilan apparaît encore mitigé.

Les effets de la représentativité sur les organisations syndicales. La représentativité est devenue avant tout autre chose un outil de sélection et d'habilitation permettant d'identifier les structures les plus aptes à exercer le droit de négocier pour le compte des salariés. Elle doit donc être analysée par le truchement du prisme des négociations collectives. Dans le cadre de ces pourparlers, le titulaire de ce label est censé bénéficier d'une meilleure assise (la mesure d'audience) et par conséquent d'une plus grande autorité face à l'employeur. Par conséquent, l'introduction du critère électoral aurait une portée remarquable et particulièrement remarquable

¹²²⁰Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.142.

¹²²¹Hubert LANDIER et Daniel LABBÉ, « Les organisations syndicales en France », Paris, Editions Liaisons, 2004, p.240.

¹²²²Daniel LABBÉ et Stéphane COURTOIS, « Regards sur la crise du syndicalisme », Paris, L'Harmattan, 2001, p.224.

¹²²³Jean-François. AMADIEU, « Les syndicats en miette », Paris, Editions du Seuil, 1999, p.224.

¹²²⁴Un point central de notre recherche sera d'identifier s'il existe un lien substantiel entre légitimité et audience électorale. Autrement dit les succès électoraux correspondent-ils à l'étalon de la légitimité syndical, lui ouvrant droit à des prérogatives élargies ? Nous étudierons cette question plus loin.

¹²²⁵Georges BORENFREUND, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *loc.cit.* p.14

par la Cour de cassation¹²²⁶. En effet, le juge estime désormais que le vote des salariés détermine une nouvelle habilitation dont bénéficieraient les protagonistes sociaux sélectionnés leur conférant une plus large autonomie contractuelle. Il en résulterait donc une nouvelle légitimité des acteurs sociaux permettant de renforcer l'effectivité du principe de participation. Il nous semble toutefois que cette interprétation prétorienne effectue une confusion entre « *légitimité* » et « *puissance* ». Les organisations syndicales représentatives sont « *légitimes* » car elles ont bien reçu un titre délivré sur la base de sept critères légaux. Par cette habilitation, elles sont considérées comme étant les plus aptes à représenter et négocier pour le compte du collectif des salariées. Ce titre leur confère indéniablement une autorité légale, mais il est possible de douter de leur puissance réelle dans le rapport de force les opposant à l'employeur.

Les effets de la représentativité à l'égard de l'employeur. En effet, ce label largement distribué semble délivrer une autorité émietée en autant de morceaux que de bénéficiaires. Selon une logique exclusivement professionnelle, la représentativité correspond à cette capacité des syndicats à représenter les intérêts des travailleurs face à leurs employeurs. Par conséquent la mesure d'audience permet sans conteste de procéder objectivement à cette sélection. Toutefois le seuil de la jauge étant bas, le système est insuffisamment sélectif et de ce fait, incapable de véritablement renforcer l'autorité intrinsèque des titulaires du label. En comparaison, le système allemand de sélection des acteurs des négociations collectives est particulièrement intéressant à étudier car il se réfère à la notion éclairante de « *capacité conventionnelle* ». L'alinéa n°2 de la Loi sur les conventions collectives (TVG)¹²²⁷ réserve la qualité de parties aux pourparlers aux seules coalitions « *capables de conclure des conventions collectives* »¹²²⁸. Le juge allemand a précisé cette notion de « *capacité conventionnelle* » en partant des fonctions remplies par la convention ou l'accord collectif à l'égard de la Loi. En l'occurrence, la convention collective n'ayant pas seulement pour fonction de compléter d'une façon ou d'une autre la Loi mais plutôt de remédier directement à cette absence, l'accord collectif se doit de « *corriger* » une inégalité structurelle découlant de la formation du contrat de travail. Par conséquent, cette convention collective doit être négociée par des organisations « *capables* »

¹²²⁶Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 27 janvier 2015, 13-22.179, Publié au bulletin. Selon le juge « *Par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote* ».

¹²²⁷L'article 9-III de la Loi fondamentale allemande consacre, le droit de chacun et pour toutes les professions de créer des groupements en vue de la protection et de l'amélioration des conditions de travail et économique. Il s'agit d'une liberté dite de « *coalition* » garantissant dans une dimension collective le droit de conclure des conventions collectives.

¹²²⁸Ulrike Wendeling-SCHRÖDER, Patrick REMY et Guylaine VALLEE, « Représentativité syndicale et négociation collective », *Revue de Droit du Travail*, 2006, p. 408.

au sens où ces dernières doivent être « *puissantes* »¹²²⁹. Il en ressort donc que la notion de « *capacité conventionnelle* » allemande correspond à la mesure d'une puissance. Cette notion ne correspond pas à la recherche d'une légitimité car : « *elle mesure donc moins comme son pendant français, la légitimité des organisations par rapport aux salariés que leur puissance par rapport à la partie patronale* »¹²³⁰. En effet la relation de légitimité entre l'organisation syndicale allemande et les salariés n'a pas de nécessité d'être mesurée car elle se matérialise uniquement par l'adhésion. La démocratie interne au sein des organisations syndicales allemandes assure la légitimité de leur action à l'égard de leurs adhérents. Le système germanique n'apprécie pas la qualité du lien entre l'organisation et l'adhérent, mais la puissance manifestée par cette organisation à l'encontre de l'employeur. Selon le juge de la Cour Fédérale du Travail Allemande¹²³¹, une organisation syndicale est suffisamment puissante quand elle est en mesure d'exercer une pression et une contre pression sur la partie patronale. Cette pression induit que la partie patronale prend au sérieux les revendications de la partie salariée. Le sérieux de la puissance syndicale sera évalué par la partie patronale le cas échéant par son aptitude à engager un mouvement de grève¹²³². Finalement, cette puissance se matérialise donc par la capacité à faire grève mais également par le nombre d'adhérents de l'organisation syndicale. Par conséquent, ces deux systèmes se distinguent par d'un côté une relation de légitimité des organisations syndicales à l'égard des salariés, et d'un autre côté de puissance à l'encontre des employeurs.

Les effets de la représentativité à l'égard de l'Etat. Ils se démarquent également par leur relation à l'Etat, car dans un cas les uns s'inscrivent dans une logique de « *subsidiarité* » quand les autres se reconnaissent dans la « *concertation* ». Selon une logique institutionnelle, la représentativité permet également de procéder à la sélection des protagonistes sociaux spécialement dans le cadre d'une négociation légiférante¹²³³. Paradoxalement, cette évolution conduite par l'Etat, constitue également sous certains aspects, une technique d'affirmation des protagonistes sociaux à son égard¹²³⁴. En effet, il apparaît que l'essor du vote au sein des relations professionnelles ne peut pleinement se comprendre que par la manifestation de la

¹²²⁹Ulrike Wendeling-SCHRÖDER, Patrick REMY et Guylaine VALLEE, *loc.cit.* p.211.

¹²³⁰Ulrike Wendeling-SCHRÖDER, Patrick REMY et Guylaine VALLEE, *loc.cit.* p.211.

¹²³¹Ulrike Wendeling-SCHRÖDER, Patrick REMY et Guylaine VALLEE, *loc.cit.* p.211. (Cour fédérale du travail dans une décision du 28 mars 2006).

¹²³²Ulrike Wendeling-SCHRÖDER, Patrick REMY et Guylaine VALLEE, *loc.cit.* p.211. Il en ressort qu'au sein du modèle allemand la grève est un droit organique du syndicat qui entretient un lien consubstantiel avec le droit de la négociation collective.

¹²³³Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

¹²³⁴Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

volonté d'associer les protagonistes sociaux à l'élaboration de la Loi. Il ne s'agit plus d'une mesure visant uniquement à renforcer le lien entre les salariés et les organisations professionnelles ou à l'encontre de l'employeur, mais principalement comme : « *un vecteur de légitimation démocratique des auteurs de la norme* »¹²³⁵. Finalement, la volonté de privilégier le renforcement du lien entre les salariés et les syndicats « *ne se comprend pleinement que rapportée aux relations entre les syndicats et l'Etat* »¹²³⁶. En effet, la révision de la notion de représentativité ne peut véritablement s'apprécier qu'à travers une volonté de développer une décentralisation des politiques publiques par la négociation collective d'entreprise. Il ne s'agit pas tant de renforcer les organisations syndicales dans leur relation avec l'employeur, que de sélectionner des interlocuteurs institutionnels dans le cadre d'une éventuelle procédure de concertation. Il est possible d'entrevoir une relation de cause à effet entre le dispositif législatif prévue par la Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007¹²³⁷ associant les protagonistes sociaux à un processus pré-législatif d'élaboration des Lois et la redéfinition de la représentativité effectuée par la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008¹²³⁸. Cette dernière relation semble la plus aboutie de celle que nous venons d'examiner, sans que la finalité des organisations professionnelles ne soit pour autant modifiée¹²³⁹.

En définitive, il ne s'agit pas d'échanger une « *légitimité historique* » reposant sur l'action collective et un enracinement au sein du monde du travail contre une puissance (ou une autorité) trempée dans une légitimité exclusivement électorale¹²⁴⁰¹²⁴¹¹²⁴²¹²⁴³ afin de déterminer la Loi. Au travers de la révision de la représentativité syndicale, la chorale formée des protagonistes sociaux et du législateur a fait le choix de consacrer l'audience électorale comme l'élément prédominant de cette notion. Cette révision de la représentativité avait pour finalité le renforcement de la légitimité des acteurs syndicaux. En conclusion, il se constate effectivement un renforcement institutionnel de ces derniers sans que cela corresponde à un réel renforcement de leur autorité notamment à l'égard de l'employeur.

¹²³⁵Olivier LECLERC, *loc.cit.* p.174.

¹²³⁶Olivier LECLERC, *loc.cit.* p.174.

¹²³⁷Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO n°27 du 1 février 2007, p. 1944)

¹²³⁸Olivier LECLERC, *loc.cit.* p.174.

¹²³⁹L'objet du syndicat représentatif reste la défense des intérêts des salariés de la profession et dans ce sens il participe directement à la détermination des conditions de travail, mais ne se trouve pas pour autant chargé de la définition de l'intérêt général.

¹²⁴⁰Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

¹²⁴¹Michel CHASSANG, «Les entreprises libérales doivent accéder à la représentativité patronale», *Droit social*, 2014, p. 260.

¹²⁴²Laetitia BONNARD PLANCKE, *loc.cit.* p.208.

¹²⁴³Olivier LECLERC, *loc.cit.* p.174.

2.3.2. Les critères légaux de la représentativité patronale : l'importance de l'adhésion

Cette conclusion nous amène par souci de symétrie à l'étude matérielle des critères objectifs établissant la notion de représentativité patronale. Soulignons que justement l'impulsion initiale des protagonistes sociaux était qu'il existe une symétrie au sujet des critères déterminant les deux notions de représentativité (patronale et syndicale). Cependant, nous savons par avance qu'il s'agit en réalité d'une « *symétrie imparfaite* », nous nous attacherons donc à expliquer les causes des différences et exposerons les caractéristiques propres à l'univers patronal. Par conséquent nous insisterons plus sur les différences que sur les convergences. Nous porterons un grand intérêt à l'examen de l'audience constituant la principale singularité de la notion de représentativité patronale. Commençons par souligner l'indéniable novation que représente la création de cette notion légale.

La nouvelle place de la représentativité patronale. Avant Loi n°2014-288 du 5 mars 2014¹²⁴⁴, la question de la représentativité de l'organisation patronale signataire n'était posée qu'au moment d'un éventuel contentieux administratif relatif à l'arrêté ministériel d'extension de l'accord collectif signé. Le critère des « *effectifs* » était alors qualifié par la doctrine comme « *essentiel et principal* »¹²⁴⁵ et par le juge administratif comme « *un élément déterminant* »¹²⁴⁶. Néanmoins il constituait une réelle difficulté, pour laquelle celui-ci semblait tâtonner et cherchait de nouveaux points de comparaison et de référence¹²⁴⁷. Ainsi le juge administratif concentra d'abord son appréciation sur l'implantation géographique homogène sur le territoire¹²⁴⁸. Puis il considéra que la représentativité patronale devait principalement s'apprécier par une présence professionnelle effective dans les différents secteurs et/ou branches du périmètre du ressort considéré ou encore en fonction de la part du chiffre

¹²⁴⁴Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p.4848).

¹²⁴⁵Franck HÉAS, *loc.cit. p.111*.

¹²⁴⁶Conseil d'Etat, arrêt du 6 septembre 2013, requête n° 370627.

¹²⁴⁷Nicole MAGGI-GERMAIN, « La suspension de l'arrêté d'extension de la convention collective nationale de la branche de la production cinématographique par le juge des référés : prologue judiciaire ou clap de fin ? », *Droit Social*, 2013, p.963.

¹²⁴⁸Conseil d'Etat, arrêt du 9 novembre 2007, requête n°257252. En 2003 le Syndicat National des Entreprises du secteur Prive Marchand de la Filière Equestre des Loisirs et du Tourisme (SNEFELT) forme une requête auprès du Conseil d'Etat dans le but d'ordonner l'annulation de la décision du 16 avril 2002 prise par le ministre de l'Agriculture et de la pêche reconnaissant représentatif le groupement hippique national et le syndicat national des exploitants d'établissements professionnels dans le secteur des centres équestres. Le juge administratif rejette cette requête au motif que cette organisation concurrente compte un nombre d'adhérents suffisant (soixante pour cent des entreprises du secteur) et se trouve présente dans une grande partie des différents départements (soixante-dix départements).

d'affaires¹²⁴⁹. Ce n'était que très rarement et de manière subsidiaire que l'audience aux élections professionnelles était prise en considération comme élément d'appoint de son appréciation¹²⁵⁰¹²⁵¹. Désormais, la question de la représentativité de l'organisation patronale se pose en amont, car l'extension ministérielle ne peut être accordée qu'à des accords collectifs considérés comme valides, c'est à dire bénéficiant de la signature d'organisations représentatives et majoritaires¹²⁵²¹²⁵³¹²⁵⁴. Par conséquent, les deux branches de la représentativité ont dorénavant chacune une définition légale ainsi qu'une finalité de même nature. En effet, la Loi n°2014-288 du 5 mars 2014¹²⁵⁵, établit donc une représentativité patronale sur la base de six critères cumulatifs communs à la représentativité syndicale auxquels s'ajoute des critères spécifiques propres aux champs les plus centralisés de la négociation collective¹²⁵⁶. Toutefois l'audience des organisations d'employeurs n'est pas évaluée sur une base électorale mais sur une logique de rassemblement d'adhésions¹²⁵⁷ qui se décline au sein des divers ressorts selon le respect de la même règle de concordance. Pour chaque branche ainsi que pour le champ national et interprofessionnel, le droit impose que la mesure d'audience

¹²⁴⁹Conseil d'Etat, arrêt du 6 septembre 2013 requête n°370627. Par une requête du 29 juillet 2013, quatre associations des producteurs de cinéma (l'association des producteurs de cinéma, l'association des producteurs de films publicitaires, le syndicat des producteurs indépendants et l'union des producteurs de films) ont demandé la suspension de l'arrêté d'extension du 1er juillet 2013 portant extension de la convention collective nationale de la production cinématographique (n°3097). Le juge décide de suspendre l'application de ce texte en tenant compte du fait que l'unique signataire patronal de l'accord ne produit qu'un trop faible nombre de films (un pour cent) et emploi qu'un chiffre insuffisant de salariés (cinq pour cent).

¹²⁵⁰Conseil d'Etat, arrêt du 31 mai 2002, requête n° 229574 et n°193198. Dans sa seconde décision, le juge constata le flou de la Loi du 30 décembre 1996 prévoyant la création de ce fonds. Le décret prévoyait que la gouvernance de celui-ci était notamment composée de trois membres désignés par l'Union Professionnelle Artisanale (UPA devenue U2P). Compte tenu du nombre de ses adhérents et ses résultats électoraux, le juge administratif estima que celle-ci était représentative et sa présence au sein de la gestion de ce fonds se justifiait.

¹²⁵¹Décret n°97-1040 du 13 novembre 1997 (JORF n°266 du 16 novembre 1997). Ce fut le cas à l'occasion d'une requête formée par la Fédération Nationale du Bâtiment (FNB) demandant l'annulation pour excès de pouvoir du décret n°97-1040 du 13 novembre 1997 créant le fonds national de promotion et de communication de l'artisanat

¹²⁵²Sophie NADAL, « La représentativité patronale devant le Conseil constitutionnel », *Revue de Droit du Travail*, n°5, 2016, p. 354.

¹²⁵³Article L. 2232-2 du Code du travail modifié par Loi n°2010-1215 du 15 octobre 2010 (art. 5).

¹²⁵⁴Sophie NADAL, *Ibid.* Notons à ce sujet qu'une représentativité patronale fondée principalement sur une mesure d'audience à caractère électorale n'aurait pas donné à celle-ci une dimension juridique différente sur ce point.

¹²⁵⁵Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p.4848).

¹²⁵⁶Article L. 2151-1 et L2152-4 du Code du travail modifié par la Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 (art. 35). L'ensemble des critères étudiés constitue bien le socle de la représentativité de toutes organisations professionnelles, auxquels il faut également ajouter celui de l'« *implantation territoriale* ». Il s'agit d'un critère supplémentaire mais équivalent à celui concernant les fédérations de salariés des branches professionnelles. A l'identique, ce critère permet également de s'assurer que l'organisation patronale est bien présente sur l'ensemble du territoire national. Au sein du champ national et interprofessionnel, s'ajoute également aux critères précités celui d'une représentation équilibrée au sein des différents grands secteurs de l'économie (industries, commerce, construction et services). Le respect de ce dernier point est constitutif de la mise en place d'une définition unique de la notion de représentativité « *interprofessionnelle* ».

¹²⁵⁷Jean-Pierre Le CROM, *loc.cit* p.100.

patronale se réalise aux mêmes échéances et aux mêmes cadences que la représentativité syndicale. La représentativité patronale danse donc sur le rythme de celui des élections professionnelles déterminant la représentativité syndicale. Les résultats sont donc également « *récolés* » et centralisés par l'administration du travail. Par conséquent, de la même manière, des arrêtés ministériels fixent périodiquement la liste des organisations patronales représentatives.

Intéressons-nous donc à ces critères objectifs faisant (ou non) l'objet d'une appréciation différente du côté de la représentativité patronale. Nous savons que bien avant la création d'une notion légale propre à la représentativité patronale, le juge était parfois contraint d'utiliser les anciens critères légaux de cette notion à l'égard des organisations d'employeurs. A cette occasion, il pouvait faire œuvre d'interprétations convergentes ou divergentes avec la situation des organisations syndicales. De la même façon le juge mêle dorénavant l'ancien et le nouveau en la matière.

Les six critères symétriques des représentativités patronale et syndicale. Ainsi, l'ancienneté requise est de la même manière égale à une durée appréciée de deux ans dans le champ d'application de la branche (ou interprofessionnelle) selon les mêmes modalités que pour les organisations syndicales. Il en va de même concernant le respect des valeurs républicaines dont l'appréciation est équivalente à celle exigée pour les organisations syndicales. Le législateur reprend également le critère de l'indépendance, mais le juge l'apprécie forcément de manière différente. En effet, il ne s'agit pas d'analyser la relation des organisations d'employeurs à l'égard des organisations syndicales, mais celles-ci doivent faire la preuve de leur indépendance à l'égard des pouvoirs publics et des partis politiques. Avant la définition d'une notion légale propre aux employeurs, le juge administratif avait tout simplement envisagé d'écarter l'appréciation de ce critère tant il lui apparaissait incongru¹²⁵⁸. Puis dans un arrêt du 2 mars 2011, il effectua un revirement, pour affirmer que ce critère s'appliquait également aux organisations d'employeurs¹²⁵⁹ en précisant que les conditions d'organisation, de fonctionnement et de financement doivent permettre d'assurer effectivement la défense des intérêts professionnels de la structure patronale. Il souligna que cette indépendance devait être

¹²⁵⁸Conseil d'Etat, arrêt du 21 mai 2008, requête. n°291115. Ce critère ne vise que l'indépendance des syndicats de salariés par rapport aux employeurs et ne saurait par suite s'appliquer aux organisations d'employeurs.

¹²⁵⁹Laurence PÉCAUT-RIVOLIER et Yves STRUILLLOU, *loc. cit.* p.177.

effective particulièrement dans le cadre des négociations collectives¹²⁶⁰. Une organisation patronale ne pouvait pas être considérée comme représentative si elle ne bénéficiait pas d'une suffisante autonomie financière. A ce sujet, la professeure Sophie NADAL concluait que le Conseil d'Etat levait : *« le voile sur une sérieuse difficulté s'agissant des conditions de l'acquisition de la qualité de représentativité par les organisations patronales »*¹²⁶¹. En effet elle estimait que compte tenu des pratiques patronales en matière de gestions des adhérents et des cotisations, le critère de l'indépendance était le seul à pouvoir attester *« de leur nature syndicale »*¹²⁶²¹²⁶³. Cette indépendance se matérialise notamment par des conditions d'organisation et de fonctionnement reposant sur des financements propres et autonomes. Au travers de cette analyse les parts respectives des cotisations des adhérents et des subventions doivent être examinées. En effet, une part significative du budget de fonctionnement de l'organisation doit reposer sur les cotisations de ses adhérents. Le critère de l'indépendance était donc particulièrement lié à celui de la transparence financière. Il apparaît comme le corollaire de l'indépendance définie ci-dessus, et impose l'établissement de comptes selon une norme comptable, la publicité et le cas échéant la certification de ceux-ci. A l'occasion d'un contentieux, le juge administratif, précisa qu'il ne se contentait pas d'une étude formelle des statuts des uns et des autres mais devait fonder sa décision sur une série de critères reposant sur

¹²⁶⁰ Conseil d'Etat, arrêt du 2 mars 2011, requête n°3131 89. Dans le cas d'espèce le syndicat (GHN) d'exploitant des centres équestre avait été reconnu représentatif par le Ministère du travail. Toutefois cette organisation recevait une importante subvention de fonctionnement de la fédération des sports équestres (bénéficiant d'une délégation de service public de l'Etat). Il en résultait pour le juge administratif que malgré le nombre de ses adhérents et son audience importante, cette organisation ne pouvait être considérée comme représentative car elle ne bénéficiait pas d'une suffisante autonomie financière. Le juge souligna que cette absence d'autonomie constituait une entrave à la bonne conduite par ses soins des négociations collectives.

¹²⁶¹ Sophie NADAL, *loc.cit.* p.102.

¹²⁶² Sophie NADAL, *loc.cit.* p.102.

¹²⁶³ Il en ressortait que le juge administratif pouvait être très souple au sujet des diverses formes des organisations patronales, mais que l'indépendance constituait la vraie limite de cette interprétation bienveillante notamment dans la perspective de conduite de négociations collective.

des éléments matériels¹²⁶⁴¹²⁶⁵¹²⁶⁶¹²⁶⁷, apportés par ces organisations concernant notamment les « cotisations et financement ». Il souhaitait évaluer que l'essentiel du financement de l'organisation patronale en question faisait bien l'objet d'un financement des entreprises concernées. Il en ressortait que le juge faisait de la structuration des cotisations un des éléments essentiels établissant l'indépendance d'une organisation patronale. Le critère de l'influence des organisations patronales, se caractérisait également par l'activité et par l'expérience, mais il s'agissait d'une appréciation interne¹²⁶⁸ reposant particulièrement sur le recensement des initiatives de la structure à l'égard de ses adhérents.

¹²⁶⁴ Conseil d'Etat, arrêt du 30 juin 2003, requête n° 24 83 47. Par un arrêté du 25 avril 2002, le Ministre du travail avait procédé à l'extension de l'accord du 12 décembre 2001 relatif au développement du dialogue social dans l'artisanat signé par l'Union Professionnelle Artisanale (UPA devenue U2P). En 2002, le Mouvement des Entreprises de France (MEDEF), la Confédération Générale des petites et moyennes entreprises (anciennement CGPME devenue CPME), la Fédération française du bâtiment (FFB) et l'Union des Industries Métallurgiques et Minières (UIMN) ont formé une requête en annulation de cet arrêté auprès du Conseil d'Etat. Les différents demandeurs contestaient notamment le champ d'application de l'accord et considéraient que UPA (devenue U2P) empiéter leurs champs d'intervention. Ils contestaient donc sa représentativité dans le périmètre de l'accord. Le Conseil d'Etat rejeta cette demande au motif qu'elle était bien représentative dans le champ d'application professionnel de l'accord.

¹²⁶⁵ Cour de cassation, arrêt du 4 décembre 2007, n°06-43.749. À la suite de leur échec devant juge administratif (Conseil d'Etat, arrêt du 30 juin 2003, requête n° 24 83 47), la plupart des requérants avaient également introduit une action judiciaire tendant à voir prononcer la nullité de l'accord du 12 décembre 2001 devant le juge judiciaire. Il était notamment reproché à cet accord d'avoir fait l'objet d'une négociation unilatérale avec son signataire. Cet arrêt confirmait la représentativité de l'Union Professionnelle Artisanale (UPA devenue U2P) sur le secteur de l'artisanat et validait les modalités de négociations. Il apportait peu d'élément de clarification au sujet de la notion d'« interbranches » si ce n'est que les organisations requérantes ne pouvaient se contenter de présenter leurs statuts pour faire la démonstration dans le champ de l'artisanat (interbranche) et qu'elles devaient apporter les éléments matériels fondateurs de leur représentativité à cet endroit. A cette occasion, la cour de cassation affirmait « qu'abstraction faite des conditions posées par l'article L133-1 du Code du travail (devenu l'article L2261-9 du Code du travail) pour qu'un accord puisse être étendu, un accord collectif peut être conclu sans que toutes les organisations patronales représentativité dans son champ d'application aient été invitées à la négociation ».

¹²⁶⁶ Arrêté du 26 novembre 2004 fixant la liste des confédérations et fédérations reconnues représentatives de l'artisanat au sens du décret n° 99-433 du 27 mai 1999, modifié par le décret n° 2004-896 du 27 août 2004, relatif à la composition des chambres de métiers et à leur élection (JORF n°278 du 30 novembre 2004).

¹²⁶⁷ Décret n° 99-433 du 27 mai 1999, modifié par le décret n° 2004-896 du 27 août 2004, relatif à la composition des chambres de métiers et à leur élection (JORF n°122 du 29 mai 1999). A son tour, l'Union Professionnelle Artisanale (UPA devenue U2P) a contesté la représentativité d'une organisation patronale concurrente qui lui semblait hostile. Par une requête du 31 décembre 2004, elle a formé un recours en annulation de l'arrête du 26 novembre 2004 du ministre délégué aux petites et moyennes entreprise au commerce, à l'artisanat, aux professions libérales et à la consommation fixant la liste des organisations patronales représentatives dans le secteur de l'artisanat et y intégrant la Confédération Générale des Petites et Moyennes Entreprises (anciennement CGPME devenue CPME). Le contentieux se concentrait sur la question de la composition et l'élection des chambres des métiers. Le juge administratif a procédé à l'annulation de cet arrêté du 26 novembre 2004 en se fondant sur la composition des cotisations versés à la CGPME (devenue CPME). En effet le juge administratif estima que cette organisation était essentiellement financée par des employeurs du secteur du bâtiment adhérents la Fédération Française du Bâtiment (elle-même affiliée à la CGPME). Le juge en conclut que la CGPME (devenue CPME) ne « justifie pas de l'adhésion d'une part significative d'artisans » et ne pouvait donc pas être considérée comme représentative dans le milieu professionnel de l'artisanat.

¹²⁶⁸ En effet, de manière évidente ce type d'organisation n'organise pas de mouvement social, ne fait pas grève et ne transmet pas de revendications auprès des organisations de salariés.

Les causes de la symétrie imparfaite de la double notion de représentativité. Par conséquent, examinons désormais la mesure de l'audience patronale. Celle-ci s'établit dorénavant sur la base du nombre d'adhésions effectué par l'organisation en question, et constitue la principale singularité de la notion de représentativité patronale. Ce critère est donc indiscutablement le plus épineux car sur ce point les deux branches de la notion de représentativité rompent leurs efforts de symétrie. Cette divergence met en évidence les grandes différences opposant les représentations patronale et salariale. Nous examinerons donc les causes de cette symétrie imparfaite, puis nous étudierons les options écartées et le long cheminement conduisant la représentativité patronale à se fonder sur une mesure des adhésions plutôt que sur son audience électorale. Enfin nous examinerons le périmètre de cette assise étroite, complexe, subtilement pondérée mais malgré tout toujours opaque.

Une faible représentation patronale à caractère « utilitaire ». La sociologie a su classer les organisations entre celles ayant un but « *utilitaire* » et celle ayant un objectif « *solidaire* »¹²⁶⁹. Or, les organisations patronales sont clairement classées dans la première catégorie¹²⁷⁰. Par conséquent, à la lecture de cette approche sociologique, la recherche de symétrie entre la représentativité des organisations syndicales et patronales perd effectivement substantiellement de sa pertinence. Qui plus est, il s'avère qu'intrinsèquement l'adhésion patronale repose également sur des ressorts et des objectifs de natures différentes et sans rapports avec ceux des salariés. Dans la plupart des cas, celle-ci correspond moins à un investissement militant et plus à un rapport de services offerts se matérialisant par le versement d'une cotisation contribuant au bon fonctionnement de l'organisation professionnelle patronale. La nature indéniablement fonctionnelle de cette relation explique la possible démultiplication des adhésions afin de pouvoir accéder à une offre large de différents services. Si cette logique s'apparente à une démarche consumériste, elle n'offre pas « *vraiment une garantie de légitimité* »¹²⁷¹ et ne se trouve par conséquent que faiblement constitutive d'une identité collective¹²⁷². Cependant l'adhésion patronale constitue également le lien entre l'entreprise et la branche professionnelle (ou interprofessionnelle) matérialisant le souci des acteurs patronaux de structurer et développer un ensemble professionnel dépassant celui de l'entreprise. Elle constitue donc la

¹²⁶⁹Peter B. CLARK et James Q. WILSON, « Incentive Systems: A Theory of Organizations », *Administrative Science Quarterly*, Vol. 6, n° 2 (September 1961), p. 129-166.

Pour cette seconde catégorie l'adhésion est orientée par des valeurs.

¹²⁷⁰Nicole MAGGI-GERMAIN, Michel OFFERLE et Jean-Marie PERNOT *loc.cit.* p.72.

¹²⁷¹Nicole MAGGI-GERMAIN, Michel OFFERLE et Jean-Marie PERNOT, *loc.cit.* p.72.

¹²⁷²Il en découle que les fédérations peuvent faire preuve d'une forte autonomie à l'égard de leur confédération de rattachement.

condition et le point de stimulation de la participation des employeurs à la négociation collective en dehors de l'entreprise¹²⁷³ et supporte deux caractéristiques. Premièrement les organisations patronales peuvent faire l'objet d'un niveau d'adhésion très faible dans certains secteurs professionnels. Secondement, le phénomène de la multi-adhésion est relativement courant.

La pratique de la multi-adhésion patronale. En effet, le système de l'adhésion est composé de : « *plusieurs fonctionnalités et reste relativement opaque notamment en lien avec la possibilité de la double adhésion* »¹²⁷⁴. Il faut avant tout rappeler qu'une organisation patronale peut n'avoir comme objet qu'une simple représentation patronale institutionnelle sans velléité en matière de relations professionnelles et négociation collective. Compte tenu de cette dispersion fonctionnelle, une entreprise peut être amenée à adhérer à plusieurs organisations. Une première ambiguïté correspond à un usage¹²⁷⁵ par lequel des fédérations passent aisément de l'une à l'autre des grandes confédérations. Ce phénomène commun aux organisations syndicales, prend une autre dimension quand il se double de la pratique de la multi adhésion¹²⁷⁶. Cette pratique ne concerne pas uniquement les entreprises adhérentes mais également les fédérations. Une troisième ambiguïté découle d'un système d'adhésions indirectes, par lequel les mandataires ne sont pas systématiquement des adhérents directs des organisations. En effet, certaines entreprises n'adhèrent qu'à des fédérations mais se trouvent tout de même affiliées indirectement aux confédérations correspondantes. En pratique l'adhésion se réalise auprès d'une fédération (ou éventuellement d'une union territoriale) sans correspondre à une adhésion directe à caractère militant comparable à celle d'un salarié au sein d'une organisation syndicale fondée sur la base d'une étiquette confédérale. La quatrième ambiguïté est liée à la personnalité de l'auteur de l'adhésion, car celle-ci se réalise soit par le chef d'entreprise « *en son nom* » pour ce qui concerne les différentes associations porteuses de mouvements de pensée ou clubs d'entrepreneur, soit par le chef d'entreprise « *pour le compte de l'entreprise* » qui adhère à une organisation patronale ayant une fonction dans le système de relations professionnelles. Il s'agit d'une distinction entre entreprise et entrepreneur¹²⁷⁷ qui peut devenir particulièrement

¹²⁷³Eric AUBRY, *loc.cit.* p.100.

¹²⁷⁴Nicole MAGGI-GERMAIN, Michel OFFERLE et Jean-Marie PERNOT, *loc.cit.* p.72.

¹²⁷⁵Nicole MAGGI-GERMAIN, Michel OFFERLE et Jean-Marie PERNOT, *loc.cit.* p.72.

¹²⁷⁶A titre d'illustration, le Mouvement des Entreprises de France (MEDEF) et la Confédération Générale des Petites et Moyennes Entreprises (anciennement CGPME devenue CPME) ont plus de vingt fédérations en commun. Le Medef et la CGPME ont plus de vingt fédérations en commun qui regroupent les plus forts contingents, quantitativement, d'entreprises : restauration (UMIH : 27), bâtiment et travaux publics (FFB et FNTP :28), garagistes et concessionnaires automobiles (CNPA : 29) et métallurgie (UIMM : 30).

¹²⁷⁷Jacques BARTHELEMY, *loc.cit.* p.106.

complexe quand une entreprise est dirigée par plusieurs associés désirant adhérer à des organisations différentes. Enfin, le sens de l'adhésion devient flou quand l'on intègre à cet examen, la situation d'un établissement ayant adhéré à une fédération différente de celle de son entreprise de rattachement. Une dernière ambiguïté est justement en rapport avec l'incarnation de la représentation patronale car certaines entreprises ne sont pas représentées au sein de ces organisations par le chef d'entreprise mais par leurs cadres dirigeants détenant les mandats externes de ces organisations. Il en ressort que l'entreprise peut être à l'origine de plusieurs adhésions à différentes organisations patronales effectuées par diverses personnes différentes dans un ensemble relativement mouvant et multiple.

Les diverses caractéristiques et ambiguïtés de la représentation patronale expliquent donc cette absence de symétrie totale avec la représentativité syndicale. En raison de ressorts et finalités de nature différentes ¹²⁷⁸, la symétrie initialement recherchée avec le régime de la représentativité syndicale reste donc nécessairement « *imparfaite* » ¹²⁷⁹. Plusieurs options ont été envisagées afin de concilier au mieux les logiques de deux univers différents, mais finalement les protagonistes se sont résignés à cette distinction qui ne constitue pas pour autant une rupture d'égalité de traitement. Par conséquent, analysons le choix effectué en la matière par l'examen des options rejetés et le commentaire de celle finalement retenue.

Le rejet d'une mesure d'audience électorale de la représentativité patronale. En effet, le respect de l'objectif de symétrie, aurait dû conduire le législateur à rechercher un fondement électif à la notion de représentativité patronale. La première option consistait à assoir la représentativité patronale sur un scrutin. A une autre époque, l'Union Nationale des Professions Libérales (UNAP devenue U2P) avait soutenu un projet de cette nature. Ce projet avait été relayé par plusieurs rapports ¹²⁸⁰ et une partie de la doctrine ¹²⁸¹. Une autre partie des organisations concernées n'y étaient pas totalement défavorables car la Confédération générale des petites et moyennes entreprise (CGPME) et l'Union des syndicats et groupements d'employeurs représentatifs dans l'économie sociale (USGERES devenue UDES) avaient proposé l'organisation d'un scrutin électronique afin de mesurer de la représentativité patronale tous les cinq ans, Mais cette proposition faisait l'objet d'un très violent refus de l'Union des

¹²⁷⁸Paul-Henri ANTONMATTEI, *loc.cit.* p.114.

¹²⁷⁹Franck PETIT, *loc.cit.* p.98.

¹²⁸⁰Jacques ATTALI (président de la commission pour la croissance française), «300 décisions pour changer la France », Paris, La Documentation française, 2008, p.350.

¹²⁸¹Bernard TEYSSIÉ, Jean-François CESARO et Arnaud MARTINON, *loc.cit.* p.116.

industries et métiers de la métallurgie (UIMM) membre puissant du Mouvement des Entreprises de France (MEDEF)¹²⁸². Une autre option consistait à adosser la mesure d'audience patronale au scrutin des élections prudhommales, mais cette proposition fut écartée au motif d'une trop faible participation électorale¹²⁸³. Il avait été également envisagé une troisième option consistant à questionner les employeurs au sujet de leurs préférences en matière d'organisations patronales à l'occasion de la remontée des résultats électoraux des organisations syndicales. Cette option n'a pas été validée en raison de problèmes d'organisation (remontée des procès-verbaux d'élections non par entreprise mais par établissement) et principalement du fait de l'obligation de respect de la confidentialité liée à l'adhésion. Enfin, le législateur¹²⁸⁴ expliqua ses réticences au sujet d'un éventuel scrutin patronal, estimant que ce type de mesure ne correspondait effectivement pas aux caractères particuliers de la représentation patronale. Il estimait notamment que la vocation d'une organisation professionnelle était de représenter ses adhérents alors que celle d'une organisation syndicale était de représenter l'intérêt de l'ensemble des salariés d'une profession. De cette manière, il soulignait l'importance de l'adhésion, lien fondateur entre l'organisation patronale et l'employeur, se matérialisant en l'occurrence principalement par le versement d'une cotisation en contrepartie d'un service rendu. Or, il lui paraissait que le choix de l'élection aurait eu pour effet direct de substituer des électeurs à des adhérents¹²⁸⁵, de renforcer les clivages idéologiques, et conforter la concurrence entre les organisations patronales. La logique élective (ou électorale) supposait effectivement l'introduction de nouveaux éléments (préparation de thématiques, hiérarchisation des priorités, séduction des électeurs par diverses prises de position) absents de la tradition du mouvement patronal plutôt inscrite dans des logiques de redistribution de services¹²⁸⁶. Cette option élective ne correspondait donc effectivement pas avec la culture dominante des organisations patronales réunies autour d'un relatif consensus idéologique, et reposant sur un système d'adhésion relativement passif empreint de peu de pratiques militantes. Elle fut donc écartée au profit d'une mesure d'audience reposant sur le nombre des adhésions.

¹²⁸²Jean-Pierre Le CROM, *loc.cit* p.100.

¹²⁸³Etude d'impact de la Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p.4848). La faible participation (18,2% en 2010 pour les chambres des métiers et de l'artisanat et 17% pour les chambres de commerce et d'industrie) et le périmètre réduit des élections aux chambres consulaires conduisent également à écarter ce scrutin.

¹²⁸⁴Etude d'impact de la Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p.4848).

¹²⁸⁵Nicole MAGGI-GERMAIN, Michel OFFERLE et Jean-Marie PERNOT, *loc.cit.* p.72.

¹²⁸⁶Nicole MAGGI-GERMAIN, Michel OFFERLE et Jean-Marie PERNOT, *loc.cit.* p.72.

Les effets d'un choix asymétrique : une assise étroite. A ce sujet, commençons par indiquer, qu'il ne pourrait être retenu contre cet arbitrage asymétrique une quelconque rupture juridique d'égalité. En effet, comme nous l'avons d'ores et déjà précisé les représentativités patronales et syndicales sont deux notions distinctes qui ne sont pas censées contribuer exactement au même but. Selon le juge constitutionnel, le principe de participation concourant à la détermination collective des conditions de travail est un droit qui n'appartient qu'aux travailleurs¹²⁸⁷¹²⁸⁸. Par conséquent, il n'existe aucune injonction juridique à un parallélisme entre ces deux variantes de la notion représentativité. Toutefois la construction d'une « *autonomie collective* » visant notamment la participation de l'ensemble des protagonistes sociaux à la construction de diverses normes en matière de droit du travail interroge l'interprétation du juge constitutionnel à ce sujet. Ne doit-on pas considérer que le principe de participation compte désormais deux titulaires dont les fondements doivent connaître une véritable symétrie ? Refermons le débat et soulignons que le choix de la mesure d'audience fondée sur l'adhésion et (non pas sur le vote) a pour effet immédiat d'exclure définitivement les entreprises non adhérentes. Cela sonne comme une évidence, mais il nous apparaît important d'approfondir ce point. En effet, le choix de l'adhésion exclu les employeurs et entreprises qui n'ont pas ce type de velléité, alors que l'élection aurait pu avoir le mérite d'élargir les fondements de la représentativité à des employeurs désireux de participer à une mesure d'audience, sans toutefois souhaiter adhérer à une organisation. L'ensemble des employeurs aurait pu exprimer périodiquement (ou non) leurs choix lors d'un scrutin. En l'occurrence, les abstentions n'auraient pas été décomptées, de la même manière que l'absence d'adhésion n'est pas prise en considération, mais l'on peut tout de même estimer que l'assiette de la légitimité aurait été plus large. Pour finir, le choix de l'adhésion fait reposer la légitimité de la représentativité patronale sur une assise somme toute relativement étroite. Quoiqu'il en soit, le débat parlementaire au sujet des modalités d'appréciation de la représentativité patronale a donc également très rapidement été refermé au motif que le fondement électoral ne correspondait pas aux choix des protagonistes sociaux inscrits dans la position commune du 19 juin 2013¹²⁸⁹.

¹²⁸⁷ Décision du Conseil constitutionnel n° 2013-333 QPC du 26 juillet 2013. La décision était rendue consécutivement à la transmission d'une QPC soulevée devant la Chambre sociale à propos des articles L. 225-27 et L. 225-28 du code de commerce dans leur rédaction résultant de la Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. Les juges constitutionnels ont alors estimé que le vocable « *travailleur* », s'il peut être compris largement en tant qu'il s'entend de tous ceux qui sont « *intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail même s'ils n'en sont pas les salariés* », visait précisément les salariés, lecture qui excluait par conséquent les organes dirigeants de l'entreprise du cercle de ses bénéficiaires.

¹²⁸⁸ Décision du Conseil constitutionnel n° 2015-519 QPC du 3 février 2016. Le droit consacré par l'alinéa 8 aux travailleurs « *ne confère aucun droit équivalent au bénéfice des employeurs* ».

¹²⁸⁹ La position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

Comme nous le savons désormais, le législateur a emboité : « *quasi religieusement* »¹²⁹⁰ le pas aux préconisations du rapport COMBREXELLE qui choisissait justement d'ancrer la mesure de l'audience des groupements patronaux sur le socle de l'adhésion. Finalement, le législateur n'a pas souhaité s'écarter d'un compromis patronal difficilement trouvé mais sans doute imparfait et incomplet. Cet arbitrage rapide explique les diverses péripéties du texte de Loi sur ce point. En effet, l'audience patronale mesurée à l'aune du nombre d'adhésions présentait immédiatement un risque notable, car son respect scrupuleux pouvait avoir pour conséquence la disparition de certaines branches professionnelles structurées autour d'organisations d'employeurs faibles. En l'occurrence ces divers effondrements auraient entraîné une déstabilisation générale de l'ensemble des relations professionnelles. Par conséquent afin de limiter les effets non désirés de la nouvelle définition de la représentativité patronale, la Loi n°2014-288 du 5 mars 2014¹²⁹¹ prévoit de fixer un seuil d'audience requis très raisonnable sur la base d'une assiette de calcul très resserrée. En effet, le pourcentage d'entreprises adhérentes à une fédération est calculé en rapport à l'ensemble des entreprises adhérentes aux organisations professionnelles et non pas à l'ensemble des entreprises du secteur (adhérentes et non adhérentes). Compte tenu de ce faible dénominateur, le niveau légal de huit pour cent pour chaque branche (ainsi que pour l'interprofessionnel) constitue un seuil relativement bas.

Les difficultés de la mesure de l'audience patronale. Il en résulte qu'au sein des branches pauvres en nombre d'entreprises adhérentes, une représentation patronale est malgré tout maintenue. Par ailleurs, observons que lors de l'adoption de la Loi n°2014-288 du 5 mars 2014¹²⁹² aucune pondération prenant en considération la taille de l'effectif de l'entreprise adhérente à l'organisation professionnelle n'était retenue par le législateur. Or, cette absence de pondération constituait un avantage pour les organisations rassemblant beaucoup d'adhérents et employant peu de salariés. Autrement dit, l'épine que constituait le critère de l'audience se trouvait alors dans la chaussure du Mouvement des Entreprises de France (MEDEF). La Loi n°2014-288 du 5 mars 2014¹²⁹³ n'ayant pas fait l'objet d'une saisine parlementaire du juge constitutionnel, celui-ci ne s'était pas prononcé à son sujet et par conséquent cette option a fait provisoirement « *illusion* ». Par la suite, le décret du 10 juin

¹²⁹⁰Sophie NADAL, *loc.cit.* p.215.

¹²⁹¹Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p.4848).

¹²⁹²Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p.4848).

¹²⁹³Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p.4848).

2015¹²⁹⁴ avait pour objet de préciser les conditions et modalités selon lesquelles devait être mesurée l'audience des organisations professionnelles d'employeurs. Ce premier décret¹²⁹⁵ a été à l'origine de nombreuses tensions internes à la partie patronale relatives notamment au décompte des adhérents et à la pratique courante de l'adhésion multiple. Saisi par un recours pour excès de pouvoir formé par le Mouvement des Entreprises de France (MEDEF) et d'autres organisations patronales, le Conseil d'Etat a décidé d'adresser une question prioritaire de constitutionnalité au juge constitutionnel. A cette occasion, celui-ci a validé sa conformité constitutionnelle, mais s'est tout de même prononcé au sujet de l'absence de pondération concernant le nombre d'adhésion déterminant l'audience des organisations patronales. Il s'agissait de savoir s'il n'existait pas une entrave à la liberté syndicale en la matière mais également une inégalité de traitement¹²⁹⁶. Le juge constitutionnel a considéré que ce dispositif permettait justement un égal accès à la représentativité en mettant sur un même pied d'égalité les entreprises sans s'intéresser à leurs effectifs (ou chiffre d'affaires)¹²⁹⁷. Toutefois, pour valider le nouveau régime de la représentativité patronale, le Conseil Constitutionnel développait un argument paradoxal, s'appuyant sur la réglementation relative à la négociation, et notamment l'article L.2261-19 du Code du travail indiquant les modalités du droit d'opposition des organisations représentatives¹²⁹⁸. En effet, ce droit est détenu par les organisations d'employeurs dont : « *les entreprises adhérentes emploi plus de cinquante pour cent de l'ensemble des salariés des entreprises adhérant aux organisations professionnelles d'employeur reconnues représentatives à ce niveau* »¹²⁹⁹. A priori, il apparaît inattendu de s'appuyer sur les modalités de la négociation collective afin de valider les règles d'appréciation de la représentativité, mais le droit d'opposition prenant en considération la taille de l'effectif des entreprises adhérentes, le juge constitutionnel considérait que cet élément avait un lien direct avec la notion de représentativité. Il faut tout de même souligner le « *glissement* »¹³⁰⁰

¹²⁹⁴Décret n°2015-654 du 10 juin 2015 relatif à la mise en œuvre de la réforme de la représentativité patronale (JORF du 13 juin 2015).

¹²⁹⁵Décret n°2015-654 du 10 juin 2015 relatif à la mise en œuvre de la réforme de la représentativité patronale (JORF du 13 juin 2015).

¹²⁹⁶Comme indiqué ci-dessus, il ressortait du dispositif législatif qu'une entreprise adhérente sans salariée avait le même poids qu'une entreprise employant plusieurs milliers de salariés.

¹²⁹⁷Conseil d'Etat, arrêt du 3 mai 2004, requête n° 252926.

¹²⁹⁸Article L2261-19 alinéa n°3, modifié par Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 (art. 29). Selon le juge : « *pour pouvoir être étendus, la convention de branche ou l'accord professionnel ou interprofessionnel, leurs avenants ou annexes, ne doivent pas faire l'objet de l'opposition, dans les conditions prévues à l'article L2231-8, d'une ou de plusieurs organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau considéré dont les entreprises adhérentes emploi plus de cinquante pour cent de l'ensemble des salariés des entreprises adhérant aux organisations professionnelles d'employeur reconnues représentatives à ce niveau* ».

¹²⁹⁹Article L.2261-19 modifié par Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 (art. 29).

¹³⁰⁰Sophie NADAL, *loc.cit.* p.215.

effectué par ses soins prenant comme point de repère, non pas l'ensemble des salariés du niveau considéré, mais l'effectif des entreprises adhérentes à des organisations professionnelles déjà détentrices du titre de représentativité. De cette manière, le juge constitutionnel lançait habilement au législateur une proposition lui conseillant l'introduction d'une subtile pondération de l'audience des organisations professionnelles d'employeurs.

Les nécessaires pondérations de la mesure de l'audience patronale. En l'occurrence, cette idée a été validée par l'article n°19 du projet de Loi n°2016-1088 du 8 août 2016¹³⁰¹ introduisant une pondération tenant compte de l'effectif des entreprises adhérentes¹³⁰²¹³⁰³. Le décret du 20 octobre 2016¹³⁰⁴ est donc venu ajuster ces règles afin de prendre en compte les modes particuliers de structuration des organisations professionnelles d'employeurs. En définitive, une organisation patronale remplit le critère de l'audience si elle est à jour de ses cotisations et représente au moins huit pour cent de l'ensemble des entreprises adhérentes à des organisations professionnelles de branche (ou de l'interprofessionnel), ainsi qu'au moins huit pour cent des salariés de ces mêmes entreprises. Il est précisé que l'organisation patronale candidate à la représentativité doit faire attester par un commissaire aux comptes¹³⁰⁵ : le nombre par département d'entreprises adhérentes, le nombre de ces entreprises qui emploient au moins un salarié, ainsi que le nombre de salariés employés par ces dernières¹³⁰⁶¹³⁰⁷. Enfin, le décret¹³⁰⁸ indique que le respect du critère de l'audience est apprécié par le ministre chargé du travail qui s'assure que le montant de la cotisation versée est de nature à établir la réalité de leur adhésion¹³⁰⁹. L'introduction d'une pondération en lien avec l'effectif des entreprises adhérentes a directement pour conséquence de réduire le cercle des organisations pouvant prétendre à la

¹³⁰¹Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016). .

¹³⁰²Conseil d'Etat, Avis du 17 mars 2016 visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs. Il estimait que l'article 19 du projet de Loi, conduisait « à modifier les équilibres résultant de la Loi du 5 mars 2014 dont les dispositions ont été jugées conformes à la Constitution, sans que le Conseil ait entendu exclure d'autres mécanismes de représentativité ».

¹³⁰³Article L. 2152-1 et L2152-4 du Code du travail, modifiées par la Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

¹³⁰⁴Décret n°2016-1419 du 20 octobre 2016 (JORF 22 octobre 2016).

¹³⁰⁵Article R 2152-6 du Code du travail.

¹³⁰⁶Article R.2152-6 et R.2152-6-1 du Code du travail.

¹³⁰⁷Il s'agit d'établir les bases d'une pondération dans le but de l'appréciation de la représentativité mais en outre de permettre la désignation des conseillers prudhommaux.

¹³⁰⁸Décret n°2016-1419 du 20 octobre 2016 (JORF 22 octobre 2016).

¹³⁰⁹Il apporte donc des précisions concernant les justificatifs que les organisations professionnelles candidates devront déposer auprès de l'administration afin que le ministre puisse pleinement exercer son contrôle du respect du critère de l'audience. Il ouvre la possibilité aux organisations candidates structurées de manière territoriale d'adapter les modalités d'intervention du commissaire aux comptes tout en garantissant un niveau de contrôle équivalent.

qualité de représentativité. Il en ressort que sont lésées par ce choix les organisations professionnelles rassemblant des entreprises ayant de petits effectifs de salariés, et inversement favorise les groupements rassemblant des employeurs ayant un grand nombre de salariés. Il en découle également que les groupements d'employeurs représentatifs salariant de faibles effectifs pèsent moins, car dans le cadre de la négociation des « *Lois professionnelles* », leur capacité conventionnelle est calculée en proportion de leur audience. On peut percevoir, par le biais de ce dernier ajustement, la marque de l'influence du Mouvement des Entreprises de France (MEDEF).

La mesure de l'audience patronale et de la question de l'adhésion multiple. Après la question épineuse de la pondération de la mesure de l'audience patronale, il restait à régler la non moins délicate question de l'adhésion multiple. En effet, cet élément ne constitue pas une pratique marginale ou anecdotique en la matière. Elle n'a rien de condamnable mais présente une difficulté technique pour le sujet qui nous intéresse. L'adhésion étant au cœur de l'appréciation de la représentativité, en cas d'adhésion multiple, il s'agissait tout simplement de savoir à qui celle-ci était attribuée¹³¹⁰. Il s'avère que sur ce sujet, le projet de Loi n°2014-288 du 5 mars 2014¹³¹¹ était laconique voir allusif, car il projetait de confier à chaque organisation la charge de la répartition de ses adhésions¹³¹². Il était possible d'y voir une tentative de renforcement de l'« *autonomie collective* », mais cet effort confié aux seules organisations patronales présentait un risque de maintien d'opacité. En outre, il n'aurait pas eu pour effet de resserrer les liens unissant les organisations patronales à leurs adhérents. Le décret du 20 octobre 2016¹³¹³ repousse donc cette logique et précise qu'une entreprise peut adhérer à une organisation par l'intermédiaire de ses établissements sous certaines conditions. Ainsi, si plusieurs établissements d'une même entreprise adhèrent à une même organisation professionnelle d'employeurs (ou à une même structure territoriale statutaire d'une organisation professionnelle d'employeurs), une seule adhésion est retenue¹³¹⁴. Le même décret¹³¹⁵ prévoit également la situation des entreprises ayant plusieurs adhésions à différentes organisations, en précisant qu'une unique adhésion doit être également retenue. Enfin, en cas d'entreprise dirigée par

¹³¹⁰A ce sujet, plusieurs pistes de départages étaient identifiées. Il aurait pu être envisagé une répartition des suffrages à part égale entre les différentes organisations ou au prorata en fonction du montant des cotisations versées aux organisations respectives.

¹³¹¹Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p.4848).

¹³¹²Nicole MAGGI-GERMAIN, Michel OFFERLE et Jean-Marie PERNOT, *loc.cit.* p.72.

¹³¹³Décret n°2016-1419 du 20 octobre 2016 (JORF 22 octobre 2016).

¹³¹⁴Article R 2152-1 du Code du travail .

¹³¹⁵Décret n°2016-1419 du 20 octobre 2016 (JORF 22 octobre 2016).

plusieurs associés adhérents à différentes organisations patronales, leur adhésion doit être accompagnée du « *prorata* » du nombre de salariés employés¹³¹⁶. Il en va de même quand une organisation d'employeurs adhère à plusieurs organisations professionnelles¹³¹⁷, elle doit procéder à une répartition de son audience.

L'opacité technique de la mesure de l'audience patronale. En somme, la représentativité patronale repose donc principalement sur un décompte des effectifs d'adhérents, associé à une pondération du nombre de salariés des effectifs de ces derniers. Cette comptabilité sophistiquée reste couverte d'une relative opacité technique et conserve une dimension équivoque. En raison de ressorts et de finalités de natures différentes¹³¹⁸, la symétrie initialement recherchée avec le régime de la représentativité syndicale reste donc bien nécessairement « *imparfaite* »¹³¹⁹. En effet, alors que la représentativité syndicale apprécie la capacité des organisations à pouvoir engager l'ensemble des salariés, les organisations d'employeurs semblent se confondre avec un statut de mandataires (au sens du droit civil) de leurs adhérents leur conférant consentement d'agir (un mandat) par le biais de leur adhésion.

Au bout du compte leurs autorités réciproques sont fondées sur des ressorts d'authenticité et d'influence assez proches. Elles sont également basées sur un même système ascendant de reconnaissance de légitimité ainsi que sur le respect identique d'un principe de « *concordance* » exigeant que leur capacité à agir soit bien évaluée dans chacun des ressorts ou elle souhaite exercer leur autorité. Néanmoins, malgré des efforts méritoires leurs assises réciproques restent étroites et précaires car adossées à des « *vérifications périodiques* »¹³²⁰.

¹³¹⁶Article R 2152-6-1 du Code du travail. Il précise également la situation des associés des entreprises et exploitations agricoles, au même titre que pour les professions libérales.

¹³¹⁷Article L.2152-4 du Code du travail : « *Lorsqu'une organisation professionnelle d'employeurs adhère à plusieurs organisations professionnelles d'employeurs ayant statutairement vocation à être présentes au niveau national et interprofessionnel, elle répartit entre ces organisations, pour permettre la mesure de l'audience prévue au présent article, ses entreprises adhérentes. Elle ne peut affecter à chacune de ces organisations une part d'entreprises inférieure à un pourcentage fixé par décret, compris entre 10 % et 20 %. La clé de répartition retenue s'applique au nombre de salariés de ces entreprises. L'organisation professionnelle d'employeurs indique la répartition retenue dans la déclaration de candidature prévue à l'article L. 2152-5. Les entreprises adhérentes sont informées de cette répartition.* ».

¹³¹⁸Paul-Henri ANTONMATTEI, *loc.cit.* p.114.

¹³¹⁹Franck PETIT, *loc.cit.* p.98.

¹³²⁰Nicole MAGGI-GERMAIN, Michel OFFERLE et Jean-Marie PERNOT, *loc.cit.* p.72.

2.3.3. Les paradoxes d'une « *auto-détermination* » concédée

Il nous reste à examiner les parts de l'« *autonomie* » et de l'« *hétéronomie* » au sein de la réforme de cette double définition de la représentativité. Cet examen nous permettra de jauger l'emprise étatique et judiciaire sur le processus de sélection des protagonistes sociaux. Nous pourrons ensuite discuter des capacités réciproques des titulaires du label de représentativité ainsi que de ceux qui en sont dépourvus à défendre les intérêts de la profession. Cette mise au point nous donnera l'occasion de tirer les leçons de la révision de cette double notion.

Les parts d'« autonomie » et d'« hétéronomie » de la représentativité. Après avoir étudié les modes de formation et les définitions réciproques des deux variantes de la notion de représentativité, nous sommes donc en mesure de répondre à la question posée : les protagonistes sociaux déterminent-ils eux-mêmes ceux d'entre eux capables de recevoir une habilitation à négocier ? Concernant les modalités de formation de cette double définition légale, il est sans doute possible de répondre par l'affirmative car les principaux intéressés ont effectivement largement participé à la détermination des critères de sélection en la matière. Toutefois, il faut admettre que l'impulsion de cette démarche est issue d'un fort volontarisme étatique, qui se prolonge par l'intégration dans le droit étatique de critères définis par ailleurs, ainsi que dans la distribution par l'administration d'un label de représentativité aux acteurs (se situant en dehors de l'entreprise)¹³²¹. Cette double notion est donc largement mobilisée par les pouvoirs publics sous le contrôle vigilant du système judiciaire. Le simple fait de laisser au législateur le soin de fixer le critère d'audience peut être considéré comme une « *incursion dans la sphère d'une « autonomie collective » qui peine à s'affirmer en droit français* »¹³²². Reconnaissons ensuite que les modalités d'exécution de cette double définition laissent derrière elles un bilan mitigé. En effet, l'application d'une exigence de « *concordance* » est l'indéniable expression d'une autonomie des protagonistes sociaux. Au sein des différents ressorts de la représentation, ils doivent périodiquement se lancer dans une compétition visant la nouvelle acquisition de ce label. A cette occasion, ils doivent faire la démonstration de la réalisation d'une série de critères objectifs requis. Un de ces critères jugeant de leur niveau d'audience, par leurs votes (ou par leurs adhésions), les salariés (ou les employeurs) habilite les structures aptes à les représenter notamment dans le cadre des négociations collectives. Cependant, nous savons que cette exigence de « *concordance* » est assortie de multiples dérogations ou

¹³²¹Soulignons également que cette double notion est largement mobilisée afin d'être interprétée et utilisée par le système judiciaire à l'endroit de ces mêmes organisations (voir au sujet de leur fonctionnement interne).

¹³²²Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

accommodements en limitant la portée. De même la définition des différents ressorts à l'instar de ceux des branches professionnelles et de l'interprofessionnel font l'objet d'une très forte pression hétéronome. Il résulte donc des conditions de formation de cette double notion ainsi que de la manière dont elle est mise en œuvre (ou appréciée) que la représentativité fait bien la part de l'« autonomie » et de l'« hétéronomie ».

L'emprise étatique et judiciaire sur le processus de sélection des protagonistes sociaux. Par ailleurs, peut-on déduire de la nature intrinsèque de ses critères objectifs que la notion est bien à même de fonder une sélection autonome des acteurs privés ? Nous savons désormais que les deux formes de la représentativité (syndicale et patronale) associent une série de critères objectifs autour de deux pôles d'« authenticité » et d'« influence ». Le premier groupe de critères se rattache à des éléments propres aux organisations établissant leur enracinement, mais laissant une place à l'appréciation notamment celle du juge quand celui est saisi d'un contentieux. Le second groupe de critères repose sur des éléments plus objectifs et mathématiquement plus tranchants au sens où si le seuil requis n'est pas atteint le label recherché n'est pas obtenu. Par conséquent, ce second groupe de critères pourrait nous permettre d'affirmer que les salariés (ou employeurs) concernés procèdent bien directement à l'habilitation des organisations en charge de les représenter par le biais de leur vote (ou de leur adhésion). Cependant, de peur d'un éventuel blocage de la négociation collective par la disparition d'un des protagonistes, les différents seuils de l'influence sont fixés relativement bas. Pour la représentativité patronale, le critère de l'audience est apprécié suivant le nombre adhésions, et cet élément décisif fait l'objet de modalités parfois sophistiquées (voir opaques) de décompte. Par ce biais, la notion en question bénéficie d'une assise étroite consistant à rapporter le nombre d'adhésion de chacun au nombre total d'adhérents au sein de l'unité concernée (et non pas en rapport avec l'ensemble des entreprises de cette même unité). Quand bien même ce décompte est désormais associé à un coefficient de pondération tenant compte de l'effectif salarié de chaque adhérent, le seuil requis afin de valider ce critère paraît insuffisant à établir une forte autorité aux organisations bénéficiaires de ce label. Concernant la représentativité syndicale, l'audience s'affirme également comme le critère prépondérant de la définition, mais cette place inspire deux positions « *a priori* » antagonistes mais qui finalement se rejoignent. Le premier jugement doctrinal, qualifiable de « critique », estime que le vote est un geste éminemment civique mais qui ne relève pas de la même dimension que celui de l'adhésion ou de l'association à une action collective. Il estime que le vote est un geste modeste, commun, discret, et immédiat, qui ne renforce en rien l'autorité des protagonistes sociaux. La

seconde appréciation doctrinale, qualifiable de « *pragmatique* », constate également la faible autorité des organisations syndicales mais ne trouve pas de meilleure solution que d'assoir celle-ci sur une base électorale car : « *le recours au vote est la plus mauvaise façon de faire à l'exception de toutes les autres* »¹³²³. La belle formule d'Antoine LYON-CAEN pourrait être la devise synthétisant les diverses positions doctrinales : « *moins les salariés s'engagent plus les syndicats les engagent* »¹³²⁴. Une partie importante du mouvement syndical s'étant résolu à assoir son autorité sur un principe électoral, cette Loi rompt avec un système descendant d'octroi d'une représentativité permanente, et lui substitue un système ascendant et évolutif. S'appuyant sur une mesure périodique et quantitative, le recours à l'audience électorale contribue à une rationalisation¹³²⁵ de cette notion. En fondant les modalités d'octroi de ce label sur une série de critères objectifs, elle se soustrait également à d'éventuelles divergences d'appréciation notamment de la part de l'institution judiciaire. Finalement, les deux critères prépondérants de cette double notion desserrent tout de même l'emprise étatique et judiciaire sur le processus de sélection des acteurs aptes à mener les négociations collectives.

La capacité des titulaires du label de représentativité à défendre les intérêts de la profession.

Par leur vote (les salariés), ou par leurs adhésions (les employeurs), les parties prenantes concourent donc bien aux choix de leurs représentants. Néanmoins ces derniers sont-ils réellement à même de défendre leurs intérêts ? En effet, si cette sélection confère à ces titulaires une plus forte « *légitimité* » cette notion ne peut se confondre avec celle de « *puissance* ». En définitive, ce système se révèle sans doute insuffisamment sélectif. En effet, du fait de leurs niveaux faibles les seuils requis sont insuffisamment exigeant pour renforcer l'autorité de leur titulaire. Il faudrait donc en conclure que l'obtention de ce titre constitue un faux semblant de conquête renouvelable périodiquement. Comparé à l'ancien système qui distribuait ce label de façon pérenne et par irradiation, il s'avère bien que le nouveau dispositif rende son obtention bien plus difficile. Les bénéficiaires de cet échange, perdent un titre qui leur était consubstantiellement attaché pour le remplacer par une qualité qu'ils doivent régulièrement prouver et qui se trouve sans cesse réinterrogée¹³²⁶. Or, il semble que si ce label est désormais plus difficile à conquérir, les prérogatives qui lui sont attachées sont devenues moins

¹³²³Nicole MAGGI-GERMAIN, Michel OFFERLE et Jean-Marie PERNOT, *loc.cit.* p.72.

¹³²⁴Antoine LYON-CAEN, « Autorité syndicale », *Revue de droit du travail*, 2015, p.77.

¹³²⁵Gérard LYON-CAEN, « Vote et relations professionnelles », in Olivier LECLERC et Antoine LYON-CAEN (sous la direction), « L'essor du vote dans les relations professionnelles », 2011, *Actualités Françaises et Expériences Européennes*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 3-7.

¹³²⁶Nicole MAGGI-GERMAIN, Michel OFFERLE et Jean-Marie PERNOT, *loc.cit.* p.72.

nombreuses¹³²⁷. A ce sujet, le professeur George BORENFREUND résume bien ce mouvement paradoxal : « *corrélativement au renforcement par le législateur des conditions d'accès à la représentativité, on assiste donc tout à la fois comme à une perte d'influence et une dilution de cette qualité* »¹³²⁸. La nouvelle définition ascendante de la représentativité constitue donc un troc : « *ancienne fragilité contre nouvelle légitimité* »¹³²⁹. Cette double définition de la représentativité ne semble pas être une source de renforcement spécifique du titre en question mais plutôt une condition supplémentaire exigée par la Loi pour l'exercice de la négociation collective.

La capacité des acteurs dépourvus du label de représentativité à défendre leurs intérêts.

Paradoxalement, la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008¹³³⁰ marque un retour égalitaire à la liberté syndicale, car au moment où le législateur se fixe pour objectif de renforcer la légitimité des organisations syndicales représentatives, il permet à des organisations non représentatives de s'implanter plus facilement dans l'entreprise¹³³¹. L'intention est louable (voir recevable), car il s'agit de réguler équitablement la compétition visant l'obtention du label de représentativité. Mais l'effet est doublement critiquable. Premièrement, cette intention est mal dirigée, car elle favorise une implantation syndicale concurrentielle dans les ressorts d'unités disposant déjà d'une représentation syndicale, sans véritablement favoriser un ensemencement au sein des unités qui en sont totalement dépourvues. Secondement, le droit organise deux types de titre de représentativité : un label « *plein et entier* » et un autre « *en cours d'acquisition* ». Or, cette seconde catégorie bénéficie de moyens permettant de promouvoir et de défendre sa position auprès des salariés (électeurs) au même titre que les organisations qui ont durement conquis leur titre de représentativité¹³³². Même si le législateur envisage l'action syndicale non représentative comme une situation provisoire en vue de la préparation du combat électoral, le nouveau mandat de représentant de la section syndicale correspond tout de même à la création

¹³²⁷Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.149. Selon l'auteur: « *Au fond la progressivité soulignée n'est que la résultante d'un mouvement nouveau qui consiste bel et bien à détacher certains droits syndicaux de l'acquisition de la représentativité syndicale, au sens ou la Loi définit aujourd'hui cette qualité* ».

¹³²⁸Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

¹³²⁹Nicole MAGGI-GERMAIN, Michel OFFERLE et Jean-Marie PERNOT, *loc.cit.* p.72.

¹³³⁰Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008).

¹³³¹Patrice ADAM, *loc.cit.* p.137.

¹³³²Corollairement à la disparition de la représentativité présumée, la Loi crée un nouveau mandat de représentant de la section syndicale que peuvent continuer à distribuer les anciennes organisations nationales et interprofessionnelles.

d'« *un délégué syndical qui n'a pas le droit de négocier* »¹³³³¹³³⁴ mais qui a vocation de permettre l'implantation durable de son organisation bien au-delà de ses éventuels échecs électoraux. En effet, ce caractère temporaire est facilement contournable, puisque la section syndicale qui n'a pas acquis le label de représentativité ne disparaît pas¹³³⁵. Le législateur a donc contribué : « *à son corps défendant ou non peu importe finalement, à travers l'agencement des règles qu'il a adopté à soustraire juridiquement l'action syndicale non normative à l'exigence de représentativité* »¹³³⁶. Il en ressort également que la notion de représentativité se trouve moins liée qu'autrefois à la liberté syndicale au sein de l'entreprise. En effet elle ne se trouve plus en être la condition préalable puisque les portes de l'entreprise sont grandes ouvertes aux organisations ne bénéficiant pas de ce titre.

Les huit leçons tirées de l'examen de la notion de représentativité. En définitive, la représentativité rassemble donc une somme impressionnante de paradoxes. Le premier d'entre eux : la compétition est plus féroce mais elle élimine peu de concurrents car les seuils requis sont faibles. Le second : les vaincus ne sont jamais éliminés mais aimablement invités à tenter leur chance une prochaine fois. Le troisième : les seuils requis sont faibles, mais les critères d'obtention sont plus nombreux et les examens périodiques dans chaque ressort sont finalement plus fréquents. Le quatrième : la démonstration de la qualité de représentativité est régulièrement remise en cause mais les prérogatives qui en découlent sont limitées. Le cinquième : le droit organise la concurrence immédiate (pluralisme) de celui qu'il fait temporairement champion. Le septième paradoxe semble plus problématique encore, les syndicats en cours d'acquisition (ou ayant échoué à la conquête du titre) sont absents de la table des négociateurs mais leur : « *ombre (menaçante) pourrait planer souvent au-dessus d'elle* »¹³³⁷. Le huitième et dernier paradoxe finira par achever l'impétrant à ce label : son acquisition ouvre principalement accès au droit à la négociation collective, mais il ne s'agit bien que de l'accès à un droit puisque les modalités d'exercice (conclusion des accords collectifs) renvoient désormais à de nouvelles exigences supplémentaires dépassant le titre de représentativité. Le droit de la négociation collective influence, détermine ou conditionne désormais une grande

¹³³³Patrice ADAM, *loc.cit.* p.137.

¹³³⁴Ce qu'il est aujourd'hui est en partie déterminé par ce qu'il aspire à devenir demain. L'article L. 2142-1-1 du Code du travail attribue au représentant de la section syndicale les mêmes prérogatives que le délégué syndical, à l'exception du pouvoir de négocier des accords collectifs. Néanmoins ce dernier peut recevoir un mandat par une organisation syndicale de salariés affiliée à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel et peut par ce biais accéder à la négociation collective.

¹³³⁵La seule condition à remplir est que l'incarnation du représentant de la section syndicale soit modifiée.

¹³³⁶Patrice ADAM, *loc.cit.* p.137.

¹³³⁷Patrice ADAM, *loc.cit.* p.137.

partie de règles relatives aux relations collectives en droit du travail, et il est indéniable que : « *c'est dès lors l'accroissement du rôle de la négociation collective qui a guidé l'évolution du droit de la représentativité* »¹³³⁸. En d'autres termes, les nouvelles formes de la négociation collective (négociation collective dérogatoire et négociation collective transactionnelle) ont contraint à une révision des règles anciennement applicables en la matière car perçues : « *comme un obstacle à la consolidation des liens naturels qui unissent le monde du travail et le mouvement syndical...la réforme de la représentativité paraît bien avoir été pensée, réfléchie, essentiellement à l'aune d'une interrogation sur la légitimité des syndicats parties à un accord collectif* »¹³³⁹. En somme, la représentativité se caractérise désormais comme un processus « *doux* » de sélection par eux-mêmes, des acteurs sociaux aptes à participer à l'activité de production normative. Cependant, ce titre est comparable à une clef pouvant ouvrir la porte d'une pièce dans laquelle d'autres peuvent également entrer par d'autres moyens subsidiaires. Il en ressort que : « *gagnant en intensité, la représentativité a perdu en influence* »¹³⁴⁰.

En d'autres termes, les conditions d'acquisition du label sont devenues plus strictes, mais une fois acquis celui-ci ne confère plus la même puissance à son détenteur (notamment à l'égard de ses rivaux représentatifs ou concurrents dépourvus de ce titre). Le droit de participer à la négociation collective constitue désormais le principal bénéfice de l'acquisition de ce label. Mais l'exclusive obtention de ce titre est désormais insuffisante à l'exercice collectif de ce droit. La dimension écrasante de ce droit, paraît réduire la notion de « *représentativité* » au simple statut d'accessoire préalable d'une autre notion que nous qualifierons plus loin de « *capacité conventionnelle* » des organisations professionnelles. En effet, nous allons mettre en lumière que ce label de représentativité constitue désormais un préalable nécessaire mais insuffisant à déterminer la puissance normative des protagonistes sociaux.

¹³³⁸Françoise FAVENNEC-HERY, *loc.cit.* p.121.

¹³³⁹Georges BORENFREUND, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *Revue de Droit du Travail*, 2008, p.712.

¹³⁴⁰Françoise FAVENNEC-HERY, *loc.cit.* p.121.

3. La capacité conventionnelle et l'exigence majoritaire

Afin de rendre le principe de participation le plus largement effectif, le droit de négocier n'est plus exclusivement lié à la notion de représentativité. En cas d'absence de titulaire de ce titre dans le ressort de la négociation collective, d'autres acteurs dépourvus de ce titre peuvent conclure des accords collectifs de façon « *subsidaire* » (ou « *supplétive* »). Quelle que soit la nature des signataires, les règles relatives à la conclusion de ces accords collectifs reposent désormais sur des ressorts majoritaires. Par conséquent, c'est bien cette dernière logique qui détermine la réelle puissance normative de l'ensemble des protagonistes de la négociation qu'ils soient pourvus ou dépourvus du label de représentativité.

Il en résulte que nous examinerons d'abord la consécration d'une exigence majoritaire pouvant revêtir plusieurs visages. Puis nous étudierons successivement les capacités conventionnelles réciproques des bénéficiaires du titre de représentativité et ceux qui en sont dépourvus. Enfin nous tenterons de tracer les éventuelles perspectives d'évolution qui pourraient ressortir de ce bouleversement majeur en matière de relations collectives.

3.1. La consécration d'une exigence majoritaire à plusieurs visages

Commençons donc par examiner le lien particulier noué entre l'agent de la négociation et le titulaire du droit de négocier. Par ce biais, nous serons amenés à examiner les causes de la soumission de la négociation au fait majoritaire. Nous découvrirons ainsi de quelle manière cette logique a autorisé l'expansion d'une nouvelle diversité de protagonistes des pourparlers.

3.1.1. Les titulaires du droit et les agents d'exercice de la négociation collective

Commençons donc par présenter les titulaires et les agents de la négociation collective. En effet rappelons que ce droit individuel s'exerce de manière collective.

Les titulaires du droit de la négociation collective. Rappelons que les organisations syndicales représentatives sont chargées de défendre l'intérêt collectif de la profession mais que celui-ci ne peut se résumer à l'addition des intérêts individuels des salariés en question. En l'occurrence, une partie de la difficulté relative à l'expression de la diversité des intérêts individuels des

salariés était jusqu'alors absorbée par le pluralisme. En effet, chacune des organisations représentatives exprimant des visions différentes du syndicalisme, chaque salarié pouvait facilement trouver au sein de cette offre celle se rapprochant au mieux de ses aspirations. Cependant chaque organisation syndicale représentative appréciant différemment cet intérêt collectif, cette solution était également source d'éparpillement. Au sein de cette diversité, par le biais de la notion de représentativité, chaque agent d'exercice de la négociation collective se voyait attribuer la capacité d'édicter des normes qui s'imposaient aux titulaires de ce droit sans autre forme d'arbitrage que l'octroi de ce label. Cependant, plusieurs éléments sont venus bouleverser l'articulation sophistiquée (voir équivoque) concernant les titulaires (salariés) et les agents d'exercice du droit de la négociation collective. Un premier courant doctrinal estime que chaque salarié pris individuellement¹³⁴¹ est titulaire de ce droit¹³⁴², alors qu'une seconde branche considère que les salariés forment une collectivité recevant la maîtrise de ce droit¹³⁴³. Par conséquent, ce droit à la négociation collective est-il détenu par chaque salarié individuellement ou par la notion de « *personnel* » correspondant à un collectif formé de l'ensemble des salariés concernés ? A ce sujet, la doctrine a longtemps jugé que le droit de la négociation collective ne pouvait s'exercer que par le biais d'un agent qui n'était pas titulaire de ce droit (une organisation syndicale bénéficiaire du label de représentativité)¹³⁴⁴.

Les agents d'exercice de la négociation collective. À la suite de la redéfinition de la notion de représentativité, la Cour de cassation a cependant indiqué que si les organisations syndicales titulaires de ce titre étaient bien investies de la défense des droits et intérêts des salariés, elles poursuivaient cette mission grâce à une habilitation découlant directement d'un vote des salariés¹³⁴⁵. Par cette analyse prétorienne, il se confirmait la réduction de la place du label en la matière, car il en ressortait que chaque salarié individuellement considéré habilite par son vote

¹³⁴¹Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.21.

¹³⁴²André ROUAST, *op.cit.* p.55. La thèse porte sur la notion de contrat collectif appliquée au concordat et au contrat collectif de travail. Au sujet de la collectivité des salariés : « *n'est pas une personne juridique, ce n'est pas un sujet de droit distinct des individus qui la composent, c'est simplement un lien qui réunit ces individus pour leur imposer une action commune et unitaire. Le contrat collectif de travail est donc l'œuvre des individus de la collectivité* ».

¹³⁴³Marie-Armelle ROTSCCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

¹³⁴⁴Georges BORENFREUND, « Les syndicats et l'exigence majoritaire dans la Loi FILLON du 4 mai 2014 », in « la négociation collective à l'heure des révisions », (sous la direction) Georges BORENFREUND, Antoine LYON CAEN, Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC et Isabelle VACARIE, Dalloz (Actes), 2005, p.115.

¹³⁴⁵Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 27 janvier 2015, 13-22.179, Publié au bulletin. Selon le juge : « *Par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote* ». Sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle.

l'agent d'exercice de son droit à la négociation collective. En somme, le juge civil confirme donc qu'il s'agit d'un droit individuel d'exercice collectif mais qui s'affirme de façon collective à l'occasion du scrutin. Il reste alors encore à préciser deux éléments : Qui est l'agent d'exercice de ce droit ? Et comment se détermine la façon dont ce dernier l'exerce ? Au sujet de la première question nous sommes contraints de distinguer les unités de travail pourvus d'une implantation syndicale de celles qui en sont dépourvues. En effet, l'agent historique de l'exercice de ce droit ne se trouve plus en situation de « *monopole* » et d'autres acteurs peuvent être appelés à le suppléer¹³⁴⁶¹³⁴⁷. Il s'avère que selon des aspects différents, une règle majoritaire détermine désormais le sens de l'exercice du droit de la négociation collective dans ces deux situations. Selon la professeure Marie-Armelle ROTSCHILD, l'exigence majoritaire invite à une perception nouvelle de la collectivité du personnel : « *celle-ci continue de devoir être envisagée comme un tout s'agissant de l'application de l'accord d'entreprise, effet erga omnes oblige. En revanche lorsqu'est en jeu en amont la validité de l'accord la collectivité du personnel apparaît comme un corps susceptible de se décomposer en une majorité et une minorité, l'opinion s'appréciant à travers l'audience recueillie par les syndicats aux élections des représentants des salariés* »¹³⁴⁸.

Un droit individuel exercé de manière collective. En somme, il s'agit d'un droit individuel, mais fonctionnant de manière collective, détenu par le salarié mais s'exerçant de façon prioritaire (mais non exclusive) par le biais des organisations syndicales représentatives. Un dynamisme majoritaire, pouvant revêtir plusieurs formes, préside désormais les règles de conclusion des accords collectifs. Plus exactement, dans les unités de travail pourvues d'implantations syndicales, la règle majoritaire s'articule avec la notion de représentativité, mais lorsque l'entreprise (ou l'établissement) est dépourvue de mandat syndical, alors elle se déploie seule. Finalement, la notion de représentativité et la règle majoritaire ne se confondent plus mais s'articulent autour d'une troisième notion que nous qualifions de « *capacité conventionnelle* ». Cette notion n'est plus conditionnée par un titre, mais s'exprime désormais au travers d'une exigence majoritaire capable de déterminer l'intérêt collectif de la profession selon une nouvelle équation.

¹³⁴⁶Décision du Conseil constitutionnel n° 96-383 du 6 novembre 1996.

¹³⁴⁷Décision du Conseil constitutionnel n° 2018-761 du 21 mars 2018.

¹³⁴⁸Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

Par conséquent, poursuivons notre étude par la présentation de cette nouvelle exigence majoritaire en matière de négociation collective. Constatons que ce droit individuel s'exerce par le biais d'agent sélectionnés sur la base du nombre et suivant une logique majoritaire.

3.1.2. L'émergence d'une exigence majoritaire

En effet, cette expression majoritaire a été étudiée par la doctrine dès les prémices du droit du travail, puis a connu une longue ellipse et un retour timide dans une époque contemporaine, avant de s'affirmer désormais comme une véritable exigence ayant une très forte emprise sur l'ensemble des relations collectives. Or, cette exigence majoritaire connaît dorénavant plusieurs visages, et peut théoriquement s'appliquer à divers sujets des relations professionnelles. Nous apprécierons donc la place de cette nouvelle exigence majoritaire par le biais d'une comparaison avec les autres systèmes de relations professionnelles. Nous examinerons le long cheminement de la consécration de cette exigence en droit interne. En effet, celle-ci s'est d'abord exprimée par le biais d'un droit de veto, puis par l'expression d'une majorité d'adhésion relative, et enfin par la reconnaissance avec réserve d'une majorité d'adhésion absolue au sein du champ de l'entreprise. Nous découvrirons que si les principaux acteurs sociaux n'ont pas été réfractaires à cette évolution, celle-ci a plutôt été conduite par le législateur. Enfin nous examinerons les différentes modalités d'exécution sophistiquées de cette règle en droit positif.

Le retour de l'exigence majoritaire au cœur des relations collectives. Depuis longtemps, selon une partie de la doctrine, aucun syndicat ne peut agir intentionnellement contre la volonté majoritaire des salariés qu'il est censé représenter¹³⁴⁹. Cette position reposait sur une hypothétique correspondance systématique entre l'action syndicale et les aspirations des salariés. Il en ressortait une conception essentialiste de l'action syndicale prolongeant spontanément les intérêts d'une classe sociologique. Toutefois, cette perception « *mécanique* » peut paraître insatisfaisante, car les organisations peuvent ressentir le besoin de mesurer les aspirations de ce collectif de salariés¹³⁵⁰. Dès le début du XX^{ème} siècle, une autre partie de la

¹³⁴⁹Laetitia BONNARD PLANCKE, *loc.cit.* p.208.

¹³⁵⁰Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45. Selon l'auteur : « *Le droit du travail français fait une place limitée au référendum. Les syndicats représentatifs étant les porte-parole des travailleurs dans la négociation collective, il leur appartient logiquement de connaître leurs aspirations à tout moment de la négociation, mais ils n'ont pas généralement, les moyens de consulter l'ensemble du personnel* ».

doctrine¹³⁵¹ estimait que si le syndicat était certes nécessaire à la conduite de la négociation, il la menait sans savoir si elle était conforme aux souhaits de la majorité des individus intéressés¹³⁵². Les auteurs¹³⁵³ considéraient que la règle majoritaire devait conduire l'exercice de ce droit car : « *le nombre seul décidera...la volonté de la majorité s'imposera par contrainte à la minorité dont l'indépendance se trouve sacrifiée à l'utilité sociale* »¹³⁵⁴. Ils envisageaient donc déjà l'exigence majoritaire en soutien du développement du droit de la négociation collective¹³⁵⁵¹³⁵⁶¹³⁵⁷¹³⁵⁸. Ils formaient cette proposition, dix ans avant la légalisation de la convention collective par la Loi du 25 mars 1919¹³⁵⁹ et vingt-six ans avant la réforme opérée par la Loi du 24 juin 1936¹³⁶⁰. Or ce dispositif législatif a « *éclipsé* »¹³⁶¹ pendant plusieurs décennies, cette idée qui n'est donc pas neuve¹³⁶²¹³⁶³. En définitive, l'essor de la mesure de l'audience syndicale, peut être considéré comme un « *retour aux sources* »¹³⁶⁴ quelque peu encouragé par le droit européen véhiculant la notion relativement lacunaire de « *représentativité*

¹³⁵¹Laetitia BONNARD PLANCKE, *loc.cit.* p.208. L'auteure fait référence aux des études des professeurs Gaétan PIROU et André ROUAST (Gaétan PIROU, « Les capacité juridiques successives du contrat collectif de travail en France », thèse de droit Rennes, 1909, p.195 ainsi qu'André ROUAST, *op.cit.* p.55.

¹³⁵²Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

¹³⁵³Laetitia BONNARD PLANCKE, *loc.cit.* p.208. L'auteure fait référence aux travaux de Gaétan PIROU : « Les capacité juridiques successives du contrat collectif de travail en France », thèse de droit Rennes, 1909, p.195.

¹³⁵⁴Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19. L'auteure fait référence aux travaux de Gaétan PIROU : « Les capacité juridiques successives du contrat collectif de travail en France », thèse de droit Rennes, 1909, p.195 (Toutefois, il n'indiquait pas précisément les modalités d'identification de cette majorité).

¹³⁵⁵Laetitia BONNARD PLANCKE, *loc.cit.* p.208.

¹³⁵⁶Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45.

¹³⁵⁷Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, *loc.cit.* p.17.

¹³⁵⁸Antoine MAZEAUD, « Sur l'« *autonomie collective* » des partenaires sociaux depuis la position commune du 16 juillet 2001 », *Droit Social*, 2003, p. 361.

¹³⁵⁹La Loi du 25 mars 1919, complétée et modifiée par celle du 25 juin 1919 introduit dans le livre 1er du Code du travail, (tel qu'il avait été codifié en 1910), un chapitre IV bis du titre II « De la convention collective de travail ».

¹³⁶⁰Loi du 24 juin 1936 (JO du 25 juillet 1936, p 7810).

¹³⁶¹Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

¹³⁶²Laetitia BONNARD PLANCKE, *loc.cit.* p.208.

¹³⁶³Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

¹³⁶⁴Laetitia BONNARD PLANCKE, *loc.cit.* p.208.

cumulée »¹³⁶⁵¹³⁶⁶¹³⁶⁷¹³⁶⁸. Cette appréciation de la représentativité par le juge communautaire semble également renvoyer à une notion effective, objective et surtout mesurable¹³⁶⁹¹³⁷⁰. de la « *capacité conventionnelle* » des protagonistes sociaux. Or, selon la doctrine, la règle majoritaire peut théoriquement se décliner au moins de deux façons et à deux moments distincts. En amont, elle sélectionne les agents d'exercice du droit de la négociation collective, puis en aval, elle détermine les règles de validité de conclusion des accords collectifs¹³⁷¹. Si le droit positif a exclusivement fait le choix de l'application de la règle majoritaire aux conditions de conclusion de l'accord collectif, examinons tout de même, les modes de sélection majoritaire des acteurs, car cette option éclaire plusieurs lacunes de notre système de relations professionnelles. Nous étudierons ensuite les causes et les modalités de formations de cette nouvelle exigence majoritaire concernant exclusivement la conclusion des accords collectifs.

La diversité des modes de sélection majoritaire des acteurs de la négociation collective. Nous savons que dans un système pluraliste, la sélection des acteurs des pourparlers peut théoriquement s'effectuer selon diverses modalités et sur des fondements qui ne sont pas obligatoirement électoraux ou majoritaire¹³⁷². Ainsi, selon un système de reconnaissance

¹³⁶⁵ Arrêt du 17 juin 1998, Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes, Affaire T-135/96. Dans son important arrêt du 17 juin 1998 relatif à l'accord européen sur le congé parental, le TPI de Luxembourg saisi par la CGPME avait souligné « *l'importance que revêt l'obligation pour la Commission et le Conseil de vérifier la représentativité des partenaires sociaux signataires d'un accord dont la mise en œuvre au niveau communautaire est demandée au Conseil* ».

¹³⁶⁶ Jean Emanuel RAY, « Quel avenir », Mélanges dédiés au président Michel DESPAX, Toulouse, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse-2002, p.552.

¹³⁶⁷ Alain SUPLOT (sous la direction de), « Au-delà de l'emploi : transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe : rapport pour la Commission des Communautés européennes », Paris, Flammarion, collection « Documents et Essais », 1999, p.321. Ce rapport soulignait « *indigence, sinon l'absence de débat* » sur le thème de la représentativité dans le cadre de l'Union européenne. L'auteur estime que l'Union européenne ne pourra pas faire l'économie d'un véritable débat sur ce sujet car la question représente un intérêt général dont les pouvoirs publics ne peuvent se désintéresser.

¹³⁶⁸ Au cours des années 1984 et 1985, la commission sous la présidence de Jacques DELORS investit le sujet du « *dialogue social européen* ». A la suite le sujet est introduit en droit européen par le truchement de l'article 118B de l'Acte Unique (1987). Le traité d'Amsterdam ne fait qu'une simple référence aux « *partenaires sociaux* » quand la charte des droits fondamentaux les ignore (signée en décembre 2000 lors du Conseil Européen de Nice). Après la publication d'une « étude sur la représentativité des partenaires sociaux », une communication de la commission (sans valeur impérative) de 1993 fixe certaines règles afin de mettre en œuvre le protocole sur la politique sociale du Traité de Maastricht.

¹³⁶⁹ Communication du 14 décembre 1993 concernant « *la mise en œuvre du Protocole sur la politique sociale* » présentée par la Commission au Conseil et au Parlement européen, document COM (93) 600 final, et Communication de la Commission du 20 mai 1998, « Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire », document COM(98) 322 final.

¹³⁷⁰ Jean Emanuel RAY, *Ibid.*

¹³⁷¹ Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.73.

¹³⁷² Marie-Armelle ROTCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10. Ainsi dans une première formule, la sélection peut se réaliser de façon autonome au sein du collège syndical par le biais de la récusation Il en va ainsi de la reconnaissance mutuelle ou de la récusation une organisation syndicale représentative refuse de négocier en

mutuelle la sélection des acteurs semble s'effectuer de façon presque naturelle en dehors des outils du droit, de puissance à puissance¹³⁷³. A l'inverse d'autres systèmes mobilisent justement la règle majoritaire et éventuellement le vote dans le but de choisir les acteurs des pourparlers.

L'accréditation majoritaire nord-américaine. Ainsi, dans plusieurs systèmes de traditions anglo-saxonnes, seul le syndicat majoritaire peut être accrédité au sein de l'entreprise. Il bénéficie alors du monopole de la représentation et de la négociation. L'exigence majoritaire est alors considérée comme une condition d'accès au statut de négociateur, mais de fait elle détermine les modalités de négociation et de conclusion de l'accord collectif¹³⁷⁴. Selon le professeur Pierre VERGE, dans cette situation, il n'existe pas d'« *effet ventriloque* »¹³⁷⁵, car les parties à la convention collective ont de concert la charge d'assurer le respect de leur entente collective¹³⁷⁶. Le syndicat accrédité se trouve alors dans l'obligation de représenter de façon

compagnie d'une autre organisation Une autre modalité plus commune correspondant à une conception libérale classique, octroyant à l'employeur la liberté de sélectionner son éventuel contractant au sein des diverses organisations syndicales présentes au sein de l'unité de travail. Autrefois, le syndicat non-signataire de l'accord collectif initiale était juridiquement exclu de la négociation de révision de celui-ci. Mais le syndicat signataire était de droit inviter à la négociation de sa révision. Cette modalité de sélection découlait directement d'une appréciation civiliste de l'accord collectif assimilant celui-ci à un contrat de droit commun.

¹³⁷³Cette approche n'encourage pas les structures syndicales nouvelles qui peuvent rencontrer des difficultés à émerger. Même si cette conception fait l'objet de quelques tempéraments dans une période contemporaine, elle a pour effet de contenir le pluralisme syndical au bénéfice des organisations déjà établies et capable de la démonstration de leur puissance.

¹³⁷⁴Ulrike Wendeling-SCHRÖDER, Patrick REMY et Guylaine VALLEE, *loc.cit.* p.211. Au Canada, la liberté d'association est garantie par la Charte Canadienne des droits et des libertés (insérée depuis 1982 dans la Constitution), complétée au Québec par la Charte des droits et des libertés de la personne (adopté en 1975). Il découle de ces deux textes fondamentaux, une première différence avec notre système interne, le droit de la négociation collective ainsi que le droit de grève appartiennent aux syndicats et non aux travailleurs. De même, ces droits ne sont reconnus que dans la mesure où il est constaté la représentativité d'une organisation syndicale dans le cadre d'une procédure publique auprès d'une commission spécialisée dans le domaine des relations de travail. Par conséquent ce dispositif implique une très forte décentralisation des relations collectives. Il s'agit d'une procédure d'accréditation conférant à l'organisation syndicale un titre si elle recueille l'appui de la majorité des salariés comprise dans une unité de travail. L'organisation bénéficiaire de cette accréditation devient alors le représentant exclusif du groupe aux fins de la négociation collective de travail. Les effets de cette accréditation sont larges et puissants car : « *lorsqu'il est accrédité, le pouvoir de représentation du syndicat a un fondement légal, il ne repose plus sur l'assentiment individuel de chaque salarié* ». En contrepartie les salariés doivent contribuer au financement par la retenue à la source d'une cotisation syndicale ou équivalent. L'employeur doit reconnaître l'organisation syndicale accréditée comme l'unique interlocuteur en matière de négociation collective. Dès lors, il doit engager une négociation de bonne foi avec ce protagoniste unique.

¹³⁷⁵Dominic ROUX (sous la direction), *op.cit.* p.92.

¹³⁷⁶Pendant la durée de la convention collective, le syndicat « *accrédité* » ne saurait valablement exiger plus que ce qui a déjà été convenu avec l'employeur. Celui-ci ne peut valablement refuser d'obtempérer aux obligations qui lui reviennent en vertu de la convention collective. Les difficultés relatives à l'application de la convention collective ne peuvent être résolues par voie de pression au moyen de la grève ou du « *lock out* ». Les parties disposent de la liberté de régler à leur mutuelle convenance les griefs découlant de l'application de leur convention collective. Un mécanisme de justice adapté leur est imposé et ensemble elles peuvent aussi convenir de modalités propres à ce processus : l'arbitrage des griefs.

juste et loyale l'ensemble des salariés de cette unité¹³⁷⁷¹³⁷⁸¹³⁷⁹. Finalement, les dispositions de la convention collective conclue s'appliquent à l'ensemble des salariés de l'unité de négociation qu'ils soient ou non adhérents du syndicat¹³⁸⁰. Le système de relations professionnelles des Etats-Unis est de même nature relevant d'un dispositif dual qualifié de « *tout ou rien* »¹³⁸¹¹³⁸². Il repose également sur un principe majoritaire à dimension électorale, mais a pour objet de désigner une seule et unique organisation quand le système de droit interne choisit une cohorte d'organisations syndicales aptes à négocier¹³⁸³. En effet, la notion de représentativité a notamment pour finalité la gestion du pluralisme, et n'a pas pour vocation la mise en place d'un monopole de représentation¹³⁸⁴.

L'unité d'action à caractère majoritaire « latine ». Il s'avère toutefois que les systèmes de relations professionnelles italiens et espagnols, sans sacrifier le pluralisme syndical au profit de l'efficacité de la négociation collective, ont tout de même établi des formules juridiques visant à encourager une unité d'action à caractère majoritaire. En Italie, les organisations syndicales doivent former une délégation intersyndicale majoritaire afin de pouvoir engager une

¹³⁷⁷Ceux-ci ont en retour l'obligation de participer financièrement au fonctionnement du syndicat accrédité. Il en ressort également une obligation imposée à tous ces salariés d'obtempérer à la décision collective de faire grève si tel est la décision du syndicat accrédité.

¹³⁷⁸Dominic ROUX (sous la direction), *op.cit.* p.92.

¹³⁷⁹Pendant la période de négociation, le syndicat ne peut recourir à la grève si cette initiative a été approuvée par une majorité de salariés.

¹³⁸⁰Pierre VERGE, *loc.cit.* p.58. Selon l'auteur : « *Le régime majoritaire qui caractérise la législation canadienne s'appliquant couramment aux rapports collectifs du travail a été, avons-nous vu, le principal mode d'expression de l'autonomie collective* ».

¹³⁸¹Xavier BLANC JOUVAN, *loc.cit.* p.179. Selon l'auteur, le syndicat majoritaire dispose d'un titre d'accréditation correspondant à une présence exclusive au sein de l'entreprise. L'unité de travail ne connaissant qu'une organisation chargée de la négociation il n'est pas nécessaire d'établir des règles majoritaires de validités des accords. Le syndicat accrédité représentant l'ensemble des salariés, l'accord signé par ses soins dispose d'une assise très large. L'idée est bien que le « *collective bargaining* » est avant tout l'affaire des parties et donc la traduction d'un rapport de forces. La Loi fixe les règles du jeu et le juge y joue un rôle de régulateur complétant la technique de l'arbitrage. L'implantation syndicale y constitue une « *lutte âpre et difficile* ». La négociation collective n'en est pas moins assez centralisée mais le syndicat national laisse finalement assez peu d'autonomie à ses organisations locales. Il envoie sur place des représentants et des experts pour prendre part aux discussions et, le cas échéant, co-signer l'accord intervenu. C'est ce qui permet au syndicat national d'avoir, en matière de négociation collective, une politique générale qu'il va essayer de mettre en œuvre au niveau des entreprises et des établissements.

¹³⁸²Christian BRUNELLE, Anne-Marie LAFLAMME et Dominic ROUX, « Le syndicat obligatoire au Québec : une contrainte individuelle à la faveur de l'« autonomie collective », in Dominic ROUX (sous la direction), « Autonomie collective et droit du travail », in Mélanges en l'hommage de Pierre VERGE» Laval (Canada), Les Presses de l'Université Laval, 2014, p.622.

¹³⁸³Françoise FAVENNEC-HERY, *loc.cit.* p.121. L'auteure souligne les analogies entre le nouveau système de représentativité et les principes anglo-saxon de reconnaissance syndicale (ou d'accréditation) fondé lui aussi sur le processus électif : « *L'influence du système anglo-saxon est certaine dans la mesure où celui-ci repose sur un processus électif; mais il aboutit au Royaume Uni et aux USA à la désignation temporaire d'une organisation syndicale alors que nous restons attachés, en France à une pluralité de syndicats représentatifs* »

¹³⁸⁴Françoise FAVENNEC-HERY, *loc.cit.* p.121.

négociation collective et constituer un organe délibératif au sein des entreprises (ou établissements). Sur le banc syndical, chaque organisation représente une partie proportionnelle de l'audience électorale recueillie. Cette démarche correspond à la volonté de constituer une instance institutionnelle de négociation collective débouchant sur une : « *conception organique de la collectivité du personnel* »¹³⁸⁵ favorisant une forte unité d'action syndicale majoritaire ainsi que des accords collectifs à large portée. A l'occasion de l'examen du système de relations professionnelles espagnoles, nous retrouvons également une commission chargée de la négociation collective. La règle majoritaire y est requise en amont du processus de négociation lors de la constitution de cette instance qui dispose d'une véritable fonction normative mais également en aval lors de conclusion de l'accord : « *le droit espagnol applique ainsi l'exigence majoritaire sur les négociateurs puis sur les signataires de l'accord* »¹³⁸⁶¹³⁸⁷. En effet, le banc social y est formé des organisations syndicales représentatives majoritaires au sein de l'unité de travail¹³⁸⁸¹³⁸⁹.

En conclusion de cette brève comparaison internationale, utilisons une référence littéraire éclairante. Dans son roman « *Saint Germain ou la Négociation* »¹³⁹⁰, l'auteur se saisit des tractations de paix entre catholiques et protestants afin d'établir un petit traité des règles à suivre lors d'une négociation. Selon ses conseils, il s'avère préférable de désigner une personne qui sera le négociateur « *officiel* » afin de disposer d'une seule et unique voix, offrir un discours efficace et cohérent et ne pas risquer de se diviser et faire naître des failles facilement exploitables par les adversaires¹³⁹¹. En effet, un unique représentant correspond à un seul

¹³⁸⁵ Georges BORENFREUND, *loc.cit* p.229. Selon l'auteur: « *Conception organique de la collectivité du personnel avec le risque corrélatif d'un certain retour à la théorie institutionnelle de l'entreprise. La défense des intérêts collectifs des salariés qui caractérise l'objet des syndicats pourrait bien céder quelque peu le pas à la défense de intérêts du personnel* ».

¹³⁸⁶ Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

¹³⁸⁷ Cette commission se compose d'un banc social correspondant aux représentants des salariés et d'un banc patronal. Ensuite la convention est adoptée par chaque banc, si plus de la moitié des membres se prononcent en sa faveur. Cette commission représentant une majorité syndicale reçoit une compétence exclusive pour négocier une convention statutaire.

¹³⁸⁸ Cette composition doit respecter la règle majoritaire. En effet, les règles sont complexes mais sans rentrer dans les détails, le nombre de siège est fixe mais doit être répartie entre les diverses organisations représentatives en fonction des scores d'audience recueillis lors des élections professionnelles.

¹³⁸⁹ Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.73. Selon l'auteure : « *Le système espagnol est à cet égard celui qui décline l'idée majoritaire sous sa forme la plus achevée mais aussi la plus « corporatiste », mesure de l'audience au stade de l'habilitation et de la composition de la commission de négociation, délibération à la majorité de cet organe au stade de la conclusion* ».

¹³⁹⁰ Francis WALDER, « *Saint Germain ou la Négociation* », Paris, Gallimard, Edition de 1992, p.192.

¹³⁹¹ Francis WALDER, *Ibid.* Pour être efficace, seule la personne officiellement désignée doit donc s'exprimer ce qu'a très bien compris MALASSISE qui est le seul à négocier, laissant le baron de BIRON observer la négociation.

interlocuteur pour la partie adverse, et par conséquent un unique dialogue débouchant (ou non) sur un accord¹³⁹².

Les modalités de droit interne de sélection des acteurs de la négociation collective. Or, de son côté notre système de relations professionnelles se caractérise par une relative « *mollesse* » concernant la sélection des protagonistes de la négociation collective mais également par une réelle « *souplesse* » au sujet de la conclusion des accords collectifs. Poser comme condition de validité de l'accord collectif qu'il respecte une contrainte majoritaire ne revient pas à exiger que ce dernier fasse l'objet d'une adhésion majoritaire mais que ces signataires rassemblent une majorité. Par conséquent, il aurait pu être convenu « *a minima* », que seule l'organisation ayant recueillie une majorité de suffrages exprimés lors du premier tour des dernières élections professionnelles (ou la coalition d'organisation syndicale représentatives remplissant la même condition) soit autorisée à négocier¹³⁹³. Le droit positif n'octroyant pas au label de représentativité une telle portée, il est possible d'établir qu'il vise plus à faire vivre un pluralisme « *tempéré* » qu'à sélectionner les acteurs. Sa délivrance ne correspond qu'à un premier tri des agents d'exercice du procédé leur ouvrant l'accès au collège des organisations obligatoirement invitées par l'employeur à la négociation collective. Cette habilitation autorise à négocier mais ne permet pas en elle-même la conclusion de l'accord collectif. De fait l'exigence majoritaire, requise lors de la conclusion de l'accord, établit une certaine hiérarchie entre les organisations titulaires du titre de représentativité¹³⁹⁴ car certaines d'entre elles disposent d'une puissance majoritaire autonome alors que d'autres doivent établir une coalition afin d'être signataire d'un éventuel accord. Il en découle que le consentement majoritaire apparaît comme une condition nouvelle que doivent respecter les organisations syndicales bénéficiant de ce label (également les organisations patronales pour les niveaux supérieurs à l'entreprise). Plus précisément pour participer à la négociation les protagonistes doivent disposer du titre de représentativité, mais pour conclure un accord collectif ils doivent disposer d'une « *capacité conventionnelle* » majoritaire calculée sur la base de leur puissance électorale. Au fond pour quelle raison le législateur ressent-il le besoin d'infliger aux protagonistes sociaux

¹³⁹²Par ailleurs, l'unité peut être facteur de paix sociale. En effet, le fait qu'une centrale syndicale soit en situation de monopole ou de quasi-monopole permet d'abaisser durablement le niveau de conflictualité. La signature d'un accord acquiert d'ailleurs un sens différent de celui qu'il a en droit interne car il correspond à la marque de la fin d'un conflit et au début d'une période de paix sociale. Ce monopole syndical est également facteur de renforcement de la loyauté de la négociation car, dans ce cas, la partie employeur ne peut jouer des divisions syndicales.

¹³⁹³Les organisations syndicales représentatives ne remplissant pas cette obligation étant a priori exclues de la négociation collective.

¹³⁹⁴Mais fixer une hiérarchie ne revient pas à sélectionner les acteurs.

cette condition supplémentaire relative à la formation des accords collectifs ? Il semble que cette exigence majoritaire fondée sur l'audience électorale des signataires permettrait de réduire l'éventuelle discordance entre la volonté de la collectivité des salariés et les actes accomplis par leurs représentants. Compte tenu de l'évolution des finalités de la négociation collective, la professeure Stamatina YANNAKOUROU estime que serait venu le temps pour la norme négociée : « *de mieux garantir que les représentants des salariés exercent leur pouvoir en conformité avec les aspirations de ceux au nom desquels ils agissent* »¹³⁹⁵¹³⁹⁶. Il en découle que : « *l'idée majoritaire a pu apparaître comme un correctif apporté à l'effet normatif des accords collectifs susceptible d'emporter une renonciation des droits des salariés* »¹³⁹⁷¹³⁹⁸. Le Professeur ANTONMATTEI en conclut que : « *dès lors que la convention ou l'accord collectif de travail n'a plus seulement une fonction d'amélioration, l'exigence majoritaire n'est pas surprenante. Elle est même légitime* »¹³⁹⁹. En somme la règle majoritaire a pour objet de rendre légitime la conclusion de l'accord collectif à l'ensemble des salariés concernés. L'association de la représentativité et de l'exigence majoritaire est un compromis permettant l'expression du pluralisme et une forme de reconnaissance de la légitimité de l'accord signé.

Les prémices de la formation de l'exigence majoritaire. Par conséquent, avançons-nous sur le chemin sinueux et tortueux ayant conduit à l'adoption de l'exigence majoritaire applicable aux accords collectifs. Nous tenterons ensuite de tirer les enseignements de ce processus de formation afin d'en définir la portée. Cette traversée a pour objet de nous éclairer au sujet des causes contemporaines de la mise en place de cette règle majoritaire. Elle constitue également une démonstration de la manière selon laquelle le droit de la négociation collective s'est imposé à la notion de représentativité et plus généralement à la liberté syndicale. Dans la période antérieure à la réforme de la représentativité, la « *capacité conventionnelle* » était conférée sans véritable restriction à toutes les organisations professionnelles bénéficiaires de ce titre¹⁴⁰⁰. A cette époque, la « *capacité conventionnelle* » était une prérogative tellement attachée à ce label que les deux notions pouvaient aller jusqu'à se confondre. L'accord était valide s'il était signé par une organisation bénéficiant du label, et sa portée pouvait être entendue à l'ensemble des

¹³⁹⁵Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

¹³⁹⁶Yves ROBINEAU, « Loi et négociation collective », Rapport au ministre du travail, La documentation française, 1997, p.25.

¹³⁹⁷Josépha DIRINGER, *op.cit.* p.11.

¹³⁹⁸Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.28.

¹³⁹⁹Paul-Henri ANTONMATTEI, « Négociation collective: brève contribution au débat sur la réforme », Droit Social, 2003, p.87 (citation p.90).

¹⁴⁰⁰Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.110.

salariés concernés. Par conséquent, le système de relations professionnelles se passait admirablement d'une règle majoritaire de validation des accords collectifs, à moins qu'il ne fût précisément bâti pour la contourner. Cette mise à l'écart s'expliquait par l'application du principe de faveur comme colonne vertébrale de l'ordre public social¹⁴⁰¹. En effet, la dynamique d'acquisition de nouveaux droits par les salariés pouvait se passer de l'expression d'une majorité d'approbation car celle-ci allait plus ou moins de soi¹⁴⁰². Mais l'examen des rapports de force syndicaux d'une époque antérieure aux années quatre-vingt du XX^e siècle dévoile une seconde cause de cette mise de côté. En effet, à cette période la Confédération Générale du Travail (CGT) était très puissante (voir incontournable) sur certains champs des relations professionnelles. Or la posture doctrinale de cette confédération pouvait parfois représenter un éventuel « *frein* » à la progression de la couverture conventionnelle du monde du travail. Par conséquent, les mécanismes juridiques rappelés ci-dessus présentaient l'avantage de pouvoir mettre de côté une organisation professionnelle puissante¹⁴⁰³. Pour toutes ces raisons, l'exigence majoritaire a longtemps été étrangère à la tradition syndicale française. Cependant l'introduction de l'exigence majoritaire au sein des règles de conclusion des accords collectifs est relativement ancienne même si elle s'est installée lentement, graduellement, affichant à chaque nouveau pallié un visage différent correspondant aux nouvelles modalités de son expression.

L'introduction d'un droit d'opposition majoritaire. A partir de 1982¹⁴⁰⁴, elle s'est d'abord propagée en creux et de manière négative par la mise en place d'un droit d'opposition encadré et limité concernant les accords « *dérogatoires* » à la Loi. Ce droit était ouvert aux organisations syndicales représentatives mais non signataires de l'accord ayant obtenu plus de la moitié des voix des électeurs inscrits aux dernières élections du comité d'entreprise (ou à défaut des

¹⁴⁰¹Jean-Emmanuel RAY, « L'accord d'entreprise majoritaire », Droit Social, 2009, p.887.

¹⁴⁰² La négociation collective était autrefois conduite exclusivement par le principe de faveur. Dans ces circonstances, une certaine distorsion entre représentation et représentativité ne menaçait pas fondamentalement les protagonistes sociaux et la légitimité des accords qu'ils pouvaient signer. Bien mieux, un certain écart maîtrisé entre ces deux notions pouvait être source d'un développement de la négociation collective. Une organisation minoritaire pouvait prendre la responsabilité de signer un accord dont le sort risquait de s'embourber. Par ce geste, elle pouvait ainsi débloquent une situation enkystée à la satisfaction explicite ou implicite d'une large partie des protagonistes sociaux. Toutefois, le développement d'une négociation collective dérogatoire (ou transactionnelle) a bouleversé cette appréciation et a contraint à la refondation d'une représentativité sur de nouveaux fondements visibles de la part des salariés permettant la construction d'une nouvelle légitimité des acteurs sociaux.

¹⁴⁰³Jean-Emmanuel RAY, « Les curieux accords dits « majoritaires » de la Loi du 4 mai 2004 », Droit Social, 2004, p.590. En contournant ainsi l'omniprésence de la Confédération Générale du Travail (CGT), la puissance publique a permis une politique conventionnelle, tout en favorisant ses concurrents. De cette manière, les entreprises pouvaient toujours trouver un autre syndicat pour signer un accord.

¹⁴⁰⁴Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail-3eme Loi AUROUX (JORF du 14 novembre 1982).

délégués du personnel). Ce droit d'opposition adossé au dernier scrutin électoral¹⁴⁰⁵ était un mécanisme juridique ingénieux tempérant les aspects négatifs du pluralisme syndical, tout en effleurant délicatement les règles de la représentativité syndicale. Cependant, tout était fait pour que ce nouveau dispositif juridique exista mais sans réellement être mis en œuvre¹⁴⁰⁶ car il s'agissait d'ébrécher sans casser l'architecture générale de la négociation collective. En effet, les conditions de fond étaient très restrictives, puisqu'il s'agissait d'un droit d'opposition exclusivement relatif aux accords collectifs ayant un caractère dérogatoire à la Loi. Il en allait de même au sujet des conditions de forme, puisque le droit¹⁴⁰⁷ disposait que cette opposition devait être écrite, motivée et notifiée aux signataires dans un délai de huit jours à compter de la signature de l'accord¹⁴⁰⁸. Enfin et surtout, le seuil requis était tellement élevé que l'exercice de ce droit semblait presque inatteignable¹⁴⁰⁹¹⁴¹⁰. Assurément ce premier droit d'opposition était calculé sur l'ensemble des salariés inscrits sur les listes électorales et non pas au sein du cercle plus restreint de ceux qui avaient exprimés leurs choix lors du dernier scrutin. Compte tenu du taux variable d'abstention, ce seuil était mathématiquement égal à près de soixante-dix (voir quatre-vingts) pour cent des votants. Cette barrière difficilement franchissable privait d'effectivité la mise en pratique de ce droit d'opposition, qui ne pouvait être uniquement envisagé que pour des accords manifestement illégitimes faisant l'objet d'un veto de la part de la quasi-unanimité des salariés. Pour cette raison, il ne fut que très rarement utilisé, mais sa portée théorique (voir symbolique) était manifestement bien plus considérable même si elle était prononcée de façon implicite. Par ce droit d'opposition, le législateur considérait pour la première fois que les organisations, bénéficiant d'une présomption irréfragable de représentativité, n'étaient pas suffisamment légitimes pour engager l'ensemble des salariés dans un processus de remise en cause de leurs droits. De même, le législateur considérait que l'audience électorale constituait une bonne source de légitimité capable d'accompagner la modification en cours de la nature du droit de la négociation collective. La faculté reconnue aux syndicats représentatifs de former des conventions dérogeant à la Loi a donc rendu

¹⁴⁰⁵Dès ses débuts cette exigence majoritaire était donc construite sur des fondements électoraux.

¹⁴⁰⁶Jean-Emmanuel RAY, *loc.cit.* p.246. Au sujet du droit de veto le professeur Jean-Emmanuel RAY utilisait des qualificatifs sévères : « *conçu pour ne jamais servir ce simulacre de démocratie sociale a parfaitement rempli son rôle* ».

¹⁴⁰⁷Ancien article L.132-26 du Code du travail.

¹⁴⁰⁸Par conséquent les syndicats non-signataires devaient prendre une décision stratégique et importante dans un délai de temps relativement court.

¹⁴⁰⁹Jean-Emmanuel RAY, *loc.cit.* p.246.

¹⁴¹⁰Lorsque le texte en cause ne concerne qu'une catégorie professionnelle déterminée, relevant d'un collège électoral défini à l'article L. 433-2, les organisations susceptibles de s'opposer à son entrée en vigueur sont celles qui ont obtenu les voix de plus de la moitié des électeurs inscrits dans ledit collège.

nécessaire la consécration d'une majorité syndicale de refus¹⁴¹¹ sur une base électorale¹⁴¹². Il fallait d'une manière ou d'une autre rechercher une approbation des salariés. En l'occurrence, le vote était considéré comme la meilleure expression de cette volonté quand bien même celle-ci était relayée par d'autres organisations syndicales représentatives que celles signataires de l'accord collectif litigieux. Elle se formait donc indirectement et s'exprimait de la façon la plus discrète qu'il soit par l'absence d'exercice de ce droit d'opposition¹⁴¹³¹⁴¹⁴. En somme, sans en avoir pleinement conscience, les salariés transmettaient aux organisations syndicales représentatives la possibilité d'utiliser un « veto » en matière de droit conventionnelle. L'absence d'exercice du droit d'opposition par les organisations syndicales représentatives, validait ces dérogations avec l'acquiescement implicite et indirect des salariés. Nous conviendrons qu'il existe des manières plus franches d'approuver une décision, mais il s'agit d'une première étape. Il eut été plus direct d'imposer une majorité d'adhésion concernant ces accords d'abdication de droits. Mais il apparaît que la création d'un droit d'opposition traduisait également un certain scepticisme au sujet de la capacité des organisations syndicales représentatives de rassembler une majorité dans le but de signer des accords de cette nature. Ce droit d'opposition semblait ne jouer que le rôle d'un dernier « *clapet de sécurité* » afin de prévenir un éventuel accident. Il existe donc un lien d'intimité entre l'amorce d'une modification de la nature de la négociation collective (introduction des accords « *in pejus* ») et l'introduction de cette exigence de majorité. Selon la professeure Marie-Armelle ROTSCHILD, le formalisme entourant l'exercice du droit d'opposition existait pour souligner l'importance des enjeux. En effet les textes frappés d'opposition étaient réputés non écrits : « *dans ces conditions le droit de veto pourrait être qualifié dans le langage militaire d'arme à la fois lourde et sophistiquée dont le maniement suppose des périls extrêmes, des généraux avisés et*

¹⁴¹¹ Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

¹⁴¹² Jean-Emmanuel RAY, *loc.cit.* p.246. Selon l'auteur : « *plus un accord est socialement difficile, plus il est fragile sur le plan juridique....mais aussi et surtout social car la légalité n'est pas tout: il faut que les salariés appliquent la nouvelle règle* ».

¹⁴¹³ A l'exposé de cette considération, remarquons que l'exercice de ce droit n'appartenait pas aux salariés mais aux agents d'exercice du droit de la négociation collective. Le vote des salariés conférait à ces derniers la possibilité d'un éventuel exercice de ce droit à condition d'avoir préalablement rassemblé une majorité selon les modalités délicates que nous avons déjà présentées.

¹⁴¹⁴ Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10. L'auteure peut compléter ce point en rappelant que : « *C'est l'audience préalable à la négociation qui justifie leur pouvoir d'intervention. En ces sens la notion de majorité qui sert de base au processus ne se confond pas avec celle qui se dégagerait d'une consultation sur l'opportunité de signer, de s'abstenir ou de s'opposer à l'accord. Il en est d'autant moins ainsi que l'élection a un objet qui est sans rapport juridique avec la négociation.* ».

des troupes prêtes à certains sacrifices »¹⁴¹⁵. Finalement, les premiers pas de cette exigence majoritaire étaient timides et ambigus mais d'une grande portée théorique¹⁴¹⁶.

D'une opposition majoritaire à une adhésion majoritaire. Au cours des années quatre-vingt du XX^e siècle, les confédérations syndicales historiques n'étaient pas enthousiastes à l'idée de voir se développer les prémisses d'un principe majoritaire. Les esprits n'étant pas encore prêts pour franchir une plus grande marche¹⁴¹⁷, pendant une dizaine d'années ce droit d'opposition a donc existé mais de façon plus ou moins « virtuelle »¹⁴¹⁸. Puis, la Loi du 31 décembre 1992¹⁴¹⁹, a élargi son champ d'application aux modes de révision des accords collectifs sans en modifier les conditions de forme. Un mouvement vers une majorité d'adhésion s'amorçait par le biais de la Loi n°2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction du temps de travail¹⁴²⁰ qui conditionnait l'octroi d'allègement fiscaux consécutifs à la conclusion d'accords signés par une ou plusieurs organisations syndicales ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections au comité d'entreprise ou à défaut aux fonctions de délégué du personnel¹⁴²¹¹⁴²²¹⁴²³¹⁴²⁴. La doctrine souligna l'arrivée soudaine puis immédiatement démentie d'un principe majoritaire¹⁴²⁵¹⁴²⁶¹⁴²⁷¹⁴²⁸.

¹⁴¹⁵Marie-Armelle ROTSCCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

¹⁴¹⁶Ce droit d'opposition pouvait faire l'objet de critiques de trois ordres. Premièrement, le fait de fonder la validité d'un accord sur le silence de la majorité des syndicats non-signataires pouvait entretenir une réelle ambiguïté. Celle-ci n'est levée que dans l'hypothèse de l'exercice de ce droit, mais dans le cas contraire, l'équivoque demeure. Deuxièmement le droit d'opposition conférait une puissance de nuisance à la majorité des syndicats non-signataires. L'exercice de ce droit ne poussait pas ses titulaires à la participation à un mouvement constructif. Ils ont le droit de refuser mais sans le devoir de proposer une solution alternative. Troisièmement, ce droit d'opposition introduisait insidieusement une suspicion au sujet des organisations syndicales « minoritaires » mais signataires de l'accord.

¹⁴¹⁷Marie-Armelle ROTSCCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

¹⁴¹⁸Jean-Emmanuel RAY, *loc.cit.* p.246.

¹⁴¹⁹Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage (JORF n°1 du 1 janvier 1993).

¹⁴²⁰Loi n°2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction du temps de travail (JORF n°16 du 20 janvier 2000)

¹⁴²¹Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.73.

¹⁴²²Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (JORF n°16 du 20 janvier 2000). Extraits de l'article 19-V de la Loi de janvier 2000 : « Pour ouvrir droit à l'allègement, l'accord d'entreprise doit être signé par une ou des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Si cette condition n'est pas satisfaite, une consultation du personnel peut être organisée à la demande d'une ou plusieurs organisations syndicales signataires ; l'accord ouvre droit à l'allègement s'il est approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés ».

¹⁴²³Bernard GAURIAU, « Le référendum et les accords « Aubry II », Droit Social, 2000, p. 311.

¹⁴²⁴Cette exigence n'interférerait pas directement sur la validité de l'acte.

¹⁴²⁵Gilles BELIER, « Les novations dans le droit de la négociation collective », Droit Social, 1999, p.1014.

¹⁴²⁶Jean SAVATIER, « La création ou la préservation d'emplois, conditions d'allègement des cotisations sociales dans la Loi du 19 janvier 2000 », Droit Social, 2000, p. 478.

¹⁴²⁷Gérard LYON-CAEN, « Considérations intempestives sur le temps », Droit Social, 2000, p. 237.

¹⁴²⁸Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

Une règle majoritaire déterminée par l' « autonomie collective ». Par la suite, la Loi n°2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques¹⁴²⁹ créait les accords collectifs dits « *de méthode* » devant notamment faire l'objet d'une signature des organisations syndicales majoritaires. Par conséquent, dans le cadre de situations spécifiques et très limitées, ces deux dernières Lois ouvraient la possibilité de recourir à une majorité d'engagement. Parallèlement à cela, la position commune du 16 juillet 2001 exprimait sa volonté d'élargir les attributions conférées à la négociation collective et précisait qu'assurer son développement nécessite : « *la définition d'un mode de conclusion des accords qui, sans remettre en cause la capacité de chaque organisation syndicale représentative d'engager l'ensemble des salariés, renforce la légitimité des accords et garantit l'équilibre de la négociation* »¹⁴³⁰. Par ce texte les organisations signataires¹⁴³¹ reconnaissaient implicitement que les anciennes règles concernant la validité des accords collectifs étaient désormais insuffisantes. Dans un esprit très conforme au respect de leur « *autonomie collective* », elles proposaient que chaque branche professionnelle puisse fixer les règles de validité des accords collectifs. Avec le soutien d'une grande partie de la doctrine, le législateur pouvait donc franchir de nouvelles étapes en s'appuyant sur les deux principales « *positions communes* » de la décennie 2000 signées par une partie importante des organisations syndicales¹⁴³²¹⁴³³. Grâce à cette impulsion, le législateur pouvait généraliser ce droit d'opposition à l'ensemble du champ de la négociation, en l'accompagnant d'une plus grande facilité d'utilisation¹⁴³⁴, le rendant finalement plus opérant. Cette ouverture transformait un droit d'opposition exercé exceptionnellement dans des conditions particulièrement restrictives en une règle légale de droit commun¹⁴³⁵. Selon un processus que nous avons déjà étudié, cette proposition émanant des principaux intéressés fut donc reprise par la Loi n°2004-391 du 4 mai 2004¹⁴³⁶. A ce sujet,

¹⁴²⁹Loi n°2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques (JORF du 4 janvier 2003).

¹⁴³⁰La Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective..

¹⁴³¹Mouvement des Entreprises de France (MEDEF), la Confédération Générale des Petites et Moyennes Entreprises (anciennement CGPME devenue CPME) et l'Union Professionnelle Artisanale (UPA devenue U2P), Confédération Française du Travail (CFDT), la Confédération de l'Encadrement (CFE-CGC), la Confédération Française des Travailleurs Chrétiens, la Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO).

¹⁴³²Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective..

¹⁴³³Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

¹⁴³⁴Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

¹⁴³⁵Toutefois cette simplification de forme n'obéissait pas une règle générale, et renvoyait à des modalités diverses de calcul de cette majorité suivant les champs de la négociation.

¹⁴³⁶Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004) .

la Circulaire d'application du 22 septembre 2004¹⁴³⁷ indiquait que :« *la Loi fait du respect du principe majoritaire une condition impérative de validité des accords collectifs, quel que soit le niveau auquel ils sont conclus. Soucieux de laisser aux partenaires sociaux la possibilité de choisir le dispositif qui leur paraît le mieux adapté, le législateur a prévu que le principe majoritaire puisse se décliner de façon différente selon les niveaux de négociation...* ». Il en résultait que si le principe majoritaire était effectivement généralisé, il s'appréciait différemment en fonction des divers champs de la négociation collective.

Les différentes modalités d'une règle majoritaire déterminée par l' « autonomie collective ».

Ainsi, la Loi¹⁴³⁸ créa un article L.132-2-2 du Code du travail, prévoyant que les accords interprofessionnels étaient subordonnés à l'absence d'opposition de la majorité des organisations syndicales. Au sein du ressort plus centralisé de la négociation collective était donc maintenu le principe de l'unicité de signature mais celui-ci était associé à un droit d'opposition arithmétique calculé sur la base du nombre d'organisations syndicales représentatives. Chaque organisation disposait d'une voix égale à celle de toutes les autres quelques soit son poids en termes d'adhésions ou de bulletins recueillis lors des dernières élections. La validité de la convention était conditionnée à l'absence d'opposition majoritaire des organisations non-signataires. Selon le professeur Jean-Emmanuel RAY : « *cette majorité est donc à la fois organique (les confédérations reconnues) négatives (car d'opposition et non signataires) et arithmétiques* »¹⁴³⁹. Dans la pratique les confédérations nationales historiques étant au nombre de cinq :« *toutes égales en droit comme si chacune d'entre elles représentait vingt pour cent des salariés français* »¹⁴⁴⁰, la signature par trois d'entre elles, bloquait toutes vellétés d'exercice d'un droit d'opposition et conférait validité à la convention en question. A cette époque, la Confédération Générale du Travail (CGT) et la Confédération Française du Travail (CFDT) disposant du plus grand nombre d'adhérents et mobilisant à elles seules une majorité des suffrages exprimés aux élections professionnelles¹⁴⁴¹¹⁴⁴², les autres confédérations

¹⁴³⁷Circulaire 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 (JORF n°255 du 31 octobre 2004, p.18472).

¹⁴³⁸Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004).

¹⁴³⁹ Jean-Emmanuel RAY, *loc.cit.* p.246.

¹⁴⁴⁰ Jean-Emmanuel RAY, *loc.cit.* p.246.

¹⁴⁴¹ Jean-Emmanuel RAY, *loc.cit.* p.246.

¹⁴⁴² Il en ressortait au niveau national (ou au sein d'une branche professionnelle), que deux organisations professionnelles très puissantes pouvaient être signataires d'un accord qui ne serait jamais valide du fait de l'opposition de trois organisations très faibles en termes d'adhésions (ou électorale). Bien entendu des situations inversement incongrues pouvaient également s'opérer : trois organisations très faibles pouvaient être signataires d'une convention qui ne pouvaient pas subir l'opposition des organisations les plus puissantes.

ne représentaient donc qu'une partie minoritaire du monde des salariés. En somme ce calcul arithmétique (une confédération égale une voix) traduisait encore les réticences des confédérations historiques à l'encontre d'une mesure électorale de leurs véritables puissances réciproques. Concernant la validité de la conclusion des accords des branches professionnelles, la Loi¹⁴⁴³ prévoyait deux options aux choix des protagonistes représentatifs au sein de ce même ressort. La première subordonnait également la validité de l'accord collectif en question à l'absence d'opposition de la majorité des organisations syndicales représentatives. La seconde conditionnait la conclusion de l'accord collectif à la signature d'une ou plusieurs organisations représentant la majorité des salariés de la branche. Selon cette hypothèse, la majorité en question pouvait être mesurée de deux manières : sur la base d'une consultation spécifique ou sur le fondement des résultats des dernières élections professionnelles¹⁴⁴⁴. Enfin, concernant la validité des accords collectifs du ressorts le plus décentralisé, la Loi¹⁴⁴⁵ offrait sans doute sa principale innovation en donnant la possibilité à l'accord de branche étendu de faire son choix entre plusieurs options. Au sujet des entreprises entrant dans son champ d'application, la branche professionnelle pouvait prévoir que l'accord d'entreprise devait être signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins la moitié des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles. Toutefois cette première option précisait que si l'accord en question ne remplissait pas cette condition, il pouvait être directement soumis à l'approbation des salariés de l'entreprise. Cette consultation des salariés devait se faire à l'initiative des organisations syndicales représentatives signataires (éventuellement accompagnées des non-signataires). Dans cette dernière hypothèse l'accord devait recevoir l'approbation directe des salariés par la réunion d'une majorité absolue. Cependant la branche professionnelle avait la possibilité de préférer une seconde option alternative correspondant à la signature de l'accord d'entreprise par au moins une organisation syndicale représentative. Dans cette hypothèse, la conclusion de l'accord collectif devait toutefois faire l'objet d'une absence d'opposition d'une (ou plusieurs) organisation syndicale représentative ayant recueilli au moins la moitié des suffrages valablement exprimés lors des dernières élections professionnelles. En définitive, l'accord de branche devait faire le choix entre une « *majorité d'adhésion* » ou « *majorité d'opposition* ». En l'absence de la conclusion d'un accord de branche étendu au sujet de cette alternative, la formule du droit d'opposition était

¹⁴⁴³Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004).

¹⁴⁴⁴Il était également prévu que par défaut la première option (droit d'opposition) devait s'appliquer.

¹⁴⁴⁵Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004).

retenue par défaut. Le seuil requis de l'utilisation du droit d'opposition, se calculait sur des fondements électoraux et en rapport au nombre d'électeurs votants (et non plus d'électeurs inscrits). Ce droit pouvait donc être exercé par les syndicats ayant recueilli au moins la moitié des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise (ou à défaut des délégués du personnel).

Les choix effectués par l' « autonomie collective » au sujet de la détermination de la règle majoritaire. La Loi n°2004-391 du 4 mai 2004¹⁴⁴⁶ comportait donc une forte dimension procédurale et octroyait une place centrale au choix du champ de la branche professionnelle. Constatons cependant que l'option de la « *majorité de construction* »¹⁴⁴⁷, représentant une remarquable innovation à divers égards n'a que très peu séduit les intéressés, et que la solution par défaut fut celle retenue par la plupart des branches professionnelles. En somme, chaque branche professionnelle était libre de faire son propre choix en la matière, mais les protagonistes sociaux n'ont pas saisi cette opportunité pour affirmer la notion d' « *autonomie collective* ». Compte tenu du pluralisme syndical en vigueur, l'option correspondant à une « *majorité de construction* »¹⁴⁴⁸ contraignait bien souvent à la formation de coalition syndicale ne correspondant pas aux pratiques de l'époque¹⁴⁴⁹. Bien au-delà de ces considérations prosaïques, cette option correspondait également à l'abandon d'une vision essentialiste de l'activité syndical, de la règle de l'unicité de signature de l'accord et d'une nouvelle interprétation de la notion de représentativité. En cas d'échec, le recours à la consultation directe des salariés correspondait également à un dispositif plutôt rejeté par les protagonistes sociaux. La seconde option (« *majorité d'opposition* ») connut donc un plus grand succès l'assimilant quasiment à une règle de droit commun. Ce choix par défaut correspondait également à un nouvel élargissement du champ d'application du droit d'opposition accompagné d'un abaissement du seuil requis pour son exercice¹⁴⁵⁰. Malgré ce redimensionnement, il ne fut pourtant que très

¹⁴⁴⁶ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004).

¹⁴⁴⁷ L'accord doit avoir été signé par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins la moitié des suffrages exprimés au premier tour des élections des dernières élections professionnelles. Il s'agissait de la première reconnaissance d'une exigence majoritaire d'adhésion. De plus l'accord n'était valide que s'il était signé par des organisations syndicales représentant une majorité de salariés dans le champ de l'accord, ou, à défaut, s'il était approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés.

¹⁴⁴⁸ L'accord doit avoir été signé par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins la moitié des suffrages exprimés au premier tour des élections des dernières élections professionnelles.

¹⁴⁴⁹ Jean-Emmanuel RAY, *loc.cit.* p.246.

¹⁴⁵⁰ Jean-Emmanuel RAY, *loc.cit.* p.246.

exceptionnellement utilisé¹⁴⁵¹¹⁴⁵² mais ce faible recours matérialisait tout de même une forme de réel succès. En effet, cette exigence majoritaire s'exprimant sous la forme d'un droit négatif (d'opposition) représentait plus un spectre planant sur la négociation collective qu'une réalité pratique. Par conséquent s'il n'était pas utilisé, il se trouvait dans les têtes de tous les acteurs de la négociation collective¹⁴⁵³, car il constituait une force de dissuasion à la disposition des organisations opposées à l'accord. Chacun des acteurs intégrait la puissance des uns et des autres dans son évaluation du rapport de force syndical, puis esquivait les situations de mise en route de ce droit d'opposition. A partir de cette période, l'adage « *qui ne dit mot consent* » déterminait belle et bien la conduite pratique de chaque négociation collective. Certes en droit une décision implicite a la même valeur qu'une décision explicite, mais en matière de négociation collective : un acquiescement express bénéficie d'une plus grande portée symbolique qu'une abstention.

Une règle majoritaire déterminée par la Loi. Par conséquent, malgré (ou à cause) d'un bilan mitigé concernant le recours à une majorité d'engagement, la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008¹⁴⁵⁴ décida de franchir une nouvelle étape, en imposant pour l'ensemble des ressorts de la négociation collective une majorité relative dont le seuil requis fut fixé à trente pour cent des suffrages valablement exprimés lors du premier tour des dernières élections professionnelles¹⁴⁵⁵. Certains commentateurs remarquaient d'emblée que cette avancée s'accompagnait de la suppression de toute référence au rôle de l'« *autonomie collective* »¹⁴⁵⁶. Toutefois, une partie de la doctrine estimait que ce dispositif tranchait : « *avec le texte alambiqué de la Loi du 4 mai 2004* »¹⁴⁵⁷ et que ce seuil garantissait : « *un niveau sérieux de qualité de signature et de légitimité de l'accord* »¹⁴⁵⁸. Elle considérait que ce seuil recherchait

¹⁴⁵¹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 10 janvier 2017, 15-20.335, Publié au bulletin.

¹⁴⁵²Depuis 2004, les différents rapports annuels réalisés par la Direction Générale du Travail montrent une augmentation du volume du nombre d'accords collectifs d'entreprises et de branches. Cependant cette série de rapports n'a malheureusement pas pu recenser le nombre précis d'accords ayant été frappés d'opposition. Il existe une explication à ce biais statistique, les accords ayant fait l'objet d'une opposition sont réputés non écrits et n'ont donc pas à être déclarés aux services du Travail.

¹⁴⁵³Jean-Emmanuel RAY, *loc.cit.* p.246. A ce sujet, l'auteur remarquait que la plupart des grandes sociétés avaient déjà intégré cette notion de majorité sociale bien avant l'entrée en vigueur de la Loi, soit en signant effectivement avec des organisations syndicales majoritaires, soit après s'être assurées de leur « *bienveillante inertie* ».

¹⁴⁵⁴Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008) ..

¹⁴⁵⁵Au premier tour des élections du comité d'entreprise, ou de la délégation unique du personnel, et à défaut des délégués du personnel. Désormais il s'agit du premier tour des élections du comité social et économique.

¹⁴⁵⁶Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.142. Selon l'auteur, ce niveau correspondait à un choix du Mouvement des Entreprises de France (MEDEF) de ne pas confier uniquement à la Confédération Française du Travail (CFDT) ou la Confédération Générale du Travail (CGT) la possibilité de signer des accords collectifs.

¹⁴⁵⁷Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.142.

¹⁴⁵⁸Pierre RODIÈRE, *loc.cit.* p.151.

un lien fort entre la collectivité des salariés et les agents de négociations, car cette majorité relative permettait de confirmer le degré d'adhésion des salariés à l'accord collectif. Mais une autre partie de la doctrine considéra que le seuil était insuffisant¹⁴⁵⁹, d'autant que le scrutin servant de référence (mesure d'audience syndicale) faisait généralement l'objet d'un taux d'abstention relativement important introduisant une suspicion au sujet de la réelle adhésion des salariés à l'accord conclu selon ces modalités¹⁴⁶⁰. En comparaison, la seconde option de la Loi n°2004-391 du 4 mai 2004¹⁴⁶¹ concernant la négociation collective d'entreprise, prévoyant une majorité absolue de construction¹⁴⁶² apparaissait bien plus ambitieuse. Dès lors, le législateur se trouvait confronté à un dilemme qui allait le poursuivre par la suite : mettre en place une règle majoritaire indiscutable (majorité absolue d'adhésion) exposant la négociation à un risque de blocage, ou, maintenir une règle majoritaire pragmatique (seuil requis relativement bas) préservant la fluidité de la production d'accords collectifs mais introduisant un doute au sujet de l'adhésion réelle des salariés ? Toutefois, remarquons que cette majorité d'adhésion relativement faible était très habilement associée à un droit d'opposition majoritaire. En ce sens, cette Loi correspondait à un « *astucieux double verrou* »¹⁴⁶³, car les organisations syndicales représentatives devaient rassembler un score requis relativement bas pour engager la communauté des salariés mais ce processus n'était valide que si une plus large majorité syndicale s'abstenait d'y mettre son opposition. Ainsi, le principe majoritaire s'exprimait de deux manières afin de confirmer l'adhésion des salariés à l'accord collectif en question¹⁴⁶⁴¹⁴⁶⁵. Comme nous le savons, la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008¹⁴⁶⁶ faisait de l'audience électorale le critère prépondérant et couperet de la notion de représentativité, et précisait donc également

¹⁴⁵⁹Jean-François CESARO, « La négociation dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux », Droit Social, 2009, p. 661. L'auteur estime, spécialement au niveau de l'entreprise, qu' « *il n'était pas inconcevable d'exiger un pourcentage d'engagement plus important en prévoyant un mécanisme permettant l'entrée en vigueur, par voie de référendum, des accords ne reposant pas sur une audience électorale suffisante* ».

¹⁴⁶⁰ Direction de l'Animation de la Recherche, des Etudes et des Statistiques (DARES), « Les élections aux comités d'entreprise 2005-2006 », Premières Synthèse Informations, n°40.3, octobre 2008, p.6. Durant le cycle électoral de 2005-2006, la participation aux élections du comité d'entreprise était de 63,88 %des inscrits.

¹⁴⁶¹Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004).

¹⁴⁶²À défaut une éventuelle approbation directe des salariés.

¹⁴⁶³Jean-Emmanuel RAY, *loc.cit.* p.246.

¹⁴⁶⁴Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 8 juillet 2014, 13-18.390, Publié au bulletin. Pour être régulier, l'accord doit être notifié à chaque organisation syndicale non-signataire le juge confirme donc que l'utilisation de ce droit d'opposition est bien du ressort de l'organisation syndicale représentative non-signataire de l'accord mais n'appartient pas au délégué syndical.

¹⁴⁶⁵Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 10 juillet 2013, 12-16.210 12-21.180, Publié au bulletin. Le juge civil a eu l'occasion de bien préciser la notion de majoritaire. En effet, il ne s'agissait plus de recueillir « *au moins la moitié des suffrages* » mais bien « *la majorité des suffrages* ». Il en ressort, que la majorité requise correspond à la moitié des voix plus une, ce qui exclut donc les syndicats n'ayant recueilli que la moitié des suffrages.

¹⁴⁶⁶Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008).

l'assise électorale de la « *capacité conventionnelle* » des organisations syndicales bénéficiaires de ce titre. Il en découlait trois situations différentes conditionnant la puissance conventionnelle des diverses organisations syndicales. Selon une première situation, une organisation syndicale représentative pouvait bénéficier d'une capacité conventionnelle « *absolue* » (égale au moins à cinquante pour cent plus une voix) car rassemblant « *la majorité des suffrages* »¹⁴⁶⁷ exprimés au premier tour des élections professionnelles. Dans cette hypothèse, aucun droit d'opposition n'était possible, car l'organisation syndicale incontournable dominait la scène conventionnelle. Selon une seconde situation, une organisation syndicale représentative pouvait bénéficier d'une capacité conventionnelle « *relative* » ne parvenant à rassembler que trente à quarante-neuf pour cent des mêmes suffrages exprimés. Dans ce cas, l'organisation syndicale en question pouvait conclure seule un accord collectif mais risquait de subir un éventuel droit d'opposition. Bien que bénéficiant d'une position dominante, elle pouvait être contournée par ses rivales. Enfin, selon une troisième situation, l'organisation syndicale pouvait réunir moins de trente (mais plus de dix) pour cent des suffrages exprimés. Dans ce dernier cas, elle pouvait participer à la négociation collective, mais si elle souhaitait conclure un accord elle ne pouvait le faire qu'en construisant une coalition avec d'autres organisations autour d'un projet majoritaire. Après avoir analysé ces nouvelles dispositions du point de vue des organisations syndicales, réalisons l'examen suivant la perspective de l'accord collectif. Il existait alors deux situations de nature différentes. Dans un premier cas, l'accord faisait l'objet d'une large majorité bloquant l'exercice d'un droit d'opposition. Il bénéficiait alors d'une assise large et d'une très forte légitimité. Cependant selon une seconde situation, l'accord ne pouvait bénéficier « *que* » d'une majorité relative autorisant sa validation par l'absence effective de l'exercice du droit d'opposition. Ce second accord collectif était certes juridiquement valide mais bénéficiait néanmoins d'une légitimité équivoque reposant uniquement sur une abstention par nature ambiguë. En effet, il peut être périlleux d'interpréter la posture obscure car silencieuse de la majorité syndicale. Cette abstention (d'utiliser son droit d'opposition) peut cacher divers sentiments ou ressorts différemment partagés par les non-signataires de l'accord, allant d'une complicité fuyant ses responsabilités à une farouche opposition rétive à l'exercice d'un droit d'opposition. Dans un contexte de forte division syndicale, la constitution d'une coalition de refus, dans un délai relativement court, représentait un défi important associé à un fort risque d'échec. Il fallait aller vite pour se rassembler afin de refuser sans garantie du résultat. Rappelons que l'accord frappé d'opposition était nul. Par conséquent son annulation par

¹⁴⁶⁷Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 10 juillet 2013, 12-16.210 12-21.180, Publié au bulletin.

l'exercice du droit d'opposition pouvait être source d'un fort mécontentement au sein d'une partie du collectif des salariés. En définitive, ce droit (d'« *opposition* ») opposait principalement les syndicats entre eux¹⁴⁶⁸ : signataires (ou non) de l'accord collectif mais également ayant exercé (ou non) leur droit d'opposition. Ainsi disparaissait discrètement le principe d'unicité de signature de l'accord collectif, permettant à certaines organisations « *faibles* » de prendre leurs responsabilités et de justifier de leur fonction, et laissant leurs concurrentes dans un relatif confort d'opposition « *douce* ». Finalement, cette nouvelle exigence majoritaire contraignait les organisations syndicales représentatives à sortir d'une abstention confortable ou d'un isolement majestueux.

D'une majorité relative à une majorité absolue. Entre 2013 et 2015, le législateur imposa par petites étapes, de nouvelles règles de validité des accords collectifs, concernant certains sujets spécifiques pour lesquelles les organisations syndicales représentatives devaient désormais rassembler une majorité absolue de consentement¹⁴⁶⁹¹⁴⁷⁰¹⁴⁷¹. Puis, l'ultime étape fut franchie en deux bonds successifs. En effet, l'article n°21 de la Loi n°2016-10088 du 8 août 2016¹⁴⁷², prévoyait une généralisation de la majorité absolue d'adhésion en trois temps (entre 2017 et 2019) concernant les accords d'entreprise¹⁴⁷³. Mais les articles n°11 et n°17 de l'Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017¹⁴⁷⁴ relative au renforcement de la négociation collective,

¹⁴⁶⁸ Jean-Emmanuel RAY, *loc.cit.* p.246.

¹⁴⁶⁹Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi (JORF n°0138 du 16 juin 2013) : accords dit « *de maintien de l'emploi* » ainsi qu'au sujet des accords collectifs relatif au plan de sauvegarde de l'emploi.

¹⁴⁷⁰Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p 4848). Cette Loi prévoyait la possibilité d'organiser certains aménagements de règles concernant la négociation obligatoire sous réserves d'accords collectifs faisant l'objet d'une majorité d'adhésion.

¹⁴⁷¹Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi (JORF n°0189 du 18 août 2015).. Selon l'Article L. 2242-20 du Code du travail, dans les entreprises satisfaisant à l'obligation d'accord ou, à défaut, de plan d'action, relatifs à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, un accord d'entreprise signé par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés (représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections de titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants), peut modifier la périodicité de chacune des négociations prévues à l'article L. 2242-1 pour tout ou partie des thèmes, dans la limite de trois ans pour les deux négociations annuelles et de cinq ans pour la négociation triennale.

¹⁴⁷²Jean-Denis COMBREXELLE (Président de la section sociale du Conseil d'État), « La négociation collective, le travail et l'emploi », (Rapport au Premier ministre), France Stratégie, septembre 2015, p.140. La proposition de généralisation de l'accord majoritaire découle d'une des propositions de ce rapport (proposition n°43).

¹⁴⁷³Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016). Cette Loi prévoyait une généralisation de l'exigence majoritaire en trois temps selon les thèmes de l'accord d'entreprise : dès la publication de la Loi pour les accords de préservation ou de développement de l'emploi (dès le 1er janvier 2017) pour les accords portant sur la durée du travail, les repos et les congés ; à compter du 1^{er} septembre 2019 pour les autres accords (à l'exception des accords de maintien de l'emploi qui sont déjà soumis à cette règle de majorité).

¹⁴⁷⁴Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (JORF n°0223 du 23 septembre 2017).

décidèrent d'accélérer ce processus à la date du 1^{er} mai 2018. Toutefois, il ne s'agit pas de la consécration d'un principe général consacrant la majorité absolue d'acquiescement, ni même de l'enterrement par mort naturelle du droit d'abstention. En effet, concernant les accords interprofessionnels¹⁴⁷⁵ et issus des branches professionnelles¹⁴⁷⁶, les dispositions de la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008¹⁴⁷⁷ sont effectivement maintenues (majorité de trente pour cent à défaut de droit d'opposition majoritaire). Par conséquent, la formule de la majorité absolue d'adhésion n'est spécifique qu'aux accords collectifs d'entreprise.

Le calcul de la majorité absolue d'adhésion au sein du champ de l'entreprise. Or, cette augmentation du seuil requis ne correspond pas du tout à une simplification des règles de validité des accords collectifs de ce ressort, car cette modalité fait l'objet d'une astuce juridique « *trompeuse* ». En effet ce seuil majoritaire ne s'apprécie plus sur la base des suffrages valablement exprimés lors du premier tour de la dernière élection du comité social et économique mais s'établit sur le total des voix exprimées en faveur des organisations syndicales représentatives. En d'autres termes, la « *capacité conventionnelle* » de chacune des organisations syndicales représentatives est désormais « *recalculée* » sans tenir compte des voix exprimées en faveur des organisations syndicales n'ayant pas obtenu le label de représentativité. Notons donc que le score, obtenu lors de la mesure de l'audience syndicale déterminant l'attribution du titre de représentativité, est désormais différent de celui correspondant à sa « *capacité conventionnelle* ». Il en découle que les organisations syndicales représentatives, (et par conséquent les éventuelles signataires), bénéficient d'un « *bonus* » arithmétiquement plus généreux en cas de forte division syndicale¹⁴⁷⁸. En définitive, est-il possible de se: « *satisfaire d'un tour de passe-passe, qui permet ainsi de décupler le poids d'un syndicat pour engager le collectif dans des accords qui lui sont rarement favorables?* »¹⁴⁷⁹. Au moment où le législateur franchit le pas de la majorité absolue d'adhésion afin de conférer une plus large légitimité aux accords ainsi négociés, sa main tremble face à l'effroi d'un éventuel blocage de la négociation du fait d'un seuil trop élevé. Il lui semble donc nécessaire de venir « *artificiellement* » (ou «

¹⁴⁷⁵Article L.2232-2 du Code du travail.

¹⁴⁷⁶Article L.2232-6 du Code du travail.

¹⁴⁷⁷Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008).

¹⁴⁷⁸Notamment si les organisations non représentatives sont nombreuses et ont échoué de très peu dans l'acquisition de ce titre.

¹⁴⁷⁹Daniel BOULMIER, « Les damnés de la terre, électeurs pour leur propre misère: ou comment l'article L 2232-12 du Code du travail favorise une collusion, minorité syndicale/employeur », Droit Social, 2016, p.907.

arithmétiquement ») en renfort des négociateurs prêts à la signature de l'accord collectif afin de leur assurer plus facilement une majorité.

Une modalité « subsidiaire » de conclusion de l'accord collectif. La crainte d'un échec de la négociation collective tellement présente à l'esprit du législateur, le pousse même à prévoir une modalité « *subsidiaire* » de conclusion de l'accord collectif. En cas d'incapacité à former une majorité absolue d'adhésion, les organisations syndicales représentatives minoritaires mais signataires de l'accord (ou à défaut l'employeur), peuvent solliciter son approbation par une consultation directe des salariés concernés¹⁴⁸⁰. En effet, si la somme des « *capacités conventionnelles* » des signataires ne franchit pas le seuil requis de cinquante pour cent¹⁴⁸¹, mais recueille toutefois plus de trente pour cent des suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives, les signataires (minoritaires) du projet d'accord collectif peuvent provoquer une consultation directe des salariés. Ils disposent alors d'un délai d'un mois pour indiquer s'ils souhaitent une telle consultation de l'ensemble des salariés concernés. A partir de cette déclaration, un délai de huit jours est alors laissé à l'ensemble des syndicats représentatifs afin de confirmer leurs positions. Si, à l'issue de ce délai de huit jours, d'éventuelles nouvelles signatures (d'autres organisations syndicales représentatives) n'ont pas permis d'atteindre le seuil requis de cinquante pour cent, cette consultation est organisée par l'employeur dans un délai de deux mois¹⁴⁸². L'ensemble des organisations syndicales représentatives est donc appelé à confirmer (ou infirmer) sa position à l'égard de ce projet d'accord¹⁴⁸³.

Les difficultés de la consultation directe des salariés. Soulignons un point qui ne figurait pas dans la Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016¹⁴⁸⁴ mais qui fut ajoutée par l'article n°10 de l'Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017. Selon la seconde version de l'article L.2232-12 du Code du travail : « *l'employeur peut demander l'organisation de cette consultation, en l'absence d'opposition de l'ensemble de ces organisations* ». En d'autres termes, si après

¹⁴⁸⁰ Article L 2232-12, al. 2 à 8 du Code du travail.

¹⁴⁸¹ Des voix recueillies par les seules organisations syndicales représentatives.

¹⁴⁸² Il est également envisagé que les organisations syndicales représentatives peuvent retirer leurs signatures et dans cette hypothèse si le seuil de trente pour cent n'est plus atteint alors la procédure de validation de l'accord doit s'achever sur un échec.

¹⁴⁸³ Les organisations syndicales non-signataires bénéficient donc une dernière « *chance* » de se prononcer majoritairement en faveur du projet d'accord, auquel cas l'accord n'a pas à être soumis à la consultation des salariés. A défaut la consultation des salariés est organisée dans un délai de deux mois.

¹⁴⁸⁴ La Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016).

réflexion des organisations représentatives, l'accord en question reste « *minoritaire* », mais qu'aucune des organisations syndicales représentatives signataires et « *minoritaires* » ne souhaite l'organisation d'une consultation directe des salariés, l'employeur peut tout de même prendre l'initiative de cette consultation¹⁴⁸⁵. Seul un refus unanime des organisations syndicales signataires peut entraver la démarche de ce dernier. Finalement, l'employeur dispose d'un moyen de pression pesant sur l'ensemble de la négociation collective. En cas d'accord « *minoritaire* », il peut utiliser un dispositif juridique pouvant éventuellement placer en porte à faux certaines organisations syndicales récalcitrantes au sujet de la signature de l'accord. Concernant l'organisation de cette consultation, la précédente version de l'article L.2232-12 du Code du travail¹⁴⁸⁶ prévoyait qu'elle devait se dérouler dans le respect des principes généraux du droit électoral et selon les modalités prévues par un protocole « *spécifique* » conclu entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives signataires de l'accord. La Confédération Générale du Travail- Force Ouvrière a contesté la légalité du décret n°2016-1797 de 20 décembre 2016¹⁴⁸⁷ fixant les modalités d'approbation par consultation des salariés de ces accords collectifs d'entreprises « *minoritaires* », au motif que ce type de consultation ne concernait pas uniquement les organisations syndicales représentatives signataires mais l'ensemble des organisations syndicales représentatives présentes au sein de l'entreprise. Par conséquent, le protocole « *spécifique* » à ce sujet ne pouvait pas être négocié exclusivement avec les signataires de l'accord collectif soumis à consultation directe des salariés¹⁴⁸⁸. On perçoit à cet endroit aisément les enjeux, soumettre la négociation de ce protocole « *spécifique* » aux modalités de droit commun relatives à la validité des accords collectifs correspondait à la recherche d'une majorité « *introuvable* ». En effet, les syndicats majoritaires (ayant refusé la signature de l'accord) ne sont pas naturellement enclins à une validation de leur opposition par la consultation directe des salariés. Le Conseil d'Etat saisi de cette difficulté a renvoyé cette question auprès du Conseil Constitutionnel, et ce dernier a censuré cette disposition¹⁴⁸⁹¹⁴⁹⁰.

¹⁴⁸⁵Dans sa version initiale, l'article ne prévoyait pas la possibilité de l'employeur en cas d'inertie syndicale.

¹⁴⁸⁶Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (1) (JORF n°0184 du 9 août 2016).

¹⁴⁸⁷Décret n° 2016-1797 du 20 décembre 2016 relatif aux modalités d'approbation par consultation des salariés de certains accords d'entreprise (JORF n°0297 du 22 décembre 2016).

¹⁴⁸⁸Daniel BOULMIER, *loc.cit.* p.258. En effet, selon l'auteur : « *est-il bien sérieux d'évincer ainsi les syndicats représentatifs non-signataires minoritaires (et qui sont donc majoritaires) de l'organisation d'un scrutin qui concerne tous les salariés et qui engagent l'avenir* ».

¹⁴⁸⁹Décision du Conseil constitutionnel n° 2017-664 QPC du 20 octobre 2017. Le syndicat CGT-FO, reprochait aux dispositions attaquées « *d'exclure les syndicats représentatifs non-signataires de l'accord minoritaire de la participation à la négociation et à la conclusion du protocole organisant la consultation des salariés sur cet accord* ». Le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions contraires à la Constitution en ce qu'elles instituent une différence de traitement non fondée entre les organisations syndicales signataires et non-signataires.

¹⁴⁹⁰Franck PETIT, « La difficile mise en œuvre des référendums d'entreprise », *Droit Social*, 2017, p. 156.

L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective¹⁴⁹¹ a par conséquent modifié l'article L. 2232-12 du Code du travail sur les deux points que nous venons d'étudier. Outre l'ajout de l'initiative de cette démarche par l'employeur, cette nouvelle version du texte précise que toutes les organisations syndicales représentatives (signataires ou non de l'accord) doivent être invitées à la négociation du protocole « *spécifique* » relatif à l'organisation de la consultation¹⁴⁹². Cependant, le texte en question précise bien qu'il s'agit d'un protocole d'accord « *spécifique* » soumis à une règle « *particulière* » de validité. En effet, la règle requise correspond à une majorité simple d'adhésion équivalente à trente pour cent de la capacité conventionnelle des organisations syndicales représentatives.

Les difficultés relatives à la détermination des salariés participant à la consultation directe.

Il en ressort que toutes les organisations syndicales représentatives sont invitées à négocier ce protocole « *spécifique* », mais que les organisations « *minoritaires* » et signataires de l'accord, peuvent signer seules ce dernier texte. Finalement, un accord collectif faisant l'objet d'une « *minorité* » conventionnelle peut tout de même faire l'objet d'une consultation des salariés dans les conditions décidées par ces mêmes organisations signataires (et minoritaires). Le projet d'accord issu de cette procédure « *subsidaire* » est valide s'il est approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés¹⁴⁹³¹⁴⁹⁴. Cependant le même article dispose que : « *participent à la consultation les salariés des établissements couverts par l'accord et électeurs au sens des articles L. 2314-15 et L. 2314-17 à L. 2314-18-1 Code du travail* »¹⁴⁹⁵, il apparaissait donc qu'il existait une certaine ambiguïté au sujet de cette notion de « *salariés couverts par l'accord* ». Fallait-il comprendre qu'il s'agissait des salariés directement concernés par l'accord ou les salariés employés dans le ressort de l'établissement ou s'appliquait l'accord ? Il découle de la jurisprudence qu'il faut retenir le périmètre le plus large c'est-à-dire que doivent être consultés : « *les salariés de l'établissement couvert par l'accord et non uniquement les salariés*

¹⁴⁹¹Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (JORF n°0223 du 23 septembre 2017)..

¹⁴⁹²Décision du Conseil constitutionnel n° 2017-664 QPC du 20 octobre 2017.

¹⁴⁹³L'article L.2232-12 du Code du travail relatif à l'organisation de cette consultation, ne réclame aucune condition de participation minimum des salariés à cette consultation, par conséquent un faible nombre de suffrages réellement exprimés en faveur de cet accord est suffisant pour le considérer comme valide.

¹⁴⁹⁴Daniel BOULMIER, *loc.cit.* p.258.

¹⁴⁹⁵L'article L. 2232-12, alinéa 5 du Code du travail.

couverts par l'accord »¹⁴⁹⁶¹⁴⁹⁷. Par conséquent plusieurs salariés (voire une majorité de salariés) non directement concernés par des mesures défavorables à l'encontre d'un groupe de leurs collègues peuvent être amenés à se prononcer directement à ce sujet¹⁴⁹⁸. En somme, les organisations syndicales « *minoritaires* », à défaut l'employeur, peuvent passer outre une majorité syndicale de « *refus de négocier* » et solliciter directement la consultation directe de l'ensemble des salariés de l'établissement couvert par l'accord collectif.

A n'en pas douter cette exigence majoritaire s'apprécie dorénavant au sein de l'entreprise sous ses aspects les plus éclatants. Cependant plusieurs accommodements techniques visent à rendre son application plus souple afin de ne pas entraver la conclusion d'accords collectifs. Par ailleurs elle s'y déploie sous un double visage : majorité absolue d'adhésion des organisations syndicales représentatives, ou « *subsidiament* » majorité des suffrages directement exprimés par les salariés concernés. La première modalité correspondant à la formule de droit commun relève toujours de la « *démocratie représentative* », alors que la seconde étend subsidiairement la « *démocratie directe* » dans le champ des relations collectives de travail.

3.1.3. Les effets d'une règle majoritaire protéiforme

Par conséquent, il reste nécessaire d'étudier la question de la valeur et de la portée de cette « *contrainte majoritaire* ». Par la suite nous constaterons que son déploiement porte ombrage au rayonnement du label de représentativité. Plus généralement, nous examinerons ses effets sur le procédé de la négociation collective.

¹⁴⁹⁶ Tribunal d'Instance de Puteaux, 2 juin 2017, n° 12-17-000127. L'ordonnance de référé indique que « *devaient être consultés les salariés de l'établissement couvert par l'accord et non uniquement les salariés couverts par l'accord* ». Le tribunal estime ainsi que l'article D. 2232-2 renvoie au 5e alinéa de l'article L. 2232-12 du Code du travail et qu'il faut faire coïncider le périmètre de la consultation et le périmètre de la mesure de la représentativité et de la négociation de l'accord.

¹⁴⁹⁷ Tribunal d'Instance de Chartres, 9 mars 2017, n° 11-17-000066. Il estime que « *l'esprit même de la Loi Travail vise à faire adopter par l'ensemble des salariés des établissements concernés des accords non majoritaires [...] et permettre ainsi à l'ensemble des salariés d'un établissement de se prononcer en faveur ou non d'un accord. La primauté est ainsi donnée à la volonté de l'ensemble des salariés de l'entreprise ou de l'établissement, considérée comme l'expression de l'intérêt collectif de l'entreprise sur des intérêts particuliers fussent-ils les seuls à être de fait véritablement concernés par l'accord ce qui n'est cependant pas démontré en l'espèce* ».

¹⁴⁹⁸ Cour de cassation, civile, Chambre sociale 9 octobre 2019, 19-10.816, Publié au bulletin. Une exception semble toutefois être posée par le juge civil concernant l'hypothèse d'un accord minoritaire catégoriel. Si l'accord à valider concerne uniquement le personnel relevant d'une catégorie professionnelle déterminée relevant d'un collège électoral, la consultation devrait être menée au sein de celui-ci, de sorte que seuls les salariés concernés directement par l'accord et employés de l'établissement soient amenés à se prononcer. Dans le cas d'espèce le juge civil a considéré qu'il s'agissait bien d'un accord inter-catégoriel.

La portée de cette contrainte majoritaire. Commençons par rappeler que cette « *exigence majoritaire* » constitue ni plus ni moins que le prolongement du principe de « *concordance* ». En effet, savons désormais cette « *contrainte majoritaire* » a pour but de renforcer la légitimité de l'accord conclu par une supposée meilleure « *concordance* » entre l'action des signataires et les aspirations des salariés. Toutefois cette règle majoritaire « *protéiforme* » s'est formée par une « *construction brouillonne* »¹⁴⁹⁹. Son cheminement démontre qu'au fil des années le législateur a changé plusieurs fois sa formule et qu'au sein des divers ressorts de la négociation collective elle se déploie désormais très différemment. Il s'avère que cette règle majoritaire peut se calculer sur trois modes distincts : « *arithmétique* », « *électoral* », ou « *référendaire* »¹⁵⁰⁰. Son calcul arithmétique est le plus simple car disposant que l'accord collectif de travail est valablement conclu s'il est signé par une majorité d'organisations syndicales représentatives. Dans cette hypothèse chaque organisation bénéficie d'une voix égale à celle de toutes les autres. Comme nous l'avons examiné, cette formule a été délaissée et le droit positif a fait le choix d'un mode de calcul désormais fondé sur une base électorale. Il en résulte que le calcul électoral de cette règle connaît désormais deux formules : une majorité d'adhésion « *relative* » (interprofessionnelle ou branche professionnelle) ou « *absolue* » (entreprise)¹⁵⁰¹. Toutefois, cette règle est assortie aux seins des deux champs les plus centralisées (interprofessionnelle ou branche professionnelle) d'un droit d'opposition (majoritaire) et au niveau le plus décentralisée d'une solution « *subsidaire* »¹⁵⁰². Enfin, cette exigence majoritaire peut également se mesurer selon un mode « *référendaire* ». Or, cette troisième modalité de calcul de l'exigence majoritaire fait également l'objet de trois déclinaisons : « *subsidaire* », « *supplétive* » ou d'« *exception* ». Comme nous l'avons déjà examiné, l'expression « *référendaire* » de l'exigence majoritaire peut revêtir un caractère « *subsidaire* » dans le cadre de l'application de règles de validité de droit commun des accords collectifs d'entreprise¹⁵⁰³. Elle a un caractère « *supplétif* » au sein des sociétés dépourvues de délégué syndical souhaitant procéder à une négociation collective avec leurs élus ou salariés mandatés¹⁵⁰⁴. Enfin, elle relève d'un caractère d'« *exception* » quand elle s'applique sur un champ précis ou concernant un

¹⁴⁹⁹Cécile NICOD, « La réforme du dialogue social : une Loi en manque d'inspiration », *Revue de Droit du Travail*, 2015, p. 549.

¹⁵⁰⁰Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

¹⁵⁰¹Article L.21232-12 alinéa n°1 du Code du travail.

¹⁵⁰²Article L.21232-12 alinéa n°2 du Code du travail.

¹⁵⁰³Article L.21232-12 du Code du travail.

¹⁵⁰⁴Jean-Emmanuel RAY, *op.cit.* p.240.

objet particulier¹⁵⁰⁵¹⁵⁰⁶¹⁵⁰⁷¹⁵⁰⁸. La plasticité de l'ensemble des déclinaisons de cette « *exigence majoritaire* » semble recouvrir un fort pragmatisme visant tout de même à préserver le pluralisme sans entraver l'éventuel signature d'accord collectif. Dans ce sens cette règle fait l'objet de nombreux accommodements dans l'ensemble des ressorts et notamment au sein de celui de l'entreprise ou elle est censée briller avec le plus d'éclats¹⁵⁰⁹. Premièrement, il s'agit d'une majorité calculée sur le périmètre des électeurs ayant exprimé leur choix et non sur l'ensemble des électeurs inscrits. Secondement, cette majorité n'est mesurée que sur la base des résultats du premier tour des élections professionnelles (mesure d'audience syndicale). Troisièmement, elle ne tient pas compte de la participation effective à ce scrutin. Quatrièmement, la « *capacité conventionnelle* » des organisations syndicales représentatives n'est calculée qu'en rapport aux suffrages exprimés en faveur des organisations bénéficiant de ce titre¹⁵¹⁰. En somme, ces modalités de calcul ne prennent pas en considération le taux de participation, les abstentions du premier tour, les votes exprimés lors du second tour (en faveur de liste sans étiquette syndicale), ainsi que les bulletins en faveur des organisations syndicales non représentatives¹⁵¹¹. Par conséquent, ces discrets accommodements réduisent la portée de cette « *exigence majoritaire* ».

Majorité syndicale ou majorité des salariés. De plus, quand une majorité syndicale a exprimé son refus de conclure un accord collectif, le droit positif prévoit le calcul d'une autre majorité

¹⁵⁰⁵Il en est particulièrement ainsi en matière d'épargne salariale (intéressement ou participation)

¹⁵⁰⁶Jean-Emmanuel RAY, *op.cit.* p.240.

¹⁵⁰⁷Ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés (JORF n°0247 du 23 octobre 1986).

¹⁵⁰⁸Daniel LABBE et Bertrand REYNAUD, « La négociation collective en entreprise », Paris, Editions. Liaisons (Collection Droit Vivant), 2001, p. 220. L'ordonnance du 21 octobre 1986 visant la ratification des accords d'intéressement et de participation, ou encore la protection sociale complémentaire voire les consultations organisées pour sortir d'un conflit collectif fait appel à des consultations directes des salariés (avec la méthode adéquate : mains levées ou bulletins secrets, par les grévistes ou l'ensemble du personnel). Cette dernière consultation « *peut alors avoir pour fonction de décharger l'organisation syndicale d'une prise de décision délicate, d'isoler les groupes jusqu'au-boutistes en se prévalant d'une décision collective en bonne et due forme, en accompagnant dans l'ordre un processus de reprise du travail* ». En fin de conflit de toute façon, « *les travailleurs votent avec leurs pieds* », c'est-à-dire en reprenant le travail quel que soit le résultat de la consultation.

¹⁵⁰⁹Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45. Selon l'auteur : « *S'agissant de déterminer la majorité dans l'entreprise, un consensus apparaît pour faire référence à la majorité des votant et non des inscrits tant pour l'exercice du droit d'opposition que pour la signature d'un accord* ».

¹⁵¹⁰Paul-Henri ANTONMATTEI et Laurianne ENJORLAS, « Chronique d'actualité du droit de la négociation: commentaire de la Loi du 8 août 2016 », Droit Social, 2016, p.933. En effet cette règle de calcul : « *facilite l'obtention de la majorité et devrait largement contribuer à éviter les situations de paralysie du dialogue social que pourrait potentiellement induites par une logique majoritaire* ».

¹⁵¹¹Jean-Emmanuel RAY, *op.cit.* p.240. Enfin, la coalition signataire peut correspondre à une majorité : « *très plurielle car en raison de la division syndicale française, appelée pluralisme, rares sont désormais les grandes entreprises ...ou un seul syndicat peut prétendre avoir rassemblé sous son nom plus de la moitié des suffrages exprimés* » Dans les petites et moyennes entreprises, les listes présentées par les syndicats se font nettement plus rares sinon unique, et ce score sera d'autant plus simple à atteindre.

« *subsidaire* ». Ce dispositif apparaît symptomatique d'une difficulté profonde car il s'agit toujours d'éloigner le spectre d'un éventuel blocage de la négociation collective. Dans ce sens, le législateur semble avoir posé une contrainte tout en la desserrant dans le même mouvement¹⁵¹². En raison de cette impérieuse nécessité de développer le nombre d'accords collectifs, il considère le refus majoritaire de négocier comme un « *échec* » nécessitant la constitution d'une solution « *subsidaire* »¹⁵¹³ que peuvent saisir les acteurs favorables au projet en discussion. Par la suite, le questionnement sur l'organisation de la consultation directe des salariés constitue en réalité une question secondaire. En effet, la question principale est relative à la : « *pertinence de mettre ainsi une telle initiative référendaire dans les mains des organisations syndicales représentatives minoritaires* »¹⁵¹⁴ voire également entre celles de l'employeur. En d'autres termes, il s'agit moins de comparer les mérites d'une approbation par des syndicats majoritaires ou par une majorité de salariés que de s'interroger sur la création une solution « *subsidaire* » à l'encontre du refus de l'« *autonomie collective* ». Il nous apparaît que le droit se devrait de respecter et protéger cette décision majoritaire en ne la mettant pas en compétition avec l'éventuelle expression d'une majorité directe des salariés¹⁵¹⁵. En somme, quand les organisations syndicales majoritaires approuvent l'accord, cette expression majoritaire est suffisante, mais quand elles s'y opposent, leur refus est insuffisant et il est nécessaire de solliciter directement l'avis des salariés. Finalement, l'acquiescement syndical paraît plus puissant que sa désapprobation¹⁵¹⁶.

Les multiples visages de la « contrainte majoritaire ». Il en ressort deux règles à caractère majoritaire basées sur des fondements de natures différentes, mais positionnées en situation de rivalité¹⁵¹⁷. Ce point illustre les multiples manifestations techniques de l'« *exigence*

¹⁵¹²Paul-Henri ANTONMATTEI et Laurianne ENJORLAS, *loc.cit.* p.264. Selon les auteurs : « *Le législateur n'a toutefois attendu ni la survenance concrète de tels blocages, ni l'évolution inévitable des pratiques syndicales* »

¹⁵¹³Organisations syndicales et organisations d'employeurs.

¹⁵¹⁴Daniel BOULMIER, *loc.cit.* p.258.

¹⁵¹⁵Daniel BOULMIER, *loc.cit.* p.258. Selon l'auteur le nouvel article L2232-12 du Code du travail apparaît donc comme un « *dispositif favorable aux employeurs permettant plus que jamais l'adoption d'accords collectifs par l'intermédiaire de syndicats moins puissants qu'il n'y paraît quand ce n'est par l'intermédiaire de syndicats minoritaires qui peuvent tirer parti de la peur du chômage des salariés* ».

¹⁵¹⁶Marie Laure MORIN, « Derrière le pragmatisme des ordonnances la perversion des droits fondamentaux du travail », *Le Droit Ouvrier*, octobre 2017, p.590. Selon la Décision n° 96-383 du Conseil constitutionnel du 6 novembre 1996, il découle de la Constitution et de la Convention n°87 de l'Organisation Internationale du Travail (définissant la liberté syndicale) que l'employeur ne doit rien faire portant atteinte à la liberté syndicale, et ne peut recourir à la consultation directe des salariés que si cela n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à l'action des organisations syndicales. Or, selon l'auteure cette solution « *subsidaire* » aurait bien : « *pour effet (voir objet) d'affaiblir les organisations syndicales majoritaires* ».

¹⁵¹⁷Paul-Henri ANTONMATTEI et Laurianne ENJORLAS, *loc.cit.* p.264. Selon les auteurs : « *En dépit de l'apparence démocratique conférée à la pratique du referendum et de son utilisation déjà reconnues dans certains*

majoritaire », mais également son caractère extrêmement malléable¹⁵¹⁸ (voir relatif). En raison de son extrême plasticité, le législateur peut être tenté d'adopter des formules complexes (ou peu lisibles), et changer régulièrement l'équation dans l'espoir de trouver la martingale. La multiplicité des visages de la « *contrainte majoritaire* » peut être source de contradictions et de complexité¹⁵¹⁹. Prendre la véritable mesure de celle-ci n'est pas évident, alors que son emprise sur le droit du travail est manifeste. Or, la consécration du principe de « *concordance* » exige que cette majorité s'établisse sur les fondements d'une majorité réelle¹⁵²⁰. En effet une large partie de la doctrine la qualifie de « *principe* »¹⁵²¹¹⁵²²¹⁵²³¹⁵²⁴ pour en souligner l'importance de la portée et son caractère général. Toutefois, la consécration d'un « *principe* » majoritaire requiert une condition générale préalable¹⁵²⁵ et nous venons de faire la démonstration que cette règle se caractérise par la multiplicité de son expression (voir son atomisation). Remarquons qu'à son sujet la Loi ou la jurisprudence n'utilisent pas le terme de « *principe* »¹⁵²⁶¹⁵²⁷. Cette reconnaissance sans consécration est liée à une longue gestation, une éclosion cachée, et un déploiement entravé et asymétrique. Par conséquent, il nous semble plus approprié de qualifier cette règle d'« *exigence* » (ou « *contrainte* ») au même titre que certains auteurs, en estimant que le droit positif n'a pas encore pleinement donné à cette dernière la portée qui lui revient¹⁵²⁸¹⁵²⁹¹⁵³⁰.

domaines, ...cette pratique peut sembler antinomique avec la logique générale déployée par la Loi, à travers la reconnaissance d'un pouvoir concurrent à celui des syndicats en matière d'adoption d'accords ».

¹⁵¹⁸Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19. Cette exigence majoritaire est multiforme : « *ses innombrables déclinaisons font de lui un principe malléable mais atomisé* ».

¹⁵¹⁹Elle peut en apparence contraster avec l'ancien principe d'unicité de signature. Cependant cette règle souffrait certaines exceptions notamment concernant les accords collectifs préélectorales pour lesquels l'unanimité était requise (de même l'ancien article L232267 du Code du travail disposait que la suppression d'un comité d'entreprise était subordonnée à l'accord unanime).

¹⁵²⁰Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.229. Selon l'auteur: « *Pour que la dénomination de principe majoritaire n'apparaisse pas usurpée, il convient que l'expression d'une majorité fondée sur une consultation des collectivités de salariées concernées se rapporte à la capacité de conclure la convention ou l'accord de sorte que la validité de cet acte soit effectivement subordonnée à l'identification en positif d'une telle majorité* ».

¹⁵²¹Patrick REMY, « Représentation dans la négociation collective. Les limites du principe majoritaire », *Le Droit Ouvrier*, 1999, p. 269.

¹⁵²²Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.229.

¹⁵²³Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.73.

¹⁵²⁴Celui-ci n'apparaît nulle part sous cette forme au sein du Code du travail.

¹⁵²⁵Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.229.

¹⁵²⁶Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

¹⁵²⁷Jean-Emmanuel RAY, *loc.cit.* p.246.

¹⁵²⁸Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19

¹⁵²⁹Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, « La négociation collective entre illusions et désillusions », in *Mélanges en hommage à Jean-Maurice. VERDIER*, Dalloz, 2001, p. 181.

¹⁵³⁰Jean-Denis COMBEXELLE (Président de la section sociale du Conseil d'État), *op.cit.* p.257.

Les effets de l' « exigence majoritaire » sur le titre de représentativité. Malgré cette absence de consécration totale, l'« exigence majoritaire » a pour objet d'octroyer une nouvelle dimension à l'accord collectif d'entreprise mais a également pour effet de modifier les attributions attachées à la notion de représentativité¹⁵³¹. Après avoir présenté cette règle sous ses différents aspects, continuons d'examiner ses effets en retour sur la notion de représentativité, les relations entre les protagonistes de la négociation collective et enfin à l'égard de l'accord collectif conclu. En effet, si cette exigence renforce la légitimité des accords collectifs conclus, il est possible de demander en quoi elle modifie la nature de la représentation et les rapports de forces au sein du ressort de l'entreprise. Soulignons l'effacement¹⁵³² de ce titre derrière l'« exigence majoritaire », au point que le professeur Gérard LYON-CAEN a pu se demander s'il avait toujours une fonction¹⁵³³. En effet, il apparaît que ce label perd de sa centralité en se rapprochant d'un simple titre attestant de l'authenticité de l'action de son titulaire. Il autorise certes l'exercice de la liberté syndicale et fait vivre le pluralisme¹⁵³⁴, mais en matière de négociation collective il ne bénéficie plus du même rayonnement. Il ne s'agit plus d'un titre permettant à lui seul d'engager l'ensemble des salariés compris dans le ressort de l'unité de représentation¹⁵³⁵¹⁵³⁶¹⁵³⁷. En effet, les substitutions réciproques de la « *présomption de représentativité* » par la règle de « *concordance* », et de l'« *unicité de signature* » par l'« *exigence majoritaire* », ont eu pour effet de démêler la représentation de la négociation¹⁵³⁸¹⁵³⁹¹⁵⁴⁰. Par conséquent, ce titre de représentativité constitue désormais

¹⁵³¹Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.229.

¹⁵³²Gérard LYON-CAEN, « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Droit social*, 2003, p.355. Selon l'auteur : « *L'exigence de représentativité pour conclure une convention collective valable, la mission qu'elle remplissait étant à peu près assumée par le principe majoritaire* ».

¹⁵³³Gérard LYON-CAEN, *Ibid.* Selon l'auteur : « *représentativité nécessaire ou pas ?* ».

¹⁵³⁴Caroline LUQUET SAINT-GERMAIN, « La place de la représentativité syndicale après l'adoption du principe majoritaire », *Le Droit Ouvrier*, 2007, p.11-19.

¹⁵³⁵Les organisations en quête de ce titre (ou l'ayant perdu) bénéficient également de l'exercice de la liberté syndicales et de plusieurs prérogatives. Autrefois, un seul et unique syndicat représentatif mais « *minoritaire* » pouvait signer isolement un accord valide et engageait les salariés compris dans le ressort de l'unité de représentation. La disparition du principe d'unicité de signature restreint le nombre des prérogatives attachées à la notion de représentativité.

¹⁵³⁶Caroline LUQUET SAINT-GERMAIN, *Ibid.* Selon l'auteure : « *En substituant le principe majoritaire à la règle de l'unité de signataire, la Loi du 4 mai 2004 semble de prime abord avoir restreint les effets de la représentativité. La notion de représentativité n'est plus suffisante à la conclusion de l'accord, le principe majoritaire vient s'ajouter aux regels de validité* ».

¹⁵³⁷Alain SUPLOT, « Parité, égalité, majorité, dans les relations collectives du travail », in « *Le droit collectif du travail* », Etudes en hommage à madame le Professeur H. SINAY, Francfort, Berne, Ed. Peter Lang, 1994, p. 66. L'auteur souligne que « *lorsqu'il s'agit d'engager la collectivité des salariés, seul le principe majoritaire assure la légitimité de cet engagement. Lorsqu'il s'agit d'exprimer les aspirations de cette collectivité, l'égalité de traitement entre représentants paraît au contraire devoir s'imposer* ».

¹⁵³⁸Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.142.

¹⁵³⁹Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

¹⁵⁴⁰Jean-Emmanuel RAY, *loc.cit.* p.246. Selon l'auteur : « *l'idée même d'accord majoritaire constitue l'arrêt de mort de cette présomption obsolète* ».

effectivement une simple condition préalable ouvrant le chemin des pourparlers, mais ne détermine pas la puissance (capacité conventionnelle) de son titulaire.

Les effets de l'« exigence majoritaire » sur les organisations syndicales représentatives. En l'occurrence, la « *capacité conventionnelle* » se fonde sur la mesure des audiences électorales recueillies des différentes organisations ayant obtenu ce label. Elle peut donc totalement se détacher de ce titre de représentativité¹⁵⁴¹. Afin de se conformer à cette « *'exigence majoritaire* », l'organisation syndicale représentative peut exercer sa « *capacité conventionnelle* » de façon autonome ou par le biais d'une coalition. En effet, notre système de relations professionnelles se caractérisant par un fort pluralisme, ces nouvelles règles contraignent désormais, dans de nombreuses situations, à la formation de diverses coalitions syndicales afin de rassembler la « *capacité conventionnelle* » requise. Comme nous l'avons déjà examiné, le droit du travail ne contraint pas à la formation d'alliance majoritaire préalable à l'ouverture de la négociation. Par ailleurs, rien n'impose que l'alliance passée lors de l'élection professionnelle corresponde à celle de la conclusion de l'accord collectif¹⁵⁴². Par conséquent, le système électoral encourage la formation d'unions dans le but d'obtenir des élus, les règles de validité des accords collectifs invitent à la formation d'alliances mais en dehors de ces deux situations stratégiques les acteurs retrouvent leur autonomie. En définitive, rien n'encourage la constitution pérenne d'une unité syndicale à caractère majoritaire¹⁵⁴³. Des majorités syndicales à géométries variables se forment éventuellement au moment de la conclusion de l'accord, puis s'éparpillent car ne constituant que des mariages de circonstances. Dans un contexte de pluralisme syndical, et par conséquent, de concurrence entre les organisations représentatives, chaque nouvelle mesure d'audience électorale détermine les nouvelles « *capacités conventionnelles* » réciproques. Il s'agit d'un facteur périodique de

¹⁵⁴¹Nous constaterons plus loin que cette notion de « *capacité conventionnelle* » peut être attribuée à des acteurs « *subsidiaries* » dépourvus de ce label (quand les titulaires de ce titre n'existent pas dans l'unité de travail en question).

¹⁵⁴²Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 13 janvier 2010, 09-60.208, Publié au bulletin, 5 novembre 2014, 14-11.634, Publié au bulletin, 2 mars 2011, 10-17.603, Publié au bulletin et 2 mars 2011, 10-17.603, Publié au bulletin. Lorsqu'une liste commune a été établie par des organisations syndicales la répartition entre elles des suffrages exprimés se fait sur la base indiquée par les organisations syndicales concernées lors du dépôt de leur liste, et à défaut, à parts égales entre les organisations concernées.

¹⁵⁴³En effet, aucune règle n'incite au maintien des coalitions au-delà du processus électoral et par conséquent lors de l'attribution du titre de représentativité. Le juge n'a fixé en la matière qu'une obligation de transparence à l'égard des électeurs touchant à la clé de répartition fixé par les parties concernées.

renouveau mais également d'incertitude laissant supposer une évolution de la liste des organisations représentatives et de leur « *capacité conventionnelle* »¹⁵⁴⁴¹⁵⁴⁵.

Le respect des dissonances minoritaires et l'expression d'une majorité syndicale. De ce phénomène il ne découle pas une simplification du paysage syndical, via une réduction du nombre d'organisations, mais plutôt une tendance à l'émergence de coalitions à géométrie variable évoluant en fonction des différentes unités de travail¹⁵⁴⁶, dans un ensemble pouvant relever d'une grande complexité. La notion souple de « *capacité conventionnelle* » à caractère électoral permet et encourage cette forte labilité¹⁵⁴⁷¹⁵⁴⁸. Il s'agit donc d'un phénomène paradoxal encourageant d'un côté la concurrence entre les organisations¹⁵⁴⁹, et d'un autre côté invitant à l'unité lors de la conclusion d'accord collectif. Par l'exercice de leurs droits collectifs, les organisations syndicales représentatives rencontrent donc une épreuve qui les divise éventuellement en deux camps¹⁵⁵⁰: « *minorité* » et « *majorité* ». Autrefois, le professeur Georges BORENFREUND estimait que les anciennes règles en matière de représentation et de négociation collective¹⁵⁵¹ avaient pour effet d'imposer « *la Loi de la minorité* »¹⁵⁵² et le professeur Gérard LYON CAEN ajoutait que : « *le mal a été créé par le législateur* »¹⁵⁵³. Reconnaissons que sur ce point la logique d'ensemble a effectivement bien été inversée. Par essence, la division syndicale rend complexe la création de réelles puissances syndicales, mais n'entrave toutefois pas la formation de coalitions. L'exigence majoritaire bouscule les habitudes « *solitaires* » du pluralisme, mais ne favorise pas pour autant l'unité d'action, mais

¹⁵⁴⁴Olivier LECLERC, *loc.cit.* p.174.

¹⁵⁴⁵Antoine MAZEAUD, « Droit du Travail », Paris, 4e édition. Montchrestien, 2004, p. 205. L'auteur a ainsi pu affirmer que: « *la notion de majorité ou de minorité n'a à première vue, aucun sens dès lors que dans un système de pluralisme syndical, le monopole syndical met à égalité tout syndicat représentatif* ».

¹⁵⁴⁶Françoise FAVENNEC-HERY, *loc.cit.* p.121. Selon l'auteure, la subordination de la représentativité à une audience appréciée localement aboutit « *à une absence de syndicat représentatif dans les entreprises ou ne s'organise pas d'élections, à une disparité de représentativité d'un établissement à l'autre, à une divergence éventuelle entre établissement et l'entreprise prise en son entier, voir entre l'entreprise et le groupe* »

¹⁵⁴⁷Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45. Selon l'auteure : « *La recherche d'une majorité syndicale dans la négociation collective est considérée aujourd'hui comme un facteur d'équilibre indispensable dans la négociation concourant aussi à établir la légitimité des signataires* ».

¹⁵⁴⁸Les organisations syndicales bénéficiant du titre de représentativité mais d'une très faible capacité conventionnelle, participent à une négociation qu'elles ne peuvent pas conclure, sauf à utiliser des voies subsidiaires qui nous étudierons plus loin. A cet égard la position de l'employeur reste confortable. En effet il ne fait pas face à un unique interlocuteur avec lequel il doit trouver un accord mais affronte une pluralité d'acteurs lui offrant une diversité de combinaisons stratégiques dans le but d'atteindre son objectif.

¹⁵⁴⁹Olivier LECLERC, *loc.cit.* p.174.

¹⁵⁵⁰Marie-Armelle ROTCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

¹⁵⁵¹La combinaison de la présomption irréfragable de représentativité et la règle de l'unicité de signature d'un accord collectif.

¹⁵⁵²Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.229.

¹⁵⁵³Gérard LYON-CAEN, « A propos d'une négociation sur la négociation », Le Droit. Ouvrier., 2001, p. 1.

tout au plus la mise en place d'alliance de circonstance¹⁵⁵⁴. Une équation complexe se construit donc, visant à maintenir un pluralisme reposant sur un principe d'égalité de traitement entre les différentes organisations représentatives, tout en mesurant leurs puissances au travers de l'exigence majoritaire. Il s'agit de respecter les dissonances minoritaires tout en permettant l'expression d'une majorité syndicale en capacité d'engager l'ensemble des salariés par le biais d'accords de plus large portée.

Les multiples faits majoritaires internes à l'entreprise. Pour autant l'exigence majoritaire ne permet pas d'établir un rapport de force équilibré à l'égard de l'employeur. La notion d'« *entreprise* » est équivoque et peut se définir par un encastrement d'unités techniques et sociales dans un ensemble économique¹⁵⁵⁵. Cette notion plastique peine à définir un cadre stable permettant une réelle participation des salariés aux décisions d'organisation et de gestions de l'emploi et conditions de travail les concernant. Le droit des relations collectives peine à s'adapter aux perpétuelles nouvelles configurations de l'organisation du travail et de l'emploi. Ce mouvement intense est générateur d'émiettement des unités de représentation qui peut être redoublé quand l'entreprise est comprise au sein d'un groupe. A ce titre, la liste des interlocuteurs sociaux bénéficiant du label de représentativité au niveau du groupe peut être différente de celle de l'entreprise ou de l'établissement. De plus, au sein de chaque unité de travail, les organisations syndicales représentatives peuvent dorénavant bénéficier d'une « *capacité conventionnelle* » de puissances différentes, les amenant à constituer autant de coalitions majoritaires différentes dans le temps et l'espace. Le système de « *capacité conventionnelle* » à caractère électoral, repose sur un renouvellement périodique de sa mesure et au sein d'une éventuelle myriade d'unité de représentativité. Le renforcement de la décentralisation de la négociation collective va donc de pair avec un phénomène d'atomisation des différentes unités de représentativité¹⁵⁵⁶. Par conséquent, les entreprises à établissements multiples font l'objet d'autant de mesures d'audience, pouvant donner lieu à autant de listes différentes d'organisations représentatives, et par conséquent un large éventail de combinaisons

¹⁵⁵⁴L'idée de pluralisme syndical ne se marie pas de façon naturelle avec l'exigence majoritaire. Selon Albert CAMUS : « *La démocratie ce n'est pas la Loi de la majorité mais la protection de la minorité* ».

¹⁵⁵⁵Marie-Laure MORIN, « La firme et la négociation collective », in Mélanges dédiés au président Michel DESPAX, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p.97.

¹⁵⁵⁶Pierre-Éric TIXIER, *loc.cit.* p.14.

à vocation majoritaire¹⁵⁵⁷¹⁵⁵⁸¹⁵⁵⁹¹⁵⁶⁰¹⁵⁶¹¹⁵⁶². Nous avons examiné que la détermination du périmètre du ressort de la négociation collective constituait désormais un enjeu important. Constatons donc que le choix du ressort de la négociation collective parmi cette myriade de champs envisageables de la représentation majoritaire, constitue également un enjeu permanent de luttes sociales¹⁵⁶³¹⁵⁶⁴. Ce choix peut se déterminer en fonction de certaines règles de droit liées à l'obligation de négocier ou bien de la nature de l'objet de la négociation plus approprié à un ressort plutôt qu'à un autre. Mais convenons que le choix du ressort peut également s'établir en fonction du constat de rapports de force de nature différente au sein des diverses unités de travail¹⁵⁶⁵. Autrement dit, un employeur peut préférer négocier un accord au niveau du groupe plutôt qu'au sein des multiples entreprises ou établissements (et inversement), en fonction du rapport de force connu et de l'éventuelle formation de coalition à caractère majoritaire. En somme, cet émiettement conjugué à une certaine instabilité constitue autant de facteurs d'affaiblissement les organisations chargées de la représentation des salariés face à l'employeur¹⁵⁶⁶¹⁵⁶⁷.

Les effets de l'exigence majoritaire sur la nature de l'accord collectif conclu. En définitive, le « *pluralisme syndical* » et l'« *exigence majoritaire* » peuvent effectivement facilement se concilier par le biais de la notion de « *capacité conventionnelle* », pour renforcer la légitimité de l'accord collectif à l'égard des salariés. Cette exigence « *majoritaire* » est en définitive bien plus qu'une simple prolongation du principe de « *concordance* », car elle est dorénavant une condition de validité de la conclusion de l'accord collectif bouleversant la nature de celui-ci dont la dimension normative domine désormais la dimension contractuelle¹⁵⁶⁸. En effet,

¹⁵⁵⁷Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.133.

¹⁵⁵⁸Laurence PECAUT-RIVOLIER, « Les élections professionnelles depuis la Loi du 20 août 2008, révolution ou statu quo ? », *Droit Social*, 2011, p. 82.

¹⁵⁵⁹Pierre RODIÈRE, *loc.cit.* p.151.

¹⁵⁶⁰Antoine MAZEAUD, « Les élections dans les TPE : l'absence de courant ascendant », *Droit Social*, 2013, p.152.

¹⁵⁶¹Franck PETIT, « Les scrutins sur sigle dans les très petites entreprises », *Droit Social*, 2012, p.48

¹⁵⁶²Pierre-Yves VERKINDT, *loc.cit.* p.13.

¹⁵⁶³François SELLIER, « La confrontation sociale en France, 1936-1981 », Paris, Presse Universitaire de France, 1984, p.240.

¹⁵⁶⁴Jean-Daniel REYNAUD, *op.cit.* p.12.

¹⁵⁶⁵Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.270.

¹⁵⁶⁶Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.15. Selon l'auteur : « *La condition nécessaire qui seule rend significative et réelle la négociation collective : un certain équilibre des pouvoirs des deux parties* ».

¹⁵⁶⁷Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45. Selon l'auteur : « *La validité d'un accord collectif ne saurait dépendre exclusivement de la conformité de ses stipulations à des règles supérieures : les conditions de sa conclusion et la définition de ses signataires sont au premier plan* ».

¹⁵⁶⁸Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.133. Selon l'auteur : « *Jamais la relation entre la qualité de l'acteur syndical, partie à l'accord collectif et la qualité normative de l'accord lui-même n'a semblé aussi étroite* ».

envisager l'audience électorale sous l'angle, non plus de la représentativité de chaque syndicat « *mais de la validité des accords collectifs conduit à une approche différente de la fonction assignée au vote* »¹⁵⁶⁹. Il ne s'agit pas seulement de conférer un titre à une organisation mais également d'octroyer une qualité à un acte¹⁵⁷⁰. Il ne s'agit pas uniquement d'un effet révélateur de l'un sur l'autre, car l'« *exigence majoritaire* » et la dimension normative de l'accord collectif semblent intrinsèquement liées¹⁵⁷¹. En ce sens l'« *exigence majoritaire* » correspond donc à une évolution attendue corolaire de la dimension normative et statutaire de l'accord collectif¹⁵⁷². Cependant, cette alliance permet difficilement d'équilibrer de manière pérenne le rapport de force des protagonistes sociaux au sein de l'entreprise.

3.2. La capacité conventionnelle des différents acteurs de la négociation collective

Il ressort des points ci-dessus que la capacité normative des protagonistes sociaux semble dorénavant bien plus se déterminer en fonction de leur audience électorale que par un titre de représentativité. Admettons bien volontiers que l'un reste la condition de l'exercice de l'autre dans les ressorts pourvus d'une implantation syndicale. Constatons l'absence de recomposition syndicale organique et d'initiative du droit afin de mieux esséminer la présence syndicale en entreprise. Nous soulignerons également la disparition de la chimère d'un « *monopole* » syndical en matière de négociation collective. Enfin, il nous reviendra la tâche de confirmer que dans tous les autres ressorts dépourvus de présence syndicale, il n'est plus nécessaire de disposer de ce titre pour négocier et conclure des accords collectifs.

L'absence d'un renforcement des implantations syndicales. En effet, constatons d'abord que le développement de l'implantation syndicale n'a pas constitué une priorité. Il lui a été préféré une autre stratégie visant à ne plus faire de l'organisation syndicale l'unique agent de la conduite des pourparlers. Il est d'ores et déjà possible de signaler que le droit a souhaité renforcer la légitimité du délégué syndical par une nouvelle accumulation de conditions entourant sa désignation alors que par ailleurs au sein des ressorts où ce dernier était absent, il

¹⁵⁶⁹Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.142.

¹⁵⁷⁰Laetitia BONNARD PLANCKE, *loc.cit.* p.208. Selon l'auteure: « *La référence majoritaire Loin d'être contradictoire avec le caractère contractuel de la convention en devient une composante nécessaire* ».

¹⁵⁷¹Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op.cit.* p.10. Selon l'auteure: « *Sur le plan théorique le dédoublement de la collectivité du personnel prise tantôt comme un tout homogène tantôt comme un corps doté d'une possibiliste d'expression majoritaire n'est pas sans suggère un timide rapprochement entre cette collectivité et le corps électoral politique. Mais par-là l'effet normatif du contrat collectif sur le personnel dans son ensemble vaut d'être reconsidéré* ».

¹⁵⁷²Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

tentait d'assouplir les diverses formules « *palliatives* » de la négociation collective. Le syndicalisme serait donc désormais défini par ses fonctions notamment celle consistant à négocier et de moins en moins par son essence¹⁵⁷³. Coincé entre revendications et participation, ce bouleversement en profondeur de l'action syndicale est marqué par le passage d'une « *culture de mobilisation à une culture de gestion* »¹⁵⁷⁴. Or, le syndicat se doit de rester une « *minorité active* »¹⁵⁷⁵ capable de rassembler l'ensemble des salariés appartenant à un collectif alors qu'elle est désormais invitée à participer à la définition d'une politique de l'emploi et des conditions de travail¹⁵⁷⁶ l'associant aux décisions de la direction de l'entreprise et la contraignant à accepter d'éventuelles concessions. Autour de la notion de négociation collective¹⁵⁷⁷, elle doit donc désormais se concentrer sur ses fonctions normatives et régulatrices¹⁵⁷⁸. Par ce biais, les organisations syndicales peuvent donner l'impression de se raccrocher à une politique générale à caractère contractuel, indépendamment de la qualité de son contenu, et qui serait devenue une fin en soi : « *comme si l'invocation d'une procédure allait suffire à réaffirmer leur utilité sociale* »¹⁵⁷⁹. Nous avons vu que l'Etat a encouragé le glissement de leur finalité passant d'une « *conquête sociale à une tâche de participation au mouvement de la démocratie* »¹⁵⁸⁰.

L'absence d'une recomposition confédérale organique. En l'occurrence, le pari de la chorale des protagonistes sociaux et du législateur reposait sur une stratégie institutionnelle de revitalisation des effectifs adhérents par une rationalisation du nombre des structures confédérales. Les salariés satisfaits des résultats de la négociation collective auraient dû reprendre les chemins de l'adhésion syndicale¹⁵⁸¹ en faveur d'un nombre plus restreint de confédérations syndicales plus puissantes. Mais finalement cette recomposition du paysage

¹⁵⁷³Sophie BEROUD et Karel YON (sous la direction), « La Loi du 20 août 2008 et ses implications sur les pratiques syndicales en entreprise : sociologie des appropriations pratiques d'un nouveau dispositif juridique », Convention Direction de l'Animation de la Recherche, des Études et des Statistiques (DARES), « Impact des nouvelles règles de la représentativité sur les pratiques et les stratégies syndicales », Rapport de recherche, Février 2011, p.342 .

¹⁵⁷⁴Sophie BEROUD et Karel YON (sous la direction), *Ibid.*

¹⁵⁷⁵Jacques JULLIARD, « Autonomie ouvrière. Études sur le syndicalisme d'action directe », Paris, Gallimard-Seuil, 1988, p.294.

¹⁵⁷⁶Corinne DEQUECKER et Pierre-Éric TIXIER, *op.cit.* p.10.

¹⁵⁷⁷Christian DUFOUR et Adelheid HEGE, *loc.cit.* p.209.

¹⁵⁷⁸Christian DUFOUR et Adelheid HEGE, *loc.cit.* p.209.

¹⁵⁷⁹Pierre ROSANVALLON, *op.cit.* p.11.

¹⁵⁸⁰Sophie BEROUD et Karel YON (sous la direction), *Ibid.*

¹⁵⁸¹Christian DUFOUR et Adelheid HEGE, *loc.cit.* p.209.

syndical confédéral¹⁵⁸² ne s'est pas produite¹⁵⁸³¹⁵⁸⁴¹⁵⁸⁵. Certes, le chemin peut être long entre la mise en route de la réforme législative et la révélation de ses effets concrets, mais force est de constater que la réforme de la représentativité n'a pas (encore) été à l'origine d'un bouleversement organique. La puissance d'une confédération syndicale, se mesure désormais à l'aune de ses résultats électoraux, mais la progression des résultats de telle ou telle semble plus s'expliquer par le nombre d'implantations syndicales réalisées au sein de nouvelles unités de travail que par d'éventuels succès en matière conventionnelle. En définitive, le pari, visant à faire de la négociation collective un instrument de reconquête de la légitimité syndicale, semble malmené par l'étude des faits. Or la coalition formée par une partie des organisations professionnelles et du législateur aurait pu faire le choix d'une stratégie différente. En effet, afin de renforcer l'effectivité du principe de participation, il eut été pertinent de renforcer une plus large implantation syndicale. Or, il apparaît que peu de mesures ont été prises dans ce but. Bien au contraire, le défi semble avoir été de développer la négociation collective en dehors de toute implantation syndicale. Or, cette évolution a pour conséquence directe d'avoir réduit le rayonnement de la notion de représentativité. En effet, les diverses unités de travail peuvent se diviser en trois ensembles : celles bénéficiant d'une représentation syndicale (ainsi qu'une représentation élective), celles ne faisant l'objet que d'une représentation élective, et enfin celles dépourvues de toutes formes de représentation. Diverses enquêtes REPONSE du Ministre du Travail¹⁵⁸⁶, constatent que dans les établissements employant entre 50 et 99 salariés, un délégué syndical est présent dans moins d'un cas sur deux. Dans les établissements employant

¹⁵⁸²Jérôme PORTA, *loc.cit.* p.24.

¹⁵⁸³ Au sein des confédérations, le duopole formé par la Confédération Générale du Travail (CGT)-et la Confédération Française du Travail (CFDT) rassemble plus de la moitié des suffrages exprimés (même si ce socle s'effrite légèrement). La confédération Force Ouvrière (FO) décroche une troisième place et s'y maintient. La Confédération Française des Travailleurs Chrétiens (CFTC) et la CGE Confédération Française de l'Encadrement (CFE-CGC) semblaient vulnérables aux effets de la réforme de la représentativité mais se maintiennent avec un score comparable à de celui antérieur à la réforme. Enfin les confédérations qui n'étaient pas représentatives, n'ont pas profité de celle-ci pour franchir le seuil de huit pour cent nécessaire à la reconnaissance de ce titre.

¹⁵⁸⁴ Jean-Emmanuel RAY, *loc.cit.* p.200.

¹⁵⁸⁵ Tristan HAUTE, « Evolutions du paysage syndical et du salariat : analyse des élections aux comités d'entreprise (2009-2016) », I.R.E.S., « La Revue de l'Ires », 2018/1, n° 94-95, p. 57-90. Il s'avère que la Confédération Française du Travail (CFDT) a développé plus fortement le nombre de ses implantations par rapport à la Confédération Générale du Travail (CGT). Il s'agit donc d'une explication de la bonne augmentation de ses résultats électoraux sur la période considérée.

¹⁵⁸⁶ Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (DARES), Patrick POMMIER, « Relations Professionnelles et négociations d'entreprise-Principaux enseignements du colloque organisé par la Dares le 9 décembre 2014, sur les travaux conduits à partir de l'enquête-REPONSE 2011 », Paris, Document d'étude n°191, 2015, p.18.

entre 20 et 49 salariés, il se trouve un délégué syndical que dans un cas sur cinq. Dans cette même tranche d'entreprise, il n'existe d'instance élue que dans deux tiers d'entre elles¹⁵⁸⁷.

L'abandon de la proposition visant au développement de l'implantation syndicale.

Remarquons qu'une des rares dispositions de la position commune du 9 avril 2008¹⁵⁸⁸, n'ayant pas été reprise par la Loi de la même année¹⁵⁸⁹ visait justement le développement de nouvelles implantations syndicales. Cette proposition consistait à introduire la notion d'« *avantages conventionnels*» en droit interne¹⁵⁹⁰¹⁵⁹¹. Ces clauses également dénommées de « *sécurité juridique* » ne correspondent pas à notre tradition juridique, mais se retrouvent dans de nombreux systèmes de relations professionnelles¹⁵⁹² ou la possibilité est offerte aux signataires d'un accord de réserver certains avantages aux profits de leurs seuls adhérents. Une majorité dominante de la doctrine considère que ce type de clause est illégale car constituant une discrimination fondée sur l'appartenance syndicale. Il s'agit en effet d'exercer une contrainte à l'égard des salariés afin d'adhérer à tel ou tel syndicat signataire de l'accord. Cette sollicitation peut être perçue comme contraire à la liberté syndicale. Toutefois, d'autres auteurs réclament un assouplissement de cette interdiction¹⁵⁹³ et une interprétation plus fine et plus habile des règles de droit interne afin d'autoriser de telles clauses. Le but n'étant pas de privilégier un syndicat au détriment d'un autre mais de maintenir un avantage différentiel entre syndiqués et non syndiqués afin d'encourager l'engagement syndical de façon générale¹⁵⁹⁴. En l'occurrence, cette proposition particulière n'a pas été reprise par le législateur. De même, aucune disposition visant à encourager l'adhésion ou l'implantation syndicale n'a été associée par le législateur à

¹⁵⁸⁷Christophe TEISSIER (sous la direction), « La place des représentants élus du personnel, des pratiques référendaires et des formes de médiation dans la négociation collective d'entreprise », rapport-ASTREES (Etude réalisée par ASTREES en collaboration avec le Laboratoire Printemps Université Versailles Saint Quentin en Yvelines pour le Commissariat général à la stratégie et à la prospective CGSP), 2014, p.91.

¹⁵⁸⁸La position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

¹⁵⁸⁹Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF, n°0194 du 21 août 2008 p.13064).

¹⁵⁹⁰Pierre-Éric TIXIER, *loc.cit.* p.14.

¹⁵⁹¹Rappelons que ce dispositif permet de réserver aux seuls adhérents de l'organisation signataire certaines dispositions avantageuses de l'accord. Pour finir, la Loi n'a pas souhaité reprendre ce point qui lui paraissait incompatible avec notre appréciation de la liberté syndicale. En droit interne, l'adhésion à une organisation professionnelle est un droit individuel. Elle constitue un geste qui ne peut être contraint par aucun moyen.

¹⁵⁹²Pays anglo-saxons, scandinaves ou Belgique.

¹⁵⁹³Jean-Maurice VERDIER, *loc.cit.* p.14.

¹⁵⁹⁴A ce titre, certains pays anglo-saxons des unités de travail ont pratiqué le monopole d'embauche (« *closed shop* » ou atelier fermé) ne permettant l'embauche de salarié que sous condition d'adhésion à l'organisation syndicale habilitée. Une variante de cette pratique (« *union shop* ») repose sur une liberté d'embauche mais par la suite le salarié embauché doit adhérer au syndicat habilité (Belgique). Ce type de pratique ne se retrouve pas dans notre système de relations professionnelles. Toutefois aux marges du droit deux branches professionnelles ont pu les pratiquer : dockers et imprimerie.

la révision de la notion de représentativité (à l'exception de la création du représentant de la section syndicale). Par conséquent, l'accroissement du nombre d'entreprises pourvues d'une représentation syndicale féconde paraît bien avoir été un objectif plus secondaire pour le législateur¹⁵⁹⁵.

La disparition de la chimère d'un « monopole » syndical en matière de négociation collective.

Or, la consécration de la négociation collective a eu pour effet d'effacer définitivement une chimère relative à l'existence d'un « monopole » syndical sur ce procédé. Cette disparition apparemment paradoxale a eu pour conséquence de réduire substantiellement la portée de la notion révisée de représentativité qui ne correspond plus à un titre indispensable à l'exercice de cette attribution au sein de l'entreprise. En effet, afin de pallier l'absence de présence syndicale au sein des divers ressorts décentralisés de négociation, le législateur a déterminé une liste d'acteurs¹⁵⁹⁶ « subsidiaires »¹⁵⁹⁷ dépourvus de ce titre mais à même de conclure d'éventuels accords collectifs.

En définitive le prétexte du principe de participation et la défaillance syndicale justifient le recours à des acteurs « subsidiaires » ou des formes de démocratie directe d'entreprise¹⁵⁹⁸. Le choix a donc clairement été de permettre de recourir à la négociation collective par le biais d'acteurs « subsidiaires » ou de mesures « supplétives ». Cette alternative peut être perçue comme un dispositif ayant pour effet d'affaiblir les protagonistes syndicaux. Ce sentiment peut être renforcé par l'étude des nouvelles modalités relatives à la désignation du délégué syndical, car elles peuvent être appréciées comme des exigences supplémentaires ne favorisant pas le développement des implantations syndicales. Par conséquent, examinons l'un après l'autre chacun de ces deux phénomènes.

¹⁵⁹⁵Adelheid HEGE (responsable scientifique) Aurianne COTHENET, Josépha DIRRINGER, Christian DUFOUR Marcus KAHMANN, « L'influence de la Loi du 20 août 2008 sur les relations collectives de travail dans les entreprises Enquête sociologique et analyse juridique », IRES, 2014, p.217.

¹⁵⁹⁶Cour de cassation, Chambre sociale, du 19 octobre 1994, 91-20.292, Publié au bulletin. En principe, lors des négociations dans l'entreprise la présence dans la délégation syndicale de membres d'un syndicat non-salariés de cette dernière est exclue.

¹⁵⁹⁷Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 25 janvier 1995, 90-45.796, Publié au bulletin. Si, dans les entreprises où les délégués syndicaux peuvent être légalement désignés, ceux-ci sont seules habilités à négocier et à signer les accords d'entreprise, ces accords peuvent être valablement négociés et signés, dans les entreprises qui ne remplissent pas les conditions légales pour avoir des délégués syndicaux, par des salariés titulaires d'un mandat donné par un syndicat représentatif.

¹⁵⁹⁸Christophe TEISSIER (sous la direction), *op.cit.* p.275.

3.2.1. La capacité conventionnelle des acteurs pourvus du titre de représentativité

Commençons donc par l'examen de ce premier phénomène : ne rien entreprendre pour développer l'implantation syndicale, mais renforcer les conditions de désignation du délégué syndical. Nous verrons ensuite que ces nouvelles exigences en la matière ont pour effet, de permettre aux salariés de quelque peu choisir leur délégué syndical. Par conséquent les nouvelles modalités de cette désignation ont pour effet de modifier les relations entre ce dernier et son organisation.

Le renforcement des conditions de désignation du délégué syndical. De manière étrange alors que peu était fait afin de renforcer l'implantation syndicale, le désir d'une plus grande légitimité des acteurs a conduit le législateur à renforcer les conditions de désignation des délégués syndicaux afin de renforcer leur légitimité. En effet, une des innovations majeures de la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008¹⁵⁹⁹, est d'imposer à la désignation du délégué syndical une condition « *électorale* » modifiant quelque peu la nature de son mandat. Celui-ci reste désigné par son organisation mais doit désormais se présenter aux élections et avoir personnellement obtenu au moins dix pour cent des suffrages exprimés au premier tour de ces élections du comité social et économique (dans son collège électoral). Il en ressort que le syndicat doit avoir la capacité de désigner un salarié réunissant lui-même un certain nombre de conditions dont celle de l'audience électorale et que les élections ne déterminent plus uniquement la liste des élus des salariés dans l'entreprise. Le même scrutin sert également à dresser la liste des éventuels salariés habilités à prendre en charge la négociation collective pour le compte de leur organisation syndicale représentative¹⁶⁰⁰¹⁶⁰¹. Par conséquent, cette double condition est-elle une « *évolution féconde ou un marché de dupes* »¹⁶⁰²? Il s'avère que ces conditions légales plus strictes en ce domaine restreignent objectivement la liberté des organisations syndicales représentatives. Cependant, au cours de l'année 2010, la Cour de cassation¹⁶⁰³ et le Conseil constitutionnel¹⁶⁰⁴ ont à l'unisson indiqué que le législateur avait la possibilité de définir des critères établissant la représentativité d'une organisation sans porter atteinte à la liberté

¹⁵⁹⁹Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008).

¹⁶⁰⁰Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.133.

¹⁶⁰¹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 25 octobre 2017, 16-24.753, Inédit. Seule une organisation représentative (label plein et entier) peut procéder à la désignation d'un délégué syndical et cela même si par ailleurs le salarié est bien susceptible d'être désigné.

¹⁶⁰²Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.149.

¹⁶⁰³Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 14 avril 2010, 09-60.426 09-60.429, Publié au bulletin.

¹⁶⁰⁴Décision Conseil constitutionnel n° 2010-63/64/65 QPC du 12 novembre 2010.

syndicale, et ne voyaient pas d'inconvénient à ce qu'un des critères soit la mesure de l'audience électorale des organisations. Les juges considéraient que les salariés pouvaient ainsi manifester leur contribution à la détermination de la représentativité des organisations syndicales et influencer sur le choix de celui qui est chargé de les incarner. Ils ne voyaient aucune interférence (ou confusion) dans le fait d'associer l'audience syndicale à la désignation du délégué syndical. Ils estimaient que les instances élues et désignées conservaient l'intégralité de leurs prérogatives respectives et qu'aucune d'entre elles ne se trouvaient subordonnées à l'autre¹⁶⁰⁵. Il ne s'agit donc pas d'une forme de détournement de l'objet des élections professionnelles : « *ouvrant la porte à un dépassement hasardeux de la distinction représentation élue et représentation syndicale* »¹⁶⁰⁶. Dans son arrêt du 14 avril 2010¹⁶⁰⁷ déjà cité, la Cour de cassation a considéré que cette obligation était conforme aux droit européen et international et ne constituait pas une ingérence arbitraire dans la liberté de fonctionnement des organisations syndicales. Par conséquent, elle considérait donc que la double condition d'audience concernant à la fois l'organisation et le candidat était belle et bien fondée¹⁶⁰⁸. Cette double condition devant être examinée à l'issue de chaque cycle électoral, le mandat de délégué syndical souffre donc désormais d'une certaine précarité liée à l'application du principe de « *concordance* ». En effet, le délégué syndical disposait autrefois d'un mandat à durée indéterminée soumis à la seule décision de l'organisation syndicale représentative l'ayant désigné, il est désormais à durée déterminée cadencé par le cycle électoral¹⁶⁰⁹. Le professeur Jérôme PORTA qualifie cette évolution de création d'un « *mandat représentatif* » soulignant le lien dialectique entre représentation et représentativité ainsi que l'« *ingérence étatique* » en matière de liberté syndicale¹⁶¹⁰. Il en découle effectivement un certain rapprochement de nature entre les mandats syndicaux et électifs¹⁶¹¹. Cependant, si la double condition en question a pour effet de diluer les différences entre représentation « *élue* » et « *désignée* », les légitimités électorales et électives ne se confondent pas pour autant, car le droit n'impose pas la condition de l'élection

¹⁶⁰⁵Jérôme PORTA, *loc.cit.* p.24.

¹⁶⁰⁶Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.133.

¹⁶⁰⁷Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 14 avril 2010, 09-60.426 09-60.429, Publié au bulletin. Les conditions liées à la personne du délégué syndical ne sont pas contraires aux conventions n°98 et n°135 de l'Organisation Internationale du Travail, à la Convention Européenne de Sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, à la Charte Sociale Européenne, et la Charte des droits Fondamentaux de l'Union Européenne.

¹⁶⁰⁸Par conséquent, le salarié susceptible d'être désigné délégué syndical doit avoir été candidat aux élections professionnelles et avoir personnellement obtenu un score lui permettant d'exercer son mandat.

¹⁶⁰⁹A chaque nouveau cycle, le délégué syndical doit de nouveau se présenter aux élections et obtenir un score lui permettant d'être désigné une nouvelle fois par son organisation.

¹⁶¹⁰Jérôme PORTA, *loc.cit.* p.24.

¹⁶¹¹Franck PETIT, *loc.cit.* p.98.

du délégué syndical¹⁶¹². Cette double condition avait donc pour finalité de renforcer l'autorité du délégué syndical sans altérer la liberté de désignation de son organisation syndicale représentative¹⁶¹³¹⁶¹⁴¹⁶¹⁵.

Les aménagements des nouvelles conditions de désignation du délégué syndical. Cependant, le juge civil avait tout de même conscience que cette double condition pouvait représenter un frein dans certaines situations. Par conséquent, il précisa que cette condition électorale ne devait pas avoir : « *pour objet ou pour effet de priver cette organisation syndicale du droit de disposer d'un représentant, dès lors qu'elle a présenté des candidats à ces élections dans le périmètre de désignations* »¹⁶¹⁶¹⁶¹⁷. Par ce biais, le juge annonçait une interprétation relative et pragmatique de ce point capable de plusieurs tempéraments. Ainsi, le seuil de dix pour cent des suffrages exprimés, doit être décompté au sein du collège ou le salarié a présenté sa candidature¹⁶¹⁸¹⁶¹⁹ et non dans l'ensemble du ressort ou l'impétrant délégué syndical doit exercer ses prérogatives. Il fut également admis que les ressorts du scrutin d'audience de l'organisation syndicale représentative mandataire et d'exercice des prérogatives du délégué syndical ne se confondaient pas¹⁶²⁰¹⁶²¹. En effet, la condition d'audience légalement requise pour être désigné délégué syndical s'apprécie bien plus soupagement que celle posée pour la détermination de la représentativité syndicale de son organisation. Ainsi le juge a considéré que ce score individuel de l'impétrant délégué syndical pouvait avoir été obtenu dans le cadre de

¹⁶¹²Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 3 octobre 2018, 17-60.285 17-60.288 17-60.289 17-60.290, Inédit

¹⁶¹³Sandra MITTERAND et Isabelle. ODOUL-ASOREY, « Décision de l'O.I. T sur la Loi du 20 août 2008 : quelles suites ? », Revue de Droit du Travail. 2012, p. 107.

¹⁶¹⁴Rapport 362e du Comité de la Liberté Syndicale, Bureau Infranational du Travail, novembre 2011, GB.312/INS/9, §§ 848-964. En 2011, une plainte a été déposée par la Confédération Générale du Travail Force Ouvrière afin de constater les violations des conventions n° 87, 98 et 135. Le comité de la liberté a invité le gouvernement français à réviser la législation française sur un point : la désignation des délégués syndicaux. Il est invité à veiller à ce que la négociation avec les représentants élus et les salariés mandats n'aboutisse pas « *en pratique [...] une situation de recours systématique* » à cette forme de négociation au détriment de celle avec des délégués syndicaux.

¹⁶¹⁵Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

¹⁶¹⁶Daniel BOULIMIER, « Les représentations du personnel : accentuation des autonomies subordonnées ? », Le Droit Ouvrier, 2014, p.439-450.

¹⁶¹⁷Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 27 février 2013, 12-15.807, 12-17.221, 12-18.828, Publié au bulletin. Selon le juge « *L'obligation de choisir ce délégué en priorité parmi les candidats qui ont recueilli au moins dix pour cent des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles n'a pas pour objet ou pour effet de priver cette organisation syndicale du droit de disposer d'un représentant, dès lors qu'elle a présenté des candidats à ces élections dans le périmètre de désignations* ».

¹⁶¹⁸Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 29 juin 2011, 10-19.921, Publié au bulletin.

¹⁶¹⁹Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p.4848).

¹⁶²⁰Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 28 novembre 2012, 12-13.628, Publié au bulletin.

¹⁶²¹Ces règles sont désormais d'ordre public et ne peuvent pas être aménagées par un accord collectif (ou une décision unilatérale de l'employeur).

l'élection du comité d'entreprise, mais également lors de l'élection des délégués du personnel (ou de la délégation unique du personnel)¹⁶²². Il en résultait qu'un candidat à l'élection de délégué du personnel ayant obtenu le score requis dans un ressort étroit pouvait être désigné délégué syndical d'un établissement plus large¹⁶²³. Il en ressortait également que le score individuel pouvait bien avoir été obtenu dans un ressort différent de celui du périmètre de la désignation du délégué syndical¹⁶²⁴. Par ailleurs, il était commun de constater qu'entre deux élections du fait d'une série d'événements indépendants de sa volonté l'organisation pouvait perdre tout candidat en mesure d'être désigné délégué syndical. Enfin, pour des raisons diverses, il pouvait se trouver que tous les candidats en mesure d'être désignés délégué syndical renonçaient par avance à ce mandat. Le législateur s'est donc trouvé contraint d'apporter quelques tempéraments à la double condition de désignation du délégué syndical afin de ne pas bloquer une éventuelle négociation collective faute de protagoniste. Les Lois n° 2012-387 du 22 mars 2012¹⁶²⁵ et n°2014-288 du 5 mars 2014¹⁶²⁶ octroyèrent donc à l'organisation syndicale représentative la faculté de désigner un délégué syndical parmi ses candidats aux élections n'ayant pas obtenu le score requis ou bien à défaut parmi ses adhérents¹⁶²⁷. Toutefois, cette possibilité prévue par l'article L.2143-2 du Code du travail restait supplétive, car l'organisation syndicale ne peut effectuer ce type de choix que si elle s'y trouve véritablement contrainte par les circonstances déjà précisées¹⁶²⁸. Il en ressort que cette double obligation n'a effectivement

¹⁶²²Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 28 septembre 2011, 11-10.601, Publié au bulletin. 29 juin 2011, et 10-19.921, Publié au bulletin. Le délégué syndical doit être choisi « *parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants* ». Le juge a également précisé que le score de 10 % s'apprécie au sein du seul collège dans lequel le salarié a présenté sa candidature.

¹⁶²³Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 10 novembre 2010, 10-60.213, Inédit, rectifié par un arrêt du 19 janvier 2011 et Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 10 novembre 2010, 09-72.856, Publié au bulletin et 28 novembre 2012, 12-13.628, Publié au bulletin. Dans ces deux arrêts du 10 novembre 2010 la Cour de cassation a voulu préciser qu'il était nécessaire de retenir le score obtenu à l'occasion de l'élection du comité d'entreprise et ce même si le délégué syndical était désigné au niveau plus restreint de l'établissement au sein duquel sont élus les délégués du personnel. Par ailleurs, au sein des entreprises comptant plusieurs établissements des délégués du personnel, si une organisation syndicale souhaitait désigner comme délégué syndical de l'entreprise un candidat à une des élections de délégué du personnel, elle peut le faire « *parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins dix pour cent des suffrages valablement exprimés au premier tour des élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel, sans établir de priorité entre ces scrutins ni exiger qu'ils couvrent l'intégralité du périmètre au sein duquel s'apprécie la représentativité de l'organisation syndicale ou celui au sein duquel doit s'exercer le mandat qu'elle confère au salarié* ».

¹⁶²⁴ Par ailleurs, il s'agit bien du score personnel du délégué syndical puisqu'il est tenu compte des éventuelles ratures de son nom, mais le salarié désigné peut tout aussi bien être candidat titulaire ou suppléant.

¹⁶²⁵Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives (JORF n°0071 du 23 mars 2012).

¹⁶²⁶Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale (JORF n°0055 du 6 mars 2014 p. 4848).

¹⁶²⁷Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 27 février 2013, 12-18.828, Publié au bulletin.

¹⁶²⁸Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 29 juin 2011, 10-60.394, Publié au bulletin et 12 avril 2012, 11-60.218 11-60.219, Publié au bulletin.

pas pour objet ou pour effet de priver un syndicat du droit de disposer d'un représentant dès lors que cette organisation est considérée comme représentative. Si les tempéraments ci-dessus exposés ont bien pour objet de remédier à certaines situations de « *blocages* », le dispositif de désignation en question conserve tout de même des traces baroques. A titre d'exemple, le syndicat représentatif ne conservant qu'un seul et unique candidat ayant bien obtenu dix pour cent des suffrages doit le désigner comme délégué syndical (sauf à renoncer à la désignation d'un délégué syndical), alors que le syndicat représentatif ne disposant plus de candidat ayant obtenu ce score personnel bénéficie d'une plus large latitude de choix ¹⁶²⁹¹⁶³⁰.

Le délégué syndical désigné par son organisation syndicale sur la base du vote des électeurs.

Par ailleurs, cette double condition a pour effet de modifier la nature de la relation nouée entre l'organisation syndicale représentative et le délégué syndical. En effet, le mandat syndical était autrefois conféré (et éventuellement retiré) exclusivement par l'organisation représentative qui pouvait choisir son représentant selon ses propres critères au sein des salariés sans autres conditions particulières. Dorénavant, l'organisation syndicale ne bénéficie plus de la même liberté et autorité car par son propre score électoral, le désigné acquiert par lui-même une bonne part de son mandat et se trouve donc moins redevable. Pour la Cour de cassation les élections professionnelles deviennent un instrument de sélection du salarié apte à être désigné délégué syndical car : « *le score électoral exigé d'un candidat pour sa désignation en qualité de délégué syndical est un score personnel qui l'habilite à recevoir un mandat de représentation par un syndicat représentatif* »¹⁶³¹. Il résulte de cette interprétation prétorienne que le délégué syndical au même titre que l'organisation syndicale représentative reçoit par le truchement du vote une « *habilitation* ». Par conséquent si les salariés participent au choix du délégué syndical, c'est bien que les organisations syndicales bénéficiaires du titre de représentativité se retrouvent plus contraintes dans ce domaine.

¹⁶²⁹Daniel BOULIMIER, *loc.cit.* p.279.

¹⁶³⁰Article L2143-3 alinéa n°2 du Code du travail : « *Si aucun des candidats présentés par l'organisation syndicale aux élections professionnelles ne remplit les conditions mentionnées au premier alinéa du présent article ou s'il ne reste, dans l'entreprise ou l'établissement, plus aucun candidat aux élections professionnelles qui remplit les conditions mentionnées au même premier alinéa, ou si l'ensemble des élus qui remplissent les conditions mentionnées audit premier alinéa renoncent par écrit à leur droit d'être désigné délégué syndical, une organisation syndicale représentative peut désigner un délégué syndical parmi les autres candidats, ou, à défaut, parmi ses adhérents au sein de l'entreprise ou de l'établissement ou parmi ses anciens élus ayant atteint la limite de durée d'exercice du mandat au comité social et économique fixée au deuxième alinéa de l'article L. 2314-33.* »

¹⁶³¹Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.133.

Les effets des modalités de désignation du délégué syndical sur ses relations avec son organisation syndicale Il en découle une série de questions : les suffrages recueillis lors de la mesure de l'audience syndicale sont-ils à la disposition du candidat (pouvant être désigné délégué syndical) ou, doivent-ils être attribués au bénéfice de l'organisation syndicale dont il porte l'étiquette ? En effet, on peut estimer que le salarié participant au scrutin fait son choix en fonction de la personnalité des candidats de la liste, mais on peut tout aussi bien considérer qu'il arrête son choix en fonction du logo syndical incarnant des valeurs, une action, un programme ou une tradition. Nous savons qu'en matière de représentativité, le juge estime que le vote de l'électeur se détermine en fonction de l'étiquette syndicale confédérale¹⁶³². Cependant, mettons en lumière que la jurisprudence donne une interprétation différente au sujet de la désignation du délégué syndical. Dans un cas d'espèce, la Confédération Générale du Travail (CGT) souhaitait désigner comme délégué syndical un salarié élu sur une liste Confédération Générale du Travail -Force Ouvrière (CGT- FO), la Cour de cassation estima que : « *dès lors qu'un salarié remplit les conditions prévues par la Loi, il n'appartient qu'au syndicat désignataire d'apprécier si ce salarié est en mesure de remplir sa mission, peu important l'appartenance successive à plusieurs syndicats* »¹⁶³³. Par la suite, la haute juridiction reconnut que le salarié ayant obtenu le score requis en étant candidat sur une liste syndicale, conservait toujours le bénéfice de ce score même après avoir quitté le syndicat en question. Il pouvait donc être désigné par le syndicat représentatif qu'il avait rejoint après les élections¹⁶³⁴¹⁶³⁵. Sur ce point le juge aurait pu aussi bien décider que le candidat n'était pas titulaire des votes exprimés en sa faveur et que ceux-ci appartenaient à la confédération nationale dont il portait l'étendard. En l'occurrence, il préfère valoriser le caractère personnel du score obtenu par l'impétrant délégué syndical au risque d'une légère contradiction. Par conséquent, en la circonstance, le juge privilégie bien la liberté syndicale au risque de froisser sa propre cohérence concernant le sens donné au vote de l'électeur dans le cadre de la mesure d'audience syndicale associée à une élection locale multifonctionnelle. Notons immédiatement d'autres asymétries en ce domaine car en cas de transfert d'entreprise (et modification juridique de l'employeur), un syndicat restant représentatif au sein de l'entreprise d'accueil peut désigner

¹⁶³²Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 6 janvier 2011, 10-18.205, Publié au bulletin. Le juge estimait que l'étiquette confédérale était un élément « *essentiel* » du vote de l'électeur. Il en découlait que seule la confédération nationale et interprofessionnelle pouvait se prévaloir des suffrages exprimés en sa faveur (l'équipe syndicale locale ne pouvait pas revendiquer ces suffrages notamment en cas de perte d'affiliation).

¹⁶³³Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 13 janvier 2010, 09-60.108, Publié au bulletin et 17 avril 2013, 12-22.699, Publié au bulletin.

¹⁶³⁴A condition bien entendu que le syndicat qu'il rejoint soit lui-même considéré comme représentatif.

¹⁶³⁵Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 28 septembre 2011, 10-26.762, Publié au bulletin, 14 novembre 2013, 12-29.984, Publié au bulletin et 8 janvier 2020, 19-11.397, Inédit.

comme délégué syndical un salarié ayant obtenu le score requis dans son entreprise d'« *origine* ». Dans cette situation, cette désignation n'est pas entravée par le premier alinéa de l'article L. 2143-3 du Code du travail exigeant que le délégué syndical ait été candidat aux dernières élections organisées au sein de l'entreprise et ait obtenu à cette occasion le score requis¹⁶³⁶. Dans cette hypothèse le juge applique pleinement le caractère personnel du score électoral obtenu quand bien même le délégué syndical change d'entreprise et devient représentant du personnel d'une structure au sein de laquelle il n'a pas été candidat aux dernières élections. Mais dans une autre situation correspondant à celle d'une entreprise à établissements distincts, le délégué syndical qui accepte une mutation sur un autre établissement, ne peut plus se prévaloir du score électoral obtenu dans son ancien établissement d'origine, et par conséquent ne peut pas être désigné délégué syndical au sein de son nouvel établissement¹⁶³⁷. Rappelons que la vocation historique d'une organisation syndicale est de défendre l'ensemble des salariés au-delà du cercle restreint de celui des salariés d'une entreprise. La désignation donnée par son organisation confère au délégué syndical une mission plus large que le périmètre de l'entreprise. Par conséquent, une analyse juridiquement orthodoxe du sens donné au vote des salariés plaiderait pour l'attribution des suffrages à l'organisation syndicale¹⁶³⁸. Toutefois, cette vocation généraliste semble mal se marier avec la vision étroite d'un vote en faveur d'une personnalité au sein d'un des collèges d'un établissement d'une entreprise. Admettons bien volontiers la complexité de l'analyse du sens donné aux résultats d'un scrutin multifonctionnel, et tentons de trouver une cohérence à cette apparente contradiction. Concédons que le vote du salarié se décompose en deux actes distincts : un premier déterminant la mesure d'audience de la confédération (nationale interprofessionnelle ou professionnelle) représentative, puis un second approuvant (ou non car raturant le nom du candidat) par avance l'éventuelle désignation de la personne du délégué syndical. Par le biais du caractère personnel du score obtenu, le délégué syndical semble hériter de la charge de représenter la collectivité des salariés de son entreprise (ou établissement)¹⁶³⁹. Remarquons que la mission la plus étroite est de fait incluse dans celle plus large, mais il semble que le délégué syndical soit bel et bien devenu : « *d'abord et avant tout le négociateur dans l'entreprise* »¹⁶⁴⁰.

¹⁶³⁶Article L. 2143-3 du Code du travail.

¹⁶³⁷Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 3 novembre 2016, 15-60.203 15-60.223, Publié au bulletin.

¹⁶³⁸Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.133.

¹⁶³⁹Jérôme PORTA, *loc.cit.* p.24.

¹⁶⁴⁰Antoine MAZEAUD, « Un nouveau droit syndical ou un droit syndical rénové », *Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique)*, 29 mai 2012, 1240, p.72. Selon l'auteur : « *La Loi du 20 août 2008...est avant tout une Loi de re-légitimation de la négociation collective, à laquelle s'est accroché le droit syndical, sous le couvert de la représentativité le délégué syndical est devenu d'abord et avant tout le négociateur dans l'entreprise* ».

L'agent d'exercice de la négociation collective n'est plus exclusivement le délégué syndical

En définitive, le pari formé par la chorale des protagonistes sociaux et du législateur est bien de faire de la négociation collective un instrument de reconquête de légitimité par un resserrement des conditions de sélection des acteurs en charge de l'action syndicale. Cependant ce pari revêt des allures paradoxales, car il passe également par un développement des modalités alternatives de négociations avec des acteurs « *subsidiaries* » ou des moyens « *supplétifs* » dans les unités de travail dépourvues de cette représentation syndicale. Il en résulte que l'agent d'exercice de la négociation collective n'est plus exclusivement le délégué syndical incarnation de l'organisation syndicale représentative. En effet, les protagonistes de la négociation collective peuvent dorénavant avoir plusieurs visages ¹⁶⁴¹ et ne pas être titulaires du titre de représentativité. Quand bien même ce phénomène ne concerne que la négociation collective d'entreprise, et particulièrement les ressorts dépourvus de délégué syndical, la démonstration est faite de la réduction de la portée de la notion de représentativité et de l'importance désormais donné à la notion de « *capacité conventionnelle* ». Ajoutons qu'au sein des divers champs professionnels des relations collectives de travail, la « *démocratie représentative* » reste le principe¹⁶⁴² mais que plusieurs réformes contemporaines favorisent le développement de la « *démocratie directe* » au sein du ressort de l'entreprise.

3.2.2. La capacité conventionnelle des acteurs dépourvus d'un titre de représentativité

Ce second phénomène a certes pour finalité de suppléer l'absence d'acteurs syndicaux, mais a également pour effet de mettre en compétition (voir en rivalité) deux modalités différentes de l'exercice du principe de participation. Par conséquent, dans tous les ressorts où existait une implantation syndicale, la chorale des protagonistes sociaux et du législateur s'est efforcée de construire une plus grande concordance entre titulaires et agent d'exercice du droit de la négociation collective afin d'octroyer une plus forte légitimité aux accords collectifs conclus, mais n'a pas tenté d'essaimer ce dispositif dans les unités dépourvues de délégué syndical. Dans ces derniers ressorts, elle a préféré recourir à des acteurs « *subsidiaries* » ou développer des méthodes « *supplétives* » dont il nous faut jauger s'ils ont renforcé l'« *autonomie collective* ».

¹⁶⁴¹Alain SUPIOT (sous la direction de), *op.cit.* p.240. Au sujet du double système de représentation (élue et syndicale), l'auteur estime que leur complémentarité l'emporte sur leur antinomie. Les organisations syndicales ont besoin de relais au sein de l'entreprise. Inversement les instances élues ont besoin d'un centre de coordination d'une action d'ensemble pour pallier les effets du « *corporatisme d'entreprise* ». Ce rapport estime que la recherche d'une définition de la notion de représentativité reste un débat national, mais que l'union européenne ne pouvait pas faire l'économie d'un véritable débat à ce sujet.

¹⁶⁴²Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21.

Afin d'étudier précisément ces paradoxes, il s'avère nécessaire d'explorer préalablement les évolutions d'une articulation sophistiquée liant les titulaires (salariés) et les agents d'exercice du droit de la négociation collective¹⁶⁴³. Nous commenterons donc la création du Conseil d'entreprise et le développement de la négociation collective sans encouragement d'implantation syndicale. Nous analyserons également les causes et le cheminement de cette évolution qui contribuent à une transformation des différentes formes de la représentation. Enfin nous examinerons les différents nouveaux acteurs « *palliatifs* » du procédé ainsi que les modalités de leur pourparlers.

La « vocation naturelle » du délégué syndical et la reconnaissance d'autres protagonistes.

En effet, sur le fondement de l'alinéa n°8 du préambule de la constitution du 27 octobre 1947¹⁶⁴⁴, le Conseil constitutionnel a reconnu la possibilité d'une diversité d'agents d'exercice du procédé qui concentre notre attention¹⁶⁴⁵¹⁶⁴⁶¹⁶⁴⁷. Il en ressort que les organisations syndicales représentatives peuvent s'appuyer sur leur histoire et leur finalité pour revendiquer un statut spécifique en la matière, mais ne peuvent pas réclamer l'exclusivité de l'exercice de ce droit. Ce statut mérite tout de même d'être réévalué, car il ne s'agit pas seulement de souhaiter le développement de multiples implantations syndicales dans le but d'encourager la négociation collective, mais plutôt d'accroître le nombre d'institution légale dotée de prérogatives juridiques¹⁶⁴⁸ capable de représenter et de défendre un « *groupement professionnel* » (le personnel) dépourvu de la personnalité morale et des attributs qui lui sont attachés. Cependant, l'organisation syndicale n'est pas l'unique forme juridique en capacité de représenter ce personnel car la représentation élue du personnel peut également remplir cet office.

¹⁶⁴³Marie-Laure MORIN, « Travail et liberté contractuelle, une mise en perspective », Le Droit Ouvrier, 2018, p.118.

¹⁶⁴⁴Alinéa n°8 du Préambule de la Constitution de la République française du 27 octobre 1946 (JORF du 28 octobre 1946): « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail (...)* ».

¹⁶⁴⁵Décision du Conseil constitutionnel n° 96-383 du 6 novembre 1996.

¹⁶⁴⁶Isabel ODOUL-ASOREY. *loc.cit.* p.66 et *op.cit.* p.66.

¹⁶⁴⁷Il découle de l'article n° 5 de la convention n°135 de l'Organisation Internationale du Travail que lorsqu'une entreprise compte à la fois des représentants syndicaux et des représentants élus, des mesures appropriées devront être prises, chaque fois qu'il y a lieu, pour garantir que la présence de représentants élus ne puisse servir à affaiblir la situation des syndicats intéressés ou de leurs représentants, et pour encourager la coopération, sur toutes questions pertinentes, entre les représentants élus, d'une part, et les syndicats intéressés et leurs représentants, d'autre part.

¹⁶⁴⁸Dans sa formule historique l'organisation syndicale est en charge de défendre l'intérêt collectif des salariés. Dans un système de représentation, elle devient l'agent d'exercice du droit de la négociation collective pour le compte de ses titulaires. Le cas échéant la négociation collective conclut un accord collectif ayant des effets sur l'ensemble des salariés.

Les systèmes de « primauté syndicale » ou de « priorité syndicale ». A ce sujet, la doctrine effectue une distinction entre deux types idéaux opposant les systèmes de relations professionnelles de type « moniste » et « dualiste ». Il s'agit de distinguer les systèmes faisant l'objet d'un seul canal de représentation (syndical ou électif) de ceux qui associent deux canaux de natures différentes (syndical et électif)¹⁶⁴⁹. Dans la pratique très peu de pays se conforment exactement à cette typologie juridique. Par conséquent, la doctrine a affiné sa présentation en distinguant désormais les systèmes de relations professionnelles bénéficiant d'une « primauté syndicale »¹⁶⁵⁰ (les syndicats n'ont pas l'exclusivité de la représentation et les instances élues prévues par la Loi n'ont que des attributions limitées¹⁶⁵¹) et d'un autre côté les systèmes qualifiés de « priorité syndicale »¹⁶⁵² (la représentation est essentiellement assurée par les organisations syndicales mais à défaut elle incombe à des élus). Comme nous le savons les instruments juridiques internationaux¹⁶⁵³ sont très respectueux des régimes nationaux de relations professionnelles et laissent aux Etats la souveraineté de leurs choix¹⁶⁵⁴ à condition que la présence d'élus du personnel n'ait pas pour objet ou effet d'affaiblir les organisations syndicales. Cette typologie est particulièrement pertinente au sujet des systèmes de relations

¹⁶⁴⁹ Antoine JEAMMAUD, (Rapporteur général sur le thème), « Représentation des travailleurs et dialogue social au lieu de travail » au XIXe Congrès mondial de droit du travail et de la sécurité sociale (SIDTSS), Sydney, 1^{er} au 4 septembre 2009. En effet, les Etats unis sont un des rares systèmes de relation professionnelle à ne connaître qu'une représentation unique par le biais d'un canal syndical. Inversement au sein des entreprises autrichiennes il n'existe que des instances élues. Entre ces deux pôles, il s'observe un spectre de systèmes privilégiant plus ou moins les organisations syndicales au détriment des instances élus et inversement.

¹⁶⁵⁰ Antoine JEAMMAUD, (Rapporteur général sur le thème), *Ibid.* L'auteur indique que la Suède peut être classée parmi les états faisant l'objet d'une « primauté syndicale ». En effet de prime abord ce pays ne connaît qu'un seul canal syndical, toutefois il se développe également des dispositifs d'expression et de défense des intérêts des salariés (information-consultation) autre que la négociation collective.

¹⁶⁵¹ Et voient parfois leur composition largement confiée aux organisations syndicales représentatives.

¹⁶⁵² Antoine JEAMMAUD, (Rapporteur général sur le thème), *Ibid.*

Le système britannique peut être classé du côté des systèmes faisant l'objet d'une « priorité syndicale ». En effet, l'organisation syndicale majoritaire au sein de l'unité de travail bénéficie dans ce cas d'un monopole de la représentation. Cependant en cas d'absence d'organisation syndicale bénéficiant de cette position, la représentation peut éventuellement être assurée par des représentants élus aux appellations variées (works council, staff representative committee, ou safety committee).

¹⁶⁵³ La déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail de 1988 de l'Organisation Internationale du Travail rappelle aux Etats membres qu'ils ont l'obligation de respecter, promouvoir et réaliser les principes concernant les droits fondamentaux, et en premier lieu la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective. La convention n°87 de l'Organisation Internationale du Travail datant de 1948 sur la liberté syndicale et protection du droit syndical encourage et légitime toute forme d'exercice de l'action des syndicats à ce niveau, même s'ils ne recèlent aucune prescription particulière sur ce point. Les conventions n°98 et n°154 (et la recommandation n°163) spécifiquement consacrées à la négociation collective visent à permettre à tous les employeurs et les catégories de travailleurs de négocier à tous les niveaux, en poussant les Etats à adopter des mesures favorables à cette pratique et à son développement.

¹⁶⁵⁴ Du choix entre une représentation syndicale ou une représentation élue ou un éventuel cumul des deux formules

professionnelles des Etats membres de l'Union Européenne¹⁶⁵⁵¹⁶⁵⁶, car la plupart font désormais l'objet d'un système reposant sur des instances syndicales et élues dans une logique de (plus ou moins) forte complémentarité¹⁶⁵⁷.

Le cheminement de la complémentarité des instances élues et désignées. Lors des premières décennies de son existence, le comité d'entreprise ne semblait occuper qu'une place d' « *auxiliaire dans le dispositif de représentation français* »¹⁶⁵⁸. Il s'est pourtant parfaitement déployé et a pris une importance certaine en s'appuyant sur ses fonctions d'information et de consultation alors que les organisations syndicales représentatives n'étaient toujours pas autorisées à directement s'implanter au sein des entreprises. Par conséquent la reconnaissance de la section syndicale dans l'entreprise en décembre 1968¹⁶⁵⁹ est venue complexifier le système de représentation duale sur le lieu de travail. En effet, il s'avérait qu'une partie de ces élus étaient dépourvus d'étiquette syndicale¹⁶⁶⁰, ce qui suscitait naturellement une grande défiance syndicale reposant sur la crainte d'une prise d'autonomie¹⁶⁶¹¹⁶⁶²¹⁶⁶³¹⁶⁶⁴¹⁶⁶⁵ ainsi qu'une suspicion d'incapacité des élus à conserver une certaine distance à l'égard de l'employeur¹⁶⁶⁶. Ce dispositif dual a donc continué à longtemps générer insatisfactions et rivalité. A partir des années quatre-vingt-dix du XXe siècle, il a été lentement et progressivement remis en cause par

¹⁶⁵⁵Antoine JEAMMAUD, (Rapporteur général sur le thème), *op.cit.* p.286.

¹⁶⁵⁶Directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs (JOCE L 225 du 12 août 1998) et Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements (JOUE L 82 du 22 mars 2001). Le droit européen exerce une réelle influence sur les droits nationaux en matière de relations professionnelles en prescrivant aux autorités nationales une obligation d'informer et de consulter les représentants du personnel et non exclusivement une obligation de négociation collective.

¹⁶⁵⁷Antoine JEAMMAUD, (Rapporteur général sur le thème), *op.cit.* p.286.

¹⁶⁵⁸Christian DUFOUR et Adelheid HEGE, « Comités d'entreprise et syndicats, quelles relations ? », I.R.E.S., la Revue de l'IRES, 2008, n° 59, p 3-40.

¹⁶⁵⁹Loi n°68-1179 du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises (JORF du 31 décembre 1968 p. 12401).

¹⁶⁶⁰Ou avec une étiquette syndicale mais dans une relation instrumentale liant à l'organisation syndicale représentative.

¹⁶⁶¹Historiquement, l'élection des représentants du personnel a été imposée à un mouvement syndical réticent à fonder sa légitimité sur cette assise.

¹⁶⁶²Christophe TEISSIER (sous la direction), *op.cit.* p.275.

¹⁶⁶³Dominic ROUX (sous la direction), *op.cit.* p.92.

¹⁶⁶⁴Pierre ROSANVALLON, « Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France », Paris, Collection Bibliothèque des Histoires, Gallimard, 1998, p.324. Le mouvement ouvrier était sous l'influence du syndicalisme révolutionnaire et cette hostilité avait des ressorts idéologiques.

¹⁶⁶⁵Eric DETCHESSAHAR, « Pierre ROSANVALLON, Le peuple introuvable », Politix, vol. 11, n°44, 1998, p. 191-197.

¹⁶⁶⁶Jean-Pierre LE CROM, « L'introuvable démocratie salariale. Le droit de la représentation dans l'entreprise (1890-2002) », Paris, Syllepse (collection le présent avenir), 2003, p.194. Le mouvement syndical de longue date nourrit une méfiance à l'encontre de la représentation des élus et notamment en ce qui concerne l'ancien comité d'entreprise.

un double phénomène¹⁶⁶⁷. D'un côté, les instances élus éparpillées ont fait l'objet d'un large mouvement de regroupement puis de fusion au sein du comité social et économique¹⁶⁶⁸. D'un autre côté, le mandat de délégué syndical a également fait l'objet de modifications participant à ce mouvement général de confusion des fondements et des finalités des institutions représentatives du personnel. Le mouvement général semble donc cheminer vers une convergence prudente des instances de différentes natures comme l'illustre la création du conseil d'entreprise¹⁶⁶⁹. Si au départ chaque instance paraissait enfermer au sein d'un jeu de lutte de positions rivales reposant sur des ressorts de nature stratégiques¹⁶⁷⁰, après un certain cheminement cette relation débouche tout de même sur un lien de complémentarité¹⁶⁷¹¹⁶⁷²¹⁶⁷³. Il en ressortait que si les diverses institutions représentatives du personnel avaient bien noué des liens de complémentarité qui ne les opposaient plus de la même manière qu'autrefois, c'était que chacune avait sa finalité propre.

La confusion de la finalité des diverses instances de représentation. A ce titre, les organisations syndicales représentatives bénéficiaient d'une vocation « *naturelle* » à négocier. En effet, les alinéa n°6 et n°8 du préambule de la Constitution associés à la Loi du 13 juillet 1971¹⁶⁷⁴ paraissaient à tort faire de la représentativité syndicale une condition structurelle de la négociation collective d'entreprise. Le droit paraissait particulièrement introduire ce titre comme qualité nécessaire d'accès à la négociation collective. Par conséquent, pendant longtemps les syndicats représentatifs ont cru bénéficier d'un « monopole » en matière de conclusion d'accords collectifs au sein de l'unité de travail décentralisée que constitue l'entreprise (ou l'établissement). Or, cette chimère a été battue en brèche par le phénomène de la décentralisation des relations professionnelles associé à l'impérieuse nécessité de développer

¹⁶⁶⁷Décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996.

¹⁶⁶⁸Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales (JORF n°0223 du 23 septembre 2017).

¹⁶⁶⁹Article L.2321-1 du Code du travail.

¹⁶⁷⁰Jean Pierre LE CROM, *op.cit.* 287. Selon l'auteur les freins doctrinaux n'ont toutefois pas empêché les instances élues de progresser au point de parfois prendre l'avantage au sein de l'entreprise.

¹⁶⁷¹Dominic ROUX (sous la direction), *op.cit.* p.92.

¹⁶⁷²Jean Pierre Le CROM, *loc. cit.* p.130.

¹⁶⁷³Sophie BÉROUD, Kevin GUILLAS-CAVAN et Catherine VINCENT, « Les CE sont morts, vivent les CSE » ? Retour sur soixante-dix ans d'une institution centrale dans le système de relations professionnelles », IRES, la revue de l'IRES, n° 94-95, 2018, p.3-28. Sur la base des données de la Direction générale du Travail (DGT) constituées à partir des procès-verbaux d'élections (dispositif Mars), le nombre de comité d'entreprise (ou Délégation unique du personnel) en augmentation serait aux alentours de 30 000.

¹⁶⁷⁴Loi n°71-561 du 13 juillet 1971 modifiant certaines dispositions du chapitre IV-bis du titre II du livre I du Code du travail relatif aux conventions collectives de travail, ainsi que certaines dispositions du titre II de la Loi 50205 du 11-02-1950 relatives à la procédure de médiation (JORF du 14 juillet 1971 p 6939).

le principe de participation. En effet, la négociation collective étant considérée comme un droit individuel dévolu au salarié¹⁶⁷⁵, ce mouvement a contraint le droit à chercher des acteurs « subsidiaires » (ou des mécanismes « supplétifs ») afin de conclure des accords collectifs au sein des entreprises dépourvues d'implantation syndicale.

Les acteurs « subsidiaires » et les mécanismes « supplétifs » de la négociation collective. En l'occurrence, si l'esprit de ces dispositions est bien conforme aux règles internationales, les organisations syndicales représentatives se sont tout de même trouvées mises en concurrence par la reconnaissance d'acteurs « subsidiaires », aptes à la négociation collective, ou par divers mécanismes « supplétifs » de consultation directe des salariés. Il est donc venu le moment d'introduire une précision sémantique au sujet des termes utilisés par nos soins. En effet, la notion de « *subsidiarité* » correspond à l'état de ce qui est secondaire, mais important car permettant de fortifier un moyen principal. A ce titre, un élu mandaté peut être qualifié d'élément « *subsidiaire* » de l'organisation syndicale représentative qui lui a délivré son titre. En ce sens, le mandat syndical conforte le mandat électif, et leur addition détermine leur autorité. Par ailleurs, la notion de « *suppléance* » remédie à l'insuffisance (ou l'absence) d'un élément « *principal* » par un autre élément qui fait office d'« *équivalent* »¹⁶⁷⁶. Il en ressort que l'organisation syndicale reste bien la « *titulaire* » de la fonction d'agent de la négociation, mais dans les unités de travail où elle est absente, l'élu non mandaté « *supplée* » cette absence. En endossant cette responsabilité, il s'attribue une « *fonction de suppléance* »¹⁶⁷⁷ en matière de négociation collective¹⁶⁷⁸. Pour la suite de nos propos, nous utiliserons donc les termes d'acteurs « *subsidiaires* » pour désigner des protagonistes sociaux s'adossant par un moyen ou un autre aux organisations syndicales, et de mécanismes « *supplétifs* » pour décrire des dispositifs se passant de celles-ci afin de mener une négociation collective. Par conséquent, ces diverses formules « *palliatives* »¹⁶⁷⁹ de droit interne constituent-elles des dispositions conformes aux traités internationaux ? Selon la recommandation n°91, paragraphe n°2 de l'Organisation Internationale du Travail, il faut entendre par convention collective: « *tout accord écrit relatif aux conditions de travail et d'emploi conclu entre d'une part, un employeur,*

¹⁶⁷⁵Exercé de façon collective par des agents de la négociation.

¹⁶⁷⁶Il s'agit bien de la titularité de la fonction d'agent de la négociation collective et non pas du droit de la négociation collective.

¹⁶⁷⁷Georges BORENFREUND, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », Droit Social, 2004, p.606.

¹⁶⁷⁸De la même façon, la consultation directe des salariés supplée l'absence de représentation (syndicale ou élective).

¹⁶⁷⁹Au sens médical du terme c'est-à-dire : qui apporte une réduction passagère des symptômes sans guérir

*un groupe d'employeur ou plusieurs organisations d'employeurs et d'autre part, une ou plusieurs organisations représentatives de travailleurs, ou, en l'absence de telles organisations, les représentants des travailleurs intéressés, dument élus et mandatés par ces derniers en conformité avec la législation nationale »*¹⁶⁸⁰. Il ressort donc bien des instruments juridiques internationaux que la conduite de la négociation collective peut être menée par des salariés mandatés ou des élus du personnel à défaut d'organisation syndicale¹⁶⁸¹. L'article n°3 de la Convention n°154 de l'Organisation Internationale du Travail¹⁶⁸² (non ratifiée par la France) précise que la Loi (ou la pratique nationale) peut déterminer dans quelle mesure le terme de « *négociation collective* » peut englober des négociations avec des représentants élus à condition que des mesures appropriées soient prises pour ne pas affaiblir la situation des organisations syndicales de travailleurs¹⁶⁸³.

La création du conseil d'entreprise. Toutefois avant d'examiner le cheminement historique de formules « *palliatives* » de la négociation collective, il nous faut d'ores et déjà préciser que l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017¹⁶⁸⁴ bouscule la « *vocation naturelle* » des organisations syndicales représentatives à la négociation collective. En effet, cette notion définie par le conseil constitutionnel¹⁶⁸⁵ nous semble faire l'objet d'un infléchissement peu commenté mais qui pourrait compter dans un futur plus ou moins éloigné. Ainsi, l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017¹⁶⁸⁶ indique qu'un accord collectif peut prévoir la mise en place d'un conseil d'entreprise regroupant les fonctions de consultation et de négociation, se substituant au comité social et économique et au délégué syndical. En cas d'absence de délégué syndical dans une entreprise occupant au moins de cinquante salariés¹⁶⁸⁷, ce conseil d'entreprise peut être constitué par accord de branche étendu, mais dans les entreprises dotées d'un ou plusieurs délégués syndicaux, un accord d'entreprise peut prévoir la mise en place de cette nouvelle instance représentative du personnel. Selon la première hypothèse, la branche professionnelle prend cette décision, alors que selon la seconde le délégué syndical abdique

¹⁶⁸⁰Recommandation n°91, paragraphe n° 2 du 29 juin 1951 de l'Organisation Internationale du Travail.

¹⁶⁸¹Bernard GERNIGON, Albert ODERO et Horacio GUIDO, « Les principes de l'OIT sur la négociation collective », Revue internationale du Travail, vol. 139,2000, p.37-58.

¹⁶⁸²Convention (n° 154) sur la négociation collective, 1981 (Adoption : Genève, 67ème session CIT, 03 juin 1981, entrée en vigueur: 11 août 1983).

¹⁶⁸³Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.66.

¹⁶⁸⁴Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (JORF n°0223 du 23 septembre 2017)..

¹⁶⁸⁵Décision du Conseil constitutionnel n° 96-383 du 6 novembre 1996.

¹⁶⁸⁶Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (JORF n°0223 du 23 septembre 2017)..

¹⁶⁸⁷Article L. 2321-2 du Code du travail.

tout simplement son droit à la négociation collective. Par conséquent, l'« *autonomie collective* » peut décider de l'effacement du délégué syndical dans le domaine de la négociation collective alors que ce dernier est toujours présent au sein de l'unité de travail. En l'occurrence, les règles de validité d'un accord collectif conclu par le conseil d'entreprise apparaissent particulièrement complexes car subordonnées à la signature de la majorité des membres titulaires élus au sein de cette instance représentative du personnel, ou par un ou plusieurs membres titulaires ayant recueilli plus de cinquante pour cent des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles¹⁶⁸⁸. L'accord peut donc être validé selon deux modalités alternatives : une majorité basée sur le nombre des membres du conseil d'entreprise (un membre équivaut à une voix) ou la majorité en suffrages exprimés (chaque membre de cette instance bénéficie d'une capacité conventionnelle proportionnelle à son audience électorale)¹⁶⁸⁹. Il en ressort donc la perspective d'un éventuel regroupement des diverses institutions représentatives du personnel que ces dernières soient élues par les salariés ou désignées par les organisations syndicales représentatives, sur laquelle nous reviendrons. Par conséquent, prenons la peine d'examiner la manière par laquelle le droit interne a fait son chemin jusqu'aux diverses formules de droit positif¹⁶⁹⁰.

La formation d'une négociation collective sans implantation syndicale. A n'en pas douter cet examen éclaira les différents tâtonnements et l'impuissance général du droit à trouver la formule capable de développer la négociation collective dans les ressorts dépourvus de représentation syndicale. Le professeur Georges BORENFREUND tient pour facteur déclencheur de la diversification des agents d'exercice de la négociation collective, un élément modeste du Code du travail issu de la Loi du 13 novembre 1982¹⁶⁹¹. En effet, la Loi désignait précisément le délégué syndical comme membre de droit de la délégation en charge de la négociation au sein de l'entreprise, celle-ci ne pouvant être complétée que par un autre salarié de l'entreprise. La rédaction de cet article faisait barrage à l'engagement de négociation entre l'employeur et une personne extérieure à l'entreprise notamment les représentants statutaires

¹⁶⁸⁸Article L. 2321-9 du Code du travail. Dans cette seconde hypothèse, il est tenu compte des suffrages recueillis lors du premier tour des élections pour les élus au premier tour de scrutin, et de ceux recueillis lors du second tour pour les élus au second tour de scrutin.

¹⁶⁸⁹L'accord de branche ou l'accord d'entreprise doit faire le choix de l'une de ces deux formules. Dans ce cas, tous les suffrages exprimés sont pris en compte, et non uniquement ceux exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives par conséquent la capacité conventionnelle des membres du conseil d'entreprise n'est pas calculée sur les mêmes bases que les organisations syndicales représentatives de droit commun.

¹⁶⁹⁰Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.270.

¹⁶⁹¹Ancien article L 132-20 du Code du travail.

de l'organisation syndicale¹⁶⁹². Par ce biais l'idée semblait s'imposer de façon irrésistible qu'en l'absence de délégué syndical, seul des acteurs issu de la collectivité de travail de l'entreprise pouvait remplir cet office à titre subsidiaire: « *plutôt que de rétablir pleinement le syndicat, personne morale extérieure, dans sa qualité d'agent d'exercice du droit à la négociation collective, c'est parmi les salariés ordinaires ou les institutions propres à l'entreprise qu'on s'attachât donc à puiser une alternative à l'absence de délégué syndical* »¹⁶⁹³. Il s'avère que sauf très rares exceptions, le législateur n'a jamais envisagé la possibilité d'une négociation collective d'entreprise avec un représentant extérieur de l'organisation syndicale¹⁶⁹⁴. Par ailleurs, rappelons, que la Loi du 28 octobre 1982¹⁶⁹⁵, permettait à l'organisation syndicale de désigner un élu (délégué du personnel) comme délégué syndical¹⁶⁹⁶, par ce biais commençait déjà à s'effacer la distinction entre les fonctions de réclamations et de négociation¹⁶⁹⁷. Ce délégué du personnel bénéficiait d'une double légitimité conférée à la fois par le mouvement syndical et les suffrages des salariés de son entreprise¹⁶⁹⁸¹⁶⁹⁹. Il serait possible de s'interroger sur les causes du faible succès de cette modalité subsidiaire, mais cela reviendrait à oublier que plus des deux tiers des petites et moyennes entreprises concernées n'avaient aucune instance représentative du personnel. De plus, quand cette instance était mise en place, les délégués du personnel étaient bien souvent élus lors du second tour des élections professionnelles et ne bénéficiaient par conséquent d'aucune étiquette syndicale¹⁷⁰⁰. De fait, cette formule séduisante ne pouvait pas rencontrer un grand succès.

¹⁶⁹²Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.289.

¹⁶⁹³Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.289.

¹⁶⁹⁴Compte rendu intégral de la deuxième séance du mercredi 7 juillet 2010 relatif au vote de l'article n°6 de la Loi n° 2010-1215 du 15 octobre 2010 complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008. Lors du débat parlementaire, il fut envisagé la mise en place de commission territoriale locale pouvant le cas échéant intervenir en matière de négociation collective au sein des entreprises dépourvues de représentation syndicale. Cette proposition fut fermement rejetée.

¹⁶⁹⁵Loi n°82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel (2ème Loi AUROUX) : (JORF du 29 octobre 1982) ancien article L.412-11 du Code du travail.

¹⁶⁹⁶Dans les entreprises employant moins de cinquante salariés (de onze à cinquante salariés): la possibilité a été octroyée depuis le 28 octobre 1982 aux (anciens) délégués du personnel de se voir désigné en qualité de délégué syndical par une organisation syndicale représentative.

¹⁶⁹⁷Marie-Armelle ROTCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10. Le délégué du personnel : « *acquiert d'une certaine manière une aptitude à la négociation qui lui était naguère refusée* ».

¹⁶⁹⁸Marie-Armelle ROTCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10. Selon l'auteure : « *l'article L412-11 du Code du travail ne remet pas en cause le monopole syndical en matière de négociation mais saurait nier qu'il lui donne un aspect particulier dans la, ou en réalité, le délégué du personnel négociateur jouira d'une double légitimité que confèrent et l'appartenance au mouvement syndical et le suffrage de l'entreprise* ».

¹⁶⁹⁹Marie-Armelle ROTCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10. Au sujet de la proposition formulée par l'association patronale ENTREPRISE ET PROGRES l'auteur indique que les délégués du personnel réunis en collèges devraient être seuls à pouvoir négocier. Les délégués syndicaux seraient seulement admis avec voix consultative.

¹⁷⁰⁰Jean-Emanuel RAY, *op.cit.* p.240.

La reconnaissance du mandatement syndical. Par la suite, le juge civil a été le premier à rompre le lien d'exclusivité entre les organisations syndicales représentatives et la négociation collective. En effet, dans un arrêt du 25 janvier 1995, la chambre sociale de la Cour de cassation¹⁷⁰¹ a reconnu que dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, il était possible qu'une organisation syndicale extérieure (non implantée dans l'entreprise) donne mandat à un salarié afin de négocier en son nom. Le juge estimait que des accords collectifs pouvaient être : « *valablement négociés et signés dans les entreprises qui ne remplissent pas les conditions légales pour avoir des délégués syndicaux, par des salariés titulaires d'un mandat donné par un syndicat représentatif* »¹⁷⁰². Mais dans le même mouvement, le juge civil n'hésitait pas à désigner le délégué syndical comme la seule habilité à négocier et conclure des accords collectifs dans les entreprises où la Loi admettait l'existence de ces représentants¹⁷⁰³. Cette démarche pouvait s'assimiler à un aménagement de la relation syndicale classique¹⁷⁰⁴. En effet, le titre dont bénéficie le délégué syndical est également qualifié de « *mandat* » conféré par une organisation syndicale représentative à un salarié de l'unité de travail. D'une certaine façon, le recours au mandat syndical marquait la confirmation d'une articulation classique entre agent interne et organisation externe : « *le délégué syndical n'est pas le titulaire du droit de la négociation, il n'est que le porte-parole du syndicat primaire qui la désigne* »¹⁷⁰⁵. Puis, par le truchement de l'Accord National Interprofessionnel (ANI) du 31 octobre 1995, les protagonistes sociaux décidèrent de donner leur soutien à caractère expérimental à cette démarche consistant pour une organisation syndicale représentative à donner un mandat à un salarié de l'entreprise¹⁷⁰⁶. De ce point de vue, l'Accord National Interprofessionnel (ANI) marquait un « *tournant essentiel* »¹⁷⁰⁷ relayé par le législateur¹⁷⁰⁸ et confirmé par la Loi du 12

¹⁷⁰¹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 25 janvier 1995, 90-45.796, Publié au bulletin. Si, dans les entreprises où les délégués syndicaux peuvent être légalement désignés, ceux-ci sont seules habilités à négocier et à signer les accords d'entreprise, ces accords peuvent être valablement négociés et signés, dans les entreprises qui ne remplissent pas les conditions légales pour avoir des délégués syndicaux, par des salariés titulaires d'un mandat donné par un syndicat représentatif.

¹⁷⁰²Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 25 janvier 1995, 90-45.796, Publié au bulletin.

¹⁷⁰³Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.289.

¹⁷⁰⁴Le syndicat représentatif crée sa section syndicale au sein de l'entreprise préalablement à la désignation de son délégué syndical.

¹⁷⁰⁵Marie-Armelle ROTSCCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10. Autrement dit l'agent d'exercice de ce droit reste l'organisation syndicale primaire qu'elle ait ou non procédé à la désignation d'un délégué syndical au sein de l'entreprise ou de l'établissement.

¹⁷⁰⁶En raison de la faiblesse persistante de l'implantation syndicale au sein des petites et moyennes entreprises, les protagonistes sociaux avaient décidé de modifier le dispositif issu de l'institution née en 1968 (section syndicale et délégué syndical) et la Loi de 1971 (négociation collective d'entreprise)

¹⁷⁰⁷Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.289.

¹⁷⁰⁸Christian DUFOUR, Adelheid HEGE, Catherine VINCENT et Mouna VIPREY, « Le mandatement en question », Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (DARES), Travail et Emploi, n°82, 2000, p.25.

novembre 1996¹⁷⁰⁹. Ces deux textes (législatif et conventionnel) avaient pour objectif de développer la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical tout en préservant le rôle des organisations syndicales représentatives. Cette Loi est intéressante à divers titres, car à l'occasion de l'examen de sa rédaction nous retrouvons les prémisses d'une collaboration pré-législative¹⁷¹⁰, mais elle est également singulière par sa dimension expressément expérimentale. Cependant concentrons-nous sur son caractère novateur résidant dans la délégation législative donnée aux branches professionnelles afin de choisir leur propre formule en matière de négociateurs « *subsidiaries* ». En effet, la Loi n° 96-985 du 12 novembre 1996¹⁷¹¹ s'appropriait les dispositions du paragraphe 2.3 de l'Accord National Interprofessionnel (ANI) du 31 octobre 1995, et ouvrait à titre expérimental la possibilité pour chaque branche professionnelle de négocier et conclure (avant le 31 octobre 1998) pour une durée ne pouvant excéder trois années des modalités alternatives de négociations collectives pour les entreprises de moins de cinquante salariés¹⁷¹² dépourvues de délégué syndical¹⁷¹³. Tout en consacrant la légalité de ces « *accords atypiques* »¹⁷¹⁴, la Loi instituait un double « *verrou* » à leur conclusion puisqu'ils devaient être à la fois prévus puis validés au niveau de la branche professionnelle par des organisations syndicales représentatives¹⁷¹⁵. Cet entremêlement des sources de droit fut la force de ce texte législatif et le protégea d'une éventuelle censure du juge constitutionnel. En effet le recours à des acteurs « *subsidiaries* » de la négociation collective avait suscité de vives réserves y compris de la part du Conseil Constitutionnel dont la décision du 6 novembre 1996¹⁷¹⁶¹⁷¹⁷¹⁷¹⁸¹⁷¹⁹ faisait figure de constat d'inconstitutionnalité « *larvée* »¹⁷²⁰. Mais comme le considérait le professeur Jean-Emmanuel RAY, la censure de ce texte était trop délicate à assumer par le juge constitutionnel car le législateur avait repris dans la Loi l'Accord

¹⁷⁰⁹Loi no 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 (JORF n°264 du 13 novembre 1996).

¹⁷¹⁰Selon une méthode que nous avons déjà examinée selon laquelle les protagonistes sociaux donnent une impulsion conventionnelle qui est ensuite reprise par le législateur.

¹⁷¹¹Loi no 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 (JORF n°264 du 13 novembre 1996).

¹⁷¹²Ces accords de branches pouvaient prévoir une négociation collective avec un salarié mandaté par une organisation syndicale représentative ou avec les élus du personnel (éventuellement sans étiquette syndicale). Ces mêmes accords devaient prévoir les thèmes de négociations ouverts à la négociation de ce type. La Loi prévoyait que la validité de l'accord était subordonnée à l'avis d'une commission de branche paritaire.

¹⁷¹³Où de délégué du personnel faisant fonction de délégué syndical.

¹⁷¹⁴Au sens où ils n'étaient pas négociés avec un délégué syndical.

¹⁷¹⁵Il en résultait un nombre limité de onze accords de branches professionnelles à ce sujet.

¹⁷¹⁶Décision du Conseil constitutionnel n° 96-383 du 6 novembre 1996.

¹⁷¹⁷Gérard LYON-CAEN, « La constitution française et la négociation collective », *Le Droit Ouvrier*, 1996, p.479.

¹⁷¹⁸Marie-Laure MORIN, loc.cit. p.270.

¹⁷¹⁹Gérard LYON-CAEN, *Ibid.*

¹⁷²⁰Jean Emanuel RAY, *op.cit.p.240.*

National Interprofessionnel (ANI) du 31 octobre 1995¹⁷²¹. Dans ce contexte, le Conseil constitutionnel a donc été amené à se prononcer au sujet de l'articulation du principe de participation et de la liberté syndicale¹⁷²²¹⁷²³, et à considérer que les organisations syndicales représentatives bénéficiaient d'une « *vocation naturelle* » en matière d'application du principe de participation, mais qu'il ne s'agissait pas d'un « *monopole* ». Par cette interprétation, le juge constitutionnel autorisait, en cas de d'absence des organisations syndicales, le recours à d'autres acteurs afin que les salariés puissent exercer leur droit à la négociation collective, sous réserve que cela n'ait : « *ni pour effet, ni pour objet d'écarter* » lesdites organisations syndicales représentatives¹⁷²⁴. Le principe de participation¹⁷²⁵ englobant à la fois des modes de concertation et de négociation collective, correspond à un droit des salariés et non un droit attaché exclusivement à la liberté syndicale¹⁷²⁶. Le texte constitutionnel ne déterminait pas les « *délégués* », (agents) en charge de l'exercice de ce droit des travailleurs¹⁷²⁷. Ainsi, le juge constitutionnel considéra que les salariés titulaires d'un mandat tiré de l'élection ou octroyé par une organisation syndicale externe pouvaient également participer à la détermination collective des conditions de travail. En statuant ainsi, il plaçait déjà sur un même plan : « *la représentativité électorale et la représentativité syndicale alors même que le préambule ne distingue pas la nature des délégués* »¹⁷²⁸. Il en ressort également que l'éventuelle hiérarchie entre ces deux formes de représentation n'a pas de valeur constitutionnelle mais peut être déterminée par la Loi¹⁷²⁹. Or, cette question d'une éventuelle hiérarchie entre les différents acteurs « *subsidiaires* » constitue un tourment pour le législateur se matérialisant au fil du temps par de nombreuses et sinueuses évolutions à ce sujet. La principale novation reconnue par le juge constitutionnel résidait bien dans l'éventuel recours à un élu du personnel pour conclure un accord collectif¹⁷³⁰¹⁷³¹. Celui-ci indiquait que la liberté syndicale donnait « *vocation naturelle* » aux syndicats pour assurer la défense des travailleurs¹⁷³², notamment par la voie de

¹⁷²¹Ce dernier étant à durée déterminée comme son successeur du 8 avril 1999, il n'en sera plus question ici en l'absence de Loi étant venue prendre le nécessaire relais de ce dernier.

¹⁷²²Décision du Conseil constitutionnel n° 96-383 du 6 novembre 1996.

¹⁷²³Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.270.

¹⁷²⁴Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.270.

¹⁷²⁵Alinéa n°8 du Préambule de la Constitution de la République française du 27 octobre 1946 (JORF du 28 octobre 1946).

¹⁷²⁶Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.270.

¹⁷²⁷Les auteurs du recours faisaient valoir que la condition de représentativité syndicale pour la négociation serait un principe fondamental de la République.

¹⁷²⁸Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.270.

¹⁷²⁹Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.289.

¹⁷³⁰Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.289.

¹⁷³¹Franck PETIT, *loc.cit.* p.148.

¹⁷³²Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.270.

la négociation collective. Mais s'agissant bien d'une « *vocation* »¹⁷³³ et non d'une exclusivité, cela signifiait que les organisations syndicales représentatives n'étaient pas les uniques agents d'exercice de ce droit. Il en découle que la liberté syndicale ne s'en trouve pas entamée car dans les unités de travail où elles sont implantées, les organisations syndicales bénéficient d'une « *primauté* »¹⁷³⁴ d'exercice de ce droit¹⁷³⁵. Le législateur ne peut prévoir des procédures « *alternatives* », que dans les ressorts où les organisations syndicales représentatives ne sont pas implantées. Dès lors, les conditions d'exercice de la liberté syndicale demeurent entières. Selon la professeure Joséphine DIRRINGER, la décision du Conseil Constitutionnel¹⁷³⁶ fait résonner l'écho de la conception essentialiste du mouvement syndical qui s'est construite sur la volonté d'« *incarner la classe ouvrière dans son universalité et non dans la singularité des individus qui la composent* »¹⁷³⁷. Elle rappelle ainsi que les organisations syndicales se placent au-dessus de la myriade d'intérêts individuels et du fait de cette posture transcendante, ils sont à même d'édicter des normes qui s'imposent à l'ensemble des individus qui composent cet ensemble¹⁷³⁸¹⁷³⁹. Par conséquent, le pouvoir des syndicats est garanti (notamment aux niveaux les plus centralisés), mais n'est toutefois plus exclusif au sein des champs décentralisés de la négociation collective¹⁷⁴⁰.

Le maintien de l'autorité des organisations syndicales représentatives par le biais du mandat.

D'une certaine manière, la technique du mandat syndical prolonge la « *vocation naturelle* » des organisations syndicales représentatives. Dans les entreprises dépourvues d'organisation syndicale représentative, le recours à la négociation avec des élus du personnel ou un salarié ayant reçu un mandat syndical, ne pose pas de difficulté juridique particulière. En effet, la technique du mandat repose par nature sur un titre octroyée par une organisation syndicale représentative¹⁷⁴¹. Par le truchement de cet instrument juridique, les organisations syndicales absentes des unités de travail (notamment des entreprises de taille moyenne ou

¹⁷³³ Destination privilégiée ou naturelle de quelque chose, de quelqu'un, d'un pays, d'un groupe, du fait de sa nature, de ses caractéristiques.

¹⁷³⁴ Prééminence, situation de ce qui est au premier rang.

¹⁷³⁵ Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

¹⁷³⁶ Décision du Conseil constitutionnel n° 96-383 du 6 novembre 1996.

¹⁷³⁷ Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

¹⁷³⁸ Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

¹⁷³⁹ Marie-Armelle ROTCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10. Selon l'auteure : « *Dès lors que notre système de relations professionnelles ne fait pas de l'entreprise la seule unité de négociation, une vision plus large des intérêts des travailleurs concernés est nécessaire. Or par sa nature, le syndicat est apte à replacer l'entreprise dans le cadre interprofessionnel ou professionnel, ceci n'est pas nécessairement le cas des élus du personnel* ».

¹⁷⁴⁰ Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

¹⁷⁴¹ Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.270.

petite), ne jouent plus un rôle d'acteurs mais le cas échéant de « *garant* »¹⁷⁴². Elles ne négocient pas directement dans l'entreprise mais encadrent la négociation à un niveau plus élevé en mandatant un salarié (élu ou non élu) à cet effet. Elles n'ont plus autant de pouvoir mais conservent tout de même une forme d'autorité. Antérieurement à la négociation interprofessionnelle nationale de 1995, la plupart des organisations syndicales historiques n'étaient pas entièrement favorables à ce dispositif (mandat) auquel elles préféraient des solutions alternatives plus simples¹⁷⁴³¹⁷⁴⁴. Leurs réticences reposaient sur la crainte qu'un accord signé par un salarié « *ordinaire* » mandaté (par une organisation syndicale représentative) puisse prendre des allures de validation d'un projet patronale et que l'intervention des syndicats soit assimilée à : « *une procédure de labélisation d'accords conclus* »¹⁷⁴⁵. Elles estimaient que le salarié en question ne disposait pas de l'expérience, des connaissances juridiques et tactiques ainsi que des informations économiques nécessaires à une négociation équilibrée entre deux parties antagonistes¹⁷⁴⁶. Il s'avère que le mandat délivré par l'organisation syndicale représentative n'est pas accompagné de ces aptitudes nécessaires à la négociation collective. Cependant le salarié mandaté n'est pas dépourvu de légitimité car il est désigné par une organisation syndicale représentative qui lui accorde le droit de signer en son nom, bénéficie plus ou moins d'une approbation tacite de ses collègues et peut également bénéficier d'une forme de soutien de l'employeur qui a pu en amont l'inciter à recevoir ce mandat. Ce dernier point peut constituer un doute au sujet de son indépendance mais correspond, par ailleurs, à une forme de légitimité si les deux autres points sont réellement réunis¹⁷⁴⁷¹⁷⁴⁸. A bien y réfléchir, les différences entre le « *mandat* » et les formes syndicales orthodoxes d'action sont donc relativement faibles¹⁷⁴⁹. Au début des années 2000, le mandat fit même l'objet un phénoménal succès par le biais de la négociation collective relative à la réduction du temps de travail. En effet, le dispositif expérimental de 1996¹⁷⁵⁰ ayant été

¹⁷⁴²Jacques BARTHELEMY, « Collectivité du personnel et notion d'entreprise », Recueil Dalloz, 2000, p.279. 1

¹⁷⁴³La Confédération Générale du Travail (CGT) et Force Ouvrière Confédération Générale du Travail (CGT) proposaient notamment de procéder à l'abaissement ou la suppression du seuil permettant la désignation du délégué syndical.

¹⁷⁴⁴Jean Emanuel RAY, *op.cit.* p.240.

¹⁷⁴⁵Daniel FURJOT, « Le mandatement : mesure transitoire ou solution d'avenir ? », Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (DARES), Premières Synthèses, n° 19.1, mai 2001. p.8

¹⁷⁴⁶Jean Emanuel RAY, *op.cit.* p.240.

¹⁷⁴⁷Daniel FURJOT, *Ibid.*

¹⁷⁴⁸Jean Emanuel RAY, *op.cit.* p.240.

¹⁷⁴⁹Christian DUFOUR, Adelheid HEGE, Catherine VINCENT et Mouna VIPREY, *loc.cit.* p.293.

¹⁷⁵⁰Loi 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 (JORF n°264 du 13 novembre 1996).

reconduit par un accord interprofessionnel du 8 avril 1999¹⁷⁵¹ pour une durée de trois ans, il constituait un outil juridique adéquate afin de favoriser le déploiement de cette politique publique. Cependant les Lois n°98-461 du 13 juin 1998¹⁷⁵² et n°2000-37 du 19 janvier 2000¹⁷⁵³ prenaient tout de même leurs distances vis-à-vis de sa formule initiale¹⁷⁵⁴ en ne subordonnant plus sa mise en œuvre à la conclusion préalable d'un accord de branche¹⁷⁵⁵. Ces deux Lois organisaient donc des modalités différentes concernant le recours aux mandats avec une plus forte intensité et un grand succès¹⁷⁵⁶. Celui-ci s'expliquait principalement par l'injonction légale de négocier dans l'ensemble des entreprises (pourvue ou non de représentation syndicale) afin de réduire le temps de travail et percevoir le cas échéant les soutiens financiers afférents¹⁷⁵⁷¹⁷⁵⁸. Il comblait d'aise les confédérations historiques qui pensaient, par ce biais, pouvoir s'implanter dans les entreprises et les secteurs dépourvus de présence syndicale¹⁷⁵⁹. Cependant, les salariés mandatés n'ont pas réussi à leur servir de têtes de pont, car globalement le recours au mandatement n'a modifié que très ponctuellement un mode de négociation collective interne à l'entreprise. En somme, seule la période correspondant à la négociation collective relative à la réduction de la durée du temps de travail infirme ce constat.

La mise en cause du mandatement syndical et la mise en valeur des élus du personnel. Par la suite, la Loi n°2003-47 du 17 janvier 2003¹⁷⁶⁰ marqua un arrêt temporaire au sujet de l'ouverture de la négociation à des acteurs « *subsidiaries* » en abrogeant en grande partie

¹⁷⁵¹ Accord national interprofessionnel du 8 avril 1999 portant renouvellement de l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 relatif aux négociations collectives.

¹⁷⁵²Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (JORF n°136 du 14 juin 1998).

¹⁷⁵³Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (JORF n°16 du 20 janvier 2000).

¹⁷⁵⁴Loi 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 (JORF n°264 du 13 novembre 1996).

¹⁷⁵⁵ Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.289.

¹⁷⁵⁶Jean Michel OLIVIER, « Nouveaux acteurs : élus du personnel et salariés mandatés », in « Le nouveau droit de la négociation collective – la Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004 » (sous la direction de Bernard TEYSSIE), Colloque, Paris-II, 2004, Panthéon ASSAS Editions, p.128.

¹⁷⁵⁷Si la Loi n° 96-985 du 6 novembre 1996 ne prévoyait aucune hiérarchie entre les acteurs « *subsidiaries* » conduisant la négociation collective, les Lois du 13 juin 1998 et 19 janvier 2000 déterminaient une « *primauté* » en faveur de la négociation collective menée par les « *mandatés* » au détriment de celle pilotée par les « *élus* ».

¹⁷⁵⁸Ministère de l'emploi et de la Solidarité, « La négociation collective en 1999 », Editions Législatives, Bilans et rapports, juin 2000, tome 1, p. 42. Rappelons que quarante-deux pour cent des accords d'entreprise (et d'établissement) étaient signés par un salarié mandaté (correspondant à soixante pour cent des accords de réduction du temps de travail). Toutefois ces accords ne concernaient que dix pour cent des salariés .

¹⁷⁵⁹ Jean Emanuel RAY, *op.cit.* p.240.

¹⁷⁶⁰Loi n°2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi (JORF du 18 janvier 2003).

l'article n°19 de la Loi n°2000-37 du 19 janvier 2000¹⁷⁶¹ consacrait à ce sujet¹⁷⁶². Cependant cette interruption risquant de provoquer une « *atonie* » de la production normative conventionnelle au sein des unités de petites tailles, la Loi n°2004-391 du 4 mai 2004¹⁷⁶³ s'inspirant de la position commune du 16 juillet 2001¹⁷⁶⁴, reprit le fil en consacrant une nouvelle formule de négociation avec ces acteurs « *subsidiaries* » (ou mécanismes « *supplétifs* »). Ce nouveau dispositif n'était plus expérimental mais encadré¹⁷⁶⁵¹⁷⁶⁶ et prévoyait une hiérarchie des acteurs sociaux. Primauté était rappelée à la négociation collective avec le délégué syndical, mais quand celui n'était pas implanté dans l'entreprise, priorité était désormais accordée aux élus du personnel. La formule du mandat était alors rétrogradée au troisième rang des solutions de négociation collective. Cette place pouvait interroger car selon la décision du Conseil Constitutionnelle de 1996¹⁷⁶⁷ consacrant la « *vocation naturelle* » des organisations syndicales représentatives à négocier, le « *mandat* » syndical pouvait bien être apprécié comme une prolongation de l'action syndicale au sein de l'entreprise (ou de l'établissement). Sur le fondement de cette dernière interprétation, cette formule aurait dû bénéficier d'une « *primauté* » par rapport à une éventuelle négociation conduite avec les élus. Cependant, cette même décision (du juge constitutionnel de 1996¹⁷⁶⁸), indiquait également que le législateur pouvait fixer à sa guise sa propre hiérarchie des négociateurs « *subsidiaries* »¹⁷⁶⁹, par conséquent cette inversion de l'ordre interne des acteurs était bien la marque d'un choix¹⁷⁷⁰. Rappelons que la Loi n° 98-461 du 13 juin 1998¹⁷⁷¹ ouvrait directement (en l'absence d'accord de branche professionnelle) aux organisations syndicales représentatives au niveau national, la possibilité

¹⁷⁶¹ Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (JORF n°16 du 20 janvier 2000).

¹⁷⁶² Cet article prévoyait notamment la possibilité dans certains cas de conclure un accord collectif avec un salarié expressément mandaté par une organisation syndicale représentative au plan national ou de négocier un accord avec des délégués du personnel, devant par la suite être approuvé par une majorité de salariés et une commission paritaire de branche. Toutefois, les accords négociés selon ces deux formules pouvaient toujours être renouvelés ou révisés selon les mêmes modalités.

¹⁷⁶³ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004).

¹⁷⁶⁴ Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et les moyens de l'approfondissement de la négociation collective.

¹⁷⁶⁵ Jean Michel OLIVIER, *loc.cit.*, p.298.

¹⁷⁶⁶ Jean-Emmanuel RAY, *loc.cit.* p.246.

¹⁷⁶⁷ Décision du Conseil constitutionnel n° 96-383 du 6 novembre 1996.

¹⁷⁶⁸ Décision du Conseil constitutionnel n° 96-383 du 6 novembre 1996.

¹⁷⁶⁹ Jean Michel OLIVIER, *loc.cit.*, p.298.

¹⁷⁷⁰ Rappelons que la Loi no 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 (JORF n°264 du 13 novembre 1996) donnait faculté aux différentes branches professionnelles de recourir (ou non) à divers acteurs « *alternatifs* » afin de conduire la négociation collective, sans toutefois indiquer de hiérarchie interne ou exclusivité l'une à l'encontre de l'autre.

¹⁷⁷¹ Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (JORF n°136 du 14 juin 1998).

de mandater un salarié, mais elle était silencieuse au sujet d'une éventuelle négociation collective avec des élus, ce mutisme traduisait une défiance à l'égard de cette formule et une nette préférence pour la voie du mandatement¹⁷⁷². Par la suite, la Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000¹⁷⁷³ marquait également nettement sa préférence en faveur de la formule du mandatement¹⁷⁷⁴¹⁷⁷⁵, mais envisageait tout de même l'intervention des délégués du personnel sous réserve qu'aucun salarié ne fut préalablement mandaté par une organisation syndicale représentative nationale¹⁷⁷⁶. Il en ressortait que : « *le chemin tracé par le législateur pour favoriser le développement de la négociation collective dans les entreprises privées de délégués syndicaux était déjà bien sinueux avant l'entrée en vigueur de la Loi du 4 mai 2004* ». Jusqu'à cette étape¹⁷⁷⁷, la pente générale était plutôt celle d'une réticence à reconnaître les représentants élus comme des interlocuteurs ayant vocation à suppléer l'absence des délégués syndicaux. Dans un cadre général de bouleversement de production des normes conventionnelles, cette Loi¹⁷⁷⁸ indiquait que : « *les élus ou, à défaut les salariés mandatés, ont vocation autant que les délégués syndicaux à jouer un rôle actif dans ce bouleversement* »¹⁷⁷⁹. A cette occasion, les élus du personnel ont donc acquis un véritable statut d'agent d'exercice à part entière pouvant négocier et conclure des accords collectifs de travail au même titre qu'un délégué syndical.

Le développement de la négociation collective avec les élus du personnel. Mais, examinons désormais une « *sous hiérarchie* » interne concernant ces différents mandats électifs. En effet, si la Loi n° 96-985 du 12 novembre 1996¹⁷⁸⁰ ne faisait pas de distinction à ce sujet, les Lois

¹⁷⁷²Toutefois, le dispositif issu de la Loi no 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 (JORF n°264 du 13 novembre 1996) restait en vigueur au cours de cette même période et les protagonistes sociaux au sein des diverses branches professionnelles conservaient la possibilité d'ouvrir par un accord collectif cette seconde voie (négociation collective avec des élus).

¹⁷⁷³Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (JORF n°16 du 20 janvier 2000).

¹⁷⁷⁴Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.289.

¹⁷⁷⁵Loi 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 (JORF n°264 du 13 novembre 1996). Autrement dit au-delà de l'affichage législatif de préférence à l'égard de tel ou tel acteurs alternatifs, diverses formules restées envisageables. En effet, alors qu'un accord de branche professionnelle ne pouvait plus être négocié sur les fondements de la Loi n° 96-985 du 12 novembre, les représentants élus n'étaient (temporairement) plus en mesure d'accéder à la négociation collective.

¹⁷⁷⁶Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.289.

¹⁷⁷⁷Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004).

¹⁷⁷⁸Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004).

¹⁷⁷⁹Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.289.

¹⁷⁸⁰La Loi no 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 (JORF n°264 du 13 novembre 1996).

relatives à la réduction du temps de travail¹⁷⁸¹ n'ouvraient la négociation collective exclusivement qu'aux délégués du personnel. De son côté, la Loi n°2004-391 du 4 mai 2004¹⁷⁸² instaurait une préférence à l'avantage du comité d'entreprise, les délégués du personnel n'étant en effet autorisés à intervenir qu'à défaut de comité d'entreprise¹⁷⁸³. Cependant, ce choix de la primauté du comité d'entreprise au désavantage des délégués du personnel n'allait pas de soi¹⁷⁸⁴. En effet, d'un point de vue technique et juridique la négociation collective avec une instance collégiale paraît plus complexe qu'avec un (ou plusieurs) délégué du personnel. De plus, rappelons une spécificité du droit interne faisant de l'employeur le président du comité d'entreprise, et l'empêchant de ce fait de négocier avec cette instance représentative du personnel. Par conséquent, l'employeur ne pouvait juridiquement négocier qu'avec une « *délégation du personnel* » issue du comité d'entreprise. Par ailleurs, la référence au comité d'entreprise brouillait la distinction entre l'accord collectif et l'acte collectif pris après délibération au sein d'un groupement doté de la personnalité juridique comprenant à la fois l'employeur et les représentants des salariés¹⁷⁸⁵. La négociation collective avec cette délégation du personnel du comité d'entreprise impliquait donc un détour juridique dans le but de construire une certaine autonomie à l'égard de l'employeur. Or, les délégués du personnel n'étant pas une assemblée mixte et délibérante, la négociation collective avec ceux-ci ne se heurtait pas à ce type de difficulté¹⁷⁸⁶. Par conséquent à divers égards, la formule de la négociation avec les délégués du personnel semblait donc plus simple et plus évidente. Cette double hiérarchie les reléguant en dernière option ne pouvait s'expliquer¹⁷⁸⁷, que par un mouvement d'ensemble accordant sa préférence au comité d'entreprise. Il est vrai que cette instance délibérative bénéficiant de la plénitude des informations économiques, financières et sociales fournies par l'employeur¹⁷⁸⁸ n'était pas dépourvue d'atouts pour négocier. La Loi n°2004-391 du 4 mai 2004¹⁷⁸⁹ ne proposait pas de révision des fondements de la notion de

¹⁷⁸¹ Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (JORF n°136 du 14 juin 1998) et Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (JORF n°16 du 20 janvier 2000).

¹⁷⁸² Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004).

¹⁷⁸³ Cette hiérarchie ne concernait que les entreprises assujetties à la mise en place de ces instances représentatives du personnel soit celles occupant au moins cinquante salariés.

¹⁷⁸⁴ Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.289.

¹⁷⁸⁵ Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.289.

¹⁷⁸⁶ Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.289.

¹⁷⁸⁷ En tout état de cause ce débat perdait de sa vigueur au sein des nombreuses entreprises notamment celles de moins de deux cents salariés qui avaient décidé de mettre en place une délégation unique du personnel (formule rapprochant délégués du personnel et comité d'entreprise).

¹⁷⁸⁸ Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.289.

¹⁷⁸⁹ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004).

représentativité, (ou des modalités de désignation du délégué syndical) mais se contentait donc d'offrir une solution permettant de suppléer l'absence syndicale par une négociation conduite par les représentants élus du personnel¹⁷⁹⁰¹⁷⁹¹. Finalement, ce choix induisait une plus grande porosité entre les fonctions de négociation et de consultation de cette instance représentative du personnel¹⁷⁹²¹⁷⁹³. Or, l'attribution d'une « *capacité conventionnelle* » aux élus du personnel soulevait très directement la question de la distinction des finalités des différentes représentations (« *désignée* » ou « *élue* »)¹⁷⁹⁴, car il ne s'agissait pas d'une solution technique fortuite, mais bien d'un choix correspondant à un renforcement de la représentation élective et un dépassement de l'opposition entre « *concertation* » et « *négociation collective* »¹⁷⁹⁵¹⁷⁹⁶. Soulignons par ailleurs que cette Loi¹⁷⁹⁷ donnait sa préférence à l'« *autonomie collective* »¹⁷⁹⁸ en renvoyant aux protagonistes des branches professionnelles le choix des modalités de la négociation collective au sein des unités de travail dépourvues de délégué syndical. Cependant elle souhaitait marquer ce choix de son empreinte¹⁷⁹⁹ en précisant tout de même que la convention ou l'accord collectif de branche n'était plus autorisée à recourir au salarié mandaté qu'en dernier ressort et faute de toute autre solution alternative¹⁸⁰⁰¹⁸⁰¹¹⁸⁰². De plus la signature du salarié mandaté était présentée comme insuffisante, car la Loi imposait qu'un tel accord soit confirmé par le vote de la majorité des salariés¹⁸⁰³. La validité d'un accord collectif de ce type (négociation avec un salarié mandaté) nécessitait donc de rassembler deux légitimités

¹⁷⁹⁰ Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

¹⁷⁹¹ Comme nous venons de l'étudier, entre 1995 et 2004, la tendance générale était bien de privilégier le mandatement sur les autres formes alternatives de conduite de la négociation collective.

¹⁷⁹² Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10. Selon l'auteure, rien ne serait sans doute plus souhaitable qu'une complémentarité de la consultation et de la négociation permettant à la seconde de s'enrichir des apports de la première.

¹⁷⁹³ Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.289. Selon l'auteur la sphère dans laquelle l'intervention des élus et la négociation syndicale se recoupent est extrêmement étendue. Elle se définit essentiellement au regard des attributions du comité d'entreprise éventuellement dévolues à titres subsidiaires aux délégués du personnel Mais cette convergence se limite toutefois à une catégorie particulière d'entreprise celle pourvue d'élus du personnel mais privée de délégué syndical. Il ne s'agit donc pas d'un rapprochement général de ces deux fonctions mais d'un rapprochement particulier correspondant au profil de la très grande majorité de petites et moyennes entreprises.

¹⁷⁹⁴ Christian DUFOUR, Adelheid HEGE, Catherine VINCENT et Mouna VIPREY, *loc.cit.* p.293.

¹⁷⁹⁵ Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

¹⁷⁹⁶ Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

¹⁷⁹⁷ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004).

¹⁷⁹⁸ A l'exemple de la Loi no 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 (JORF n°264 du 13 novembre 1996).

¹⁷⁹⁹ Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.289.

¹⁸⁰⁰ Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.289.

¹⁸⁰¹ Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

¹⁸⁰² Le recours au mandatement syndical était limité aux branches professionnelles ayant conclu préalablement un accord prévoyant cette voie alternative, mais également aux entreprises ayant fait l'objet d'un procès-verbal de carence aux élections des représentant du personnel.

¹⁸⁰³ Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

différentes : « *référendaire* » et « *syndicale* ». Ce cumul semblait nécessaire au respect de l'exigence majoritaire.

La démultiplication des solutions alternatives décidées par la Loi. Au bilan, le nombre insuffisant d'accord de branche prévoyant la possibilité de négociations menées par des acteurs « *subsidiaries* » exprimait une réelle réticence de l'« *autonomie collective* » à ce sujet. Ne tenant pas compte de cette défiance et adoptant une posture plus dirigiste, la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008¹⁸⁰⁴, supprima le recours préalable à la négociation collective de branches à ce sujet. Elle souhaitait donner un nouvel élan à la négociation collective conduite par des protagonistes « *subsidiaries* » et marquait un retour de faveur au sujet du mandatement syndical. Ainsi, elle disposait qu'en cas d'absence de délégué syndical¹⁸⁰⁵, un accord d'entreprise pouvait être signé par un ou plusieurs salariés mandatés par les organisations syndicales représentatives au niveau de la branche professionnelle¹⁸⁰⁶. Pour conclure cette procédure, une consultation directe des salariés organisée par l'employeur devait permettre à l'accord d'être approuvé par une majorité de suffrages exprimés¹⁸⁰⁷. Mais l'accord négocié avec un ou plusieurs salariés mandatés ne pouvait porter que sur des mesures dont la mise en œuvre était subordonnée par la Loi à un accord collectif. Les Lois du 17 août 2015¹⁸⁰⁸ et du 8 août 2016¹⁸⁰⁹ confortèrent et élargirent le dispositif, en lui accordant la possibilité de négocier et conclure des accords sur tous les thèmes et non plus seulement des accords à caractère « *dérogatoire* »¹⁸¹⁰. Enfin, la Loi du 8 août 2016¹⁸¹¹ décida d'abandonner la condition suspensive correspondant au contrôle d'une commission paritaire de branche. Notons que la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008¹⁸¹² créa également le mandat de représentant de la section syndicale¹⁸¹³ autorisant sous de nombreuses

¹⁸⁰⁴ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008).

¹⁸⁰⁵ Et en cas d'absence de signature d'un procès-verbal de carence établissant l'absence de candidat aux élections professionnelles.

¹⁸⁰⁶ Dans cette hypothèse, l'employeur devait informer celles-ci de l'engagement des négociations collectives avec le ou les salariés mandatés.

¹⁸⁰⁷ Faute d'approbation par les salariés, l'accord était réputé non écrit.

¹⁸⁰⁸ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi (JORF n°0189 du 18 août 2015)..

¹⁸⁰⁹ Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016). .

¹⁸¹⁰ Cécile NICOD, *loc.cit.* p.263. En comparaison à cette même période les élus sont cantonnés à la négociation d'accord de cette nature.

¹⁸¹¹ Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016). .

¹⁸¹² Antoine MAZEAUD, *loc. cit.* p.177.

¹⁸¹³ Articles L2142-1-1 à L2142-1-4 du Code du travail (Représentant de la section syndicale).

conditions son titulaire à conduire des négociations collectives¹⁸¹⁴ et conclure des accords¹⁸¹⁵. Comme nous le savons par ce biais la Loi réduisait la portée du label de représentativité ouvrant la porte de l'entreprise à un syndicalisme qui en n'était dépourvu. Mais par ce truchement, elle allait bien plus loin en lui permettant l'accès à titre « *subsidaire* » à la négociation collective. A partir de cette période il existait donc trois dispositifs variant autour du thème syndical : « *délégué syndical* », « *représentant de la section syndicale* », et « *mandat syndical* ». D'ailleurs il est possible de s'étonner des différences introduites entre ces trois options reposant sur un mandat octroyé par une organisation syndicale représentative. D'autant que dans deux situations sur trois l'organisation syndicale représentative est présente dans l'entreprise par le biais de sa section syndicale (délégué syndical et représentant de la section syndicale). Pour une partie de la doctrine, la primauté du délégué syndical s'explique aisément, mais la relégation en queue de classement du représentant de la section syndicale se justifiait assez mal¹⁸¹⁶. En effet, un salarié ayant créé une section syndicale afin de conquérir le label de représentativité (ou l'ayant perdu) semble toute de même présenter quelques gages d'authenticité au sujet de ses velléités en matière de négociation collective. Mais si le législateur avait classé ces trois mandats au même niveau dans la hiérarchie de la négociation collective, la frontière entre organisations syndicales représentatives et non représentatives au sein de l'entreprise aurait effectivement paru bien fine et l'avantage différentiel tiré de l'obtention du label de représentativité par le biais de l'audience électorale aurait fait figure de très maigre rétribution.

Le croisement des légitimités des différentes formules. Par ailleurs, la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008¹⁸¹⁷ faisait figure de nouvel encouragement en faveur de la négociation avec les élus

¹⁸¹⁴Article L2143-23 du Code du travail. Par dérogation à l'article L. 2142-1-1 et lorsqu'en raison d'une carence au premier tour des élections professionnelles, un délégué syndical n'a pu être désigné au sein de l'entreprise ou de l'établissement ou lorsqu'il n'existe pas de délégué syndical dans l'entreprise ou l'établissement, le représentant de la section syndicale visé aux articles L. 2142-1-1 et L. 2142-1-4 désigné par une organisation syndicale de salariés affiliée à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel peut disposer, sur mandatement par son organisation syndicale, du pouvoir de négocier et conclure un accord d'entreprise ou d'établissement. Si, à l'issue des élections professionnelles suivant le mandatement du représentant de la section syndicale, l'organisation syndicale à laquelle il est adhérent n'est pas reconnue représentative et nomme un autre représentant de la section syndicale, celui-ci ne peut pas être mandaté jusqu'aux six mois précédant les dates des élections professionnelles dans l'entreprise.

¹⁸¹⁵Cette possibilité de négocier avec un représentant de la section syndicale ne pouvait notamment concerner que les entreprises employant au moins deux cents n'ayant pas de délégué syndical mais pourvues de représentants élus du personnel.

¹⁸¹⁶Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p. 142. Selon l'auteur: « *Il est vrai que le mal vient de Loin. En l'absence de délégué syndical dans l'entreprise, la Cour de cassation, les partenaires sociaux, puis le législateur aurait été mieux inspirés de ne pas exclure l'ouverture de négociations avec des représentants statutaires de syndicats extérieurs à l'entreprise. Après tout, qu'il s'agisse de l'entreprise ou des autres niveaux de négociations, seuls les syndicats représentatifs, es qualités de personne morales, sont parties à l'accord collectifs* ».

¹⁸¹⁷Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008).

du personnel¹⁸¹⁸. Ainsi, dans toutes les entreprises de moins de deux cents salariés, un accord d'entreprise pouvait être signé par des élus titulaires du comité d'entreprise¹⁸¹⁹¹⁸²⁰, mais ce dispositif était accompagné de contrôles et de restrictions. Il était ainsi prévu que l'employeur ne pouvait engager la négociation avec les élus sans avoir préalablement informé les organisations syndicales représentatives dans la branche professionnelle. De plus, à sa conclusion l'accord devait être adressé à une commission paritaire de branche pour qu'elle en contrôle éventuellement la conformité. Cependant l'accord négocié avec les élus ne pouvaient porter que sur des mesures dont la mise en œuvre était subordonnée par la Loi à un accord collectif. L'article n°21 de la Loi n° 2015-994 du 17 août 2015¹⁸²¹ entreprit de faciliter et d'élargir cette négociation « *subsidaire* »¹⁸²² dans les entreprises dépourvues de délégué syndical¹⁸²³ en cumulant les légitimités issues de l'élection et du mandat. Dans ces ressorts, les représentants élus du personnel¹⁸²⁴ pouvaient négocier et conclure des accords collectifs s'ils avaient été expressément mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche professionnelle concernée¹⁸²⁵. Il est intéressant d'examiner le détail de la procédure interne car certains éléments sont révélateurs d'un infléchissement de la Loi. Dans les entreprises pouvant recourir aux services de ces acteurs « *subsidiaries* »¹⁸²⁶, l'employeur devait informer les institutions représentatives du personnel de sa volonté d'engager une négociation collective. La rédaction de la Loi laissait donc sous-entendre que l'initiative de la négociation collective ne pouvait être engagée qu'à son initiative car il ne semblait pas envisager que ces instances puissent solliciter l'ouverture de telles négociations. Si les représentants répondaient positivement à une sollicitation patronale, l'employeur engageait alors la négociation avec les élus (titulaires ou suppléants) mandatés par une organisation syndicale représentative. L'accord collectif issu de cette négociation avec un élu mandaté (par une organisation syndicale représentative) devait toutefois faire l'objet d'une validation par une majorité des salariés consultés à cet effet¹⁸²⁷. Mais pour quelle raison ajouter

¹⁸¹⁸Mais pour ce faire, elle porta atteinte à l'« *autonomie collective* » en supprimant la condition préalable de conclusion d'un accord de branche professionnelle à ce sujet.

¹⁸¹⁹Ou à défaut de la délégation unique du personnel ou à défaut des délégués du personnel.

¹⁸²⁰Article L. 2232-21 et 22 du Code du travail.

¹⁸²¹Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi (JORF n°0189 du 18 août 2015)..

¹⁸²²Bernard GAURIAU, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Droit Social*. 2015. p.878.

¹⁸²³Ou délégué du personnel désigne comme délégué syndical dans les entreprises de moins de cinquante salariés.

¹⁸²⁴Au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel, ou à défaut les délégués du personnel).

¹⁸²⁵Ou à défaut par une organisation syndicale représentative au niveau interprofessionnel).

¹⁸²⁶Dans une entreprise sans délégué syndical mais dotée de représentants élus du personnel l'employeur doit informer le comité d'entreprise (ou à défaut la délégation unique du personnel ou l'instance de regroupement, les délégués du personnel).

¹⁸²⁷Bernard GAURIAU, *Ibid.*

une légitimité « *référendaire* » à un accord collectif signé par un acteur bénéficiant d'une légitimité « *électorale* » mariée à une légitimité « *syndicale* » ? L'approbation de l'accord par les salariés à la majorité des suffrages exprimés conférerait à ce dernier son caractère majoritaire mais le recours à cette forme « *référendaire* » pouvait surprendre. En effet, ce recours exposait le salarié élu et mandaté par une organisation syndicale représentative ayant mené la négociation à un éventuel désaveu de la part de la majorité de ses collègues¹⁸²⁸. Enfin, cette formule de négociation connaissait sa propre formule « *subsidaire* ». En effet, en cas d'absence de représentant élu du personnel mandaté par une organisation syndicale représentative, les élus non mandatés pouvaient négocier et conclure des accords collectifs de travail. Cependant cette négociation collective faisait l'objet d'un champ limité, car elle ne pouvait porter que sur des sujets dont la mise en œuvre était subordonnée par la Loi à un accord collectif¹⁸²⁹. De plus la validité des accords négociés selon cette seconde formule était subordonnée d'une part à la signature de l'accord par les membres titulaires élus au comité d'entreprise¹⁸³⁰ représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles et d'autre part à l'approbation par une commission paritaire de branche¹⁸³¹. Dans cette hypothèse, la négociation avec les élus semblait doublement restreinte par son champ et son contrôle¹⁸³². Mais cette nouvelle formule de négociation collective faisait également l'objet d'une troisième solution « *subsidaire* ». En effet, la Loi n° 2015-994 du 17 août 2015¹⁸³³ maintenait la possibilité de recourir à la négociation collective avec un salarié (non élu) mais mandaté par une organisation syndicale représentative. Cependant ce dispositif était élargi aux entreprises non assujetties à la mise en place d'institutions représentatives du personnel¹⁸³⁴. Selon cette formule l'employeur restait seul à l'initiative de la négociation collective et devait informer les organisations syndicales¹⁸³⁵ préalablement à l'ouverture de la négociation collective. Enfin l'accord collectif ainsi négocié devait être approuvé par une majorité de salariés ayant été consulté à cet

¹⁸²⁸Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.305.

¹⁸²⁹A l'exception des accords mentionnés à l'article L1233-21 du Code du travail.

¹⁸³⁰Ou à défaut à la délégation unique du personnel ou à défaut par des délégués du personnel titulaire.

¹⁸³¹A défaut de stipulations différentes d'un accord de branche, la commission paritaire de branche comprend un représentant titulaire et un représentant suppléant de chaque organisation syndicale de salariés représentative dans la branche et un nombre égal de représentants des organisations professionnelles d'employeurs. Elle exerce un contrôle de conformité de l'accord à la Loi et aux règlements ainsi qu'aux différents éléments conventionnels de la branche professionnelle.

¹⁸³²Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.305.

¹⁸³³Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi (JORF n°0189 du 18 août 2015)..

¹⁸³⁴Dans toutes les entreprises employant moins de onze salariés.

¹⁸³⁵Organisations syndicales représentatives de branche ou à défaut celle représentative au niveau national.

effet¹⁸³⁶¹⁸³⁷. Les accords collectifs ainsi négociés ne pouvaient porter que sur des sujets dont la mise en œuvre était subordonnée par la Loi à un accord collectif¹⁸³⁸. Le recours à la négociation collective avec un salarié (non élu) mandaté dépendait donc: soit d'une situation objective matérialisée par un effectif inférieur à onze salariés, soit par la matérialité d'un procès-verbal de carence en matière d'élection professionnelle, soit enfin par une absence de volonté de négocier des représentants élus du personnel. Finalement, la Loi n° 2015-994 du 17 août 2015¹⁸³⁹ introduisait donc une nouvelle hiérarchie des acteurs « *subsidiaires* » de la négociation¹⁸⁴⁰ en proposant donc trois formules distinctes : un accord négocié avec des élus mandatés et approuvé par une consultation directe des salariés, ou un accord négocié avec des élus et validé par une commission paritaire de branche, et enfin un accord négocié avec un salarié non élu mais mandaté et soumis à l'approbation directe des salariés. Il en ressortait un rôle pivot des élus qui bénéficiaient d'une primauté à l'égard des autres négociateurs « *alternatifs* », une extension de la consultation directe des salariés et un maintien à travers les années du mandatement syndical sous d'autres formes¹⁸⁴¹. Il en découlait également une volonté de privilégier les élus du comité d'entreprise tout en leur associant d'autres modalités dans le but d'un renforcement de la légitimité des actes issus de leur négociation. La Loi du 8 août 2016¹⁸⁴² procéda à un élargissement des prérogatives des acteurs « *subsidiaires* », en leur permettant de réviser les accords collectifs précédemment conclus et particulièrement ceux conclus par des organisations syndicales représentatives. Ainsi ces derniers étaient véritablement consacrés comme des négociateurs à part entière, car ils pouvaient désormais défaire ce qu'avaient conclu précédemment les acteurs syndicaux de droit communs. Par ailleurs, soulignons que les salariés mandatés par une organisation syndicale bénéficiaient également d'un élargissement notable de leur champ d'action à l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective de droit commun.

En conclusion, il en ressortait donc une très forte volonté du législateur de trouver les formules adéquates afin d'encourager la négociation collective dans les unités de travail dépourvues de

¹⁸³⁶Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.305.

¹⁸³⁷L'article L. 2143-23 alinéa n°1 Code du travail (Création par la Loi n°2008-789 du 20 août 2008 - art. 6 (V) n'a jamais été supprimé. Ce dispositif permettant sous réserve de nombreuses conditions de conclure un accord collectif avec un représentant de la section syndicale est devenu sans objet mais l'article du Code du travail à ce sujet n'a pas été supprimé.

¹⁸³⁸A l'exception des accords prévus à l'article L.1233-21 du Code du travail.

¹⁸³⁹Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi (JORF n°0189 du 18 août 2015).

¹⁸⁴⁰Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.305.

¹⁸⁴¹Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.305.

¹⁸⁴²Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016).

titulaire du titre de représentativité. Cependant, il apparaît que ce chemin sinueux illustre parfaitement les grandes difficultés rencontrées en la matière.

Les différentes formules du droit positif : des élus mandatés. L'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017¹⁸⁴³ prend donc son tour dans le parcours consacrant des acteurs « *subsidiaries* » et des procédures « *supplétives* » de la négociation collective. En effet, elle¹⁸⁴⁴ offre de nouvelles possibilités en matière de négociation collective dans toutes les entreprises (quel que soit leurs effectifs) dépourvues de délégué syndical. Cependant ce nouveau texte ne se contente pas d'élargir le champ d'action des acteurs « *palliatifs* » de la négociation collective et propose au moins trois nouvelles ruptures qui justifient notre intérêt ainsi que les commentaires suivants. Commençons par examiner une forme de prolongement de la trajectoire historique rappelée ci –dessus. En effet, l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017¹⁸⁴⁵ reprend à son compte les dernières étapes posées par les Lois du 8 août 2016¹⁸⁴⁶ et du 17 août 2015¹⁸⁴⁷ mais en y apportant plusieurs aménagements. Commençons par examiner l'exercice de la capacité conventionnelle des acteurs « *subsidiaries* » avant de découvrir les modalités de recours à de nouvelles formes supplétives de la négociation collective. Selon le droit positif, dans les entreprises employant au moins cinquante salariés, dépourvues de délégué syndical (ou d'un conseil d'entreprise), les négociations peuvent s'engager soit avec un membre élu du comité social et économique mandaté, un membre élu (de cette même instance) non mandaté ou un salarié (non élu de cette instance) mandaté. Plus précisément, il est indiqué que si un élu reçoit un mandat d'une organisation syndicale représentative pour négocier, cette formule emporte la priorité sur toutes les autres. A défaut du mandatement d'un élu, la négociation avec les membres élus de la délégation du comité social et économique peut être la solution retenue. Cependant si aucun membre de la délégation du personnel du comité social et économique ne manifeste de velléité de négocier, les pourparlers demeurent envisageables si une organisation syndicale représentative au niveau de la branche (ou au niveau interprofessionnelle) décide de

¹⁸⁴³Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (JORF n°0223 du 23 septembre 2017).

¹⁸⁴⁴Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (JORF n°0223 du 23 septembre 2017).

¹⁸⁴⁵Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (JORF n°0223 du 23 septembre 2017).

¹⁸⁴⁶Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016).

¹⁸⁴⁷Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi (JORF n°0189 du 18 août 2015).

confier un mandat à un salarié qui ne serait pas élu par ailleurs¹⁸⁴⁸¹⁸⁴⁹. En définitive, toutes ces différentes formules législatives consacrent le fait que désormais l'initiative de la négociation est uniquement dévolue à l'employeur. Par la suite si un membre élu (ou plusieurs membres élus de la délégation du personnel) du comité social et économique souhaite négocier, il doit le faire savoir à l'employeur dans un délai d'un mois. Durant ce délai, les autres membres élus doivent prendre deux décisions qui conditionnent la suite des pourparlers. Tout d'abord, ils doivent indiquer s'ils souhaitent également engager (ou non) cette négociation et ensuite faire le choix de solliciter (ou non) un mandat d'une organisation syndicale représentative. Selon l'hypothèse d'une sollicitation d'un mandat d'une organisation syndicale représentative, l'employeur ne peut négocier qu'avec les membres élus de la délégation du comité social et économique ayant reçu celui-ci¹⁸⁵⁰. Une fois négocié l'accord collectif doit également recevoir l'approbation directe de la majorité des salariés lors d'une consultation organisée à l'initiative de l'employeur. Dans ce cas, l'employeur doit organiser cette consultation dans un délai de deux mois à compter de la conclusion de l'accord¹⁸⁵¹. Le cumul des légitimités « *électorale* », « *syndicale* » et « *référendaire* » détermine la priorité de cette formule sur les autres, mais autorise également les protagonistes sociaux à conclure de larges accords collectifs portant sur l'ensemble des mesures pouvant être négociées par accord d'entreprise. Le cas échéant, si les élus font le choix de ne pas solliciter de mandat syndical, l'employeur peut négocier avec la collégialité des membres de la délégation du personnel du comité social et économique. Dans cette situation, l'accord collectif doit être signé par des membres de cette délégation représentant la moitié des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles. Par conséquent l'audience électorale conditionne la capacité conventionnelle des membres de cette instance. Il en ressort également que le recours (ou non) au mandat est conditionné par l'éventuel cohésion des membres de la délégation du personnel du comité social et économique au sujet de l'objet de la négociation proposé par l'employeur. En cas de division des membres élus, le recours au mandat se présente comme une planche de salut pour la poursuite des pourparlers. Ce choix peut être également conditionné par un autre élément, car selon l'option

¹⁸⁴⁸Françoise CANUT, « La négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Droit Social*, 2017, p. 1033.

¹⁸⁴⁹Il semble qu'il s'agisse de l'ultime solution à défaut de toutes les autres formules déjà évoquées car la Loi n'évoque plus l'hypothèse de la négociation avec un représentant de la section syndicale. Il en ressort donc, que l'employeur qui souhaite engager une négociation collective doit informer (par tout moyen) de façon concomitante les membres de la délégation du personnel du comité social et économique et les organisations syndicales représentatives dans la branche professionnelle ou à défaut au niveau national et interprofessionnel.

¹⁸⁵⁰Une même organisation syndicale ne peut mandater qu'un seul salarié.

¹⁸⁵¹A ce sujet il doit consulter les élus sur les modalités de la consultation et informer les salariés de l'objet de la consultation au plus tard quinze jours avant celle-ci.

retenu le champ matériel de la négociation collective sera plus ou moins large. En effet, en cas de négociation collective avec la délégation du personnel du comité social et économique dépourvu de mandat, le champ des objets des transactions est plus restreint¹⁸⁵² et ne peut porter que sur des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la Loi à un accord collectif. Par conséquent, la négociation collective ne peut être engagée sur certains sujets, que si les membres de la délégation du comité social et économique ont bien reçu un mandat. Il en ressort donc que le choix en question est déterminé par la cohésion du collectif des élus, leurs relations avec les organisations syndicales représentatives de branches, mais également par l'objet des pourparlers.

Les différentes formules du droit positif : des élus non –mandatés. Enfin, si aucun membre de la délégation du personnel du comité social et économique n'a fait part de son souhait de négocier, et seulement dans ce cas, l'employeur peut négocier avec des salariés (non élus) mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche (ou à défaut, au niveau national et interprofessionnel). L'absence de réponse des élus à la sollicitation de l'employeur peut revêtir plusieurs sens, car il peut s'agir d'un manque de compétence sur le sujet, de bonne volonté, d'entrain ou une position de principe (au sujet de ce type de négociation collective). Cependant, cela peut tout simplement correspondre à un refus ferme et définitif de négocier sur le sujet proposé. Selon cette hypothèse, le recours à un salarié mandaté n'est pas à une solution « *subsidaire* » permettant de pallier l'absence d'acteur de la négociation collective. Ce dispositif « *alternatif* » à la négociation collective avec des élus (mandatés ou non) peut être perçu comme une « *pression* » exercée à l'encontre de ces derniers dans le but d'obtenir leur acquiescement. Une appréciation plus sévère pourrait même qualifier ce dispositif de « *contournement* » d'un refus des représentants élus du personnel d'engager des pourparlers. Une fois négocié l'accord signé par un salarié mandaté doit être approuvé par les salariés à la majorité des voix exprimées lors d'une consultation du personnel organisée à cet effet¹⁸⁵³. Faute de pouvoir rassembler une majorité auprès des représentants élus du personnel, l'employeur peut tout de même conclure un accord par le biais d'un salarié mandaté en sollicitant directement une majorité de salariés. Il en ressort que l'ordonnance n°2017-1385 du

¹⁸⁵²En comparaison de la négociation avec des élus ayant reçu un mandat.

¹⁸⁵³Celle-ci doit être organisée dans un délai de deux mois suivant la conclusion de l'accord. L'employeur doit consulter au préalable les salariés mandatés sur les modalités de la consultation des salariés et informer les salariés concernés au plus tard quinze jours avant la consultation.

22 septembre 2017¹⁸⁵⁴ se place dans la suite des deux Lois successives de 2015¹⁸⁵⁵ et 2016¹⁸⁵⁶ ayant pour objet sur ce point de malmenier l' « *autonomie collective* ». Par conséquent, il ne s'agit plus de privilégier une formule au détriment d'une autre, mais d'élargir la gamme des solutions alternatives pouvant se concurrencer les unes et les autres afin de répondre à une impérieuse injonction en matière de négociation collective. Par conséquent, il nous semble qu'à plusieurs égards ce nouvel agencement des acteurs « *palliatifs* » de la négociation collective constitue une première rupture discrète mais certaine par rapport au passé.

Les différentes formules du droit positif concernant les entreprises employant moins de cinquante salariés. En l'occurrence, les novations les plus éclatantes en la matière s'illustrent pleinement au sujet des entreprises employant moins de cinquante salariés. En effet, l'article n°8 de l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017¹⁸⁵⁷ bouleverse profondément l'architecture traditionnelle des différentes modalités « *palliatives* » de négociation collective au sein de ces entreprises¹⁸⁵⁸ en mettant fin à toute priorité entre les différents acteurs « *subsidiaries* » et consacrant également de nouvelles formes de négociation à caractère « *supplétif* » dans les entreprises dépourvues d'acteur des pourparlers. Ainsi dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et vingt salariés, en l'absence de membre élu de la délégation du personnel du comité social et économique ainsi que dans celles dont l'effectif habituel est compris entre onze et cinquante salariés en l'absence de délégué syndical, des accords collectifs peuvent être négociés selon deux modalités ne faisant pas l'objet d'une priorité. Dans ces deux types d'entreprises, l'accord collectif peut être négocié par un (ou plusieurs) salarié expressément mandaté par une organisation syndicale représentative dans la branche professionnelle (ou à défaut au niveau national ou interprofessionnel)¹⁸⁵⁹. Selon cette hypothèse, l'accord valable doit être approuvé directement par les salariés à la majorité des suffrages exprimés sur la base d'une consultation dont les modalités sont fixées par

¹⁸⁵⁴ Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (JORF n°0223 du 23 septembre 2017).

¹⁸⁵⁵ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi (JORF n°0189 du 18 août 2015).

¹⁸⁵⁶ Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016).

¹⁸⁵⁷ Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (JORF n°0223 du 23 septembre 2017).

¹⁸⁵⁸ Employant moins de cinquante salariés.

¹⁸⁵⁹ Une organisation syndicale représentative ne peut mandater qu'un seul salarié.

l'employeur¹⁸⁶⁰¹⁸⁶¹. Mais dans ces deux types d'entreprise, il est également possible de mener une négociation avec un membre titulaire de la délégation du personnel du comité social et économique, mandaté ou non par une organisation syndicale représentative. Selon ces dernières options (élus du comité social et économique mandatés ou non), l'accord valable doit être signé par les membres élus du comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles. Il en résulte donc que l'employeur bénéficie bien à sa guise de deux options : soit négocier directement avec les élus (mandatés ou non) soit avec un salarié mandaté. Il est notable de constater une nouvelle fois que l'initiative de cette négociation collective est confiée par le législateur au seul et unique employeur. Enfin, quel que soit le choix effectué par celui-ci, soulignons également que le champ de la négociation est celui du droit commun en la matière sans autre restriction. Finalement, l'employeur est à l'initiative d'une négociation qui peut couvrir un large éventail de sujets et dont il choisit unilatéralement l'autre protagoniste. Ces évolutions constituent une seconde rupture plus éclatante qui éclaire sans pudeur la nouvelle nature de la négociation collective. Selon ce changement de perspective, il s'agit de moins en moins d'un mode démocratique de résolution d'un conflit collectif et de plus en plus d'un outil de gestion de l'entreprise dont l'employeur est désormais le maître d'ouvrage.

Les différentes formules de la consultation directe des salariés. Nous venons donc d'examiner une première rupture discrète, puis une seconde plus éclatante, qui ont pour effet commun de réorganiser profondément les modalités de la négociation collective. Il nous apparaît que la troisième rupture a une plus large portée qui bouleverse tout simplement plusieurs concepts fondamentaux du droit du travail. En effet, l'article n°8 de l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017¹⁸⁶² autorise les employeurs des entreprises employant moins de vingt salariés à conclure des accords directement avec le personnel. En effet, dans les entreprises employant moins de onze salariés (non assujetties à la mise en place d'un comité social et économique), mais également au sein de celle employant habituellement entre onze et vingt salariés

¹⁸⁶⁰Article L.2232-23-1 du Code du travail (modifié par Loi n°2018-217 du 29 mars 2018 - art. 2).

¹⁸⁶¹Article D.2232-8 du Code du travail (modifié par Décret n°2017-1551 du 10 novembre 2017 - art.1). Remarquons que les modalités d'organisation de cette consultation relèvent de la seule compétence de l'employeur. Ce dernier n'a comme contrainte que d'informer le signataire (et les éventuels salariés mandatés non-signataire) de l'accord préalablement à l'organisation de la consultation. Enfin, il informe les salariés quinze jours avant la consultation de l'objet de celle-ci. En cas de désaccord sur les modalités d'organisation de la consultation entre l'employeur et le ou les salarié(s) mandaté(s), ce dernier pourra saisir le Tribunal Judiciaire dans un délai de huit jours à compter de l'information faite aux salariés de l'entreprise. Il n'est pas prévu de délai pour cette consultation, contrairement à la consultation prévue par l'article L. 2232-12 du Code du travail.

¹⁸⁶²Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (JORF n°0223 du 23 septembre 2017).

dépourvues de délégué syndical et de comité social et économique, l'employeur peut désormais proposer directement aux salariés un projet d'« *accord collectif* », sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise. Après avoir communiqué son projet, il organise dans un délai de quinze jours une consultation directe du personnel. A l'issue de celle-ci, l'accord collectif est valide dès lors qu'il est approuvé à la majorité des deux tiers du personnel. Soulignons que contrairement aux autres consultations directes déjà examinées, le seuil requis n'est pas calculé sur le nombre de suffrages valablement recueillis mais sur l'ensemble du personnel. A travers, cette dernière modalité de décompte, l'abstention du salarié acquiert une plus grande dimension qu'à l'accoutumé. Toutefois, notons que l'ensemble de la démarche est une nouvelle fois conduite directement par l'employeur qui fixe toujours à sa guise les modalités de transmission de son projet d'accord ainsi que les modalités d'organisation de la consultation. Cette novation peut être qualifiée de « *consultation directe des salariés à caractère décisionnel* » à l'origine de la formation d'un acte juridique à effet collectif qualifié d'accord d'entreprise par détermination de la Loi. Enfin nous examinerons plus loin que cet acte « *déterminé* » par la Loi d'accord collectif en dehors de toute négociation, est également « *conclu* » avec un « *acteur* » probablement dépourvu de personnalité civile. Par conséquent, nous reviendrons plus loin sur cette dernière rupture d'envergure.

En conclusion de cet examen rétrospectif au sujet de ce long parcours historique constatons la consécration d'« *acteurs subsidiaires* » en qualité d'acteurs à part entière de la négociation collective. Toutefois, les successives et cumulatives formules en la matière sont le symptôme d'une relative inefficacité et insatisfaction du législateur, ainsi que d'une restriction de l'« *autonomie collective* ». Par conséquent procédons à une analyse de ces divers enseignements.

3.2.3. La création d'une instance unique de représentation ou le recours à la consultation directe des salariés

En effet, cet amoncèlement de dispositifs multipliant une myriade de modalités n'offre finalement qu'une mauvaise lisibilité de l'ensemble. Tout ceci, nous conduit à former un bilan et une mise en perspective de cette démarche. Pour ce faire, effectuons une comparaison de ces modalités « *palliatives* » avec celles de droit commun. Cet examen nous conduira à un constat paradoxal, car sous de nombreux angles nous admettrons bien volontiers une réelle convergence des différentes modalités de négociation. Cette concorde permet effectivement d'envisager la mise en place d'une prochaine instance unique de représentation et de négociation. Il s'avère que ces différentes logiques conduisent vers une même soumission à l'exigence majoritaire.

Toutefois sous d'autres aspects ces mêmes modalités « *palliatives* » de négociation se démarquent par le fait qu'elles introduisent également les germes d'une forte perturbation des concepts juridiques traditionnels. Par conséquent tentons de trier et de hiérarchiser la portée de ces différentes modalités de négocier.

L'absence de résultat et une vaine obstination. Commençons par constater le très faible succès de toutes ces formules « *alternatives* » de négocier¹⁸⁶³. Tentons par la suite de cerner les causes de cette vaine obstination. En effet, derrière l'objectif proclamé d'extension du principe de participation se cache sans doute un autre motif justifiant la permanence de cette volonté politique. Ce point préalable nous permettra ensuite de mieux éclairer notre examen des convergences et divergences de différentes modalités de la négociation collective. En effet, il apparaît bien que le législateur peine à trouver des acteurs « *subsidiaries* » bénéficiant d'un niveau équivalent de reconnaissance et d'autorité comparable à celui que détient toujours le délégué syndical. Et pour cause, ces acteurs « *palliatifs* » ne disposent pas du label de représentativité, justifiant de leur « *authenticité* » ou de leur « *influence* ». Le souci d'un certain équilibre à l'égard de l'employeur est inhérent à toute forme de négociation collective, mais il se pose de manière plus aigüe en la matière¹⁸⁶⁴¹⁸⁶⁵. En effet, ces protagonistes semblent toujours souffrir d'un défaut d'« *authenticité* »¹⁸⁶⁶¹⁸⁶⁷ expliquant leur absence de succès. Dans la pratique, les organisations syndicales continuent donc de bénéficier de fait d'une forme d'accès privilégié à la négociation collective¹⁸⁶⁸. Par conséquent, l'usage de ces différentes formules «

¹⁸⁶³France Stratégie (Présidents : Marcel GRIGNARD et Jean-François PILLIARD- Rapporteurs : Emmanuelle PROUET et Antoine NABOULET), « Comité d'évaluation des ordonnances travail, Rapport 2021 », Décembre 2021, p.266. Il résulte de ce rapport que la progression du nombre d'accords ou avenants conclus (hors épargne salariale) avec des élus du personnel membres d'instances telles que le comité social et économique ou de salariés mandatés est significative et continue depuis 2016-2017. Moins de 2 000 accords ou avenants étaient répertoriés, (hors épargne salariale), avec ce type d'interlocuteurs entre 2014 et 2016 mais plus de 7 000 en 2019 et plus de 9 000 en 2020. Si cette progression est importante, le nombre absolu d'accords ainsi conclus reste modeste par rapport au champ des entreprises les plus susceptibles de mobiliser cette modalité, à savoir les PME (l'Insee dénombre environ 15 000 PME de 10 à 250 salariés en 2019 selon sa définition des entités économiques, celles-ci recouvrant 272 000 unités légales et 3,9 millions de salariés) .

¹⁸⁶⁴La crainte de leur manque d'autorité est particulièrement recevable, notamment si elle est comparée à leur niveau de responsabilité, à l'aune du large champ qui est ouvert, à leur action ainsi que la portée à part entière qui est dévolue aux accords collectifs conclus par leurs soins.

¹⁸⁶⁵Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.289.

¹⁸⁶⁶Antoine NABOULET, « Les processus atypiques de négociation collective en entreprise », la Note d'Analyse n°14, France-Stratégie, août 2014, p.8.

¹⁸⁶⁷La faiblesse du volume des négociations avec ces acteurs « *alternatifs* », peut sans doute s'expliquer pour les salariés (mais également pour les employeurs) par le souhait de disposer de représentants suffisamment expérimentés et bénéficiant d'une authentique autonomie afin de prévenir tout risque d'instrumentalisation.

¹⁸⁶⁸Antoine NABOULET, *Ibid.*

subsidiaries » reste très faible en rapport de l'ensemble de la négociation collective¹⁸⁶⁹. Il s'avère que moins de vingt pour cent des accords collectifs signés sont conclus selon ces modalités « *dérogatoires* » au droit commun de la négociation collective. Qui plus est, quatre-vingt-dix pour cent des accords conclus par des acteurs « *alternatifs* », concernent l'épargne salariale¹⁸⁷⁰¹⁸⁷¹. Commençons par rappeler la cause principale de cette recherche obstinée et opiniâtre d'acteurs « *alternatifs* » de la négociation collective. Dans un premier temps, reconnaissons que le législateur a souhaité déléguer à l'« *autonomie collective* » la charge de trouver la formule alternative efficace et pertinente. Compte tenu de la posture naturellement rétive des organisations syndicales représentatives à ce sujet, le législateur a toutefois été contraint de définir (seul) un certain nombre de formules correspondant à plusieurs situations. Au début de ce long cheminement, les différentes formules initiales étaient accompagnées de diverses restrictions, conditions ou modalités de contrôle qui au fil du temps ont disparu¹⁸⁷².

Le lien entre acteurs « subsidiaires » et accords collectifs ayant un caractère « dérogatoire ».

Dans ces premières versions, le législateur avait également fait le choix de « *restreindre* » le champ de la négociation collective ouvert aux acteurs « *subsidiaries* » car la Loi renvoyait (et renvoie toujours) à la notion obscure des : « *mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la Loi à un accord collectif* ». Il s'avère que cette formule équivoque, peut faire l'objet d'une interprétation extensive renvoyant à l'ensemble des sujets pouvant être traité par la négociation collective. Il nous apparaît plutôt qu'il s'agit d'une formule par essence sélective, qui doit donc être interprétée de façon restrictive, renvoyant à divers dispositifs du Code du travail ne pouvant être mise en place que par accords collectifs et touchant bien souvent à des matières ayant un caractère « *dérogatoire* » à l'ordre public. Cette interprétation nous apparaît comme étant la plus pertinente. En effet, pour quelle raison, le législateur ferait référence à cette

¹⁸⁶⁹Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (DARES), « La négociation collective en 2018 », Paris, 2019, p.519. Le nombre de textes signés par des délégués syndicaux : 39 034 soit 51,7 % ; par des salariés ou élus mandatés et des représentants de section syndicale : 749 (soit 1,0 %) ; par des élus du personnel : 8 826 (soit 11,7 %) ; ratifiés par référendum dont épargne salariale : 14 648 (soit 19,4 %) ; ratifiés par référendum (hors épargne salariale) : 1 129 (soit 1,5 %). L'épargne salariale reste de loin le thème le plus fréquent lorsque les accords sont conclus avec des élus du personnel, mandatés ou non, ou des salariés mandatés. C'est encore plus vrai des textes ratifiés par référendum. Dans ces deux cas, le temps de travail est le second thème abordé par ordre de fréquence.

¹⁸⁷⁰Christophe TEISSIER (sous la direction), *op.cit.* p.275. En dehors de l'épargne salariale, le volume des accords signés avec des élus du personnel apparaît très faible au regard de l'ensemble des accords signés par des délégués syndicaux.

¹⁸⁷¹Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques, *Ibid.*

¹⁸⁷²Il en fut ainsi concernant les commissions paritaires de branches chargées du « *contrôle* » des accords collectifs. Celles-ci se sont difficilement mises en place et ont souffert à définir leur rôle. Finalement le législateur a effacé ce « *contrôle* » faute d'une réelle consistance. Nous reviendrons plus loin sur cette occasion manquée de la part des protagonistes de développer les instruments d'un « *contrôle autonome* » des normes produites par leurs soins

notion si ce n'est pour préciser (ou « *limiter* ») le champ matériel de cette négociation. Cette interprétation ravive les questionnements. En effet, pour quelle raison le législateur autorise-t-il un acteur « *subsidaire* » (ne bénéficiant pas du titre de représentativité), à conclure des accords de nature plus complexe et correspondant bien souvent à une abdication de droits ? Il apparaît qu'une négociation de cette nature nécessite une légitimité relevant du plus haut degré¹⁸⁷³. Or, il en découle qu'un acteur « *subsidaire* » peut être amené à conclure un accord collectif sur un sujet délicat tel que l'organisation de la durée du temps de travail prévoyant des aménagements différents de ceux prévus par le droit commun. Toutefois ce même acteur ne serait pas en mesure de négocier un accord disposant d'une augmentation de salaire¹⁸⁷⁴. L'étude des diverses évolutions juridiques à ce sujet éclaire l'existence d'une relation liant particulièrement les acteurs « *subsidiaries* » aux accords collectifs ayant un caractère « *dérogatoire* » (aux dispositifs législatifs de droit commun ou dispositions conventionnelles de branches professionnelles)¹⁸⁷⁵¹⁸⁷⁶. Une partie de la doctrine a d'ailleurs redouté que dans de nombreuses entreprises, les représentants élus ou mandatés ne soient utilisés comme des leviers permettant un démantèlement des conventions collectives nationales de branches¹⁸⁷⁷. Il en ressort bien que les sujets les plus « *déliés* » étaient ouverts à la négociation collective des acteurs « *subsidiaries* » alors que les sujets « *simples* » leur restaient fermés. Par conséquent, ce qui pouvait avoir l'apparence d'une « *restriction* », constituait plutôt le révélateur d'un des causes de la mise en place de ces acteurs « *subsidiaries* » (ou procédures « *supplémentaires* »), car leur finalité est sans doute bien de permettre la mise en place d'une négociation collective à caractère organisationnelle correspondant le plus souvent à une abdication de droits dans l'ensemble des entreprises.

Le renforcement du principe de participation et la négociation collective décentralisée. La reconnaissance de ces différents acteurs « *palliatifs* », en qualité d'agents à part entière des pourparlers, a donc pour principale finalité de permettre à l'ensemble des entreprises de pouvoir mener des négociations collectives débouchant sur d'éventuels accords collectifs ayant un

¹⁸⁷³Au moins égale à celle conférée par le label de représentativité.

¹⁸⁷⁴Le premier sujet à l'inverse du second correspond à un accord collectif de travail relatif à une mesure dont la mise en œuvre est subordonnée par la Loi à un accord collectif.

¹⁸⁷⁵Dès la Loi n° 96-985 du 12 novembre 1996 ces nouveaux acteurs ont été autorisés à conclure des accords collectifs « *in pejus* ». Par la suite la Loi n°2004-391 du 4 mai 2004 a reconnu leur légitimité en la matière et élargi le champ des « *dérogations* » de cette nature.

¹⁸⁷⁶Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.29.

¹⁸⁷⁷Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.289. Selon l'auteur: « *En somme peu importe la nature de l'agent dès l'instant où la visée politique première, celle de donner davantage de liberté à la négociation d'entreprise se réalise* ».

caractère organisationnel. Cette convergence a donc pour finalité d'épouser et de permettre l'extension à toutes les entreprises d'une mutation de la finalité de la négociation collective. Elle a pour perspective la généralisation d'une instance unique de représentation et de négociation collective. Cependant elle se trouve dorée et déjà concurrencée par la poussée d'un phénomène de « *démocratie directe* » d'entreprise. Or, selon sa première intention, le législateur avait souhaité fonder une hiérarchie des acteurs « *subsidiaries* » en octroyant une place de choix au mandat syndical. En effet cette formule se rapprochait au plus près du modèle historique du délégué syndical et permettait de placer les organisations syndicales représentatives en position de « *garant* » de la négociation collective. Mais, au fil des différentes évolutions cette hiérarchie a été modifiée, laissant la place à une formule associant (ou cumulant) plusieurs légitimités « *syndicales* », « *électorales* » et « *référendaires* ». Cette évolution est congruente de celle du négociateur de droit commun¹⁸⁷⁸, car le mandat du délégué syndical mêle désormais également un part de légitimité « *électorale* », une part d'autorité « *syndicale* » et à titre subsidiaire une dimension « *référendaire* ». Il n'est donc pas étonnant que ce mélange soit aussi exigé en ce qui concerne les acteurs « *subsidiaries* » de la négociation collective mandatée par une organisation syndicale représentative¹⁸⁷⁹. Par ailleurs, la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008¹⁸⁸⁰ (associée à la position commune du 9 avril 2008¹⁸⁸¹) a opéré un changement de perspective entamant une disparition progressive du dualisme de la représentation syndicale et électorale. En effet, les évolutions étudiées favorisent une convergence entre une négociation collective menée par un délégué syndical bénéficiant entre autres choses d'une autorité électorale et celle conduite par un élu ayant recueilli un mandat syndical. Par conséquent, dans de nombreuses entreprises, les syndicats absents ne jouent plus

¹⁸⁷⁸Article L.2232612 du Code du travail. La modalité de droit commun correspond au recours à un délégué syndical ayant été désigné par une organisation syndicale représentative mais devant également bénéficier à titre personnel d'une légitimité électorale pour négocier et conclure des accords collectifs. En cas d'échec une solution subsidiaire permet la consultation directe des salariés au sujet du projet d'accord.

¹⁸⁷⁹La durée du mandat ne constitue plus une distinction entre les différentes formules car elles sont toutes deux désormais associées à une plus ou moins grande précarité. Par ailleurs, chacun de ces acteurs peut revendiquer une légitimité de nature syndicale ou une relation plus ou moins étroite avec l'organisation syndicale représentative qui lui octroie celle-ci.

¹⁸⁸⁰Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF, n°0194 du 21 août 2008 p.13064).

¹⁸⁸¹Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

(ou n'ont jamais joué) un rôle actif et direct¹⁸⁸², mais par le biais des formules « *subsidiaries* » retrouvent un rôle de garant « *lointain* » de la négociation collective¹⁸⁸³.

Constatons que toutes ces formules, de droit commun ou subsidiaires, font l'objet d'une soumission à la règle majoritaire. En effet, l'ensemble des accords conclus par ces divers protagonistes sociaux sont astreints à la même exigence majoritaire pouvant cependant revêtir des habits de natures différentes¹⁸⁸⁴. Par conséquent, concluons que malgré une forte convergence des logiques des modalités de conclure des accords collectifs, le législateur n'a pas trouvé la « *martingale* »¹⁸⁸⁵ correspondant à la bonne formule permettant un recours aisé à la négociation dans les unités de travail dépourvues de délégué syndical¹⁸⁸⁶¹⁸⁸⁷.

La perspective ouverte par la création du Conseil d'Entreprise. Comme nous l'avons déjà indiqué, la généralisation d'une instance unique associant les représentants élus et désignés pourrait correspondre à l'aboutissement d'une démarche ancienne. A ce sujet, monsieur Daniel

¹⁸⁸² Christian DUFOUR et Adelheid HEGE, *loc.cit.* p.209. Les auteurs indiquent qu'au cours des années quatre-vingt du XX^e siècle les organisations syndicales ont perdu une partie de leur influence lors des élections des comités d'entreprise. Puis lors de la décennie suivante un seuil symbolique a été franchi lorsqu'il est apparu que les élus non syndiqués étaient plus nombreux que les syndiqués. Depuis le début du XXI^e il se constate un retournement de cette dernière tendance (prises dans leur ensemble, y compris les non confédérés, les listes syndiquées obtiennent 75,1 % des voix au premier cycle et 77,6 % au second tour). La perte des non-syndiqués est substantielle. Ils perdent près de 10 % de leurs parts en voix exprimées de 24,9 à 22,4 %. Cependant il ne s'agit pas d'un transfert des voix non syndiquées vers les voix syndiquées, mais plutôt d'une perte de voix des non syndiqué et d'un renforcement de l'abstention plus marquantes que le gain des syndiqués. Ce phénomène s'explique notamment par une forte concentration de voix syndiquées dans un nombre restreint d'établissements. Les établissements ou les organisations syndicales sont implantés font l'objet d'un regain de voix alors que le nombre d'établissement sans présence syndicale semble augmenter.

¹⁸⁸³Elles ne négocient pas directement dans ces unités de travail mais encadrent la négociation à un niveau plus élevé en mandant un élu (ou un salarié non élu) à cet effet. Ces solutions « *alternatives* » offrent une légitimité syndicale distanciée et instrumentale pour des acteurs pouvant être rétifs à la perspective de tisser des liens de nature différente avec une organisation syndicale représentative l'exposant à d'éventuelles représailles patronales. Sur un plan sociologique cette relation d'un nouveau type n'est pas totalement différente de ce qui peut être désormais l'engagement syndicale d'entreprise. En effet, différentes équipes locales de représentants élus du personnel peuvent faire le choix de la désyndicalisation ou plus exactement de la « *non-syndicalisation* » et utiliser des dispositifs « *subsidiaries* » de négociation quand le besoin s'en fait sentir. Inversement certaines équipes syndicales locales font le choix de la syndicalisation dans un but très « *instrumental* » tout en conservant une réelle autonomie à l'égard de leur organisation syndicale représentative.

¹⁸⁸⁴En effet l'accord conclu par le négociateur de droit commun exige le respect d'une règle majoritaire calculée sur la « *capacité conventionnelle* » des signataires alors que l'accord conclu par le premier des acteurs « *subsidiaries* » devra être directement approuvé par les salariés la majorité des suffrages exprimés (ratification par la majorité des votes exprimés par les salariés directement consultés à ce sujet).

¹⁸⁸⁵Méthode plus ou moins exacte, mise au point à partir de l'observation du rythme des gains et des pertes au jeu, et grâce à laquelle le joueur espère assurer ou accroître ses gains.

¹⁸⁸⁶Christophe TEISSIER (sous la direction), *op.cit.* p.275. Selon l'auteur il se confirme le constat global d'une absence de « *tendance au renouvellement des interlocuteurs de la négociation collective et au bouleversement de pratiques* ».

¹⁸⁸⁷Il nous apparaît que ces dispositions législatives encadrant le recours aux acteurs « *subsidiaries* » (voire à des formes de validation directe par le personnel) ont été conçues en rapport avec le principe de participation et moins au regard de la liberté syndicale.

BOULIMIER rappelle que le double canal de représentation existe toujours, mais : « *là où l'autonomie était nette, elle devient subordonnée, avec une plus ou moins grande intensité* »¹⁸⁸⁸¹⁸⁸⁹. Dans plusieurs autres systèmes de relations collectives, la hiérarchie entre délégué syndical et représentant élu du personnel en matière de négociation collective a déjà disparu. Ainsi, le droit espagnol attribue de manière explicite une capacité de négocier à la représentation syndicale mais également à la représentation élue¹⁸⁹⁰. En Italie, l'accord cadre du 22 janvier 2009¹⁸⁹¹ dispose que la négociation d'entreprise est désormais conduite par la « *représentation syndicale unitaire* », qui est constituée par une instance en partie syndicale et en partie élue¹⁸⁹²¹⁸⁹³¹⁸⁹⁴. Selon cette perspective, le conseil d'entreprise semble bien préfigurer une évolution probable correspondant à l'institutionnalisation de cette convergence¹⁸⁹⁵. Il apparaît que l'entremêlement des fonctions de « *concertation* » et de « *négociation* » prédétermine particulièrement cette convergence. Il est vrai que le processus d'information-consultation menée par les élus du personnel peut masquer des éléments de négociation collective¹⁸⁹⁶ et inversement, les agents chargés de la conduite de la négociation ne peuvent pas mener celle-ci sans disposer d'une ample information au sujet de l'entreprise¹⁸⁹⁷. Cette nécessaire complémentarité correspond à une vision majoritaire au sein de la doctrine¹⁸⁹⁸¹⁸⁹⁹¹⁹⁰⁰¹⁹⁰¹. Cependant une autre partie de la doctrine redoute un risque d'imbrication de ces deux fonctions, pouvant heurter l'autonomie et la liberté des syndicats. En effet, une

¹⁸⁸⁸Daniel BOULIMIER, *loc.cit.* p.279.

¹⁸⁸⁹Adelheid HEGE (responsable scientifique) Aurianne COTHENET, Josépha DIRRINGER, Christian DUFOUR Marcus KAHMANN, *op.cit.* p.268. En effet ce nouveau système de relations professionnelles ne fait pas le choix de l'un ou l'autre de modèles mais a pour effet de créer un « *lien consubstantiel entre des entités à l'origine différentes dans leur relation au syndicalisme* ».

¹⁸⁹⁰Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75. Il s'agit d'un système de négociation collective duale même si une réforme de 2011, permet la mise en place d'une priorité syndicale.

¹⁸⁹¹Le 22 janvier 2009, un accord cadre réformant le système de la négociation collective en Italie a été signé par tous les syndicats à l'exception de la CGIL. Ce texte modifie profondément les règles de la négociation qui avaient été définies dans l'accord de 1993.

¹⁸⁹²Pierre-Éric TIXIER, *loc.cit.* p.14.

¹⁸⁹³Carole TUCHSZIRER et Catherine VINCENT, « Une représentativité syndicale dopée par la reprise du dialogue social », *Chronique internationale de l'IRES*, n°66, octobre 2000, p. 66-76

¹⁸⁹⁴Adelheid HEGE, *loc.cit.* p.202

¹⁸⁹⁵A ce sujet, la question prospective ne porte pas sur le développement d'instance de ce type, mais sur la fonction qui prendra l'ascendant en son sein. Autrement dit cette instance unique penchera-t-elle du côté de l'«-information-consultation » ou de la « codétermination » ?

¹⁸⁹⁶Christophe TEISSIER (sous la direction), *op.cit.* p.275.

¹⁸⁹⁷Le droit du travail prévoit que seules les organisations syndicales représentatives peuvent présenter des candidats lors du premier tour des élections professionnelles (ou imposait la présence de droit d'un représentant syndical au sein du comité d'entreprise).

¹⁸⁹⁸Alain SUPLOT (sous la direction de), *op.cit.* p.240. Selon l'auteur le double canal de représentation doit être envisagé afin de favoriser « *leur complémentarité pensée comme celle d'un support réciproque* ».

¹⁸⁹⁹Daniel BOULIMIER, *loc.cit.* p.279.

¹⁹⁰⁰Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

¹⁹⁰¹Franck PETIT, *loc.cit.* p.148.

dilution de la distinction des deux représentations (soit élue soit syndicale) orienterait les relations collectives vers la création d'une « *instance unique de représentation de base élective* »¹⁹⁰² qui serait multifonctionnelle et habilitée à négocier les accords¹⁹⁰³, confondant liberté syndicale et capacité normative¹⁹⁰⁴. Par conséquent, la question prospective est la suivante : cette imbrication correspond-elle à une recherche de complémentarité, ou à la domination de l'une par l'autre ? En réponse, il existe deux scénarios envisageables mais opposés. Le premier correspond à une valorisation de la fonction d'« *information et de consultation* » par une mise à l'écart de la négociation collective. Le seconde anticipe à l'inverse la perte d'influence de la fonction d'« *information et de consultation* » au profit d'un système de codétermination¹⁹⁰⁵¹⁹⁰⁶. Cette imbrication connaît donc désormais une réalité à travers la création du Conseil d'Entreprise¹⁹⁰⁷ regroupant définitivement les fonctions de consultation et de négociation¹⁹⁰⁸¹⁹⁰⁹. Toutefois, la perspective lointaine d'une généralisation du conseil d'entreprise se trouve d'ores et déjà concurrencée par l'émergence d'une « *démocratie directe* » d'entreprise¹⁹¹⁰.

La perspective ouverte par la généralisation de la consultation directe des salariés. Au prétexte d'une généralisation d'un droit des salariés à la négociation collective, le droit ne se contente pas uniquement de faire converger les logiques syndicales et électorales. En effet, il tient également à maladroitement gommer les différences entre les entreprises bénéficiant d'une

¹⁹⁰² Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.289. L'auteur s'interroge: « *l'une des lignes de force de la production législative récente ne consiste pas à faire appel, tour à tour, aux syndicats pour défaire certains pans de l'édifice légal en matière de représentation élue du personnel, et à la représentation élue pour ébranler certains piliers de l'édifice conventionnel bâti par les syndicats* ».

¹⁹⁰³ Pascal RENNES, « Autonomie individuelle - «autonomie collective» des droits nouveaux », *Le Droit Ouvrier*, 2016, p.621.

¹⁹⁰⁴ Il s'avère que dans une période contemporaine le droit fait de la procédure de consultation un objet de négociation collective. Par ailleurs, la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008, a fini par faire de l'audience électorale un des fondements principaux de la notion de représentativité afin d'achever l'entremêlement des instances représentatives du personnel élues et désignées.

¹⁹⁰⁵ Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.149.

¹⁹⁰⁶ Daniel BOULIMIER, *loc.cit.* p.279. L'auteur regrette que le législateur ne favorise pas la complémentarité de ces instances, ne respecte pas l'autonomie des uns et des autres et favorise les organisations syndicales « *obéissant ainsi au diktat conventionnel* ».

¹⁹⁰⁷ Article L2321-1 et suivants du Code du travail (modifiés par l'Ordonnance n°2017-1718 du 20 décembre 2017)

¹⁹⁰⁸ Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.289. Pour l'auteur le projet de création d'un conseil d'entreprise est promu par l'association patronale Entreprise et Progrès, puis l'idée fait l'objet d'une reprise de la part de la commission VIRVILE. Celle-ci proposait de créer par voie d'accord collectif dans les unités de 50 à 250 salariés, des conseils d'entreprise occupant la place tenue par les délégués du personnel, le comité d'entreprise et les délégués syndicaux.

¹⁹⁰⁹ Christophe TEISSIER (sous la direction), *op.cit.* p.275. Cette proposition patronale vise notamment à permettre à la convention d'entreprise de déroger très largement à la convention de branche ainsi qu'à la Loi sous réserve d'un socle intangible de droits sociaux fondamentaux.

¹⁹¹⁰ Notons que celle-ci n'est pas nouvelle ou circonscrite aux seules entreprises dépourvues de toute représentation

représentation du personnel et celles qui en sont totalement dépourvues¹⁹¹¹¹⁹¹². Faute d'agent capable de mener ce procédé, ce mouvement réalise une banalisation des consultations directes du personnel. Par conséquent, étudions cette évolution majeure du droit de la négociation porteuse de « *turbulences juridiques* »¹⁹¹³ attaquant précisément le cœur du système de représentation des relations professionnelles. La notion de « *démocratie directe* » reste vague mais se trouve incarnée par une procédure ayant pour objet de consulter directement l'avis des salariés au sujet de divers textes normatifs pouvant être qualifiés d'accord collectifs. Il s'agit d'un procédé ancien pouvant avoir de multiples formes et poursuivre différentes finalités. Nous étudierons donc ce phénomène dans sa généralité avant d'examiner les deux formes privilégiées et désormais valorisées par le droit positif. En effet, cette procédure se déploie désormais selon deux techniques différentes que nous qualifions pour le moment de manière insatisfaisante de « *référéndum de ratification* »¹⁹¹⁴ et de « *référéndum décisionnel* »¹⁹¹⁵. Nous tenterons par la suite de préciser plus justement ces deux formules du droit positif, mais afin d'y parvenir plus aisément, il nous faut préalablement évaluer la portée et examiner la finalité de cette procédure ambivalente.

La portée et la finalité ambivalente de la consultation directe des salariés. En effet, si la pratique a pu l'utiliser en marge des textes juridiques dans le but de conforter la légitimité d'un accord collectif fraîchement négocié, la jurisprudence l'a longtemps maintenu dans une certaine forme de marginalité ne l'utilisant que selon certaines situations et enjeux¹⁹¹⁶¹⁹¹⁷¹⁹¹⁸. Il s'avère que cette procédure est marquée du sceau de l'ambivalence et n'a jamais fait l'objet d'un accueil favorable de la part des organisations syndicales représentatives, inquiètes de voir leurs

¹⁹¹¹ En matière de négociation collective, il en ressort donc trois ensembles. Un premier groupe constitué des unités de travail bénéficiant d'un double canal de représentation et d'un (ou plusieurs) négociateur de droit commun. Un second groupe composé d'une représentation élective et de négociateurs « *subsidiaries* ». Et enfin un troisième groupe dépourvu de représentation et de négociateurs (de droit commun ou « *subsidaire* ») mais pouvant le cas échéant recourir qu'à des formes « *supplétives* » de négociation.

¹⁹¹²Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19. Les raisons de cette promotion de l'audience électorale sont bien connues. La légitimité qu'elle est censée conférer aux négociateurs explique que le législateur y ait recours de plus en plus y compris au-delà des accords collectifs de travail. Le recours à l'audience laisse toutefois encore une place à l'idée de représentation à l'inverse du référendum qui est le cadre d'une expression directe des salariés.

¹⁹¹³Marie-Armelle ROTCHILD SOURIAU, « Regards sur le référendum », *Liaisons sociales magazine*, n° 84, 1993, p.88.

¹⁹¹⁴Procédure de consultation directe des salariés visant à valider de manière majoritaire d'un projet d'accord collectif.

¹⁹¹⁵Procédure de consultation directe des salariés visant à valider de manière majoritaire d'une décision unilatérale de l'employeur.

¹⁹¹⁶Jacques BARTHELEMY, « Le référendum en droit social », *Droit Social*, 1993, p.89.

¹⁹¹⁷François HENOT, « Pratiques référendaires et gouvernabilité de l'entreprise », in « La gouvernabilité de l'entreprise », collection « CURAPP », Presse Universitaire de France 1996, p.129.

¹⁹¹⁸Bernard GAURIAU, « Le referendum un préalable nécessaire », *Droit Social*, 1998, p.338.

pouvoirs et prérogatives malmenés. L'ambiguïté de la procédure semble d'abord être en lien avec les termes choisis pour mieux la qualifier. En effet, celui de « *référéndum* » semble « *politiquement incorrect* »¹⁹¹⁹, car il désigne un scrutin politique par lequel l'ensemble des citoyens d'un territoire donné est appelé à exprimer une position sur une proposition qui lui est faite, concernant une mesure qu'une autre autorité a prise (ou envisage de prendre) et dont l'issue varie selon le type de référendum considéré¹⁹²⁰. Sur le plan technique, cette définition issue du droit constitutionnel pourrait correspondre à l'utilisation qui en est fait en droit du travail, mais ce terme conserve une dimension plébiscitaire l'associant à une méthode visant au renforcement de son initiateur¹⁹²¹. Par conséquent, en droit positif, le terme « *référéndum* » n'apparaît qu'à de très rares occasions au sein du Code du travail¹⁹²²¹⁹²³¹⁹²⁴. Les notions de « *consultation du personnel* »¹⁹²⁵ ou « *approbation des salariés de l'entreprise* »¹⁹²⁶ ou encore de « *ratification* » (voir « *validation* ») semblent moins connotées¹⁹²⁷ et donc plus enclines à correctement définir les modalités de cette démarche. Cependant ces derniers termes¹⁹²⁸ ne sont pas non plus, pleinement satisfaisants car laissant entendre que l'issue de cet exercice est systématiquement positif et n'englobent pas l'éventualité d'un potentiel rejet. Le terme de « *consultation* » ne convient guère d'avantage car le plus souvent, il ne s'agit pas de solliciter un avis du personnel mais bien de déterminer une approbation ou un rejet d'un projet d'accord collectif. Il en ressort qu'aucun terme n'est totalement satisfaisant et ne parvient à rassembler l'ensemble des diverses modalités ou dimensions utilisées. En effet, selon les circonstances, la consultation directe des salariés peut théoriquement revêtir diverses facettes techniques. Selon un premier registre elle vise à faire basculer le rapport de force opposant l'employeur et les organisations syndicales représentatives. Une des parties espère mobiliser l'opinion des salariés et les rallier à ses positions dans une logique d'instrumentalisation du processus. Selon un second registre renvoyant à des circonstances opposées, la consultation des salariés représente

¹⁹¹⁹Jean-Emmanuel RAY, *loc.cit.* p.246.

¹⁹²⁰Christophe TEISSIER (sous la direction), *op.cit.* p.275.

¹⁹²¹Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.321. Selon l'auteur : « *Le référendum cacherait toujours plus ou moins un plébiscite et l'échec n'est ici pas permis* »

¹⁹²²Article L. 3132-25-3 du Code du travail relatif à la dérogation au repos dominical.

¹⁹²³Article R. 3132-17 du Code du travail relatif à la dérogation au repos dominical.

¹⁹²⁴Le pouvoir réglementaire ne reprend pas non plus textuellement le terme de « *referendum* » pour qualifier ces expressions collectives directement recueillies auprès du personnel pour donner vie aux accords collectifs.

¹⁹²⁵Loi n° 200-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (JORF n°16 du 20 janvier 2000).

¹⁹²⁶Terme utilisé par l'ancien article L. 132-26 point III du Code du travail, (création par la Loi n°2004-391 du 4 mai 2004).

¹⁹²⁷Toutefois le terme de « *referendum* » souffre d'un discrédit venant en partie de l'éventuel risque d'exclusion qu'il représente à l'encontre des organisations syndicales représentatives.

¹⁹²⁸« *Approbation* » de « *ratification* » ou de « *validation* ».

une étape visant d'abord à conforter un processus de négociation et à légitimer la stratégie « *collaborative* » des acteurs collectifs. La consultation peut donc être perçue de manière « *positive* » comme une modalité d'implication du personnel dans la négociation collective¹⁹²⁹, ou « *négativement* » comme une stratégie de contournement de la représentation du personnel¹⁹³⁰. Bien évidemment dans de nombreuses situations, la technique est utilisée à l'initiative de l'employeur, qui peut souhaiter user pleinement de son pouvoir de direction ou connaître préalablement le sentiment du personnel afin d'engager d'éventuels ajustements au sujet de sa prochaine décision. Cette pratique patronale est relativement peu encadrée par le droit et ne connaît qu'un véritable interdit : ne pas entraver par son usage le processus normal de consultation des institutions représentatives du personnel. Cependant, l'employeur n'a pas le monopole de l'initiative de cette technique également à disposition des instances représentatives du personnel, dans le but de les aider à la préparation ou la formation de leur décision au sujet d'un projet donné¹⁹³¹¹⁹³². Dans le cadre de sa mission générale de défense des intérêts des salariés, une instance représentative du personnel peut en amont de la négociation, organiser une consultation afin de connaître l'opinion du personnel, ou en aval recourir à la même technique afin de former son avis à l'égard d'un projet d'accord collectif¹⁹³³¹⁹³⁴. Par conséquent, le procédé peut revêtir trois techniques ayant pour finalité au choix : un « *avis* », un « *arbitrage* » ou une « *ratification* ».

Les trois techniques de la consultation directe des salariés. Dans le premier cas, la consultation directe des salariés peut avoir la valeur d'un simple avis exprimé par le personnel sur le projet d'accord collectif. En amont des pourparlers, une des parties consulte l'avis du personnel sur l'objet de la prochaine négociation collective. En aval, elle souhaite vérifier que le personnel adhère au contenu de l'accord collectif. La consultation en question ne lie pas juridiquement les signataires de l'éventuel projet d'accord, ni celui qui a pris cette initiative et se trouve sans

¹⁹²⁹Jacques LE GOFF, « Droit du travail et société », Rennes, Presses universitaires de Rennes, Didact Droit, 2002, p.600. Selon l'auteur : « *voie opportune d'implication des salariés sous réserve que les syndicats ne campent pas sur des positions dogmatiques* ».

¹⁹³⁰ Antoine NABOULET, *loc. cit.* p.314.

¹⁹³¹ Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.321.

¹⁹³² Cour de cassation, Chambre sociale, du 19 décembre 1990, 89-16.072, Publié au bulletin

Le juge admet le principe d'un référendum organisé par le comité central d'entreprise. Afin de formuler son avis il peut organiser une consultation du personnel afin de disposer d'informations précises et peut entreprendre des études et des recherches nécessaires à sa mission.

¹⁹³³ Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.321.

¹⁹³⁴ Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21.

incidence juridique sur l'accord lui-même¹⁹³⁵¹⁹³⁶¹⁹³⁷. La seconde technique découle du constat d'un désaccord entre les protagonistes sociaux. Dans ce cas, elle vise également à connaître l'opinion du personnel à ce sujet, mais dans l'hypothèse d'un désaveu majoritaire le projet est abandonné. Bien entendu, dans le cas d'une approbation majoritaire, la mesure entre en vigueur sous la forme d'une décision unilatérale de l'employeur¹⁹³⁸¹⁹³⁹. La troisième technique correspond à la situation où les protagonistes se sont accordés sur un projet dont ils sollicitent une approbation par la majorité du personnel¹⁹⁴⁰. Si le vote est majoritairement favorable, alors le projet entre en vigueur sous les mêmes formes qu'au point ci-dessus¹⁹⁴¹. Enfin, chacune de ces trois techniques doit répondre à trois séries de questions. La première est associée à l'initiative du scrutin (en somme qui peut l'organiser et à quelle occasion ?). La seconde est liée à l'information nécessaire dont doivent bénéficier les salariés. Pour terminer la dernière de ces trois questions est la suivante : quel est le scrutin afférant à ce vote¹⁹⁴² ? En définitive selon ces différentes modalités, la consultation directe des salariés peut constituer une « *démarche participative* » ou un « *passage en force* »¹⁹⁴³¹⁹⁴⁴.

Les deux objets de la consultation directe des salariés. En effet, les protagonistes peuvent tenter d'évaluer un sentiment afin de se forger une éventuelle position dans le cadre d'une négociation, et la consultation directe des salariés permet d'éclairer leur position¹⁹⁴⁵. Toutefois un des acteurs (le plus souvent l'employeur) peut initier une consultation directe afin de miser sur l'avis « *agrégé et atomisé des salariés* »¹⁹⁴⁶ dans le but d'imposer au personnel un choix binaire. Selon cette perspective, cette procédure a alors pour objet (et pour effet) de vider de sa

¹⁹³⁵ Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.321.

¹⁹³⁶ Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

¹⁹³⁷ Jean GRIMALDI D'ESDRA, « Nature et régime juridique en droit social », *Droit Social*, 1994, p.397. Cette consultation ne représente pas de problème juridique particulier, mais il est nécessaire que les instances représentatives du personnel soient convenablement informées des enjeux relatifs à cette consultation et qu'une information de même nature éclaire le choix des salariés.

¹⁹³⁸ Toutefois l'organisation de cette consultation ne doit pas être utilisée dans le but de contourner ces instances représentatives du personnel ou pour peser sur leur choix.

¹⁹³⁹ Jean GRIMALDI D'ESDRA, *Ibid.* Elle prendra effet si elle ne contrevient pas au régime de la négociation collective et n'entre pas en conflit avec les règles issues de convention ou d'accord collectif non régulièrement dénoncées.

¹⁹⁴⁰ Il peut également correspondre à une hypothèse où le projet soumis à la consultation du personnel ne constitue qu'un projet unilatéral de l'employeur. Dans cette hypothèse une consultation des instances représentatives du personnel doit avoir été préalablement effectuée auprès des instances représentatives du personnel. Par la suite la validation choisie doit correspondre à une consultation directe des salariés.

¹⁹⁴¹ Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.321.

¹⁹⁴² Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.321.

¹⁹⁴³ Antoine NABOULET, *loc. cit.* p.314.

¹⁹⁴⁴ Christophe TEISSIER (sous la direction), *op.cit.* p.275.

¹⁹⁴⁵ Christophe TEISSIER (sous la direction), *op.cit.* p.275.

¹⁹⁴⁶ Christophe TEISSIER (sous la direction), *op.cit.* p.275.

substance le collectif de travail formé par l'ensemble des salariés. Par conséquent, elle emporte un risque de perte de légitimité de la représentation syndicale, car le but est alors de valider par un vote du personnel un projet jugé défavorable par les organisations syndicales représentatives (ou une partie d'entre elles)¹⁹⁴⁷. Cette pratique est celle d'une « *démocratie d'opinion* » puisant sa légitimité dans le nombre (et non pas dans les institutions). Ces deux logiques totalement opposées expliquent le caractère équivoque de la démarche qui : « *peut constituer soit une alternative soit un complément à la démocratie représentative dans l'entreprise* »¹⁹⁴⁸. Cette procédure est donc ambiguë car elle peut revêtir diverses formes techniques et surtout poursuivre des finalités opposées. Pour ces raisons, le législateur a longtemps été saisi par la crainte : « *d'introduire dans les lieux de travail un modèle de démocratie directe dans la prise des décisions, qui affaiblirait le rôle des syndicats représentatifs* »¹⁹⁴⁹. La généralisation du développement de l'outil « *référéndaire* » d'entreprise est à la fois le résultat d'une influence de la sphère politique (et notamment du droit constitutionnel), mais également le fruit de nouvelles méthodes de gestion du personnel¹⁹⁵⁰ consistant à se passer d'une intermédiation collective devenue trop faible afin de s'adresser directement à chaque salarié dans son individualité. Cette procédure confère une apparence de participation à la gestion des décisions de l'entreprise¹⁹⁵¹. Face à cette technique les organisations syndicales peuvent être saisies de la crainte de se trouver en décalage avec l'opinion majoritaire des salariés ou de se voir attribuer la responsabilité d'un éventuel blocage de la négociation collective. Elles peuvent donc légitimement hésiter face à la perspective d'une consultation directe des salariés.

La consultation directe des salariés : dépérissement ou planche de salut. Cependant, il est tentant de considérer que cette procédure pourrait constituer un amendement¹⁹⁵² capable de les sauver de leur « *dépérissement* ». Par conséquent, compte tenu du véritable essoufflement du système de représentation professionnelle, cette expression directe des salariés constitue-t-elle une « *planche de salut* » ou une « *concurrence* » ? Par essence, cette technique permet l'expression directe et collective des salariés et par conséquent une coïncidence presque parfaite

¹⁹⁴⁷Christophe TEISSIER (sous la direction), *op.cit.* p.275. Selon l'auteur : « *Il s'agit moins ici de légitimer des accords que de contourner les organisations syndicales opposées (et majoritaires) et d'installer publiquement un rapport de force* ».

¹⁹⁴⁸Christophe TEISSIER (sous la direction), *op.cit.* p.275.

¹⁹⁴⁹Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

¹⁹⁵⁰Sophie BEROUD, *loc.cit.* p.12.

¹⁹⁵¹Sophie BEROUD, *loc.cit.* p.12. Selon l'auteure: « *Sous couvert de participation directe, l'instrument référendaire est plus qu'ambivalent dans la mesure où il permet à l'employeur de contourner les expressions collectives déjà existantes (tels les syndicats) présentées comme minoritaires et donc illégitimes* »

¹⁹⁵²Jean GRIMALDI D'ESDRA, *loc.cit.* p.324.

entre titulaires (salariés) et agents d'exercice du droit de la négociation collective. Par conséquent, dans bien des situations elle peut se révéler préférable à une décision unilatérale de l'employeur¹⁹⁵³. Enfin, la nouvelle nature de la négociation collective s'accompagnant bien souvent d'abdications de droits, cette consultation directe du personnel peut éventuellement permettre une nouvelle articulation du statut collectif et de la volonté individuelle. Elle ne correspond pas à une approbation individuelle de chaque salarié, mais la procédure « référendaire » peut apparaître comme « *un moyen de conforter le caractère majoritaire des accords notamment lorsqu'ils impliquent des concessions pour les salariés* »¹⁹⁵⁴. En l'occurrence, elle peut donc se représenter comme un remède ou un poison pour l'ensemble formé par le personnel.

La généralisation par la Loi de la consultation directe des salariés. Compte tenu de ces risques et équivoques, le Code du travail ne prévoyait autrefois le recours à la consultation directe des salariés que dans la mise en place de trois dispositifs juridiques¹⁹⁵⁵: horaires individualisés¹⁹⁵⁶, régimes complémentaires de retraites¹⁹⁵⁷, ou régimes d'intéressement et de participation aux résultats de l'entreprise¹⁹⁵⁸¹⁹⁵⁹¹⁹⁶⁰¹⁹⁶¹. La banalisation de cette procédure s'est produite à l'occasion de la négociation collective relative à la réduction de la durée du temps de travail. En effet, la Loi du 19 janvier 2000¹⁹⁶², prévoyant que la négociation collective sur ce thème

¹⁹⁵³Jean GRIMALDI D'ESDRA, *loc.cit.* p.324. Selon l'auteur : « *Le referendum ouvre un nouveau champ d'action à l'idée participative. Il favorise la recherche d'un accord de la collectivité de travail à l'occasion de l'élaboration ou de la modification du statut collectif que de se contenter d'une simple décision unilatérale ou d'un accord collectif traditionnel* ».

¹⁹⁵⁴Antoine NABOULET, *loc. cit.* p.314.

¹⁹⁵⁵François HENOT, *loc.cit.* p.321.

¹⁹⁵⁶Dans les entreprises dépourvues de représentation du personnel, l'ancien article L3122-24 du Code du travail prévoyait que la « *pratique des horaires individualisés est autorisée par l'inspecteur du travail après qu'ait été constaté l'accord du personnel* ».

¹⁹⁵⁷L'article L 731-1 du Code de la sécurité sociale modifié par Loi n°89-1009 du 31 décembre 1989 (art. 24 JORF 2 janvier 1990 Abrogé par Loi n°94-678 du 8 août 1994 - art. 16 JORF 10 août 1994). Les régimes complémentaires de retraites et de prévoyance pouvaient être éventuellement mis en place par approbation directe des salariés

¹⁹⁵⁸Ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés (JORF n°0247 du 23 octobre 1986 page 12771). Elle prévoyait que les accords d'intéressement et de participation aux résultats de l'entreprise pouvaient également être mis en place par approbation directe des salariés (majorité des deux tiers).

¹⁹⁵⁹Christophe TEISSIER (sous la direction), *op.cit.* p.275. Ce type d'accord pouvait également être mise en place par un accord d'entreprise de droit ordinaire ou à l'issue de la négociation avec le comité d'entreprise.

¹⁹⁶⁰Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21. Au sujet des régimes complémentaires de retraite et de prévoyance le juge a clairement affirmé que la ratification par la majorité du personnel correspondait à la validation d'un accord collectif qui avait pour effet de s'imposer à toute la collectivité même la minorité réfractaire.

¹⁹⁶¹Les régimes complémentaires de retraite et de prévoyance peuvent faire l'objet d'une ratification par la majorité du personnel correspondant à la validation d'un accord collectif qui a pour effet de s'imposer à toute la collectivité même la minorité réfractaire.

¹⁹⁶²Relative à la réduction négociée du temps de travail.

devait être étendue à l'ensemble des entreprises dont celles dépourvues de représentation du personnel¹⁹⁶³, autorisa plusieurs modalités « *référendaires* »¹⁹⁶⁴¹⁹⁶⁵. Comme nous le savons, cette technique fut par la suite largement mobilisée sous diverses formes en appui de la négociation collective que celle-ci recouvre des modalités de droit commun ou « *subsidaire* ». Ainsi, la Loi n°2004-391 du 4 mai 2004¹⁹⁶⁶ consacrait le « *referendum de ratification* »¹⁹⁶⁷, permettant de recourir à cette technique lorsque la condition de majorité ne pouvait être satisfaite¹⁹⁶⁸¹⁹⁶⁹ ou dans le cadre du mandatement syndical¹⁹⁷⁰¹⁹⁷¹¹⁹⁷². La Loi du 20 août 2008¹⁹⁷³ faisait référence à une consultation directe des salariés¹⁹⁷⁴ dans le but de ratifier des accords négociés par des salariés mandatés. La Loi du 17 août 2015¹⁹⁷⁵ entreprit ensuite de

¹⁹⁶³Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21.

¹⁹⁶⁴Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (JORF n°16 du 20 janvier 2000). L'article n°19 de la Loi disposait qu'à défaut d'être signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentative et majoritaire dans l'entreprise, l'accord devait être approuvé par une consultation directe des salariés dans quatre hypothèses. Il était prévu d'organiser une consultation pour approuver un accord conclu, ou sur le point de l'être, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives minoritaires par consultation directe des salariés. L'initiative de cette consultation pouvait être prise par une organisation syndicale représentative. Les entreprises dépourvues de délégué syndical ou de délégué du personnel désigné comme délégué syndical pouvaient avoir recours à un salarié mandaté afin de négocier un accord qui devait alors être approuvé par consultation directe des salariés. Les entreprises de moins de cinquante salariés dépourvus de délégué syndical (en l'absence d'accord de branche étendue à ce sujet) ne faisant pas recours à un salarié mandaté, pouvaient négocier avec un délégué du personnel. L'accord issu de cette négociation devait être approuvé par approbation directe des salariés puis validé par une commission paritaire nationale de branche.

¹⁹⁶⁵Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.321. En effet, les entreprises de moins de onze salariés pouvaient faire approuver par « *referendum* » un « *document* » précisant les modalités selon lesquelles la durée du temps de travail était limitée à trente-cinq hebdomadaires (ou mille six cents heures sur l'année) en l'absence de convention ou d'accord de branche étendu ou de mandatement syndical.

¹⁹⁶⁶ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004).

¹⁹⁶⁷Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21.

¹⁹⁶⁸ Dans l'hypothèse où un accord de branche professionnel prévoyait la mise en place d'une majorité d'engagement, il était nécessaire que la capacité conventionnelle des organisations syndicales représentatives soit mesurée lors du premier tour des précédentes élections professionnelles. Il était possible que ces dernières élections aient fait l'objet d'un procès-verbal de carence (notamment en cas d'installation de la section syndicale postérieurement aux élections professionnelles). Or cette situation pouvait constituer une situation de « blocage » de la négociation collective. Afin de « contourner » cette situation, la Loi proposait la solution suivante : en cas de carence d'élections professionnelles, lorsqu'un délégué syndical a été désigné dans l'entreprise ou dans l'établissement, la validité de la convention ou de l'accord d'entreprise signé par ce délégué était subordonnée à l'approbation de la majorité des salariés.

¹⁹⁶⁹Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF, n°0194 du 21 août 2008 p.13064). La Loi a supprimé cette dernière procédure dite de « *sauvetage* ».

¹⁹⁷⁰Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004). La Loi autorisait également une négociation avec un salarié mandaté et contrôlé par une commission paritaire de branche. Elle prévoyait que la signature du salarié mandaté devait être confirmée par le vote des salariés qui constitue une nouvelle forme de légitimité électorale.

¹⁹⁷¹Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21.

¹⁹⁷²Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11

¹⁹⁷³Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008).

¹⁹⁷⁴Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.321.

¹⁹⁷⁵Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi (JORF n°0189 du 18 août 2015).

faciliter et d'élargir les voies de négociation avec des acteurs « *subsidiaries* »¹⁹⁷⁶. Par conséquent, après une longue période de résistance, le droit du travail a clairement fait le choix de recourir largement à la consultation directe du personnel¹⁹⁷⁷¹⁹⁷⁸. Ayant déjà présenté le large spectre des différentes modalités d'utilisation de la consultation directe des salariés à l'appui de la négociation collective, nous pouvons concentrer notre examen sur deux de ces modalités de droit positif créées par l'association de la Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016¹⁹⁷⁹ et l'Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017¹⁹⁸⁰.

La consultation directe des salariés pour approbation ou pour ratification. Ces deux techniques peuvent donner l'apparence d'une variante de la même procédure mais se révèlent en réalité fortement opposées. En effet, la première modalité recouvre une technique d'approbation (ou non) par le personnel d'un projet d'accord conclu par les acteurs « *subsidiaries* » de la négociation collective. En l'occurrence, il s'agit donc d'une « *ratification* » d'un accord collectif négocié par des agents à part entière en charge de ce procédé. La seconde technique renvoie à l'approbation d'un projet patronal directement par les salariés correspondant donc à une « *validation directe à caractère décisionnelle* » dans les entreprises dépourvues de toute représentation. Ces deux techniques confèrent au texte une dimension d'acte collectif, mais la première repose sur un processus délibératif, alors que la seconde est exclusivement unilatérale. La première modalité constitue un complément de la représentation syndicale (ou électorale), alors que la seconde peut parfois revêtir des allures de concurrente¹⁹⁸¹. La « *ratification* » se présente bien comme outil de « *complément* » à disposition des acteurs « *subsidiaries* », pouvant être utilisée comme une validation majoritaire de leur action en matière de négociation collective¹⁹⁸². Cette procédure d'approbation de l'accord collectif par les salariés

¹⁹⁷⁶Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.305. Selon l'auteur, dans ces unités de négociation, les représentants élus du personnel au comité d'entreprise (ou à la délégation unique du personnel, ou à défaut les délégués du personnel) peuvent négocier et conclure des accords collectifs s'ils ont été expressément mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche professionnelle concernées (ou à défaut par une organisation syndicale représentatives au niveau interprofessionnel). L'approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés conférerait à l'accord son caractère majoritaire.

¹⁹⁷⁷Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11. Selon l'auteure le dispositif légal se montrait réticent à utiliser ce mécanisme pour ne pas affaiblir les syndicats représentatifs.

¹⁹⁷⁸Jean. AUROUX, alors Ministre du Travail, affirmait lors de l'approbation des Lois de 1982 que « *le référendum, c'est la mort du fait syndical* » (JO débats AN, 2^e séance du 10 juin 1982, p. 3245).

¹⁹⁷⁹Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016).

¹⁹⁸⁰Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (JORF n°0223 du 23 septembre 2017).

¹⁹⁸¹Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21.

¹⁹⁸²Remarquons que le droit commun utilise une modalité comparable en cas d'échec à conclure un accord majoritaire.

est « conforme à la démocratie sociale participative »¹⁹⁸³ car elle constitue un des multiples visages de l'exigence majoritaire¹⁹⁸⁴. Elle s'oppose donc à la technique de « *validation directe* », car par son truchement les salariés « *renoncent* » à leur droit de négocier en se passant d'agent d'exercice. Elle n'est plus seulement une manière d'exprimer une exigence majoritaire, mais également une nouvelle modalité « *supplétive* » de formation de l'« *accord collectif* » se passant d'agent d'exercice de ce droit. Or, cette technique de « *validation directe* » par les salariés d'un projet patronal¹⁹⁸⁵ ne s'épanouit qu'au prix de contorsions de plusieurs notions juridiques. Au-delà des dénaturations juridiques qu'elle entraîne dans son sillage, cette novation nous pousse à questionner plusieurs éléments propres à la négociation collective et l'accord collectif.

Consultation directe, négociation et conclusion d'un accord collectif. En effet, sa récente consécration comme technique supplétive de conclusion d'un « *accord collectif* » au sein des entreprises employant au plus vingt salariés et dépourvues de comité social et économique ou de délégué syndical, soulève une série de questions concernant l'absence du processus délibératif, la nature des signataires et celle de la norme proposée à la ratification des salariés¹⁹⁸⁶. En cas d'approbation par une majorité de salariés, la consultation directe a pour effet de transformer une décision patronale unilatérale en accord collectif. Or, cette transformation oblige au constat d'une rupture du lien historique noué entre négociation et accord collectif. Elle contraint également à l'examen d'une difficulté concernant la qualification des « *signataires de l'accord collectif* ». Au bout du compte, il s'avère que par le truchement de son examen nous sommes conduits à interroger l'ensemble des modalités de toutes les formes de négociation collective. Du côté de l'employeur, la précision présente peu de difficulté car l'accord collectif doit être signé par le dirigeant de la personne morale (ou son représentant bénéficiant d'une délégation de pouvoir), mais du côté de l'autre « *partie* » la question trouve

¹⁹⁸³ Antoine MAZEAUD, *loc. cit.* p.177.

¹⁹⁸⁴ Il en ressort qu'il existe deux expressions de l'exigence majoritaire : la première est issue d'une conception représentative de la démocratie et la seconde résulte d'une approche directe de la démocratie.

¹⁹⁸⁵ Même si cette formule rappelle à certain égard une disposition de LOI n° 2000-37 du 19 janvier 2000 (Article n°19 point V) relative à la réduction négociée du temps de travail (JORF n°16 du 20 janvier 2000). En effet, pour ouvrir droit à l'allègement, l'accord d'entreprise doit être signé par une ou des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Lorsque le quorum a été atteint au premier tour des élections, le nombre de voix à prendre en compte est le total de celles recueillies par les candidats titulaires lors de ce tour. Si cette condition n'est pas satisfaite, une consultation du personnel peut être organisée à la demande d'une ou plusieurs organisations syndicales signataires. L'accord ouvre droit à l'allègement s'il est approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés. Il en est de même lorsque le texte définitif de l'accord, préalablement à sa conclusion, a été soumis à la consultation du personnel à l'initiative d'une ou des organisations syndicales signataires et a été approuvé par ce dernier à la majorité des suffrages exprimés.

¹⁹⁸⁶ Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (JORF n°0223 du 23 septembre 2017). donnant naissance aux articles L2232-21 et L2232-23 du Code du travail.

tout son intérêt. Nous savons que dans le cadre d'une négociation de droit commun (avec un ou plusieurs délégués syndicaux), le « *signataire* » de l'accord collectif est l'organisation syndicale représentative et non le délégué syndical. En effet, celui-ci a reçu un « *mandat* » pour mener la négociation pour le compte de l'organisation syndicale représentative qui a pour finalité d'incarner juridiquement un groupement professionnel en l'occurrence le personnel de l'entreprise. La question relative aux « *signataires* » de l'accord collectif est différemment posée selon les diverses modalités alternatives de négociation collective. En effet, si l'accord est conclu par un élu mandaté ou un salarié (non élu) mandaté, l'organisation syndicale représentative ayant octroyé son « *mandat* » en est la signataire. Selon cette hypothèse, l'éventuel vote majoritaire des salariés ne procède qu'à la ratification de ce projet d'accord collectif. Cependant lorsque l'accord est conclu par un élu du comité social et économique, la question de la détermination juridique du « *signataire* » est plus délicate. En effet, l'accord ne peut être signé par le comité social et économique, car l'employeur en est le président¹⁹⁸⁷¹⁹⁸⁸¹⁹⁸⁹. L'accord est donc signé par la délégation du personnel de cette instance représentative du personnel même si l'on peut douter que cette dernière bénéficie de la personnalité civile. Enfin, la question de la qualification du « *signataire* » de l'accord devient véritablement mystérieuse au sujet de la technique de « *validation directe* » à caractère décisionnel d'un projet patronal. Ce scrutin peut être perçu comme le révélateur de la manifestation d'intérêts individuels dont la somme des votes forme une éventuelle majorité¹⁹⁹⁰. Il serait aisé de voir à travers le collectif de salariés une assemblée délibérative appelée à s'exprimer par un vote au sujet d'un projet patronal. La notion d'« *acte juridique unilatéral collectif* » permettrait alors de résoudre certaines contradictions juridiques au sujet du point qui nous intéresse. Cependant cette qualification séduisante est uniquement dévolue aux décisions prise par des assemblées. Or, si le résultat de la consultation directe des salariés, se manifeste effectivement à travers une majorité capable de lier une somme de volontés individuelles¹⁹⁹¹ contraignant une minorité dissonante à accepter ce choix, l'ensemble ne constitue pas pour autant une assemblée au sens juridique où il est entendu et reconnu par la Loi. Par conséquent l'interprétation basée sur la

¹⁹⁸⁷Il apparaît délicat qu'il soit à la fois signataire de l'accord en sa qualité de dirigeant de l'entreprise mais également en sa qualité de président de cette instance.

¹⁹⁸⁸Article L.2316-25 Code du travail. Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, les comités sociaux et économiques d'établissement sont dotés de la personnalité civile.

¹⁹⁸⁹Cour de cassation, Chambre sociale, du 19 novembre 1986, 85-11.357., Publié au bulletin.

¹⁹⁹⁰Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.321.

¹⁹⁹¹Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.321.

notion d'« *acte juridique unilatéral collectif* » dévolue pour une assemblée doit être écartée¹⁹⁹². A défaut d'assemblée délibérante, il serait donc séduisant de considérer le personnel (collectif) comme un nouvel agent d'exercice de la négociation collective. Selon cette hypothèse, ce procédé normatif ne serait alors plus un droit individuel du salarié mais un droit collectif¹⁹⁹³ exercé de façon directe par son titulaire c'est-à-dire le personnel. Cette interprétation bouscule une orthodoxie doctrinale largement partagée, selon laquelle le personnel ne bénéficiant pas de la personnalité morale ne peut être parti à une convention. La solution consistant à reconnaître la personnalité civile du personnel de l'entreprise, fait l'objet d'une longue controverse doctrinale que nous allons donc tenter d'éclairer.

La question de la personnalité civile du personnel consulté. Selon une approche juridique classique, le personnel n'est rien d'autre que l'addition des individus liés par un contrat de travail au chef de l'entreprise¹⁹⁹⁴ et ne forme pas une entité constituant un élément fondateur de la notion d'entreprise¹⁹⁹⁵. A l'inverse, une autre partie de la doctrine peut développer une vision institutionnelle de l'entreprise et réserver une place importante au personnel. Elle insiste alors sur le caractère communautaire de la notion de personnel envisagé comme un ensemble de travailleurs subordonnés au même employeur mais également comme une entité dotée des structures de représentation et de négociation. Cette approche contribue à une conception organique de l'entreprise où le collectif constitutif du personnel est un groupe professionnel fondateur d'une communauté d'intérêts constituant un élément structurant de l'entreprise¹⁹⁹⁶. A ce titre, le personnel ne bénéficie pas de la personnalité morale car il n'en a pas besoin. En effet, le collectif des salariés ne prend sa consistance que lorsqu'il se trouve réuni au sein des diverses institutions représentatives du personnel car leur finalité est de le représenter juridiquement. Celles-ci disposant de la personnalité morale, l'opinion dominante de la doctrine

¹⁹⁹²Si le législateur conférait au personnel un statut d'assemblée celui-ci devrait être accompagné de modalités de fonctionnement précisées par la Loi. Il apparaît que ce dernier point semble difficilement transférable au personnel d'une entreprise. Finalement cette solution séduisante car convergente avec un instrument de la sphère politique apparaît comme inopérante.

¹⁹⁹³Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.321.

¹⁹⁹⁴Marie-Armelle ROTCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

¹⁹⁹⁵Jacques BARTHELEMY, *loc.cit.* p.321. Selon cette partie de la doctrine, seul le collectif des actionnaires est juridiquement reconnu par le biais de la personne morale de la société. Cependant l'entreprise ne saurait être assimilée à la société concrétisant cette collectivité d'actionnaires. Celle du personnel se réfère aussi à l'entreprise dont la définition ne peut dès lors qu'être fonctionnelle. L'intérêt de l'entreprise ne peut prendre de la consistance juridique que par l'optimisation de la complémentarité des intérêts de ces deux collectivités. La technique contractuelle a un rôle déterminant à y jouer.

¹⁹⁹⁶Marie-Armelle ROTCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10. Cette conception organique explique que l'accord d'entreprise soit susceptible de transformer le contrat de travail de chaque salarié alors que la conception classique concentrée sur le salarié dans sa dimension individuelle sera plus attachée à l'intangibilité du contrat de travail.

de conclure¹⁹⁹⁷ que le personnel ne dispose pas de la personnalité civile et ne peut pas par conséquent être parti à un accord collectif¹⁹⁹⁸¹⁹⁹⁹²⁰⁰⁰²⁰⁰¹²⁰⁰²²⁰⁰³. En effet, la notion de personnel ne correspondrait pas à celle d'un « *groupement structuré, porteur d'un statut légal et obéissant à la Loi de la majorité, délibérant suivant un mode formaliste, à une majorité précisée par les textes et par les statuts* »²⁰⁰⁴. Toutefois, il s'avère que la collectivité du personnel a bien des intérêts propres, distincts de la somme des intérêts de chacun de ses membres et c'est pour cette raison qu'elle dispose d'organes de représentation (notamment le comité social et économique et les délégués syndicaux). Par conséquent, il suffirait donc que la Loi procède à la reconnaissance de la capacité civile du personnel. Toutefois la difficulté ne semble pas se situer à cet endroit, car la doctrine considère habituellement que la personnalité civile n'est pas une création de la Loi, mais qu'elle peut être envisagée comme un droit naturel qui n'a pas à être reconnu expressément par celle-ci.

La personnalité civile du personnel reconnue par le juge. La Cour de cassation a depuis longtemps confirmé ce point en écartant l'obligation d'une reconnaissance légale explicite au sujet de la personnalité civile²⁰⁰⁵²⁰⁰⁶. En effet, elle n'a pas hésité à qualifier d'« *accord d'entreprise établi dans l'intérêt de l'ensemble des salariés* »²⁰⁰⁷²⁰⁰⁸ un acte adopté par le vote majoritaire du personnel relatif à un système de prévoyance. Or, l'absence de personnalité morale de ce signataire aurait dû l'inciter à la reconnaissance d'une simple décision unilatérale de l'employeur certes ratifiée par le personnel. Il en ressortait donc que le contrat collectif noué directement avec le personnel pouvait alors être qualifié d'accord collectif, créateur d'un régime et donc d'une institution à ce sujet²⁰⁰⁹. Cette solution apparaissait comme arrangeante, car en qualifiant le texte issu de cette procédure d'« *accord collectif* », cela permettait d'appliquer la

¹⁹⁹⁷Jacques BARTHELEMY, *loc.cit.* p.321.

¹⁹⁹⁸Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

¹⁹⁹⁹Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.321.

²⁰⁰⁰Jacques BARTHELEMY, *loc.cit.* p.321.

²⁰⁰¹Jean GRIMALDI D'ESDRA, *loc.cit.* p.324.

²⁰⁰²Marie-Armelle ROTSCILD SOURIAU, *loc.cit.* p.321.

²⁰⁰³Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.289.

²⁰⁰⁴Charles FREYRIA, « Les accords d'entreprises atypiques », *Droit Social*, 1988, p. 43.

²⁰⁰⁵Cour de cassation, Chambre civile 2, du 28 janvier 1954, 54-07.081, Publié au bulletin.

²⁰⁰⁶Jean GRIMALDI D'ESDRA, *loc.cit.* p.324.

²⁰⁰⁷Jacques BARTHELEMY, *loc.cit.* p.321.

²⁰⁰⁸Le texte réglementaire de 1946 (art. R. 731-8) qui autorisait cette interprétation a été abrogé, par la Loi no 94-678 du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives no 92-49 et no 92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes (JORF n°184 du 10 août 1994 la Loi n° 94-678 du 8 août 1994).

²⁰⁰⁹Jacques BARTHELEMY, *loc.cit.* p.321. A ce titre un salarié récalcitrant, ne peut s'opposer à son affiliation ou au prélèvement de la cotisation sur sa paie.

mesure à l'ensemble du personnel et notamment aux salariés réfractaires qui avaient voté contre ce projet²⁰¹⁰²⁰¹¹. Toutefois, il découlait surtout de cette jurisprudence que le législateur pouvait reconnaître « *implicitement mais nécessairement* »²⁰¹² l'existence de la personnalité civile d'organisme créé par la Loi ayant pour mission de gérer certains intérêts collectifs. Faudrait-il donc admettre la reconnaissance implicite de la personnalité civile du personnel ? Il s'agirait alors d'un signataire non identifié comme tel par la Loi bénéficiant d'instances en charge de la représentation de ses intérêts. Cette éventualité laisse d'autant plus sceptique que ces institutions représentatives du personnel sont par ailleurs déjà bénéficiaires de la personnalité civile. L'éventualité de la reconnaissance implicite de la personnalité civile du personnel entraîne à sa suite une autre série de questions. En effet, la qualification juridique en question appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par la suite d'être juridiquement reconnus et protégés²⁰¹³. Cette définition de la « *personnalité civile* » pose donc en premier lieu la question de la détermination des intérêts défendus. Concernant le personnel, la question ne porte pas sur la licéité de ceux-ci mais plutôt sur leur nature. D'apparence simple, la réponse à cette question revêt en réalité une profonde complexité. Quels sont les intérêts défendus au travers de l'expression collective des salariés à l'occasion d'une procédure « *référendaire* » ? S'agit-il de défendre les intérêts d'un collectif de salariés ou d'une myriade d'individus ? Défendre les intérêts d'une catégorie spécifique ou le personnel dans son ensemble ? Défendre l'intérêt du personnel ou celui de l'entreprise²⁰¹⁴ ? La reconnaissance de la personnalité civile pose également la question de sa portée, car elle est généralement accompagnée d'un certain nombre de prérogatives en matière patrimoniale ou procédurale. Elle pourrait donc permettre au personnel d'acquérir des biens en son nom ou éventuellement engager des procédures en justice pour la défense de ses intérêts. A l'issue d'une consultation directe validant un projet patronal, il est sans doute peu probable que le personnel nourrisse de grandes velléités patrimoniales,

²⁰¹⁰Cette qualification semblait connaître un fondement réglementaire : Le texte réglementaire de 1946 : ancien article R. 731-8.

²⁰¹¹Jacques BARTHELEMY, *loc.cit.* p.321.

²⁰¹²Cour de cassation, Chambre civile 2, du 28 janvier 1954, 54-07.081, Publié au bulletin. Si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement, l'existence en faveur d'organismes créés par la Loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice. Or dans cette décision le juge consacrait la personnalité civile du comité d'établissement alors que l'ordonnance législative du 22 février 1945 ne faisait justement référence qu'à l'ancien comité d'entreprise. Toutefois que l'on évoque le comité d'établissement ou le comité d'entreprise, on soulignera qu'il s'agit d'instance créée par la Loi alors que le personnel ne peut être considéré comme un organisme créé par la Loi.

²⁰¹³Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.321.

²⁰¹⁴Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.321.

mais il se peut que l'employeur s'abstienne d'en appliquer certaines clauses, et dans cette situation le collectif des salariés pourrait souhaiter en réclamer l'application devant un juge. Il en résulterait que le personnel se trouverait en situation de réclamer l'exercice de prérogatives équivalentes à celles d'une organisation syndicale. A moins de considérer qu'il s'agisse d'une personnalité civile réduite au simple périmètre de la négociation collective²⁰¹⁵, cette reconnaissance entraînerait donc des conséquences juridiques dépassant ce simple cadre.

La personnalité civile du personnel implicitement reconnue par la Loi. Une partie de la doctrine admet ponctuellement la reconnaissance implicite de la personnalité civile du personnel uniquement sur le sujet de la protection sociale complémentaire²⁰¹⁶²⁰¹⁷. Il est donc admis que la notion de personnalité civile peut être fonctionnelle et divisible²⁰¹⁸. Il serait donc possible d'envisager la consultation directe des salariés comme un mode d'engagement « *exceptionnel* » du personnel. Chaque fois que le législateur prévoirait cette modalité, il octroierait du même coup occasionnellement la personnalité civile au personnel engagé par l'accord collectif. Cette interprétation connaît toutefois une faiblesse résidant dans la multiplicité d'exercice de cette technique dont les règles et modalités entourant sa mise en œuvre ne sont pas unitaires. Ainsi, il serait nécessaire de différencier les accords obtenus par un vote du personnel expressément prévu par la Loi et ceux qui resteraient le fruit de la seule recherche d'un éventuel consensus. Par conséquent, dans certaines situations expressément prévues par la Loi, la consultation directe des salariés serait associée à une reconnaissance légale de la personnalité juridique du personnel et la décision issue de cette consultation pourrait être qualifiée d'accord collectif (par détermination de la Loi). Mais pour d'autres situations, le personnel consulté ne bénéficierait pas de la personnalité juridique et la décision validée directement par celui-ci resterait juridiquement à définir²⁰¹⁹. Il en découlerait donc deux qualifications bien différentes ayant des effets diamétralement opposés. Selon la première situation il s'agirait d'un accord collectif, et pour la seconde le vote du personnel pourrait sans doute s'analyser comme un simple avis. Il ne faut pas exclure qu'à terme, du fait de la multiplication des recours législatifs à cette technique, le personnel reçoive de façon implicite (ou explicite) la reconnaissance de sa personnalité juridique sur un ensemble très large de

²⁰¹⁵ Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.321.

²⁰¹⁶ Jacques BARTHELEMY, *loc.cit.* p.321.

²⁰¹⁷ Jean GRIMALDI D'ESDRA, *loc.cit.* p.324.

²⁰¹⁸ Jean GRIMALDI D'ESDRA, *loc.cit.* p.324.

²⁰¹⁹ Jean GRIMALDI D'ESDRA, *loc.cit.* p.324.

sujets²⁰²⁰, celui-ci serait alors considéré comme un acteur à part entière de la négociation collective. Toutefois, une reconnaissance de la personnalité civile du personnel non pas fonctionnelle (relative à un sujet) mais générale, poserait bien un problème de concurrence avec les organisations syndicales (voir avec les institutions élus). Serait-il dans ce cas envisageable de reconnaître la personnalité civile uniquement au personnel des entreprises dépourvues d'institutions représentative du personnel ? Une réponse positive à cette question, donnerait donc naissance à deux catégories de « *personnel* » : celui détenteur de la personnalité civile car dépourvu d'instance représentative et celui sans personnalité morale dont les intérêts seraient défendus par ses représentants. Cette solution serait alors génératrice de nombreuses confusions et constituerait une difficulté en cas de passage d'une situation à l'autre. Dans une entreprise mettant en place des institutions représentatives, le personnel perdrait sa personnalité civile et devrait transférer ses prérogatives à ses représentants. La situation inverse correspondant à la disparition des institutions représentatives du personnel ne serait pas plus simple²⁰²¹. Il est possible de franchir un pas supplémentaire, et d'envisager que cette qualification juridique soit ensuite accordée au personnel d'entreprises bénéficiant d'une représentation électorale (voir syndicale). Cette reconnaissance bousculerait la négociation collective au sein de l'entreprise dans une dimension nouvelle, autorisant le personnel par sa propre ratification à conclure des contrats collectifs liant l'ensemble des salariés. La « *vocation naturelle* » des syndicats à défendre les intérêts du personnel en sortirait ébranlée. Pour l'heure actuelle, la reconnaissance de la personnalité juridique du personnel reste donc une question ouverte, mais la controverse doctrinale à son sujet à des conséquences équivoques concernant l'acte qui peut découler de la consultation directe des salariés.

La question de la nature de l'acte approuvé par la consultation directe du personnel.

Rappelons l'enjeu de notre réflexion, si la collectivité des salariés n'est pas reconnue comme une personne morale, elle ne devrait pas pouvoir contracter avec l'employeur. Par conséquent l'acte issu de la « *validation directe* » des salariés ne devrait pas recevoir la qualification juridique d'« *accord collectif* ». Or, selon l'article L.2232-22 du Code du travail²⁰²²: « *lorsque le projet d'accord.....est approuvé à la majorité des deux tiers du personnel, il est considéré*

²⁰²⁰Jean GRIMALDI D'ESDRA, *loc.cit.* p.324. L'auteur semble favorable à une extension de la reconnaissance de la personnalité morale au personnel à un ensemble bien plus large de thèmes : « *Le point essentiel n'est-il pas que la ratification donne naissance à une norme concernant tous les salariés de l'entreprise, que leur vote ait été d'acceptation ou de rejet ?* ».

²⁰²¹Jean GRIMALDI D'ESDRA, *loc.cit.* p.324.

²⁰²²Relatif à la consultation du personnel dans les entreprises employant moins de vingt salariés.

comme un accord d'entreprise valide » Il en ressort donc que le législateur a souhaité donner à la consultation directe des salariés une valeur décisionnelle et consacrer cette modalité comme une technique de formation d'un accord collectif. Par conséquent, il s'agit d'un accord collectif par détermination de la Loi ²⁰²³. Cette qualification opérée par le législateur pourrait clore le débat à ce sujet, mais elle nous pousse bien au contraire à élargir le spectre de notre réflexion. En effet, cette notion d'accord collectif par détermination de la Loi ²⁰²⁴ nous mène à nous interroger au sujet de la nature même d'un accord collectif et nous contraint également à revenir sur la notion de négociation collective qui lui semble intimement attachée. Par le passé, la nature classique de l'accord collectif supposait l'existence d'une négociation collective débouchant sur la conclusion d'un acte juridique ayant une portée et des effets sur un collectif de salariés. Par conséquent, la nature des signataires ainsi que le processus de formation constituaient deux éléments essentiels de la définition de l'accord collectif²⁰²⁵. Or, il ne semble plus se déterminer par la qualité spécifique de ses signataires car il peut désormais être conclu par divers acteurs dépourvus du titre de représentativité. En l'occurrence, dans le cas de la consultation directe des salariés à caractère décisionnel il n'est pas certain que le personnel soit l'un des signataires de l'accord collectif. De même, si la négociation collective figure dans les gènes de l'accord collectif, alors le processus de validation en question semble à premier abord correspondre à une véritable « *dénaturation* »²⁰²⁶²⁰²⁷. Toutefois est-il bien certain que cette procédure litigieuse ne recouvre pas quelques éléments de négociation collective ? En effet, le vote positif des salariés peut avoir des allures d'expression d'un consentement découlant d'une très furtive phase de pourparlers. A l'image de nombreux autres actes juridiques, la réalité de la durée de la négociation peut être effectivement courte au point de faire un parallèle avec la notion de « *contrat d'adhésion* ». Une partie de la doctrine semble acquiescer en ce sens en considérant que

²⁰²³Jean GRIMALDI D'ESDRA, *loc.cit.* p.324.

²⁰²⁴Jean GRIMALDI D'ESDRA, *loc.cit.* p.324.

²⁰²⁵Claude DIDRY, « La production juridique de la convention collective. La Loi du 4 mars 1919 », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 56^e année, n°6, 2001, p. 1253-1282. Celui-ci continue de se caractériser d'abord par sa dimension collective, définie négativement comme non individuelle correspondant à une référence pour l'ensemble des contrats individuels.

²⁰²⁶Antoine NABOULET, « Que recouvre la négociation collective en France ? Un panorama des acteurs, des textes et des thématiques entre 2005 et 2008 », Document d'études de la Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (DARES), n°163, 2011, p.171. Selon l'auteur : « *Le principe du référendum est a priori antinomique avec celui de la négociation collective : si le second consiste en un processus de production d'un compromis entre l'employeur et représentants des salariés, le premier ne désigne qu'un mécanisme de ratification d'un texte déjà établi* ».

²⁰²⁷Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19. Selon l'auteur : « *L'absence de négociation systématique précédant la ratification d'accords dits référendaires invite à s'en méfier, sauf à accepter que les libertés ainsi prises avec le modèle de l'accord collectif de travail entraînent une dénaturation insidieuse de celui-ci* ».

le bref moment²⁰²⁸ du vote peut être assimilé à une forme de négociation collective²⁰²⁹. Rappelons qu'obligation est faite à l'employeur de présenter au personnel, les informations nécessaires à la compréhension du projet patronal préalablement au scrutin. Ce dernier scrupule est sensé correspondre au respect du principe de loyauté mais semble tout de même insuffisant à permettre l'assimilation de la « *validation directe* »²⁰³⁰ à une authentique démarche délibérative accompagnée d'éventuelles concessions réciproques permettant l'amendement d'un projet initial. Par conséquent, il en résulte qu': « *il est difficile de ne pas voir dans le référendum autre chose qu'un simple palliatif censé atténuer l'absence d'accord collectif. La technique référendaire est alors employée à escient par le législateur, afin de remédier à la prétendue incurie des négociateurs* »²⁰³¹. Le bilan est très sévère car la procédure de consultation directe du personnel à caractère décisionnel bouleverse le lien fondateur de l'accord collectif et de la négociation collective. A défaut de tractations délibératives, et de signataires disposant de la personnalité civil²⁰³², l'acte issu de cette procédure devrait être qualifié de décision unilatérale de l'employeur soumis à l'approbation directe des salariés²⁰³³. Or, comme nous le savons désormais il ne devient « *accord collectif* » que par la grâce législative.

La qualification par la Loi de la décision du personnel. Au bout du compte, quel est l'intérêt de poursuivre une controverse doctrinale sur la nature juridique des actes issus de la validation directe du personnel ? Après tout, comme nous le savons il est admis de longue date par la jurisprudence mais également par la doctrine qu'une « *décision référendaire* » peut être dotée de la qualification juridique d'accord collectif. En effet, la pratique juridique n'a pas attendu une quelconque consécration législative pour qualifier d'« *accord collectif* » des décisions à effet collectif conclus avec les diverses institutions représentatives du personnel voir

²⁰²⁸Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

²⁰²⁹Jean GRIMALDI D'ESDRA, *loc.cit.* p.324.

²⁰³⁰Autrement dit, le scrutin de la consultation directe des salariés représenterait à la fois la négociation, l'échange de volonté des deux parties ainsi qu'une ratification par une large majorité du personnel d'un projet patronal

²⁰³¹Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

²⁰³²Rappelons une autre dimension du caractère détonnant des dispositions législatives à ce sujet, s'il se confirme que le personnel ne dispose pas de la personnalité civile, il s'agirait alors d'un processus de négociation collective dont il ne serait pas certain qu'il existât deux parties.

²⁰³³Jacques BARTHELEMY, *loc.cit.* p.321.

directement avec le personnel²⁰³⁴²⁰³⁵²⁰³⁶²⁰³⁷. Par ailleurs, le terme d'« *accords référendaires* »²⁰³⁸ se retrouve dans la littérature juridique laissant supposer son caractère « *orthodoxe* ». Une partie des commentaires doctrinaux semble retenir la qualification conférée par la loi²⁰³⁹ et par la jurisprudence²⁰⁴⁰²⁰⁴¹ : « *dès lors que la Loi autorise ce référendum, elle admet que la collectivité des salariés s'exprimant par un vote puisse se substituer aux organisations syndicales pour la conclusion d'une convention ou d'un accord collectif* »²⁰⁴². Toutefois une autre partie de la doctrine estime toujours que l'acte ayant fait l'objet d'une « *validation directe* » par une majorité de salariés doit être qualifié d'« *avatar* »²⁰⁴³ d'accord collectif. En effet, le projet patronal approuvé directement par une majorité des salariés ne répondrait pas aux critères théoriques requis de l'accord constituant un modèle collectif à la fois par son mode de formation mais également par ses effets²⁰⁴⁴. Or si l'accord collectif se définit par ses effets collectifs, il nous semble justement que le maintien de la controverse doctrinale trouve tout son sens. En effet, sous cet angle constatons précisément que l'acte issu d'une « *validation directe* » des salariés produit tous les effets d'un accord collectif de droit commun. Cet élément révélateur crée une certaine confusion²⁰⁴⁵ et soulève un certain nombre de critiques. A ce titre, l'acte validé directement par le personnel s'impose à tous y compris aux salariés qui par leur vote refusent la proposition avancée et tentent d'échapper aux adaptations de leur statut collectif rendu

²⁰³⁴Cour de cassation, Chambre sociale 5 janvier 1984, n° 81-42.112. La proposition de l'employeur approuvée par référendum visait à emporter l'adhésion à une institution de prévoyance qui entendait procurer aux salariés la couverture de certains risques en échange d'une prime financée en partie par un prélèvement sur leur salaire (mais aussi par une contribution patronale). L'objet de cet arrêt portait sur un point particulier qui invitait à la prudence d'interprétation. Il était possible d'y voir un simple arrêt d'espèce non publié. Mais il était possible d'y voir la confirmation qu'un accord référendaire était un accord collectif à part entière. En l'espèce le juge avait même admis qu'un tel accord pouvait s'imposer à tous salariés malgré leur refus.

²⁰³⁵Cour de cassation, Chambre sociale, du 5 juin 1986, 83-44.750, Publié au bulletin. L'affiliation à la société mutualiste du groupe de salariés décidé par un accord d'entreprise s'impose à chaque salarié.

²⁰³⁶Michel MORAND, « Rapports entre accords collectifs et relations individuelles de travail », Droit Social, 2009, p.900.

²⁰³⁷Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

²⁰³⁸Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

²⁰³⁹Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19. Selon l'auteur : « *Au final à bien considérer l'enjeu de la qualification des accords référendaires, le débat sur le terrain des effets qu'ils produisent semble bien secondaire. En effet, que l'accord référendaire soit un accord collectif ou non il en produit les effets à chaque fois que la Loi l'admet* »

²⁰⁴⁰Jean GRIMALDI D'ESDRA, *loc.cit.* p.324.

²⁰⁴¹Yves CHALARON, « La conduite de la négociation », Droit Social, 1990, p.584. L'auteur range dans la catégorie des accords collectifs tous les accords concernant la mise en place de la participation ou l'intéressement mais également ceux concernant les régimes de retraites complémentaires ou de prévoyance conclus à l'issue d'une éventuelle consultation direct des salariés.

²⁰⁴²Philippe LANGLOIS, « La révision d'un régime de protection sociale complémentaire », Droit social, 1999, p. 384.

²⁰⁴³Pierre OLLIER, « L'accord d'entreprise dans ses rapports avec les autres sources de droit dans l'entreprise », Droit social, 1982, p. 680.

²⁰⁴⁴Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

²⁰⁴⁵Jean GRIMALDI D'ESDRA, *loc.cit.* p.324.

effectif par le vote majoritaire²⁰⁴⁶²⁰⁴⁷. La technique choisie est insidieuse car le contenu de l'acte juridique en question est exclusivement rédigé par l'employeur, et le caractère binaire²⁰⁴⁸ de la question posée par le biais de la consultation à son sujet, exclut par définition toute forme de négociation authentique. En définitive, il découle de l'assimilation effectuée par la Loi, que des actes de natures différentes conclus selon des modalités opposées produisent les mêmes effets. L'invention de l'accord collectif en dehors de la notion préalable de négociation collective représenterait donc une : « *perversion de la notion même d'accord collectif* »²⁰⁴⁹. Au fond est-ce la nature de l'acte issu de cette procédure ou sa qualification qui est la plus irritante pour la doctrine ? En effet, en contre-point de l'appréciation très critique développée ci-dessus, il est tout de même possible de plaider en faveur de cette procédure de « *validation directe* » d'un acte collectif par une majorité de salariés, car cette technique permet au salarié de ne plus être un tiers par rapport au processus de formation d'un acte juridique qui s'applique à son endroit. Cette interprétation séduisante présenterait plusieurs mérites²⁰⁵⁰ car par le biais de son vote le salarié interviendrait directement dans la formation d'un acte à caractère collectif pouvant avoir pour objet la renonciation de certains de ses droits. Cette technique constituerait donc une meilleure conciliation des dimensions individuelles et collectives du droit du travail. Cependant, si l'acte en question recevait une qualification juridique différente tout en conservant des effets comparables à ceux de l'accord collectif, l'ordonnancement doctrinal serait moins confus (ou équivoque) et le législateur aurait à sa disposition un nouvel outil juridique correspondant à ses souhaits. L'acte en question pourrait être qualifié de « *contrat collectif d'adhésion* » gommant ainsi toute référence aux notions de négociation et d'accord collectif. Dans cette hypothèse, il ne serait plus question d'infléchissement de la notion de négociation collective ou de « *dégénérescence* »²⁰⁵¹ du modèle juridique de l'accord collectif. Cette notion de « *contrat collectif d'adhésion* » continuerait de porter atteinte à la « *vocation naturelle* » des organisations syndicales représentatives à intervenir pour la défense des droits et des intérêts des salariés, mais la consultation directe de ces derniers pourrait être perçue comme : « *une manifestation de la vie démocratique plutôt qu'une cérémonie funèbre à la*

²⁰⁴⁶Jean GRIMALDI D'ESDRA, *loc.cit.* p.324.

²⁰⁴⁷Nous verrons dans notre seconde partie que les effets de l'accord collectif sont justement élargis et renforcés notamment à l'égard du contrat de travail.

²⁰⁴⁸Jean GRIMALDI D'ESDRA, *loc.cit.* p.324. Le référendum est une technique binaire : « *c'est la faiblesse de la méthode, que de l'approbation ou du rejet d'un texte* ».

²⁰⁴⁹Marie Laure MORIN, *loc.cit.* p.265.

²⁰⁵⁰Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.321. Selon l'auteur : « *Pourtant la question se pose de savoir s'il ne faudrait pas donner au référendum une plus grande portée juridique par exemple en l'absence d'organisations syndicales. Savoir s'il référendum n'aurait pas de valeur de décision ou d'accord d'entreprise : il convient de répondre par la négative* ».

²⁰⁵¹Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

*mémoire du syndicalisme....la prudence invite pourtant à faire la part du regain démocratique et d'une forme nouvelle de populisme »*²⁰⁵².

De la complémentarité ou de la concurrence de la consultation directe du personnel. La généralisation des procédures de « *ratification* » d'accords collectifs négociés par des acteurs « *subsidiaries* » ainsi que la « *validation* » directe des salariés (à valeur décisionnelle) constituent désormais deux procédures établies au sein du droit positif des relations collectives. Cependant ces procédés correspondent-ils à une volonté technique de trouver des solutions « *alternatives* » dans des entreprises dépourvues d'institution représentative du personnel, ou, un prétexte visant à une mise en concurrence des techniques issues des : « *démocratie directe* » et « *démocratie représentative* »? A priori la formulation de cette question peut sembler saugrenue (ou paradoxale) au moment où notre système de relations collectives semble faire l'objet d'un formidable renforcement du champ interprofessionnel. Pour quelle raison le législateur chercherait-il à affaiblir les organisations représentatives par cette mise en concurrence ? Ces procédures « *alternatives* » semblent avoir été conçues comme une « *voie de sauvetage* »²⁰⁵³²⁰⁵⁴ pour une négociation collective « *en panne* ». Elles ne semblent pas avoir été inventées pour attaquer les organisations syndicales mais plutôt pour pallier leurs absences²⁰⁵⁵²⁰⁵⁶²⁰⁵⁷. Au-delà de cette posture de voie de secours, elle détiendrait intrinsèquement des ressources pouvant compléter les fonctions traditionnellement exercées par la représentation. Toutefois aucun de ces dispositifs « *palliatif* » n'encouragent de nouvelles implantations d'instance représentative du personnel²⁰⁵⁸ (et notamment d'implantation syndicale) et provoquent au contraire une certaine « *dénaturation* » de plusieurs notions juridiques. La consultation directe du personnel est un objet juridique équivoque mais intéressant même si les commentaires (louangeurs ou critiques) à son sujet s'articulent autour

²⁰⁵²Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.321.

²⁰⁵³Stéphane BEAL, « Le référendum : une solution pragmatique, pas une panacée ! », Semaine Sociale Lamy 2016, n° 1716, p.5.

²⁰⁵⁴Franck PETIT, « Le référendum en entreprise comme voie de secours », Droit Social, 2016, p.903.

²⁰⁵⁶Christophe TEISSIER (sous la direction), *op.cit.* p.275. Selon l'auteur : « *Nous espérons avoir montré que si le référendum ne constitue pas nécessairement la machine à disqualifier les syndicats et à détourner les salariés de leurs représentants, son effectivité démocratique dépend de multiples conditions sociales, politiques et pratiques de possibilités* ».

²⁰⁵⁷Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21. Selon l'auteur : « *Le référendum doit alors être manié avec beaucoup de précautions et n'être admis que lorsqu'il est un complément de la représentation et non une forme concurrente et lorsque l'absence de tout représentation empêche que se développe le dialogue social* ».

²⁰⁵⁸Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p. 11. La démocratie directe affaiblirait le rôle des syndicats toutefois le référendum peut constituer un support de l'action syndicale. « *Le procédé n'atteint donc pas directement leur vocation naturelle à défendre les intérêts des salariés* ». La consultation des salariés vise à pallier le manque de légitimité des agents de négociation.

de l'éventuelle atteinte faite à la représentation du personnel (désignée ou élue). Si sa généralisation marque la fin du lien organique unissant le droit syndical et les accords collectifs, c'est surtout l'idée même de représentation, « *pourtant cardinale de la négociation collective, qui disparaît au profit de l'expression directe* »²⁰⁵⁹. En effet, cette novation modifie l'idée même de « *démocratie interne* » à l'entreprise qui se trouve purgée d'un authentique processus délibératif²⁰⁶⁰. Le modèle de représentation des salariés fait l'objet d'une critique traditionnelle selon laquelle, il aurait pour effet de déposséder le salarié de sa parole (ou serait constitutif d'un détournement de celle-ci). L'expression directe des salariés inspire de la défiance car elle correspondrait à l'expression d'opinions (non plus à la défense d'intérêts), et serait par conséquent malléable, volatile et sujette à une probable instrumentalisation. Il est effectivement difficile d'envisager cette expression de l'exigence majoritaire comme autre chose que la manifestation d'une addition de volontés individuelles. Si l'on admet que l'intérêt de la collectivité des salariés ne se résume pas à cette simple agrégation, alors on reconnaît que l'expression d'une diversité d'opinions n'est pas équivalente à la défense d'un intérêt collectif²⁰⁶¹²⁰⁶². Il s'en conclut que cette dernière tâche ne peut correctement être exécutée que par les organisations syndicales représentatives²⁰⁶³. Le droit de la négociation collective reste traversé par une tension entre expression collective et individuelle²⁰⁶⁴, car il constitue un droit des salariés et non un droit syndical²⁰⁶⁵. Parmi les droits collectifs fondamentaux, le droit à la négociation collective est « *le seul à être construit autour de la distinction entre les titulaires du droit des salariés et les agents d'exercice* »²⁰⁶⁶. Admettre que les salariés puissent exercer ce droit directement n'est donc pas sans poser quelques difficultés doctrinales. Cela implique de

²⁰⁵⁹Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

²⁰⁶⁰Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.321. Selon l'auteur : « *Toute décision dans un milieu collectif suppose, si elle veut être démocratique, une phase de délibération ou de débat, avec le pouvoir de modifier, d'amender le projet initial. Le référendum à sa place dans un tel cadre comme procédé de consultation. Mais pas d'avantage* ».

²⁰⁶¹Jean GRIMALDI D'ESDRA, *loc.cit.* p.324.

²⁰⁶²Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

²⁰⁶³Article L.2281-1 du Code du travail. La Loi du 4 août 1982 a reconnu aux salariés un droit d'expression direct et collectif sur les lieux et pendant le temps de travail. Cette Loi expérimentale a été confirmée par la Loi du 3 janvier 1986. Une partie de la doctrine considère qu'il s'agit d'un principe secondaire sans réelle importance. Mais d'autres courants doctrinaux peuvent voir au travers de ce principe un moyen institutionnel permettant de pallier la perte de représentativité des organisations syndicales.

²⁰⁶⁴Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11. Selon l'auteur : « *Le droit du travail contemporain lance un défi : quelle place doit reconnaître au travailleur individuel au sein de la collectivité à laquelle il appartient. On ne serait si la Loi et les partenaires sociaux sauront le relever et établir un nouveau type de règles vouées moins à réduire encore l'autorité syndicale qu'à établir sa légitimité à travers le consensus* ».

²⁰⁶⁵Marie-Laure MORIN, « *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit* », Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 261. Selon l'auteur : « *La définition du droit à la négociation collective comme un droit des salariés et non comme un droit syndical est une des caractéristiques de la négociation collective* ».

²⁰⁶⁶Georges BORENFREUND, « *Pouvoir de représentation et négociation collective* », *loc.cit.* p.14.

repenser à la fois cette articulation historique²⁰⁶⁷ (titulaire et agent d'exercice) mais également la nature et la portée d'un accord collectif²⁰⁶⁸. A ce sujet, le professeur Antoine LYON CAEN constate qu'il existe « *peu de lien entre la nouvelle autorité de l'accord et les nouveaux agents habilités à négocier ces accords* ». Il estime à juste titre que la Loi aurait dû moduler les différentes intensités normatives découlant des accords établis suivant ces différentes formules. Il en déduit une certaine légèreté du législateur à ce sujet²⁰⁶⁹.

²⁰⁶⁷Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p.321. Selon l'auteur : « *On peut se demander si référendum décisionnel ne serait pas l'expression la plus directe du droit des salariés à la négociation collective. En quelque sorte ils réuniraient sur leur personnel la reconnaissance du droit à la négociation collective et l'exercice de ce droit* ».

²⁰⁶⁸Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

²⁰⁶⁹Antoine LYON-CAEN, « La révision du droit de la négociation collective », in « la négociation collective à l'heure des révisions », (sous la direction) Georges BORENFREUD, Antoine LYON CAEN, Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAU et Isabelle VACARIE, Dalloz (Actes), 2005, p.115.

Conclusion de la première partie

La défense de l'intérêt de la profession et l'intérêt des salariés. Selon une interprétation « *moniste tempérée* » du droit, l'Etat délèguerait son pouvoir normatif à des institutions privées, à caractère social, choisies par ses soins. En l'occurrence, la notion de représentativité constituerait un « *titre de légitimité* » matérialisant son introduction au sein de la sphère des relations professionnelles. A ce titre le professeur Jean-Maurice VERDIER pouvait ainsi définir cette dernière notion comme : « *l'aptitude concrète d'un syndicat à représenter au-delà des intérêts de ses membres ceux d'une collectivité ; c'est la conjugaison de l'idée de pluralisme syndical sous-entendu par le principe de liberté syndicale et l'exigence d'un mode d'habilitation n'admettant que les plus représentatifs aux fonctions de participation* »²⁰⁷⁰. Longtemps cette conception de la représentativité a oscillé entre deux pôles opposés : « *l'un où l'Etat assure le bénéfice de la Loi professionnelle sous réserve de la prise en compte d'une expression pluraliste de l'intérêt collectif du plus grand nombre et l'autre où la représentativité intrinsèque de chaque organisation permet par elle-même à l'accord de s'appliquer à tous* »²⁰⁷¹. Si l'intervention de l'Etat dans le domaine a toujours été « *forte et assumée* »²⁰⁷², il serait toutefois « *quelque peu simplificateur de parler d'une pure représentation légale* »²⁰⁷³. En effet, il ressort de l'étude historique que les collectivités de salariés ont joué un rôle important dans la formation de leur pouvoir de représentation et « *faire de la représentativité syndicale une technique purement étatique de sélection des organisations syndicales ne découle d'aucun principe constitutionnel* »²⁰⁷⁴. Par conséquent il en résulte que l'« *autonomie collective* » a été confortée par le soutien de la puissance publique.

D'un titre concédé par l'Etat à une « habilitation » des parties prenantes. Or, il apparaît justement qu'à la demande de l'Etat, les protagonistes sociaux ont contribué à la formation d'une nouvelle définition de la notion légale de représentativité. En effet, suivant une procédure de concertation institutionnalisée, leur cohorte a contribué à la reformulation d'une définition légale de la représentativité syndicale ainsi qu'à la création d'une notion presque symétrique

²⁰⁷⁰Jean-Maurice VERDIER, *loc.cit.* p.14.

²⁰⁷¹Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.341.

²⁰⁷²Josépha DIRINGER, *op.cit.* p.11 (citation p.182).

²⁰⁷³Georges BORENFREUND, « Pouvoir de représentation et négociation collective », *loc.cit.* p.14.

²⁰⁷⁴Josépha DIRINGER, *op.cit.* p.11. Selon l'auteur : « *Cela résulte d'avantage d'un choix effectué par le législateur dans le cadre de son pouvoir d'appréciation et par le juge dans le cadre de son pouvoir d'interprétation* ».

concernant les organisations d'employeurs. Il s'avère que la dimension intrinsèque des principaux critères de cette double notion mêlant « *influence* » et « *authenticité* », permet désormais aux « *représentés* » de déterminer les acteurs des relations professionnelles tout en réduisant l'emprise de l'Etat et du juge dans ce domaine. Au point que la Chambre sociale de la Cour de cassation nous indique que dorénavant chaque salarié « *habilite* » par son vote les organisations syndicales représentatives leur conférant de cette manière de nouvelles prérogatives²⁰⁷⁵. Plus exactement une majorité de voix exprimées en faveur d'une organisation syndicale représentative (ou d'une coalition) correspondrait donc à l'octroi d'une « *habilitation* »²⁰⁷⁶ conférant une plus grande légitimité à ses bénéficiaires et leur permettant d'aller jusqu'à modifier les contrats de travail de chacun des salariés. Par le truchement de cette « *habilitation* », le salarié se trouverait individuellement engagé par le syndicat signataire. La relation les unissant serait dorénavant incarnée par un vote donnant pouvoir d'agir. Ainsi l'organisation habilitée pourrait aller jusqu'à prendre pour leur compte d'éventuelles concessions de droits voir accepter la création de nouvelles obligations à l'égard de l'employeur. Par conséquent, doit-on en conclure que notre traditionnelle représentation d'intérêts se transforme en représentation des personnes ? L'usage par le juge du terme d'« *habilitation* »²⁰⁷⁷ apparaît révélateur d'une inclination à examiner cette relation comme relevant d'un lien d'ordre privé voire presque contractuel. Il ne s'agirait donc plus d'un titre délivré par l'Etat à une organisation syndicale afin d'assurer une mission d'intérêt général, mais d'une « *habilitation* » équivalent à un « *mandat* » confié par une majorité de salariés.

Une représentation d'intérêt et une représentation des personnes. Cependant comme nous le savons, la volonté de renforcer la notion de représentativité : « *ne se comprend pleinement que rapportée aux relations entre les syndicats et l'Etat* »²⁰⁷⁸. Par conséquent, au moment historique du déploiement de la négociation « *pré-législative* », il serait gênant de constater la disparition totale d'une représentation d'intérêt et sa substitution par une représentation des personnes. Selon une partie de la doctrine, plusieurs évolutions inciteraient plutôt à la reconnaissance d'un entremêlement de ces deux formes de représentation. Au sein des champs les plus centralisés des relations collectives, la représentation serait dominée par le souci de la défense d'un intérêt

²⁰⁷⁵Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 27 janvier 2015, 13-22.179, Publié au bulletin.

²⁰⁷⁶Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 27 janvier 2015, 13-22.179, Publié au bulletin. Selon la formule : « *Par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote* ».

²⁰⁷⁷Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 27 janvier 2015, 13-22.179, Publié au bulletin.

²⁰⁷⁸Olivier LECLERC, *loc.cit.* p.174.

collectif censé transcender la somme des intérêts individuels, mais au niveau le plus décentralisé elle apparaît plus concentrée sur la préservation des intérêts des personnes²⁰⁷⁹²⁰⁸⁰²⁰⁸¹²⁰⁸²²⁰⁸³. Admettons que ce titre se situe dorénavant au carrefour d'une défense d'intérêts et des personnes. Nous examinerons attentivement ce paradoxe à l'occasion de notre seconde partie.

La perte de centralité de la notion de représentativité. Par conséquent, la représentativité n'est plus tout à fait un titre délivré par l'Etat aux protagonistes sociaux car désormais elle se rapproche effectivement plus d'une « *habilitation* » conférée par le truchement du vote des salariés (ou l'adhésion des employeurs). Toutefois malgré sa nouvelle nature, elle semble avoir perdu de son éclat et de sa centralité. En effet, la doctrine²⁰⁸⁴ l'a longtemps considéré comme une fiction juridique²⁰⁸⁵ autorisant une équivalence²⁰⁸⁶ entre représentés et représentants. Il en ressortait que la charge de défendre l'intérêt collectif du personnel se confondait aisément avec la capacité de conclure des actes les contraignant. La dimension normative de l'accord collectif correspondait à cette finalité et la représentativité justifiait l'extension de la portée de la

²⁰⁷⁹Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21

²⁰⁸⁰Laetitia BONNARD PLANCKE, *loc.cit.* p.208. Selon le professeur PIROU l'application extensive de la convention collective, c'est-à-dire son application au-delà du seul périmètre des adhérents ne peut s'expliquer que par la théorie du mandat collectif légal au sein de laquelle les notions de majorité et de minorité sont déterminantes

²⁰⁸¹Gaétan PIROU, « Les capacités juridiques successives du contrat collectif de travail en France », thèse de droit Rennes, 1909, p.195. La théorie du mandat collectif dispose que : « *les ouvriers seront liés du jour où les groupements dont ils font partie auront à la majorité consentie la convention, même s'il se peut (au cas de vote nominal par exemple) qu'ils appartiennent à la minorité* ». L'auteur doit convenir que sa théorie n'est pas respectueuse de la vision orthodoxe du mandat et qu'elle doit s'accompagner d'un pouvoir de contrainte que ne détient pas l'organisation syndicale. La notion de majorité peut être un des fondements d'un élargissement de l'autorité syndicale.

²⁰⁸²Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.24. Selon l'auteur : « *on se situe au carrefour de la représentation d'intérêts et de la représentation de personnes, dans la mesure où les salariés, pris en tant que tels, vont être liés par un acte juridique* ».

²⁰⁸³Jean-Maurice VERDIER, *loc.cit.* p.14. Selon l'auteur : « *la représentation syndicale exercée dans le cadre d'un accord collectif, est plus proche, du point de vue de la technique juridique, de la représentation de droit commun que ne l'est celle qu'exerce un syndicat lorsqu'il revendique, réclame présente des candidats, occupe des sièges dans un organisme consultatif ou gestionnaire* ».

²⁰⁸⁴Hans Kelsen, *op.cit.* p.44. Selon l'auteur : « *l'essence de la représentation consiste en ce que la volonté du représentant est la volonté du représenté* ». (citation p.395).

²⁰⁸⁵Josépha DIRINGER, *op.cit.* p.11. L'auteur note que : « *la représentation collective des salariés est une forme de dérégulation sociale. Symboliquement, elle transforme des volontés individuelles subordonnées en une volonté collective émancipée. La magie opère et le droit, grâce à une fictiojuris, établit une équivalence* » (citation p.1)

²⁰⁸⁶Georges BORENFREUND, « Pouvoir de représentation et négociation collective », *loc.cit.* p.14. Selon l'auteur : « *Si la Loi élève la convention collective au rang des règles impératives de la vie juridique, n'est-ce pas parce qu'elle tient pour acquise une forme d'équivalence entre l'acte conclu par les syndicats représentatifs et celui qui aurait été accompli par les salariés, s'ils avaient pu agir directement ? Or cette équivalence sous-jacente à l'effet normatif de la convention collective et que favorise le concept de représentativité, est à la racine de l'idée de représentation* ».

convention collective à l'ensemble des salariés de la profession²⁰⁸⁷. De surcroît la signature d'une seule organisation bénéficiaire de ce titre était requise et suffisante pour conférer une portée réglementaire à l'accord collectif. Il est vrai que le principe d'unicité de signature a longtemps renforcé cette équivoque recouvrant à la fois « *aptitude à représenter* » et « *capacité conventionnelle* »²⁰⁸⁸ sous le label de représentativité²⁰⁸⁹. Selon cette logique, la capacité conventionnelle était la principale prérogative découlant directement de la notion de représentativité au point de les confondre. Or, il s'avère que ces notions sont théoriquement distinctes car ne reposant pas sur les mêmes fondements²⁰⁹⁰.

Capacité conventionnelle et exigence majoritaire. De même, nous savons dorénavant que peu importe la nature des signataires, qu'ils soient titulaires ou non du label de représentativité, élus ou désigné, les actes en question ont désormais pour point commun de se soumettre à une exigence majoritaire. Par conséquent la convention se détermine désormais plus par sa dimension majoritaire que par la qualité de ses signataires. En outre, le vote est au carrefour de plusieurs notions complémentaires²⁰⁹¹²⁰⁹², car il est à la fois la clef permettant l'acquisition du titre de représentativité, l'assise de la capacité conventionnelle, mais aussi le fondement de la règle majoritaire déterminant la validité de l'accord collectif²⁰⁹³. Par conséquent, il se confirme que le label ne confère plus intrinsèquement à l'accord conclu sa dimension collective car il apparaît que le respect de l'exigence majoritaire sous ses diverses formes est bien dorénavant l'élément le plus amène à ce sujet²⁰⁹⁴²⁰⁹⁵.

²⁰⁸⁷ Jean-Maurice VERDIER, *loc.cit.* p.14. Pour l'auteur ce mécanisme juridique soulève une certaine contradiction au sein de cette volonté de mettre en place un système reposant sur une pluralité d'organisations.

²⁰⁸⁸ La tradition essentialiste du syndicalisme français pour laquelle le syndicat comme le mouvement ouvrier représente globalement la classe ouvrière (indépendamment des adhésions) ainsi que le respect de la volonté individuelle du salarié, sont les principales influences de cette approche.

²⁰⁸⁹ Josépha DIRINGER, *op.cit.* p.11. Selon l'auteur : « *la conjugaison opérée conduit ainsi à voir dans la négociation collective autant une expression de la liberté du syndicat que la mise en œuvre du principe de participation. En effet la Loi a vocation à garantir l'un et l'autre* » (citation p.154).

²⁰⁹⁰ Au sein des systèmes d'inspiration germanique, le syndicat ne bénéficie d'aucune habilitation lui conférant une représentativité. Il acquiert son pouvoir de négocier par la démonstration de sa puissance et par une reconnaissance mutuelle des protagonistes sociaux. Cependant l'organisation ne négocie que pour le compte de ses adhérents. Ces dernières sont les seuls à se prévaloir des avantages découlant de l'accord. Toutefois il existe en droit allemand des procédures juridiques équivalentes en droit interne à l'extension administrative des accords (établissant une portée générale à l'accord). Mais ces procédures ne sont que très peu utilisées par l'administration du travail allemand.

²⁰⁹¹ Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.142.

²⁰⁹² Pascal RENNES, « Représentativité syndicale et réalité des droits collectifs », *Le Droit Ouvrier*, 2007, p. 20

²⁰⁹³ Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.142.

²⁰⁹⁴ Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

²⁰⁹⁵ Jean GRIMALDI D'ESDRA, *loc.cit.* p.324. Selon l'auteur : « *Élever toute ratification référendaire au rang d'accord collectif est quelque peu délicat, osé sinon impossible : le privilège des organisations syndicales représentatives ne s'efface que devant une prévision légale* ».

Du vote d'une « habilitation » à une consultation directe des salariés. D'autre part ce lien censé unir la notion de représentativité à la négociation collective semble d'ores et déjà concurrencé par un autre phénomène progressivement diffusé en droit interne. En effet, il s'avère que le droit ne cesse d'introduire de nouvelles formules de consultation directe du personnel ayant pour but d'approuver les actes conclus par les acteurs de droit commun ou « *subsidiaries* » de la négociation collective. Il se constate en effet une volonté de confirmer par une ratification directe et majoritaire de salariés²⁰⁹⁶²⁰⁹⁷ la légitimité des textes négociés par des protagonistes bénéficiant pourtant de mandats électifs et syndicaux²⁰⁹⁸. Cette dernière technique a progressivement été choisie par le législateur afin de pallier la perte d'autorité des syndicats ainsi que pour accompagner la décentralisation de la négociation collective dans les ressorts où ils pouvaient être complètement absents. Au bout du compte, le droit positif distingue deux formules différentes que nous avons déjà qualifiées de « *referendum de ratification* » et « *référéndum décisionnel* ». Il apparaît que si la première perturbe quelque peu les éléments fondamentaux issus de la doctrine, la seconde les bouleverse immanquablement. En effet, traditionnellement la convention de travail se définissait comme un acte négocié ayant des effets collectifs. Par conséquent sa nature négociée, était étroitement associée à son processus de formation²⁰⁹⁹²¹⁰⁰. Selon sa formule « *orthodoxe* », l'accord collectif ne pouvait être issu que d'une négociation entre parties bénéficiant théoriquement de puissances « *comparables* »²¹⁰¹. Il en va ainsi pour la négociation collective entre un employeur et une (ou plusieurs) organisation syndicale représentative majoritaire²¹⁰². Mais il en va également ainsi pour les accords collectifs conclus par des acteurs « *subsidiaries* » désormais considérés comme

²⁰⁹⁶Bernard GAURIAU, *loc. cit.* p. 321 ;

²⁰⁹⁷Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi proposait deux recours à la consultation directe des salariés en cas d'accord négocié avec des élus mandatés et des salariés non élus mais mandatés. Au travers ces deux options, l'employeur avait la charge d'organiser une consultation directe des salariés dans un délai de deux mois à compter de la signature de ce « projet » d'accord.

²⁰⁹⁸L'employeur peut conclure directement un accord avec un salarié non élu mais mandaté. Dans cette hypothèse l'accord collectif doit être approuvé par une majorité de salariés ayant été consulté à cet effet.

²⁰⁹⁹Ylias FERKANE, *op.cit.* p. 19. Selon l'auteur : « *L'originalité majeure de cet accord tiendrait à son caractère négocié* ».

²¹⁰⁰Ce processus de négociation collective a sans doute été plus précisément défini par le droit du travail que le processus de formation du contrat de travail. Et pour cause, le salarié pris individuellement n'est pas toujours en mesure de mener une négociation authentique avec son employeur. Par conséquent les salariés se sont réunis au sein d'organisations collectives en charge de la défense de leurs intérêts afin de rétablir une certaine égalité à l'occasion d'une éventuelle négociation.

²¹⁰¹Selon ce point les négociations collectives ne peuvent être menées que par des organisations syndicales représentatives, ou à défaut par des « *acteurs subsidiaires* » bénéficiant d'une certaine légitimité à l'égard des salariés et d'une relative puissance et indépendance vis-à-vis de l'employeur.

²¹⁰²Si celles-ci disposent de la capacité conventionnelle requise afin de respecter l'exigence majoritaire l'accord collectif est valablement formé, à défaut les protagonistes sociaux peuvent éventuellement recourir à une ratification directe du projet d'accord par une majorité de salarié.

des négociateurs à part entière. Dans ce dernier cas, la consultation directe des salariés a bien pour objet de procéder à la ratification d'un acte négocié par des acteurs en charge de l'exécution du procédé. Cependant, il n'en va pas de même au sujet de la consultation directe des salariés à caractère décisionnel qui rompt le lien entre négociation et accord collectif. Il en résulte que l'effacement du label de représentativité et de ses attributs derrière les formules « *palliatives* » de la négociation ébranle la définition classique de l'accord collectif. Concernant les organisations de salariés, les éléments en question révèlent et entretiennent leur faiblesse. A ce titre se sont bien les places dans notre branche du droit de la représentation collective, de l'authenticité des pourparlers ainsi que la nature des actes collectifs qui sont en enjeux. Par conséquent, dans notre seconde partie nous reviendrions sur ce trouble.

La promotion de la négociation collective et le bouleversement des logiques fondatrices.

Promouvoir la négociation collective, tel était l'unique cap fixé aux différentes modifications juridiques étudiées. Ce mouvement unilatéral a cependant drainé avec lui un bouleversement du droit de la représentation²¹⁰³ ainsi qu'un renversement des logiques de l'action syndicale²¹⁰⁴. Il apparaît qu'il n'avait pas pour objectif principal de renforcer l'autorité des organisations professionnelles mais leur légitimité à l'égard des différentes institutions. Or, si la légitimité des organisations professionnelles est justement la question qui hante la révision de la notion de représentativité, celle de leur autorité ne marque pas le même intérêt. Le dispositif de sélection par le nombre induisant plus largement que par le passé une détermination par les parties prenantes (salariés et employeurs) des organisations chargées de la défense de leurs intérêts peut augmenter leur légitimité mais n'a pas pour finalité d'accroître leurs puissances respectives. Concernant particulièrement les organisations syndicales, il nous apparaît effectivement que la nature principalement « *électorale* » de leur représentativité est insuffisante au renforcement de leur autorité. Plusieurs sociologues estiment que fonder cette dernière sur un dispositif électoral constitue un moyen de renforcer la légitimité d'acteurs défaillants²¹⁰⁵. Une autre partie émet des doutes au sujet d'une notion renforçant

²¹⁰³Françoise FAVENNEC-HERY, loc.cit. p.121. Selon l'auteure : « *C'est dès lors l'accroissement du rôle de la négociation collective qui a guidé l'évolution du droit de la représentativité* ».

²¹⁰⁴Jean-Maurice VERDIER, loc.cit. p.181. Selon l'auteur : « *Nul doute donc que toute retouche au régime de la représentativité ...ne porte en soi le germe d'un infléchissement sensible, sinon d'un bouleversement des finalités de l'action syndicale* ».

²¹⁰⁵Pierre-Éric TIXIER, loc.cit. p.14.

l'institutionnalisation du syndicalisme²¹⁰⁶²¹⁰⁷²¹⁰⁸. Au bout du compte, les organisations professionnelles représentatives restent des acteurs légitimes mais faibles car tributaires de leurs résultats électoraux.

Des acteurs autonomes mais tributaires de la négociation collective. Par ailleurs, le sujet de leur autonomie est plus ambivalent car leur sort est désormais arrimé au destin de la négociation collective. En somme il leur faudrait négocier pour exister²¹⁰⁹ et conclure des accords pour se renforcer. Par conséquent, le pari de l'institutionnalisation par la négociation collective contraint les acteurs à fortement accepter ces mécanismes. Ce choix leur retire une part de leur liberté d'action et les expose à un éventuel affaiblissement. Cette nouvelle finalité doit justifier la présence syndicale au sein de l'entreprise et modifie le contenu de leur action. Dès lors, le syndicalisme se caractérise plus par ses fonctions notamment celle consistant à négocier et moins par son essence²¹¹⁰. Ce bouleversement semble marqué par le passage d'une « *culture de mobilisation à une culture de gestion* »²¹¹¹. Or, si cette nouvelle dynamique contractuelle permet bien la transformation des appareils productifs et des conditions de travail des salariés, en revanche il n'est pas établi que les organisations syndicales souhaitant participer à ce changement culturel bénéficient mécaniquement d'un renforcement de leur autorité auprès des salariés²¹¹², des employeurs ou de l'Etat. Ces acteurs plutôt faibles, organisés (ou réorganisés) autour de la notion de négociation collective, préfèrent désormais se concentrer sur leurs fonctions normatives et régulatrices²¹¹³ et sont invités à participer à la définition de politiques publiques de l'emploi et des conditions de travail²¹¹⁴. Ce mouvement à l'initiative de l'Etat marque un glissement du mouvement syndical d'une : « *conquête sociale à une tâche de participation au mouvement de la démocratie* »²¹¹⁵. Par conséquent la consécration du procédé a-t-elle pour objet de renforcer la Loi par la mise en place d'un processus institutionnalisé de concertation associant les parties prenantes bénéficiant désormais d'une plus grande

²¹⁰⁶Pierre-Éric TIXIER, *loc.cit.* p.14.

²¹⁰⁷Dominique ANDOLFATTO, Dominique LABBE. *op. cit.* p.92.

²¹⁰⁸Christian DUFOUR et Adelheid HEGE, *loc.cit.* p.209. Les auteurs indiquent que la « *capacité représentative* » d'une organisation correspond à son aptitude à agréger et à hiérarchiser des intérêts multiples et contradictoires mais également à agir sur la cohésion d'un groupe social. La perte de représentativité des organisations ne doit plus être considérée comme la conséquence d'un essoufflement syndical mais comme la cause de celui-ci.

²¹⁰⁹Sophie BEROUD et Karel YON (sous la direction), *op.cit.* p.273.

²¹¹⁰Sophie BEROUD et Karel YON (sous la direction), *op.cit.* p.273.

²¹¹¹Sophie BEROUD et Karel YON (sous la direction), *op.cit.* p.273.

²¹¹²Pierre-Éric TIXIER, *loc.cit.* p.14.

²¹¹³Christian DUFOUR et Adelheid HEGE, *loc.cit.* p.209.

²¹¹⁴Corinne DEQUECKER et Pierre-Éric TIXIER, *op.cit.* p.10.

²¹¹⁵Sophie BEROUD et Karel YON (sous la direction), *op.cit.* p.273.

légitimité ? Ou a-t-elle pour objet d'octroyer à ces mêmes acteurs une plus grande autonomie vis-à-vis de cette même Loi²¹¹⁶? Dans les deux hypothèses, pour que le procédé en question fonctionne correctement il doit se fonder sur des pourparlers authentiques, sérieux et loyaux entre deux parties de puissance équivalente. Nous examinerons donc également cette question au sein de notre seconde partie.

La formation et les effets d'une nouvelle légitimité des parties prenantes. En définitive, malgré une révision du label de représentativité menée par les protagonistes sociaux dans leurs propres intérêts, la représentation professionnelle reste aux prises de grandes difficultés, voire d'une éventuelle remise en question par une expression plus directe des salariés. Sous cet angle, le professeur Patrice ADAM affirme justement que le défi du syndicalisme moderne est d' : « être le syndicat de tous, tout en étant celui de chacun »²¹¹⁷.

Malgré cet embarras, au cours de notre première partie nous avons examiné les circonstances et les modalités de la mise en place d'une nouvelle légitimité des protagonistes sociaux. Celle-ci désormais périodiquement acquise dans les ressorts déterminés par leurs soins sur la base de leur influence et de leur authenticité modifierait la nature de leur habilitation au point de leur accorder une autorité lors de la formation des Loi les concernant. En outre, dans les ressorts les plus décentralisés, ces derniers auraient prétendument suffisamment de légitimité afin d'éventuellement écarter les dispositions du droit imposé voir de remettre en cause les stipulations du contrat de travail des salariés qu'ils représentent. Au long de cette seconde partie nous étudierons donc les effets de cette nouvelle légitimité octroyant aux protagonistes sociaux de plus amples et effectives marges d'autonomie.

²¹¹⁶Nicole MAGGI-GERMAIN, *loc.cit.p.17*.

²¹¹⁷Patrice ADAM, *loc.cit. p.137*.

Deuxième partie : L'autonomie de l'accord collectif

Introduction de la deuxième partie

La formation d'une légitimité et d'une autonomie des parties prenantes. En définitive, notre étude revient donc à poser la question suivante : la réforme de la représentativité a-t-elle pour finalité la construction d'une légitimité renforcée des acteurs privés permettant la consécration d'une source autonome de droit, ou, s'agit-il de conférer aux protagonistes sociaux une autonomie plus large mais dans les limites du cadre d'une délégation légale²¹¹⁸? Nous savons que le législateur a procédé à une révision de la notion de représentativité, mais que celle-ci reste malgré tout porteuse d'une « *ambiguïté structurelle* »²¹¹⁹, car toujours scindée en deux facettes antinomiques : similitude et distanciation. Cependant au sein du champ interprofessionnel, ce label²¹²⁰ semble s'être renforcé pour mieux soutenir le principe de participation auquel il apparaît intrinsèquement lié. Etrangement, dans les plus larges de ces ressorts (interprofessionnel et branches professionnelles) les modalités d'obtention de ce label servent désormais à déterminer de façon bilatérale tous les agents d'exercice de la négociation collective (employeurs et salariés) alors que la titularité du principe de participation revient exclusivement aux salariés. A ce sujet, nous savons que la négociation collective née de la jonction du droit syndical et de la convention de branche professionnelle se trouve d'abord envisagée comme un droit subjectif du salarié s'exerçant de manière collective par ses représentants. Or, il découle de l'examen du droit positif que ce procédé occupe désormais une place privilégiée notamment au sein du ressort de l'entreprise l'assimilant de fait à une mécanique bilatérale créatrice de normes. Il semblerait qu'il existe donc un décalage formel entre son conditionnement juridique (simple déclinaison du principe de participation) et la réalité de la position acquise dans l'ordre juridique. En effet, les protagonistes sociaux sont désormais institutionnellement invités à participer à la formation de la Loi, et contribuent également à sa mise en œuvre selon de nouvelles manières qui leur offrent de plus amples marges d'autonomie. A ce titre, la notion de « *Loi négociée* »²¹²¹ pourrait apparaître comme l'élément symbolisant la nouvelle stature de la négociation collective. Néanmoins, si cette transformation bouleverse les différentes catégories conceptuelles, il ne semble pas pour autant

²¹¹⁸Nicole MAGGI GERMAIN, *loc.cit.* p.17.

²¹¹⁹Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

²¹²⁰Josépha DIRRINGER, « *Les voies vers une démocratie sociale et environnementale ou l'illusion procédurale* », Droit social, 2015, p.326.

²¹²¹Alain SUPIOT, *loc.cit.* p.110.

possible d'en conclure à la fin définitive d'un modèle « *vertical* »²¹²². Tout d'abord, elle ne constitue pas une évolution conquise par les protagonistes sociaux, mais plutôt un mouvement consenti et désiré par l'Etat. Ensuite, concernant la dialectique entre la Loi (ou le règlement) et l'« *autonomie collective* », s'il s'observe bien un changement d'apparence celui-ci ne correspond pas à une modification de nature²¹²³, car cette relation se réalise toujours sur un mode hiérarchique de subordination. En effet, la place de la négociation collective peut être développée ou restreinte par la Loi, sans toutefois être supprimée ou remise en cause de façon substantielle²¹²⁴. Par conséquent les bénéficiaires du label de représentativité restent toujours tributaires de cette dernière. Néanmoins, il s'avère bien que dorénavant les différentes normes sont bien enserrées dans une pluralité de sources de droit international, européen, national mais également dans des sources privées habilitées à cet effet²¹²⁵. Par conséquent, il se révèle tout de même que l'ordonnancement « *vertical* » du droit du travail peut sembler quelque peu brouillé par la reconnaissance d'une pluralité de foyers juridiques. En l'occurrence il en ressort que le processus de création (ou de mise en œuvre) normatif semble bien reposer sur un réseau de sources de droit²¹²⁶ et d'acteurs de différentes natures, reliés les uns aux autres selon un agencement bien défini constitutif d'un ensemble comparable à un réseau²¹²⁷²¹²⁸ renvoyant à un « *modèle de structuration souple, évolutive, labile* »²¹²⁹. Apparemment, le « *droit négocié* » serait donc devenu le meilleur soutien (ou le parfait prolongement) du « *droit imposé* »²¹³⁰. A moins qu'il ne bénéficie en réalité d'un privilège traduisant l'émancipation de l'accord collectif, et notamment de l'accord collectif d'entreprise par rapport à la Loi²¹³¹. En effet, au sein du champ de l'entreprise, la Loi apparaît de plus en plus supplétive à l'égard de l'accord collectif²¹³²²¹³³ et la relation entre les deux normes navigue entre « *complémentarité* » et

²¹²²Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.66.

²¹²³Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

²¹²⁴Isabel ODOUL-ASOREY, « La négociation collective, confortée par le principe de participation ? », *Droit Social*, 2015, p.987.

²¹²⁵Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

²¹²⁶François OST et de Michel VAN de KERCHOVE, *loc.cit.* p.63. Les auteurs indiquent que l'étude des sources du droit, en tant qu'instrument de validation, permet de comprendre le passage d'un système juridique hiérarchique et « *statocentré* » à un « *processus polycentrique et négocié* ».

²¹²⁷François OST et de Michel VAN de KERCHOVE, *loc.cit.* p.63.

²¹²⁸Elsa PESKINE, « Réseaux d'entreprise et droit du travail », Paris, Bibliothèque de droit social, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2008, p.376. L'auteure considère que l'entreprise serait une structure ouverte susceptible de s'étendre à l'infini.

²¹²⁹Isabelle DA COSTA, « La théorie des relations industrielles aux États-Unis », in Jean-Daniel. REYNAUD, François EYRAUD, Catherine PARADEISE, Jean SAGLIO (sous la direction.), « Les systèmes de relations professionnelles », Paris, C.N.R.S. 1990, p.430 (Citation p. 29).

²¹³⁰Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.21.

²¹³¹Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.21.

²¹³²Jacques BARTHELEMY, « La négociation, outil de gestion des entreprises », *Droit social*, 1990 p. 580.

²¹³³Marie-Armelle SOURIAU-ROTSCHILD, « Engagements et arrangements sur l'emploi, quelle efficacité juridique ? », *Droit Social*, 1997, p. 1061.

« concurrence ». Par conséquent, à l'occasion de cette seconde partie nous commencerons par l'examen des modalités d'association de ces acteurs privés à la détermination des règles les concernant avant d'étudier les nouvelles marges d'autonomie dont ils disposent effectivement.

L'autonomie de l'accord collectif à l'égard des autres normes. A priori, la notion d'« autonomie collective » semble à la fois garantie et soumise à l'ordre juridique étatique, se déployant au sein d'espaces volontairement ouverts par le législateur²¹³⁴²¹³⁵. Cependant, la réalité de l'autonomie des protagonistes sociaux ne peut uniquement se jauger à l'aune de leurs relations à Loi (ou règlement). Nous étudierons donc également, si les cartes sont désormais battues différemment au sujet de la relation tissée entre l'« autonomie collective » et l'autonomie individuelle. Nous nous intéresserons à la capacité de résistance du contrat de travail à l'encontre de l'accord collectif afin de savoir dans quelle mesure le salarié doit désormais se plier à la volonté majoritaire du collectif de travail. Par ailleurs nous examinerons également avec vigilance le regard désormais posé par le juge sur les stipulations issues du procédé de la négociation collective notamment au sein de son champ le plus décentralisé, car après les avoir longtemps confondus, la chambre sociale de la Cour de cassation semble faire une plus nette différence entre l'acte patronal unilatéral et la norme négociée²¹³⁶²¹³⁷²¹³⁸. Enfin, nous étudierons si les protagonistes sociaux bénéficient de la possibilité d'ordonnancer selon leurs souhaits les stipulations conventionnelles issues des divers champs de leurs négociations. Au travers l'étude de ce dernier point, nous constaterons un certain effacement des règles reliant les divers ressorts de la délibération collective au bénéfice des stipulations résultant de la négociation d'entreprise. Jusqu'alors, l'« autonomie collective » était identifiée comme une

²¹³⁴Alain SUPIOT, « Critique du droit du travail », Presses Universitaires de France, Quadrige, 2011, p.336. Selon l'auteur : « Contre ou en dehors de l'hétéronomie mais bien au contraire en son sein dans une aire garantie par l'Etat ».

²¹³⁵Josépha DIRINGER, *op.cit* p.11. Au sujet des relations professionnelles, l'auteure remarque que le pluralisme des sources et « l'importance des normes supra-étatiques et professionnelles contredit toute idée de monopole ou d'hégémonie étatique en la matière ». Elle développe au sujet de ce pluralisme la notion biologique d'« homéostasie », permettant une certaine régulation interne malgré des interventions extérieures.

²¹³⁶Jean-Emmanuel RAY, « La place de la négociation collective en droit constitutionnel », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2014/4, n°45, p. 21-33.

²¹³⁷Cour de cassation, Chambre sociale, du 5 mai 1998, n°96-13.498, Publié au bulletin. Il en ressort que « La décision du chef d'entreprise doit être précédée par la consultation du comité d'entreprise, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la décision en cause est une décision unilatérale, ou prend la forme d'une négociation d'un accord portant sur l'un des objets soumis légalement à l'avis du comité d'entreprise ».

²¹³⁸Cour de cassation, Chambre sociale, du 4 décembre 2013, n° 12-19.667, Publié au bulletin. Il en ressort que « Ayant relevé que l'employeur se bornait à soutenir que les agents de direction, ingénieurs- conseils et médecins salariés des organismes de sécurité sociale d'une part, et les cadres et agents d'exécution de ces mêmes organismes d'autre part, ne se trouvaient pas dans une situation identique puisque'ils relevaient de conventions collectives distinctes, la cour d'appel a exactement décidé que l'employeur ne justifiait ainsi d'aucune raison objective et pertinente pouvant légitimer la disparité constatée ».

notion « *chorale* » capable de coordonner l'action de plusieurs acteurs issus de ses divers ressorts. Or, une certaine concurrence entre les normes conventionnelles voire l'émergence d'une éventuelle « *primauté* » de l'accord collectif d'entreprise modifierait la perspective entourant la notion au centre de notre attention.

La négociation collective comme fonction ou liberté des parties prenantes. Malgré son conditionnement juridique, la négociation collective s'envisage surtout comme le procédé de l'« *autonomie collective* ». Cependant il reste à savoir s'il constitue une liberté entre ses mains ou une fonction au service d'autres intérêts qui tenteraient de se l'approprier. En effet, il se constate que le prestige et l'autorité des normes formées par l'autorité publique déclinent, alors que les conventions conclues entre les différents acteurs privés bénéficient désormais d'un rayonnement important²¹³⁹²¹⁴⁰²¹⁴¹²¹⁴²²¹⁴³. Par conséquent, l'Etat cherche à développer la négociation collective comme un procédé « *contrôlé* » dans le but de trouver une nouvelle méthode de conduite des différents ajustements nécessaires. Or, si le droit positif ouvre de nombreuses facultés de « *dérogations* » à la Loi ou à d'autres normes conventionnelles découlant de champs plus vastes, correspondant à des formes d'« *autoréglementation* »²¹⁴⁴ de l'entreprise, il s'avère qu'il adresse également aux protagonistes sociaux une myriade d'injonctions de négocier, correspondant à autant de politiques publiques. Ces deux phénomènes ne seraient contradictoires qu'en apparence²¹⁴⁵, car désormais la Loi se contenterait de guider la négociation collective en lui proposant un éventuel cap à suivre. Elle laisserait ainsi aux protagonistes sociaux quelques marges d'autonomie, notamment au niveau de l'entreprise, pour qu'ils atteignent par leurs propres moyens ses objectifs²¹⁴⁶. Cette volonté de pilotage serait à l'origine d'une métamorphose du droit du travail passant d'un droit substantiel et imposé à un droit à dominante procédurale et négocié.

²¹³⁹Elsa PESKINE, « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », *Droit. Social*, 2014, p.438.

²¹⁴⁰François OST et de Michel VAN de KERCHOVE, *loc.cit.* p.63

²¹⁴¹Pierre MULLER, « L'approche cognitive des politiques publiques : vers une sociologie politique de l'action publique », *Revue française de science politique*, volume 50, no 2, avril 2000, p.189.

²¹⁴²Marie Laure. MORIN, « Droit imposé et droit négocié : regards à partir du droit des salariés à la négociation collective en France », in « *Droit négocié, droit imposé ?* » sous la direction Philippe GERARD, François OST et Michel VAN de KERCHOVE, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint –Louis, 1996, pp.643-675.

²¹⁴³ Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.66.

²¹⁴⁴Alain SUPLOT, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation », *Droit Social*, 1989, p.195.

²¹⁴⁵Annette. JOBERT, « La négociation d'entreprise dans la crise : innovations institutionnelles et sociales », *Droit social*, 2013, p.332.

²¹⁴⁶ Cyril WOLMARK, « Les politiques d'entreprise », *Revue de droit du travail*, 2023, n°04, p. 241.

La loyauté des procédures de formation de l'accord collectif. Enfin, nous constaterons que le procédé fait également l'objet de nombreuses mutations, notamment concernant ses finalités, et constitue désormais moins un mode d'acquisition de nouveaux droits en faveur du salarié, et plus certainement un moyen d'organiser le fonctionnement de l'entreprise correspondant à des formes d'« *autoréglementation* »²¹⁴⁷ par le biais d'accords collectifs. En définitive, la somme de ces réformes, notamment dans le champ le plus décentralisé de la négociation collective, permet-elle de concevoir la négociation collective comme un procédé délibératif correspondant à l'échange de projet et contre-projet sur un thème choisi de concert par deux parties de puissances équivalentes ? Ou consiste-t-elle à « *inventer* » un interlocuteur à l'employeur afin d'instituer une relation comparable à celle du « *ventriloque* »²¹⁴⁸ avec sa « *marionnette* » ? En effet, l'image en question peut apparaître brutale, cependant une bonne partie de la doctrine peut effectivement craindre qu'au sein de l'entreprise que : « *le rapport de force n'y soit trop défavorable, et aboutisse dans certaines d'entre elles à un chantage permanent et donc à une suite d'abdications syndicales s'imposant désormais aux salariés* »²¹⁴⁹. Selon ce point de vue, l'accord collectif qui s'y conclut court par conséquent le risque d'apparaître : « *comme le vecteur privilégié d'une nouvelle forme d'exercice du pouvoir patronal, plus sophistiquée et plus légitime au moins en apparence, parfois même de nature à accroître l'autorité de l'employeur* »²¹⁵⁰. Il en ressort donc que le rayonnement de l'accord collectif ne pourra être pleinement assuré sans la mise en place de règles procédurales sérieuses déterminant les modalités de sa formation. Il nous faudra donc examiner ces règles au fondement du principe de loyauté. Il en découlera que le respect de ce principe constitue une condition essentielle de l'authenticité de la notion d'« *autonomie collective* ».

²¹⁴⁷Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.355.

²¹⁴⁸Dominic ROUX (sous la direction), *op.cit.* p.92.

²¹⁴⁹Jean-Emmanuel RAY, « Du collectif à l'individuel- Les oppositions possibles », *Droit Social*, 1998, p. 347.

²¹⁵⁰Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, *loc.cit.* p.17.

1. Le droit imposé et le droit négocié

Commençons donc par examiner les marges des libertés acquises (ou concédées) par l'« *autonomie collective* ». En effet, dans le cadre d'une délégation de pouvoir les protagonistes sociaux participent toujours, mais selon de nouvelles modalités, à la mise en œuvre des dispositions du droit imposé. Néanmoins ils peuvent désormais contribuer à la formation de la Loi et quelque peu déterminer par ce biais leur propre autonomie. Toutefois l'éclosion de la notion d'« *autonomie collective* » en droit interne ne peut pas uniquement s'apprécier à l'aune de sa seule relation avec le droit imposé. Par conséquent, elle doit également se juger en lien avec la négociation individuelle du contrat de travail ainsi qu'à travers le regard dirigé en sa direction par l'institution judiciaire. Enfin les relations professionnelles connaissant un formidable phénomène de décentralisation, la notion d'« *autonomie collective* » se déploie désormais principalement au sein du ressort de l'entreprise. Nous verrons donc par la suite de quelle manière cet indiscutable mouvement bouleverse les logiques internes de la notion qui concentre notre intérêt.

1.1. La formation croisée du droit imposé et du droit négocié

Il découle de notre première partie une approche théorique normative démontrant la formation croisée du droit imposé et du droit négocié. Il s'avère que le droit interne sous l'influence du droit de l'union européenne effectue une création de ce type de ses diverses normes. En effet il consacre le principe de participation qui ne se confond pas avec le procédé de la négociation collective. En outre, il ne reconnaît pas de domaine réservé à la négociation et conserve une part substantielle à la concertation.

Subordination ou autonomie du droit négocié. Sous la question de la relation de l'accord collectif et de la Loi, se cache un débat majeur concernant la hiérarchie des sources du droit et leurs articulations, ainsi que deux postures doctrinales, apparemment antagonistes, opposant les partisans de l'« *autonomie conventionnelle* »²¹⁵¹ et les défenseurs de la suprématie de la Loi en tant qu'expression de la volonté souveraine du peuple. Il s'avère que l'étude des sources du droit a une fonction heuristique permettant de décrire l'agencement des normes les unes à l'égard des autres, mais également une fonction normative au sens où elle nous informe sur la nature

²¹⁵¹ Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.10.

des relations des unes et des autres²¹⁵². Si la notion de hiérarchie permet de qualifier les rapports des normes dites « *supérieures* » à l'encontre des normes dites « *inférieures* », elle détermine également les modalités d'habilitation²¹⁵³²¹⁵⁴²¹⁵⁵ et le champ d'application des divers acteurs capables de produire des normes dites « *inférieures* ». Selon la doctrine, il existerait deux modèles aptes à interpréter la communication établie entre la loi imposée et la loi négociée. Le premier modèle peut être qualifié de « *vertical* »²¹⁵⁶ car procédant à la subordination du second au premier par le truchement de la Loi. Le second modèle peut être nommé « *horizontal* »²¹⁵⁷ car organisant un domaine réservé aux normes de l'ordre professionnel protégé de l'intervention étatique. Effectivement, une première partie de la doctrine estime donc que seule la Loi peut assurer la formation des solidarités sociales nécessaires au fonctionnement de la société, de ce fait elle serait également la seule à connaître une réelle portée impérative notamment en disposant d'éventuelles sanctions pénales en cas d'absence de son respect par les acteurs sociaux²¹⁵⁸. Cependant une seconde partie de la doctrine se déclare favorable à la reconnaissance d'un autre ordonnancement des sources du droit apte à fonder une réelle autonomie des protagonistes sociaux. Il s'agirait de reconnaître la convention et l'accord collectif comme une source autonome du droit opposable à l'Etat qui ne pourrait intervenir que de façon « *subsidaire* » dans le domaine de compétence des protagonistes sociaux. Longtemps les divers courants de la doctrine favorables (ou non) à un « *autre* » ordonnancement des normes se rejoignaient pour affirmer que cette dernière hypothèse avait pour préalable un renforcement de la légitimité des acteurs sociaux²¹⁵⁹ leur permettant d'ériger la négociation collective en un véritable procédé normatif²¹⁶⁰. Il s'avère que comme nous le savons cette légitimité a été effectivement redéfinie. En outre, nous savons qu'un ordre juridique peut se trouver dans une relation de « *relevance* »²¹⁶¹ ne recouvrant pas pour autant l'hypothèse d'une « *subordination* » mais bien celle d'une relation de « *coordination* » (ou d'interdépendance).

²¹⁵²Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

²¹⁵³Guillaume TUSSEAU, « Les normes d'habilitation », Dalloz 2006, p. 292.

²¹⁵⁴Michel TROPER, « La philosophie du droit », Paris, Presses Universitaires de France, Que sais-je?, 2003, p. 128.

²¹⁵⁵Éric MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°21, 2006, p.59.

²¹⁵⁶Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.66.

²¹⁵⁷Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

²¹⁵⁸Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45.

²¹⁵⁹Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.10.

²¹⁶⁰En ce sens, la révision de la notion de représentativité syndicale sur la base d'une habilitation largement électorale, la formation d'une représentativité patronale, ainsi que l'épanouissement d'une exigence majoritaire concernant la conclusion des accords collectifs pourraient être considérés comme autant d'éléments constitutifs d'une nouvelle dialectique entre l'accord collectif et la Loi.

²¹⁶¹Santi ROMANO, « L'ordre juridique », (traduction de Lucien FRANCOIS et Pierre GOTHOT), *op.cit.* p.48.

En effet, les professeurs François OST et Michel Van de KERCHOVE²¹⁶² ont démontré qu'il existait de multiples relations possibles entre les ordres juridiques sans pour autant que ceux-ci ne perdent leurs identités respectives et donc leur pluralité. Cette relation n'est donc pas forcément linéaire mais peut également correspondre à une certaine imbrication (ou enchevêtrement) des divers ordres juridiques ouverts les uns aux autres.

En somme, notre question peut également se formuler d'une autre manière : les protagonistes sociaux sont-ils condamnés à rester tributaires de la Loi ou bien existe-il un autre ordonnancement des sources du droit moins contingent ? Autrement dit, l'accord collectif peut-il s'affranchir de l'emprise de la Loi ou doit-il obligatoirement se soumettre à celle-ci²¹⁶³²¹⁶⁴ ?

1.1.1. L'influence croisée du droit national et de l'Union Européenne

En droit interne, la notion d'« *autonomie collective* » se déployant au sein d'espaces volontairement ouverts par le législateur la réponse à notre question nous semble donc immédiatement offerte. En effet, cette notion apparaît comme à la fois garantie et soumise à l'ordre juridique étatique. Néanmoins, il nous semble tout de même que plusieurs réformes récentes sont à l'origine de diverses évolutions intéressantes concernant l'ordonnancement des différentes normes. Par conséquent pour bien répondre à notre question il nous faut revenir aux sources du droit négocié et donc examiner notre modèle de droit interne bâti sur le principe de participation. Nous pourrions compléter cet examen par une approche de droit comparé, nous permettant d'évaluer si le modèle de droit interne constitue une singularité (ou une banalité) au sein des divers systèmes européens et internationaux de relations professionnelles. Selon cette perspective, il nous apparaît également fécond d'éclairer notre étude par la recherche des influences du droit de l'Union Européenne. En effet, s'il apparaît que l'Union Européenne est le support d'un modèle quelque peu différent, ce dernier se trouve sans opposition avec le droit interne²¹⁶⁵.

²¹⁶²François OST et de Michel VAN de KERCHOVE, *loc.cit.* p.63.

²¹⁶³Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCILD SOURIAU, *loc.cit.* p.266. Pour les auteurs le droit du travail ne peut se passer ni de l'un ni de l'autre. C'est donc une nouvelle combinaison de la Loi et de la convention (considérée comme une norme plutôt que comme un accord) qui devrait être en toute logique proposée.

²¹⁶⁴Nicole MAGGI GERMAIN, *loc.cit.* p.17.

²¹⁶⁵Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.110. Selon l'auteur, on aurait tort de voir dans le droit communautaire une sorte de cheval de Troie, étranger à la culture juridique française. Car les « *accords légiférant* » consacrés par le Traité de Maastricht sont de facture typiquement française.

Les influences du droit de l'Union Européenne. Selon un « *apriori* » répandu, le droit européen tendrait à conférer une puissance accrue aux acteurs sociaux, alors qu'à l'inverse le droit constitutionnel français consacrerait la prééminence de la Loi aboutissant à limiter de fait leur autonomie²¹⁶⁶. Nous savons que si le droit interne consacre une place importante à la notion de représentation, le droit européen définit mal cette dernière notion. Il en ressortirait que la rationalité de l'ordre européen serait différente car plus qu'un droit de la représentation il serait « *un droit de participation des travailleurs* »²¹⁶⁷. Apportons du contraste et de la nuance à cette comparaison. Si l'intervention de l'Union Européenne dans le système de relations professionnelles semble plus discrète sans être moins puissante, le modèle français semble tout de même avoir été une source d'inspiration et réciproquement. Ainsi, à l'instar de notre système de droit interne, la régulation juridique au niveau européen procède également d'une combinaison entre « *autonomie* » et « *hétéronomie* » concernant la production et l'exécution des normes²¹⁶⁸. De façon générale, l'hétérogénéité des systèmes de relations professionnelles au sein des divers Etats membres²¹⁶⁹ constitue une entrave à la construction d'une Union Européenne « *sociale* »²¹⁷⁰, mais paradoxalement également une source d'autonomie des protagonistes sociaux. A ce titre, il est nécessaire de constater qu'à son échelle, le droit européen ne définit ni le statut des organisations professionnelles²¹⁷¹ ni celui d'éventuelles conventions collectives, et ne détermine que de façon lacunaire la notion de représentativité²¹⁷²²¹⁷³²¹⁷⁴²¹⁷⁵. Le développement encore limité²¹⁷⁶ de la négociation collective

²¹⁶⁶Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²¹⁶⁷Josépha DIRINGER, *op.cit.* p.11 (citation p.207).

²¹⁶⁸Christophe VIGNEAU, «Partenaires sociaux européens et nouveaux modes communautaires de régulation : la fin des privilèges?», *Droit Social*, n° 9, 2004, p.883.

²¹⁶⁹Ainsi, comme nous le savons, sur le banc de la partie salariale, certains systèmes nationaux de négociation collective ne connaissent que des représentants désignés par leurs organisations syndicales (ou la prééminence de l'investiture syndicale) alors que d'autres font place à une délégation mettant sur un même plan des élus du personnel et des acteurs syndicaux.

²¹⁷⁰Gérard LYON-CAEN, « Divagations sur un adjectif qualificatif », in « mélanges en l'honneur de Jean SAVATIER », Paris, Presse Universitaire de France, 1992, p. 345.

²¹⁷¹Article n°156 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne, (Journal officiel de l'Union européenne du 9 mai 2008). Le traité renvoie à la notion imprécise de « *partenaires sociaux* » sans définir leur identité ou leurs statuts. L'article n°156 exclut de droit des associations du champ de compétences de l'Union.

²¹⁷²Etienne PATAUT, « Des entretiens de Val Duchesse au conflit de Lois : Dialogue social européen et autonomie de la volonté, *Autonomie en droit européen* », Paris, Editions Panthéon Assas, 2013, p.119.

²¹⁷³Antoine LYON-CAEN, « La négociation collective dans ses dimensions internationales », *Droit Social*, 1997, p.352.

²¹⁷⁴Antoine LYON-CAEN, *Ibid.*

²¹⁷⁵Article n°151 Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne, (Journal officiel de l'Union européenne du 9 mai 2008) détermine les objectifs sociaux de l'Union tout en précisant qu' : « *à cette fin, l'Union et les Etats membres mettent en œuvre des mesures qui tiennent compte de la diversité des pratiques nationales, en particulier dans le domaine des relations conventionnelles* »

²¹⁷⁶Etienne PATAUT, *Ibid.* L'auteur rappelle que les entreprises de taille européenne peuvent avoir recours à des accords à la taille de ce ressort. Il s'agit souvent d'accord relatif au bon fonctionnement transnational des instances représentatives du personnel

européenne d'entreprise ne semble devoir se dérouler que par le truchement de l'unique comité d'entreprise européen²¹⁷⁷ (soit avec des élus) correspondant à la seule instance représentative du personnel imposée par le droit communautaire²¹⁷⁸²¹⁷⁹. Par ailleurs la formation de nombreuses conventions collectives professionnelles applicables dans le ressort de l'Union Européenne semble être un objectif lointain. Au sein de ce ressort, les négociateurs peuvent engager directement et de manière indépendante des pourparlers ayant pour finalité de conclure un accord autonome, et le statut en question de l'accord collectif conclu découle de l'absence de cadre juridique ressortant des traités. Il en résulte que par défaut (ou par absence de volonté) l'intervention de l'Union Européenne « *ne vise ni à assujettir ni à coloniser les relations collectives de travail* »²¹⁸⁰. Néanmoins, il ne ressort de l'examen historique que peu de traces d'une « *aptitude normative originale* »²¹⁸¹ constitutive d'un ordre socioprofessionnel à l'échelle de l'Union Européenne. En effet, il s'avère que ce modèle souhaite tout de même associer les acteurs privés à la formation de normes communautaires qui les intéressent²¹⁸². Par conséquent, la négociation collective européenne d'accords collectifs interprofessionnels résulte pour l'essentiel d'une volonté hétéronome, ayant façonné un certain nombre de règles dont l'étude peut laisser entrevoir des lacunes. En somme, le modèle de l'Union Européenne navigue bien entre deux formes de procédés soit autonomes soit institutionnalisés²¹⁸³ dont nous étudierons la construction avant d'en explorer les différentes dimensions. Examinons les différentes modalités autonomes et hétéronomes de formation des accords collectifs à l'échelle du ressort de l'Union Européenne avant d'étudier les voies d'intégration de ces derniers dans l'ordre juridique en question.

²¹⁷⁷Directive. 2002/14 du 11 mars 2002, relative à l'obligation d'informations des travailleurs (JOCE n° L 80 du 23 mars 2002, p. 29) et Directive et Directive 94/45 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, (JOCE n° L. 254 du 30 septembre 1994). Cette directive a été modifiée par la directive 2009/38 du 6 mai 2009, (JOUE n° L. 122 du 16 mai 2009, p. 28).

²¹⁷⁸Antoine LYON-CAEN, *loc.cit.* p.342.

²¹⁷⁹Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

²¹⁸⁰Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11 (citation p.210).

²¹⁸¹Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.360.

²¹⁸²L'article 151 Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne, (Journal officiel de l'Union européenne du 9 mai 2008) dispose que : « *l'union et les états membres conscients des droits sociaux fondamentaux tels que énoncés dans la charte sociale européen signée à TURIN le 18 octobre 1961 et la charte communautaire des sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, ont pour objectif le dialogue social* »

²¹⁸³Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

Le modèle dual de l'Union Européenne. Ce modèle dual n'était donc pas initialement fondé mais s'est bien au contraire façonné au fil de la construction de l'Union Européenne²¹⁸⁴²¹⁸⁵. Selon l'article 117 du Traité de Rome, le fonctionnement du marché commun devait induire une convergence mécanique des législations nationales en matière de relations de travail²¹⁸⁶, il n'était donc pas nécessaire de fonder juridiquement ce modèle. Mais l'Acte Unique Européen de 1986²¹⁸⁷, autorisa tout de même dans le cadre de procédures de coopération la mise en place des normes minimales dans le but de promouvoir et développer : « *le dialogue social* ». Si l'article 152 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne consacre l' « *autonomie collective* »²¹⁸⁸ l'article 153 du même traité exclut explicitement la liberté syndicale de la compétence de l'Union Européenne. Néanmoins une étape décisive fut ensuite franchie avec le Traité sur l'Union Européenne²¹⁸⁹ qui autorisa les protagonistes sociaux à intégrer le processus d'élaboration des directives. En effet, il ²¹⁹⁰ dispose désormais que l'Union et les Etats membres mettent en œuvre les différents droits sociaux précisés dans la Charte Sociale Européenne²¹⁹¹ et la Charte Communautaire des Droits Sociaux Fondamentaux des Travailleurs²¹⁹², mais reconnaît et promeut désormais la place éminente des « *partenaires sociaux* » ainsi que leur rôle « *en prenant en compte la diversité des systèmes nationaux* »²¹⁹³. Il ressort également de ce même article 152 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne que celle-ci « *facilite le dialogue entre eux, dans le respect de leur autonomie* »²¹⁹⁴. Une partie de la doctrine qualifie

²¹⁸⁴ Ainsi le Traité de ROME ne faisait pas entrer dans son champ de compétence le droit du travail

²¹⁸⁵ Antoine LYON-CAEN, *loc.cit.* p.342.

Ce dialogue social européen connaît dès 1985 une reconnaissance institutionnelle avec l'intégration dans le traité de Rome, révisé, d'un article (art. 118B) qui confie à la Commission la mission de promouvoir ce dialogue « *pouvant déboucher, si (les partenaires sociaux) l'estimant souhaitable, sur des relations conventionnelles* ».

²¹⁸⁶ Article n°117 Traité instituant la Communauté Européenne signé à Rome le 25 mars 1957. : « *Les Etats membres conviennent de la nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main d'œuvre permettant leur égalisation dans le progrès. Ils estiment qu'une telle évolution résultera tant du fonctionnement du marché commun, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures prévues par le présent Traité et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives* ».

²¹⁸⁷ Acte Unique Européen de 1986 (journal officiel des communautés européennes n°L169/3 du 29 juin 1987).

²¹⁸⁸ L'article n°152 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne : « *l'union reconnaît et promeut le rôle des partenaires sociaux à son niveau, en prenant en compte la diversité des systèmes nationaux. Elle facilite le dialogue entre eux dans le respect de leur autonomie* »

²¹⁸⁹ Traité sur l'Union européenne (Maastricht) du 7 février 1992

²¹⁹⁰ Article n°151 du Traité de fonctionnement de l'Union Européen. Un accord social avait été conclu lors de la conférence intergouvernementale sur l'Union politique en 1992. Le Royaume-Uni n'a pas souhaité y participer. Toutefois, les douze Etats membres de l'époque ont adopté un protocole, annexé au traité de Maastricht, autorisant les onze autres Etats membres à appliquer sans le Royaume-Uni, un texte plus ambitieux que le chapitre concernant la politique sociale dans la Communauté. Ce texte se basait sur la Charte sociale adoptée en 1989 par tous les Etats membres à l'exception du Royaume-Uni. Ce protocole en matière sociale a été supprimé et l'accord social, intégré dans les dispositions de l'actuel Titre XI du traité instituant la Communauté européenne.

²¹⁹¹ Charte Sociale Européenne signée à TURIN le 18 octobre 1961 et entrée en vigueur le 26 février 1966.

²¹⁹² Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989.

²¹⁹³ Article n°152 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne.

²¹⁹⁴ Article n°152 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne.

ce modèle d'« *autonomie concédée* »²¹⁹⁵²¹⁹⁶ ou d'« *imparfaite délégation de pouvoir normatif aux acteurs sociaux européens* »²¹⁹⁷²¹⁹⁸. Sous cet angle le modèle de l'Union Européenne se rapprocherait donc de nombreux ordres juridiques nationaux (dont la France), au sein desquels l'« *autonomie collective* » s'entend comme un : « *pouvoir concédé par la Loi aux organisations d'employeurs et aux syndicats de salariés de produire des normes impératives et générales* »²¹⁹⁹. A cette occasion l'émergence d'un dispositif légiférant associant les protagonistes sociaux traduit de façon originale une certaine évolution de l'Union Européenne concernant les sujets sociaux²²⁰⁰²²⁰¹. En effet, ces « *accords légiférants* »²²⁰² constituent une innovation juridique majeure qui caractérise d'une certaine manière le modèle européen institutionnalisant l'élaboration commune des normes par des instances étatiques et des protagonistes privés²²⁰³. L'essence de ce dispositif permet à la Commission de prendre l'initiative du processus législatif, mais si les protagonistes sociaux souhaitent se charger de cette tâche elle s'efface devant leur négociation²²⁰⁴. Constatons sur la forme une certaine discrétion relative aux choix d'un simple accord institutionnel sans rapport avec la portée et l'importance du modèle qu'il définit. En effet, le 16 décembre 2003 le Parlement, le Conseil et la Commission européenne

²¹⁹⁵Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²¹⁹⁶Josépha DIRINGER, *op.cit.* p.11.

²¹⁹⁷Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.360.

²¹⁹⁸Le droit de l'Union Européenne reconnaît la liberté contractuelle des organisations patronales et syndicales européennes et donc leur aptitude propre à produire des règles. En vertu de cette disposition, l'ordre communautaire admet la possibilité pour les acteurs sociaux européens de négocier des accords selon un processus autonome et d'assurer leur mise en œuvre selon des techniques contractuelles.

²¹⁹⁹Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.360.

²²⁰⁰Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.110.

²²⁰¹En effet plusieurs systèmes de relations professionnelles des Etats membres ne se caractérisent pas par l'association des protagonistes sociaux à l'élaboration des normes qui les concernent. A cette époque notre droit interne ne connaissait que de façon informelle un dispositif de nature équivalente.

²²⁰²Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.110.

²²⁰³Décision 2003/74 du Conseil du 6 mars 2003, JOUE, n° L 70 du 14 mars 2003. Dans la prolongation des rencontres dites de VALDUCHESE, les institutions européennes décident d'institutionnaliser ce type de rencontre tripartite. Par sa décision du 6 mars 2003, le droit européen crée la réunion de sommets sociaux : « *Les partenaires sociaux ont été associés à la mise en œuvre de la stratégie coordonnée pour l'emploi établie par le Conseil européen* ».

²²⁰⁴Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.110.

ont signé un accord intitulé : « *Mieux légiférer* »²²⁰⁵²²⁰⁶²²⁰⁷ visant notamment à institutionnaliser la participation d'acteurs privés aux politiques communautaires et à rompre avec un système d'influence informelle. Sur le fond, cet accord instaure une : « *coordination entre autonomie et hétéronomie dans la production des normes* »²²⁰⁸ par laquelle la négociation collective autonome peut se muer en négociation collective institutionnalisée.

La coordination entre « autonomie » et « hétéronomie » dans la production des normes. Le maître de conférence Christophe VIGNEAU qualifie de « *dimorphisme* »²²⁰⁹ ce système européen, caractérisé à la fois par son aspiration à l'autonomie et par la prégnance de l'intervention des institutions européennes. En somme, ce texte organise une institutionnalisation de la place des protagonistes sociaux au sein du processus décisionnel de l'Union Européenne mais sans réellement souhaiter définir leur statut. Ainsi les concernant, il n'opère aucune reconnaissance par la délivrance d'un titre de représentativité et ne souhaite pas définir la portée des accords conclus par leurs soins²²¹⁰. En effet, de façon parallèle à cette institutionnalisation, le traité reconnaît également aux acteurs des relations professionnelles le pouvoir d'engager des négociations de façon spontanée. Dans ce cadre, il s'agit d'une « *autonomie parfaite* »²²¹¹ car le choix des acteurs, la détermination de l'espace contractuel (y compris sur des domaines exclus de la compétence communautaire) relèvent exclusivement à

²²⁰⁵Parlement européen, Conseil, Commission, Accord interinstitutionnel « *Mieux légiférer* », dans Journal officiel de l'Union européenne (JOUE). 31.12.2003. Article n°22 : « *On entend par autorégulation la possibilité pour les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations, d'adopter entre eux et pour eux-mêmes des lignes directrices communes au niveau européen (notamment codes de conduite ou accords sectoriels). En règle générale, ces initiatives volontaires n'impliquent pas de prise de position de la part des institutions, notamment lorsqu'elles interviennent dans des domaines non couverts par les traités ou dans lesquels l'Union n'a pas encore légiféré. Dans le cadre de ses responsabilités, la Commission examine les pratiques d'autorégulation, afin de vérifier leur conformité avec les dispositions du traité CE* ».

²²⁰⁶Cet accord met en œuvre les orientations contenues dans le Livre Blanc de la Commission sur la « *gouvernance européenne* » rendu public le 25 juillet 2001 et se fixe pour objectif d'améliorer sous divers aspects les modalités d'élaboration et de mise en œuvre de la législation communautaire.

²²⁰⁷Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.18. En nombre croissant depuis le traité de Maastricht, les accords interinstitutionnels constituent une catégorie hétérogène de textes adoptés entre les institutions de l'Union européenne. En acceptant d'en sanctionner la méconnaissance, la Cour de justice des Communautés Européennes a certes reconnu le caractère contraignant de certains arrangements interinstitutionnels. Mais cette solution ne présente aucun caractère systématique.

²²⁰⁸Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.18.

²²⁰⁹Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.18.

²²¹⁰Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.18.

²²¹¹Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11. L'auteure rappelle qu'en droit européen la négociation collective entre « *partenaires* » sociaux européens a été érigée au rang de droit communautaire en dehors de toute ingérence étatique. Ils sont libres d'engager un procédé de négociation qui repose sur les principes d'autonomie et de reconnaissance mutuelle des parties à la négociation. L'autonomie est considérée comme « *parfaite* » lorsque les négociations s'engagent spontanément entre les acteurs sociaux européens.

l'« *autonomie collective* » sur la base d'une mutuelle reconnaissance²²¹²²²¹³²²¹⁴²²¹⁵²²¹⁶. Selon cette modalité aucune intervention de nature hétéronome ne vient interférer le choix des acteurs et des thèmes de la négociation collective²²¹⁷. Toutefois, les accords collectifs conclus selon ces modalités souffrent d'une faible d'efficacité normative originelle nécessitant l'adoption d'un nouveau texte leur permettant de s'appliquer dans chaque Etats membres²²¹⁸. Sous cet angle la négociation collective à l'échelle de l'Union Européenne paraît bien guidée par le principe de « *subsidiarité* » sociale²²¹⁹²²²⁰²²²¹. Le législateur européen aurait donc reconnu et consacré un réel espace normatif aux protagonistes sociaux dont l'autonomie s'exprimerait lors de la conclusion d'accords collectifs à dimension communautaire. Ces derniers sont libres d'engager des négociations collectives de leur choix, sous réserve de la saisine pour consultation de la Commission sur un thème de politique sociale²²²². En dehors de cette restriction les acteurs professionnels européens bénéficient effectivement d'une très large autonomie²²²³ mais cette modalité de formation des normes conventionnelles n'est pas l'unique voie qui leur est offerte. En effet, il s'avère que le paragraphe 1 de l'article 154 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne donne à la Commission la mission de promouvoir la consultation des « *partenaires sociaux* » au niveau européenne et de faciliter leur dialogue en veillant à leur soutien équilibré. Les paragraphes n°2 et 3 du même article contraignent la Commission à les consulter avant de

²²¹²Article 155 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne, (Journal officiel de l'Union européenne du 9 mai 2008).

²²¹³Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.360

²²¹⁴L'arrêt du 14 août 1988 du Tribunal de première instance des Communautés européennes précise que la consultation d'une organisation n'entraîne pas son droit à participer aux négociations collectives. Cependant l'arrêt ne précise pas si une organisation n'ayant pas participé aux procédures de consultation pourrait éventuellement participer à la négociation. En tout état de cause l'arrêt du 17 juin 1988 du Tribunal de première instance des Communautés européennes indique que la participation à la négociation collective dépend de la règle de la reconnaissance mutuelle des négociateurs.

²²¹⁵Josépha DIRINGER, *op.cit.* p.11.

²²¹⁶La commission s'est toujours refusé d'intervenir dans la sélection des acteurs de ce dialogue social européen autonome.

²²¹⁷Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.360.

²²¹⁸Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75. L'auteur fait référence aux travaux du professeur M CORREA CARRASCO, « *La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo*,» Madrid, Universidad Carlos III, BOE, 1997.

²²¹⁹Les accords autonomes correspondent essentiellement aux actes obligatoires. (Exemples d'accords autonomes : accord sur télétravail du 16 juillet 2002 ; accord sur le stress lié au travail du 8 octobre 2004 ; accord sur le harcèlement et la violence au travail du 26 avril 2007).

²²²⁰Emmanuelle MAZUYER, « Les instruments juridiques du dialogue social européen : état des lieux et tentative de clarification », *Droit Social*, 2007, p.476.

²²²¹Philippe. LANGLOIS, « Europe sociale et principe de subsidiarité », *Droit Social*, 1993, p.201.

²²²²Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.360.

²²²³Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75. L'article 155 Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne al.2 (in fine) prévoit que lorsque les négociations portent sur les matières relevant de l'article 153 du même Traité, les accords autonomes peuvent être mis en œuvre : « *à la demande conjointe des parties signataires, par une décision du Conseil sur proposition de la Commission* ».

mettre en place toute proposition dans le domaine de la politique sociale²²²⁴. Il s'agit de deux formes de consultation tout d'abord sur l'opportunité d'une éventuelle action puis sur le contenu de celle-ci. En application des articles n°154 et 155 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne, les protagonistes sociaux peuvent faire savoir leur volonté de mener librement la négociation en dehors de la présence de la Commission. La simple expression de cette volonté contraint cette dernière à se retirer. Cependant si la volonté des acteurs sociaux ne se solde pas par la conclusion d'un accord, celle-ci pourra rédiger son texte sur le sujet abandonné par la négociation. Dès lors le Traité met en place une procédure singulière par laquelle l'initiative législative de la Commission : « *s'efface ici au profit des partenaires sociaux* »²²²⁵. Dans le respect du principe européen de « *subsidiarité* », la Commission consulte les acteurs des relations professionnelles sur un sujet de son choix et ces derniers sont libres d'engager une négociation ou d'y renoncer. L'autorité publique européenne n'intervient qu'après avoir constaté que les acteurs de la négociation ont renoncé à agir (ou ne sont pas en mesure d'aboutir à un accord collectif). Il existe toujours une liberté contractuelle, car soulignons qu'à tout moment les acteurs de la négociation peuvent renoncer au thème suggéré par l'autorité communautaire. En somme, si les protagonistes sociaux sont libres des sujets de négociation de leur choix ainsi que de la conduite de leur action dans le cadre d'une « *autonomie respectée* »²²²⁶, la Commission reste libre d'investir le sujet qu'ils auraient abandonné²²²⁷²²²⁸. L'action européenne est donc subordonnée à une éventuelle inaction des protagonistes sociaux. Mais dans le cadre du déroulement de la négociation, la Commission laisse une grande souveraineté aux acteurs même lorsqu'il s'agit d'une négociation relevant du champ de sa compétence.

La discrète sélection des protagonistes sociaux par l'Union Européenne. Remarquons néanmoins que dans le cadre de ses consultations, la Commission s'appuie sur sa propre définition de la notion de « *représentativité* »²²²⁹ afin d'apprécier la capacité des

²²²⁴L'article n°153 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne.

²²²⁵Etienne PATAUT, *loc.cit.* p.360.

²²²⁶Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11. L'auteure définit la notion d'« *autonomie respectée* » selon laquelle la commission doit respecter l'autonomie des partenaires sociaux lors du choix des partenaires de la négociation. La commission sélectionne les partenaires qu'elle consulte mais ce choix n'a pas de conséquence sur la reconnaissance mutuelle des acteurs de la négociation collective.

²²²⁷L'article n°153 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne.

²²²⁸Cependant, le Traité ne prévoit pas la possibilité pour ces acteurs privés de former une demande auprès de la Commission afin d'être consultés sur un sujet de leur choix entrant dans le champ de compétences matériel de l'Union Européenne.

²²²⁹Ces critères résultent de plus de six communications, dont la première ayant été rendue le 14 décembre 1993 (1034), qui sera révisée le 20 mai 1998 (1035), puis le 26 janvier 2002 (1036).

protagonistes²²³⁰ et « *choisir* » ses interlocuteurs. En amont, lors de la phase de consultation la Commission procède donc à une sélection des acteurs sans que ce choix ne puisse avoir de conséquence sur le principe de reconnaissance mutuelle présidant la phase de négociation. Il existe donc deux réalités différentes au sujet des acteurs : la première concernant la phase de consultation et la seconde celle de la négociation collective. Un premier groupe constitué par la Commission selon les règles relatives à sa procédure de consultation²²³¹ peut être invité à poursuivre sous la forme de véritables négociations collectives. Mais lors de cette seconde phase, le groupe des négociateurs est formé selon le respect du principe de la reconnaissance mutuelle. D'après son interprétation des traites²²³² la Commission procède donc à une « *sélection* » des protagonistes sur la base de critères qui ont été définis par une simple communication datant de 1993²²³³. Ainsi, les organisations professionnelles participant aux consultations doivent justifier d'une dimension correspondant au ressort de l'Union Européenne et avoir une vocation interprofessionnelle, sectorielle ou catégorielle²²³⁴. Enfin l'organisation professionnelle européenne doit avoir la capacité de négocier et disposer des structures adéquates lui permettant de participer de manière efficace aux différents processus de négociation²²³⁵. L'accumulation de ces critères offre l'ébauche d'une définition d'une de la représentativité au niveau communautaire²²³⁶²²³⁷. A l'instar de plusieurs systèmes de relations professionnelles, l'aptitude des acteurs à négocier constitue l'élément principal de cette sélection²²³⁸²²³⁹. Cependant rappelons que par la suite toutes les organisations consultées ne participent pas automatiquement au processus de négociation collective²²⁴⁰ car pour poursuivre sur ce mode

²²³⁰Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

²²³¹Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.360.

²²³²L'article n°138 du Traité instituant la Communauté Européenne.

²²³³Communication de la Commission européenne « *concernant la mise en œuvre du Protocole sur la politique sociale* », COM (93) 600 Final. Cette première communication est complétée par la Communication de la Commission européenne, « *Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement* », COM (2002) 341 Final. Dans cette communication, la Commission renvoie à de précédents documents fixant les conditions de représentativité, « *Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire* », COM (98) 322 Final.

²²³⁴ Les membres affiliés à ces organisations de dimension communautaire doivent être des structures « *partenaires* » reconnues dans chacun des Etats membres.

²²³⁵Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.360.

²²³⁶Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.360.

²²³⁷ Observons d'ailleurs que l'exigence de représentativité des partenaires sociaux européens s'apprécie indirectement au regard de celle de leurs affiliés nationaux. Or, la diversité des formes d'acquisition de la qualité de « *partenaire social* » selon les Etats membres conduisent à s'interroger sur la pertinence du recours aux critères nationaux pour établir la légitimité des acteurs sociaux européens.

²²³⁸En droit interne ce label n'est pas délivré sur la base de ce critère. Au sein des Etats membres, la légitimité contractuelle des protagonistes sociaux repose soit sur le principe de reconnaissance mutuelle, soit les effectifs d'adhérents, ou encore l'audience syndicale. Par conséquent compte tenu de cette diversité la légitimité des protagonistes sociaux à l'échelle européenne se trouve fragilisée car reposant sur la légitimité de leurs différents affiliés définie différemment dans chacun des Etats membres.

²²³⁹Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.360.

²²⁴⁰Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.360.

elles doivent également faire l'objet d'une reconnaissance réciproque. Il s'agit donc d'une forme de sélection à deux tours associant des éléments de nature « *hétéronome* » et « *autonome* ».

Une première voie d'intégration de l'accord interprofessionnel européen (autonomie parfaite). Dans l'hypothèse d'une négociation collective à l'initiative de la Commission, l'« *autonomie collective* » fait donc en amont l'objet de restrictions au sujet de son thème et de sa durée²²⁴¹. Mais remarquons principalement qu'en amont et en aval²²⁴² le choix de ces protagonistes est limité par la Commission. Néanmoins, de cette manière si l'accord interprofessionnel européen connaît un « *embryon de régime communautaire* »²²⁴³ il ne constitue pas pour autant un acte qui oblige les Etats²²⁴⁴. La mise en œuvre d'un éventuel accord interprofessionnel européen peut donc connaître deux voies différentes d'intégration à l'ordre juridique. En effet, les accords collectifs de cette dimension peuvent être mis en œuvre de façon autonome²²⁴⁵²²⁴⁶ mais sont alors dépourvus de portée normative²²⁴⁷²²⁴⁸ et ne créent donc d'obligation qu'à la charge de leurs signataires. D'après l'article n°155 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne²²⁴⁹, cette première voie repose alors sur la coopération des Etats membres et la bonne volonté des protagonistes sociaux nationaux chargés de l'intégration de l'accord interprofessionnel européen selon les modalités de leur choix dans chacun des ordres juridiques constitutifs de l'Union Européenne²²⁵⁰. Au sein du ressort de chaque Etat membre, les protagonistes sociaux sont libres de reprendre la substance de tels accords collectifs afin de procéder à leur intégration au sein de l'ordre juridique national. Il s'en suit l'épineuse question de savoir si ces derniers sont liés par les engagements contractés par

²²⁴¹En effet, l'objet de la négociation collective doit correspondre aux thèmes ouverts à la consultation et entrant dans le champ de compétences de l'Union Européenne en matière de politique sociale.

²²⁴²En aval, la Commission effectue également un contrôle de la « *représentativité* » des signataires d'un éventuel accord collectif.

²²⁴³Antoine LYON-CAEN, *loc.cit.* p.342.

²²⁴⁴Etienne PATAUT, *loc.cit.* p.360. Selon l'auteur : « *La valeur juridique d'un accord collectif européen se rapproche, en réalité, de celle d'un contrat* ».

²²⁴⁵Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11

²²⁴⁶Deux exemples existent. Le premier est l'Accord-cadre sur le Télétravail conclu en 2002 ; le second est l'accord sur le harcèlement et la violence au travail du 26 avril 2007. L'un et l'autre renvoient aux interlocuteurs sociaux au niveau national leur mise en œuvre.

²²⁴⁷Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.360.

²²⁴⁸Concernant cette première voie que nous pouvons qualifier d'« *autonomie* », il faut rappeler qu'à défaut de dimension normative reconnue par le droit communautaire les accords collectifs ne peuvent s'appuyer que sur l'effet obligatoire de règles civiles du contrat.

²²⁴⁹L'article 155 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne (Journal officiel de l'Union européenne du 9 mai 2008) prévoit la possibilité de recourir aux « *procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux Etats membres* ».

²²⁵⁰Antoine LYON-CAEN, *loc.cit.* p.342.

les organisations créées au niveau européen auxquels ils sont affiliés²²⁵¹? L'incertitude de la réponse laisse planer un problème d'application hétérogène de l'accord collectif en fonction des divers ressorts des états membres de l'Union Européenne²²⁵². Cette difficulté pourrait certes être résolue par l'introduction au sein du traité d'une obligation de transposition contraignant les organisations affiliées au sujet des accords signés par leurs représentants à l'échelle de l'Union Européenne. Toutefois une obligation de cet ordre liant les organisations nationales à l'action des organisations de taille communautaire ne lèverait que partiellement les risques d'application hétérogène des accords interprofessionnelles européenne au travers des divers ordres juridiques étatiques. En effet, le véritable rayonnement d'un accord collectif de cette dimension dépendrait alors de l'efficacité variable des actes conventionnels signés par les protagonistes nationaux dans le ressort de chaque Etat membre²²⁵³. Finalement, le mode volontaire d'application des accords collectifs européens reste largement subordonné aux droits nationaux des conventions collectives et aux bonnes volontés des acteurs sociaux des Etats membres. Ainsi à l'issue de chaque négociation collective européenne se pose donc la question délicate de l'intégration de l'accord conclu à l'ordre juridique communautaire.

Une seconde voie d'intégration de l'accord interprofessionnel européen (autonomie concédée). La seconde voie d'intégration de l'accord interprofessionnel européen à l'ordre juridique relève donc de l'« *hétéronomie* », car elle repose sur une décision du Conseil européen. Cependant cette seconde solution ne peut être envisagée qu'à la double condition que l'objet de l'accord collectif en question corresponde bien aux sujets de compétence de la politique sociale communautaire et que cette modalité fasse l'objet d'une sollicitation conjointe des signataires de l'accord collectif et de la Commission auprès du Conseil européen. Ainsi, l'article n°155 du Traite de Fonctionnement de l'Union Européenne permet aux protagonistes sociaux de demander à la Commission de proposer au Conseil d'adopter une décision reprenant le contenu de l'accord collectif conclu²²⁵⁴. Dans ce sens la Commission peut intervenir et soumettre au Conseil un projet qui prend généralement la forme d'une directive (voir d'un règlement). Selon le juge communautaire il s'agit de conférer : « *une assise communautaire de*

²²⁵¹Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.360.

²²⁵²Etienne PATAUT, *loc.cit.* p.360. Selon l'auteur cette procédure représente plusieurs inconvénients. Elle ne garantit aucune harmonisation de l'application de la norme conventionnelle, dans la mesure où toutes les réglementations nationales en matière d'accords collectifs sont très différentes. De plus la valeur de l'accord collectif est appréciée différemment selon les états membres. Aucun cadre ne précise la nature de l'obligation de transposition.

²²⁵³Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.360.

²²⁵⁴Etienne PATAUT, *loc.cit.* p.360. Pour l'auteur cette sollicitation doit être nécessairement être conjointe c'est-à-dire formée à la fois par les signataires de l'accord et la Commission.

nature législative à un accord conclu entre les partenaires sociaux »²²⁵⁵. Dans cette hypothèse la directive (ou le règlement) permettant de donner une portée large et impérative à l'accord collectif assure du même coup une uniformité de son application dans l'ensemble des états membres²²⁵⁶. Soulignons que ce mode d'intégration est ouvert à l'ensemble des accords collectifs européens, sans considération de leur cadre d'élaboration²²⁵⁷. En effet, cette voie n'est pas réservée aux seuls accords collectifs issus de la négociation collective engagée à la suite d'une procédure de consultation de la Commission. Ainsi, un accord collectif issu d'une procédure de négociation collective « *autonome* », peut également bénéficier de ce procédé institutionnel²²⁵⁸ représentant l'avantage d'une application uniforme de cette norme conventionnelle dans l'ensemble des Etats membres. Au travers de cette procédure apparaît tout de même la double question de la compétence liée des institutions européennes en la matière. Autrement dit, sont-elles contraintes de prendre une décision conférant force obligatoire à l'accord collectif ? Selon l'hypothèse de cette décision sont-elles contraintes de le faire sans recourir préalablement à un éventuel amendement ? Rien ne permet d'établir que les institutions de l'Union Européenne sont liées par le contenu de l'accord, mais il est certain qu'il relève de leur décision d'octroyer au contenu de l'accord une dimension impérative²²⁵⁹²²⁶⁰²²⁶¹²²⁶².

La notion discrète de représentativité « cumulée et suffisante ». Enfin, la commission doit vérifier la qualité des signataires sur la base d'une représentativité dite « *cumulée et suffisante* ». En effet à cette étape, la commission ne se contente plus uniquement de contrôler que les

²²⁵⁵Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

²²⁵⁶Tel fut le cas de l'accord-cadre du 14 décembre 1995 sur le congé parental, mis en œuvre par la directive 96/34 du 3 juin 1996¹⁰²⁸ ; de l'accord-cadre du 6 juin 1997 sur le travail à temps partiel, mis en œuvre par la directive 97/81 du 15 décembre 1997¹⁰²⁹, et, enfin, de l'accord-cadre du 18 mars 1999 sur le travail à durée déterminée, mis en œuvre par la directive 99/70 du 28 juin 1999.

²²⁵⁷Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.360.

²²⁵⁸Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.360.

²²⁵⁹Etienne PATAUT, *loc.cit.* p.360. L'auteur indique que depuis sa communication de 1993 à ce sujet la Commission a fondé l'usage de ne pas modifier le contenu de l'accord collectif conclu par les signataires. .

²²⁶⁰Antoine LYON-CAEN, *loc.cit.* p.342.

²²⁶¹Etienne PATAUT, « Les limites de l'accord collectif européen : à propos de l'arrêt EPSU », Mélanges en l'honneur de Pierres-Yves VERKINDT, Librairie Générale du Droit et la Jurisprudence, Paris, 2022, p.327. En 2015, la Commission proposa aux partenaires sociaux, de discuter d'une éventuelle consolidation des directives en matière d'information et de consultation des travailleurs, notamment de la fonction publique. Un accord collectif dénommé « *Cadre général pour l'information et la consultation des fonctionnaires et employés des administrations des gouvernements centraux* » fut conclu le 21 décembre 2015⁶. En 2016, les partenaires sociaux concernés demandèrent à la Commission de présenter au Conseil une proposition de décision mettant en œuvre l'accord au niveau de l'Union. Après une longue réflexion, celle-ci refusa, par une décision du 5 mars 2018.

²²⁶²Cour de Justice de l'Union Européenne, Grande Chambre, 2 septembre 2021, aff. C-928/19. La Commission n'est tenue que de consulter les acteurs sociaux dans les conditions prévues par l'article 154 TFUE. Leur autonomie doit simplement être comprise comme leur permettant d'exclure la Commission de leur négociation. Aucun élément ne permet de tirer du Traité une obligation pour la Commission de présenter au Conseil un projet de directive issu de l'accord.

signataires répondent convenablement aux critères posés par ses soins afin de procéder à ses consultations²²⁶³. Elle vérifie également la bonne représentation des signataires à l'aune de toutes les catégories de salariés ou d'employeurs affectés par les dispositions de l'accord collectif. Cette notion de « *représentativité cumulée et suffisante* »²²⁶⁴²²⁶⁵ rejoint quelque peu la notion d'exigence majoritaire de droit interne. En effet, dans un arrêt du 17 juin 1998, le Tribunal de Première Instance²²⁶⁶ de l'Union Européenne a subordonné la validité d'un accord collectif européen au contrôle par la Commission et le Conseil du caractère des signataires. Selon le juge communautaire, cette notion doit s'apprécier en fonction du niveau de la négociation et du contenu de l'accord collectif car il s'agit de vérifier : « *si, au regard du contenu de l'accord en cause, les partenaires sociaux signataires de ce dernier ont une représentativité cumulée suffisante* » représentant ensemble et compte tenu de leur vocation propre « *toutes les catégories d'entreprise et de travailleurs au niveau communautaire* »²²⁶⁷. Même si cette notion reste relativement vague ou lacunaire²²⁶⁸²²⁶⁹, la Commission se charge de veiller à ce que l'ensemble des intérêts professionnels en question soient bien défendus par des signataires faisant l'objet d'une représentativité cumulée²²⁷⁰. Cette interprétation de la notion de « *représentativité* » par le juge communautaire renvoie donc bien à une notion effective, objective et surtout mesurable²²⁷¹²²⁷². En définitive, cette procédure peut être comparée à celle

²²⁶³L'accord doit respecter les domaines de compétence de l'Union Européenne et ne pas être contraire à l'ordre public communautaire. Outre la légalité communautaire de l'accord, la Commission se doit de vérifier la qualité des parties signataires selon une exigence d'une représentativité « *cumulée* ».

²²⁶⁴Arrêt du 17 juin 1998, Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes, Affaire T-135/96. Dans son important arrêt du 17 juin 1998 relatif à l'accord européen sur le congé parental, le TPI de Luxembourg saisi par la CGPME avait souligné « *l'importance que revêt l'obligation pour la Commission et le Conseil de vérifier la représentativité des partenaires sociaux signataires d'un accord dont la mise en œuvre au niveau communautaire est demandée au Conseil* ».

²²⁶⁵Jean Emanuel RAY, *loc.cit.* p.240.

²²⁶⁶Arrêt du 17 juin 1998, Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes, Affaire T-135/96.

²²⁶⁷Arrêt du 17 juin 1998, Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes, Affaire T-135/96 (§.94).

²²⁶⁸Alain SUPLOT (sous la direction de), *op.cit.* p.240. Ce rapport soulignait « *indigence, sinon l'absence de débat* » sur le thème de la représentativité dans le cadre de l'Union européenne. Celle-ci ne pourra pas faire l'économie d'un véritable débat sur ce sujet car la question représente un intérêt général dont les pouvoirs publics ne peuvent se désintéresser.

²²⁶⁹Au cours des années 1984 et 1985, la Commission sous la présidence de Jacques DELORS investit le sujet du « *dialogue social européen* ». Le sujet est introduit en droit européen par le truchement de l'article 118B de l'Acte Unique (1987). Le traité d'Amsterdam ne fait qu'une simple référence aux « *partenaires sociaux* » quand la charte des droits fondamentaux les ignore (signée en décembre 2000 lors du Conseil Européen de Nice). Après la publication d'une « *étude sur la représentativité des partenaires sociaux* », une communication de la commission (sans valeur impérative) de 1993 fixe certaines règles afin de mettre en œuvre le protocole sur la politique sociale du Traité de Maastricht.

²²⁷⁰Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.360.

²²⁷¹Communication du 14 décembre 1993 concernant « *la mise en œuvre du Protocole sur la politique sociale* » présentée par la Commission au Conseil et au Parlement européen, document COM (93) 600 final, et Communication de la Commission du 20 mai 1998, « *Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire* », document COM (98) 322 final.

²²⁷²Jean Emanuel RAY, *op.cit.* p.240.

de droit interne d'extension des accords collectifs. Cependant soulignons que selon cette dernière voie, la nature du texte reste qualifiée d'accord collectif dont la portée devient large et impérative par le truchement d'un texte de nature réglementaire, alors que selon la procédure originale du droit communautaire la substance de l'accord change de support passant d'une norme conventionnelle à une directive (ou un règlement)²²⁷³²²⁷⁴. Il ressort de l'analyse juridique qu'il n'existe donc pas un ordre conventionnel européen autonome²²⁷⁵ mais une mise en œuvre croisée des droits imposé et négocié. En effet, le système européen repose sur une mise en œuvre réglementaire des normes conventionnelles (interprofessionnelles ou sectorielles), ainsi que sur une mise en œuvre conventionnelle des normes européennes²²⁷⁶. Si les acteurs communautaires de la négociation peuvent réclamer auprès de la commission qu'un de leurs accords collectifs obtiennent une reconnaissance par le biais d'une directive ou d'un règlement, un ou plusieurs Etats membres peuvent confier aux acteurs sociaux nationaux le soin de négocier un accord de transposition d'une directive communautaire²²⁷⁷²²⁷⁸²²⁷⁹²²⁸⁰. Il s'agit donc d'une « *autonomie concédée* »²²⁸¹, par laquelle l'accord collectif peut être l'instrument de la mise en œuvre des normes européennes (des directives ou règlement) mais inversement ces dernières peuvent constituer un moyen de rendre effectives les éventuelles conventions conclues au sein de ce ressort. Pour les interlocuteurs sociaux de droit privé, il s'agit donc d'une forme de participation institutionnalisée au processus décisionnel communautaire²²⁸² et par conséquent : « *la régulation au niveau communautaire est conçue comme le résultat d'une coordination entre autonomie et hétéronomie dans la production des normes* »²²⁸³.

²²⁷³Etienne PATAUT, *loc.cit.* p.360.

²²⁷⁴Précisons que cette voie de mise en œuvre réglementaire n'est pas exclusivement réservée aux accords issus du processus institutionnel de consultation négociation initié par la Commission. De même l'ensemble des accords issus de ce processus ne font pas systématiquement l'objet d'une décision du Conseil. Pour bénéficier de ce type de décision l'accord conclu doit respecter les domaines de compétences de l'Union Européenne et être conforme à l'ordre public communautaire.

²²⁷⁵Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.360.

²²⁷⁶Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²²⁷⁷En effet, si la transposition en droit interne des accords collectifs peut se faire par le biais d'une directive (ou d'un règlement), inversement au sein du ressort de chaque Etats membres, les directives peuvent être mise en vigueur par le truchement d'accords collectifs signés par les protagonistes sociaux locaux.

²²⁷⁸Josépha DIRINGER, *op.cit.* p.11.

²²⁷⁹Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²²⁸⁰L'article 153.3 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne. Ce dernier dispose qu' « *un Etat membre peut confier aux partenaires sociaux, à leur demande conjointe, la mise en œuvre des directives prises en application du paragraphe* ».

²²⁸¹Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²²⁸²Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.18.

²²⁸³Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.18

L'effacement de la frontière du délibéré et du négocié. En conclusion, l'ordre juridique de l'Union Européenne reconnaît l'autonomie de la volonté des protagonistes sociaux comme sources de normes, mais reste volontairement laconique au sujet de nombreux dispositifs juridiques classiques en la matière. Il consacre deux modes différents de production des normes conventionnelles. Une première voie reconnaissant aux protagonistes sociaux une aptitude normative originaire au sein de laquelle les institutions européennes interviennent peu. Mais cette voie se confronte à l'épineux problème de l'intégration de façon homogène de la norme conventionnelle dans les divers ordres juridiques des Etats membres. Puis une seconde voie à travers laquelle la commission associe institutionnellement les acteurs privés à la production des normes à dimension européenne les concernant dans le cadre d'une délégation de pouvoir²²⁸⁴. Afin de conférer une dimension impérative et générale aux accords collectifs en question dans l'ensemble des ordres juridiques des Etats membres, la commission s'appuie notamment sur la notion discrète (voir laconique) de « *représentativité cumulée* » visant à s'assurer que les signataires sont bien représentatifs mais également soucieux de la défense des intérêts de l'ensemble des parties directement concernés par l'accord²²⁸⁵. Ce n'est que lorsque les signataires de l'accord collectif répondent à cette double exigence qu'il peut faire son intégration dans l'ordre juridique communautaire par le biais (le plus souvent) d'une décision du Conseil. Il ressort donc de l'examen de ce modèle européen que l'institutionnalisation de la négociation a pour effet un effacement de la frontière du : « *délibéré et du négocié* »²²⁸⁶. En effet, la distinction entre le droit imposé et le droit négocié s'estompe, alors que s'affirme une séparation entre d'un côté les modalités de formation des principes, et de l'autre côté, la définition des procédures. A ce sujet, le professeur Alain SUPIOT opère une distinction entre les « *normes techniques* » et les « *normes juridiques* »²²⁸⁷ de droit communautaire. Cette dissociation est reprise par le maître de conférence Christophe VIGNEAU²²⁸⁸ distinguant d'un côté les « *normes juridiques* » se caractérisant par leur dimension axiologique, générales, abstraite, permanente et obligatoire et d'un autre côté des « *normes techniques* » se déterminant par leur dimension concrète, évolutive et réfutable²²⁸⁹. Les principes en question représentent

²²⁸⁴Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.360.

²²⁸⁵Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.360. Constatons que l'importance de la notion de représentativité cumulée « contraste avec la fragilité de ses fondements juridiques et de ses critères » Cette notion n'est inscrite que dans différentes communications de la Commission ayant une faible portée juridique. Elle renvoie en partie à la légitimité des organisations nationales affiliées.

²²⁸⁶Alain SUPIOT, *loc.cit.* p.110.

²²⁸⁷Alain SUPIOT, *loc.cit.* p.355.

²²⁸⁸Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.18.

²²⁸⁹Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.18.

la part fixe de l'ordre normatif alors que les procédures sont les éléments mobiles²²⁹⁰ appelés à la mise en œuvre des premiers.

Constatons désormais qu'à l'instar du droit de l'Union Européenne, le droit interne reproduit à sa manière ce double phénomène ayant pour effet de troubler les frontières traditionnelles séparant les différents ordres juridiques. Convenons aisément que le modèle de droit interne ainsi que celui de l'Union Européenne exercent une coordination des sources autonomes et hétéronomes du droit. Il existerait donc des influences réciproques entre le modèle issu de l'Union Européenne et notre modèle national de « *démocratie sociale* » dont il nous faut désormais examiner le détail.

1.1.2. Le principe de participation et la négociation collective

En droit interne, la négociation collective se conçoit comme une modalité d'application du principe à valeur constitutionnelle de « *participation* » alors que dans d'autres systèmes juridiques, le procédé est plus souvent entendu comme la liberté conventionnelle des organisations professionnelles. Si le rattachement du procédé de la négociation collective au très large principe constitutionnel de « *participation* » ne constitue pas une incongruité juridique, sa présentation comme un droit subjectif des salariés apparaît bien plus singulière. Nous commencerons par examiner les caractères intrinsèques de la notion de « *participation* » avant d'étudier ses liens avec celles de « *concertation* » et de « *négociation* ». Puis nous découvrirons que si le principe de participation garantit et protège le développement de la négociation collective, il s'avère que le procédé en question reste tributaire voir subordonné à celui-ci.

Les caractéristiques de la notion de « participation ». Commençons par admettre que la notion de « *participation* » contient intrinsèquement la controverse car elle recouvre des enjeux différents selon ses diverses interprétations. A ce sujet, le professeur Nikitas ALIPRANTIS²²⁹¹ la qualifie de « *programmatische* » du fait de l'étendue de ses différentes modalités. Par conséquent nous limiterons notre examen à son déploiement en matière de droit du travail. Selon cette perspective, le principe de « *participation* » semble « *apriori* » avoir pour finalité un « *rééquilibrage* » de la relation liant les employeurs et les salariés. Toutefois les premiers souhaitent généralement l'utiliser au nom de l'efficacité de la marche de l'entreprise alors que

²²⁹⁰Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.110.

²²⁹¹Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46.

les seconds y voient l'opportunité d'étendre des procédures démocratiques au sein du monde du travail²²⁹²²²⁹³. Il en résulte qu'afin de convenablement comprendre notre modèle de droit interne, nous devons nous plonger dans l'étude de ce principe ayant fait l'objet d'une consécration constitutionnelle au travers de l'alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 affirmant que: « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* »²²⁹⁴. Par sa définition ce principe fait donc l'objet d'une portée très large capable de regrouper en son sein plusieurs éléments²²⁹⁵²²⁹⁶²²⁹⁷. Cependant, il en ressort également que le droit interne ne consacre pas la négociation collective comme un unique moyen et préfère lui associer plus largement un éventail de procédés de « *concertation* » se matérialisant par des mécanismes d'information et de consultation des travailleurs. Cette capacité d'englobement ne pose pas de difficultés car les normes européennes et internationales n'opposent pas la négociation collective aux diverses autres formes de participation des travailleurs à la détermination de leurs conditions de travail. Ainsi, si la convention n°98²²⁹⁸ de l'Organisation Internationale du Travail détermine la négociation collective comme un droit des organisations syndicales, la recommandation n°94 de cette même organisation²²⁹⁹²³⁰⁰ invite néanmoins explicitement les Etats à prendre diverses mesures pour encourager la participation des travailleurs sur des sujets d'intérêts communs. De son côté la Charte sociale européenne²³⁰¹ consacre également la négociation collective mais garantit un droit de la participation des salariés prévoyant à la fois

²²⁹²Sophie BEROUD, *loc.cit.* p.12.

²²⁹³Josépha DIRINGER, *op.cit.* p.11.

²²⁹⁴Alinéa n°8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 fondant la quatrième République.

²²⁹⁵Jean-Louis BEFFA et Christophe CLERC, « Les chances d'une codétermination à la française », *Prisme* n°26, Janvier 2013, p.87. Dix-sept États membres sur vingt-sept ont des systèmes de « *codétermination* ».

²²⁹⁶Patrick REMY, *loc.cit.* p.70

²²⁹⁷A ses prémisses, le principe de participation était soutenu politiquement par le Général de GAULE. Celui-ci se trouve à l'initiative de l'adoption de l'ordonnance du 23 février 1945 instituant les comités d'entreprise dont le préambule affirmait : « *la nécessité d'associer les travailleurs à la gestion des entreprises et à la direction de l'économie* ». Dans son esprit le principe de participation devait tendre vers un système de « *codétermination* » existant dans de nombreux pays européens. Cependant un fort clivage politique a bloqué le développement de ce projet dont il est tout de même possible de retrouver quelques traces en droit positif.

²²⁹⁸Convention n°98 de l'Organisation Internationale du Travail concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective (Adoptée le 1er juillet 1949 Entrée en vigueur : 18 juil. 1951).

²²⁹⁹Recommandation n°94 de l'Organisation Internationale du Travail concernant la consultation et la collaboration entre employeurs et travailleurs sur le plan de l'entreprise (Adoptée à Genève, 35ème session CIT du 26 juin 1952).

²³⁰⁰Bernard GERNIGON, Albert ODERO et Horacio GUIDO, *loc.cit.* p.290.

²³⁰¹Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 (Entrée en vigueur le 26 février 1965) révisée en date du 3 mai 1996 (Entrée en vigueur 1 juillet 1999) Préambule-Partie I- point n°6 : « *Tous les travailleurs et employeurs ont le droit de négocier collectivement* » et Partie I- point n°22 : « *Les travailleurs ont le droit de prendre part à la détermination et à l'amélioration des conditions de travail et du milieu du travail dans l'entreprise* ».

des procédés d'information et de consultation des salariés ²³⁰² qui ne relèvent pas obligatoirement de l'action syndicale. Il en ressort que l'interprétation faite par le juge constitutionnel du principe de participation reposant à la fois sur les notions de « *concertation* » et de « *négociation* » ²³⁰³²³⁰⁴ se trouve bien conforme au droit international et européen. Ce principe aurait donc au moins deux faces (« *concertation* » et « *négociation* ») recouvrant des procédés reposant sur des ressorts de natures différentes ²³⁰⁵ ainsi que des objectifs pouvant se concilier mais ne se confondant pas. Il nous faut donc examiner cet alliage constitutif du principe de participation.

La notion de « participation » englobant celles de « concertation » et de « négociation ».

Commençons par l'examen de la relation liant les notions de « *concertation* » et de « *participation* » qui semblent facilement conciliables. En effet, la « *participation* » apparaît reposer sur l'existence d'un intérêt commun qui serait renforcé par diverses consultations des représentants des salariés par l'employeur (« *concertation* ») débouchant sur l'accroissement de bénéfices communs et d'avantages mutuels ²³⁰⁶. L'alliance de ces deux notions viserait donc à favoriser la « *coopération* » des uns et des autres en effaçant toute forme d'antagonisme. Par conséquent, ce duo incarnerait une certaine aliénation des salariés à l'intérêt de l'entreprise. Selon un autre point de vue, cet alliage autorise une certaine soumission individuelle du salarié à la force du collectif que constitue le personnel ²³⁰⁷. A l'inverse, les notions de « *négociation* » et de « *participation* » semblent s'opposer par essence. En effet, la négociation collective apparaît au contraire se construire sur la reconnaissance d'un conflit d'intérêt que l'accord collectif tendrait à résoudre à un moment donné. Ce procédé renverrait donc à une conflictualité entre deux parties qui devrait se réguler par une délibération débouchant sur la formation d'un accord. Selon cette interprétation, la « *négociation* » constituerait bien un moyen de renforcer les intérêts des salariés contre l'employeur. En somme, celle-ci supposerait « *une confrontation*

²³⁰²Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 (Entrée en vigueur le 26 février 1965) révisée en date du 3 mai 1996 (Entrée en vigueur 1 juillet 1999) article n°21 : « Droit à l'information et à la consultation ».

²³⁰³Décisions du Conseil constitutionnel n° 96-385 du 30 décembre 1996 et n° 97-388 du 20 mars 1997. Le respect du principe de participation implique une « *concertation appropriée entre les salariés et les employeurs ou leurs organisations représentatives* ».

²³⁰⁴Isabel ODOUL-ASOREY. *loc.cit.* p.66. Selon l'auteure le juge constitutionnel utilise une formule globalisante permettant au « *législateur d'organiser plusieurs formes et degrés de la participation des salariés, sans être tenu de garantir la priorité de telle ou telle modalité.* ».

²³⁰⁵De façon pratique, il en ressort ainsi que les décisions unilatérales de l'employeur prises après consultation des représentants du personnel ou l'accord collectif issu du processus de négociation sont placés sur le même plan.

²³⁰⁶Dimitri WEISS, « Participation aux décisions et négociation collective ». Relations industrielles / Industrial Relations, volume n° 30, n°4, 1975, p.571.

²³⁰⁷Georges BORENFREUND, « Quel ordonnancement des sources du droit du travail - Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail », Revue de droit du travail, 2016, p.781.

des intérêts alors que la participation des salariés serait traversée par une idée de coopération »²³⁰⁸. Reconnaissons cependant que si la négociation collective nécessite au préalable une divergence d'intérêts, elle constitue également un mode de résolution des conflits passant par l'éventuelle conclusion d'un accord collectif. Par conséquent, les deux notions ne seraient pas totalement antinomiques mais reposeraient effectivement sur des ressorts philosophiques quelque peu différents. L'amarrage juridique du procédé de la négociation collective au principe de « *participation* » correspondrait alors à une confusion entre les intérêts des salariés et ceux de l'employeur symbolisant l'empreinte de la théorie institutionnelle de l'entreprise²³⁰⁹ sur notre droit du travail. Néanmoins, selon le professeur Gérard LYON CAEN le terme le plus important de l'alinéa 8 du préambule de la constitution du 27 octobre 1946²³¹⁰ serait bien : « *détermination* » impliquant la fixation d'un ensemble de décisions à caractère contraignant pouvant se formaliser dans un document conventionnel établi après une série de discussions²³¹¹. Par conséquent, par le biais de la notion de « *détermination* », le procédé de la négociation collective parviendrait à aspirer l'ensemble du principe de participation. Or, si cette interprétation délaissant la « *concertation* », est théoriquement séduisante, elle ne correspond pas à celle effectuée par le Conseil Constitutionnel. En effet, ce dernier lui préfère une acception large du principe de « *participation* » ne le confondant ni avec la technique de la « *concertation* » ni avec le procédé de la négociation collective, mais permettant au législateur de faire son choix à sa guise de la formule la plus pertinente selon les situations. En effet, l'interprétation large et englobante de ce principe par le Conseil Constitutionnel induit pour les salariés le droit d'appartenir à une communauté de travail en vue d'y être électeurs, mais également de bénéficier d'élus représentant ce dernier collectif²³¹². Par ce biais, les salariés acquièrent le droit d'être informés et consultés utilement²³¹³ des décisions de l'employeur. Toutefois, le Conseil Constitutionnel considère que droit de « *participation* » des salariés peut également se déployer par le truchement de la négociation collective, mais refuse d'ériger ce procédé comme la modalité exclusive de mise en œuvre de ce dernier²³¹⁴²³¹⁵. S'il en ressort bien que son application ne requière pas du législateur le recours unique ou même prioritaire à

²³⁰⁸Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

²³⁰⁹Paul DURAND, « Traité de droit du travail », Paris, Dalloz, Tome 1, 1947, n°119, p. 151. Selon l'auteur : l'employeur a pour fonction de « *coordonner les éléments [de la société professionnelle] et d'assurer le bien commun du groupement* ». De ce fait, il en est « *le législateur naturel* ».

²³¹⁰Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 de la quatrième République.

²³¹¹Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.294.

²³¹²Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

²³¹³Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

²³¹⁴Décision du Conseil constitutionnel n° 93-328 DC du 16 décembre 1993.

²³¹⁵Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

la négociation collective pour garantir son exercice²³¹⁶²³¹⁷²³¹⁸, le procédé en question trouve par le biais du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 un fondement constitutionnel²³¹⁹.

En conclusion, le droit de la négociation ne serait qu'un « *rameau* »²³²⁰ de ce principe constitutionnel car le modèle interne de relations collectives repose sur un équilibre évolutif entre « *concertation* » et « *négociation collective* »²³²¹ cumulant un ensemble de procédures ayant pour objet un échange argumenté de point de vue avant la formation de la décision de l'employeur ou un procédé délibératif pouvant déboucher sur la conclusion d'une décision commune entre les protagonistes sociaux. De façon générale, par le mariage de ces notions, le principe de « *participation* » : « *apparaît en réalité avant tout comme le résultat d'une vaste délibération continue, agréant en son sein des procédures délibératives et contractuelles* »²³²². Par conséquent, les deux branches du principe (« *concertation* » ou la « *négociation* ») continuent de se cumuler sans que l'une ne se substitue à l'autre.

Le succès de la négociation collective tributaire de la Loi. Toutefois s'il existe actuellement un réagencement favorable à la négociation collective, il ne s'agit que de l'accompagnement d'un mouvement conjoncturel. Ce dernier mouvement correspond à une tendance contemporaine consistant à se rapprocher d'un modèle « *néo corporatiste* »²³²³ de gestion de l'entreprise favorisant l'épanouissement du procédé de la négociation collective. Il en résulte qu'au fil du temps et de ses divers revirements, la Loi peut arbitrer en faveur de l'une ou l'autre, et que par conséquent la négociation collective n'est pas à l'abri d'un revers de fortune. Ainsi, même si un certain nombre de sujets relevant autrefois de la « *concertation* », tel que les grands

²³¹⁶Décision du Conseil constitutionnel n° 93-328 DC du 16 décembre 1993. Le juge constitutionnel a estimé que le déploiement du principe de participation n'avait « *ni pour objet ni pour effet d'imposer que dans tous les cas cette détermination soit subordonnée à la conclusion d'un accord collectif* ».

²³¹⁷Isabel ODOUL-ASOREY, *loc.cit.* p.353.

²³¹⁸Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.294. L'auteur indique que la formule est : « *remarquable par son unilatéralité et aussi par l'omission complète de toute autonomie ou ce qui pourrait y ressembler* ».

²³¹⁹Marie-Laure. MORIN, *loc.cit.* p.66. Ainsi le principe de participation : « *donne une base constitutionnelle aussi bien au droit de la négociation collective à tous les niveaux qu'aux fonctions des représentants élus de l'entreprise, en les définissant comme des droits des travailleurs* ».

²³²⁰Georges BORENFREUND, *loc. cit.* p.376.

²³²¹Franck PETIT, « Le droit à la participation, principe oublié ou renaissant », *Droit social* 2015, p.952.

²³²²Pascale IDOUX, « Dynamique contractuelle et dynamique délibérative dans le renouvellement des méthodes d'action publique », in « Contrats publics, Mélanges en l'honneur de Michel GUIBAL », Université. Montpellier I, 2009, p.547.

²³²³Frédéric GEA, « Le licenciement comme objet de dialogue social (De la consultation à la négociation) », *Droit social*, 2015 p.994.

licenciements économiques ²³²⁴ ou le fonctionnement des instances représentatives du personnel ²³²⁵, sont désormais du domaine de la négociation collective, rien n'interdit au Législateur de décider d'opérer un retour en arrière. Le procédé se trouve donc sous la protection de ce grand principe, mais le législateur peut décider d'étendre ou de restreindre son champ d'action. Mais pourrait-il à sa guise décider de l'abandonner totalement au profit d'une autre procédure ? Afin de répondre à cette question, rappelons que la négociation collective constitue également un principe fondamental du droit du travail correspondant à un droit à caractère indivisible de conclure des conventions collectives. A ce sujet, un arrêt du Conseil d'Etat du 21 juillet 1970²³²⁶²³²⁷ consacre la spécificité du droit de négocier. De son côté, la Cour de Cassation le consacre comme un « *principe fondamental en droit du travail* »²³²⁸²³²⁹. Néanmoins, la Loi peut donc façonner ce principe à sa guise sans toutefois pouvoir nier totalement le procédé de la négociation collective²³³⁰. En tout état de cause la Loi ne peut pas porter totalement atteinte à son existence²³³¹. Néanmoins, selon le professeur Nikitas ALIPANTRIS²³³², ce principe se compose d'un « *noyau dur* » intangible recouvert d'une couche externe que le législateur peut aménager.

²³²⁴ Frédéric GEA, *loc.cit.* 378.

²³²⁶ Conseil d'Etat arrêt du 21 juillet 1970 requête n° 72780, Publié au recueil Lebon. Le juge reconnaît que la négociation d'accords au niveau de l'entreprise ou de l'établissement étant un principe fondamental du droit du travail, le Ministre ne peut l'interdire par voie réglementaire dans le cadre de ses pouvoirs de tutelle sur les caisses de sécurité sociale.

²³²⁷ La Loi n°71-561 du 13 juillet 1971 modifiant certaines dispositions du chapitre IV-bis du titre II du livre I du Code du travail relatives aux conventions collectives de travail, ainsi que certaines dispositions du titre II de la Loi 50205 du 11-02-1950 relatives à la procédure de médiation (JORF du 14 juillet 1971) reconnaît l'existence d'un « *droit des travailleurs à la négociation collective* », marquant en cela la transformation d'un droit des conventions collectives en droit de la négociation collective. Elle accroît aussi le champ de la négociation collective en instituant les accords d'entreprise et d'établissement sous un régime identique à celui de la convention de branche, en étendant l'objet des conventions collectives aux « *garanties sociales* », en facilitant la procédure d'extension et en organisant celle d'élargissement.

²³²⁸ Cour de cassation, Chambre sociale, du 17 juillet 1996, 95-41.745, Publié au bulletin.

²³²⁹ Patrick MORVAN, « Le nouveau droit de la négociation collective- Conventions et accords après la Loi du 4 mai 2004- de la théorie des flaques d'eau » in « le nouveau droit de la négociation collective (Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004), Colloque sous la direction de Bernard TEYSSIE, Paris-II, Editions Panthéon Assas, 2004, p.125.

²³³⁰ Marie-Armelle ROTCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10. L'auteure considère que le législateur ne peut pas supprimer le droit à la négociation collective à un niveau donné.

²³³¹ Décision du Conseil constitutionnel n° 2004-507 DC du 9 décembre 2004. Il en résulte « *Considérant qu'il est Loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte en matière de droit du travail ; qu'il lui est également Loisible de prévoir qu'en l'absence de convention collective, ces modalités d'application seront déterminées par décret* ».

²³³² Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46.

En somme, si la négociation collective ne peut pas faire l'objet d'une suppression totale, elle peut éventuellement être marginalisée par la Loi²³³³. En ce sens, le droit de la négociation collective est bien arrimé au principe de « *participation* » qui le protège et le garantit, mais se trouve également asservie à celui-ci qui en diminue éventuellement la portée. Si la négociation collective a connu par ce lien une forme de consécration institutionnelle, il est indéniable que ce procédé a en retour également enrichi la notion de « *participation* » des travailleurs²³³⁴²³³⁵²³³⁶²³³⁷. En regroupant dans un même ensemble tous les droits des salariés garantissant leurs expressions et la prise en compte de leurs intérêts professionnels, la notion de « *participation* » protège constitutionnellement le procédé de la « *négociation collective* » mais ne se confond donc pas avec celui-ci²³³⁸. Le principe de « *participation* » constitue donc à la fois le fondement mais également la limite du droit de la négociation collective²³³⁹²³⁴⁰. En somme, quand bien même la négociation collective a été qualifiée par le Conseil d'Etat de « *principe général du droit* »²³⁴¹ et par la Cour de Cassation de « *principe fondamental en droit du travail* »^{23422343,2344}, elle demeure facilement malléable par la Loi et insuffisamment protégé par la Constitution. Il en résulte que pour de nombreux auteurs : « *l'autonomie collective n'est pas une philosophie mais un instrument au gré des politiques* »²³⁴⁵.

Le principe de participation comme garantie de la négociation collective. En effet, notre modèle de « *démocratie sociale* » se fonde donc sur la base du principe constitutionnel de « *participation* » regroupant les procédés de la « *concertation* » et de la « *négociation collective* » conçus comme deux modalités différentes d'application de celui-ci. Constatons tout de même que ce lien unissant le principe de « *participation* » à la négociation collective ne semble pas constituer une entrave à son développement. Reconnaissons que sur le fondement

²³³³Le droit des salariés à la négociation collective constitue donc une option législative qui peut éventuellement être mise de côté par le législateur.

²³³⁴Josépha DIRRINGER, *loc.cit.* p.352.

²³³⁵Jacques CAILLOSSE, « L'adoption de la Loi : négociation et délibération » in « La contractualisation de la production normative » de Sandrine CHASSAGNARD-PINET et David HIEZ (Sous la direction), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p.344.

²³³⁶Isabel ODOUL-ASOREY, *op.cit.* p.66.

²³³⁷Ainsi l'exigence majoritaire ou le principe de loyauté de la conduite de la négociation collective sont venus enrichir l'idée de participation.

²³³⁸Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.15.

²³³⁹Isabel ODOUL-ASOREY, *loc.cit.* p.353.

²³⁴⁰Elsa PESKINE, *loc.cit.* p.24.

²³⁴¹Conseil d'Etat, arrêt assemblée du 8 juillet 1994, requête n°105471.

²³⁴²Cour de cassation, Chambre sociale, du 17 juillet 1996, 95-41.745, Publié au bulletin.

²³⁴³Patrick MORVAN, *loc. cit.*p.379.

²³⁴⁴Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.66.

²³⁴⁵Antoine MAZEAUD, *loc.cit.* p.177.

du principe de « *participation* », le droit positif a déjà donné la possibilité à la norme conventionnelle de bénéficier d'une relative autonomie²³⁴⁶²³⁴⁷²³⁴⁸²³⁴⁹²³⁵⁰²³⁵¹²³⁵². Malgré tout, une partie de la doctrine revendique l'inscription dans la Constitution d'un domaine normatif réservé aux protagonistes²³⁵³ envisageant ainsi la possibilité d'une assise constitutionnelle, non pas seulement autonome mais différente, car plus en relation avec la place importante prise par la négociation collective dans notre droit interne. Il ressort de l'examen des différents systèmes de relations professionnelles que si l'« *autonomie collective* » peut se trouver tributaire de la Loi et ne se déployer que dans les marges que celle-ci lui concède, elle peut également bénéficier d'un « *domaine réservé* » au sein duquel le Législateur n'intervient qu'à titre subsidiaire. Or, il s'avère qu' : « *en France, l'autonomie collective s'entend comme un pouvoir concédé plutôt que reconnu par la Loi aux partenaires sociaux de produire des normes impératives et générales* »²³⁵⁴. Selon cette partie de la doctrine, l'alliage du principe de « *participation* » et de la négociation collective ne permet pas : « *la reconnaissance d'une autonomie collective au sens fort du terme pour l'épanouissement de laquelle une révision constitutionnelle paraît inéluctable* »²³⁵⁵. Par conséquent, ne pourrait-on pas doter ce procédé et les accords collectifs qui en sont issus, d'un fondement constitutionnel propre²³⁵⁶²³⁵⁷²³⁵⁸²³⁵⁹ ? A partir de ce nouveau socle constitutionnel autonome, le juge pourrait en effet consacrer un nouvel agencement des normes conventionnelles à l'égard du droit imposé renforçant leur rayonnement au sein des sources du droit du travail. Il s'agirait donc de faire de la négociation

²³⁴⁶Le droit positif permet à l'accord collectif de déroger aux accords collectifs de champs d'une dimension supérieure et aux normes législatives et réglementaires d'ordre public. Il développe une nouvelle relation entre l'accord collectif et le contrat de travail et enfin semble justifier un certain recul du contrôle judiciaire à l'égard des stipulations conclus par les protagonistes sociaux.

²³⁴⁷Jean RIVERO, « La convention collective et le droit public français », *Revue Economique*, vol 2, n°1, 1951, p. 15.

²³⁴⁸Jean-François AKANDJI-KOMBE, « Regard sur une validation constitutionnelle », Dossier spécial : « L'articulation entre l'accord collectif et le contrat », *Semaine Sociale*, Lamy, 2012, n° 1534.

²³⁴⁹Cour de cassation, civile, Chambre sociale 27 janv. 2015, nos 13-22.179, 13-25.437, 13-14.773, 13-14.908, 14-13.569, 13-23.818 et 13-23.850.

²³⁵⁰Geneviève PIGNARRE, « Égalité de rémunération entre les femmes et les hommes et droit conventionnel collectif : entre évolution et révolution », *Revue de Droit du Travail*, Dalloz, 2015, pp.472.

²³⁵¹Christophe RADE, « Égalité de traitement et avantages catégoriels conventionnels : la volte-face de la Cour de cassation », *La lettre juridique*, Lex base hebdo, 5 février 2015.

²³⁵²Laurence PECAUT-RIVOLIER, « L'hommage de la Chambre sociale à la négociation collective. Revirement sur la jurisprudence égalité de traitement », *Semaine sociale Lamy*, n° 1663, 9 février 2015.

²³⁵³Alain SUPLOT, *op.cit.* p.16.

²³⁵⁴Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²³⁵⁵Isabel ODOUL-ASOREY. *loc.cit.* p.353.

²³⁵⁶Isabel ODOUL-ASOREY. *loc.cit.* p.353.

²³⁵⁷Elsa PESKINE, *op.cit.* p.355.

²³⁵⁸Paul-Henri. ANTONMATTEI, « Avantages catégoriels d'origine conventionnelle et principe d'égalité de traitement : l'avis de tempête est levé ! », *Droit. Social*, 2015, p.351

²³⁵⁹Jean-Emmanuel RAY, *loc.cit.* p.354.

un procédé bilatéral capable de créations normatives opposables au droit imposé. En réponse, le Conseil Constitutionnel²³⁶⁰ nous indique que l'autonomie des protagonistes sociaux doit s'arrêter là où débute le rôle du législateur, car il revient à ce dernier de définir les principes généraux fondés sur l'intérêt général s'appliquant à tous. Constatons que la Loi fait effectivement l'objet d'une source constitutionnelle d'habilitation alors que la convention ne bénéficierait que d'une source légale, reconnaissant aux protagonistes sociaux la faculté d'édicter des normes selon une procédure spécifique, dans un champ d'application et d'une réglementation particulière, sous contrôle judiciaire. Ainsi, le professeur Alain SUPLOT estime que l'« *autonomie collective* » ne se développe pas : « *contre ou en dehors de l'hétéronomie mais bien au contraire en son sein dans une aire garantie par l'Etat* »²³⁶¹. Ainsi pour une large partie des auteurs, l'autonomie des protagonistes sociaux se mesurerait dans la dimension de la marge de liberté accordée par la norme d'habilitation. En effet, la validité de la norme édictée étant appréciée sur la base de sa norme d'habilitation, reste à savoir si cette dernière autorise la règle secrétée à prendre une certaine autonomie à son égard. Si à sa façon, l'Etat valide, organise, agence et contrôle toujours les règles issues du droit conventionnel, il délègue également aux protagonistes sociaux le pouvoir de poser leurs propres règles, qui se doivent d'être finalement en conformité avec l'ordre juridique étatique²³⁶². Par conséquent, il détermine donc une certaine « *relevance* » des normes conventionnelles, mais c'est bien du « *droit étatique qu'émanent les principes du droit négocié* »²³⁶³²³⁶⁴. Sur cette base une partie importante de la doctrine envisage donc l'« *autonomie collective* » : « *comme la délégation de la création des normes à un ordre juridiques socio-professionnel intégré à un ordre juridique plus vaste* »²³⁶⁵.

La subordination de la négociation collective au principe de participation. Néanmoins si pour beaucoup, l'accord collectif est le fruit d'une délégation du législateur²³⁶⁶²³⁶⁷²³⁶⁸, encadrée par le contrôle du juge constitutionnel, pour d'autres auteurs, il en va légèrement (ou radicalement)

²³⁶⁰Décision du Conseil constitutionnel n° 99-423 DC du 13 janvier 2000.

²³⁶¹Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.354.

²³⁶²Frédéric GEA, « Des accords collectifs sans juge ? », *Droit Social*, 2017, p.98.

²³⁶³Frédéric GEA, *Ibid*

²³⁶⁴Emmanuelle FILIPETTO, « Le juge et l'accord collectif de travail », *Librairie Générale de Droit et Jurisprudence*, Thèses, Bibliothèque de droit social, 2022, p.448.

²³⁶⁵Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46.

²³⁶⁶Michel DESPAX, « L'État et la négociation collective en France », *Annales de l'Institut du travail et de la sécurité sociale*, Lyon, 1971, p. 23.

²³⁶⁷Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45.

²³⁶⁸Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTHSCHILD SOURIAC, *loc.cit.* p.17. Selon les auteurs : « *Si les protagonistes sociaux disposent d'un pouvoir normatif, c'est bien parce que la Loi le leur a reconnu* ».

différemment. Ainsi la professeure Marie Laure MORIN estime que : « *l'effet normatif attaché à l'accord collectif ne prend pas seulement sa source dans une délégation du législateur. Il la prend directement dans le principe de participation* »²³⁶⁹. De même, la professeure Josépha DIRRINGER remarque que le pluralisme des sources et « *l'importance des normes supra étatiques et professionnelles contredit toute idée de monopole ou d'hégémonie étatique en la matière* »²³⁷⁰. En outre, une autre partie minoritaire de la doctrine, plus ou moins proche d'une théorie originaire du pouvoir normatif des protagonistes sociaux délaisse cette vision « *tempérée* » des relations de ces diverses normes. Ces auteurs estiment effectivement que les normes conventionnelles sont issues d'un foyer externe, et font l'objet d'une réception au sein de l'ordre étatique²³⁷¹²³⁷². Sur cette base doctrinale, les acteurs sociaux expriment désormais le souhait d'élargir leur champ d'action et de créer une nouvelle dynamique entre la Loi et la négociation collective²³⁷³.

Par conséquent la réforme de la représentativité a-t-elle pour finalité la construction d'une légitimité renforcée des acteurs privés permettant la consécration d'une source autonome de droit ? Ou vise-t-elle à leur conférer une autonomie plus large dans les limites du cadre de leur délégation légale²³⁷⁴ ? Constatons tout de même, que le législateur a refusé de donner une suite favorable à une sollicitation des protagonistes sociaux, visant à bouleverser les domaines respectifs de la Loi et de l'accord collectif, afin d'octroyer un domaine réservé à ce dernier. Par conséquent, s'il s'est bien établi un nouvel ordonnancement des normes, cette évolution s'est toutefois réalisée sans que l'« *autonomie collective* » ne se trouve pleinement opposable au législateur²³⁷⁵ ou consacré par la Constitution. Il se révèle donc qu'en droit constitutionnel, seule la Loi fait l'objet d'un domaine exclusivement réservé, et la création d'un champ autonome consacré à la négociation collective (émancipé de la loi) impliquerait une mise en cause de la « *démocratie politique* » telle qu'elle est envisagée actuellement. Il en ressort donc que la Loi met en œuvre les droits constitutionnels des travailleurs et laisse éventuellement à

²³⁶⁹Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.66. Selon l'auteure : « *L'effet normatif attaché à l'accord collectif ne prend pas seulement sa source dans une délégation du législateur. Il la prend directement dans le principe de participation* ».

²³⁷⁰Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

²³⁷¹Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46.

²³⁷²Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

²³⁷³Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective.

²³⁷⁴Nicole MAGGI GERMAIN, *loc.cit.* p.17.

²³⁷⁵Décision du Conseil constitutionnel n° 97-388 du 20 mars 1997. En particulier, la tentative de voir constitutionnaliser la liberté contractuelle, à l'occasion de la Loi relative à l'épargne retraite, a été repoussée par le Conseil constitutionnel.

l'accord collectif la charge de préciser ceux-ci par prolongation (dans le sens de l'intérêt du salarié) voire par adaptation. D'autres auteurs ne revendiquant pas l'affirmation d'un principe de « *subsidiarité* » conférant à chacun un domaine réservé, appellent plus modestement à une plus forte « *concertation* » des protagonistes sociaux et de l'Etat.

1.1.3. La concertation préalable à la formation de la Loi

Dans ce sens le législateur a souhaité institutionnaliser la participation des protagonistes sociaux à la formation de la Loi. Toutefois, découvrons que cette évolution peu audacieuse ne modifie pas le conditionnement du droit des salariés à la négociation mais consacre la notion doctrinale de « *Loi négociée* ». Il ressortait clairement de la position commune du 16 juillet 2001²³⁷⁶, faisant suite à l'Accord National Interprofessionnel (ANI) du 31 octobre 1995²³⁷⁷, deux vœux importants, réclamant que soit réservé un temps pour la négociation collective²³⁷⁸ avant toute initiative législative dans le domaine social, et que soit également clarifiée la répartition des tâches entre l'Etat et les protagonistes sociaux au moment de la mise en œuvre de la Loi. Au-delà même de la notion d'« *autonomie collective* », ce texte proposait donc une implication des protagonistes sociaux dans l'élaboration des normes légales, mais constituait également une invitation au renforcement d'une dynamique « *complémentaire entre le rôle de la Loi et celui de la négociation collective* »²³⁷⁹. Le premier vœu a été partiellement exhaussé par le biais de la Loi de 31 janvier 2007²³⁸⁰²³⁸¹ qui fait le choix d'associer les protagonistes sociaux à la formation de la Loi par le truchement d'une procédure de « *concertation* »²³⁸², au détriment de celle de « *négociation* ». Au sujet du second vœu, nous verrons bien plus loin que la finalité de l'ordre public a évolué, laissant place à de nouvelles relations entre les normes imposées et les normes négociées, sans que celles-ci n'effacent les précédents liens qui finissent donc par se cumuler.

La consécration de la notion doctrinale de « Loi négociée ». Etudions donc tout d'abord si l'institutionnalisation conférée aux protagonistes sociaux dans l'élaboration de la norme légale

²³⁷⁶Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective.

²³⁷⁷Cette demande est renouvelée par la conclusion de l'Accord national interprofessionnel du 14 avril 2022 « *Pour un paritarisme ambitieux et adapté aux enjeux d'un monde du travail en profonde mutation* ».

²³⁷⁸Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective.

²³⁷⁹Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective.

²³⁸⁰Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO- n°27 du 1 février 2007-p.1944)

²³⁸¹Vincent BONNIN, « La démocratie sociale constitutionnalisée », *Droit Social*, 2014, p.428 ;

²³⁸²Michel DESPAX, *loc.cit.* p.17.

réduit leur contingence à son égard ? Comme nous le savons, l'article 3 de la Constitution précise que : « *la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du referendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice* »²³⁸³. Par conséquent, dans les différentes branches du droit, la Loi est exclusivement formée par des parlementaires, le cas échéant sur un projet du gouvernement, mais en matière de droit du travail, sa formation fait désormais l'objet d'une délibération publique²³⁸⁴ associant divers acteurs privés bénéficiant d'une habilitation les considérant comme représentatifs et dont l'avis est sollicité de façon formelle. Une partie de la doctrine estime que cette institutionnalisation de la participation des parties prenantes à la formation de la Loi représente un effort méritoire accordant une nouvelle place aux destinataires de la Loi, mais une autre partie des commentaires estime qu'il s'agit bien au contraire d'un abaissement supplémentaire de la place du parlement²³⁸⁵ voire une atteinte inadmissible à la souveraineté du peuple s'exprimant normalement par la représentation parlementaire²³⁸⁶. Or, en adoptant la Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007²³⁸⁷, le législateur n'a instauré qu'une procédure de « *concertation* » avec les protagonistes sociaux lors de l'élaboration des textes législatifs relatifs aux relations individuelles et collectives de travail,²³⁸⁸ correspondant à une garantie légale relative à l'application du principe de participation. Ce mécanisme institutionnel se serait forgé sous l'influence du droit de l'Union Européenne²³⁸⁹, à moins que cette tradition française n'ait elle-même influencée celui-ci. En effet, remarquons, qu'avant cette Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007²³⁹⁰, plusieurs Lois importantes en droit du travail et notamment en matière de relations professionnelles, ont été élaborées sur la base d'un accord national interprofessionnel²³⁹¹ (ou sur celle d'une d'un texte qualifié de « *position commune* »). Il

²³⁸³Sur le plan professionnel, la Loi Le Chapelier avait on le sait tiré en 1791 les conséquences les plus radicales de la même idée en fulminant « *l'anéantissement de toutes espèces de corporations des citoyens du même état et profession* » et en interdisant entre les mêmes personnes, comme « *attentatoires à la liberté et à la Déclaration des droits de l'Homme* », toutes espèces de représentation de « leurs prétendus intérêts communs ».

²³⁸⁴Josépha DIRRINGER, *loc.cit.* p.352.

²³⁸⁵Bernard TEYSSIE, *loc.cit.* p.150.

²³⁸⁶Il en découle que seul le système politique démocratique est chargé de la sélection des gouvernants habilités à définir l'intérêt général, et que par conséquent il ne peut pas exister de rivalité avec la démocratie « *sociale* ».

²³⁸⁷Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO- n°27 du 1 février 2007-p.1944).

²³⁸⁸Alain SUPLOT, *op.cit.* p.16

²³⁸⁹Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.110. Selon l'auteur, l'Union Européenne participe d'un mouvement plus large de transformation des sources du droit, dont le droit communautaire offre maints exemples (accord légiférant des art. 138-139 du Traité CE ; lignes directrices sur l'emploi de l'art. 128; méthode ouverte de coordination des art. 130 et 140).

²³⁹⁰Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO- n°27 du 1 février 2007-p.1944)

²³⁹¹Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.17. Les accords nationaux interprofessionnels illustrent parfaitement le rapport étroit entre la négociation collective et Loi. Ils se développent à partir de l'accord sur les régimes complémentaires de retraites des salariés cadres (AGIRC) du 14 mars 1947, suivi de la convention collective d'assurance chômage du 31 décembre 1958 puis de l'accord sur les régimes complémentaires de retraites des salariés non-cadres (ARRCO) du 8 décembre 1961.

s'avère que le gouvernement avait souvent l'habitude de solliciter de manière informelle l'avis des protagonistes sociaux au sujet de divers projets de Loi, ou de recourir à la technique de la Loi « *inachevée* »²³⁹². Par conséquent, cette institutionnalisation vient conforter une tradition ancienne de concertation informelle des protagonistes sociaux part les autorités publiques. Il s'agit donc d'une très « *prudente audace* »²³⁹³ d'englobement de la « *démocratie sociale* » par la « *démocratie politique* », conférant simplement aux acteurs sociaux la possibilité de discuter les termes des projets de réformes législatives du droit du travail mais conservant au bout du compte au législateur le dernier mot. Cherchons donc à mesurer la portée effective de l'institutionnalisation de cette procédure de « *concertation* » concernant l'élaboration de la Loi.

L'absence de « domaine réservé » de la négociation collective. Constatons d'abord que par le truchement de Loi n°2007-130 du 31 janvier 2007²³⁹⁴, le législateur a tout bonnement écarté un projet alternatif des parties prenantes exprimé maladroitement par le biais des « *positions communes* » des 16 juillet 2001²³⁹⁵ et 9 avril 2008²³⁹⁶ visant la création d'un « *domaine réservé* ». Cette proposition mal formulée pouvait être entendue comme une demande de mise en place d'un champ de compétence matériel exclusivement dévolu à la négociation collective et entièrement protégé de l'intervention de la Loi (ou de l'Etat) équivalent à ce qui existe dans d'autres systèmes juridiques. En effet, le droit comparé montre que plusieurs systèmes juridiques fondent constitutionnellement l'« *autonomie collective* » en prévoyant un champ de compétence autonome aux protagonistes sociaux. Ainsi, à l'instar de l'Allemagne garantissant la notion d'« *autonomie tarifaire* » comme un élément de la liberté syndicale²³⁹⁷, le droit français aurait pu accorder aux branches professionnelles un domaine réservé au sein duquel l'Etat n'aurait pu intervenir que de façon subsidiaire²³⁹⁸. L'examen des droits italien ou espagnol illustre également la possibilité de former un domaine matériel dévolu exclusivement

²³⁹²Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²³⁹³Alain SUPLOT, *op.cit.* p.16.

²³⁹⁴Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO- n°27 du 1 février 2007-p.1944)

²³⁹⁵Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective. « *Pour exister et plus encore pour se développer, la négociation collective doit disposer d'un espace suffisant, au sein duquel les interlocuteurs sociaux peuvent exercer leurs pleines responsabilités pour définir, adapter et améliorer les règles destinées à régir les rapports des salariés et des employeurs dans leur vie professionnelle. A l'inverse, si l'ensemble de ces règles est prédéterminé à l'avance, dans le détail et de façon quasi intangible par la Loi et le règlement, la nécessité du compromis disparaît et la négociation collective s'appauvrit progressivement* ».

²³⁹⁶Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

²³⁹⁷Patrick REMY, « La réforme allemande du droit des conventions collectives ». *Revue de Droit du Travail*, 2015, p.562. Au-delà de cette formulation, il est acquis que l'article 9, alinéa 3, protège également les prérogatives desdites coalitions, en particulier l'autonomie collective (la Tarif autonomie) et le droit des conflits collectifs.

²³⁹⁸Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.61.

(ou prioritairement) à l'« *autonomie collective* » garantie par la Constitution mais également par la Loi. Ainsi la Constitution en Italie peut garantir une autonomie à la négociation collective notamment dans le domaine de la branche professionnelle²³⁹⁹²⁴⁰⁰ et reconnaître l'antagonisme des protagonistes sociaux. La Loi en Espagne garantit et organise les modalités de la négociation collective²⁴⁰¹, tout en octroyant une liberté de négocier²⁴⁰². Il en ressort la confirmation que l'asservissement de la négociation à la Loi ne correspond pas obligatoirement à une soumission de l'« *autonomie collective* ». Or, en droit interne, il n'existe pas de domaine matériel dont la Loi ne pourrait « *pas dessaisir la négociation collective* »²⁴⁰³, ou inversement une liste de thèmes pour lesquels les protagonistes sociaux bénéficieraient d'une priorité d'intervention leur permettant de supplanter le législateur. Il ressort bien de notre droit constitutionnel que le législateur reste le grand organisateur des domaines respectifs de la Loi et de la négociation collective²⁴⁰⁴. Cependant, la professeure Michèle BONNECHERE estime que le dynamisme de la négociation collective démontre au-delà des critiques faites à la Loi que : « *l'intégration de l'autonomie collective dans l'ordre étatique laisse à celle-ci un champ considérable et n'est pas si rigide* »²⁴⁰⁵. L'auteure s'oppose farouchement à un affrontement entre la Loi et l'accord collectif, et ne partage pas l'appréciation d'une partie de la doctrine opposant les sources autonomes (sources négociées) et hétéronomes (sources imposées). Elle souligne sa surprise au sujet de l'oubli sur lequel repose cette opposition : « *sans la Loi, la convention ou l'accord collectif ne déploierait aucun effet impératif sur le contrat de travail, et ne se rangerait pas parmi les sources du droit du travail* »²⁴⁰⁶. Elle remarque judicieusement que dans les systèmes juridiques au sein desquels la Constitution prévoit un « *domaine réservé* » à la négociation collective, l'accord collectif doit tout de même respecter l'ordre public. Par conséquent, dans tous les systèmes juridiques, la primauté de la Constitution (voulu par le Peuple dans les régimes démocratiques) traduit celle du droit imposé. Si en Allemagne, la notion d'« *autonomie collective* » est garantie par l'article n°9 alinéa 3 de la Constitution qui

²³⁹⁹La communication entre les ordres juridiques (professionnel et étatique) y est essentiellement assurée par la notion de représentativité.

²⁴⁰⁰Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

²⁴⁰¹Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

²⁴⁰²Le système espagnol de relations collectives démontre que l'autonomie collective n'est pas incompatible avec une forte intervention législative.

²⁴⁰³Isabel ODOUL-ASOREY, *loc.cit.* p.353.

²⁴⁰⁴Si le principe constitutionnel de participation garantit et soutient la contribution de la négociation collective à la production normative du droit du travail, c'est toujours au législateur à qu'il appartient de fixer les principes. Si le législateur peut déléguer à la négociation collective la possibilité de former les modalités d'application de ces principes il n'existe toutefois aucune obligation à ce sujet.

²⁴⁰⁵Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45.

²⁴⁰⁶Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45.

détermine un domaine exclusivement réservé aux protagonistes sociaux, ce domaine d'autonomie est du même coup bien garanti par l'Etat²⁴⁰⁷. En l'occurrence la Loi se réserve la tâche de garantir un système de négociations collective qui fonctionne²⁴⁰⁸. Une fois l'« *autonomie collective* » mise en place et garantie par l'Etat celui-ci ne doit plus intervenir dans ce domaine²⁴⁰⁹ mise à part en cas de défaillance de cette dernière. Selon cette dernière hypothèse, la Loi endosse alors un rôle subsidiaire à l'égard des protagonistes sociaux. En définitive, en droit allemand, il faudrait entendre par « *domaine réservé* » non pas un domaine totalement exclusif de l'Etat, mais bien un champ au sein duquel les protagonistes sociaux ont une « *priorité d'action* » mais à l'intérieur duquel l'intervention publique reste possible sous réserve qu'elle soit justifiée par les droits fondamentaux concurrents, et ne porte pas une atteinte disproportionnée à l'« *autonomie collective* ». En dernier ressort, le juge allemand est chargé du contrôle du domaine d'intervention de la Loi et de la portée de sa nature impérative²⁴¹⁰. L'« *autonomie collective* » s'y trouve donc tout de même soumise aux principes supérieurs de valeurs constitutionnelles (sans que cela ne corresponde à un contrôle de l'Etat) . Il en résulte que quel que soit le système de relations professionnelles et quelles qu'en soient les modalités fixées par la Loi ou la Constitution, l'« *autonomie collective* » se trouverait toujours sous l'emprise du droit étatique. Néanmoins l'articulation en question peut faire l'objet de diverses intensités, revêtir plusieurs habits voir connaître plusieurs finalités différentes. A ce sujet, la professeure Michel BONNECHERE considère donc qu'en droit interne la négociation collective : « *ne peut être vue comme concurrente de la Loi : elle lui est complémentaire* »²⁴¹¹. En effet, l'accord collectif peut améliorer les dispositions légales, et le législateur peut : « *laisser aux employeurs et aux salariés le soin de fixer les modalités de mise en œuvre des principes légaux* »²⁴¹²²⁴¹³. Il en découlerait qu'en droit interne la Loi serait en somme : « *placée au service de l'autonomie collective* »²⁴¹⁴ et que selon cet agencement une plus large liberté d'action des protagonistes sociaux ne serait pas nécessaire puisque selon des formes et des cheminements différents, leur négociation collective aurait uniquement pour fonction l'amélioration (ou d'adaptation) de la Loi.

²⁴⁰⁷Patrick REMY, « L'autonomie collective : une illusion en droit français », sous la direction de Philippe WAQUET Semaine Sociale Lamy, 2011, supplément n°1508.

²⁴⁰⁸Ainsi il existe une Loi au sujet de la convention collective et une seconde concernant la liberté syndicale.

²⁴⁰⁹Patrick REMY, *loc.cit.* p. 70.

²⁴¹⁰Patrick REMY, *loc.cit.* p. 70.

²⁴¹¹Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p. 45

²⁴¹²Décision du Conseil constitutionnel n° 2004-494 DC du 29 avril 2004.

²⁴¹³Bernard TEYSSIÉ, « Loi et contrat collectif de travail : variations à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Dossier : « Loi et contrat », Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 17, mars 2005.

²⁴¹⁴Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p. 75.

La nécessaire complémentarité de la Loi et de l'accord collectif. Constatons que même si un : « véritable découpage des compétences du législateur et des protagonistes sociaux par domaines ou matières a pu être revendiqué au profit de l'autonomie collective »²⁴¹⁵²⁴¹⁶, ou apparaitre aux yeux de certains comme inutile, cette démarcation semble comme incompatible avec notre Constitution et la définition que celle-ci donne de la Loi. En effet, s'il est exact de rappeler que les protagonistes sociaux bénéficient d'une liberté contractuelle leur permettant de conclure des accords collectifs de leur choix, cette dernière apparait asservie aux dispositions législatives. En ce sens non seulement le système français se caractérise par l'absence d'une sphère de compétence réservée à l'« *autonomie collective* », mais encore le champ ouvert à la production de normes conventionnelles dépend des interventions du législateur. En outre, l'ordonnancement constitutionnel n'a pas été modifié par la Loi n°2007-130 du 31 janvier 2007²⁴¹⁷. Ainsi l'examen du droit positif révèle toujours une vision moniste par laquelle la négociation collective ne dispose d'aucun champ de compétence propre. Bien au contraire, cette institutionnalisation de la concertation pré-législative fonctionne sur le fondement d'une complémentarité organisée autour de la Loi (accompagnée par le règlement) et l'accord collectif. Cependant la procédure de « *concertation* » en question ne se confond pas avec une éventuelle consécration d'une négociation collective interprofessionnelle préalable au vote de la Loi²⁴¹⁸²⁴¹⁹²⁴²⁰. Constatons que s'il a été concédé à l'« *autonomie collective* » de participer à la formation de la Loi par cette dernière procédure institutionnalisée, le choix a d'abord été celui de la laisser tributaire de la Loi. Par ailleurs, l'étude de la répartition des espaces respectifs de la Loi et de la convention met en évidence le caractère incontestablement prééminent de l'autorité étatique. La création d'un domaine réservé au profit des protagonistes sociaux supposerait une modification constitutionnelle préalable impliquant une redéfinition d'ampleur du domaine matériel de la Loi. La protection constitutionnelle d'un système permettant aux acteurs professionnels de déterminer eux-mêmes leurs conditions de travail face à l'intervention de l'Etat ne pourrait passer que par une révision constitutionnelle substantielle qui n'aurait peut-

²⁴¹⁵Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective.

²⁴¹⁶Jacques FREYSSINET et Marie-Armelle SOURIAU, *op.cit.* p.105.

²⁴¹⁷Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO- n°27 du 1 février 2007-p.1944)

²⁴¹⁸Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.270. En effet, les protagonistes sociaux ne se substituent pas au législateur, et si « *la négociation sur la Loi peut être une forme de concertation mais elle ne vaut pas la Loi* »

²⁴¹⁹Michel DESPAX, *loc.cit.* p.17. A une autre époque, l'auteur écrivait à ce sujet que si « *l'ANI ressemble à la Loi, à la même teneur que la Loi, ce n'est quand même pas la Loi?* ». Pour l'auteur si l'accord national interprofessionnel (ANI) n'est pas la Loi, il en préfigure désormais assurément les prémisses.

²⁴²⁰Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.17.

être qu'un effet en trompe l'œil sur l'ordonnancement des sources du droit. Effectivement, selon l'article 34 de la Constitution, la Loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail²⁴²¹²⁴²²²⁴²³²⁴²⁴²⁴²⁵. De ce fait nous savons que le rapport entre la Loi et l'accord est caractérisé par un domaine exclusivement réservé à la Loi et de surcroît la délimitation de l'espace de la négociation collective est tributaire du législateur²⁴²⁶. Si le législateur laisse éventuellement à la négociation collective la possibilité de préciser les modalités mise en œuvre de ses « *principes fondamentaux* », cela implique bien que l'autonomie des protagonistes sociaux est bien tributaire des différentes interventions du législateur. Ainsi, le Conseil Constitutionnel confirme au législateur sa compétence initiale (et réservée) pour déterminer les droits constitutionnels des travailleurs et d'autre part interdit tout abandon de cette compétence au profit de l'exécutif et ou des protagonistes sociaux²⁴²⁷. Par conséquent, constatons donc que contrairement à d'autres systèmes juridiques, la Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007²⁴²⁸ n'a nullement pour finalité la création d'un champ réservé garanti par la Loi (ou notre constitution) mais a bien fait le choix de « *simplement* » associer les protagonistes sociaux à la formation de la Loi dans le cadre constitutionnel d'un ordonnancement « *vertical* » de ces différentes normes. L'adaptation de la Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007²⁴²⁹ ne correspond donc pas à un bouleversement mais au choix d'une option conforme à notre tradition constitutionnelle équivalent à une plus grande institutionnalisation et sécurisation juridique de la participation des protagonistes sociaux au processus d'élaboration de la Loi. Malgré tout il nous apparaît qu'il ne s'agit pas uniquement du résultat d'une impasse institutionnelle car sans effectuer de bouleversement constitutionnel, le droit interne aurait tout de même pu faire l'objet d'une bien plus grande audace. Par conséquent après l'examen de la mise à l'écart d'un projet de bouleversement constitutionnel d'envergure, étudions deux options plus modestes mais également mise de côté.

²⁴²¹Décision du Conseil constitutionnel n° 96-383 DC du 6 novembre 1996. Les conditions et garanties touchant la mise en œuvre des droits et libertés constitutionnels des salariés, relèvent du seul législateur. Seules les modalités concrètes d'application des règles légales de mise en œuvre peuvent être normalement renvoyées à la négociation collective. L'ancrage constitutionnel des garanties légales nécessaires explique et justifie ce monopole.

²⁴²²Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.270.

²⁴²³Bertrand MATHIEU. « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective », Recueil Dalloz, Dalloz, 1997, pp.152.

²⁴²⁴Bernard TEYSSIÉ, *op.cit.* p.388.

²⁴²⁵Franck PETIT, « Constitution et droit social L'application de la Constitution par le juge prud'homal », Revue Française De Droit Constitutionnel, 2012, n° 89, p. 175-210.

²⁴²⁶Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²⁴²⁷Décision du Conseil constitutionnel n°96-383 du 6 novembre 1996.

²⁴²⁸Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO- n°27 du 1 février 2007-p.1944)

²⁴²⁹Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO- n°27 du 1 février 2007-p.1944)

L'intégration de l'accord national interprofessionnel à l'ordre juridique. En effet, il nous semble qu'il existe théoriquement au moins deux modalités permettant aux protagonistes sociaux de participer à l'élaboration de la Loi dans le respect de l'esprit des institutions²⁴³⁰ et du texte de la Constitution tout en présentant un meilleur équilibre des prérogatives de chacun. Ces deux modalités différentes n'ayant pas été reprises à son compte par la Loi n°2007-130 du 31 janvier 2007²⁴³¹, se distinguent par l'initiateur de la procédure²⁴³²²⁴³³. Ainsi selon la première modalité, les acteurs professionnels se trouvent à l'initiative de la démarche et négocient au sujet d'un thème de leur choix. La négociation collective menée par les parties prenantes représente l'expression d'une source autonome. Néanmoins elle se situe en amont d'une procédure et constitue un préalable à la délibération parlementaire. L'accord collectif qui en résulte peut ensuite être repris en toute ou partie sous la forme législative²⁴³⁴. Dans cette hypothèse l'accord collectif fait fonction de proposition de Loi, et par le biais de cette modalité les acteurs privés représentatifs en matière de négociation collective se voient donc « *déléguer* » le pouvoir d'initiative que la constitution réserve normalement aux pouvoirs législatif ou exécutif²⁴³⁵. Si en initiant ce processus ils se placent dans un rôle de « *pré-législateur* », en aval leur autonomie reste cependant strictement encadrée dans la mesure où l'intégration du fruit de leur négociation à la Loi reste totalement subordonnée à la volonté du législateur. Au travers de cette option se pose la question de la souveraineté du législateur au sujet de la norme légale en rapport avec l'accord collectif conclu. Or, si nous sommes intéressés jusque-là à l'autonomie des protagonistes sociaux à l'égard de la Loi, cette option nous amène également à nous poser celle de l'autonomie du législateur face à un Accord National Interprofessionnel (ANI). En effet, dans quelle proportion l'ordre juridique étatique peut se retrouver lié par un accord collectif négocié par des acteurs privés habilités par ses propres soins²⁴³⁶? Par voie de conséquence à l'occasion de ce type de procédure soit le pouvoir d'amendement parlementaire se trouve substantiellement restreint soit le contenu (voir l'équilibre général) de l'accord collectif peut être remis en question par le travail du législateur. A ce sujet les protagonistes sociaux pourraient revendiquer une limitation du droit d'amendement du parlement au sujet des

²⁴³⁰Cette seconde formule est également à l'unisson des modalités de formation de la norme communautaire déjà étudiée par nos soins.

²⁴³¹Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO- n°27 du 1 février 2007-p.1944)

²⁴³²Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.110.

²⁴³³Cette distinction théorique est conforme à celle opérée par le droit communautaire déjà étudiée par nos soins

²⁴³⁴Cette méthode a été utilisée à de nombreuses reprises pour réformer de vastes secteurs du droit du travail : formation professionnelle, durée du travail, emploi, mensualisation, contrats précaires.

²⁴³⁵Article n°39 de la Constitution du 4 octobre 1958.

²⁴³⁶Pascal CAILLAUD, *loc.cit.* p.17. En somme dans quelle mesure : « *l'Etat législateur a-t-il laissé la place à l'Etat régulateur ?* ».

accords signés par leurs soins sans que cela ne constitue une violation de nos institutions²⁴³⁷. En effet, le droit constitutionnel autorise le gouvernement à pratiquer la technique du vote « *bloqué* » contraignant le législateur à accepté (ou refusé) un projet de Loi comme tel sans possibilité d'y apporter le moindre amendement. Cette technique du vote « *bloqué* » peut être utilisée à l'initiative d'un gouvernement soucieux de préserver le fragile équilibre d'un accord collectif dont il souhaite la transformation de la substance conventionnelle en Loi. Cependant, il s'avère que dans une telle situation le gouvernement se trouve dans une situation inconfortable à l'égard de sa majorité parlementaire. En effet malgré son soutien il doit lui demander de se brider. Par conséquent, le gouvernement peut être rétif au sujet de l'usage de cette mécanique parlementaire²⁴³⁸ contrariant de façon trop vive notre tradition politique.

La technique de la Loi dite « inachevée ». La seconde modalité permettant aux protagonistes sociaux de participer à l'élaboration de la Loi apparaît d'autant plus compatible avec le droit constitutionnel qu'elle laisse au législateur l'initiative des opérations. En effet, par le biais de cette seconde option, le législateur peut appeler de ses vœux l'ouverture d'une négociation collective en vue d'une reprise législative²⁴³⁹. Il s'agit alors de légiférer en deux temps, séparés par une période de négociation collective²⁴⁴⁰. Par le biais de la première Loi, le législateur fixe l'initiative et les objectifs de la négociation collective. Ensuite, il adopte une seconde Loi, qui reprend tout ou partie de la substance de l'accord collectif qui a été conclu par les acteurs sociaux. Autrement dit, le législateur édicte une Loi dite « *inachevée* »²⁴⁴¹ destinée à être complétée par la voie de la négociation collective. Ainsi, après avoir impulsé la négociation (la rendant le cas échéant obligatoire) le législateur peut en consacrer le fruit. Toutefois, l'empreinte de sa souveraineté demeure et l'autonomie des protagonistes sociaux reste nécessairement dépendante de l'autorité de l'Etat²⁴⁴²²⁴⁴³. Cette formule conforme à la Constitution, permet au législateur de fixer les grands principes fondamentaux du droit du

²⁴³⁷ Accord national interprofessionnel du 24 mars 1990 étendu par l'arrêté du 9 octobre 1990 (portant extension de l'accord national interprofessionnel relatif aux contrats à durée déterminée et au travail temporaire) et la Loi n° 90-613 du 12 juillet 1990 favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires (JORF n°162 du 14 juillet 1990).

²⁴³⁸ Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²⁴³⁹ Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²⁴⁴⁰ Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.110.

²⁴⁴¹ Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²⁴⁴² L'examen de l'histoire de la réduction du temps de travail révèle un domaine où les rapports entre le contractuel, le législatif et le réglementaire sont d'une réelle interactivité.

²⁴⁴³ Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11. Le thème de la réduction du temps du travail devenu un véritable abcès de fixation symbolique pour les partenaires sociaux a suscité une multitude de débats. Dans un premier temps si la régulation du temps de travail a été recherchée dans le cadre d'un processus de coproduction des normes publiques et conventionnelles, dans un second temps une forme plus contraignante d'intervention de l'Etat est réapparue.

travail et laisse aux protagonistes sociaux le soin d'en préciser les modalités de mise en œuvre²⁴⁴⁴. Lors du débat parlementaire relatif à la seconde Loi, le législateur retrouve une forme d'autonomie et peut écarter différentes dispositions conventionnelles, sous réserve que cette mise à l'écart corresponde à un intérêt général (et ne ruine pas l'équilibre de l'accord conclu)²⁴⁴⁵. Constatons que notre système institutionnel n'a pas fait le choix de valoriser l'une ou l'autre de ces modalités, car il reste avant tout réticent à la mise en place d'une limite procédurale à l'intervention législative. Le droit constitutionnel continue de se demander si les protagonistes sociaux sont « *plus éclairés, plus responsables ou plus déterminées que le pouvoir politique* »²⁴⁴⁶ et s'il peut totalement leur faire confiance aux au sujet de la formation de la Loi²⁴⁴⁷.

Une institutionnalisation peu audacieuse. En effet, découvrons que par le truchement de la Loi n°2007-130 du 31 janvier 2007,²⁴⁴⁸ le législateur exprime en réalité une certaine défiance à l'encontre de négociation nationale interprofessionnelle, et lui préfère la notion plus large de « *concertation* » pour fonder une « *association de la démocratie sociale et de la démocratie politique* »²⁴⁴⁹ laissant à la seconde le dernier mot si nécessaire. Étant donné l'examen historique des pratiques en la matière, nous savons que l'usage de la « *concertation* » est antérieur aux différentes réformes relatives à la notion de représentativité et aux nouvelles modalités de sélection des acteurs professionnels. Cette Loi du 31 janvier 2007²⁴⁵⁰ institutionnalise donc une pratique ancienne, portant certes une forte charge symbolique, se trouvant en harmonie avec les procédés découlant de l'Union Européenne, mais qui n'est cependant que l'expression légale d'une préférence pour la « *concertation* » au détriment de la négociation collective. Elle ne constitue donc pas la consécration constitutionnelle d'une procédure pré-législative de « *Loi négociée* »²⁴⁵¹, mais l'expression légale d'un choix se limitant

²⁴⁴⁴Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.110.

²⁴⁴⁵Décision du Conseil constitutionnel n° 99-423 DC du 13 janvier 2000. Le Conseil constitutionnel a étendu son contrôle aux atteintes que le Législateur peut éventuellement porter à la liberté contractuelle et admis que le pouvoir législatif pouvait être borné par le respect dû aux conventions collectives. Certes, il était Loisible au Législateur de tirer les enseignements des accords législatifs conclus sous l'empire de la première Loi. Mais il ne pouvait remettre en cause leur contenu que pour un motif d'intérêt général suffisant, sauf à méconnaître deux principes à valeur constitutionnelle : le principe de liberté (article n°4 de la déclaration des droits de l'Homme de 1789) et le principe de participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail (alinéa n°8 du Préambule repris de la constitution de 1946).

²⁴⁴⁶Raymond SOUBIE, « Libres propos », *Droit. Social*, 2007, p. 387.

²⁴⁴⁷Jacques FREYSSINET et Marie-Armelle SOURIAU, *op.cit.* p.105.

²⁴⁴⁸Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO- n°27 du 1 février 2007-p.1944)

²⁴⁴⁹Jacques FREYSSINET et Marie-Armelle SOURIAU, *op.cit.* p.105

²⁴⁵⁰Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO- n°27 du 1 février 2007-p.1944)

²⁴⁵¹Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.110.

à l'association sous diverse formes des interlocuteurs sociaux à la rédaction de la Loi. Nous pouvons d'ores et déjà en conclure que les modifications largement étudiées dans notre première partie n'ont donc pas eu pour effet de privilégier la négociation collective. Afin de bien comprendre les tenants et les aboutissants de ce choix, rappelons qu'il s'agit de la réponse du législateur à la sollicitation appuyée des protagonistes sociaux. Comme nous venons de l'étudier le calibre de cette réponse législative ne correspond pas aux dimensions de l'ambition de l'« *autonomie collective* ». En outre, par la suite les autorités compétentes ont également écarté un projet visant à donner une plus belle exposition constitutionnelle à cette modeste réforme institutionnelle. Revenons sur cette nouvelle mise à l'écart avant d'étudier les modalités de cette simple procédure de « *concertation* ».

La consécration d'une simple procédure de concertation. En effet, il s'agit d'un processus gradué enclenché en réponse à la conclusion de la « *position commune* » du 16 juillet 2001²⁴⁵². Ainsi dès 2002, le Président de la République a adressé une demande au gouvernement afin que celui-ci consente à renvoyer vers la négociation collective un certain nombre de réformes attendues. Puis au sein de l'exposé des motifs de la Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004²⁴⁵³, le gouvernement prit alors l'engagement de donner plus de place aux protagonistes sociaux lors de l'élaboration de la Loi²⁴⁵⁴. Un projet de Loi a donc été déposé par le gouvernement en date du 22 novembre 2006 qui par la suite a été adopté le 31 janvier 2007²⁴⁵⁶ dont l'intitulé, « *modernisation du dialogue social* », semble éclairer ses objectifs. La notion de « *dialogue social* » a été introduite par la Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 justement relative « *à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social* »²⁴⁵⁷, mais la Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007²⁴⁵⁸ a précisé cette notion en indiquant qu'il s'agissait de l'ensemble des « *procédures de concertation, de consultation et d'information* ». Ce choix sémantique n'est pas anodin car il détermine bien l'option désormais retenue. Il ne s'agit pas de prévenir (ou de régler) un éventuel antagonisme social par le procédé de la négociation collective, mais bien de préférer à ce procédé un « *dialogue* » entre les protagonistes sociaux. Ainsi, la négociation

²⁴⁵²Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective.

²⁴⁵³Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004).

²⁴⁵⁴Jean-Emmanuel RAY, *loc.cit.* p.110

²⁴⁵⁵A cet effet, la commission nationale de la négociation collective avait été mandatée afin de rédiger une charte de méthode qui devait servir lors de l'élaboration des différentes Lois sociales.

²⁴⁵⁶Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO- n°27 du 1 février 2007-p.1944)

²⁴⁵⁷Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004).

²⁴⁵⁸Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO- n°27 du 1 février 2007-p.1944)

collective interprofessionnelle nationale n'est donc pas un moyen privilégié mais un procédé parmi un ensemble plus vaste de la « *concertation* », correspondant manifestement à la traduction d'un désir de conférer une certaine coloration aux relations interprofessionnelles²⁴⁵⁹. En effet, l'article en question commande une procédure de « *concertation* » pouvant le cas échéant déboucher éventuellement sur la conclusion d'un Accord National Interprofessionnel (ANI) mais apparaît rétif à s'enfermer dans une logique majoritaire. Sous cet angle, constatons que la notion de « *dialogue social* » (ou de concertation) induit une « *logique d'accompagnement* »²⁴⁶⁰ correspondant à « *une collaboration entre des acteurs politiques, réunis davantage comme des experts du sujet abordé donnant leur avis notamment à travers des Accord National Interprofessionnel (ANI)* »²⁴⁶¹. La finalité de cette logique est d'être le plus efficace possible dans la mise en œuvre des réformes voulues par les autorités publiques. Mais remarquons qu'il n'est offert aux protagonistes sociaux que peu de possibilités de faire valoir leur propre agenda, car ils ne disposent d'aucun moyen d'initiative en la matière. Cette procédure constitue donc un mode de contrainte des autorités publiques à l'encontre des interlocuteurs sociaux, qui se trouvent ainsi dans l'obligation de donner leur avis (voir de négocier) sur un sujet pour lequel ils peuvent n'avoir que de faibles velléités²⁴⁶². A ce sujet par le biais de la conclusion de l'Accord national interprofessionnel du 14 avril 2022, les signataires ont fait connaître leur mécontentement sur ce point en réclamant la construction d'un : « *agenda économique et social paritaire autonome* »²⁴⁶³, car par le biais du « *dialogue social* » les protagonistes sociaux ont le sentiment d'être réduits au rôle d'« *experts des questions sociales* »²⁴⁶⁴ quelque peu instrumentalisés par les autorités publiques. Il s'avère que cette procédure de « *concertation* » quand elle ne débouche pas sur une négociation collective ne fournit que l'apparence d'une amélioration de la qualité de la représentation démocratique. Soulignons ensuite la dimension symbolique de cette Loi illustrée par le choix de sa codification. En effet, le législateur a créé un titre préliminaire relatif au « *dialogue social* » insérant un article L.1 au sein du Code du travail. Il s'agit de cette manière de donner l'allure de la consécration d'une méthode reposant sur une « *concertation* » préalable à l'élaboration de la Loi. Cependant,

²⁴⁵⁹Jean-Pascal HIGELE, *loc.cit.* p.17.

²⁴⁶⁰Nicole MAGGI-GERMAIN, « Sur le dialogue social », *Droit social*, 2007, p.798.

²⁴⁶¹Jean-Pascal HIGELE, *loc.cit.* p.17.

²⁴⁶²Alain SUPLOT, *op.cit.* p.16.

²⁴⁶³Article n° 4 de l'Accord national interprofessionnel du 14 avril 2022 « *Pour un paritarisme ambitieux et adapté aux enjeux d'un monde du travail en profonde mutation* » relatif à la « *agenda économique et social paritaire autonome* » accompagné d'un article n°5-1 « *Avant tout projet de réforme du Gouvernement relevant du champ de l'article L.1 du Code du travail : une invitation préalable à la négociation entre partenaires sociaux, dans des conditions respectueuses de leurs prérogatives* ».

²⁴⁶⁴Jean-Pascal HIGELE, *loc.cit.* p.17.

l'apparat déployé contraste avec la modestie de la mécanique juridique choisie par le législateur²⁴⁶⁵, car sous bien des aspects l'article L.1 du Code du travail ne fait que reproduire la logique ancienne des relations professionnelles rassemblant l'ensemble des pratiques et des règles qui structuraient jusque-là les rapports entre les salariés, les employeurs et l'Etat²⁴⁶⁶.

Il se confirme donc que cette Loi ne constitue pas un bouleversement juridique mais la simple institutionnalisation d'une tradition de « *concertation* » débouchant éventuellement sur la formation d'un accord minoritaire conclu avec un partenaire social de référence²⁴⁶⁷ endossant le rôle d'agence sociale²⁴⁶⁸. Effectivement, la procédure de délibération qualifiée de « *dialogue social* » au sein du ressort interprofessionnel, reposait principalement sur le désir de reconnaissance institutionnel d'une (ou plusieurs) organisation syndicale représentative parfois « *minoritaires* » de lier une relation avec les représentants du patronat et de l'Etat. En ne faisant donc pas le choix exclusif d'une négociation collective interprofessionnelle capable de former un accord collectif sur une base majoritaire, le droit positif se contente donc de formaliser cette tradition.

Une absence de consécration constitutionnelle de la procédure de concertation. Par ailleurs, le fait pour une Loi de prévoir une procédure préalable à l'adoption d'autres Lois, ne va pas sans poser la question de la réalité de son pouvoir de contrainte. Autrement dit, si les autorités publiques avaient voulu octroyer à cette procédure une véritable dimension contraignante, n'auraient-elles tout de même pas dû faire le choix d'une modification constitutionnelle ? Dans ce sens, le Président de la République proposa, une modification de notre organisation institutionnelle par le biais d'un projet de Loi constitutionnelle n°813 du 14 mars 2013 relative à la « *démocratie sociale* »²⁴⁶⁹. Les motifs de ce projet de Loi indiquaient le souhait d'inscrire dans la Constitution « *un nouveau titre, consacré au dialogue social préalable à la Loi* ». Ainsi, il s'agissait de donner à la procédure de « *concertation* » découlant de la Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007²⁴⁷⁰ une portée contraignante garantie par sa valeur constitutionnelle. Les mêmes motifs soulignaient que le projet ne définissait pas un « *domaine réservé* » à la négociation collective interprofessionnelle car un « *tel changement, étranger à notre vision de*

²⁴⁶⁵Jean-Marc SAUVE, « La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes », Droit Social, 2010, p.489.

²⁴⁶⁶Michel LALLEMENT, *op.cit.* p.69.

²⁴⁶⁷Jean-Pascal HIGELE, *loc.cit.* p.17.

²⁴⁶⁸Pierre ROSANVALLON, *op.cit.* p.11.

²⁴⁶⁹Projet de Loi constitutionnelle n°813 du 14 mars 2013 relative à la « *démocratie sociale* ».

²⁴⁷⁰Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO- n°27 du 1 février 2007-p.1944)

la démocratie politique, n'était souhaité ni par les partenaires sociaux, ni par le Parlement, ni par le Gouvernement »²⁴⁷¹. Il s'avère que le parlement ne voulut ni de ce « *domaine réservé* », ni de la constitutionnalisation d'une procédure visant simplement à l'engagement d'une « *concertation* » avec des acteurs sociaux dont la représentativité venait d'être réaffirmée sur de nouveaux fondements. En raison de l'échec de cette consécration, doit-on pour autant considérer que cette procédure de « *concertation* » est purement incitative (ou indicative)²⁴⁷²? La question est épineuse et sa réponse relativement incertaine car cela revient à s'interroger sur sa normativité voire sa conformité à la Constitution. Selon le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat,²⁴⁷³ ce type de Loi peut être qualifiée de « *garantie légale d'une exigence constitutionnelle* »²⁴⁷⁴²⁴⁷⁵. Il en ressort que le législateur est tout à fait à même d'approuver des Lois ayant pour objet la « *réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle* »²⁴⁷⁶. Or, comme nous le savons la notion de « *participation* » découlant du 8^e alinéa de la Constitution de 1946 fait partie des principes à valeur constitutionnelle dont il incombe bien au législateur de déterminer les conditions et garanties de sa mise en œuvre²⁴⁷⁷. Par conséquent, la Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007²⁴⁷⁸ constitue effectivement une « *garantie légale d'une exigence constitutionnelle* » en matière de « *participation* ». Il en découle qu'un projet de Loi ne respectant pas la procédure préalable de « *concertation* » prescrite ne devrait normalement pas être considérée comme conforme à la Constitution. Cependant, le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat estiment que si la Loi adoptée n'a pas respecté la procédure préalable prévue

²⁴⁷¹Projet de Loi constitutionnelle n°813 du 14 mars 2013 relative à la « *démocratie sociale* ». L'article n°1 devait insérer un titre V bis intitulé « Du dialogue social préalable à la Loi » et comportant un article 51-3 ainsi rédigé : « Tout projet de Loi ou d'ordonnance ou toute proposition de Loi qui procède à une réforme en matière de relations individuelles et collectives du travail, d'emploi ou de formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle ne peut, sauf en cas d'urgence, être délibéré en conseil des ministres ou inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale ou du Sénat sans que les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives aient été mises en mesure de négocier, si elles le souhaitent, sur l'objet de cette réforme.... Les conditions d'application du présent article sont fixées par une Loi organique. ».

²⁴⁷²Jean-Marc SAUVE, *op.cit.* p.396.

²⁴⁷³Conseil d'Etat, arrêt du 11 mars 2009, requête n°303396.

²⁴⁷⁴Grégory MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *Revue Française De Droit Constitutionnel*, n°62, 2005, p. 258.

²⁴⁷⁵François BRUNET, « La force normative de la Loi d'après la jurisprudence constitutionnelle », in « La force normative. Naissance d'un concept » sous la direction de Catherine THIBIERGE, *Librairie Générale de Droit et Jurisprudence*, Bruylant, 2009, pp. 403-418.

²⁴⁷⁶Décision du Conseil constitutionnel n° 86-210 DC du 29 juillet 1986. Il en découle « *qu'il est à tout moment Loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; qu'il ne lui est pas moins Loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles ; que, cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* ».

²⁴⁷⁷Décision du Conseil constitutionnel n° 94-348 DC du 3 août 1994.

²⁴⁷⁸Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO- n°27 du 1 février 2007-p.1944)

par la Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007²⁴⁷⁹, mais qu'elle a tout de même suivi une procédure de « *concertation* » au moins équivalente à celle-ci, alors elle peut être jugée conforme à la Constitution²⁴⁸⁰. En effet, il apparaît que les garanties apportées par la Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007²⁴⁸¹ sont « *purement procédurales, et ne lient en aucune façon les mains du législateur* »²⁴⁸². Au regard de cette analyse, la modification de la Constitution envisagée en 2013²⁴⁸³ n'était donc pas indispensable, puisque la notion de « *garantie légale d'une exigence constitutionnelle* » posait l'injonction d'une concertation préalable. Toutefois, le vote de cette Loi constitutionnelle aurait eu le mérite de fixer le détail des modalités particulières de « *concertation* » et par conséquent de leur conférer une dimension plus contraignante. Remarquons qu'effectivement toutes les procédures de « *concertation* » ne se valent pas et que certaines d'entre elles peuvent accorder une plus une grande autonomie aux acteurs professionnels et permettre (ou pas) une négociation collective. Par conséquent la notion de « *garantie légale d'une exigence constitutionnelle* » choisie par le législateur laisse une grande marge de manœuvre au gouvernement afin de définir les modalités de la « *concertation* » qu'il souhaite entreprendre. Soulignons ensuite que l'article L.1 du Code du travail ne concerne que les projets de Lois déposés par le gouvernement et ne fait donc pas références aux diverses propositions de Loi pouvant être formées par un ou plusieurs parlementaires²⁴⁸⁴. Ajoutons pour finir que la dernière partie de cet article L.1 du Code du travail dispose que sa procédure n'est pas applicable en cas d' « *urgence* »²⁴⁸⁵. Au bout du compte, il s'avère que l'exécutif peut de plusieurs manières esquiver l'option de la négociation collective au sein du processus général de la « *concertation* ».

Le champ de compétence matériel de la procédure de concertation. Après l'examen de la valeur peu contraignante de cette procédure de « *concertation* », passons à l'étude de son champ de compétence matériel qui dispose que: « *tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement*

²⁴⁷⁹Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO- n°27 du 1 février 2007-p.1944)

²⁴⁸⁰Une concertation d'une autre nature que celle prévue par l'article n°1 du Code du travail peut tout de même être considérée comme respectueuse du principe de participation prévu par la Constitution.

²⁴⁸¹Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO- n°27 du 1 février 2007-p.1944)

²⁴⁸²Alain SUPLOT, *op.cit.* p.16.

²⁴⁸³Projet de Loi constitutionnelle relatif à la démocratie sociale n°813 du 14 mars 2013.

²⁴⁸⁴Mais à la suite de la demande du premier ministre (monsieur François Fillon) du 20 juillet 2009 de voir : « *clarifier les relations entre les partenaires sociaux et les parlementaires* », le simple « *protocole* » approuvé par le bureau du Sénat du 16 décembre 2009 et le document jumeau « *relatif à la consultation des partenaires sociaux sur les propositions de Loi* » adopté par l'Assemblée nationale le 16 février 2010, reprennent la même idée.

²⁴⁸⁵En effet, lorsque le Gouvernement décide de mettre en œuvre un projet de réforme en l'absence de procédure de concertation, il fait connaître cette décision aux organisations professionnelles en la motivant dans un document qu'il leur transmet avant de prendre toute mesure nécessitée par l'urgence.

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 professionnelles représentatives « en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation »²⁴⁸⁶. Remarquons que ce champ de compétence matérielle ne recouvre pas l'intégralité du spectre des questions dites « sociales » liées au paritarisme²⁴⁸⁷. Cependant soulignons le souhait du législateur d'ajuster le domaine de cette « concertation » à celui de la négociation nationale et interprofessionnelle. Cet alignement vise à éviter plusieurs écueils, car un champ matériel trop vaste correspondrait au risque de « brider excessivement l'initiative des Lois par le gouvernement »²⁴⁸⁸, cependant lui accorder une portée trop étroite pourrait priver d'efficacité et de dynamisme la procédure en question. Il ressort bien de cette harmonie, une intention du législateur d'honorer le procédé de la négociation collective interprofessionnelle qui ne semble pas avoir tenu ses promesses. Intéressons-nous ensuite aux modalités pratiques de la procédure générale de concertation envisagée par l'article L.3 du Code du travail indiquant que chaque année, les orientations de la politique du Gouvernement dans les domaines du champ matériel déjà indiqué, ainsi que le calendrier envisagé pour leur mise en œuvre sont présentés devant la Commission nationale de la négociation collective de l'emploi et de la formation professionnelle. De leur côté, les organisations professionnelles représentatives présentent, pour leur part, l'état d'avancement des négociations interprofessionnelles en cours ainsi que le calendrier de celles qu'elles entendent mener ou engager dans l'année à venir. De même chaque année, le Gouvernement remet au Parlement un rapport faisant état de toutes les procédures de « concertation » et de « consultation » mises en œuvre pendant l'année écoulée en application des articles L.1 et L.2 du Code du travail, des différents domaines dans lesquels ces procédures sont intervenues et des différentes phases où elles se trouvent. Au sujet de la démarche spécifique de « concertation », l'article L.1 du Code du travail indique que le Gouvernement communique aux protagonistes professionnels un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options. Par la suite lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations professionnelles

²⁴⁸⁶L.1 du Code du travail.

²⁴⁸⁷L'article n°2 de l'Accord national interprofessionnel du 14 avril 2022 « Pour un paritarisme ambitieux et adapté aux enjeux d'un monde du travail en profonde mutation » souhaite l'élargissement de ce champ : « Plus fondamentalement, dans une période de transformations accélérées et inédites, les partenaires sociaux peuvent élargir son champ à tout sujet qu'ils décident de mettre à l'ordre du jour de l'agenda autonome, dès lors qu'il les concerne. ».

²⁴⁸⁸Jean-Marc SAUVE, *op.cit.* p.396.

indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation. Les acteurs professionnels ont donc le choix de donner une suite favorable ou défavorable à une sollicitation entièrement formulée par les pouvoirs publics. En cas de refus d'engager une négociation collective par les interlocuteurs sociaux, liberté est laissée au gouvernement de former son projet de façon unilatérale. Compte tenu des intentions préalablement formées par le Gouvernement, certains acteurs sociaux peuvent être enclin à refuser stratégiquement l'ouverture d'une négociation collective. Selon cette dernière option, le Gouvernement soumet alors les projets de textes législatifs et réglementaires élaborés dans le champ défini par l'article L.1 du Code du travail, au vu des résultats de la procédure de « *concertation* » (et de négociation), selon le cas, à la Commission nationale de la négociation collective de l'emploi, de la formation et de l'orientation professionnelles avant de les présenter au parlement. Cependant si les acteurs professionnels décident de se saisir du sujet par le biais de la négociation collective, ils informent de cette décision le gouvernement lui signifiant la durée du temps qui leur semble apparemment nécessaire à cette procédure. A l'issue de la négociation collective, si celle-ci échoue alors le gouvernement a la possibilité d'abandonner son projet, ou de s'appuyer sur les éléments de la « *concertation* » pour présenter son propre projet au parlement.

L'intégration de l'accord collectif issu de la procédure de concertation. Dans l'hypothèse de la conclusion d'un Accord National Interprofessionnel (ANI), le gouvernement conserve théoriquement deux options. En effet, il peut soit décider de l'application de l'accord collectif par le truchement le cas échéant d'une décision réglementaire prévoyant l'extension du texte conventionnel ; soit faire le choix de la transmission d'un projet de Loi au Parlement reprenant la substance de l'accord collectif dans l'espoir que ce dernier l'approuve. Dans la pratique, l'« *autonomie collective* » ne disposant pas de « *domaine réservé* », cette option se referme généralement rapidement sur le Gouvernement. En effet, si à l'occasion de la conclusion de l'accord collectif en question les interlocuteurs sociaux forment certains principes fondamentaux relatifs aux droits individuels ou collectifs des travailleurs, le texte conventionnel intervient alors au sein du domaine législatif, et le gouvernement souhaitant l'application de l'accord collectif se trouve dans l'obligation de reprendre à son compte le texte conventionnel par le biais d'un projet de Loi. Dans cette hypothèse, les protagonistes sociaux ne sollicitent plus que de façon prudente une transposition « *fidèle* » de leurs stipulations²⁴⁸⁹.

²⁴⁸⁹L'article n°5-2 de l'Accord national interprofessionnel du 14 avril 2022 « *Pour un paritarisme ambitieux et adapté aux enjeux d'un monde du travail en profonde mutation* ».

Effectivement, le législateur reste souverain en la matière en maîtrisant non seulement l'initiative d'associer les interlocuteurs sociaux à l'élaboration de sa Loi, mais également en restant généralement maître du sort de l'accord collectif en intégrant (ou non) les normes négociées de son choix à la Loi²⁴⁹⁰. Par ce moyen institutionnel, il se réserve la possibilité de « *réécrire par addition ou soustraction* »²⁴⁹¹ l'accord collectif. Examinons plus en détail, ce constat voulant que la Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007²⁴⁹² laisse largement au parlement le soin de dire son « *dernier mot* »²⁴⁹³. En effet, celui-ci peut reprendre fidèlement à son compte le texte issu de la négociation collective en l'incorporant intégralement à la Loi. Cependant, le parlement peut éventuellement voter un texte législatif décidant du principe de la reprise du texte conventionnel et renvoyant à une annexe correspondant au texte en question. Selon cette dernière option, l'accord ne change pas de nature juridique, il n'est pas dénaturé par d'éventuelles modifications législatives pouvant bouleverser son équilibre général mais acquiert par le biais de ce procédé une dimension contraignante équivalente à celle de la Loi. Toutefois, cette technique n'a pas les faveurs du législateur qui préfère faire le choix de reprendre à son compte par le truchement d'une Loi la substance conventionnelle de l'accord. En effet, cette dernière technique lui permet d'en retirer les éléments de son choix, de procéder par addition ou soustraction sans tenir compte des concessions réciproques issues de la négociation collective²⁴⁹⁴. De cette option particulièrement privilégiée par le législateur, il ressort trois limites à son « *pouvoir du dernier mot* »²⁴⁹⁵. En effet, cette technique ne s'applique en premier lieu qu'aux dispositions « *lege feranda* » et ne s'étend cependant pas aux dispositions purement contractuelles dont l'effet normatif peut exister indépendamment de l'adoption de la Loi nouvelle²⁴⁹⁶. Enfin au-delà de ces limites juridiques, si le législateur n'est pas lié juridiquement par l'ensemble de l'accord collectif conclu, il se trouve toutefois contraint politiquement par les choix formés par les protagonistes sociaux et par le jeu des concessions réciproques aboutissant à un équilibre général.

²⁴⁹⁰Jacques FREYSSINET et Marie-Armelle SOURIAU, *op.cit.* p.105.

²⁴⁹¹Bernard TEYSSIE, « De la Loi à l'accord, variations sur la refondation du Code du travail », *Semaine Juridique*, 6 juin 2017, p.1179.

²⁴⁹²Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO- n°27 du 1 février 2007-p.1944)

²⁴⁹³Alain SUPLOT, *op.cit.* p.16.

²⁴⁹⁴Notons que ces deux options renvoient bien entendu à l'hypothèse de la formation d'un accord collectif par les parties prenantes nécessitant pour les raisons déjà évoquées liés aux différents champs de compétences réciproques une transformation nécessaire de l'accord en texte législatif.

²⁴⁹⁵Alain SUPLOT, *op.cit.* p.16.

²⁴⁹⁶Décision du Conseil constitutionnel n° 2007-556 DC du 16 juillet 2007. Le législateur ne peut porter atteinte aux contrats légalement conclus que pour un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître le principe de « *participation* ».

En somme, en cas de conclusion d'un accord collectif, il se trouve tout de même contraint dans ses choix par des impératifs juridiques mais également politiques. Remarquons qu'à l'inverse dans l'hypothèse, correspondant à celle de l'engagement d'une négociation collective soldée par un échec, le législateur se trouve alors dans une position dominante. En effet, il acquiert alors la possibilité de ramasser au sol les fragments de compromis sociaux de son choix, laissés par les négociateurs après leurs départs. Dans toutes les hypothèses, il doit éviter un procès en déloyauté de la part des signataires d'un éventuel accord quelque peu bafoués ou provenant de négociateurs amers car incapables de trouver un compromis. Par conséquent les marges de manœuvres sont plus ou moins larges selon les diverses situations mais à coup sûr relativement étroites en cas de conclusion d'un accord sur la base d'un large consensus des acteurs professionnels. Il en ressort que le champ de la coproduction des normes légales, s'apparente à un espace de : « *surveillance réciproques, de pressions croisées, de conflits et de procès d'intentions potentiels* »²⁴⁹⁷ entre le législateur et les protagonistes sociaux.

La subordination de la concertation à la Loi. L'Etat peut trouver avantage à déléguer de manière contrôlée la formation de la Loi aux acteurs professionnels représentatifs soit pour se délier de sa responsabilité soit pour tenter d'en renforcer la légitimité. En somme, l'association institutionnalisée des protagonistes sociaux à l'élaboration de la Loi s'assimile davantage à une instrumentalisation de la « *concertation* » au service du législateur qu'à une étroite collaboration telle que revendiquée par les parties prenantes²⁴⁹⁸²⁴⁹⁹. Il s'agit donc plutôt de choisir une modalité associant les acteurs sociaux à l'élaboration de la Loi, que la consécration d'une négociation collective interprofessionnelle capable de conclure un accord collectif pouvant le cas échéant s'intégrer l'ordre juridique étatique. Il ressort des éléments ci-dessus, une incontestable prééminence de l'« *hétéronomie* » étatique à l'égard de l'« *autonomie collective* ». Reprenons qu'en premier lieu, ce n'est pas la Constitution mais la Loi qui dessine les contours du périmètre de l'« *autonomie collective* » : « *l'ordonnement constitutionnel français n'offre aucun champ exclusif d'intervention à la négociation collective qui se développe avec une autonomie limitée et relative dans l'ombre de la Loi* »²⁵⁰⁰. Par conséquent, il existe un décalage manifeste entre l'absence de protection constitutionnelle de la négociation collective et la place substantielle qu'elle occupe en droit interne. Rappelons en second lieu que

²⁴⁹⁷Jacques FREYSSINET et Marie-Armelle SOURIAU, *op.cit.* p.105.

²⁴⁹⁸Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²⁴⁹⁹Accord national interprofessionnel du 14 avril 2022 « *Pour un paritarisme ambitieux et adapté aux enjeux d'un monde du travail en profonde mutation* ».

²⁵⁰⁰Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

l'éventuelle mise en place d'une négociation collective interprofessionnelle obligatoire préalable à tout projets (ou propositions) de Loi ne correspond pas à la tradition institutionnelle interne préférant de façon plus large une diversité des modalités de « *concertation* ». La plasticité de ces diverses procédures de « *concertation* » s'avère représenter une grande commodité pour le gouvernement. Soulignons en troisième lieu, le choix du droit interne de recourir à une Loi ordinaire pour garantir l'exercice du principe de participation et de disposer d'une concertation pouvant éventuellement déboucher sur une négociation collective. Récapitulons en quatrième lieu, que cette procédure légale faisant de la négociation collective une éventuelle option pré-législative, peut toutefois se voir opportunément remplacer par toutes autres formes équivalentes de « *concertation* »²⁵⁰¹. Enfin, à l'issue de cette procédure peu contraignante, le législateur conserve le dernier mot en incorporant (ou non) au sein de la Loi les éléments conventionnels de son choix. A l'aune de ces intentions, la procédure légale de : « *concertation* » des protagonistes sociaux semble donc bien modeste, car elle ne fournit pas aux parties prenantes un droit opposable au législateur imposant la négociation d'un accord collectif préalablement la formation de la Loi. Cette Loi²⁵⁰² ne constitue donc pas une « *mutation* »²⁵⁰³ mais se révèle bien correspondre à l'institutionnalisation insatisfaisante d'un procédé de « *concertation* »²⁵⁰⁴. A l'évidence : « *la puissance publique n'aurait pas pu bénéficier d'une telle influence et marge de manœuvre si le droit à la négociation collective avait fait explicitement l'objet d'une reconnaissance constitutionnelle* »²⁵⁰⁵. Il en résulte que cette équivoque s'expliquerait donc par l'amarrage constitutionnel de la négociation collective au principe de « *participation* » contraignant ce procédé à une certaine relation de subordination à l'égard de la Loi²⁵⁰⁶. Mais selon un point de vue opposé, l'éventuelle mise en place d'un champ matériel réservé aux protagonistes sociaux constituerait une : « *solution non seulement illisible, mais ouvrant la voie d'une dérégulation déstructurant la société civile voire d'une forme de reféodalisation* »²⁵⁰⁷. En valorisant la négociation collective interprofessionnelle mais sans lui donner la place qui lui est dû, le système de droit interne n'a donc pas véritablement fait son choix entre ces deux options institutionnelles. Finalement si ce « *corporatisme républicain* »²⁵⁰⁸ peut paraître insatisfaisant, il prolonge tout de même la tradition d'une « *autonomie dans*

²⁵⁰¹De même en cas d'urgence, le gouvernement peut décider d'écarter la procédure en question.

²⁵⁰²Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO- n°27 du 1 février 2007-p.1944)

²⁵⁰³Antoine LYON-CAEN et Tatiana SACHS « ADN d'une réforme (1) », Revue De Droit Du Travail, 2013, p.162

²⁵⁰⁴Jacques FREYSSINET et Marie-Armelle SOURIAU, *op.cit.* p.105.

²⁵⁰⁵Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAU, *loc.cit.* p.17.

²⁵⁰⁶Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAU, *loc.cit.* p.17.

²⁵⁰⁷Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45.

²⁵⁰⁸Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, « Autonomie contractuelle et démocratie sociale : les implicites de la refondation », Documentation française, Regards sur l'Actualité, janvier 2001, n°267, p.19.

l'hétéronomie »²⁵⁰⁹. Quelles que soient les fragilités juridiques du dispositif institutionnel de droit positif²⁵¹⁰, quand bien même les protagonistes sociaux en soulignent la perfectibilité et réclament sa consolidation²⁵¹¹, il semble que malgré tout il « *bénéficie d'un certain consensus* »²⁵¹²²⁵¹³²⁵¹⁴²⁵¹⁵²⁵¹⁶, et qu'il s'inscrit parfaitement dans un modèle issu du droit européen. Il en ressort donc que si les parties prenantes ne bénéficient pas d'un domaine matériel réservé, elles peuvent tout de même modestement contribuer par le biais de la « *concertation* » à la formation de la Loi. Si la notion de « *Loi négociée* »²⁵¹⁷ constitue une éclatante incarnation d'une nouvelle articulation de la « *démocratie sociale* » à la « *démocratie politique* »²⁵¹⁸, il apparaît bien que les institutions publiques n'aient pas pleinement fait ce choix. En effet, la négociation collective interprofessionnelle et pré-législative ne constitue en définitive qu'une option d'une procédure plus large de « *concertation* » restant tributaire des décisions prises par les autorités politiques. Le législateur a certes fait le choix d'un constant élargissement du domaine de l'« *autonomie collective* » mais la négociation collective reste malgré tout un droit univoque du salarié et non pas une liberté (bilatérale) des protagonistes sociaux opposable au législateur. De façon prospective, admettons que sans pour autant déterminer un espace matériel exclusivement réservé aux protagonistes sociaux, il serait tout de même envisageable d'octroyer de manière constitutionnelle à l'« *autonomie collective* » une priorité d'intervention afin de prédéterminer les conditions de travail et d'emploi des parties prenantes. Par ailleurs, il semble également nécessaire d'admettre que le procédé de l'« *autonomie collective* » ne constitue pas une simple branche du principe de participation mais devrait faire l'objet d'une reconnaissance autonome. Ainsi, les protagonistes sociaux pourraient éventuellement se prévaloir de cette consécration pour s'opposer au vote d'une Loi les concernant qui n'aurait pas fait l'objet d'une procédure préalable de négociation collective, ou qui irait à l'encontre de stipulations conventionnelles conclues par leurs soins.

²⁵⁰⁹ Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, *op.cit.* p.403.

²⁵¹⁰ Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO- n°27 du 1 février 2007-p.1944)

²⁵¹¹ Accord national interprofessionnel du 14 avril 2022 « Pour un paritarisme ambitieux et adapté aux enjeux d'un monde du travail en profonde mutation » .

²⁵¹² Jacques FREYSSINET et Marie-Armelle SOURIAU, *op.cit.* p.105.

²⁵¹³ Rapport public du Conseil d'Etat, Paris, 2008, p. 334 (notamment p.161 et suivantes).

²⁵¹⁴ Alain SUPLOT, *op.cit.* p.16.

²⁵¹⁵ Paul-Henri. ANTONMATTEI, « Négociation collective. Une bonne nouvelle et une mauvaise », *Droit Social*, 2007, p.459.

²⁵¹⁶ Christophe RADE, « La Loi négociée : simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale », *Droit Ouvrier*, 2010, p.319.

²⁵¹⁷ Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.110.

²⁵¹⁸ Le préambule de l'accord national interprofessionnel du 14 avril 2022 « Pour un paritarisme ambitieux et adapté aux enjeux d'un monde du travail en profonde mutation » réclame « de mieux articuler ce qui relève de la Loi et de ce qui relève de l'accord collectif ».

1.2. L'exécution du droit imposé par le droit négocié

Si l'« *autonomie collective* » reste plus ou moins tributaire de l'action du législateur n'ayant pas véritablement acquis la place qu'elle souhaitait au sujet de la formation des grands principes fondamentaux la concernant, ne bénéficierait-elle pas de plus de liberté lors de leurs mises en œuvre ? Constatons que si les autorités publiques n'ont donc pas procédé à certaines mutations institutionnelles d'envergure concernant la participation des parties prenantes et le conditionnement juridique de la négociation collective, elles ont toutefois bien fait de l'accord collectif le remède aux « *maux d'une production normative étatique critiquée pour sa prétendue inefficacité* »²⁵¹⁹. Dans ce but, le droit négocié serait donc en mesure de procéder à de larges accommodements du droit imposé à l'occasion de sa mise en œuvre sans que les protagonistes sociaux ne bénéficient pour autant d'un pouvoir autonome. En effet, ils peuvent réaliser cette tâche de différentes manières. Par le biais d'une délégation législative, ils peuvent éventuellement bénéficier d'un pouvoir normatif équivalent à un règlement. Mais le pouvoir exécutif peut également intégrer à l'ordre juridique une convention ou un accord collectif par le truchement d'un acte administratif lui octroyant une dimension réglementaire. Enfin, l'« *autonomie collective* » bénéficie traditionnellement d'une forme de délégation l'autorisant à prolonger (par adaptation) les normes prescrites par le droit imposé. Cette dernière habilitation connaît un domaine de compétence ainsi qu'un champ d'exclusion qu'il reste à définir. Cependant cette habilitation n'indiquerait plus systématiquement le sens que doivent suivre les différentes précisions (ou adaptations) décidées par le biais de l'accord collectif. Il en ressortirait une certaine ambivalence de l'« *ordre public social* » correspondant à une série d'habilitations déterminant autant de marges d'autonomie conférées aux protagonistes sociaux. Si notre examen confirmait cette intuition, cette évolution épouserait exactement les mutations de la finalité de la négociation collective décentralisée mais n'offrirait pas une parfaite intelligibilité de son dispositif. Il nous faut donc examiner un à un les nouveaux visages de cette délégation de pouvoir. Mais il nous semble tout aussi important d'étudier si cette dernière a été concédée par le législateur ou obtenue par les parties prenantes.

1.2.1. Absence de pouvoir autonome et délégation de pouvoir des protagonistes sociaux

En effet, si l'entremêlement de la Loi et de l'accord collectif s'observe désormais au moment de leur formation, il s'exerce bien évidemment lors de la mise en œuvre de celle-ci par celui-là.

²⁵¹⁹Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

L'« autonomie collective » bénéficiaire d'une habilitation légale endossant divers habits. Par le truchement d'une délégation législative, l'« autonomie collective » se trouve donc largement chargée de la mise en application de la Loi (et du règlement). Une imposante part de la doctrine estime que la Loi ne bénéficierait plus de la même pérennité, sécurité ou intelligibilité que par la passée. Elle souffrirait d'un excès d'arrogance entraînant son propre discrédit. Selon cette appréciation, la délégation de pouvoir conférée à l'« autonomie collective » serait l'aveu d'un « véritable recul de la norme étatique »²⁵²⁰, qui moins affutée que par le passé, mélangeant faiblesse et embonpoint perdrait effectivement du terrain par rapport aux autres normes. Néanmoins selon une autre hypothèse doctrinale, la Loi reculerait face au contrat « *du fait de sa dénaturation volontaire* »²⁵²¹. Pour maintenir son emprise la Loi aurait alors procédé à sa propre métamorphose changeant d'aspect pour conserver une autorité plus discrète afin de mieux guider la production conventionnelle des protagonistes sociaux. Selon cette seconde interprétation, les sources du droit imposé aménageraient donc de la sorte leur propre repli²⁵²² au profit des règles négociées. En définitive, consciente de sa propre impuissance, la Loi solliciterait le soutien des interlocuteurs sociaux afin de retrouver un peu de vigueur. Selon cette perspective, cette partie de la doctrine n'envisage pas cette délégation comme un instrument de soumission ayant pour unique finalité de brider une certaine liberté contractuelle, mais plutôt comme une modalité de réception en son sein de ce : « *qui était historiquement le fruit de l'autonomie collective* »²⁵²³. Que la Loi organise son propre retrait ou que l'accord collectif gagne du terrain du fait de ses qualités intrinsèque, constatons que la production conventionnelle : « *n'a pu prendre progressivement son essor en France qu'au prix non seulement d'une référence obligée aux Lois déjà existantes et aux avantages que celles-ci accordent, mais encore d'un attachement maintenu à l'intervention du législateur dans les relations de travail* »²⁵²⁴. L'« autonomie collective » ne s'est donc pas fondée sur la base d'un affrontement avec la notion d'« *hétéronomie* »²⁵²⁵, mais a bien prospéré²⁵²⁶ sous la bienveillance et les bons « *auspices de la puissance publique* »²⁵²⁷. Il s'agit donc de considérer l'éventuelle introduction de plus d'« *horizontalité* » au sein d'un ordonnancement de normes qui conserve sa « *verticalité* ». Quelles que soient les marges de libertés qu'elle se voit

²⁵²⁰Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, *loc.cit.* p.17.

²⁵²¹Bernard TEYSSIE, *op.cit.* p.401.

²⁵²²Patrick REMY, « Le droit du travail allemand face à la « crise » : un « modèle » pour le droit français ? » Droit Ouvrier, 2012, p.133.

²⁵²³Marie-Armelle ROTSCCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

²⁵²⁴Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, *loc.cit.* p.17.

²⁵²⁵Alain SUPLOT, *op.cit.* p.15.

²⁵²⁶Gérard LYON-CAEN, « La bataille truquée de la flexibilité », Droits Social, 1985, p. 806.

²⁵²⁷Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, *loc.cit.* p.17.

désormais conférer, l'« *autonomie collective* » ne bénéficie pas d'un pouvoir autonome mais bien d'« *une habilitation légale pouvant endosser divers habits* »²⁵²⁸.

L'accord collectif chargé de préciser les modalités d'exécution de la Loi. Selon une première forme d'habilitation, l'accord collectif peut revêtir les aspects d'un décret d'application de la Loi²⁵²⁹. En effet, il découle des articles 37 et 21 de la Constitution que le pouvoir réglementaire a pour fonction de mettre en œuvre les principes fondamentaux défini selon l'article n°34 de la Constitution par le législateur. Toutefois cette répartition traditionnelle des compétences normatives est :« *perturbée par le principe de participation des travailleurs* »²⁵³⁰ car le Conseil Constitutionnel a ouvert la possibilité à la négociation collective de se substituer au pouvoir réglementaire²⁵³¹. En effet, le Conseil Constitutionnel autorise le législateur à investir les acteurs professionnels de la tâche de préciser les modalités de l'exécution des Lois au même titre que le pouvoir réglementaire peut adapter ou préciser le contenu de la Loi. Par sa décision du 29 avril 2004 le juge Constitutionnel²⁵³², confirme la faculté octroyée au législateur de renvoyer à la négociation collective la mise en œuvre « *directe* » de la Loi en lieu et place du règlement. Par ce biais, le juge Constitutionnel conforte la compétence du pouvoir législatif qui reste souverain concernant les modalités de mise en œuvre de la norme qu'il édicte car il peut choisir entre deux acteurs pour accomplir cette mission²⁵³³. En l'autorisant à restreindre voire évincer la compétence de principe de l'exécutif au profit des protagonistes sociaux²⁵³⁴, en faisant de l'accord collectif : « *un substitut efficace au règlement d'application* »²⁵³⁵, le juge Constitutionnel valide l'instauration d'une certaine concurrence entre les différents acteurs.

²⁵²⁸Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²⁵²⁹Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.270.

²⁵³⁰Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²⁵³¹Décision du Conseil constitutionnel n° 89-257 DC du 25 juillet 1989 et n° 2004-494 DC du 29 avril 2004. Par cette seconde décision, le Conseil constitutionnel a reconnu : « *qu'il est Loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte* ». Ainsi il reconnaît que l'accord collectif peut faire l'office du règlement, et plus expressément il précise : « *qu'il est Loisible au législateur de renvoyer au décret ou de confier à la convention collective le soin de préciser les modalités d'application des règles fixées par lui* ».

²⁵³²Décision du Conseil constitutionnel n° 2004-494 DC du 29 avril 2004. Le Conseil constitutionnel confirme la faculté octroyée au législateur de renvoyer à la négociation collective la mise en œuvre de la Loi.

²⁵³³Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11. Cette articulation est conforme à une lecture orthodoxe de la Constitution qui fixe à la charge du législateur de former les grands principes. Le respect du principe de participation devrait inviter le législateur à n'édicter que des règles publiques d'intérêt général sans s'immiscer dans les relations entre employeurs et salariés autrement qu'en garantissant l'équilibre de leur négociation.

²⁵³⁴Décision du Conseil constitutionnel n° 89-257 DC du 25 juillet 1989.

²⁵³⁵Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11

Cette dualité d'habilitation décline d'une méthode inspirée du droit européen²⁵³⁶ que nous avons déjà étudiée²⁵³⁷. Cependant le législateur semble réticent face aux velléités des acteurs sociaux de préciser la plupart des détails du droit du travail, et paraît préférer de façon général les services plus fiables du pouvoir exécutif en la matière. En effet, si le pouvoir réglementaire est souvent malmené par le législateur²⁵³⁸²⁵³⁹, ce dernier lui réserve généralement toute de même une plus large confiance qu'à l'« *autonomie collective* ».

La fonction et la valeur réglementaire de la norme conventionnelle. A ce stade de notre développement, distinguons l'option donnée au législateur d'ériger la norme conventionnelle au niveau d'un acte réglementaire et la possibilité donnée au pouvoir réglementaire de conférer à une norme conventionnelle une portée réglementaire. En effet, les techniques juridiques ainsi que les intentions et enfin les acteurs sont différents. Selon la première option l'accord collectif prolonge et précise la Loi (au même titre qu'un règlement) alors que selon la seconde formule, le pouvoir exécutif intègre par le truchement d'un règlement la norme issue de la négociation collective à l'ordre juridique étatique²⁵⁴⁰²⁵⁴¹. En effet, par le biais de divers actes administratifs, le pouvoir exécutif octroie notamment à l'accord collectif de la branche professionnelle un rayonnement comparable à celui d'un règlement. Accordons donc à cette diversité un rapide examen.

²⁵³⁶Alain SUPIOT, *loc.cit.* p.110. Elle a reçu en droit communautaire une consécration particulièrement éclatante avec la possibilité ouverte de transposer les directives par voie de conventions collectives.

²⁵³⁷Les « *partenaires sociaux* » peuvent réclamer auprès des institutions européennes une assise réglementaire à un accord. Les accords peuvent être mise en œuvre par une directive. Toutefois la commission ne semble pas être tenue par cette demande et conserve l'opportunité de saisir le conseil. L'Etat membre peut confier aux protagonistes sociaux le soin de négocier un accord collectif de transposition d'une directive.

²⁵³⁸S'il découle des articles n°34 n°37 de la Constitution des limites claires aux domaines respectifs de compétence, rappelant que la « *réserve législative* » doit se cantonner aux principes fondamentaux, et que le règlement doit mettre en œuvre ces derniers, il s'avère que la pratique piétine cette frontière. Le législateur porte fréquemment atteinte au domaine réglementaire révélant du même coup le caractère précaire de la compétence de l'exécutif.

²⁵³⁹Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²⁵⁴⁰Selon la première formule exposée, le législateur confère aux parties prenantes la mission normalement confier au pouvoir exécutif de préciser les modalités de mise en œuvre de la Loi, alors que selon la seconde formule il donne au pouvoir exécutif la possibilité de conférer une autre dimension à l'accord collectif. Cette dernière modalité bien plus ancienne que la première, se retrouve également en droit communautaire mais sous une variante différente. En effet les accords collectifs conclus dans le ressort de l'Union Européenne n'intègrent pas automatiquement le corpus du droit communautaire. Pour ce faire il est également nécessaire qu'un acte de nature réglementaire émanant des institutions européennes soit formé afin de donner à l'acte conventionnel une portée impérative et générale. Ces deux voies ont des ressorts différents mais constituent également une trace de l'hétéronomie des modes de mises en œuvre des différentes normes dans cet ordre juridique.

²⁵⁴¹Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.360.

L'agrément de la convention. Ainsi en premier lieu, dans certaines situations particulières²⁵⁴², les autorités publiques peuvent subordonner l'entrée en vigueur de l'accord collectif à un « *agrément* » correspondant à un acte administratif à caractère unilatéral reconnaissant la contribution de personnes privées à la réalisation de l'intérêt général et conférant aux actes formés par leurs soins un caractère obligataire et général. Il s'agit d'une décision réglementaire d'une nature spécifique, car la force exécutoire conférée par l'« *agrément* » est subordonnée au respect des conditions tenant d'une part à sa négociation et sa conclusion mais d'autre part à l'intervention même de l'autorité publique qui peut unilatéralement la retirer²⁵⁴³. Il s'agit de l'expression la plus verticale de l'action publique dans le domaine, car la convention n'ayant pas fait l'objet d'agrément, non seulement ne s'applique pas mais qui plus est, n'existe pas juridiquement²⁵⁴⁴.

L'arrêté d'extension de la convention. En second lieu, par le biais de l'« *arrêté d'extension* », le pouvoir réglementaire accorde un caractère obligatoire à la convention collective conclue entre des acteurs de droit privé. Il lui octroie une portée générale dépassant le cercle de ses signataires en l'imposant à tous dans le champ d'assujettissement défini par ses soins. En effet, le mécanisme de l'extension institué par la Loi du 24 juin 1936²⁵⁴⁵, « *fascine à bien des égards* »²⁵⁴⁶ par la force juridique qu'il confère aux actes conventionnels. La valeur de l'acte de droit privé bénéficiant du renfort d'un acte réglementaire est « *augmentée* », car sans lui l'accord collectif conclu bénéficie tout de même d'une reconnaissance juridique ainsi qu'une force contraignante à l'égard de ses signataires, mais le sceau de l'Etat lui confère une autre dimension²⁵⁴⁷. Sans le relai de l'acte réglementaire, la convention n'a qu'une portée limitée

²⁵⁴² Il s'agit des conventions relatives à l'assurance chômage (accord du 31 décembre 1958), de retraite complémentaires ou secteur social et médico-social (article L. 314-6 du Code de l'action sociale et des familles). La Convention conclue entre les professionnels de santé et l'assurance maladie est souvent présentée comme faisant l'objet d'un mécanisme similaire à celui de l'« *agrément* ». Cette présentation n'est pas inexacte néanmoins ce type de convention fait l'objet d'une « *approbation* ». Il faut distinguer les deux mécanismes sur le plan juridique.

²⁵⁴³ Son obtention est soumise à certaines conditions permettant notamment à l'administration de retirer sa décision si ces dernières ne sont plus respectées. Comparé à l'arrêté d'extension, l'agrément détient une force supérieure car il détermine l'exécution même de la convention. En effet en dehors de l'agrément la norme conclue ne s'exécute pas.

²⁵⁴⁴ Conseil d'Etat, arrêt du 11 juillet 2001, requête n°221458, publié au recueil Lebon. Au sujet de l'agrément, le Conseil d'Etat a jugé que quand bien même l'accord est conforme au droit positif, le pouvoir exécutif n'est pas pour autant tenu d'accorder l'agrément, car il dispose d'un pouvoir d'appréciation.

²⁵⁴⁵ Loi du 24 juin 1936 (JORF du 25 juillet 1936, p. 7810).

²⁵⁴⁶ Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

²⁵⁴⁷ Selon une partie de la doctrine la convention acquiert une valeur équivalente à celle d'un règlement. Mais une autre partie estime que l'acte administratif d'extension est détachable de l'analyse de l'accord collectif.

dépendant exclusivement de la représentation des parties prenantes à l'accord conclu²⁵⁴⁸. Par le truchement de la technique de l' « *arrêté d'extension* », le législateur permet au gouvernement de déléguer une part de son rôle aux protagonistes sociaux²⁵⁴⁹ sans que le champ des compétences réciproques et de la subordination à la Loi ne soit bouleversé. Mais soulignons tout de même que désormais, le pouvoir exécutif bénéficie d'un pouvoir plus limité que par le passé car il doit également respecter l'exigence de la règle majoritaire en matière de conclusion de conventions et accords collectifs de branches professionnelles²⁵⁵⁰. Il en ressort donc que la norme conventionnelle ayant fait l'objet d'une extension est désormais placée sous la double emprise du pouvoir de décision de l'exécutif et du respect de la règle majoritaire de l' « *autonomie collective* »²⁵⁵¹. Il en résulte que la portée distinctive de l'arrêté d'extension est désormais relativisée²⁵⁵²²⁵⁵³²⁵⁵⁴²⁵⁵⁵. Par glissement, l'autorité étatique en la matière²⁵⁵⁶ se réduit donc substantiellement, car il existe un paradoxe à conférer à un accord collectif de branche un caractère impératif, puis de donner aux parties prenantes la possibilité de lui assigner un caractère supplétif. Autrefois, sans l'extension l'employeur ne se pliait à l'autorité de la convention de branche que par son adhésion volontaire²⁵⁵⁷. Or, il peut désormais se désengager accessoirement des obligations de son adhésion, mais principalement de son assujettissement à l'accord de branche étendu, par la signature d'un accord d'entreprise. Il en découle donc bien : « *que le mécanisme de la représentation patronale peut désormais être contrarié par le jeu de la négociation collective* »²⁵⁵⁸, et que cette évolution porte atteinte à la force contraignante et

²⁵⁴⁸Il est indéniable que ce type de convention ne se borne pas de faire naître des obligations entre les parties signataires mais édicte également des règles s'imposant aux membres de ce groupement ou même à des tiers non adhérents (mais membres de la profession).

²⁵⁴⁹Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²⁵⁵⁰Articles L. 2232-6 et L. 2261-19 du Code du travail. Ainsi ces accords collectifs doivent avoir valablement conclus et ne doivent pas avoir fait l'objet de l'opposition écrite et motivée d'une ou de plusieurs organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau considéré dont les entreprises adhérentes emploient plus de cinquante pour cent de l'ensemble des salariés des entreprises adhérant aux organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives à ce niveau. Soulignons donc que la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs constitue bien désormais une condition de validité de l'extension des conventions et des accords collectifs de travail dans champs des branches ou de l'interprofessionnel. La convention collective doit désormais donc respecter une règle majoritaire pour que l'exécutif concède à former l'arrêté d'extension en question.

²⁵⁵¹Il s'agit d'un renforcement de la dualité de la nature des conventions faisant l'objet d'un arrêté d'extension, car sa portée est toujours dépendante de la décision des pouvoirs publics mais que cette dernière est directement déterminée par l'autonomie collective.

²⁵⁵²La différence entre une convention de branche ordinaire et une convention de branche étendue s'estompe

²⁵⁵³Sophie NADAL, « Le destin de la négociation de branche » in « La négociation collective à l'heure des révisions » (ouvrage collectif sous la direction de Georges BORENFREUND, Antoine LYON-CAEN, Marie-Armelle ROTSCHILD SOURIAU et Isabelle VACARIE), Paris, Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2005, p.115.

²⁵⁵⁴Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

²⁵⁵⁵Marie-Armelle SOURIAU, « L'articulation des niveaux de négociation », Droit Social, 2004, p.579

²⁵⁵⁶Claude DIDRY, *loc.cit.* p.336.

²⁵⁵⁷Ou le cas échéant par le biais de son adhésion à l'organisation patronale signataire de cette dernière

²⁵⁵⁸Sophie NADAL, *Ibid.*

inhérente de l'extension²⁵⁵⁹, mais également à la finalité de la branche professionnelle comme institution capable de représenter les intérêts de la profession. En dernier lieu, observons que si le rayonnement de plusieurs normes conventionnelles reste conditionné par le « sceau » de l'intervention des pouvoirs publics²⁵⁶⁰, leurs modes d'action évoluent. En effet, par d'autres moyens et pour d'autres finalités l'administration peut désormais déposer son « cachet » sur des accords collectifs d'entreprise²⁵⁶¹.

La portée de deux formes distinctes d'habilitations des protagonistes sociaux. Il découle donc des éléments ci-dessus que le législateur peut conférer aux protagonistes sociaux un pouvoir normatif équivalent à un règlement ou permettre au pouvoir exécutif d'octroyer une dimension réglementaire à une convention. Par ces deux voies, l'accord collectif formé par des acteurs privés intègre l'ordre juridique étatique. Il ne s'agit pas seulement de deux modalités différentes, mais bien de deux formes distinctes d'habilitations octroyant des prérogatives de nature bien différentes aux diverses parties prenantes. En effet, comme l'indique la professeure Marie-Armelle SOURIAU : « *il s'agit apparemment d'opposer deux modes d'intervention de l'accord collectif par rapport à la Loi, correspondant à deux degrés d'exigence différents du point de vue constitutionnel* »²⁵⁶²²⁵⁶³. Le législateur peut donc confier aux protagonistes sociaux la tâche de préciser les modalités d'exécution de la Loi même si cette fonction échoit généralement au pouvoir exécutif, et par le biais de divers actes administratifs, ce dernier ne se prive pas de conférer un rayonnement réglementaire aux accords et conventions collectifs.

²⁵⁵⁹Sophie NADAL, *op.cit.* p.410. Selon l'auteur : « *Loin d'apparaître comme une procédure légitimant, elle s'apparente finalement dans ce cas à une simple technique permettant de corriger les effets de la non-appartenance des employeurs à un groupement patronal signataire* ».

²⁵⁶⁰Le rayonnement de certaines normes conventionnelles est conditionné par l'intervention des pouvoirs publics. Les techniques de l'extension, de l'élargissement et de l'agrément sont les voies privilégiées du mode de l'intervention de l'Etat. Mais l'Etat a récemment étendu ses techniques (homologation et validation ses accords collectifs).

²⁵⁶¹A titre d'exemple, depuis la Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi (JORF n°138 du 16 juin 2013), les dispositions du plan de sauvegarde de l'emploi peuvent désormais faire l'objet d'un accord collectif susceptible d'une procédure de validation administrative conditionnant ses effets.

²⁵⁶²Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

²⁵⁶³Marie-Armelle ROTHSCHILD SOURIAU, « Quelle autonomie pour la négociation collective d'entreprise ? », in « La négociation collective à l'heure des révisions » (ouvrage collectif sous la direction de Georges BORENFREUND, Antoine LYON-CAEN, Marie-Armelle ROTHSCHILD SOURIAU et Isabelle VACARIE), Paris, Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2005, p.115. Selon l'auteur : « *Il s'agit apparemment d'opposer deux modes d'intervention de l'accord collectif par rapport à la Loi, correspondant à deux degrés d'exigence différents du point de vue constitutionnel* ».

1.2.2. Exercice et limites de l'habilitation des protagonistes sociaux

Par ailleurs, les protagonistes sociaux bénéficient d'une autre forme d'habilitation les autorisant à prolonger (par adaptation) les normes prescrites par la Loi. Cette dernière habilitation connaît un domaine de compétence ainsi qu'un champ d'exclusion que nous allons tenter de définir. En effet, s'il n'existe pas un domaine exclusif de la négociation collective, la Loi distingue deux périmètres distincts qualifiés d'« *ordre public absolu* » et « *ordre public relatif* » (ou « *ordre public social* »). Ces deux champs d'intervention et d'exclusion sont à géométrie variable modulable par la Loi (ainsi que l'interprétation que peut en faire le juge). Il nous faut donc examiner scrupuleusement ces champs respectifs, car cet examen devrait nous permettre de mesurer le périmètre de la marge au sein de laquelle l'« *autonomie collective* » pourrait prendre sa réelle mesure. Selon l'avis du Conseil d'Etat du 22 mars 1973²⁵⁶⁴, l'« *ordre public relatif* » est composé de dispositions pouvant faire l'objet d'adaptation (voir de « *dérogation* ») de nature différente²⁵⁶⁵ alors que l'« *ordre public absolu* » est constitué d'une série de normes qui ne peuvent pas faire l'objet d'une négociation collective. Alors que l'examen de la définition de l'« *ordre public absolu* » semble figer un bloc de règles intangibles exclues de toutes formes de négociation collective, la notion d'« *ordre public relatif* » apparaît donc rassembler les normes mobiles car dans un système tout orienté vers la protection du travailleur : « *disposer plus favorablement à celui-ci n'est pas déroger, c'est appliquer la Loi* »²⁵⁶⁶. Malgré les éléments de distinctions fournis par la Conseil d'Etat, il demeure une difficulté à identifier bien nettement les deux domaines en question. En effet, il n'existe pas de liste permettant de déterminer de manière précise et exhaustive leurs champs de compétences réciproques. Il revient donc toujours au législateur²⁵⁶⁷ la tâche de définir avec plus ou moins de précision ce qui est impératif et ce qui ne l'est pas (ou plus)²⁵⁶⁸.

En somme, les dimensions respectives de ces deux domaines ont tendance à se dilater (ou se rétracter), et la question du périmètre de l'un ou de l'autre divise traditionnellement la doctrine²⁵⁶⁹. Cette controverse nous intéresse donc au premier degré car elle caractérise

²⁵⁶⁴Avis du Conseil d'Etat du 22 mars 1973.

²⁵⁶⁵« *In mejus* » ou « *in pejus* ». L'« *ordre public absolu* » obéissant à un régime nettement moins souple, toute dérogation qu'elle soit sa nature est sanctionnée par la nullité absolue et les parties ne peuvent logiquement renoncer à s'en prévaloir.

²⁵⁶⁶Pierre RODIERE, « La Loi du 4 mai 2004 sur le dialogue social : une réforme en devenir », *Semaine soc. Lamy*, 2004, n° 1183, p. 6-14.

²⁵⁶⁷Sous le contrôle du juge.

²⁵⁶⁸Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.10.

²⁵⁶⁹Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

également le « *champ de compétence* » de la négociation collective. A cette fin, il nous faut donc déterminer les limites et l'intangibilité des différentes limites respectives de ces deux domaines. Par conséquent nous examinerons successivement une première limite constituée des principes fondamentaux et dispositions qui par leurs termes même présentent un caractère impératif. Puis nous examinerons le pouvoir unilatéral de direction de l'employeur qui peut constituer une autre limite.

L'ordre public absolu comme limite de l'autonomie collective. Il s'avère que les périmètres des espaces réciproques de l'« *ordre public absolu* » et de l'« *ordre public relatif* » sont d'abord directement « *dépendants de ce que l'on entend par principes fondamentaux du droit du travail et du corpus légal existant* »²⁵⁷⁰. Il en résulte que la clarification de la notion d'« *autonomie collective* » passe par un partage clair entre: « *ce qui relève des principes fondamentaux du droit du travail et ce qui relève de leurs modalités concrètes d'application* »²⁵⁷¹. En effet, s'il ressort bien de l'article n°34 de Constitution que le législateur a la charge de définir les principes fondamentaux en question, de même il découle bien du principe de participation²⁵⁷² que les acteurs professionnels peuvent éventuellement les mettre en œuvre. Néanmoins, si la notion de principe fondamental du droit du travail constitue la partie intangible du bloc de l'« *ordre public absolu* » il reste cependant assez difficile d'en donner une définition substantielle. En l'occurrence, le Conseil Constitutionnel retient à ce sujet : « *une conception extensive englobant tout ce qui touche aux garanties des salariés, aux prérogatives et obligations de l'employeur* »²⁵⁷³. A ceci s'ajoute la notion extensive de « *corpus légal existant* » signifiant que lorsque le législateur définit une règle générale, le juge constitutionnel peut considérer qu'il existe un précédent qui ne peut être modifié que par une autre Loi. Cette absence de définition précise permet donc au législateur d'empiéter sur la vocation naturelle des protagonistes sociaux à régler les rapports sociaux. Poser la question des domaines respectifs des normes revient également à apprécier l'intangibilité du domaine de l'autonomie des protagonistes sociaux. Sous les effets d'une « *dégénérescence fâcheuse et inquiétante* »²⁵⁷⁴, la Loi²⁵⁷⁵ censée n'édicter que des normes de portée générale (ou principes fondamentaux) aurait pris l'habitude d'empiéter sans cesse le « *périmètre* » de la négociation collective. Ce

²⁵⁷⁰Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.61.

²⁵⁷¹Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.270.

²⁵⁷²Alinéa n°8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

²⁵⁷³ Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.61.

²⁵⁷⁴Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.15.

²⁵⁷⁵Selon l'article n°34 de la Constitution du 4 octobre 1958, la Loi a la charge de la définition des principes généraux de droit du travail.

dernier ne faisant l'objet d'aucune protection constitutionnelle, son écrasement serait d'autant plus aisé. Toutefois de façon relativement timide le juge constitutionnel tente d'associer le principe de participation et la liberté contractuelle pour assoir une éventuelle protection des conventions collectives conclues. Remarquons donc que par ses diverses décisions²⁵⁷⁶ il a tout de même quelque peu limité la marge de manœuvres du législateur²⁵⁷⁷²⁵⁷⁸²⁵⁷⁹ et par conséquent renforcer celles des parties prenantes à l'accord collectif²⁵⁸⁰. En effet, le législateur est désormais tenu au respect de la liberté contractuelle des parties prenantes, qu'il ne peut contrarier que s'il existe un motif général suffisant²⁵⁸¹. Or, si la détermination de la notion de principes fondamentaux constitue une première difficulté, une seconde question relative à la portée de leur intangibilité n'en n'est pas moins complexe. Autrement dit, s'il est certain que le cœur de ces droits et libertés ne peut être mise en cause par la négociation collective, le procédé peut-il toutefois les élargir, voir les restreindre ? Une partie importante de la doctrine considère que les droits fondamentaux sont indisponibles²⁵⁸² pour l'« *autonomie collective* » car ils : « *incarnent la limite que ne sauraient franchir les normes produites par cette autonomie* »²⁵⁸³. Si l'« *autonomie collective* » pouvait malmener à sa guise ces droits et libertés, l'accord collectif serait alors « *complice de cette tournure inattendue d'une autonomie collective décomplexée investissant de nouveaux territoires* »²⁵⁸⁴²⁵⁸⁵. Néanmoins, les professeurs Marie-Armelle

²⁵⁷⁶Décision du Conseil constitutionnel n° 2007-556 DC du 16 août 2007.

²⁵⁷⁷Pascal CAILLAUD, *op.cit.* p.17.

²⁵⁷⁸Philippe LANGLOIS, « Une Loi négociée », Droit Social, 2008, p.346.

²⁵⁷⁹Décision du Conseil constitutionnel n° 2007-556 DC du 16 août 2007. Le juge constitutionnel impose au législateur le respect des contrats légalement conclus sauf motif d'intérêt général. En tout état de cause, et il y a une limite objective à la confiance en l'accord car un Accord National Interprofessionnel ne peut jamais être transmué tel quel en Loi.

²⁵⁸⁰Décisions du Conseil constitutionnel n° 94-348 DC du 3 août 1994, n° 97-388 DC du 20 mars 1997 et n° 99-423 DC du 13 janvier 2000. Dans sa première décision le juge constitutionnel rejette la constitutionnalisation de la liberté contractuelle en constatant sèchement qu' : « *aucune disposition de la Constitution ne garantit le principe de liberté contractuelle* ». Puis dans sa seconde décision, le Conseil tempère la rigueur de son propos et admet l'invocation de la liberté contractuelle en fixant une condition. Toute demande devra nécessairement s'accompagner d'un principe de fond (par exemple le droit de propriété ou la liberté d'entreprendre). Enfin en troisième lieu, le juge constitutionnel indique que s'il : « *était Loisible au législateur de tirer les enseignements des accords collectifs conclus à son instigation en décidant, au vu de la teneur des dits accords, soit de maintenir des dispositions législatives existantes, soit de les modifier dans un sens conforme ou non aux accords; que toutefois sauf à porter à ces conventions une atteinte contraire aux exigences constitutionnelles sus rappelées, il ne pouvait, dans les circonstances particulières de l'espèce, remettre en cause leur contenu que pour un motif général suffisant* ». Soulignons cependant que, le conseil constitutionnel n'a pas souhaité faire de la liberté contractuelle un principe ayant valeur constitutionnelle.

²⁵⁸¹Pierre-Yves GAHDOUN, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 31 (Dossier : le droit des biens et des obligations), mars 2011, p.1 à 25.

²⁵⁸²Mireille DELMAS-MARTY et Claude LUCAS de LEYSSAC, « Libertés et droits fondamentaux » (Introduction, textes et commentaires sous la direction de), Paris, Points, Essais (2e édition), 2002, p. 473.

²⁵⁸³Isabelle MEYRAT, « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », Droit Ouvrier, 2002, p. 349.

²⁵⁸⁴Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

²⁵⁸⁵Cette question de l'aménagement ou de l'adaptation des principes fondamentaux par le biais de la négociation collective tourmente donc la doctrine mais également la jurisprudence.

ROTSCHILD SOURIAC²⁵⁸⁶ et Nikitas ALIPANTRIS²⁵⁸⁷ se rejoignent concernant l'existence d'un « *noyau dur* » intangible de droits et de libertés mais dont l'écorce externe correspondant aux modalités de leur exercice serait cependant malléable par la négociation collective. S'il n'est pas douteux qu'un noyau dur de droits fondamentaux constituant autant de règles intangibles se trouve marqué du sceau de l'« *ordre public absolu* », la question reste donc de savoir qu'elle est la marge de manœuvre laissée à leur sujet à l'« *autonomie collective* ». La difficulté ne semble pas résider dans la compétence du législateur à fixer ces principes fondamentaux mais se rapporte plutôt à la question de savoir à quel niveau de généralité et de garanties ces derniers doivent être définis²⁵⁸⁸. Or, si la montée en puissance des principes fondamentaux en matière de droit du travail modifie le périmètre et la physionomie de l'« *ordre public absolu* », celui-ci prend également du même coup un caractère plus transversal (ou général) mais également plus malléable pour l'« *autonomie collective* ». L'analyse concernant les limites fuyantes du domaine relatif aux principes fondamentaux peut également s'élargir aux : « *dispositions qui par leurs termes même présentent un caractère impératif* »²⁵⁸⁹. En effet, les normes relatives aux modalités de fonctionnement de la représentation du personnel ou encadrant la négociation collective, semblaient pleinement entrer dans cette catégorie normative intangible. Néanmoins ces deux dernières illustrations, intègrent désormais le champ de la négociation collective²⁵⁹⁰ et troublent par conséquent l'apparente permanence de ce bloc.

Un ordre public absolu plus visible mais moins lisible. De prime abord, il serait par conséquent tentant de constater un effritement de l'« *ordre public absolu* » au profit d'une extension du domaine de la négociation collective. Or, paradoxalement, par le biais de la Loi 2016-1088 du 8 août 2016²⁵⁹¹, la notion d'« *ordre public* » a fait son entrée littérale dans le Code du travail et « *jamais la référence à l'ordre public légale n'a été aussi présente en particuliers dans les énoncés législatifs* »²⁵⁹². Toutefois, cette consécration a été immédiatement associée à la notion de Loi « *supplétive* » et à la création d'un champ consacré à la négociation collective. Ainsi, un constat s'impose : « *l'ordre public, certes plus visible devient moins lisible. Plus encore sa*

²⁵⁸⁶Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

²⁵⁸⁷Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46.

²⁵⁸⁸Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²⁵⁸⁹Avis du Conseil d'Etat du 22 mars 1973.

²⁵⁹⁰Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

²⁵⁹¹La Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016).

²⁵⁹²Tatiana SACHS, « L'ordre public en droit du travail - une notion dégradée », *Revue de Droit du Travail*, 2017, p.585.

(sur)présence masque mal sa rétraction »²⁵⁹³. Par conséquent, les limites posées à l'« *autonomie collective* » par la notion d'« *ordre public absolu* » restent floues, mouvantes et fortement controversées²⁵⁹⁴. Il en résulte un enjeu de taille, car si de façon négative l'« *ordre public absolu* » détermine le champ de la négociation collective, il définit également une relation de « *prévalence* »²⁵⁹⁵²⁵⁹⁶, indiquant que les normes conventionnelles doivent être conformes à certaines dispositions légales et supra-légales. Or, ces limites s'assimilent de moins en moins à une série de règles intangibles et s'incarnent de plus en plus par des principes et des droits fondamentaux malléables dont la substance constitue un enjeu majeur de l'affirmation de l'« *autonomie collective* ». En somme, la frontière entre les différents périmètres ne cesse de se mouvoir faisant l'objet de tractations incessantes du fait de la nature même de la notion censée procéder à cette délimitation. Malgré tout, il existe donc toujours un champ matériel qualifié d'« *ordre public absolu* »²⁵⁹⁷²⁵⁹⁸²⁵⁹⁹²⁶⁰⁰, dont le législateur (et le juge) semble donc vouloir affirmer l'autorité mais dont la réalité du périmètre reste toutefois relativement floue.

Le pouvoir unilatéral de direction de l'employeur comme limite de l'« autonomie collective ». Cette première limite à l'« *autonomie collective* » ne semble pas unique et apparaît complétée par une seconde recouvrant le pouvoir unilatéral de direction de l'employeur. En effet, la substance des règles et directives issues du pouvoir patronal de direction ne devrait théoriquement pas faire l'objet d'adaptation (ou d'amélioration) par voie conventionnelle. Plusieurs courants doctrinaux²⁶⁰¹ soutiennent que le pouvoir de l'employeur peut représenter, pour quelques points essentiels d'entre eux, un ensemble hors de portée de l'« *autonomie collective* ». Ainsi, pour une partie de la doctrine, ce pouvoir résulterait d'une délégation expresse de la Loi²⁶⁰²²⁶⁰³²⁶⁰⁴ ou de fragments légaux permettant de constituer un faisceau de

²⁵⁹³Tatiana SACHS, *op.cit.* p.415.

²⁵⁹⁴Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

²⁵⁹⁵Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46.

²⁵⁹⁶Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

²⁵⁹⁷Gérard LYON-CAEN, *op.cit.* p.400.

²⁵⁹⁸Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45.

²⁵⁹⁹Antoine JEAMMAUD, « Le principe de faveur, enquête sur une règle émergente », *Droit Social*, 1999, p. 119.

²⁶⁰⁰Mireille POIRIER, « La clause dérogatoire in pejus », *Droit Social*, 1995, p. 887.

²⁶⁰¹Louis ROZES, « Entreprise » in *Encyclopédie juridique, Répertoire de droit du travail*, T. II, éd. Dalloz 1991, n° 17.

²⁶⁰²Alain SUPLOT, « La réglementation patronale de l'entreprise », *Droit Social*, 1982, p.215.

²⁶⁰³Josépha DIRRINGER, « L'esprit du dialogue social : de la Loi du 20 août 2008 aux accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation des salariés », *La Revue de l'IRE* 2015/4 (n° 87), p. 125-151.

²⁶⁰⁴Marc VERICEL, « Sur le pouvoir normatif de l'employeur », *Droit Social*, 1991, p. 120.

règles positives²⁶⁰⁵²⁶⁰⁶. Mais pour d'autres auteurs, ce domaine serait intangible, car inhérent à la notion même de contrat de travail et découlant de la conclusion de stipulations implicites de celui-ci.²⁶⁰⁷ Enfin, un dernier courant doctrinal soutient la même appréciation mais sur le fondement de la conception institutionnelle de l'entreprise²⁶⁰⁸²⁶⁰⁹. Il s'avère que la Loi du 4 août 1982²⁶¹⁰ a indéniablement donné un fondement légal au pouvoir normatif de l'employeur alors même que la question était fort discutée auparavant, mais de cette manière elle a également cantonné ce pouvoir normatif dans certaines limites. A ce titre, une large partie de la doctrine considère que le règlement intérieur expression même d'une certaine unilatéralité constituerait une ligne de démarcation au-delà de laquelle tout ce qui ne relevait pas de son domaine matériel pourrait faire l'objet d'une négociation collective. Il s'agissait donc plus d'endiguer le pouvoir normatif unilatéral de l'employeur que de rogner le domaine de la négociation collective. Or, force est de constater que : « *la signification et la portée de cette distinction ne sont pas parfaitement claires alors même qu'elles sont décisives quant à la détermination des limites de l'autonomie collective* »²⁶¹¹. En effet, si le champ matériel du règlement intérieur est strictement défini par la Loi, il ne connaît cependant pas un caractère exclusif et par conséquent il existe bien un débat au sujet de l'éventuelle négociation des dispositions de ce type de document. Il est possible d'estimer que par nature certains sujets ne doivent pas faire l'objet de pourparlers, car les protagonistes sociaux ne seraient pas à même de négocier les questions relevant du droit disciplinaire ou de l'hygiène et la sécurité dans l'entreprise. La responsabilité de l'employeur en matière disciplinaire étant entière, l'unicité de ce pouvoir peut également être évoquée pour conforter cette appréciation. Selon ce même point de vue, les organisations syndicales représentatives seraient peu soucieuses de contribuer à

²⁶⁰⁵Josépha DIRRINGER, *loc.cit* p.416.

²⁶⁰⁶Antoine JEAMMAUD, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », Semaine Sociale Lamy, 2008, n°1340, p15. Selon l'auteur : « *S'il est exact que, à la différence de ce que l'on rencontre dans diverses législations étrangères, aucune disposition législative française n'investit l'employeur d'une prérogative particulière dénommée "pouvoir patronal" ou "pouvoir de direction"* ». Il apparaît que ce ou ces prérogatives juridiques se trouvent consacrés par un faisceau de règles positives, en particulier de normes appartenant au droit du travail. L'auteur conclut « *en vérité, le ou les pouvoirs de l'employeur à l'égard de ses salariés se dessinent "en creux" dans ce fragment du discours législatif que constitue le Code du travail* ».

²⁶⁰⁷Serge FROSSARD, « Application des conventions collectives : les limites de l'autodétermination. Quelques remarques relatives à l'article L. 132-5-1 du Code du travail », Droit social, 2006, p.17.

²⁶⁰⁸Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46.

²⁶⁰⁹Marie-Armelle ROTCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10. Selon l'auteur « *Qu'elles s'efforcent de justifier les pouvoirs qu'il détient ou de les limiter, les théories générales de l'entreprise mettent l'accent sur le caractère unilatéral et souverain des prérogatives de la direction. Or les accords d'entreprise invitent au moins sur le plan théorique à aborder le pouvoir de direction dans un esprit relativiste. Sans mettre directement en question les fondements et l'existence de ce pouvoir, les accords montrent qu'il est en droit sinon en fait susceptible d'une certaine flexibilité, le titulaire du pouvoir étant envisagé en tant que partie à une relation collective* ».

²⁶¹⁰Loi n°82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise. (JORF du 6 août 1982).

²⁶¹¹Marie-Armelle ROTCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

l'élaboration de normes contraignantes pour les salariés dans ces derniers domaines. Toutefois, il s'avère que certains des points relevant du règlement intérieur font bien l'objet, par ailleurs, de négociations collectives. Dans ce cas, l'accord collectif conclu sur ces sujets peut souligner les responsabilités premières de la direction tout en améliorant la protection des salariés. Il est donc hasardeux d'affirmer qu'un tel accord collectif entamerait les pouvoirs du chef d'entreprise au point de faire disparaître ou atténuer sa responsabilité pénale ou civile. De plus, remarquons que les éléments du règlement intérieur ne peuvent pas être contraires à ceux prescrits par la convention collective, par conséquent ces dispositions unilatérales sont en partie sous l'emprise de l'« *autonomie collective* »²⁶¹². Ainsi si l'employeur n'a plus de pouvoir normatif unilatéral en dehors du domaine du règlement intérieur²⁶¹³, la négociation collective semble bien pouvoir empiéter sur ce domaine²⁶¹⁴. Dès lors l'accord collectif d'entreprise semble bien ériger en source des règles générales et permanentes relatives aux conditions de travail des salariés et modalités de fonctionnement de l'entreprise alors que le pouvoir normatif et unilatéral de l'employeur ferait figure d'exception. Quelques soient les fondements théoriques ou philosophiques du pouvoir de direction de l'employeur il est possible d'affirmer qu'à coup sûr : « *le principe de participation ne remet pas en cause le pouvoir de décision du chef d'entreprise* »²⁶¹⁵, car il n'a pas vocation à l'ébranler mais à éventuellement le limiter.

Une absence de partage du pouvoir de direction. En effet, le principe de participation ayant pour fondement la reconnaissance de l'intérêt collectif des salariés, il se confronte nécessairement avec le pouvoir de direction de l'employeur empêchant le recouvrement d'une notion par l'autre. En conclusion, le principe de participation est d'abord envisagé comme un moyen de contrôle par les salariés de l'exercice du pouvoir direction et non comme un partage de celui-ci²⁶¹⁶ n'ayant pas vocation à se substituer à celui-ci. Par conséquent l'intangibilité des prérogatives du pouvoir de direction de l'employeur et la notion d'« *ordre public absolu* » impliquent effectivement qu'un champ des rapports de travail soit exclu de la négociation

²⁶¹²Selon le législateur la capacité de l'employeur à produire des normes élaborées unilatéralement doit tout de même faire l'objet d'une consultation des instances représentatives du personnel. Par conséquent si le règlement intérieur ne fait pas l'objet d'une négociation d'entreprise, il fait l'objet d'une consultation et doit respecter les dispositions conventionnelles précisées par la branche professionnelle.

²⁶¹³Mais il peut édicter des règles dépourvues de caractère de général et de stabilité (décisions individuelles ou particuliers-mesures circonstanciées ou provisoires).

²⁶¹⁴Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p. 10. Selon l'auteure : « *Autant il est clair que la Loi fait des interlocuteurs sociaux les détenteurs incontestés d'un pouvoir normatif étendu autant on peut douter qu'elle ait voulu mettre sur le même pied l'employeur pris isolément* ».

²⁶¹⁵Josépha DIRRINGER, *loc.cit.* p. 416.

²⁶¹⁶Josépha DIRRINGER, *loc.cit.* p. 416.

collective²⁶¹⁷. Néanmoins, ces deux domaines apparaissent comme des périmètres des plus fuyants aux abords de la négociation collective. Malgré l'existence de digues théoriques, les limites tracées entre les différents domaines respectifs semblent poreuses, déséquilibrées et sans doute insuffisamment protectrices de l'« *autonomie collective* ». Malgré les efforts du juge constitutionnel, sa vulnérabilité aurait effectivement pour conséquence de reléguer l'« *autonomie collective* » dans une situation concédée (voire précaire), subordonnée au statut d'une liberté sous l'emprise du législateur.

L'ordre public social : domaine encadré de l'« autonomie collective ». S'il apparaît donc que la Loi et la convention entretiennent une relation de subordination, il s'avère malgré tout que la négociation collective connaît une réelle vigueur qui nécessite que nous étudions plus précisément la nature du champ au sein duquel elle se déploie (« *ordre public relatif* »). Selon sa formule initiale, le procédé de la négociation collective se devait d'adapter les normes issues de l'ordre juridique étatique²⁶¹⁸ dans un sens déterminé par l'« *ordre public social* » convergeant vers les intérêts des salariés et sans enfreindre l'« *ordre public absolu* ». Ce système juridique dominé par des Lois impératives, guidé et régulé du même coup par une règle de départage tranchant les éventuels conflits de normes, était fondé sur des ressorts de complémentarité fixant à l'accord collectif sa fonction et sa direction²⁶¹⁹. Ainsi, le droit imposé infléchissait de deux manières la norme conventionnelle : en fixant les limites du domaine de la négociation collective²⁶²⁰ mais également en attribuant (ou pas) à ce procédé une direction à respecter. Si l'avis du Conseil d'Etat du 22 mars 1973²⁶²¹ offrait donc une lecture claire et intelligible du droit du travail, il avait tout de même pour inconvénient de ne conférer que peu d'autonomie aux protagonistes sociaux, et pour cette dernière raison, avait vocation à s'effacer²⁶²². Constatons d'abord qu'il n'existe que peu de Loi strictement impérative, car en droit du travail toute Loi qui se forme verticalement en dehors de la contribution des parties prenantes apparaît comme suspecte, et qu'il semble donc souhaitable que cette norme considérée comme « *extérieure* » à l'environnement au sein duquel elle doit s'affirmer puisse

²⁶¹⁷Patrick REMY, *op.cit.* p.406.

²⁶¹⁸Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46.

²⁶¹⁹Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

²⁶²⁰En effet, si la notion d'« *ordre public absolu* » permet de définir un domaine fermé à la négociation collective, elle délimite également de manière négative un domaine commun à la Loi, au règlement ainsi qu'à l'accord collectif. Par conséquent, la notion d'ordre public ne se contente pas de définir les différents périmètres de compétence, mais détermine également les différents caractères de la Loi, permettant l'ordonnancement et l'articulation des différentes normes.

²⁶²¹Avis du Conseil d'Etat du 22 mars 1973.

²⁶²²Patrick REMY, *op.cit.* p.406.

faire l'objet d'ajustement de la part des principaux intéressés²⁶²³. Admettons donc que la notion d'« *ordre public relatif* » offre la possibilité de « *modifications* » par voie conventionnelle du régime juridique applicable, issu des dispositions légales et réglementaires. Par ce biais, le droit du travail bouleverse la hiérarchie traditionnelle des sources de droit puisque contrairement à l'ordre public classique, il n'assure pas la « *primauté* » de la norme légale sur les volontés privées. En effet, le droit positif correspond désormais à une « *polysystème simultanée* »²⁶²⁴ de diverses sources de droit enserrées dans un système réticulaire²⁶²⁵ dont le législateur reste le grand « *maitre du jeu* »²⁶²⁶, définissant les matières qui relèvent de sa compétence, déterminant la nature des Lois, et modelant les marges d'exécution qu'il consent au pouvoir exécutif voir aux protagonistes sociaux. Reconnaissons ensuite que le principe « *Lex Favoris* » fut longtemps la marque du domaine de l'« *ordre public relatif* », capable de se fondre dans une notion bien plus large de « *progrès social* », constituant la clef de voute du droit du travail²⁶²⁷. Il pouvait pleinement s'y déployer, conduisant à une hiérarchisation non en fonction de la nature de la norme mais en fonction de sa teneur²⁶²⁸. Il en découlait donc une finalité progressiste du droit du travail tournée vers la protection des intérêts du salarié procédant d'une volonté de rééquilibrer sa relation avec l'employeur²⁶²⁹. Cependant cette alliance fait désormais l'objet de profonds bouleversements, de telle manière que le nouvel ordonnancement de la Loi et de l'accord collectif peut justement avoir pour effet d'étouffer quelque peu la vivacité du principe de « *faveur* »²⁶³⁰ sans toutefois éteindre son rayonnement au sein du domaine de la négociation collective.

En somme, ce couple fait l'objet d'une nouvelle dynamique, qu'il nous faut examiner. Pour ce faire explorons donc le contenu de l'habilitation accordée aux protagonistes sociaux et précisons la place du principe « *lex favoris* » au sein de notre branche du droit.

²⁶²³Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.110.

²⁶²⁴André-Jean ARNAUD, « Critique de la raison juridique : où va la société du droit ? » Paris, Librairie Générale Droit et Jurisprudence, 1981, p.466.

²⁶²⁵François OST et de Michel VAN de KERCHOVE, *loc.cit.* p.63.

²⁶²⁶Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²⁶²⁷Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²⁶²⁸Michèle BONNECHERE, « Sur l'ordre public en droit du travail- les principes sont toujours là », Droit Ouvrier, 2008, p.11.

²⁶²⁹Marie-Armelle ROTSCCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10. Selon l'auteure « *Tout naturellement c'est à partir de cette Loi plancher que s'ordonne la négociation principalement destinée à l'amélioration du statut individuel et collectif* ».

²⁶³⁰Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.10.

Intégration du principe de faveur à l'ordre public social. Afin de bien définir la portée actuelle de l'habilitation des protagonistes sociaux, commençons donc par l'examen préliminaire de la question suivante : la définition de « *l'ordre public social* » affecte-elle la validité des normes ou uniquement l'application de celles-ci (voire les deux) ? En réponse, une première hypothèse envisage que les diverses normes pourraient être ordonnées sur le fondement d'une relation « *hiérarchique* ». Selon sa version la plus simple, cette relation signifie que des normes dites « *inférieures* » doivent être conformes à des normes qualifiées de « *supérieures* », sans que ne soit livrés de critères précis de cette supériorité, ou les conséquences d'une absence de conformité²⁶³¹. En somme, la notion de « *hiérarchie* » peut renvoyer aux modalités de conditionnement mais également d'éviction des normes conventionnelles. Ainsi, un courant doctrinal considère que l'« *ordre public social* » est partie intégrante de la délégation confiée aux protagonistes sociaux, et constitue ainsi un mécanisme d'habilitation des normes qui en découlent²⁶³²²⁶³³. Il en résulte qu'une norme est valide quand son contenu est conforme à celui d'une autre sur le fondement d'une relation purement hiérarchique²⁶³⁴. D'après la professeure Michèle BONNECHERE, la spécificité de l'ordre public en droit du travail : « *ne réside pas dans l'impérativité de ses règles, ou encore dans la protection du salarié qui serait recherchée par la Loi. Elle est de conduire à une hiérarchie des normes, inscrites à l'article L132-4 du Code du travail non pas en fonction de leur nature mais de leur teneur* »²⁶³⁵. Ainsi l'« *ordre public social* » se caractériserait par sa signification unilatérale (les négociateurs sont invités à améliorer la Loi) et par sa relativité (sauf exceptions). Le principe de « *faveur* » constituerait alors le fondement d'un ordre public « *relatif* » complétant l'ordre public « *absolu* » et ayant une influence directe sur la teneur normative du droit du travail²⁶³⁶. En somme la notion d'« *ordre public social* » ferait partie intégrante de l'habilitation dont bénéficieraient les protagonistes sociaux²⁶³⁷²⁶³⁸²⁶³⁹, car la norme conventionnelle ne pourrait se concevoir que tenant compte des différentes limites fixées par ce carcan. Pour fonder son point de vue, cette branche de la doctrine pouvait effectivement s'appuyer sur l'avis du 22 mars 1973, par lequel

²⁶³¹Lionel CHARBONNEL, « La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat ». Droit Université d'Avignon, 2010, p.368.

²⁶³²Ainsi certaines normes seraient habilitées à autoriser la création d'autres dispositions dont le contenu leur serait subordonné.

²⁶³³Josépha DIRRINGER, *op.cit.*, p.416.

²⁶³⁴Lionel CHARBONNEL, *Ibid.*

²⁶³⁵Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.420.

²⁶³⁶Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, *loc.cit.* p.17.

²⁶³⁷Pascale DEUMIER et Thierry REVET, « Ordre public », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (sous la direction.), « Dictionnaire de la culture juridique », Presses Universitaires de France, 2003, p. 1120.

²⁶³⁸Guillaume TUSSEAU, *op.cit.* p.358.

²⁶³⁹Tatiana SACHS, *op.cit.* p.415.

le Conseil d'Etat indiquait que : « *conformément aux principes généraux du droit du travail, les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine de ce droit présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux, lesquels ne peuvent, en aucun cas, être supprimés ou réduits...* »²⁶⁴⁰. Ainsi, le Conseil d'Etat²⁶⁴¹ signifiait qu'en matière de droit du travail, le caractère impératif de la règle de droit devait s'effacer face à une stipulation plus favorable pour le salarié. Par conséquent, « *Lex Favoris* » et « *ordre public social* » en ressortaient effectivement très étroitement associés, et leur imbrication ouvrirait : « *le champ à une négociation orientée unilatéralement au profit des salariés, sa fonction étant de faire de la Loi en droit du travail leur minimum commun* »²⁶⁴². Selon cette première interprétation, le principe en question constituerait donc l'incarnation et l'essence du droit du travail car la notion d'« *ordre public social* » déterminerait la disposition conventionnelle dès sa création²⁶⁴³. A ce titre, les éventuelles « *dérogations* » prévues par la Loi ne seraient que des exceptions à ce dispositif général placé sous l'emprise du principe de « *faveur* »²⁶⁴⁴. Le législateur pourrait ainsi laisser marginalement se développer une négociation collective de concession sans toutefois remettre en cause cette vision générale de l'« *ordre public social* »²⁶⁴⁵.

La nouvelle dynamique de l'ordre public social. Pour autant, il est possible de douter que cette dernière notion détermine effectivement le processus de création et conditionnement des normes conventionnelles²⁶⁴⁶. En effet, à l'examen du droit positif, il n'est pas avéré que la notion d'« *ordre public social* » se confonde avec le principe de « *faveur* ». Ainsi une autre partie de la doctrine, considère ce principe uniquement comme une règle autonome de départage en matière de conflits de normes²⁶⁴⁷²⁶⁴⁸. Elle peut effectivement s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour de Cassation précisant qu' : « *en cas de conflit de normes, c'est la plus*

²⁶⁴⁰ Avis du Conseil d'Etat du 22 mars 1973.

²⁶⁴¹ Avis du Conseil d'Etat du 22 mars 1973.

²⁶⁴² Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45.

²⁶⁴³ Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.416. Selon l'auteure : « *la force obligatoire établit ainsi la marge d'autonomie créatrice dont dispose l'auteur d'une norme inférieure, en lui indiquant ce qu'il doit respecter et ce qu'il peut écarter* ».

²⁶⁴⁴ Michèle BONNECHERE, *op.cit.* p.420. Selon l'auteure : « *Seule une déviance idéologique peut faire croire qu'en droit du travail les exceptions, parce qu'elles se répètent, ont une valeur égale à la règle de principe Cette analyse étonnante s'appuie parfois sur la régression du principe de faveur* ».

²⁶⁴⁵ Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45.

²⁶⁴⁶ Jean PELISSIER, « Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail », in Mélanges dédiés au président MICHEL DESPAX, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p.552

²⁶⁴⁷ Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.416.

²⁶⁴⁸ Yves CHALARON, « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », Droit social. 1998, p. 357.

favorable aux salariés qui doit recevoir application »²⁶⁴⁹. Or, selon cette interprétation les protagonistes sociaux sont libres de former des normes conventionnelles en dehors de toute dimension hiérarchique ou de l'emprise du principe de « *faveur* ». Par conséquent, celles-ci peuvent éventuellement se trouver en conflit avec la Loi, mais selon cette hypothèse, la sanction du non-respect de son intangibilité minimum n'est pas la nullité mais la mise à l'écart de la norme conventionnelle²⁶⁵⁰. En somme, la délégation conférée aux protagonistes sociaux aurait donc une autre dimension, car ceux-ci seraient libres de former sans contrainte les normes conventionnelles de leur choix (sous réserves du respect des principes fondamentaux). En cas de conflit les actes négociés moins favorables aux intérêts des salariés seraient écartés (temporairement) du fait l'application de la règle d'arbitrage (principe de faveur). Il en résulterait la preuve que le principe de « *faveur* » ne jouerait pas un rôle de conditionnement au cœur de la hiérarchie des normes²⁶⁵¹, mais bien une fonction exclusive de départage²⁶⁵². Le courant doctrinal attaché à la capacité originaires d'« *autoréglementation* »²⁶⁵³²⁶⁵⁴²⁶⁵⁵ des protagonistes sociaux peut éventuellement se satisfaire de cette dernière interprétation octroyant de fait de véritables espaces de liberté à l'« *autonomie collective* ». Finalement, pour la première interprétation doctrinale, la notion de hiérarchie recouvrirait un rapport existentiel, alors que pour la seconde approche, les différentes normes ne seraient liées que par un rapport de coordination²⁶⁵⁶²⁶⁵⁷.

La portée réciproque du principe « lex favoris » et de l'« autonomie collective ». Par conséquent, répondre à la controverse doctrinale concernant la portée de l'habitation des protagonistes sociaux revient donc également à préciser la place du principe de « *faveur* » au sein de la branche du droit que nous étudions. Ce principe « *lex favoris* » serait à l'origine du détachement du droit du travail du reste du droit civil²⁶⁵⁸, et l'effet impératif, automatique et immédiat de l'accord collectif se justifierait par la direction progressiste donné par celui-ci à

²⁶⁴⁹Cour de cassation, Chambre sociale, du 17 juillet 1996, 95-41.745, Publié au bulletin.

²⁶⁵⁰Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

²⁶⁵¹Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46.

²⁶⁵²En effet, une norme contraire aux prescriptions fixées par l'ordre public n'est pas éradiquée à sa source. Elle peut éclore pour (certes) se trouvait écartée. Elle conserve ainsi l'espoir d'une éventuelle application à l'occasion d'un hypothétique changement du droit.

²⁶⁵³Gérard LYON-CAEN, *op.cit.* p.400.

²⁶⁵⁴Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

²⁶⁵⁵Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.355.

²⁶⁵⁶Lionel CHARBONNEL, *op.cit.* p.421. Selon l'auteur un système « *dynamique* » correspond à celui selon lequel la norme supérieure ne fixe que des conditions de forme pour qu'une norme soit valable alors qu'un système « *statistique* » vise à instaurer une correspondance de fond entre son contenu et celui de la norme inférieure.

²⁶⁵⁷Hans Kelsen, *op.cit.* p.44.

²⁶⁵⁸Notamment de l'article numéro six du code de droit civil qui prohibe toute convention contraire aux Lois

l'« *ordre public social* »²⁶⁵⁹²⁶⁶⁰. Ainsi le professeur Nikitas ALIPRANTIS a pu indiquer que : « *l'application de la norme la plus favorable aux salariés...constitue un principe à portée générale en droit français* »²⁶⁶¹. De même pour le professeur Yves CHALARON, il est indéniable que : « *le principe du plus favorable est l'âme du droit du travail* »²⁶⁶². Cette formule souvent reprise, est toutefois quelque peu inexacte car elle confère une dimension trop importante à un principe qui n'a sans doute pas cette portée. Il a certes été érigé par le Conseil Constitutionnel en principe fondamental²⁶⁶³²⁶⁶⁴, cependant ce dernier a également rejeté sa valeur constitutionnelle²⁶⁶⁵²⁶⁶⁶. Par ailleurs, si le Conseil d'Etat a qualifié cette règle de « *principe général du droit* »²⁶⁶⁷ et la Cour de Cassation l'a consacré comme un « *principe fondamental en droit du travail* »²⁶⁶⁸²⁶⁶⁹, elle se trouve donc facilement malléable par la Loi. Il s'agit donc d'une règle d'une importance considérable mais que le législateur peut modeler à sa guise²⁶⁷⁰ s'il ne peut pas intégralement (ou systématiquement) la supprimer, il peut tout de même aller jusqu'à ponctuellement l'écarter. Par ailleurs, ce principe se trouve par essence bien évidemment évincé de l'ensemble du domaine matériel de l'« *ordre public absolu* » et peut donc être ponctuellement écartée de l'« *ordre public social* ». De même, lorsque le législateur forme de nouveaux principes, il n'est pas astreint à une obligation de « *progrès social* » et quand les protagonistes sociaux forment de nouvelles règles conventionnelles, celles-ci n'ont pas systématiquement vocation à être plus favorables aux salariés que les précédentes²⁶⁷¹. Enfin, l'examen de la jurisprudence révèle qu'en cas de conflit normatif, l'application de ce principe n'est pas systématique. Ainsi lorsqu'une entreprise compte plusieurs activités et que plusieurs conventions collectives étendues couvrent ses diverses activités, la Cour de cassation décide

²⁶⁵⁹Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46.

²⁶⁶⁰Yves. CHALARON « L'application de la disposition la plus favorable » in Etudes offertes à Gérard LYON-CAEN, Dalloz, Paris 1989, p. 243.

²⁶⁶¹Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46.

²⁶⁶²Yves CHALARON, *Ibid.*

²⁶⁶³Décision du Conseil constitutionnel n°67.46 DC du 12 juillet 1967 et n°89.257 DC du 25 juillet 1989 et n° 97-388 DC du 20 mars 1997. Le juge constitutionnel rappelle que les conventions collectives ne devaient pas contenir des dispositions contraires aux Lois et Règlements en vigueur. Néanmoins elles peuvent comporter des dispositions plus favorables.

²⁶⁶⁴Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.416.

²⁶⁶⁵Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.416.

²⁶⁶⁶Décision du Conseil constitutionnel n°2004-494 DC du 29 avril 2004.

²⁶⁶⁷Conseil d'Etat, arrêt assemblée du 8 juillet 1994, requête n°105471.

²⁶⁶⁸Cour de cassation, Chambre sociale, du 17 juillet 1996, 95-41.745, Publié au bulletin.

²⁶⁶⁹Patrick MORVAN, *loc. cit.* p.379.

²⁶⁷⁰Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCILD SOURIAC, *loc.cit.* p.17. Selon les auteurs : « *Seul le législateur est admis à y apporter des restrictions, tandis que sa suppression pure et simple pourrait être considérée comme contraire au principe de participation, inscrit à l'alinéa n°8 du Préambule de la Constitution de 1946* ».

²⁶⁷¹A ce titre, la révision d'une convention ou un accord collectif n'entraîne pas toujours une amélioration de la situation des salariés.

qu'une seule convention est applicable. Pour déterminer, celle qui doit être appliquée, le juge ne recherche pas celle qui est la plus favorable aux salariés mais celle correspondant à l'activité principale de l'entreprise²⁶⁷². Dès lors, il en résulte bien que cette règle ne s'applique pas lors du conditionnement de l'ensemble des normes conventionnelles, mais uniquement à l'occasion de son application²⁶⁷³. Une partie de la doctrine n'y voit donc plus qu'une règle autonome de solution des conflits n'intéressant pas la formation des actes conventionnels mais uniquement leur application²⁶⁷⁴. Cependant, même dans sa fonction d'arbitre des conflits, elle perd de sa vigueur. En effet, cette utilisation se révèle parfois délicate et « *à la longue incertaine* »²⁶⁷⁵. Or, son application induit les limites d'un espace ouvert à l'« *autonomie collective* ». Ses imprécisions ont pour effet de rendre flou ce périmètre.

Conservatisme et réduction de la portée du principe « lex favoris ». Par conséquent, la puissance de ce principe ne faisant que décroître, explorons également les causes et les conséquences de son étiolement. En effet, son application nécessite une définition des modalités d'estimation de ce qui constitue un élément « *plus favorable* » au profit des salariés. La position orthodoxe de la Cour de Cassation à ce sujet est qu'en cas de conflit d'instruments conventionnels collectifs et d'autres normes, les avantages ayant le même « *objet* » ou la même « *cause* » ne peuvent pas se cumuler (sauf stipulations contraires) car « *le plus favorable* » (aux salariés) d'entre eux l'emporte. Toutefois, dans un arrêt du 13 juin 2012, à l'occasion d'un conflit entre une norme conventionnelle et une norme contractuelle, la Cour de Cassation a semblé substituer la conjonction de coordination « *et* » à « *ou* », semblant ainsi faire de l'identité d'objet et de cause des critères, non plus alternatifs, mais cumulatifs²⁶⁷⁶. Néanmoins, lors d'un arrêt²⁶⁷⁷ plus récent elle donnait le sentiment de se raviser et confirmait le caractère alternatif de sa définition. Sur ce point la jurisprudence de la Cour de cassation démontre, par ses revirements, la difficulté que nous souhaitons ici illustrer. En tout état de cause, si une incertitude plane au sujet du caractère cumulatif ou alternatif, seule la disposition la plus

²⁶⁷²Cour de cassation, Chambre sociale, du 5 octobre 1999, 97-16.995, Publié au bulletin du 7 mai 2002, 99-44.161, Publié au bulletin. La convention collective applicable aux salariés d'une entreprise est celle dont relève l'activité principale exercée par l'employeur, peu important les fonctions assumées par les salariés. Il n'en est autrement que dans l'hypothèse où les salariés exercent une activité nettement différenciée dans un centre d'activité autonome.

²⁶⁷³Jean PELISSIER, *op.cit.* p.422. Selon l'auteur ce principe n'a pas une portée générale en droit du travail. Il ne concerne ni l'élaboration des normes, ni même l'interprétation de celles-ci.

²⁶⁷⁴Yves. CHALARON, *loc.cit.* p.424.

²⁶⁷⁵Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, *loc.cit.* p.17.

²⁶⁷⁶Cour de cassation, Chambre sociale, du 13 juin 2012, n° 10-27.395, n° 1516, Publié au bulletin.

²⁶⁷⁷Cour de cassation, Chambre sociale, du 11 mai 2022, n° 21-11.240, Publié au bulletin.

favorable doit trouver application²⁶⁷⁸. Au-delà de ce point, la comparaison doit être « *objective* », et en principe « *analytique* »²⁶⁷⁹²⁶⁸⁰²⁶⁸¹²⁶⁸². Pourtant par son arrêt du 19 février 1997²⁶⁸³ la Chambre Sociale de la Cour de Cassation avait considéré qu'il était possible de procéder à une appréciation « *globale* » quand le maintien de l'emploi était en jeu. Par la suite le même juge a donné le sentiment de se raviser pour retourner à une position plus orthodoxe. Toutefois, une analyse plus globale tenant compte de l'économie générale de l'accord collectif ainsi que des concessions réciproques²⁶⁸⁴ pourrait constituer une manière acceptable de bien mesurer la notion d'« *avantage* ». Si l'appréciation du caractère avantageux d'une clause conventionnelle ne s'effectue pas à l'aune d'un critère général de préservation de l'emploi de l'entreprise, elle s'estime donc uniquement en fonction de l'intérêt individuel du salarié requérant. Néanmoins, si l'analyse individuelle d'un avantage conventionnel semblait simple, dans la cadre d'une négociation collective ayant pour finalité l'acquisition de droits, dans le cadre d'une négociation collective de concessions réciproques cette appréciation devient effectivement bien plus complexe. A ce sujet, l'arrêt cité précédemment²⁶⁸⁵, modifiait également les bases de cette appréciation en tenant compte de l'importance donnée à l'emploi, et par conséquent préconisait une évaluation clairement collective. Le juge a donc hésité puis renoncé à procéder à une évaluation des contreparties collectives au regard de l'ensemble des salariés concernés²⁶⁸⁶. Il s'avère donc que la Cour de Cassation a fait le choix de préserver la liberté de chacun au détriment des choix du groupe²⁶⁸⁷²⁶⁸⁸ car : « *cet impérialisme de la volonté collective sur la volonté individuelle est contraire à notre tradition juridique* »²⁶⁸⁹²⁶⁹⁰. En conclusion, il en résulte une nouvelle controverse doctrinale opposant certains auteurs satisfaits

²⁶⁷⁸Cour de cassation, Chambre sociale, du 7 nov. 2007, n° 06-40.116, Publié au bulletin et 15 févr. 2012, n°10-27.397, Publié au bulletin.

²⁶⁷⁹Pour le juge seul une comparaison de nature analytique c'est-à-dire induisant une comparaison avantage par avantage paraît de nature à garantir le respect des droits des travailleurs.

²⁶⁸⁰Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCILD SOURIAU, *loc.cit.* p.17.

²⁶⁸¹Josépha DIRINGER, *op.cit.* p.416.

²⁶⁸²Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²⁶⁸³Cour de cassation, Chambre sociale, du 19 février 1997, 94-45.286, Publié au bulletin. Le juge effectue alors une comparaison entre plusieurs avantages conventionnels de nature différente mais regroupés dans le même ensemble.

²⁶⁸⁴Dont l'objectif est de conserver l'emploi.

²⁶⁸⁵Cour de cassation, Chambre sociale, du 19 février 1997, 94-45.286, Publié au bulletin.

²⁶⁸⁶Non plus en fonction de la situation du salarié à l'origine du contentieux.

²⁶⁸⁷Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

²⁶⁸⁸Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46. L'auteur était très défavorable à la comparaison en fonction du point de vue du collectif de travail. Plus précisément il proposait que l'avantage à caractère collectif fasse l'objet d'une analyse du point de vue collectif et que l'avantage individuel fasse une comparaison d'un point de vue individuel.

²⁶⁸⁹Jean-Emmanuel RAY, *loc.cit.* p.356.

²⁶⁹⁰Cour de cassation, Chambre sociale, du 25 février 1998, 95-45.171, Publié au bulletin.

du maintien de cette méthode « *objective* », « *analytique* » et « *individuelle* »²⁶⁹¹²⁶⁹² et d'autres commentateurs lui préférant une méthode alternative plus « *globale* » et jaugée à la mesure de l'intérêt de l'ensemble des salariés de l'entreprise²⁶⁹³²⁶⁹⁴²⁶⁹⁵. Il nous semble que la domination du premier point de vue constitue un double marqueur illustrant la faible considération du juge à l'égard des stipulations conclus par l'« *autonomie collective* »²⁶⁹⁶²⁶⁹⁷.

L'escamotage du principe de « faveur » par la Loi. Au-delà de cette appréciation, l'institution judiciaire semble en difficulté pour faire évoluer le principe de « *faveur* » afin qu'il épouse les nouvelles finalités d'une négociation collective décentralisée²⁶⁹⁸²⁶⁹⁹²⁷⁰⁰. En somme, faute d'une évolution congruente du juge au sujet du principe en question et de la nouvelle finalité de ce procédé, le législateur fait le choix de limiter sa portée afin d'encourager l'autonomie des protagonistes sociaux. Plutôt que de supprimer ou d'aménager les règles en cas d'éventuel conflit : « *le législateur choisit plus subtilement de rendre inutile leur mobilisation* »²⁷⁰¹ afin de permettre « *aux accords organisationnels, potentiellement dérogatoires ou donnant – donnant de développer leurs pleins effets, le législateur a réduit la portée de l'ordre public social et du principe de faveur* »²⁷⁰². Selon le professeur Georges BORENFREUND : « *Deux voies ont été principalement empruntées pour faire reculer le principe de faveur : la dérogation conventionnelle à la Loi, chemin le plus balisé et, très récemment, la supplétive de la Loi vis-à-vis de l'accord collectif* »²⁷⁰³. Par conséquent, la méthode choisie induit une autre relation

²⁶⁹¹Les auteurs considèrent qu'il s'agit de la méthode comparative la plus fine car la plus amène de définir le caractère avantageux pour la salarié d'une clause donnée.

²⁶⁹²Marie-Armelle ROTSCCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

²⁶⁹³Jean-Claude JAVILLIER, « Négociation et accords collectifs en matière de rémunération », *Droit Social*, 1988, p. 68.

²⁶⁹⁴Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²⁶⁹⁵Cour de cassation, Chambre sociale, du 7 mai 2002, 00-60.282 00-60.286, Publié au bulletin. Le juge a constaté que la convention collective présentait un caractère « *plus favorable à l'ensemble des salariés* ». Dans cet arrêt, l'intérêt de l'ensemble des salariés est apprécié au regard des prérogatives reconnues aux représentants des salariés et de leur capacité à exercer leur mission. Ainsi l'essence collective de l'avantage justifie que l'intérêt pris en compte soit celui de l'ensemble des salariés.

²⁶⁹⁶Marie-Armelle ROTSCCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10

²⁶⁹⁷Nous verrons plus loin que la tendance à l'égard de ce point est par ailleurs bien en cours d'inversion.

²⁶⁹⁸Cour de cassation, Chambre sociale, du 19 février 1997, 94-45.286, Publié au bulletin. Cet arrêt iconoclaste est bien resté isolé. Mais il est probable que si cette analyse globale s'était généralisée, le principe de faveur aurait connu aujourd'hui un sort différent.

²⁶⁹⁹Georges BORENFREUND, « La résistance du salarié à l'accord collectif - l'exemple des accords dérogatoires », *Droit Social*, 1990, p.626.

²⁷⁰⁰En effet, il ressort des évolutions de ce dernier procédé des concessions réciproques, et les modalités historiques de comparaison des avantages présentés ci-dessus, ne permettent plus aussi aisément d'identifier la norme la plus favorable.

²⁷⁰¹Sébastien TOURNEAUX, « L'articulation de la Loi et de l'accord collectif de travail » *Droit Ouvrier*, 2017, p.353.

²⁷⁰²Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21.

²⁷⁰³Georges BORENFREUND, *Ibid.*

entre l' « *ordre public social* » et le principe de « *faveur* »²⁷⁰⁴ entraînant un dépérissement de celui-ci en qualité de règle de départage²⁷⁰⁵²⁷⁰⁶²⁷⁰⁷²⁷⁰⁸. Il se révèle que ce principe est bien désormais assorti de multiples restrictions et racornissements, et qu'il ne domine pas : « *l'ensemble du droit du travail, mais seulement les difficultés nées des conflits des normes* »²⁷⁰⁹. En définitive, il ne se confond donc plus avec la notion d'« *ordre public social* », et ne peut pas être considéré comme intrinsèquement attaché à l'habilitation reçue par les protagonistes sociaux.

Un ordre public social à deux visages. En conclusion, retenons que non seulement le principe de « *faveur* » n'est pas un principe constitutionnel²⁷¹⁰, mais il n'est pas même un principe général du droit du travail²⁷¹¹ mais principe fondamental du droit du travail relevant du niveau législatif. Cette désaffectation accrue exprime également le passage progressif d'un droit du travail à dominante légale à un droit du travail conventionnel²⁷¹². De façon quasiment mécanique, l'aménagement au bénéfice des protagonistes sociaux d'espaces de liberté se devait de passer par une « *modification* » de la nature intrinsèque de l'« *ordre public social* » traduisant un effacement du principe de « *faveur* ». Ainsi, dans plusieurs domaines du droit du travail, le législateur délègue à la négociation collective le soin de préciser ou d'adapter certains points de la Loi (ou du règlement) mais ne lui assigne désormais plus la direction qu'elle doit

²⁷⁰⁴Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCILD SOURIAC, *loc.cit.* p.17. Selon les auteurs : « *On a peine à concevoir que la règle du plus favorable-saisie simplement ici comme règle de conflit –garderait encore sa raison d'être face à une norme légale revêtant un caractère purement supplétif, même sous réserve d'une application plus souple que face à texte impératif Avec la perte d'impérativité, c'est en vérité la règle de conflit elle-même qui paraît bien voué à disparaître, en même temps que l'exigence de protection des salariées dictée par leur état de subordination* ».

²⁷⁰⁵Décision du Conseil constitutionnel n° 96-383 DC du 6 novembre 1996 et n°97.388 DC du 20 mars 1997. Dans sa décision du 6 novembre 1996, le Conseil constitutionnel a écarté le moyen tendant à faire reconnaître le caractère d'un principe à valeur constitutionnelle au principe de faveur, tandis que dans sa décision du 20 mars 1997 relative au plan d'épargne retraite, il a rejeté le recours au motif que le texte de Loi visé ne touchait pas aux rapports entre la Loi et la convention collective.

²⁷⁰⁶Xavier. PRETOT, « Les bases constitutionnelles de la négociation collective », Travail et Protection Sociale, janvier 1997, p. 4 et « La conformité à la Constitution de la Loi instituant les fonds de pension », Droit Social, 1997, p.478-479. Selon cet auteur, il pouvait être raisonnablement soutenu, concernant les rapports entre la Loi et la convention collective, que le principe de la disposition la plus favorable : « *constituait un principe fondamental reconnu par les Lois de la République au sens des dispositions du 1er alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946* ».

²⁷⁰⁷Bertrand MATHIEU, *op.cit.* p.390.

²⁷⁰⁸Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.61.

²⁷⁰⁹Jean PELISSIER, *op.cit.* p.422. Selon l'auteur : « *le principe de faveur ne peut avoir qu'un domaine circonscrit, celui des conflits entre normes* ».

²⁷¹⁰Décisions du Conseil constitutionnel n°96-383 DC du 6 nov. 1996 et n°97-388 du 20 mars 1997.

²⁷¹¹Jean PELISSIER, *op.cit.* p.422.

²⁷¹²Georges BORENFREUND, *loc. cit.* p.427.

suivre²⁷¹³. Sur ce fondement une partie de la doctrine défend désormais l'idée que le droit du travail est devenu : « *un droit de compromis qui n'intégrerait plus uniquement l'intérêt des travailleurs mais plus largement l'intérêt de l'entreprise* »²⁷¹⁴. Ainsi selon la professeure Marie Laure MORIN, il existe désormais de : « *multiples formes d'imbrications entre la Loi et la négociation qui n'obéissent plus à la grammaire de l'ordre public social telle qu'elle a été systématisée par l'avis du Conseil d'Etat du 22 mars 1973* »²⁷¹⁵²⁷¹⁶. En effet, il semble désormais se caractériser par une « *bivalence de ses mécanismes* »²⁷¹⁷ fixant toujours à l'accord collectif la fonction d'adapter les dispositions législatives selon l'intérêt des salariés mais également éventuellement selon celui de l'entreprise²⁷¹⁸. Si les interlocuteurs sociaux disposent d'une liberté sous contrôle lorsqu'ils sont admis à investir le champ du législateur, ce contrôle connaît cependant de nombreuses « *gradations* »²⁷¹⁹. Par conséquent, s'agit-il de la formation d'un ordre public à double visage pouvant renfermer ces deux dimensions capables de s'exprimer alternativement ?²⁷²⁰ ou doit-on considérer deux ensembles différents, dont l'un aurait vocation à remplacer l'autre ? On peut également se demander si un ordre juridique fondé sur plusieurs formes d'habilitation indiquant diverses finalités, constitue toujours un moyen d'ordonner les normes les unes à l'égard des autres. Par conséquent, il convient d'examiner selon les points de vue la « *déliquescence de l'ordre public* »²⁷²¹, son « *affadissement* »²⁷²², sa « *déformation* »²⁷²³, une inversion de la hiérarchie des normes, l'émergence d'un ordre juridique socio-professionnel des relations de travail ²⁷²⁴, ou encore une forme originaire

²⁷¹³Décision du Conseil constitutionnel n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, n°2004-494 DC du 29 avril 2004 et n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014. Le Conseil constitutionnel indique : « *qu'il est Loisible au législateur après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations du travail, de laisser aux employeurs et au salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte* ».

²⁷¹⁴Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21.

²⁷¹⁵Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.61.

²⁷¹⁶Cour de cassation, Chambre sociale, du 8 novembre 1994, 94-60.113, Publié au bulletin. Au sujet de la notion d'« ordre public absolu », l'article L. 423-16 du Code du travail, dans sa rédaction résultant de la Loi du 20 décembre 1993, selon lequel les délégués du personnel sont élus pour quatre ans, a un caractère d'ordre public absolu. Ces dispositions prévalent, en conséquence, sur celles d'une convention collective prévoyant l'élection annuelle des délégués du personnel.

²⁷¹⁷Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.416.

²⁷¹⁸Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

²⁷¹⁹Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAU, *loc.cit.* p.17

²⁷²⁰Antonio GRAMSCI (Traduction de Françoise BOUILLOT et Monique AYMARD), « Cahiers de prison n°1, 2, 3,4 et 5 » (Broché). Paris, GALLIMARD, 1996, p.720. « *Le vieux monde se meurt, le nouveau monde est lent à apparaître, et c'est dans ce clair-obscur qu'apparaissent les monstres* ».

²⁷²¹Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

²⁷²²Bertrand MATHIEU, « Les sources du droit du travail », Paris, Presses Universitaires de France, 1992, p. 128.

²⁷²³Gérard COUTURIER, « L'ordre public de protection ; heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in Mélanges Jacques FLOUR 1979, pp. 113 et 114.

²⁷²⁴Françoise FAVENNEC-HERY, « Vers l'émergence d'un ordre juridique conventionnel ? », La semaine juridique social, 2015, p. 1237.

d'« *autoréglementation* »²⁷²⁵, ou bien sa simple transformation. Il serait sans doute excessif de voir dans l'essor de cette myriade de nouvelles habilitations une obsolescence de la notion d'ordre public²⁷²⁶, mais il serait trop modeste d'estimer que ces diverses évolutions juridiques ne sont que les signes de légères modifications ou la somme de plusieurs exceptions à un dispositif général qui aurait conservé son orthodoxie²⁷²⁷.

1.2.3. Le nouvel ordonnancement du droit imposé et du droit négocié

Recherchons d'abord les voies et les causes de cette transformation, avant de tenter de déterminer et caractériser les nouveaux visages de l'« *ordre public social* ». Afin de correctement estimer l'ampleur des bouleversements en cours, il nous apparaît en effet préalablement nécessaire de revenir sur les prémisses de cette évolution qui déterminent la réponse du législateur à une demande formulée par les protagonistes sociaux signataires de la position commune du 16 juillet 2001²⁷²⁸²⁷²⁹²⁷³⁰²⁷³¹²⁷³²²⁷³³²⁷³⁴²⁷³⁵. Nous analyserons donc la portée de ce nouvel ordonnancement des normes, sollicité par les parties prenantes et reposant sur une capacité d'autoconfiguration de la Loi lui permettant de revêtir plusieurs visages. Nous constaterons notamment que si l'« *autonomie collective* » reste tributaire de la Loi, il lui reste à déterminer l'usage qu'elle fera des marges de liberté que lui confère désormais cette dernière.

La position commune du 16 juillet 2001 comme fondement d'un nouvel ordonnancement.

Du fait de ses maladroites rédactionnelles, ce texte a peu retenu l'attention de la doctrine alors qu'on y retrouve : « *dans une pureté quasi cristalline l'expression des mouvements de fond qui ébranlent aujourd'hui notre conception traditionnelle de la souveraineté dans un Etat*

²⁷²⁵Patrick REMY, *op.cit.* p.388.

²⁷²⁶Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45. Selon l'auteure : « *L'ordre public au sens du droit du travail est-il devenue obsolète face aux dérogations permises par la Loi, aux négociations de type « donnant-donnant », voire même à la supériorité des règles de procédures sur les règles substantielles ?* ».

²⁷²⁷Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45.

²⁷²⁸Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective. Les signataires souhaitaient notamment estomper les caractères distinctifs de la Loi et du contrat, du délibéré et du négocié, pour se concentrer sur une distinction entre l'énoncé des principes et des procédures visant à les mettre en œuvre. Ce texte opérait un amalgame maladroit entre pouvoir législatif et pouvoir exécutif au sein d'un ensemble étatique, et revendiquait également un contrôle juridictionnel d'un autre type.

²⁷²⁹Gérard ADAM, « La refondation sociale à réinventer », Paris, éditions Liaisons 2002, p.238 ainsi que « La refondation sociale aux prises avec le réel », *Droit Social*, 2001, p. 3.

²⁷³⁰Jean-Emmanuel RAY, « Du tout-État au tout-contrat ? » *Droit Social*, 2000, p.574.

²⁷³¹Jean-Jacques DUPEYROUX, « Un étrange feuilleton », *Droit Social*. 2002 p. 345.

²⁷³²Bernard BRUNHES, « Les bonnes raisons d'une refondation sociale », *Droit Social*. 2000 p. 71.

²⁷³³Gérard LYON-CAEN, *op.cit.* p.267.

²⁷³⁴Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, *op.cit.* p.403.

²⁷³⁵Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45.

démocratique »²⁷³⁶. Malgré ses impérities juridiques, il nous semble tout de même pertinent de sonder les intentions de ses auteurs. Ne se satisfaisant plus pleinement de cette notion d'« *ordre public relatif* » correspondant à un espace matériel commun au sein duquel l'accord et la Loi peuvent se déployer de façon complémentaire, les acteurs des relations professionnelles apparaissaient favorables à la définition d'un ordre public reposant sur trois domaines distincts de compétences. Incongrument, ils sollicitaient ainsi la détermination d'un premier domaine de compétence exclusive du législateur, un second domaine de compétence « *partagée* » entre le législateur et les interlocuteurs sociaux, et enfin un troisième domaine de compétence appartenant uniquement aux parties prenantes²⁷³⁷²⁷³⁸²⁷³⁹. Au sujet de cette proposition générale, concernant la mise en place d'une nouvelle architecture juridique, le professeur Gérard LYON CAEN remarquait de façon pertinente que : « *le champ spécifique des principes généraux, le champ propre aux partenaires sociaux et le champ partagé qu'invente le document étudié, ne font qu'un. C'est le champ d'une négociation collective libre, mais soumise à l'article L.132-4 du Code du travail* »²⁷⁴⁰. Par ce biais, les protagonistes sociaux ne formulaient pas une proposition nouvelle, mais semblaient solliciter plutôt une présentation différente de l'ordonnancement déjà fixé par l'ordre public. Néanmoins cette « *position commune* »²⁷⁴¹ peut également s'interpréter comme une demande adressée au législateur de simplement mieux calibrer l'« *ordre public absolu* » en le concentrant strictement sur la formation des principes fondamentaux. La notion de « *domaine partagé* » était source de plus profondes ambiguïtés, car elle semblait revendiquer un pouvoir autonome concernant les acteurs privés de la négociation collective. En effet, de cette manière, les signataires de ce texte signifiaient leur souhait de pouvoir plus largement fixer par la voie conventionnelle, les modalités d'application des principes fondamentaux déterminés par la Loi au travers d'une logique plus « *concurrentielle* » que « *complémentaire* ». Quand bien même, nous savons que cette répartition des compétences semblait constitutionnellement périlleuse et d'une opérationnalité douteuse, cette demande avait le mérite de mettre l'accent sur la nécessité d'établir une nouvelle répartition des compétences respectives en vue : « *d'éviter toute confusion des rôles et*

²⁷³⁶Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.110.

²⁷³⁷Gilles BELIER, « Des voies nouvelles pour la négociation collective ? » Semaine Sociale. Lamy, n° 1038, 23 juillet 2001.

²⁷³⁸Sophie NADAL, « Contribution à l'étude de l'extension », Droit ouvrier, 2002, p. 423.

²⁷³⁹Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURICAC, *loc.cit.* p.17.

²⁷⁴⁰Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.15.

²⁷⁴¹Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective. Ce texte opérait un amalgame maladroit entre pouvoir législatif et pouvoir exécutif au sein d'un ensemble étatique, et revendiquait également un contrôle juridictionnel d'un autre type.

d'organiser des espaces propres à chacune des deux sources »²⁷⁴²²⁷⁴³. En définitive, si le projet exprimé par les protagonistes sociaux n'avait que peu d'espoir de prospérer comme tel, il avait le mérite d'ouvrir un débat rebondissant sur la manière d'ordonnancer les différentes sources de droit.

Captation par le législateur des sollicitations des parties prenantes. En réponse à la « *position commune* » du 16 juillet 2001²⁷⁴⁴, la Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004²⁷⁴⁵ offrait quelques premiers éléments de réponse, même si la doctrine n'y observait en générale qu'une série de nouvelles possibilités conventionnelles de déroger à la Loi²⁷⁴⁶. Mais ce fut principalement la commission présidée par monsieur Jean Denis COMBEXELLE qui procéda à une captation de l'esprit de cette « *position commune* »²⁷⁴⁷. Sur la base de ces travaux, le gouvernement ainsi que le législateur ont fait : « *leur l'ambition de répartir les domaines respectifs des règles étatiques et des règles issues de l'autonomie collective* »²⁷⁴⁸²⁷⁴⁹. En effet, en présentant une nouvelle architecture rédactionnelle, la Loi 2016-1088 du 8 août 2016²⁷⁵⁰ donnait l'apparence d'une reprise à son compte de l'esprit de diverses sollicitations des protagonistes sociaux. Toutefois, elle n'avait en réalité qu'une portée limitée car elle ne concernait qu'une série de dispositions en matière de temps de travail²⁷⁵¹ et de congés payés. Néanmoins, la Loi en question²⁷⁵² marquait effectivement un infléchissement voire une accélération, puisque que par

²⁷⁴²Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, *loc.cit.* p.17.

²⁷⁴³La création d'un domaine de compétence exclusif de l'accord collectif, correspondait probablement à l'expression d'une demande d'émancipation de l'accord collectif d'entreprise à l'égard des autres normes.

²⁷⁴⁴Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective.

²⁷⁴⁵Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004).

²⁷⁴⁶Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, *op.cit.* p.410. L'auteure analyse l'article 43 de la Loi du 4 mai 2004 qui élargi à de nombreuses possibilités la faculté de l'accord d'entreprise de déroger à la Loi. Elle place l'accord d'entreprise au niveau que l'accord de branche, et observe que dans plusieurs cas il ne s'agit pas de dérogation à la Loi mais de l'introduction du caractère « *supplétif* » de la Loi. En effet dans certains cas la Loi n'est pas dérogée mais totalement écartée.

²⁷⁴⁷Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective.

²⁷⁴⁸Tatiana SACHS, *op.cit.* p.415.

²⁷⁴⁹Exposé des motifs de la Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016). Le législateur a affiché l'ambition de réécrire le Code du travail « *selon une nouvelle architecture en trois parties, comme l'avait préconisé la commission présidée par J.-D. COMBEXELLE : les règles d'ordre public auxquelles il n'est pas possible de déroger ; le champ renvoyé à la négociation collective ; les règles supplétives applicables en l'absence d'accord* » .

²⁷⁵⁰La Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016).

²⁷⁵¹Cette matière représente le terrain traditionnel de toutes les innovations en la matière.

²⁷⁵²La Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016).

la suite cet agencement normatif fut étendu à de nouveaux thèmes²⁷⁵³. Il nous faut donc étudier le détail de cette nouvelle architecture juridique afin de mieux en mesurer et apprécier la portée de ses effets sur la notion d'ordre public social.

Un nouvel ordonnancement des normes. En premier lieu, la Loi 2016-1088 du 8 août 2016²⁷⁵⁴ s'octroie : « *un domaine réservé dénommé sans doute abusivement règle d'ordre public* »²⁷⁵⁵, et quand bien même s'il ne concerne qu'une série limitée de sujets, il comporte une très forte dimension symbolique. En second lieu, la Loi octroie un champ matériel propre au droit conventionnel au sein duquel l'« *autonomie collective* » est censée se déployer dans le sens de son choix sans tenir compte du principe de « *faveur* ». En troisième lieu, la Loi définit une série de dispositions supplétives devant s'appliquer en cas d'absence d'accord collectif. Revenons donc sur ces trois points, et commençons par la notion de « *domaine de l'ordre public* ». Paradoxalement, au moment où le législateur fait le choix de regrouper des lois ayant des autorités diverses et variées²⁷⁵⁶, il fait également celui d'introduire littéralement la notion d'« *ordre public* » dans le Code du travail. Observons que sauf exception la Loi procède à une énumération de règles précédemment en vigueur dont il est difficile de percevoir par leur formulation le caractère impératif les distinguant nettement des autres règles²⁷⁵⁷. Enfin, il va de soi que la « *la technique même de l'énumération conforte en réalité la place du législateur* »²⁷⁵⁸. En définitive, il ne s'agit pas d'une réduction du champ de l'« *ordre public absolu* », mais bien de la réaffirmation du pouvoir central du législateur toujours en charge de la répartition des compétences réciproques de la Loi et de l'accord collectif. La référence à l'« *ordre public absolu* » a pour objet de donner l'illusion que ce mouvement est conduit avec la plus grande maîtrise²⁷⁵⁹²⁷⁶⁰ et correspond au retour d'une certaine forme de verticalité normative²⁷⁶¹, alors que la « *position commune* » de 2001²⁷⁶² réclamait « *une logique d'horizontalité* ».

²⁷⁵³Ordonnances n° 2017-1385 et n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 (JORF n°0223 du 23 septembre 2017)

²⁷⁵⁴La Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016).

²⁷⁵⁵Françoise FAVENNEC-HERY, « La négociation collective dans le droit de la durée du travail », *Droit Social*, 2016, p.892.

²⁷⁵⁶Tatiana SACHS, *op.cit.* p.415.

²⁷⁵⁷Françoise FAVENNEC-HERY, *Ibid.*

²⁷⁵⁸Françoise FAVENNEC-HERY, *Ibid.*

²⁷⁵⁹Georges BORENFREUND, *loc. cit.* p.427.

²⁷⁶⁰Elsa PESKINE, *op.cit.* p.355.

²⁷⁶¹Tatiana SACHS, *op.cit.* p.415.

²⁷⁶²Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective.

normative»²⁷⁶³. En réalité, la construction de la Loi en cause²⁷⁶⁴ ne s'oriente pas vers une : « *répartition horizontale des compétences matérielles entre la Loi et la négociation collective conduisant de proche en proche à conférer un espace propre à la négociation au sens d'un monopole, mais d'une priorité par rapport à la Loi* »²⁷⁶⁵.

La détermination d'un domaine conventionnel et des dispositions supplétives. Poursuivons par l'examen du « *domaine conventionnel* » qui peut apparaître vaste et étendu mais qui correspond en réalité à une « *nouvelle présentation de l'existant* »²⁷⁶⁶. Certes au sujet de certains points la frontière entre l'ordre « *public absolu* » et l'ordre « *public relatif* » a été déplacée²⁷⁶⁷ mais finalement les grands équilibres généraux semblent préservés. A ce stade, le législateur aurait pu se contenter de former deux ensembles : un premier groupe de normes intangibles (ordre public absolu) et un second périmètre rassemblant des points pouvant faire l'objet d'une négociation collective. Tel ne fut pas son choix, car il existe désormais un troisième ensemble dénommé « *dispositions supplétives* » dont la création soulève une série de questionnements. En effet, il peut paraître très complexe de bâtir un système associant les protagonistes sociaux par le biais de la « *concertation* » à la création de la Loi, puis lors de l'application de celle-ci, leur octroyer la possibilité de s'en écarter, toute en leur indiquant qu'à défaut d'accord collectif, telle direction est impérativement appliquée. Cette architecture apparaît révélatrice de la crainte qui taraude le législateur. En effet, compte tenu de la décentralisation de la négociation collective, il semble tout de même nécessaire d'offrir une norme légale capable de s'appliquer à défaut d'accord collectif aux entreprises dépourvues d'acteurs classiques, ou subsidiaires de la négociation, ou ne pouvant recourir à des formules supplétives d'adoption d'un accord collectif ou tout simplement disposant de ces protagonistes mais se trouvant dans l'incapacité de conclure un accord collectif. En somme, le législateur aurait pu clairement faire le pari de dispositions législatives lacunaires, contraignant impérativement l'« *autonomie collective* » à former des accords collectifs afin de parachever son travail normatif. Cependant hanté par la crainte de laisser derrière lui une œuvre inachevée susceptible de paralyser le fonctionnement des entreprises se trouvant dans l'incapacité de négocier il fait le choix de former des normes

²⁷⁶³Georges BORENFREUND, *loc. cit.* p.427.

²⁷⁶⁴La Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016).

²⁷⁶⁵Georges BORENFREUND, *loc. cit.* p.427.

²⁷⁶⁶Françoise FAVENNEC-HERY, *op.cit.* p.433.

²⁷⁶⁷A titre d'exemple, relève désormais du droit conventionnel la possibilité par voie d'accord d'entreprise, (et à défaut de branche), de dépasser la limite hebdomadaire de 44 heures de travail par semaine sur une période de 12 semaines consécutives, la fixation des jours fériés chômés ou le début de la période de référence et de modifier les règles de fractionnement en matière de congés payés.

supplétives s'appliquant à défaut d'accord collectif. Il en ressort que ces dispositions supplétives ressemblent plus à un « *filet de sécurité* » maillé par le législateur, qu'une incitation à la négociation collective adressée aux acteurs professionnels. En conclusion, si cette nouvelle architecture correspond en apparence à la réalisation d'un souhait des acteurs professionnels, elle ne constitue pas un chambardement mais plutôt une accumulation de différentes logiques.

La portée de ce nouvel ordonnancement. En définitive, une partie de la doctrine estime à juste titre que les « *nouvelles* » architectures de la Loi et de l'accord collectif ne constituent qu'une série d'exceptions²⁷⁶⁸ à la règle générale. En l'occurrence il est exact que perdure un « *ordre public social* » toujours guidé par le principe de faveur, et que la « *nouvelle* » présentation du droit du travail ne recouvre qu'une liste définie de sujets. Néanmoins, d'autres commentateurs constatent tout de même une mutation de nature et qualifient désormais ce dernier domaine de « *dérogeable* »²⁷⁶⁹. Il ressort de cette controverse doctrinale, une différence d'appréciation de la mesure du phénomène. Si une exception ne modifie certes pas la règle, il nous apparaît qu'une longue série de dérogations a tout de même des effets sur la portée de cette dernière. Le juge constitutionnel semble trancher le débat, en n'envisageant pas l'existence d'un « *ordre public dérogatoire* »²⁷⁷⁰, et en estimant que la délégation de pouvoir donnée aux antagonismes sociaux n'est « *pas sans borne* »²⁷⁷¹²⁷⁷²²⁷⁷³. Nous allons donc procéder à l'examen de ces « *limites* », qui semblent se matérialiser de moins en moins par des normes expressément impératives, et d'avantage par des règles procédurales fixant les modalités d'élaboration, l'objet et la portée des normes conventionnelles. Il apparaît donc nécessaire de se pencher sur les différentes marges d'autonomie conférées aux protagonistes sociaux, par le biais des diverses « *natures* » de la Loi pouvant revêtir de nouveaux habits et désormais capables de modification de leurs propres structures au contact des compromis noués par l'« *autonomie collective* ». En effet, si l'« *ordre public social* » peut octroyer aux protagonistes sociaux la possibilité d'« *adapter* » la Loi selon diverses modalités, celles-ci ne sauraient se confondre même si leurs effets sont

²⁷⁶⁸Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45.

²⁷⁶⁹Jean-Emmanuel RAY, « Droit du travail, Droit vivant », Éditions Liaisons, 2007, p.739.

²⁷⁷⁰Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21.

²⁷⁷¹Françoise CANUT, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », *Droit Social.*, 2010, p. 382.

²⁷⁷²Dirk BAUGARD, « L'ordre public social », *Archives de philosophie du droit*, 2015 (Tome 58), p. 129-152.

²⁷⁷³Décision du Conseil constitutionnel n° 89-257 DC du 25 juillet 1989 et n°2004-494 DC du 29 avril 2004. Le Conseil constitutionnel a jugé que, si le législateur peut également autoriser un accord collectif à déroger à une règle qu'il a lui-même édictée et à laquelle il a entendu conférer un caractère d'ordre public, il doit déterminer précisément l'objet et les conditions de cette dérogation.

proches²⁷⁷⁴. Il ne faut donc pas procéder à un trop rapide amalgame, et par conséquent, examinons la marque distincte de chacune d'entre elles.

La diversité des caractères de la Loi. Ainsi, constatons la liste d'au moins cinq principaux types avant de revenir plus en détails sur deux caractères ayant acquis une place particulière en droit positif. Une première forme est qualifiée de « *Loi prescriptive* »²⁷⁷⁵ (ou impérative), exprimant le plus haut degré de contrainte. Classiquement la Loi définit ainsi une règle d'ordre public correspondant à un plancher pouvant faire éventuellement l'objet de négociation collective améliorant ce minimum dans le sens de l'intérêt des salariés²⁷⁷⁶. En second lieu, la Loi peut également définir une règle d'ordre public susceptible le cas échéant d'une « *dérogation* » de la part de la négociation collective. Dans ce cas, la Loi autorise alors expressément les protagonistes sociaux à suivre une autre direction que celle généralement indiquée par l'« *ordre public social* », sous réserves du respect de conditions précisément fixées par la loi en question. Selon cette hypothèse l'accord collectif conclu ne définit pas automatiquement une règle allant dans le sens des intérêts des salariés mais la Loi a préalablement autorisé ce dernier à choisir la direction de son choix. Ainsi, la Loi permet à l'accord collectif de déroger à ses propres prescriptions dans un sens qui peut être défavorable aux intérêts des salariés mais selon ses conditions et la portée qu'elle détermine²⁷⁷⁷²⁷⁷⁸. Une troisième forme peut être qualifiée de Loi « *dispositive* »²⁷⁷⁹²⁷⁸⁰²⁷⁸¹ ouvrant une faculté qui ne peut être mise en œuvre que par voie conventionnelle. La doctrine peut lui donner un sens proche de celui de la Loi « *supplétive* »²⁷⁸² ou « *indicative* »²⁷⁸³, mais dans le cadre de cette présentation retenons un sens bien différent. En effet, distinguons par ce terme la Loi ayant pour particularité de prévoir un dispositif légal

²⁷⁷⁴Georges BORENFREUND, *loc. cit.* p.427.

²⁷⁷⁵Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

²⁷⁷⁶Au caractère impératif de la norme légale, peut être associée une injonction faite aux acteurs professionnels de négocier sur tel ou tel sujet.

²⁷⁷⁷La négociation collective ayant caractère dérogatoire à l'égard de la Loi ne peut être prévue que par cette dernière et non par le règlement.

²⁷⁷⁸Conseil d'Etat arrêt du 18 juillet 1994, requête n°105471.

²⁷⁷⁹Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

²⁷⁸⁰Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.110.

²⁷⁸¹Elsa PESKINE, *op.cit.* p.355.

²⁷⁸²Jean-Pierre. LEGROS, « La nullité des décisions de sociétés », *Revue des sociétés*, 1991, p. 275. Selon l'auteur : « *La Loi dispositive s'applique à défaut pour les parties d'avoir choisi une autre solution que celle du législateur* ».

²⁷⁸³Gérard CORNU, « Vocabulaire juridique », Presse Universitaire de France, Quadrige, 10ème éd., 2014, p.1100. Ce n'est toutefois pas l'acception retenue puisqu'il a été décidé ici de voir dans la Loi « *dispositive* » une déclinaison de Loi impérative. Plus radicalement, certains considèrent parfois que la Loi « *dispositive* » n'est même pas une Loi impérative et qu'elle n'a qu'une valeur indicative.

ne pouvant être utilisé qu'à la condition de conclure un accord collectif²⁷⁸⁴²⁷⁸⁵²⁷⁸⁶. Selon cette option, le législateur n'impose aucune contrainte aux acteurs de la négociation qui restent libres d'utiliser ce dispositif ou d'y renoncer. Toutefois, sous d'autres aspects admettons que cette négociation conditionnelle peut être également perçue comme une obligation implicite de négocier dans le but d'obtenir certains bénéfices attachés au dispositif en question. Un quatrième type très peu éloigné du précédent peut être qualifié de Loi « *incitative* »²⁷⁸⁷ car la formation de l'accord collectif octroie cette fois-ci explicitement un avantage financier²⁷⁸⁸ ou une liberté. De façon négative, l'absence de conclusion d'un accord collectif de ce type peut entraîner une pénalité. Un cinquième type de Loi peut être qualifié de « *permissive* »²⁷⁸⁹ ou « *supplétive* »²⁷⁹⁰. Elle constitue l'antithèse de la Loi « *impérative* », et n'a comme objet que d'indiquer une éventuelle direction à prendre. D'une manière ou d'un autre le législateur indique par ce procédé ce qu'il souhaite de la part des négociateurs, mais les protagonistes sociaux n'ont pas l'obligation de suivre cette direction²⁷⁹¹. Il est généralement admis que les énoncés supplétifs se signalent par l'usage de la locution « *à défaut* »²⁷⁹², par conséquent selon cette formule la Loi ne s'applique qu'en l'absence de conclusion d'un accord collectif. Ainsi, en s'abstenant de négocier les protagonistes sociaux acceptent l'application de la Loi, s'ils souhaitent s'en détacher ils se trouvent contraints de former un accord collectif. Dans ce cas, l'accord collectif fixe ses propres dispositions et la Loi ne s'applique qu'en l'absence de convention conclue entre les parties prenantes. Théoriquement un sixième type pourrait être

²⁷⁸⁴Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.270.

²⁷⁸⁵Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.110.

²⁷⁸⁶Nous qualifions cette technique de négociation collective « *distributive* » ou « *conditionnelle* ».

²⁷⁸⁷Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

²⁷⁸⁸La Loi n° 1998-461 du 13 juin 1998 (JORF n°136 du 14 juin 1998) et la Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 (JORF n°16 du 20 janvier 2000). Ces deux Lois ont pu ainsi soumettre l'octroi de certains avantages financiers à la signature d'un accord de réduction du temps de travail. En matière d'épargne salariale, des exonérations sociales et fiscales sont également prévues afin d'inciter les interlocuteurs sociaux à signer des accords d'intéressement ou de participation. L'avantage procuré à l'entreprise vertueuse peut également ne pas être d'ordre financier.

²⁷⁸⁹Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

²⁷⁹⁰Cécile PERES-DOURDOU, « La règle supplétive », Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence Thèse, Bibliothèque de droit privé, 2004, p. 704.

²⁷⁹¹Ainsi, la Loi peut prescrire une ligne directrice qui peut être plus ou moins reprise par l'autonomie collective

²⁷⁹²Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

envisagé constituant en apparence une nuance de la précédente²⁷⁹³²⁷⁹⁴. Mais selon celle-ci, en dehors de toute habilitation spéciale²⁷⁹⁵, les protagonistes sociaux pourraient fixer un « *dispositif dont l'économie d'ensemble diffère du dispositif légal, à la seule condition de ménager aux salariés une protection équivalente à celle de la Loi* »²⁷⁹⁶. Cette dernière formule absente du droit positif se distingue singulièrement de toutes les autres. En effet, dans cette dernière hypothèse, il ne s'agirait pas d'une exception à l'ordre public mais bien d'une redéfinition totale de celui-ci, car en toute hypothèse et sans habilitation expresse en ce sens, les protagonistes sociaux pourraient par accord collectif substituer tout dispositif légal à condition d'apporter aux salariés une protection équivalente.

La portée de la capacité d'autoconfiguration de la Loi. En somme, la capacité d'autoconfiguration de la Loi aboutit à une diversité de modèles théoriques de relations entre celle-ci et l'accord collectif. Quand les antagonismes parviennent à se nouer, cela s'effectue désormais soit sur la base d'un minimum fixé par une « *Loi prescriptive* », soit dans une niche fixée par une « *Loi dérogatoire* », soit aux alentours d'un pivot que constitue une « *Loi supplétive* ». Il nous semble trop aisé d'admettre que ces évolutions caractérisent uniquement un recul de la Loi au profit de la convention. En effet, ces nouvelles textures ne sont pas pour autant la marque d'une perte d'autorité de la Loi. En de nombreuses circonstances, « *la Loi maintient son influence, une emprise voire une contrainte sur l'application de l'accord collectif de travail ce qui impose de nuancer le constat primitif de désarticulation* »²⁷⁹⁷. Estimons plus justement que la Loi a décidé de se présenter différemment²⁷⁹⁸, et constatons en particulier que : « *ces évolutions n'ont été possibles que par la volonté de la puissance publique, laquelle reste maitresse des règles qui définissent l'articulation entre le droit unilatéral et le droit négocié*

²⁷⁹³Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (JORF n°0223 du 23 septembre 2017). L'ordonnance a introduit la notion de « garantie équivalente » en droit positif mais ce type d'articulation ne concerne que celle liant l'accord de branche et l'accord collectif d'entreprise. Ainsi certaines matières paraissent par leur nature relever de la négociation collective de branche, mais un accord d'entreprise peut prévoir des dispositions présentant des « *garanties au moins équivalentes* ». Le rapport au Président de la République indiquait que cette équivalence doit être appréciée « *domaine par domaine* ». La Loi de ratification précise que l'équivalence des garanties s'apprécie par ensemble de garanties se rapportant à la même matière.

²⁷⁹⁴Yves ROBINEAU, *op.cit.* p.245. Le rapport proposait d'ouvrir plus largement la négociation dérogatoire sous réserve d'un principe d'équivalence. Cette démarche procédait de la volonté d'ouvrir des espaces de négociation, tout en maintenant le niveau des garanties existantes. L'appréciation de l'équivalence peut se heurter aux mêmes difficultés que celles de la clause la plus avantageuse. Surtout elle repose sur une extension de la technique des dérogations, avec tous les inconvénients de cette technique sur l'autorité de la Loi.

²⁷⁹⁵Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.270.

²⁷⁹⁶Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, *loc.cit.* p.17.

²⁷⁹⁷Sébastien TOURNEAUX, *op.cit.* p.427.

²⁷⁹⁸La Loi se présente autrement afin d'accompagner la décentralisation et l'essor de la fonction gestionnaire de la négociation collective.

»²⁷⁹⁹. A l'appui de ce point de vue, il apparaît peu discutable que seule la Loi puisse fixer son propre caractère, sa portée, et son degré d'impérativité, à l'égard de la convention ou de l'accord collectif²⁸⁰⁰. Or, si seule la Loi décide des marges de liberté des normes conventionnelles à son égard, il est impossible de conclure au recul de la supériorité hiérarchique de celle-ci sur la convention. De manières différentes le législateur assume son rôle de régulateur : « *distribue les cartes et par ce biais projette une vision ou conception du bloc conventionnel. Et c'est cette conception qui ouvre, depuis un certain temps déjà, sur une autonomisation, au sein de l'ordre conventionnel, de l'accord d'entreprise* »²⁸⁰¹. Dans cette optique, il use du caractère malléable et de la nature plastique²⁸⁰² du principe « *lex favoris* », afin de l'écarter à sa guise sans craindre de se heurter à une limite constitutionnelle. Il en résulte donc que la subordination de l'accord collectif à la Loi revêt désormais de nouvelles formes et degrés divers. En effet, différentes formules sont désormais appliquées à des degrés divers sans que ne se dégage une cohérence d'ensemble, si ce n'est que la nouvelle architecture que nous avons présentée ci-dessus procède à un glissement significatif de l'objet de la Loi²⁸⁰³. Il s'avère que celle-ci est un peu moins encline à définir des normes impératives mais plus amène à fixer des procédures guidant l'« *autonomie collective* ». En droit positif, cette nouvelle texture procédurale de la Loi s'incarne notamment par des Lois permettant des dispositions dites « *dérogatoires* » ou « *supplétives* ». Par conséquent, procédons à leur examen particulier afin de mieux les distinguer et afin d'en tirer quelques enseignements.

La Loi à caractère dérogatoire. De façon historique, la première formule alternative à la Loi « *impérative* » fut celle de la « *dérogation* » par le biais de l'ordonnance n°67-630 du 27 septembre 1967²⁸⁰⁴²⁸⁰⁵²⁸⁰⁶. Puis la Loi du 13 novembre 1982²⁸⁰⁷ a définitivement introduit en droit positif cette dernière formule : « *exemple type d'une notion toujours employée, jamais*

²⁷⁹⁹Yves STRUILLLOU, in « Treize paradoxes du droit du travail », numéro spécial dirigé par Philippe WAQUET, Semaine sociale Lamy, Suppl. no 1508, 10 octobre 2011.

²⁸⁰⁰Il s'avère que le principe cardinal constitutionnel exigeant que les autorités publiques se doivent d'exercer leur compétence a imposé une construction originale conciliant le respect du dogme de l'autorité légale et de l'autonomie des acteurs de la négociation collective.

²⁸⁰¹Frédéric GEA, « Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise », Droit Social, 2016, p.516.

²⁸⁰²Décision du Conseil constitutionnel n° 2004-494 DC du 29 avril 2004.

²⁸⁰³Georges BORENFREUND, *loc. cit.* p.427.

²⁸⁰⁴L'ordonnance n°67-630 du 27 septembre 1967 relative à l'aménagement des conventions collectives (JORF du 28 septembre 1967). Quelque peu tombé dans l'oubli cette ordonnance semble être le premier texte juridique à avoir envisagé la possibilité pour la négociation collective de déroger aux règles législatives sans qu'une amélioration des conditions de travail des salariés ne soit apportée par l'accord collectif.

²⁸⁰⁵Patrick REMY, *op.cit.* p.406.

²⁸⁰⁶Jean-Yves KERBOURC 'H, « Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à une convention plus large », Droit Social, 2008, p.834.

²⁸⁰⁷Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail-3^{ème} Loi AUROUX (JORF du 14 novembre 1982).

*élucidée et aujourd'hui moins que jamais en droit des conventions collectives »*²⁸⁰⁸. Les différents auteurs attachés aux liens étroits entre l'« *ordre public social* » et l'impérativité de la Loi, peuvent voir dans cette technique une forme de renversement hiérarchique²⁸⁰⁹ et estimer que la : « *notion d'accord dérogatoire marque un tournant majeur dans la conception d'ensemble du droit et de ses sources* »²⁸¹⁰. Néanmoins, une autre partie de la doctrine peut considérer que selon son bon vouloir, la Loi revêt des aspects et des caractères différents²⁸¹¹²⁸¹²²⁸¹³, sans véritablement altérer son autorité. En effet, s'il est certain que la stipulation de l'accord collectif n'est plus tenue de contenir un caractère plus favorable pour écarter la norme légale jusque-là applicable²⁸¹⁴, il n'en reste pas moins vrai que la teneur de la dérogation est précisée par la Loi. Il s'avère que le législateur garde la main sur les thèmes qui relèvent de la « *dérogation* » conventionnelle et la doctrine peut donc conclure que le : « *recul de l'ordre public social n'est certes pas dénué d'ambiguïté, dans la mesure où le législateur ne lâche pas vraiment prise* »²⁸¹⁵. Par conséquent par le biais de la notion de « *dérogation* », la Loi ne fixe plus : « *un minimum intangible que la négociation ne pourrait aménager que dans un sens plus favorable aux travailleurs, mais devient une simple norme subsidiaire applicable seulement en l'absence d'alternative conventionnelle* »²⁸¹⁶. Soulignons qu'il est impossible de procéder à ce type de dérogation en l'absence d'habilitation expresse du législateur²⁸¹⁷, car « *il n'est pas d'autonomie sans hétéronomie qui la fonde* »²⁸¹⁸, et la participation des protagonistes sociaux à la souveraineté du législateur : « *demeure donc entièrement tributaire de la volonté de celui-ci* »²⁸¹⁹. Si les interlocuteurs sociaux habilités se trouvent : « *investis d'une parcelle du pouvoir législatif* »²⁸²⁰, ils ne le sont donc : « *que si et dans la mesure où le législateur l'a voulu*

²⁸⁰⁸Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAU, op.cit. p.410.

²⁸⁰⁹Michèle BONNECHERE, loc.cit. p.45.

²⁸¹⁰Georges BORENFREUND, op.cit. p.458.

²⁸¹¹Pierre-Henri CIALITI, op.cit. p.75.

²⁸¹²Hélène TISSANDIER, « Du sens des mots pour éclairer le sens de la réforme », in « La négociation collective à l'heure des révisions » (ouvrage collectif sous la direction de Georges BORENFREUND, Antoine LYON-CAEN, Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAU et Isabelle VACARIE), Paris, Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2005, p.115.

²⁸¹³Marie-Laure MORIN, loc.cit. p.61

²⁸¹⁴Georges BORENFREUND, op.cit. p.458. L'auteur hésitait à affirmer que la dérogation est « *nécessairement moins favorable aux salariés, mais elle peut aboutir à ce résultat* ».

²⁸¹⁵Georges BORENFREUND, loc. cit. p.427.

²⁸¹⁶Alain SUPOT, loc.cit. p.110

²⁸¹⁷Conseil d'Etat, arrêt du 8 juillet 1994, n°105471, publié au recueil Lebon. Il ne serait guère fondé qu'en l'absence d'autorisation du législateur, le pouvoir réglementaire soit admis à autoriser la conclusion d'accords dérogatoires aux dispositions posées par un décret.

²⁸¹⁸Cécile FOURCADE, op. cit. p.11.

²⁸¹⁹Cécile FOURCADE, op. cit. p.11.

²⁸²⁰Cécile FOURCADE, op. cit. p.11. Selon l'auteure : « *Parfois le législateur habilite les partenaires sociaux à se substituer à l'application de la Loi de la République celle de la Loi de la profession ou de l'entreprise* »

»²⁸²¹. Ainsi si les accords collectifs « *dérogatoires* » relèvent expressément et directement d'une habilitation législative des protagonistes sociaux, le juge constitutionnel fixe néanmoins une limite au pouvoir autonome de dérogation du législateur, considérant qu'une trop large possibilité de déroger correspondrait pour celui-ci à ne plus appliquer la charge qui lui revient. Il en résulte que la « *dérogation* » doit avoir un caractère quelque peu exceptionnel²⁸²², et les conditions de celle-ci doivent être définies de sorte que l'accord comporte des « *garanties au moins équivalentes à celles que prévoit la Loi* »²⁸²³. Sous réserves des « *bornes* » en question, la technique de la « *dérogation* » peut se déployer tout en permettant à la Loi de jouer pleinement son rôle en l'absence d'accord²⁸²⁴. Finalement, le recours accru à cette technique a eu le mérite : « *d'élargir l'espace de la négociation et de valoriser la norme conventionnelle* »²⁸²⁵. L'usage de la dérogation n'entraîne donc pas nécessairement un affaiblissement de l'autorité de la Loi car elle ne rend aucunement celle-ci supplétive²⁸²⁶²⁸²⁷²⁸²⁸²⁸²⁹. En effet, si la Loi revêt une texture à caractère conditionnel, elle ne change d'aspect qu'à raison de la conclusion d'un accord collectif²⁸³⁰²⁸³¹. Par cette modalité, la Loi peut prescrire une ligne directrice qui peut être plus ou moins reprise par l'« *autonomie collective* », mais si les conditions fixées par la règle qui autorise la dérogation n'ont pas été respectées, l'impérativité du texte légal auquel l'accord entendait déroger demeure²⁸³². En conclusion, si la licéité de la clause conventionnelle est suspendue à la réalisation de plusieurs conditions légales, il est difficile d'admettre que l'« *autonomie collective* » s'exerce pleinement librement²⁸³³ et que l'autorité de la Loi est réellement affaiblie.

La Loi à caractère supplétif. Si une partie de la doctrine considère que les formules « *dérogatoires* » et « *supplétives* » de la Loi se valent car la : « *prévalence conférée à la norme négociée résulte d'une habilitation de et par la Loi* »²⁸³⁴, il nous semble tout de même préférable

²⁸²¹Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.110.

²⁸²²Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²⁸²³Décision du Conseil constitutionnel n° 96-383 DC du 6 nov. 1996.

²⁸²⁴Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.61.

²⁸²⁵Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, *loc.cit.* p.17.

²⁸²⁶Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, *loc.cit.* p.17.

²⁸²⁷Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.21.

²⁸²⁸Patrick REMY, *op.cit.* p.388.

²⁸²⁹Mireille POIRIER, « La négociation collective vecteur d'altérations en droit du travail », Droit Ouvrier, 2013, p.250.

²⁸³⁰Marie -Laure. MORIN, *op. cit.*p.355.

²⁸³¹Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, *loc.cit.* p.17.

²⁸³²Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, *loc.cit.* p.17.

²⁸³³Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.110.

²⁸³⁴Frédéric GEA, *op.cit.* p.439.

de bien les distinguer. Commençons par reconnaître que dans les deux cas, la Loi décide de la rétractation de son autorité et conditionne (ou limite) de son propre chef son impérativité. Admettons facilement l'originalité de ces deux textures légales ayant pour effet commun de soustraire définitivement l'accord collectif à l'emprise du principe de « *faveur* »²⁸³⁵. En effet, par essence la Loi à caractère « *supplétif* » fait : « *disparaître toute idée de concours, la disposition conventionnelle devenant la référence première* »²⁸³⁶. Mais il nous apparaît tout de même que ces deux caractères de la Loi ne comportent pas le même degré d'impérativité. En effet, par le biais de la « *dérogation* »²⁸³⁷, nous savons que la Loi conserve son impérativité, alors que par le truchement de son caractère « *supplétif* », le législateur accorde encore aux protagonistes sociaux une plus large autonomie. De part cette modalité, la norme légale ne s'applique qu'à défaut d'accord et la Loi n'impose aucune condition au sujet du sens ou de la portée de l'accord collectif. En somme, par le biais de la « *dérogation* » en concluant un accord collectif les protagonistes sociaux réalisent la condition légale, alors que par le biais de la formule « *supplétive* » ils se délient de la contrainte légale par ce même geste. Si la prévalence d'une disposition sur une autre suppose l'impérativité de la norme occupant le rang le plus élevé²⁸³⁸, à l'aune de ce critère, la formule de la « *dérogation* » apparaît donc bien plus autoritaire que celle de la « *supplétivité* ». Néanmoins convenons qu'au-delà de ces distinctions théoriques, un droit du travail mité par de multiples dérogations larges et imprécises²⁸³⁹ présenterait des aspects équivalents à un droit du travail reposant sur de multiples dispositifs légaux supplétifs relativement détaillés indiquant aux protagonistes sociaux une direction précise pouvant être perçue comme un plancher lors de la négociation collective de l'accord collectif. Cependant une partie de la doctrine distingue nettement les deux formules pour considérer qu' : « *on évolue vers un droit purement supplétif à l'expression de la volonté des parties* »²⁸⁴⁰ qui prévaut sur les sources législatives ou réglementaires. Selon ce point de vue, il s'agirait du passage d'une : « *Loi plancher à une Loi supplétive* »²⁸⁴¹ ayant pour conséquent d'engendrer : « *un renversement de la hiérarchie des normes* »²⁸⁴². S'il est exact que le mécanisme de la Loi « *supplétive* » correspond à : « *une manière plus marquée encore de*

²⁸³⁵Georges BORENFREUND, *loc. cit.* p.427. Selon l'auteur :« Dans cette optique, la règle du plus favorable, envisagée comme règle de solution des conflits de normes, apparaît bel et bien vouée à perdre toute raison d'être, conséquences qui devrait inciter à n'envisager la supplétive qu'avec discernement ».

²⁸³⁶Georges BORENFREUND, *loc. cit.* p.427.

²⁸³⁷La Loi fixe expressément une délégation aux protagonistes sociaux afin de diverger de la norme légale, selon des modalités fixées par la Loi et pour une portée bien définie.

²⁸³⁸Lionel CHARBONNEL, *op.cit.* p.421.

²⁸³⁹Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45.

²⁸⁴⁰Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²⁸⁴¹Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²⁸⁴²Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

*rétrécir, sans limites ni conditions tenant à l'accord collectif, le territoire de la Loi*²⁸⁴³, il nous semble douteux que sa pratique aboutisse à tel renversement.

La question de l'appropriation de la Loi supplétive par l'« autonomie collective ». Néanmoins examinons la question suivante : la texture « *supplétive* » est-elle l'ultime formule visant à fragiliser l'autorité de la Loi ? En son sens propre l'adjectif « *supplétif* » correspond à ce qui est destiné à venir en aide à ce qui est « *incomplet* » ou « *insuffisant* ». Il s'agit donc d'une unité qui sert de « *supplément* » alors que le qualificatif « *subsidaire* » constituerait un élément appelé à être utilisé en second lieu à l'appui d'une chose plus importante. Par conséquent, la Loi ne cédant sa place que lorsque l'« *autonomie collective* » est en capacité de conclure un accord collectif, le législateur ne fixerait donc qu'une règle « *subsidaire* »²⁸⁴⁴ applicable lorsque la norme conventionnelle fait défaut. Il ne s'agit pas qu'un point sémantique mais bien d'une éventuelle équivoque entre les intentions du législateur et la réalité pratique de la négociation collective. En effet, au-delà du mécanisme juridique inscrit dans le droit positif, il existe une interrogation au sujet de la perception de la notion de Loi « *supplétive* » par les parties prenantes. Il nous apparaît que la manière dont elles peuvent s'emparer son utilisation détermine véritablement sa nature. Selon une première hypothèse elles peuvent considérer comme « *subsidaire* » la disposition légale indiquant une direction dont il ne faut pas trop se détacher si ce n'est pour améliorer les conditions de travail des salariés. Bien qu'elle soit affublée du qualificatif de « *supplétif* », la disposition légale est alors considérée comme un point de repère (ou de comparaison). Elle reste alors équivalente à une norme impérative dont le « *plancher* » doit faire l'objet d'une amélioration par la négociation collective. Toutefois selon une seconde hypothèse, la Loi « *supplétive* » peut être effectivement perçue comme une simple indication valorisant une réelle marge d'autonomie encourageant la négociation collective. Si les négociateurs parviennent à se délier des dispositions légales, ils s'aménagent alors un vaste champ contractuel. En somme, la réalisation de la première hypothèse réduirait les effets de l'introduction de ce nouveau caractère de la Loi à un simple ravalement de la notion d'ordre public alors que l'accomplissement voire la généralisation de la seconde appréciation constituerait bel et bien le renforcement d'une plus large « *autonomie collective* »²⁸⁴⁵. La Loi supplétive peut donc être valorisée pour sa souplesse sa flexibilité et les marges d'autonomie

²⁸⁴³Georges BORENFREUND, *loc. cit.* p.427.

²⁸⁴⁴Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²⁸⁴⁵Grégoire LOISEAU, Laurence PECAUT-RIVOLIER et Geneviève PIGNARRE, « L'ordre public social a-t-il un avenir ? », Droit social, 2016, p.886.

qu'elle octroie à la négociation collective, mais elle peut également être dénigrée par son apparence secondaire en comparaison à l'image classique d'impérativité de la Loi²⁸⁴⁶. Néanmoins, si le caractère « *supplétif* » de la Loi peut apparaître comme un signe de faiblesse, celle-ci est cependant relative, car si la Loi organise son recul, elle ne détermine toutefois pas son total effacement. Elle autorise sa substitution par une norme conventionnelle, mais laisse à l'« *autonomie collective* » la charge de conclure cette opération dont la portée dépend directement des parties prenantes. Au bout du compte, la substance législative constituerait de plus en plus, un simple point de référence, et la Loi fixerait de plus en plus un cadre procédural laissant une plus grande autonomie aux acteurs de la négociation collective notamment dans le ressort de l'entreprise²⁸⁴⁷. L'ordre public se caractériserait donc par l'ambivalence de son organisation et de sa finalité, ainsi que par son caractère procédural et son encouragement à la décentralisation de la négociation collective.

L'« autonomie collective » toujours tributaire de la Loi. En définitive, l'intégration en droit interne de la notion d'« *autonomie collective* », s'effectue sous l'emprise de la Loi dans les espaces attribués par l'Etat. Par le biais de ces nouvelles textures normatives, la Loi donne effectivement le sentiment de préférer conduire le cours des événements que de les déterminer. De cette manière le législateur prétend introduire plus d'« *horizontalité* » au sein de l'agencement des différentes normes en droit du travail. A cette fin les parties prenantes sont désormais associées à la formation de la Loi et bénéficient de nouvelles marges d'autonomie lors de sa mise en œuvre. L'entremêlement de ces deux méthodes peut apparaître paradoxal, mais démontre néanmoins que : « *l'autonomie collective est à la fois garantie par l'Etat et lui est soumise* »²⁸⁴⁸²⁸⁴⁹. Le législateur habilite donc de différentes façons les protagonistes sociaux mais : « *le point commun de ces différentes manifestations de la politique contractuelle est d'avoir toujours reposé sur le bon vouloir du législateur* »²⁸⁵⁰. La Loi déplace son intérêt des aspects normatifs substantiels vers des règles procédurales, mais quand elle autorise la négociation à s'écarter des normes fixées par ses soins, elle demeure tout de même le : « *maitre du jeu* »²⁸⁵¹. La doctrine confirme bien le passage d'un : « *mode tutélaire de réglementation à*

²⁸⁴⁶Hélène TISSANDIER, *op.cit.* p.440.

²⁸⁴⁷Antoine LYON CAEN et Tatiana SACHS, *loc.cit* p.396. Pour les auteurs, dans cette nouvelle dynamique de la gestion de la norme hétéronome, la Loi ne fixe pas un référent mais un cadre (effacement de la hiérarchie des normes et du principe de faveur). Elle fixe une procédure et laisse une forte autonomie à l'entreprise.

²⁸⁴⁸Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.61.

²⁸⁴⁹Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.10.

²⁸⁵⁰Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.110.

²⁸⁵¹Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

un mode négocié, largement décentralisé et dérogatoire aux règles légales »²⁸⁵². Si ses différents caractères ne diminuent pas l'autorité de la Loi, ils accompagnent cependant un changement de direction. Plus exactement cette notion d'ordre public poursuit toujours une finalité progressiste fixant une norme « *plancher* » garantie pour tous les salariés mais elle entremêle également désormais de « *nouvelles* » dynamiques ayant pour but l'adaptation de la Loi à la diversité des situations des entreprises. Ce « *nouvel* » ordre public fixe une variété d'habilitations correspondant à une diversité de degrés d'impérativité de la Loi et autant de marges d'autonomies pour les protagonistes sociaux. Il se caractérise donc bien par un « *principe de différences* »²⁸⁵³, car le législateur peut désormais faire le choix d'édicter une norme légale ayant plus ou moins un caractère « *dérogatoire* », « *subsidaire* »²⁸⁵⁴, ou « *dispositive* »²⁸⁵⁵, qui sans contraindre l'« *autonomie collective* » tente de la guider. La Loi peut proposer un ensemble de dispositions et de moyens accessibles uniquement par la conclusion d'un accord collectif. Elle peut également procéder à des métamorphoses de sa texture en fonction des circonstances, prendre une dimension impérative en l'absence de conclusion d'une convention ou s'effacer devant la volonté des parties prenantes. Elle peut rogner une partie de sa nature impérative, mais conserve tout de même un ascendant sur la formation d'accord collectif par l'« *autonomie collective* ». Il est donc : « *illusoire de penser qu'il suffise que l'Etat s'abstienne, la négociation suppose toujours que l'Etat joue un rôle d'arbitre ou d'impulsion* »²⁸⁵⁶ car la contractualisation du droit du travail ne peut être menée à son maximum sans l'accompagnement de la Loi²⁸⁵⁷.

En somme, la principale innovation réside bien dans la place donnée à l'accord d'entreprise²⁸⁵⁸, car en changeant son centre de gravité le système de relations professionnelles modifie quelque peu la finalité générale de l'ordre public. En effet, par essence

²⁸⁵²Marie Laure MORIN, Gilbert de TERSSAC et Jens THOEMMES, « La négociation du temps de travail : l'emploi en jeu », *Sociologie du travail*, vol. 2, 1998, pp. 191-207.

²⁸⁵³Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCILD SOURIAU, *loc.cit.* p.266.

²⁸⁵⁴Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

²⁸⁵⁵Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.10.

²⁸⁵⁶Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.61.

²⁸⁵⁷Alain SUPLOT, « la Loi dévorée par la convention », in « Droit négocié, droit imposé ? » sous la direction Philippe GERARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 1996, p.631-642. « *Pas de Loi sans convention pour la légitimer.... pas de convention sans Loi pour la soutenir* ».

²⁸⁵⁸L'article n°8 de la Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016). définit le domaine matériel au sein duquel l'accord d'entreprise bénéficie d'une « *primauté* » sur l'accord de branche. Celle-ci ne saurait être contredite par une clause contenue dans un accord de branche (passé comme futur).

²⁸⁵⁹Françoise FAVENNEC-HERY, *op.cit.* p.433.

²⁸⁶⁰Frédéric GEA, *op.cit.* p.439.

la négociation collective recherche l'adaptation de la Loi, cependant cette finalité peut être d'ampleur différente. Une négociation centralisée a par nature pour objet l'uniformisation des droits des salariés en s'appuyant sur une relation de complémentarité avec la Loi. Alors que la négociation décentralisée ne peut par essence déboucher que sur une certaine diversité en lien avec les différents ressorts sur lesquels elle s'appuie. A ce titre, elle s'accompagne donc d'une relation plus concurrentielle avec la Loi correspondant bien à l'esprit de la négociation collective d'entreprise²⁸⁶¹. En effet, la vitalité de ce procédé repose sur les antagonismes sociaux qui peuvent se lier dans certains ressorts afin de former un accord, mais également se crispent dans d'autres champs et donc ne rien conclure. Cette relation concurrentielle autorise donc la Loi à s'appliquer avec toute sa vigueur au sein des ressorts où la négociation collective est infructueuse, et à s'en éloigner quand l'accord collectif parvient à se conclure. Au-delà de certains artifices, façonner de manière différenciée l'ordre public²⁸⁶² a donc le mérite d'interroger cette notion dans la branche du droit qui concentre notre intérêt. En effet, sa fonction principale est-elle de consolider un socle de droits et de libertés en faveur des salariés (ordre public de « *protection* »²⁸⁶³) ou de fournir des points de repères (ordre public de « *direction* »²⁸⁶⁴) permettant d'orienter l'« *autonomie collective* »²⁸⁶⁵²⁸⁶⁶²⁸⁶⁷? Il apparaît que désormais ces deux finalités s'entremêlent, et que cette imbrication reflète bien l'« *ambivalence* » de la notion d'ordre public. La négociation collective fait donc l'objet d'une mutation, consistant moins à rechercher l'acquisition de nouveaux droits collectifs que la préservation de l'emploi. Par conséquent, le procédé a désormais de plus en plus pour fonction la participation collective des salariés à la détermination des modalités de gestion de l'entreprise impliquant mécaniquement une autonomisation de ses différents champs. Cette plus grande autonomie du tissu conventionnel : « *vise à rendre plus effective la fonction protectrice du droit social en la conciliant d'avantage à l'efficacité économique* »²⁸⁶⁸. Dans ce mouvement général, il semble bien que le champ de l'entreprise jouisse d'une faculté d'autonomisation difficilement comparable et cette apparente désarticulation ne pourrait aller de pair qu'avec une perte d'impérativité de la Loi : « *d'un droit progressiste, visant à appliquer la norme la plus*

²⁸⁶¹ Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, *loc.cit.* p.17.

²⁸⁶² Grégoire LOISEAU, Laurence PECAUT-RIVOLIER et Geneviève PIGNARRE, *loc.cit.* p.443.

²⁸⁶³ Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21.

²⁸⁶⁴ Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21.

²⁸⁶⁵ Grégoire LOISEAU, Laurence PECAUT-RIVOLIER et Geneviève PIGNARRE, *loc.cit.* p.443.

²⁸⁶⁶ Guillaume DRAGO, « L'ordre public, avant-propos », Rapport annuel 2013 de la Cour de cassation, p.764.

²⁸⁶⁷ Françoise CANUT, « L'ordre public en droit du travail », thèse, Paris 1, Bibliothèque de l'Institut André TUNC, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2007, p.532.

²⁸⁶⁸ Jacques BARTHELEMY et Gilbert CETTE, « Relativiser l'autonomie du contrat de travail à l'égard du tissu conventionnel », *Revue française d'économie*, 2010/2 (Volume XXV), p. 137-165.

*favorable aux salariés quelle que soit leur position hiérarchique, on passe à un droit rendant les dispositions légales supplétives par rapport aux dispositions conventionnelles »*²⁸⁶⁹. Si l'ordre public social a toujours pour finalité la protection des intérêts des salariés, il a désormais également manifestement à cœur celui de l'entreprise.

²⁸⁶⁹Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21.

2. La liberté contractuelle de l'autonomie collective

Le législateur aurait donc aménagé un espace d'action propre aux protagonistes sociaux au sein du ressort le plus décentralisé de la négociation collective. Le renforcement du rôle normatif de la négociation collective entraîne effectivement un large réordonnement des diverses normes du droit du travail et jusqu'à une période récente, le contrat de travail paraissait insensible et relativement imperméable aux grandes évolutions de ce grand « *chambardement* »²⁸⁷⁰. En effet, la contractualisation du droit du travail a plutôt : « *conduit à discuter des relations entre la Loi et la règle conventionnelle, alors que le renouveau du contrat de travail avait pour cible le pouvoir de direction du chef d'entreprise* »²⁸⁷¹. Par conséquent, il n'est pas étonnant de constater que le débat doctrinal fut le plus souvent : « *circonscrit entre la Loi et la négociation collective, alors pourtant qu'il intéresse d'autres actes et d'autres acteurs* »²⁸⁷². Il reste donc à savoir si cette liberté conventionnelle est la marque d'une réelle « *autonomie collective* »²⁸⁷³ ou si celle-ci bute sur d'autres limites telles que l'« *autonomie individuelle* »? De la même manière nous examinerons si le contrôle effectué par l'autorité judiciaire ne constitue pas également une autre limite de l'« *autonomie collective* »? Enfin nous observerons que si les parties prenantes jouissent désormais d'une plus large autonomie, celle-ci rayonne d'un éclat particulier au sein du ressort de l'entreprise ainsi qu'à l'encontre des autres champs de la négociation collective.

2.1. L'accord collectif et le contrat de travail

Constatons que si le contrat de travail et l'accord collectif ont longtemps constitué deux objets de droit autonomes, ils ont toujours respecté des règles d'articulation souples, protégeant plutôt les stipulations découlant de l'autonomie individuelle. Cet équilibre, reposant à la fois sur l'effet impératif de l'accord collectif et l'intangibilité du contrat de travail, détermine également la place de la négociation collective en droit du travail. Toutefois, il n'en a pas toujours été ainsi, et ce modèle est actuellement en mutation. Il nous faut donc d'abord revenir sur la formation de cette relation historique, puis en préciser les caractères pour mieux en comprendre les

²⁸⁷⁰Michel MORAND, *loc.cit.* p.338.

²⁸⁷¹Paul-Henri ANTONMATTEI, « Les nouvelles frontières de la négociation collective. À propos des rapports entre l'accord collectif et le contrat de travail après l'Accord National Interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013 », *Droit social*, 2013, p.241.

²⁸⁷²Paul-Henri ANTONMATTEI, *loc.cit.* p.245.

²⁸⁷³Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

²⁸⁷⁴Michel DESPAX, « La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel », *Droit Social*, 1988, p. 9.

changements. Reconnaissons ensuite que les différentes évolutions de la finalité de la négociation collective décentralisée remettent en cause l'intangibilité des dispositions du contrat individuel, car ce dernier ne serait constitué un foyer de résistances à la force de l'accord collectif. Il en résulterait que le salarié devrait se soumettre ou se démettre face à l'autorité de la décision négociée à caractère majoritaire. En effet, si l'accord collectif de travail conclu au sein du ressort de l'entreprise a désormais la « *puissance* » d'écarter l'application des stipulations de la Loi (ou du règlement), par le truchement du contrat travail, le salarié peut-il se permettre de résister à son application ? Néanmoins, l'accord collectif ne se contente plus désormais d'améliorer la Loi (ou de créer des nouveaux avantages supplémentaires au profit des salariés) et peut dorénavant lui substituer des dispositions moins favorables²⁸⁷⁵²⁸⁷⁶²⁸⁷⁷²⁸⁷⁸²⁸⁷⁹.

Sous la perspective du développement de la décentralisation d'une négociation collective gestionnaire des conditions d'emploi et de travail, le contrat de travail pourrait donc apparaître alors comme : « *un élément de résistance à la modification du statut collectif* »²⁸⁸⁰ capable de « *fournir un refuge fragile aux droits individuels des salariés* »²⁸⁸¹. Selon cette hypothèse, il en résulterait que l'autonomie de l'acte collectif et du contrat de travail serait à l'origine d'un « *conflit exacerbé* »²⁸⁸² justifiant qu'une partie de la doctrine réclame une inversion des logiques du débat, afin de renforcer l'effet normatif de l'accord collectif sur le contrat de travail dans l'objectif précisément d'en limiter la résistance²⁸⁸³. Ainsi, certains auteurs revendiquent clairement qu'au nom de l'intérêt général et particulièrement au sujet de la défense de l'emploi, l'autonomie du contrat de travail ne fasse plus échec à la mise en œuvre de l'accord d'entreprise²⁸⁸⁴²⁸⁸⁵.

²⁸⁷⁵Michel MORAND, *loc.cit.* p.338.

²⁸⁷⁶Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.61.

²⁸⁷⁷Dominique JOURDAN, « Typologie des négociations », suppl. Semaine sociale Lamy, n° 1361 du 7 juillet 2008, p.7.

²⁸⁷⁸Marie-Armelle SOURIAU, *op.cit.* p.410.

²⁸⁷⁹Michel MORAND, « La nouvelle organisation du temps de travail : une nouvelle orientation du droit du travail », *Revue de Jurisprudence Sociale* n° 12, déc. 2008, p. 955.

²⁸⁸⁰Marie-Laure MORIN, « Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes - validité et loyauté de la négociation application et interprétation de l'accord », *Droit Social*, 2008, p.24.

²⁸⁸¹Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

²⁸⁸²Paul-Henri ANTONMATTEI, *op.cit.* 448.

²⁸⁸³Michel MORAND et Emanuel DOCKES, « Faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail ? » (Controverse et la position opposée), *Revue de Droit du Travail*, mars 2007, p. 144.

²⁸⁸⁴Jacques BARTHELEMY et Gilbert CETTE, *op.cit.* p.446.

²⁸⁸⁵Georges BORENFREUND, *op.cit.* p. 421. Selon l'auteur: « *L'accord devient alors la nouvelle Loi de l'entreprise, le législateur ayant délégué à l'employeur et aux syndicats, sous certaines conditions, le pouvoir de créer un nouveau cadre normatif de référence. Dans ces conditions, quelles conséquences convient-il d'attacher au refus d'un salarié de se voir opposer les clauses de l'accord dérogatoire ?* ».

2.1.1. L'effet impératif de l'accord collectif et l'intangibilité du contrat de travail

Afin d'éclairer cette controverse doctrinale, revenons d'abord sur l'autonomie des régimes encadrant le contrat de travail et l'accord collectif. En effet, en droit interne cette relation repose sur une articulation souple capable de coordonner l'intangibilité des stipulations du contrat de travail et l'impérativité des clauses conventionnelles de l'accord collectif au bénéfice du salarié. Il ressort de cette logique que le contrat de travail peut être perçu comme instrument de résistance à la négociation collective freinant par voie de conséquent son développement.

« *Autonomie collective* » et « *autonomie individuelle* ». En effet, l'autonomie des régimes encadrant le contrat de travail et l'accord collectif ne constitue pas une évidence²⁸⁸⁶ et le droit international apparaît plutôt enclin à promouvoir la négociation collective et restreindre la négociation individuelle directe avec le salarié²⁸⁸⁷²⁸⁸⁸. Toutefois, les règles internationales ne reconnaissent pas la primauté absolue du droit conventionnel. Bien au contraire, elles indiquent que les stipulations des contrats de travail plus favorables aux travailleurs que celles que prévoit la convention collective se doivent d'être respectées²⁸⁸⁹. Il en résulte deux modèles l'un reposant sur une certaine fongibilité des deux régimes et l'autre disposant de leur parfaite autonomie²⁸⁹⁰²⁸⁹¹. Ainsi pour le droit anglo-saxon, le contenu du contrat de travail peut découler

²⁸⁸⁶Il s'avère que le droit romain différenciait nettement le contrat correspondant à un accord formel engageant juridiquement les deux parties et la convention équivalent à un pacte informel reposant sur la bonne foi.

²⁸⁸⁷Bernard GERNIGON, Albert ODERO et Horacio GUIDO, *loc.cit.* p.290. Dans un cas relatif au Royaume-Uni, le comité a souligné que, lorsque l'employeur écarte l'organisation représentative pour entrer en négociation directe et individuelle avec les travailleurs, il va à l'encontre de la promotion de la négociation collective (BIT, 1998e, cas no 1852 (Royaume- Uni), paragr. 337). Pour sa part, la commission d'experts estime que le fait d'accorder la primauté aux accords individuels sur les conventions collectives n'encourage pas la négociation collective, ce qui va à l'encontre de l'article 4 de la convention n° 98 de l'Organisation Internationale du Travail (BIT, 1998c, p. 269).

²⁸⁸⁸La convention n° 98 de l'Organisation Internationale du Travail ne définit pas la convention collective, mais elle en délimite les caractéristiques fondamentales en son article n°4. La recommandation n°91 de l'Organisation Internationale du Travail, précise que les dispositions des contrats de travail individuels contraires à une convention collective devraient être considérées comme nulles et devraient être remplacées d'office par les dispositions correspondantes à celles de la convention collective.

²⁸⁸⁹ Bernard GERNIGON, Albert ODERO et Horacio GUIDO, *loc.cit.* p.290.

²⁸⁹⁰En effet en droit du travail comparé, si le droit anglais procède à une certaine différenciation détachant le « *collective agreement* » (accord collectif dépourvu de force exécutoire) du « *contract of employment* » (contrat de travail) en fonction de la nature individuelle ou collective des actes en question, pour le droit allemand, il ne s'agit que deux variétés de la même notion. Cependant le droit allemand fait une distinction particulière entre deux types d'accord : d'une part celui qui implique l'idée d'un compromis entre des intérêts différents et d'autre part un accord induisant l'idée d'une union en vue d'un intérêt commun. Cette distinction semble recouvrir les accords conclus entre le salarié (ou les syndicats) et l'employeur d'un côté et de l'autre les accords passés au sein de l'entreprise entre l'employeur et le conseil d'entreprise.

²⁸⁹¹Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.110.

d'une négociation collective²⁸⁹²²⁸⁹³ et pour le système de relations professionnelles nord-américain, l'accord collectif peut également être assimilé à un « *contrat de travail collectif* ». Le salarié y bénéficie alors du statut collectif par la signature de son contrat individuel. L'employeur se trouve dans l'obligation de respecter scrupuleusement les dispositions conventionnelles. En outre, il ne peut pas procéder à une négociation individuelle du contrat de travail plus avantageuse que les clauses de l'accord collectif. En effet, par ce biais l'employeur mettrait en péril le pouvoir du syndicat unique accrédité au sein de l'unité de négociation²⁸⁹⁴. En effet, comme nous le savons ce système de relations collectives repose sur un interlocuteur syndical fort, apte à conclure des conventions collectives qui se substituent aux différents contrats individuels de travail²⁸⁹⁵²⁸⁹⁶. Par conséquent, permettre à l'employeur de déroger aux accords collectifs, en convenant d'ententes individuelles conclues directement avec chacun des salariés, irait à rebours de la logique d'ensemble du droit du travail nord-américain²⁸⁹⁷.

L'autonomie des régimes du contrat de travail et l'accord collectif. En droit interne, la reconnaissance de l'accord collectif devait historiquement exercer son effet impératif sur le contrat de travail. La préoccupation principale était d'assurer aux salariés le bénéfice d'un statut collectif commun et minimum²⁸⁹⁸. En ce sens, le droit du salarié à la négociation collective, signifiait avant tout qu'il devait bien bénéficier des avantages découlant des divers accords collectifs conclus²⁸⁹⁹. Il en ressortait que le contrat de travail ne pouvait avoir qu'une fonction d'« *amélioration* » à l'égard des autres normes et que la question de la liberté contractuelle du salarié par ce biais apparaissait comme seconde. En effet d'un côté, l'accord collectif disposait d'une valeur normative et agissait à l'égard du contrat de travail comme un règlement extérieur, et de l'autre côté, le contrat de travail n'était pas censé disposer de cette même valeur car il ne

²⁸⁹²Alexandre FABRE, « La supériorité du contrat de travail en question », *Droit Ouvrier*, juin 2017, p.327

²⁸⁹³Cette solution a permis de maintenir le juge à l'écart du champ de la négociation collective et les partenaires sociaux y demeurent très attachés.

²⁸⁹⁴Evelyne JARDIN, *loc.cit.* p.179.

²⁸⁹⁵Emmanuel DOCKES, « Vers un déséquilibre conventionnel plus fort que le déséquilibre contractuel », *Droit Ouvrier*, 2015, p.325.

²⁸⁹⁶Une partie de la doctrine nord-américaine consacre la primauté absolue de la convention collective sur toutes ententes individuelles en vertu du monopole de représentation conféré à l'organisation syndicale accréditée pour représenter le collectif des salariés.

²⁸⁹⁷Guylaine VALLEE, « La contribution scientifique de Pierre Verge à l'affirmation et à la recomposition du droit du travail », in « *Autonomie Collective et Droit du Travail : Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre VERGE* » (sous la direction de Dominic Roux), PUL (Collection Travail et Emploi à l'ère de la mondialisation), Québec, p.604.

²⁸⁹⁸Marie-Laure MORIN, *op.cit.* p. 449.

²⁸⁹⁹Marie-Laure MORIN, *op.cit.* p. 449.

faisait que fixer des obligations individuelles à ses signataires²⁹⁰⁰. Par ailleurs, les organisations syndicales n'étant pas les mandataires de chaque salarié (mais représentatives de l'intérêt collectif), elles ne négociaient (ou ne modifiaient) pas les clauses des contrats de travail de chacun des salariés, et par voie de conséquences les dispositions de l'accord collectif ne s'incorporaient pas à leur contrat de travail²⁹⁰¹. En effet, les stipulations de ces actes de nature différente étant autonomes, les dispositions de l'accord collectif n'annulaient pas mais écartaient l'application des clauses contraires du contrat de travail sauf celles pouvant être plus favorables à l'intérêt individuel du salarié. Il en découlait que l'association de l'effet impératif de l'accord collectif et de l'intangibilité du contrat de travail, articulée par le principe de faveur, préservait la liberté individuelle du salarié. Cependant cette mécanique juridique permettait également de justifier la négociation collective. Jusqu'à une période récente le droit interne avait donc fait un choix reposant sur deux régimes autonomes²⁹⁰² diamétralement opposés au modèle nord-américain. Néanmoins observons qu'il n'en a pas toujours été ainsi et que ce modèle est actuellement en mutation.

Les prémices de la distinction du contrat de travail et l'accord collectif. En effet, à ses prémices une partie de la doctrine pouvait considérer l'accord collectif comme un contrat de travail collectivement négocié²⁹⁰³²⁹⁰⁴, car la Loi du 25 mars 1919²⁹⁰⁵ ne semblait distinguer que vaguement le contrat de travail de l'accord collectif²⁹⁰⁶²⁹⁰⁷. S'il s'agit de deux actes négociés, la convention a néanmoins par essence une dimension collective ainsi qu'un caractère permanent et général, car elle a pour objet l'ensemble des conditions d'emploi, de travail et des garanties sociales de toutes les catégories professionnelles²⁹⁰⁸²⁹⁰⁹. Par conséquent, au fil du temps, notre droit a installé une distinction, par la précision de l'objet de la convention

²⁹⁰⁰Marie Laure MORIN, *loc.cit.* p.265. Selon l'auteure : « L'accord collectif a une fonction réglementaire que le contrat de travail individuel ne peut évidemment ne pas avoir ».

²⁹⁰¹Cour de cassation, Chambre sociale, du 3 mars 1965, n°63-40.175, Publié au bulletin et 21 juin 1967, n°66-40.330, Publié au bulletin.

²⁹⁰²Bernard GERNIGON, Albert ODERO et Horacio GUIDO, *loc.cit.* p.290. Le Comité de la liberté syndicale s'est prononcé, à diverses reprises, en faveur des conventions collectives face aux contrats individuels, objectant que la Loi donne à ces derniers un statut équivalent aux conventions collectives ou que les contrats individuels peuvent être utilisés au préjudice des travailleurs affiliés à un syndicat.

²⁹⁰³Charles de VISSCHER, « Le contrat collectif de travail », SIFFER, Paris, 1911, p. 399.

²⁹⁰⁴Claude DIDRY, « Naissance de la convention collective Débats juridiques et luttes sociales en France au début du 20ème siècle », Editions EHESS, Paris, 2002, p.378.

²⁹⁰⁵Loi du 25 mars 1919 sur les conventions collectives .

²⁹⁰⁶Ylias Ferkane, *op.cit.* p.19. Le projet de Loi sur le contrat de travail présenté par la Société d'études législatives en 1907 et 1908 contenait ainsi quelques dispositions sur la convention collective.

²⁹⁰⁷Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

²⁹⁰⁸Tandis que l'accord collectif est plus spécifique en ne traitant qu'une partie de ce spectre.

²⁹⁰⁹Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.110.

collective mais particulièrement par l'affirmation de son effet normatif. Si la convention a été (et reste) un contrat de droit privé, elle s'est détachée du contrat de travail en produisant des effets normatifs²⁹¹⁰, en affirmant son intégration au sein de l'ordre juridique étatique²⁹¹¹. Sa juridicité ne faisant plus de doute, elle assure la protection de l'intérêt collectif, et par conséquent, méconnaît l'autonomie individuelle par l'application immédiate et automatique de ses dispositions plus favorables en fonction de la mesure de l'intérêt collectif²⁹¹². Il en va évidemment différemment au sujet du contrat de travail qui ne définit que des stipulations individuelles et ne dispose pas d'une dimension normative car : « *à côté de la Constitution, de la Loi, de la coutume, parfois de la jurisprudence, le contrat n'est guère envisagé par les juristes comme une source de droit* »²⁹¹³. Toutefois la Loi prend soin de préciser que si l'acte collectif peut améliorer la situation individuelle des salariés, il ne peut pas les priver des droits individuels qu'ils ont obtenus par la conclusion d'un contrat de travail²⁹¹⁴. Par conséquent, la Loi confère à l'accord collectif un effet impératif assorti d'une limite tenant à l'existence de stipulations contractuelles individuelles plus favorables²⁹¹⁵.

La formation d'une articulation souple du contrat de travail et de l'accord collectif.

Rappelons que l'application d'une norme conventionnelle à l'endroit du salarié se réalise au travers de deux hypothèses différentes. En premier lieu, de manière générale le silence du contrat de travail au sujet de l'objet de l'accord collectif ne s'interprète pas comme une disposition plus favorable protégeant le salarié. Par conséquent en l'absence de disposition contractuelle, l'application des nouvelles dispositions conventionnelles peut éventuellement aboutir à une dégradation des conditions de travail du salarié. En second lieu, la clause conventionnelle ne s'appliquant uniquement que si elle est plus favorable que les dispositions du contrat de travail du salarié portant sur le même objet, l'entrée en vigueur d'une convention conduit à l'éventuelle existence d'un concours de norme à résoudre sur la base de la règle du « *plus favorable* »²⁹¹⁶. Par ailleurs, la force juridique de la convention collective s'exprime

²⁹¹⁰Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

²⁹¹¹Lionel CHARBONNEL, *op.cit.* p.421.

²⁹¹²Marie-Armelle ROTCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10. Selon l'auteure : « *la généralité et l'uniformité de la norme négociée sont l'effet de la Loi qui donne ici une traduction précise au droit des travailleurs à la négociation collective* ».

²⁹¹³Lionel CHARBONNEL, *op.cit.* p.421.

²⁹¹⁴Jean PELISSIER et Françoise FAVENNEC-HERY, « L'interaction entre l'individuel et le collectif entretien croise entre Jean PELISSIER et Françoise FAVENNEC-HERY », in « 13 paradoxes du droit du travail », Semaine Sociale Lamy- n°1508, 10 octobre 2011.

²⁹¹⁵Françoise FAVENNEC-HERY, *op.cit.* p.433.

²⁹¹⁶Paul Henri ANTONMATTEI, « Licenciements économiques et négociation collective : un nouvel accord collectif de travail est né », *Droit Social.*, 2003, p. 486.

assurément par l'automaticité de son effet impératif sur les contrats de travail, car le salarié ne peut pas renoncer par la conclusion de son contrat de travail aux éventuels avantages découlant de la convention collective ou de l'accord collectif²⁹¹⁷. De même l'employeur ne peut pas se prévaloir d'un renoncement explicite du salarié²⁹¹⁸ car un tel désengagement aurait un caractère illicite. De cette manière le juge préserve en tout état de cause les effets juridiques de l'accord collectif en tenant compte de la situation de subordination du salarié l'empêchant de renoncer par le biais d'une négociation individuelle aux avantages négociés collectivement tout en contraignant l'employeur signataire (ou membre d'une organisation signataire) à les appliquer à l'ensemble des travailleurs indépendamment de leur affiliation syndicale²⁹¹⁹. Par conséquent, l'impérativité de l'accord collectif signifie bien que ni le salarié ni l'employeur ne peuvent refuser l'application de l'accord collectif. Cette règle est conforme à la conception interne de la négociation collective envisagée comme un droit des salariés de bénéficier de tous les engagements pris au niveau collectif par l'employeur²⁹²⁰. En conclusion, le droit interne distingue donc deux régimes autonomes se fondant sur la force impérative des conventions et leur primauté sur le contrat de travail individuel à l'exception des dispositions de ce dernier qui sont plus favorables aux travailleurs²⁹²¹. Examinons l'un après l'autre l'impérativité de l'accord collectif et l'intangibilité du contrat de travail.

L'impérativité des clauses de l'accord collectif et l'intangibilité du contrat de travail. Cette articulation souple et subtile préserve la liberté individuelle des parties tout en justifiant également la négociation collective. Elle se caractérise par une certaine subordination de l'individu au collectif détachant quelque peu le droit du travail du règles du droit civil²⁹²². En effet, cette réduction de l'« *autonomie individuelle* » au profit de l'« *autonomie collective* » a été fondée pour : « *éviter qu'à travers le dogme de l'égalité formelle entre sujets de droit s'impose l'inégalité substantielle des parties au contrat du travail* »²⁹²³. Face au constat du

²⁹¹⁷Cour de cassation, Assemblée Plénière, du 4 mars 1983, n°81-11.647 et 81-15.290. Au sujet de la nullité de la renonciation du salarié à un droit d'ordre public absolu.

²⁹¹⁸Cour de cassation, Chambre sociale, du 1^{er} juin 1999, no 96-44.955, 30 mai 2000, no 98-40.085, et 8 décembre 2010, no 09-42.161.

²⁹¹⁹Il en résulte que l'impérativité et l'automaticité de la convention sur les contrats de travail s'effectuent par l'intermédiaire de l'employeur.

²⁹²⁰Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

²⁹²¹Bernard GERNIGON, Albert ODERO et Horacio GUIDO, *loc.cit.* p.290. Le Comité de la liberté syndicale s'est prononcé, à diverses reprises, en faveur des conventions collectives face aux contrats individuels, objectant que la Loi donne à ces derniers un statut équivalent aux conventions collectives ou que les contrats individuels peuvent être utilisés au préjudice des travailleurs affiliés à un syndicat.

²⁹²²Les relations collectives de travail ont été intégrées au droit du travail afin de « *rééquilibrer* » la relation liant le salarié à l'employeur.

²⁹²³Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11

rapport singulier entre les parties lors de la conclusion du contrat de travail marqué par le sceau de la subordination juridique du salarié, la négociation de l'accord collectif apparaissait donc effectivement comme un moyen de rétablir une égalité des puissances entre les protagonistes²⁹²⁴. Cette relation profitable au salarié était également caractérisée par une relative autonomie des deux régimes. Ainsi, un avantage individuel découlant du contrat de travail ne pouvait en principe pas être remis en cause par un accord collectif²⁹²⁵ et les dispositions plus favorables de ce dernier ne s'incorporaient pas automatiquement au contrat de travail. Si les stipulations favorables de l'accord collectif s'imposaient au contrat de travail, elles n'annulaient pas mais « *paralisaient* » les clauses contraires²⁹²⁶. En fin de compte, si l'employeur ne pouvait pas se prévaloir des dispositions moins favorables de l'accord collectif²⁹²⁷²⁹²⁸, le contrat de travail pouvait comporter des clauses plus favorables ou ajouter d'autres avantages que ceux déjà prévus. Lors de l'entrée en vigueur d'un nouvel accord collectif, les clauses plus favorables du contrat de travail continuaient de recevoir application²⁹²⁹, mais les dispositions conventionnelles moins favorables étaient alors écartées au profit du contrat de travail plus favorable²⁹³⁰²⁹³¹. Si ces objets juridiques sont bien autonomes, ils entretiennent donc tout de même des relations. Par conséquent qu'elle est la nature de ces liens ? Pour certains auteurs le principe de non-incorporation des stipulations découlant de l'accord collectif au contrat de travail confirme que les deux sont bien distincts²⁹³², mais font l'objet d'une relation hiérarchique voire de domination²⁹³³. Toutefois, d'autres auteurs²⁹³⁴ rappellent qu'en concluant son contrat de travail, le salarié bénéficie automatiquement des avantages conventionnels auxquels son employeur est assujéti. Par conséquent, la relation de travail du salarié est dépendante et soumise depuis longtemps à l'accord collectif. Il s'agirait donc bien d'une relation de domination de l'accord collectif mais dont le salarié en retirait tout

²⁹²⁴Jacques BARTHELEMY et Gilbert CETTE, *op.cit.* p.446.

²⁹²⁵Cour de cassation, Chambre sociale, du 14 mai 1998, n° 96-43.797 ; 10 février 2016, n° 14-26.147 ; 25 février 1998, no 95-45.171, 13 nov. 2001, no 99-42.798, et 25 févr. 2003, no 01-40.588.

²⁹²⁶Les avantages ayant le même objet ou la même cause résultant d'une convention (ou d'un accord d'entreprise) et du contrat de travail ne peuvent se cumuler.

²⁹²⁷Tout du moins cette clause ne saurait trouver application.

²⁹²⁸Cour de cassation, Chambre sociale, du 4 décembre. 1990, n° 87-42.499 ; 21 janvier 2009, n° 06-44.876, et 21 janvier 2009, n° 06-44.876.

²⁹²⁹Cour de cassation, Chambre sociale, du 12 janvier. 2005, n° 03-45.555.

²⁹³⁰Cour de cassation, Chambre sociale, du 21 févr. 2007, n° 05-42.731.

²⁹³¹Soulignons que lorsque les dispositions contractuelles sont moins favorables, leur application est simplement écartée au profit du texte conventionnel et si ce dernier disparaît, la norme contractuelle peut alors retrouver application.

²⁹³²Elsa PESKINE, *op.cit.* p.355.

²⁹³³Alexandre FABRE, *loc.cit.* 451. Selon l'auteur : « *ce système normatif offre un terrain propice à l'existence d'une concurrence entre les deux voir d'une domination de l'un sur l'autre* ».

²⁹³⁴Michel MORAND, *loc.cit.* p.338.

de même peu de profit. En effet, l'automaticité de la convention collective concerne particulièrement les clauses conventionnelles conclues ultérieurement dont les stipulations sont plus favorables que celles du contrat de travail²⁹³⁵. Pour une autre partie de la doctrine le contrat de travail semble « *à priori* » clairement bénéficier d'une supériorité sur l'accord collectif car il est par nature le fondement de l'application du statut collectif applicable à l'ensemble des salariés. Cependant il ne se contente pas de fonder l'accès du salarié au statut collectif, car il est également créateur de ses propres droits et obligations. Enfin, son intangibilité implique que l'accord collectif ne peut modifier son application que dans un sens précis. Ce dernier point serait donc bien l'indice de la supériorité du contrat de travail sur l'accord collectif. Enfin pour une dernière partie de la doctrine, il s'agirait plutôt d'une relation de complémentarité entre le collectif et l'individuel²⁹³⁶, fondée justement sur une absence de relation hiérarchique²⁹³⁷²⁹³⁸. Si la conclusion du contrat de travail constitue la condition initiale permettant au salarié de disposer des différentes dispositions conventionnelles auxquelles son employeur est assujéti, la conclusion d'une clause contractuelle particulière peut également être la condition du bénéfice d'un dispositif conventionnel²⁹³⁹. Dans cette hypothèse l'accord collectif devient : « *le garant de la liberté contractuelle* »²⁹⁴⁰ et l'autonomie de la volonté individuelle ne s'oppose pas à celle de l'« *autonomie collective* ». Il ne s'agit donc plus de choisir entre les deux pour retenir ce qui avantage le salarié, mais de permettre à certaines clauses contractuelles d'exister au travers de l'accord collectif²⁹⁴¹.

Une combinaison reposant sur le principe de faveur. Si la jurisprudence et la doctrine sont unanimes sur le point de non-incorporation des dispositions conventionnelles au contrat de travail²⁹⁴²²⁹⁴³, ce principe ne doit pas être interprété comme la mise en place d'une digue parfaitement étanche séparant les deux régimes autonomes (collectif et individuel). Constatons

²⁹³⁵Michel MORAND, *loc.cit.* p.338.

²⁹³⁶Jean PELISSIER et Françoise FAVENEC-HERY, *loc. cit.* p.453.

²⁹³⁷Elsa PESKINE, *op.cit.* p.355.

²⁹³⁸Georges BORENFREUND et Françoise FAVENEC HERY, « Le renforcement de la légitimité des accords collectifs justifie-t-il un effacement de la volonté individuelle du salarié », *Revue de Droit du Travail*, 2016, p.309. L'effet impératif que la Loi confère à l'accord collectif est assorti, dans notre droit, d'une limite qui tient à l'existence de stipulations contractuelles plus favorables (article L. 2254-1 du Code du travail). L'atteinte portée à la force obligatoire du contrat s'en trouve par là même tempérée en même temps qu'est suggérée l'absence de lien proprement hiérarchique entre les deux actes.

²⁹³⁹Ainsi en matière de durée du temps de travail le recours au régime du forfait fait l'objet d'une clause contractuelle précédée de la conclusion d'un accord collectif.

²⁹⁴⁰Georges BORENFREUND et Françoise FAVENEC HERY, *Ibid*

²⁹⁴¹Michel MORAND, *loc.cit.* p.338.

²⁹⁴²Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46.

²⁹⁴³Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

que si des normes de nature différente tel que des décisions unilatérales de l'employeur²⁹⁴⁴, des usages²⁹⁴⁵, voire certains éléments du règlement intérieur²⁹⁴⁶²⁹⁴⁷²⁹⁴⁸ peuvent s'incorporer au contrat de travail, les différents avantages de l'accord collectif ne s'appliquent que durant la période d'exercice de celui-ci et cessent à sa disparition²⁹⁴⁹. L'application de la règle ancienne du maintien des avantages individuels acquis²⁹⁵⁰²⁹⁵¹ dont pouvait autrefois se prévaloir le salarié²⁹⁵² a longtemps constitué l'exception à cette étanchéité. Si cette notion ancienne était « *ambigüe et incertaine* »²⁹⁵³, voir confuse²⁹⁵⁴, elle autorisait au bout du compte une certaine pénétration du contrat de travail par l'accord collectif. Cette notion à quelque peu disparu²⁹⁵⁵ mais témoigne de la possibilité d'une perméabilité contingente²⁹⁵⁶. A ce titre, le sujet de la

²⁹⁴⁴Cour de cassation, Chambre sociale, du 22 novembre. 2006, n° 05-40.018. En cas de transfert d'une entité économique autonome, le nouvel employeur est tenu d'appliquer les engagements unilatéraux pris par l'ancien employeur. Il ne peut y mettre fin qu'à la condition de prévenir individuellement les salariés et les institutions représentatives du personnel dans un délai permettant d'éventuelles négociations.

²⁹⁴⁵Cour de cassation, Chambre sociale, du 23 septembre 1992, n° 89-45.656, et n° 3055 publiés au bulletin. En cas de succession d'employeurs, par l'effet de l'article L. 1224-1 du Code du travail, un usage constant qui s'est instauré dans l'entreprise (en l'espèce, le versement d'une prime de 13e mois) est opposable au nouvel employeur, qui ne peut s'en affranchir qu'après dénonciation précédée d'une information donnée tant aux salariés intéressés qu'aux institutions représentatives du personnel, dans un délai permettant d'éventuelles négociations.

²⁹⁴⁶Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

²⁹⁴⁷En incorporant l'usage interne à l'accord et la décision unilatérale au contrat individuel la Cour de cassation souligne qu'il n'est de norme véritablement collective que négocier collectivement. Le seul fait qu'une disposition s'applique au départ de manière identique à tous les salariés et soit destinée à tous ne suffit pas à effacer le caractère individuel et donc le nécessaire consentement de chaque salarié non seulement pour déclencher l'application de la règle mais encore pour mettre fin à l'application de cette règle.

²⁹⁴⁸Cour de cassation, Chambre sociale, du 7 décembre. 2005, n° 04-44.594 et n° 2670 publiés au bulletin et du 22 novembre 2006, n° 05-40.018. En cas de transfert d'une entité économique autonome, le nouvel employeur n'est tenu d'appliquer les usages et engagements unilatéraux pris par l'ancien employeur qu'à l'égard des salariés dont le contrat était en cours au jour du transfert.

²⁹⁴⁹Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

²⁹⁵⁰La règle des avantages individuellement acquis ne s'imposait qu'en cas de non-remplacement de l'accord dénoncé.

²⁹⁵¹Cour de cassation, Chambre sociale, du 6 novembre 1991, n° 87-44.507.

²⁹⁵²Cour de cassation, Chambre sociale, du 13 mars 2001 n° 99-45.651. Selon le juge un avantage individuel acquis est celui au jour de la dénonciation de l'accord collectif procurait au salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficiait à titre personnel et qui correspondait à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel. Le juge estimait que ce type de clause étaient incorporé au contrat de travail du salarié et que si l'accord collectif avait cessé de produire ses effets le salarié pouvait continuer de sans prévaloir.

²⁹⁵³Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

²⁹⁵⁴L'interprétation de l'acquisition de l'avantage est incertaine ou étroite. L'avantage est réputé acquis, si le salarié peut compter dessus même si au moment de la succession des normes conventionnelles les événements qui déclenchent l'octroi ne sont pas encore réalisés (interprétation incertaine) ou est réputé acquis l'avantage dont le salarié a déjà bénéficié auparavant sur le plan personnel.

²⁹⁵⁵Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016). . La notion des « *avantages individuellement acquis* » était mal déterminée par l'ancien article L2261-13 du Code du travail. La Loi du 8 août 2016 lui a substitué une notion plus restreinte de « *garantie salariale* ». En effet l'article n°17 de cette Loi ne fait plus référence qu'à l'éventuelle maintien d'une « *une rémunération dont le montant annuel, pour une durée de travail équivalente à celle prévue par leur contrat de travail, ne peut être inférieur à la rémunération versée lors des douze derniers mois* » en cas de mise en cause de l'ancien employeur.

²⁹⁵⁶Michel MORAND, *loc.cit.* p.338. Selon l'auteur: « *le contrat de travail est en sorte pénétré par l'accord collectif. La clause de l'accord collectif va changer de nature juridique pour devenir un élément du contrat de travail* ».

rémunération peut apparaître comme un élément perturbateur, car il incarne un résidu d'application de cette règle disparue²⁹⁵⁷. Plus largement, il est un élément par essence rattaché au contrat de travail, dont le montant peut cependant être affecté par les diverses évolutions de la négociation collective. A travers cet élément, il s'avère donc que cette autonomie est bien relative²⁹⁵⁸. En définitive, si le contrat de travail et la convention collective sont considérés comme autonomes, il s'opère tout de même une combinaison complexe de ces deux dispositions de nature différente²⁹⁵⁹ reposant principalement sur le respect du principe de « *faveur* ». S'ils sont bien autonomes ils n'apparaissent pour autant pas « *hermétiques l'une à l'autre* »²⁹⁶⁰, et en tentant de les articuler, le droit du travail cherche bien un équilibre entre l'individuel et le collectif. En somme, à l'égard des normes conventionnelles plus favorables le contrat a tendance à se soumettre, mais à l'encontre des dispositions moins favorables il peut effectivement faire figure de « *rempart* »²⁹⁶¹ pour le salarié.

Le contrat de travail comme instrument de résistance à la négociation collective. Or, derrière l'idée que seule la liberté individuelle peut endiguer l'application d'un accord collectif prévoyant des dispositions défavorables, surgit en réalité un droit de refus du salarié de se voir appliquer l'accord collectif en question²⁹⁶². Ainsi, la Cour de cassation a pu estimer que l'instauration par voie négociée d'une modulation du temps de travail constituait une modification du contrat de travail nécessitant l'accord du salarié. Cet arrêt semblait indiquer que le salarié pouvait se prévaloir de son contrat de travail sans qu'il ne lui soit nécessaire de faire état de son caractère plus avantageux²⁹⁶³. Dans un autre arrêt²⁹⁶⁴, le juge paraissait bien considérer le contrat de travail de travail comme un « *écran protecteur* »²⁹⁶⁵ pouvant : « *prémunir le salarié contre un acte collectif moins favorable, contraire à sa volonté* »²⁹⁶⁶. Par conséquent, pour d'autres auteurs, il semblait plutôt s'agir d'une « *résistance* »²⁹⁶⁷²⁹⁶⁸ exprimant une forme d'aveu de faiblesse de la part du contrat de travail. En effet, la doctrine a

²⁹⁵⁷ Au sujet d'un maintien du niveau de rémunération du salarié en cas de mise en cause de l'accord collectif

²⁹⁵⁸ Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45.

²⁹⁵⁹ Georges BORENFREUND et Françoise FAVENEC HERY, *op.cit.* 456.

²⁹⁶⁰ Elsa PESKINE, *op.cit.* p.355.

²⁹⁶¹ Elsa PESKINE, *op.cit.* p.355.

²⁹⁶² Elsa PESKINE, *op.cit.* p.355.

²⁹⁶³ Cour de cassation, Chambre sociale, du 28 septembre. 2010, n° 08-43.161.

²⁹⁶⁴ Cour de cassation, Chambre sociale, du 25 septembre. 2013, n° 12-17.776 et n° 12-17.777.

²⁹⁶⁵ Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

²⁹⁶⁶ Georges BORENFREUND, « La volonté des salariés dans les relations collectives de travail », (p. 9- 27).in « La volonté du salarié » (sous la direction de Tatiana SACHS], 2012, coll. Thèmes et commentaires, Actes, Dalloz, p.274.

²⁹⁶⁷ Alexandre FABRE, *loc.cit.* 451.

²⁹⁶⁸ Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45.

souvent attiré l'attention au sujet de : « *la polymorphie et la vitalité du contrat de travail* »²⁹⁶⁹ comme instrument de résistance aux changements de ses conditions de travail²⁹⁷⁰ mais qui ne l'emporte sur l'accord collectif qu'à la condition d'en améliorer les diverses dispositions négociées²⁹⁷¹. En définitive, pour certains auteurs, il s'agit d'un juste retour des choses car : « *le contrat qui détermine l'application du droit du travail, constitue l'arme privilégiée à travers laquelle le salarié peut s'opposer à la norme conventionnelle, lorsque celle-ci se détache du modèle légal* »²⁹⁷². Au bout du compte, le contrat de travail ne se présente pas toujours comme : « *la forteresse qui s'oppose victorieusement à toute réduction immédiate des droits des salariés* »²⁹⁷³. Il se révèle plutôt comme une arme à efficacité relative et variable car sa force de résistance ne s'exprime que si ses clauses sont incontestablement plus favorables que les clauses de l'accord collectif. Jusqu'à une époque contemporaine du fait de la large emprise du principe de « *faveur* » sur le droit du travail, la question de l'éventuelle résistance du salarié à l'application d'un accord collectif avait très peu d'intérêt et donc de pertinence. En effet, l'absorption d'une partie de l'« *autonomie individuelle* » par l'« *autonomie collective* » devait aller de pair avec une approche acquisitive de droits par la négociation collective²⁹⁷⁴. Par conséquent, la discussion doctrinale et le contentieux se concentraient : « *pour l'essentiel sur les conditions dans lesquelles le bénéfice d'une convention collective pouvait être revendiqué* »²⁹⁷⁵. Ainsi la doctrine a peu traité la question relative à la possibilité pour l'accord collectif d'entreprise de restreindre les possibilités d'améliorer ses stipulations par la conclusion d'une meilleure clause du contrat de travail²⁹⁷⁶²⁹⁷⁷.

Le contrat de travail comme frein au développement de la négociation collective. Néanmoins, si le passage d'une négociation collective d'acquisition à une négociation collective de « *gestion* » bouleverse les relations de la Loi et de l'accord collectif, il perturbe également profondément l'articulation de ce dernier avec le contrat de travail²⁹⁷⁸. Or, comme nous le savons l'appréciation du caractère favorable ou non d'une disposition litigieuse doit être mesurée en fonction de l'intérêt individuel du salarié et non pas en fonction de l'intérêt collectif

²⁹⁶⁹Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

²⁹⁷⁰Elsa PESKINE, *op.cit.* p.355.

²⁹⁷¹Alexandre FABRE, *loc.cit.* 451.

²⁹⁷²Georges BORENFREUND, *op.cit.* p.458.

²⁹⁷³Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

²⁹⁷⁴En somme, celle-ci devait améliorer la Loi, et l'éventuelle négociation individuelle du contrat de travail devait améliorer les stipulations de l'accord collectif.

²⁹⁷⁵Georges BORENFREUND, *op.cit.* p.458.

²⁹⁷⁶Marie-Armelle ROTSCCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

²⁹⁷⁷Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46. L'auteur était défavorable à cette analyse.

²⁹⁷⁸Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

du personnel²⁹⁷⁹²⁹⁸⁰²⁹⁸¹. A cet endroit se noue une partie de la difficulté que nous souhaitons examiner, car au moment de trancher par le biais de la règle de « *Lex favoris* », l'accord collectif se trouve de fait plongé dans une situation d'infériorité par rapport au contrat de travail. Il s'avère que l'appréciation du caractère avantageux d'une clause conventionnelle en fonction de l'intérêt individuel du salarié et non pas du point de vue du statut collectif du personnel²⁹⁸² n'est pas : « *en harmonie avec le nouveau visage du droit social* »²⁹⁸³ et constitue une entrave au déploiement d'une négociation collective de gestion de l'entreprise. En effet, compte tenu du fait que désormais l'accord collectif d'entreprise se conclut au nom de l'efficacité générale de l'entreprise²⁹⁸⁴ dès lors la recherche de : « *la stipulation la plus favorable n'a plus de sens en présence d'un accord dont la finalité n'est pas de mettre en place un avantage* »²⁹⁸⁵. Plus perturbant, si l'accord collectif n'est plus un vecteur de progrès social ou un instrument d'amélioration de la situation des salariés²⁹⁸⁶, mais un outil d'adaptation du travail aux exigences économiques, le contrat de travail se transforme alors effectivement en foyer de résistance du salarié : « *face aux choix effectués par le nombre* »²⁹⁸⁷.

Si le droit collectif s'est historiquement développé pour assurer une meilleure protection des droits individuels des salariés, il apparaît désormais comme un moyen d'éteindre ces mêmes droits²⁹⁸⁸. Cette évolution est parfois à l'origine d'une réaction de rejet du salarié faisant alors du contrat de travail un « *instrument de protection du travailleur* »²⁹⁸⁹. Par conséquent, du fait de l'essor d'une négociation collective de gestion accompagnée de renoncements à certains droits, la capacité de résistance du contrat de travail à l'encontre de l'accord collectif suscite un nouvel intérêt particulier²⁹⁹⁰. Néanmoins ce regimbement apparaît comme une conséquence et

²⁹⁷⁹Georges BORENFREUND, *op.cit.* p.458.

²⁹⁸⁰De plus un accord collectif globalement positif peut comporter diverses clauses dont certaines peuvent être positives ou négatives pour l'ensemble des salariés, mais cette appréciation globale n'est pas celle effectuée par le juge qui ne retiendra comme point de compassion que la situation individuelle du salarié requérant.

²⁹⁸¹Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11. Par essence la convention incarne la dimension collective du droit du travail et par le truchement de la négociation collective l'organisation syndicale représentative assume la fonction de la défense de l'intérêt collectif en se substituant : « *au travailleur individu pour constituer l'interlocuteur du chef d'entreprise* ».

²⁹⁸²Georges BORENFREUND, *op.cit.* p.458.

²⁹⁸³Jacques BARTHELEMY et Gilbert CETTE, *op.cit.* p.446.

²⁹⁸⁴Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

²⁹⁸⁵Paul-Henri ANTONMATTEI, *op.cit.* 448.

²⁹⁸⁶Jean PELISSIER et Françoise FAVENNEC-HERY, *loc. cit.* p.453.

²⁹⁸⁷Jean PELISSIER et Françoise FAVENNEC-HERY, *loc. cit.* p.453.

²⁹⁸⁸Jean PELISSIER et Françoise FAVENNEC-HERY, *loc. cit.* p.453.

²⁹⁸⁹Jean PELISSIER et Françoise FAVENNEC-HERY, *loc. cit.* p.453.

²⁹⁹⁰Georges BORENFREUND et Françoise FAVENNEC-HERY, *op.cit.* 456.

non une cause du renforcement de l'accord collectif²⁹⁹¹²⁹⁹². Or, cette « *nouvelle* » posture du contrat de travail pèse de tout son poids et peut constituer un frein aux velléités de négociation de l'employeur. Du fait de la perspective d'un éventuel refus de modification du contrat de travail par une partie des salariés, celui-ci serait moins enclin à la formation d'un accord collectif. Cependant ce droit de refus, se voit contrarié par plusieurs évolutions récentes correspondant à des demandes anciennes de la part de la représentation des employeurs²⁹⁹³, mais également par une fraction de la doctrine, estimant que dès lors que l'on prône l'autonomie de l'accord d'entreprise son impérativité ne devrait pas être contrariée « *par la résistance contractuelle* »²⁹⁹⁴.

2.1.2. Deux régimes autonomes mis à l'épreuve par la décentralisation de la négociation collective

Par conséquent examinons la remise en cause de l'intangibilité du contrat de travail par un nouveau type d'accord collectif faisant primer la décision collective sur les stipulations individuelles. Nous poursuivrons cet examen par l'analyse des effets du refus du salarié réfractaire à la décision prise par la majorité de ses collègues.

La question de la primauté de la décision collective. Passons rapidement sur la critique doctrinale reprochant au contrat de travail son manque d'agilité²⁹⁹⁵²⁹⁹⁶, pour nous concentrer sur l'éventuelle « *primauté* » de l'accord collectif sur le contrat de travail. Aux côtés d'un argument de nécessité, s'est développé celui de la rationalité notamment posée par le professeur Michel DESPAX, rappelant qu'un accord collectif de gestion devait pouvoir s'imposer à l'ensemble des contrats individuels, sans quoi celui-ci se trouverait en partie privé de sa portée

²⁹⁹¹Alain SUPLOT (sous la direction de), *op.cit.* p.240.

²⁹⁹²Jean PELISSIER et Françoise FAVENEC-HERY, *loc. cit.* p.453.

²⁹⁹³Jacques FREYSSINET, « L'emploi au cœur de la négociation d'entreprise : quel impact de l'accord du 11 janv. 2013 ? », *Revue de l'IRES*, 2013, n° 77, p.3

²⁹⁹⁴Michel MORAND, *loc.cit.* p.338

²⁹⁹⁵A l'instar du reste du droit civil, le contrat de travail pourrait intégrer en son sein une théorie de l'« *imprévision* ». En effet, l'ordonnance du 10 février 2016 introduit la possibilité pour le juge de modifier le contrat (article 1195 du Code Civil) « *Si un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer les risques* ». La partie intéressée peut tout d'abord, demander une renégociation du contrat à son cocontractant. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent, d'un commun accord, solliciter du juge de procéder à son adaptation. L'accord du salarié au sujet de ces modifications resterait requis, mais son éventuel refus de procéder à une réorganisation pourrait être considéré comme une violation de l'obligation d'exécuter de bonne foi son contrat de travail. Par ailleurs, il peut être également admis que la négociation du contrat de travail peut intégrer l'ensemble des éventuelles modifications nécessaires en lien avec l'anticipation des évolutions de l'instabilité de l'économie.

²⁹⁹⁶Georges BORENFREUND et Françoise FAVENEC HERY, *op.cit.* 456.

juridique et par conséquent de son intérêt²⁹⁹⁷. Il soulignait qu'admettre l'opposabilité individuelle conduirait à priver d'effet la convention conclue²⁹⁹⁸. Au fond, une incorporation des dispositions conventionnelles au contrat de travail pourrait avoir pour effet une certaine uniformisation du régime des conditions de travail au sein de l'entreprise, mais il en résulterait également que les organisations syndicales représentatives (ou autres négociateurs) seraient maîtres d'ajouter ou de rogner certains éléments du contrat de travail du salarié²⁹⁹⁹ contre son gré. En définitive, la doctrine se divise donc entre deux branches. D'un côté un premier courant estime que la légitimité renforcée de l'accord collectif ne saurait faire présumer en soi son caractère plus favorable. Elle ne saurait couper court de la sorte à la faculté pour le salarié de prendre appui sur son contrat de travail pour émettre un refus³⁰⁰⁰ à d'éventuelles modifications découlant de l'application de l'accord collectif. De l'autre côté, un second courant suggère d'acter que l'accord collectif puisse produire un effet impératif sur les contrats individuels de travail. Néanmoins face à cette primauté de l'accord collectif associée à une dimension évolutive du contrat de travail une troisième partie de la doctrine peut proposer de préciser les fonctions respectives des uns et des autres³⁰⁰¹. Une première solution apparemment fragile consisterait à distinguer un socle contractuel rassemblant des éléments essentiels du contrat ayant vocation à ne pas plier devant l'accord collectif³⁰⁰²³⁰⁰³. A l'inverse les éléments exclus de cette liste auraient vocation à se soumettre à l'éventuelle conclusion d'un accord collectif. Une seconde solution pragmatique pourrait prohiber toute clause d'une convention imposant une atteinte à une liberté individuelle du salarié. Il en résulterait que toute restriction de cette nature ne pourrait être mise en place que par le biais du contrat de travail nécessitant l'accord individuel du salarié en question. Il resterait toutefois à l'accord collectif la possibilité de fixer les modalités générales de ces régimes restrictifs des libertés individuelles³⁰⁰⁴³⁰⁰⁵³⁰⁰⁶. En somme il relèverait de la responsabilité de l'accord collectif de déterminer l'éventuelle capacité de résistance du contrat de travail.

²⁹⁹⁷Michel. DESPAX, « Négociations, conventions et accords collectifs », *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1989, p. 256.

²⁹⁹⁸Michel. DESPAX, *Ibid.*

²⁹⁹⁹Marie-Armelle ROTCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p. 10.

³⁰⁰⁰Georges BORENFREUND et Françoise FAVENEC HERY, *op.cit.* 456.

³⁰⁰¹Paul-Henri ANTONMATTEI, *loc.cit.* p. 245.

³⁰⁰²Georges BORENFREUND et Françoise FAVENEC HERY, *op.cit.* 456.

³⁰⁰³Paul-Henri ANTONMATTEI, « Accord collectif et contrat de travail : liaisons dangereuses », *Liaisons sociales magazine*, novembre 1998, p. 56.

³⁰⁰⁴Michel MORAND, *loc.cit.* p. 338.

³⁰⁰⁵Michel MORAND, « Licenciement sui generis, entre précisions et interrogations », *Semaine Sociale Lamy* 2006, n° 1260, p. 7.

³⁰⁰⁶Frédéric GEA, « Vers un nouveau modèle de droit du travail ? À propos de l'ANI du 11 janvier 2013 », *Semaine Sociale. Lamy* 2013, n° 1569, p. 4.

La remise en cause de l'intangibilité du contrat de travail. Cependant, constatons que le droit positif n'a pas véritablement exploré ses voies et a multiplié les attaques successives à l'encontre de l'intangibilité du contrat de travail sans toutefois complètement trancher la controverse doctrinale qui nous intéresse. Dans le domaine de la protection sociale, bien avant l'intervention de la Loi³⁰⁰⁷, le juge de la Cour de cassation avait admis que la mise en place par l'accord collectif d'un régime de prévoyance pouvait modifier les conditions d'exécution du contrat de travail, et qu'elle que soit la portée de cette modification, celle-ci : « *résultait d'un accord d'entreprise établi dans l'intérêt de l'ensemble des salariés, et s'imposait dès lors à chacun d'eux* »³⁰⁰⁸³⁰⁰⁹. Par la suite de façon graduée et progressive la Loi a redéfini les logiques collectives et individuelles. Ainsi, la Loi du 19 janvier 2000³⁰¹⁰ a disposé que la modification du nombre d'heures de travail par l'accord collectif ne constituait pas une modification du contrat de travail³⁰¹¹. Elle estimait que le refus du salarié ne pouvait fonder un motif économique de licenciement, et que le caractère réel et sérieux de celui-ci devait être apprécié par le juge civil au regard des seules dispositions de l'accord collectif de réduction du temps de travail³⁰¹². A la suite, l'article n°42 de la Loi du 26 mai 2012³⁰¹³ prévoyait (dans certaines conditions) que la modulation du temps de travail prévue par accord collectif ne modifiait pas le contrat de travail³⁰¹⁴³⁰¹⁵. Il mettait l'accent sur la qualification de l'effet produit sur le contrat de travail en estimant que la modulation du temps de travail introduite par l'accord collectif ne constituait pas une modification du contrat de travail. Par conséquent, le refus du salarié relevait plus du droit disciplinaire que de la cause économique. En faisant prévaloir la volonté collective sur la volonté individuelle et en évacuant partiellement le conflit entre contrat de travail et accord collectif au profit de ce dernier, la Loi inaugurerait une nouvelle analyse de la convention

³⁰⁰⁷La Loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 (JORF n°1 du 2 janvier 1990).

³⁰⁰⁸Cour de cassation, Chambre sociale, du 5 janvier 1984, n° 81-42.112, inédit et 05 juin 1986, n° 83-44.750, Publié au bulletin.

³⁰⁰⁹Michel MORAND, *loc.cit.* p.338. Ainsi, les garanties établies dans l'intérêt de l'ensemble des salariés justifiaient ainsi de prélèvement obligatoire de la cotisation salariale sans que le contrat ne soit modifié alors même qu'il en résultait souvent d'une diminution de salaire.

³⁰¹⁰Loi n°2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (JORF n°16 du 20 janvier 2000).

³⁰¹¹Article L. 1222-7 du Code du travail.

³⁰¹²Le législateur a réglé l'articulation des accords de réduction du temps de travail et des contrats de travail. En effet l'ancien article L. 212-3 du Code du travail disposait que « *la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail, en application d'un accord de réduction de la durée du travail ne constitue pas une modification du contrat de travail* ». Il excluait donc qu'un salarié puisse se prévaloir d'une clause plus favorable de son contrat et invoquer la modification de celui-ci.

³⁰¹³Ancien article L. 3122-6 du Code du travail (en vigueur du 24 mars 2012 au 10 août 2016).

³⁰¹⁴Paul-Henri ANTONMATTEI, *loc. cit.* p.453.

³⁰¹⁵Françoise FAVENNEC-HERY, « Article 45 de la Loi WARSMANN : solution ponctuelle ou amorce d'une réforme de fond », Semaine Sociale. Lamy 2012, n° 1534, p. 4.

collective³⁰¹⁶. Comme le remarquait le professeur Jean-François AKANDJI KOMBE, il était demandé au juge constitutionnel d'arbitrer entre les deux faces de la liberté contractuelle. Et pour la première fois en droit du travail, se trouvait affirmée la : « *supériorité de sa face collective sur sa dimension individuelle* »³⁰¹⁷. Ces deux Lois ont donc engagé un renforcement de l'impérativité de l'accord collectif³⁰¹⁸ n'impliquant plus de solliciter l'accord individuel afin d'appliquer des dispositions conventionnelles défavorables³⁰¹⁹ ainsi qu'un début d'aménagement du droit au refus du salarié³⁰²⁰. Par la suite, la Loi relative à la sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013³⁰²¹ a créé la possibilité de conclure des accords d'entreprise pour une durée limitée permettant une baisse temporaire de la rémunération et/ou de la durée du temps de travail dans le but de sauvegarder l'emploi³⁰²² en cas de graves difficultés conjoncturelles rencontrées par l'entreprise. Ce dispositif n'ayant pas rencontré le succès escompté, a été revisité et ajusté par la Loi du 6 août 2015³⁰²³. Ainsi, l'accord collectif dit de : « *maintien de l'emploi* » ne pouvait être formé qu'en cas de graves difficultés économiques au sein de l'entreprise³⁰²⁴ et qu'en contrepartie³⁰²⁵ de plusieurs ajustements temporaires des conditions d'emploi. De plus, l'employeur devait s'engager à conserver l'emploi des salariés pour une durée au moins égale à celle de l'accord collectif³⁰²⁶. Ce type d'accord spécifique disposait des modalités d'informations des salariés, et les modifications qui découlaient de son application devaient recevoir le contentement des salariés concernés. En cas de refus du salarié ce dernier pouvait faire l'objet d'un licenciement pour motif économique. Il ressortait ensuite de la Loi n°2016-10088 du 8 août 2016³⁰²⁷, que certains accords collectifs ayant pour objet la préservation mais également de développement de l'emploi³⁰²⁸ pouvaient soumettre la liberté

³⁰¹⁶ Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45.

³⁰¹⁷ Jean-François AKANDJI-KOMBE, « La modulation du temps de travail : regard sur une validation constitutionnelle », Semaine Sociale Lamy, (dossier spécial), n°1534, 2012, p.10.

³⁰¹⁸ Michel MORAND, *loc.cit.* p.338.

³⁰¹⁹ Cour de cassation, Chambre sociale, du 25 septembre 2013, no 12-17.776, Publié au bulletin.

³⁰²⁰ Elsa PESKINE, *op.cit.* p.355.

³⁰²¹ Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi (JORF n°0138 du 16 juin 2013).

³⁰²² Ces accords sont nés de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 (art. 18 et son annexe) dont les stipulations ont été reprises dans la Loi sur la sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013.

³⁰²³ La Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 (JORF du 7 août 2015).

³⁰²⁴ Le législateur ne définissait pas ce qu'il fallait entendre par « *de graves difficultés conjoncturelles* » (la tentation est grande de faire le rapprochement avec la définition du motif économique du licenciement). Ces dernières doivent être attestées par un diagnostic préalable élaboré par l'employeur et soumises aux syndicats représentatifs. Celles-ci peuvent être accompagnées dans cette analyse par un expert-comptable désigné par le comité d'entreprise.

³⁰²⁵ Si l'employeur ne respectait pas ses engagements, il devait verser des dommages et intérêts aux salariés lésés. Ce point était déterminé par une clause pénale (fixant le montant de la réparation).

³⁰²⁶ A l'issue de la période d'application de l'accord, les salariés retrouvent leurs conditions de travail (durée de travail, horaires, etc.) et de rémunération antérieure.

³⁰²⁷ Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016).

³⁰²⁸ Décret n° 2016-1909 du 28 décembre. 2016 (JORF du 29 décembre 2016).

individuelle à la négociation collective. Les accords en question permettaient aux entreprises rencontrant ou pas des difficultés économiques de s'adapter rapidement aux variations d'activités et aux changements de conjoncture afin de préserver ainsi leur compétitivité³⁰²⁹. Les stipulations des accords collectifs de ce type pouvaient se substituer de plein droit aux clauses contraires et incompatibles de contrats de travail des salariés³⁰³⁰. En cas de refus, le salarié s'exposait à un éventuel licenciement³⁰³¹, ainsi la neutralisation de la capacité de résistance du contrat de travail aboutissait à ériger l'expression de la volonté collective des salariés en un nouveau fondement de l'effet impératif de l'accord collectif³⁰³².

Un nouveau type d'accord collectif. Enfin, en droit positif, l'article n°3 de l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017³⁰³³ procède à une harmonisation et un regroupement de divers types d'accords³⁰³⁴ primant sur le contrat de travail : « *afin de répondre aux nécessités liés au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou de développer l'emploi* »³⁰³⁵. Ce nouveau type d'accord collectif relatif au fonctionnement et la compétitivité de l'entreprise peut modifier de nombreuses clauses du contrat de travail concernant divers aménagements de la durée du temps de travail, la rémunération, et la détermination de la mobilité professionnelle et géographique interne³⁰³⁶. Soulignons que l'existence de difficultés économiques n'est toutefois plus une condition nécessaire pour recourir à un tel accord collectif spécifique car il s'agit de répondre plus largement aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en

³⁰²⁹Les accords de préservation et de développement de l'emploi doivent comporter un préambule. Celui-ci doit indiquer notamment les objectifs de l'accord en matière de préservation ou de développement de l'emploi.

³⁰³⁰Toutefois ce type d'accord collectif ne pouvait avoir pour effet une baisse de la rémunération mensuelle du salarié.

³⁰³¹Ce licenciement reposait sur un motif spécifique constituant une cause réelle et sérieuse soumis aux règles du Code du travail applicable au licenciement individuel pour motif économique. Ces nouveaux accords de préservation et de développement de l'emploi sont soumis aux nouvelles règles de validation des accords collectifs, soit 50 % d'engagement ou, le cas échéant, le recours au principe référendaire. Ce type d'accord pouvait être formé par des organisations syndicales représentatives majoritaires ou par les acteurs subsidiaires de la négociation collective.

³⁰³²Georges BORENFREUND et Françoise FAVENEC HERY, *op.cit.* 456.

³⁰³³Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (JORF n°0223 du 23 septembre 2017).

³⁰³⁴Cette nouvelle catégorie d'accord regroupe les accords de réduction du temps de travail (ARTT), de mobilité interne (AMI) de préservation et de développement (APDE) ainsi que les accords de maintien de l'emploi (AME)

³⁰³⁵Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (JORF n°0223 du 23 septembre 2017).

³⁰³⁶Aménager la durée du travail des salariés (ses modalités d'organisation et de répartition) ; la rémunération (dans le respect des salaires minima hiérarchiques) ; et déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

vue de préserver ou de développer l'emploi³⁰³⁷³⁰³⁸. De même remarquons, que les conditions de validité de ce type d'accord spécifique sont quasiment en tous points identiques à celles des accords collectifs de droit commun³⁰³⁹. En effet, il ne se distingue que par une légère condition de forme, le contraignant à fixer les objectifs poursuivis au sein de son préambule. Mettons en lumière que s'il s'agit de l'unique point distinctif de cet accord collectif spécifique, son défaut n'est toutefois pas expressément sanctionné par le législateur³⁰⁴⁰. Il en ressort tout de même deux régimes bien différents, le premier qualifiable de droit commun respectant l'intangibilité du contrat de travail, et le second à caractère spécifique permettant la substitution des clauses du contrat de travail par celles des accords collectifs. Si le régime de ce second type d'accord dit de « *performance collective* » ne se distingue de celui de droit commun que par une condition de forme, il a pourtant des effets bien particuliers³⁰⁴¹³⁰⁴². Ainsi, l'employeur est tenu d'informer les salariés par tout moyen³⁰⁴³ de l'existence et du contenu de l'accord collectif ainsi que du droit de chacun d'eux d'accepter ou de refuser les modifications de leur contrat de travail résultant de son application³⁰⁴⁴. Par la suite, si le salarié accepte l'application des dispositions de l'accord de « *performance collective* », les clauses du contrat de travail incompatibles avec celui-ci sont alors suspendues pendant toute la durée de vie de l'accord collectif³⁰⁴⁵.

Les effets du refus du salarié de l'application d'un nouveau type d'accord collectif. En revanche si le salarié refuse l'application de l'accord collectif, il peut être licencié pour un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement³⁰⁴⁶. Il en découle donc

³⁰³⁷Article L.2254-2 et suivants du Code du travail.

³⁰³⁸Selon le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 (relative au renforcement de la négociation collective) l'Accord de Performance Collective se substitue aux dispositifs antérieurs trop peu utilisés car jugés inefficaces. Il est présenté comme un instrument permettant « *aux entreprises d'anticiper et de s'adapter rapidement aux évolutions à la hausse ou à la baisse du marché par des accords majoritaires simplifiés sur le temps de travail, la rémunération et la mobilité* ».

³⁰³⁹Article L. 2232-12 du Code du travail .

³⁰⁴⁰En d'autres termes, l'absence de préambule n'entraîne pas la nullité de l'accord.

³⁰⁴¹En effet, les licenciements prononcés ne seraient plus justifiés et n'auraient plus de cause.

³⁰⁴²Article L 2222-4 du Code du travail. Le législateur est muet sur la durée de l'accord. Il ne prévoit ni de durée minimale ni de durée maximale. En l'absence de précisions, ce sont les règles de droit commun prévues par l'article du Code du travail qui s'appliquent. Ainsi : l'accord peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée ; en l'absence de dispositions conventionnelles sur sa durée, celle-ci est fixée à 5 ans.

³⁰⁴³Conférant date certaine et précise.

³⁰⁴⁴Article L. 2254-2 du Code du travail.

³⁰⁴⁵Article L. 2254-2, II du Code du travail.

³⁰⁴⁶Aux termes de l'article L. 2254-2 du Code du travail, « *ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse* ». Le salarié peut refuser l'application de l'accord mais dans ce cas, il sera probablement licencié pour un motif « *sui generis* » et selon la procédure de licenciement pour motif personnel. Quel que soit le nombre de refus, le ou les licenciements n'entrent pas dans la catégorie des licenciements économiques. Par conséquent l'employeur est donc dispensé de la procédure de licenciement collectif et du plan de sauvegarde de l'emploi. A l'instar de tout licenciement, le salarié licencié peut en contester la légalité devant

qu'un type particulier d'accord collectif peut « primer » de façon presque automatique sur le contrat de travail³⁰⁴⁷ en modifiant certains de ses éléments substantiels³⁰⁴⁸. Finalement, l'éventuel refus du salarié³⁰⁴⁹, se résout par son licenciement reposant sur un motif spécifique (« *sui generis* »). Il s'avère donc que la controverse doctrinale relative à l'articulation subtile de deux régimes (individuel et collectif) semble se déplacer vers la capacité (ou non) de l'employeur à modifier le contrat de travail, et que dans bien des cas : « *l'accord collectif ne pourra parfois laisser d'autres alternatives au salarié que de se soumettre ou se démettre* »³⁰⁵⁰. Jusqu'alors le juge civil estimait que la cause de licenciement ne pouvait pas se fonder sur le seul refus du salarié et devait rechercher si le motif de la modification du contrat de travail constituait effectivement une cause réelle et sérieuse de licenciement. La conclusion de l'accord collectif pouvait être considérée comme un indice fort en la matière mais intrinsèquement insuffisant³⁰⁵¹. Par conséquent, l'analyse judiciaire des causes de son refus semble avoir été écartée par le législateur, car la justification du licenciement réside désormais dans la : « *nature juridique de l'acte qui en est le fait générateur à savoir l'accord collectif* »³⁰⁵² à moins que le juge en décide autrement³⁰⁵³³⁰⁵⁴.

le conseil de prud'hommes, dans les conditions et délais de droit commun. Dans ce cadre, le juge contrôle que l'employeur a bien respecté la procédure de licenciement prévue par la Loi et que le motif spécifique, constitué par le refus de l'accord nécessairement invoqué par l'employeur dans la lettre de licenciement. Le juge ne peut valider le licenciement qu'à la condition que l'accord collectif soit conforme aux dispositions légales applicables. Néanmoins l'Organisation Internationale du Travail, dans un rapport du 16 février 2022 relatif à la conformité de ce type d'accord à la convention 158 sur le licenciement a insisté sur son pouvoir de procéder à un contrôle du motif du licenciement afin de s'assurer que celui-ci est bien fondé sur les « *nécessités du fonctionnement de l'entreprise* ». Cela correspond à vérifier que l'accord est lui-même objectivement justifié par l'existence de nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise, par la préservation ou par le développement de l'emploi.

³⁰⁴⁷Dans ce cadre, le principe de faveur est donc écarté.

³⁰⁴⁸La durée du travail, la rémunération et la mobilité du salarié.

³⁰⁴⁹En informant leur employeur de leur refus par écrit dans un délai d'un mois à compter de la communication de l'accord.

³⁰⁵⁰Michel MORAND, *loc.cit.* p.338.

³⁰⁵¹Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

³⁰⁵²Georges BORENFREUND, « Le refus des salariés face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne », *Revue de Droit du Travail*, 013. p.316.

³⁰⁵³Selon son rapport du 16 février 2022 relatif à la conformité de ce type d'accord à la convention n° 158 sur le licenciement, l'Organisation Internationale du Travail a insisté sur le pouvoir du juge national. Celui-ci doit vérifier que l'accord est lui-même objectivement justifié par l'existence de nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise, par la préservation ou par le développement de l'emploi, c'est-à-dire par l'une des causes que l'article L. 2254-2 du Code du travail envisage pour conclure un accord de ce type.

³⁰⁵⁴Cour de cassation, Chambre sociale, du 2 décembre 2020, n° 19-11.986, Publié au bulletin. La rupture du contrat de travail résultant du refus d'un ou plusieurs salariés de l'application à leur contrat de travail des stipulations de l'accord collectif relatif à la mobilité interne constitue un licenciement pour motif économique sans qu'il soit nécessaire que la modification refusée par le salarié soit consécutive à des difficultés économiques, des mutations technologiques, une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de l'entreprise ou une cessation complète de l'activité de l'employeur. Il appartient alors au juge d'apprécier le caractère réel et sérieux du motif de licenciement consécutif à ce refus.

Il en découle qu'avec la formation de l'accord spécifique dit de « *performance collective* » : « *en droit français le salarié a toujours le droit de refuser une modification substantielle de son contrat dans le sens d'un accord de gestion mais doit subir le risque du licenciement* »³⁰⁵⁵. L'impérativité de l'accord collectif se déploie donc complètement car le salarié doit s'y soumettre ou accepté l'inéluctable et définitive conséquence de son refus. A l'aune des nouvelles modalités de rupture du contrat de travail du salarié, on mesure que sa capacité de résistance à l'assujettissement à l'accord collectif a été rognée. En somme, l'éventuel refus du salarié ne constitue plus une entrave à l'application de l'accord collectif.

2.1.3. La progressive soumission de l'« *autonomie individuelle* » à l'« *autonomie collective* »

Constatons que les logiques qui découlent de ce nouveau type d'accord collectif mettent en question le fragile équilibre liant la liberté individuelle et de l'« *autonomie collective* ». En effet, les ressorts majoritaires de la formation des dispositions conventionnelles induisent désormais une exigence de solidarité contraignant le salarié réfractaire à cette logique à se soumettre ou à se démettre. Néanmoins, le droit positif ne va pas jusqu'à effacer les limites de deux régimes autonomes et ne cède pas à la mise en place d'un « *contrat de travail collectif* ».

L'autorité de la volonté majoritaire et le respect de la décision individuelle. Néanmoins, nous pouvons nous demander si l'« *autonomie collective* » bénéficie désormais de suffisamment d'autorité pour reléguer la notion d'intangibilité du contrat de travail à celle d'un « *anachronisme* »³⁰⁵⁶? Malgré l'évolution du droit positif, il n'est pas aussi aisé que cela de soumettre le salarié à la volonté du collectif à « *notre époque ou l'individu est roi ?* »³⁰⁵⁷. En effet, cette restriction de la volonté individuelle face à la décision du nombre ne semble pas tout à fait satisfaire une grande partie de la doctrine qui estime que l'« *autonomie collective* » ne peut anéantir l'« *autonomie individuelle* »³⁰⁵⁸. Ainsi, la volonté majoritaire ne pourrait modifier à sa guise le statut applicable à la collectivité de salariés sans s'affronter à une quelconque résistance du contrat de travail, expression de la liberté individuelle. En effet, quel que soit la légitimité qui supporte l'accord collectif, celui-ci : « *ne saurait heurter ni même altérer le*

³⁰⁵⁵Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

³⁰⁵⁶Georges BORENFREUND et Françoise FAVENEC HERY, *op.cit.* 456.

³⁰⁵⁷Jean-Emmanuel RAY, *loc.cit.* p.354.

³⁰⁵⁸Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11. Selon l'auteure : « *en anéantissant l'autonomie de la volonté de chaque membre de cette communauté collective l'autonomie collective agit comme une forme d'autorité qui fait subir ses effets selon un modèle hétéronome* ».

rapport individuel de travail dans sa teneur individuelle »³⁰⁵⁹. Au tournant du XXI^e siècle, la professeure Marie Laure MORIN lançait la prophétie suivante : « *admettre que le vote majoritaire donne un mandat explicite du salarié aux négociateurs de modification du contrat individuel, serait changer de système. Une telle approche majoritaire ferait basculer notre système dans un système de négociation collective du contrat de travail lié contractuellement par les décisions collectives* »³⁰⁶⁰. Il en résulte donc l'importance de conserver au salarié un droit au refus en cas de modification de son contrat de travail consécutive à l'application d'un accord collectif³⁰⁶¹³⁰⁶². En outre ce droit ne peut pas se résumer à la résignation de son départ. Ce point de vue doctrinal se fonde sur l'idée que « *l'autonomie collective n'est pas en principe habilitée à renoncer aux droits individuels des travailleurs* »³⁰⁶³. Rappelons que pour qu'un accord collectif puisse disposer des droits d'un travailleur deux éléments doivent être réunis. Tout d'abord, une condition objective impliquant la disponibilité du droit objet de l'abdication et ensuite une condition subjective supposant que l'auteur de cette suppression soit capable d'assumer la renonciation de ce droit³⁰⁶⁴. Par conséquent, le sujet concerné par cet acte doit manifester sa volonté d'abdiquer ses propres droits, ou bien conférer à l'agent contractuel un pouvoir de disposition attribuant à l'opération juridique en question le caractère d'une opération légitime³⁰⁶⁵. Néanmoins, une autre partie de la doctrine a pu rappeler que la liberté individuelle de négocier son contrat de travail constituait une fiction du fait de la situation de subordination juridique du salarié³⁰⁶⁶. Corroborer cette appréciation revient donc à estimer que l'intérêt individuel du salarié est mieux défendu par l'« *autonomie collective* » que par son principal titulaire, et que l'accord collectif conclu par ses représentants a suffisamment de légitimité pour que : « *s'efface la volonté individuelle du salarié et que cède définitivement le dernier bastion ou presque de la règle du plus favorable* »³⁰⁶⁷. Cela nous conduit à poursuivre la recherche d'un nouveau point d'équilibre afin que la négociation collective « *ne devienne pas l'instrument d'une coercition nouvelle pour les salariés* »³⁰⁶⁸.

³⁰⁵⁹ Georges BORENFREUND et Françoise FAVENEC HERY, *op.cit.* 456.

³⁰⁶⁰ Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.341.

³⁰⁶¹ Georges BORENFREUND et Françoise FAVENEC HERY, *op.cit.* 456.

³⁰⁶² Cour de cassation, Chambre sociale, du 10 Février 2016, n° 14-26.147, Publié au bulletin. « *Sauf disposition légale contraire, une convention collective ne peut permettre à un employeur de procéder à la modification du contrat de travail sans recueillir l'accord exprès du salarié* ».

³⁰⁶³ Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

³⁰⁶⁴ Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

³⁰⁶⁵ Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

³⁰⁶⁶ Georges BORENFREUND et Françoise FAVENEC HERY, *op.cit.* 456.

³⁰⁶⁷ Georges BORENFREUND et Françoise FAVENEC HERY, *op.cit.* 456.

³⁰⁶⁸ Georges BORENFREUND, *op.cit.* p.458.

Le fragile équilibre de la liberté individuelle et de l' « autonomie collective ». Au fond, il ne s'agit pas tant d'opposer la liberté individuelle à l'« *autonomie collective* », que ni plus ni moins revisiter le fragile équilibre entre liberté individuelle et solidarité collective³⁰⁶⁹. Car jusqu'alors ces deux dimensions du droit du travail trouvaient leur conciliation dans la garantie de l'application de la norme collective laissant une marge pour l'éventuelle conclusion de clauses individuelles du contrat de travail plus favorables pour le salarié³⁰⁷⁰³⁰⁷¹³⁰⁷²³⁰⁷³³⁰⁷⁴³⁰⁷⁵³⁰⁷⁶³⁰⁷⁷. Il s'avère que dès le début du XX^e siècle, la doctrine s'est interrogée sur la manière dont un accord collectif pouvait engager simultanément le groupe saisi dans son unité mais également chacun de ses membres³⁰⁷⁸³⁰⁷⁹. Or, si la notion de représentativité en se fondant sur le nombre renforce sans doute une meilleure correspondance³⁰⁸⁰ entre les représentations « *légales* »³⁰⁸¹³⁰⁸²³⁰⁸³ et « *sociales* », cette plus grande authenticité ne modifie pas pour autant la nature de ce label pour en faire une représentation juridique de chacun des individus formant ce collectif. En droit interne, le syndicat continue de n'être ni le mandataire ni le commettant de ses membres « *à fortiori* » des salariés syndiqués au sein d'un autre syndicat ou des salariés non syndiqués. Par conséquent, la nouvelle autorité de l'accord collectif d'entreprise correspond-elle à une violation de l'adage suivant lequel « *nul ne peut transférer à un autre plus de droit qu'il n'en a lui-même* », ou bien à la reconnaissance : « *embryonnaire d'un véritable pouvoir des syndicats sur les salariés* » ?³⁰⁸⁴. Une importante partie de la doctrine ne se satisfait pas d'une forme d'illusion juridique donnant le sentiment que les syndicats représentatifs pourraient contracter au nom de chaque salarié³⁰⁸⁵ car ils ne sauraient engager immédiatement les salariés tenus

³⁰⁶⁹Cet alliage se situait au centre de gravité du droit du travail déterminant la place de l'accord collectif dans l'ensemble du système juridique, ainsi que le rôle joué par la négociation collective.

³⁰⁷⁰Ainsi l'impérativité de l'accord collectif et l'application du principe de faveur permettait un équilibre garantissant la conciliation des différentes dimensions du droit du travail.

³⁰⁷¹Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

³⁰⁷²Jean-Emmanuel RAY, « Les grandes manœuvres du droit à la négociation collective », *Droit social* 1999, p. 1018.

³⁰⁷³Gilles BELIER, *loc.cit.* p.249.

³⁰⁷⁴Patrick REMY, *loc.cit.* p.258.

³⁰⁷⁵Marie-Ange MOREAU, « Sur la représentativité des partenaires sociaux européens », *Droit social* 1999, p. 53.

³⁰⁷⁶Bernard GERNIGON, Albert ODERO et Horacio GUIDO, *loc.cit.* p.290.

³⁰⁷⁷Patrick REMY, « La décentralisation de la négociation collective en Allemagne sous l'angle de la représentation », *Droit Social*, 1997, p.1015.

³⁰⁷⁸Georges GURVITCH, *op.cit.* p.39.

³⁰⁷⁹Georges BORENFREUND et Françoise FAVENEC HERY, *op.cit.* 456.

³⁰⁸⁰Marie-Armelle ROTSCCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

³⁰⁸¹Philippe LANGLOIS, « Droit social et droit public en matière de négociation collective », *Droit Social*, 1991, p. 933

³⁰⁸²Marie-Armelle ROTSCCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

³⁰⁸³Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46.

³⁰⁸⁴Emmanuel DOCKES, *op.cit.* 451.

³⁰⁸⁵Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45.

juridiquement pour des tiers³⁰⁸⁶. Et quand bien même si juridiquement : « *l'employeur est dépourvu de pouvoir sur les dispositions contractuelles, et même si juridiquement, le syndicat est lui aussi dépourvu d'un tel pouvoir, le salarié doit céder. La somme des deux incompétences produit, curieusement une compétence* »³⁰⁸⁷. Toutefois, il faut bien admettre que la Loi semble désormais conférer aux organisations syndicales représentatives majoritaires une telle autorité, qui leur permettrait donc dans certaines conditions de modifier (ou réduire) les avantages découlant du contrat de travail individuel³⁰⁸⁸. Dans ce sens, une partie de la doctrine peut effectivement soutenir que la révision du label de représentativité ayant suffisamment porté ses fruits, les protagonistes sociaux bénéficient effectivement d'une nouvelle autorité légale leur permettant une opération de ce type³⁰⁸⁹. Dans ce cas, formulons l'hypothèse que le label de représentativité en qualité de titre légal constituerait bien désormais un mode de légitimation syndicale permettant l'édiction de : « *normes contraignantes même quand leur objet est la renonciation à des droits individuels* »³⁰⁹⁰.

L'exigence de solidarité induite par le principe majoritaire. Cependant remarquons que l'accord spécifique dit de « *performance collective* » peut également être conclu par les acteurs « *subsidiaires* »³⁰⁹¹ ou « *supplétifs* »³⁰⁹² de la négociation collective. Il s'avère donc que la possession du label de représentativité n'est donc qu'une question bien secondaire en la matière. En revanche, dès lors que la Loi réserve la conclusion de ce type d'accord à des protagonistes représentatifs de plus de la majorité des salariés composant l'unité de négociation³⁰⁹³³⁰⁹⁴, ne paraît-il pas logique que le droit puisse en disposer différemment ? Suivant ce raisonnement la « *nouvelle* » impérativité « *renforcée* » de l'accord collectif à l'encontre du contrat de travail se fonderait donc moins sur la qualité de ses signataires (bénéficiant ou non d'un label) que par son caractère majoritaire. Convenons que lorsque la Loi reconnaissait à un syndicat minoritaire la faculté de conclure des accords collectifs pouvant abdiquer certains droits individuels, il était logique de réserver au salarié la possibilité de refuser cette suppression, mais qu'il ne peut en aller de même quand l'accord en question constitue l'expression d'une majorité. Ainsi, l'effet

³⁰⁸⁶Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11. Selon l'auteure : « *La faculté de modifier transférer ou restreindre ou éteindre un droit subjectif patrimonial est normalement liée à la titularité du droit* ».

³⁰⁸⁷Emmanuel DOCKES, *op.cit.* 451.

³⁰⁸⁸Emmanuel DOCKES, *op.cit.* 451.

³⁰⁸⁹Alexandre FABRE, *loc.cit.* 451.

³⁰⁹⁰Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

³⁰⁹¹Articles L.2232-23-1, L.2232-24 à 26 et suivants du Code du travail.

³⁰⁹²Articles L.2232-21 et suivants du Code du travail.

³⁰⁹³A des organisations syndicales représentatives ou à des élus majoritaires ou encore à la majorité du personnel consulté.

³⁰⁹⁴Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

majoritaire de l'accord collectif se jaugerait donc de deux manières. Sous une première forme par l'impérativité de son application à l'ensemble des salariés assujettis au sein de l'unité de négociation, mais également par sa portée à l'encontre du contrat de travail³⁰⁹⁵. Afin de justifier l'effacement de la volonté individuelle, il serait donc possible d'invoquer une : « *exigence de solidarité induite par le principe majoritaire* »³⁰⁹⁶ au fondement de la nouvelle autorité de l'accord collectif³⁰⁹⁷. Toutefois, en privant chaque salarié de toute expression de volonté face aux actes accomplis par ces négociateurs, il réduirait la représentation de ces derniers à celle d'une représentation légale d'intérêts³⁰⁹⁸. Or, comme nous le savons celle-ci est ordinairement envisagée pour des cas où la volonté des représentés n'existe pas ou ne peut pas exister. De même, le juge civil a longtemps considéré que l'expression d'un vote majoritaire ne liait pas la minorité. Le fait qu'en matière de retraite ou de prévoyance l'accord collectif pouvait être approuvé à la suite d'une ratification directe des salariés semblait insuffisant à prouver le contraire³⁰⁹⁹³¹⁰⁰. Par conséquent, il s'avère que si les organisations syndicales représentatives majoritaires ne sont pas mandataires des salariés, le personnel dans son expression majoritaire ne semble pas non plus disposer de ce mandat³¹⁰¹. Ni les uns ni les autres ne se trouvent en mesure de lier la volonté minoritaire ou forcer son consentement. En effet, une telle modification ferait basculer notre système vers une « *nouvelle* » forme de négociation collective du contrat de travail³¹⁰² qui aurait pour effet de : « *transmuer les syndicats en mandatures des salariés* »³¹⁰³.

L'exclusion du salarié réfractaire à la logique majoritaire. Qui plus est, le salarié récalcitrant n'est pas un simple opposant à l'employeur, mais il s'affronte également désormais à la volonté syndicale majoritaire, voire à la majorité du personnel exprimée lors de sa consultation³¹⁰⁴. Réfractaire à cette logique majoritaire, il prend le risque de se voir exclu du personnel et de

³⁰⁹⁵Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.341.

³⁰⁹⁶Georges BORENFREUND et Françoise FAVENEC HERY, *op.cit.* 456.

³⁰⁹⁷Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.341. Selon l'auteure : « *l'intérêt collectif majoritairement apprécié peut-il avoir plus d'autorité sur l'intérêt individuel que l'intérêt collectif apprécié par les représentants ?* ».

³⁰⁹⁸Georges BORENFREUND et Françoise FAVENEC HERY, *op.cit.* 456.

³⁰⁹⁹Cour de cassation, Chambre sociale, du 13 mai 1982, 80-40.715, Publié au bulletin.

³¹⁰⁰Jacques BARTHELEMY, *loc.cit.* p.321.

³¹⁰¹Face à cette difficulté, la consultation directe des salariés, devant se prononcer favorablement (ou non) au sujet d'un accord ayant pour effet un renoncement de leurs droits peut faire figure de fausse piste de solution. En effet, il ne s'agit ni plus ni moins que de l'expression différente du principe majoritaire.

³¹⁰²Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.341. En effet, admettre que « *le vote majoritaire donne un mandat explicite du salarié aux négociateurs de modification du contrat individuel serait changer de système* ».

³¹⁰³Georges BORENFREUND et Françoise FAVENEC HERY, *op.cit.* 456.

³¹⁰⁴Emmanuel DOCKES, *op.cit.* 451. Selon l'auteur : « *Le contrat individuel de travail s'efface progressivement devant le pouvoir patronal mais aussi, et c'est plus nouveau devant le possible essor d'un pouvoir syndical* ».

l'entreprise. Si l'impérativité de l'accord collectif à l'égard du contrat individuel répond à une nécessité afin de maintenir la cohésion de la collectivité du personnel, cette dernière se heurte désormais : « *à des tendances séparatistes des membres de cette collectivité. Ces derniers doutent de plus en plus que les sacrifices imposés et les compromis négociés protègent efficacement leurs propres intérêts* »³¹⁰⁵. Pour le professeur Emanuel DOCKES : « *parler d'autonomie fut elle collective pour viser la mise en place de règles qui s'imposent aux salariés sans, voire contre leur volonté est au mieux, une méprise et plus probablement, une supercherie de communicant* »³¹⁰⁶, il en ressort que : « *le travailleur ne doit plus être protégé contre l'employeur mais contre la collectivité à laquelle il appartient : problème actuel de la négociation de gestion* »³¹⁰⁷. Il existe donc un doute³¹⁰⁸³¹⁰⁹ au sujet de la capacité prétendument conférée aux négociateurs de former des accords collectifs ayant pour effet un renoncement de droits des salariés³¹¹⁰, car « *l'appel excessif aux droits individuels du salarié n'est que l'indice d'une perte de confiance dans les droits collectifs* »³¹¹¹. En définitive, cette discipline collective pourrait avoir été créée afin de faire céder le salarié face au groupe au nom de l'intérêt de l'entreprise. Il s'agirait dans ce cas du maintien mais sous d'autres formes d'un système continuant de reposer sur un interlocuteur syndical intrinsèquement faible mais néanmoins capable désormais de détruire les avantages conventionnels voire désormais les avantages contractuels³¹¹². Dans ce contexte, l'approche individuelle des relations de travail est appelée à la rescousse d'un droit collectif considéré comme un vecteur de dérèglementation, et de manière très paradoxale : « *les syndicats deviennent les ardents défenseurs du contrat de travail* »³¹¹³. L'intérêt individuel ne se confond ni avec celui du personnel ni avec celui de l'entreprise ; par conséquent l'articulation complexe du contrat de travail et de la convention reste l'expression d'un point d'équilibre fragile entre l'individu et le collectif. Le renforcement du rôle normatif de l'accord collectif rend sans doute inéluctable la disparition de la digue contractuelle. Or, la perte de cette étanchéité³¹¹⁴ pourrait bien effectivement transformer le principe de participation

³¹⁰⁵Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

³¹⁰⁶Emmanuel DOCKES, *op.cit.* 451.

³¹⁰⁷Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

³¹⁰⁸Jean PELISSIER et Françoise FAVENNEC-HERY, *loc. cit.* p.453.

³¹⁰⁹Le doute au sujet de la légitimité des protagonistes sociaux signataires de l'accord collectif justifie l'appel à la théorie de la modification du contrat de travail ou l'atteinte aux droits fondamentaux du salarié.

³¹¹⁰Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

³¹¹¹Jean PELISSIER et Françoise FAVENNEC-HERY, *loc. cit.* p.453.

³¹¹²Emmanuel DOCKES, *op.cit.* 451.

³¹¹³Jean PELISSIER et Françoise FAVENNEC-HERY, *loc. cit.* p.453.

³¹¹⁴Jacques BARTHELEMY et Gilbert CETTE, *op.cit.* p.446

en instrument de soumission du salarié à l'accord collectif³¹¹⁵³¹¹⁶³¹¹⁷ justifiant que ce dernier soit absorbé par le collectif de travail³¹¹⁸. Ce bouleversement du droit du travail prendrait à rebours l'histoire de cette matière porteuse de nombreux enjeux³¹¹⁹. Or, le droit à la négociation collective ne saurait se couper de son histoire et se résoudre à devenir une simple technique de gestion pouvant conduire à renforcer le pouvoir de l'employeur³¹²⁰³¹²¹. Il en ressort un défi consistant à définir une place à la volonté de l'individu au sein de la collectivité des travailleurs à laquelle il appartient³¹²² car : « *faire de l'individu muni de discernement et de responsabilité le sujet normatif des institutions signifie rétablir la démocratie au sein des institutions et permettre aux travailleurs de manifester leur droit à la différence par leur participation à la détermination des actes collectifs* »³¹²³.

L'introduction de la notion de « contrat de travail collectif ». En tout état de cause, la Loi confère désormais à un type spécifique d'accord collectif conclu sur la base du respect de la règle majorité une nouvelle autorité sur le contrat de travail. Soulignons toutefois, que les accords collectifs de droit commun valablement conclus et également formés selon le respect de la règle majoritaire ne bénéficient pas de cette même autorité. Il en résulte bien que ces deux types d'accords collectifs ne se distinguent pas par leur nature mais par une faible condition de forme. Si le droit interne favorise désormais les dispositions à caractère collectif sur celles à dimension individuelle, il s'avère que cette « *primauté* » est pour le moment limitée aux seules décisions collectives concernant le bon fonctionnement de l'entreprise. Or, lors de la conclusion d'un accord de « *performance collective* », l'éventuelle résistance du salarié constitue une véritable entrave à son déploiement. Par conséquent c'est tout autant son aspect gestionnaire que sa dimension majoritaire qui se trouve convoqué pour justifier son effet impératif et général³¹²⁴. Admettons qu'en la matière les protagonistes sociaux bénéficient d'une autorité renforcée découlant d'une habilitation légale à caractère spécifique (voir limitée). Néanmoins, cette nouvelle autorité ne modifie pas la nature de leurs mandats notamment à l'égard du contrat

³¹¹⁵Elsa PESKINE, *op.cit.* p.355.

³¹¹⁶Georges BORENFREUND, *op.cit.* 452.

³¹¹⁷Georges BORENFREUND, *loc. cit.* p.427.

³¹¹⁸Georges BORENFREUND, *loc. cit.* p.427.

³¹¹⁹Elsa PESKINE, *op.cit.* p.355.

³¹²⁰Georges BORENFREUND et Françoise FAVENEC HERY, *op.cit.* 456.

³¹²¹Michèle BONNECHERE, *loc.cit.* p.45.

³¹²²Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

³¹²³Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

³¹²⁴Georges BORENFREUND et Françoise FAVENEC HERY, *op.cit.* 456

de travail³¹²⁵³¹²⁶. En faisant le choix d'une représentation à dominante électorale et majoritaire, le droit interne a tourné définitivement le dos aux attributions d'un système reposant sur l'adhésion³¹²⁷, mais refuse (encore) de basculer vers la notion nord-américaine d'« *accréditation* » syndicale majoritaire associée à un effacement de la distinction entre l'accord collectif et le contrat de travail. Selon ce système de relations professionnelles, un vote majoritaire peut clairement accréditer un syndicat afin de négocier au nom des salariés un accord collectif d'entreprise équivalent à un « *contrat de travail collectif* » formé sur la base d'une certaine confusion des intérêts individuel et collectif³¹²⁸. En effet, la consécration de cette notion induirait une sérieuse limitation des négociations individuelles³¹²⁹ et impliquerait l'incorporation systématique des éléments de l'accord collectif au contrat de travail³¹³⁰. La généralisation de ce phénomène : « *pourrait conduire naturellement au dépérissement du contrat individuel sauf comme acte créateur du rapport de travail dont le contenu serait prédéterminé* »³¹³¹, mais notre droit du travail ne semble pas encore prêt à confiner le contrat de travail dans un rôle de contrat d'adhésion à un « *contrat de travail collectif* ». Il en résulte que le système se présente comme un modèle bien huilé préservant la liberté individuelle dans la mesure où elle s'identifie parfaitement avec le choix collectif, mais qui se coince quand l'action collective cesse d'unifier et commence à diviser les travailleurs. En somme, si les modalités de la représentation entraînent des conséquences directes sur la relation liant l'accord collectif et le contrat de travail³¹³², la question impérieuse relative à la conciliation de l'effet impératif de l'accord collectif et la gestion au mieux des droits individuels des salariés appartenant à ce collectif³¹³³ semble toujours flottante. Au bout du compte, les accords de type dérogatoire à la Loi (ou de concessions de droit conventionnel), bouleversent la finalité historique de la négociation collective. Ce changement de logique entraîne avec lui une cascade de mutations dont le point d'aboutissement serait la consécration de l'entreprise comme « *sujet*

³¹²⁵Paul-Henri ANTONMATTEI, *op.cit.* 448.

³¹²⁶Patrick REMY, *loc.cit.* p. 70.

³¹²⁷Patrick REMY, *loc.cit.* p. 70. A ce sujet, le droit allemand a montré que l'adhésion du salarié à l'organisation syndicale qui conclut un accord collectif, confère à son signataire une autorité appropriée afin de procéder aux diverses modifications de ses droits et obligations.

³¹²⁸Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p. 73. Toutefois ce système ne prévaut que dans les entreprises faisant l'objet d'une accréditation syndical car dans celles qui en sont dépourvues le contrat de travail a bien un caractère individuel.

³¹²⁹Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p. 73. A ce titre, le contrat de travail individuel ne peut être plus favorable que le contrat collectif afin de préserver l'autorité du syndicat « *accrédité* » par les salariés.

³¹³⁰Marie-Laure MORIN, *op.cit.* 449.

³¹³¹Gérard LYON-CAEN, « Défense et illustration du contrat de travail », Archives de philosophie du droit, Paris, 1968, p. 59.

³¹³²Guylaine VALLEE, *op. cit.* p. 444.

³¹³³Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p. 11.

et source de droit »³¹³⁴. Il en résulterait alors que : « *l'abandon du caractère impératif de la Loi donnerait naissance à un effet impératif renforcé de l'accord collectif vis-à-vis du contrat* »³¹³⁵³¹³⁶. Malgré tout, la nouvelle légitimité conférée aux signataires reste contestée et : « *ne semble pas toujours de nature à conforter la confiance dans les accords collectifs conclus* »³¹³⁷, car l'effacement de la volonté individuelle du salarié devant ce nouveau type d'accord correspondrait à une : « *forme de dévoiement de l'exigence de légitimité* »³¹³⁸. Si le salarié se trouve donc souvent privé de sa capacité de refus, nous allons découvrir au point suivant que le juge se voit bridé dans sa faculté de contrôle, et par conséquent, doit également souvent s'incliner devant la volonté collective³¹³⁹.

En conclusion, il en ressort donc une baisse de vigueur du contrat et une « *sacralisation* »³¹⁴⁰ de l'accord collectif d'entreprise. Ce dernier aurait apparemment pour principale fonction de permettre une flexibilisation du droit imposé sans résistance de la part du salarié. Par conséquent, ce double phénomène laisserait augurer d'« *un véritable éclatement du droit du travail* »³¹⁴¹.

2.2. L'accord collectif et le contrôle du juge

Il résulte des points précédents que quand la Loi le prévoit, l'acte collectif serait devenu tellement puissant qu'il pourrait écartier certaines dispositions législatives (ou réglementaires) mais également contraindre les volontés individuelles. Il existerait donc une certaine prédominance de l'accord collectif qui découlerait de son processus d'élaboration ainsi que de son caractère désormais « *majoritaire* ». Or, selon la doctrine, la réalité de l'« *autonomie collective* » ne se mesurerait pas uniquement à l'aune de l'aptitude des protagonistes sociaux à former des règles en dehors de l'intervention directe de l'Etat, mais devrait également se jauger à leur capacité d'assurer le suivi de la bonne application de leurs règles conventionnelles. Par conséquent, peut-on considérer que l'accord collectif bénéficie d'un tel prestige et légitimité

³¹³⁴Georges BORENFREUND, *op.cit.* p.458.

³¹³⁵Georges BORENFREUND, *op.cit.* p.458.

³¹³⁶Dans l'hypothèse selon laquelle un salarié arguant des dispositions favorables de son contrat de travail pourrait refuser le respect de l'application de clauses défavorables découlant d'un accord collectif, alors les dispositions conventionnelles risqueraient de voir leur portée limitée. En somme, la Loi aurait perdu une partie de son caractère impératif à l'égard de l'accord collectif mais ce dernier aurait accru son autorité à l'encontre du contrat de travail.

³¹³⁷Jean PELISSIER et Françoise FAVENEC-HERY, *loc. cit.* p.453.

³¹³⁸Georges BORENFREUND et Françoise FAVENEC-HERY, *op.cit.* 456.

³¹³⁹Antoine LYON-CAEN et Tatiana SACHS, *loc.cit.* p.396.

³¹⁴⁰Georges BORENFREUND, *loc. cit.* p.427.

³¹⁴¹Federico. MARTELLONI, « Brève histoire italienne d'un droit du travail -en mode mineur », *Revue de Droit du Travail*, 2013, p.292.

sociale, que le juge devrait désormais donner pleinement sa confiance à l'« *autonomie collective* »³¹⁴²³¹⁴³? Constatons d'abord que face au risque de contentieux, cette dernière serait porteuse de sa propre vision de la « *justice* » intrinsèquement plus proche de la recherche d'une conciliation évolutive des volontés des parties que d'un contrôle d'une norme en rapport avec une série de principes fondamentaux. Néanmoins, admettons que le procédé ne peut entrer en concurrence avec l'institution judiciaire, car le contrôle de la norme conventionnelle par le juge constitue l'incarnation de l'ancrage de l'ordre professionnel à l'ordre normatif étatique. Mais reconnaissons toutefois que le droit négocié exerce une influence certaine sur le droit du travail, et que par conséquent, l'institution judiciaire doit prendre en considération celle-ci. Elle se doit d'en tirer les conséquences afin de mieux ajuster sa posture singulière à l'égard de la norme spécifique que constitue désormais l'accord collectif. Constatons que si le juge ne va pas jusqu'à totalement se désintéresser de la conformité du contenu des accords collectifs noués par l'« *autonomie collective* », il est exact que son regard sur la question a évolué. Il ressort effectivement de la jurisprudence de la Cour de cassation une vision renouvelée sur la place du droit négocié basée sur une formule ambiguë au sujet d'un nouveau statut des organisations syndicales représentatives résultant de la rénovation du label de représentativité³¹⁴⁴. En raison d'une nouvelle « *habilitation* » découlant directement du vote des salariés, le juge considère que l'accord collectif bénéficierait effectivement d'une présomption de conformité à l'ordre juridique étatique pouvant justifier une relative indifférence de sa part. L'acte collectif en question pourrait notamment instaurer certaines différences de traitement entre salariés³¹⁴⁵ sans que le juge ne se soucie de leurs fondements³¹⁴⁶. Il en résulterait également que le droit du travail distinguerait désormais nettement les normes conventionnelles des décisions unilatérales de l'employeur³¹⁴⁷ pour lesquelles le juge maintiendrait un intérêt plus soutenu.

Les regards croisés du juge et de l'« autonomie collective ». Une large partie de la doctrine menée par le professeur Paul-Henri ANTONMATTEI estime que la reconnaissance d'une

³¹⁴²Arnaud MARTINON et Elsa PESKINE, « le juge et le contenu de l'accord collectif-regards croisés », Droit Social, 2017, p.115.

³¹⁴³Laurence PECAUT-REVOLIER, « L'accord et le juge- propos liminaire » Droit Social, 2017, p.96.

³¹⁴⁴Georges BORENFREUND et Françoise FAVENEC HERY, *op.cit.* 456.

³¹⁴⁵Cour de cassation, Chambre sociale, du 27 janvier 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, Publié au bulletin. Selon la formule « *Négociés et signés par des organisations syndicales représentatives investies de la défense des droits et des intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote* ».

³¹⁴⁶Cour de cassation, Chambre sociale, 3 avril 2019, 17-11.970, Publié au bulletin : Le juge pose les limites de cette interprétation.

³¹⁴⁷Alexandre FABRE, « Les négociateurs sociaux, « seuls juges » du principe d'égalité », Droit Social, 2015, p.237.

« *habilitation* » des protagonistes sociaux devrait effectivement entraîner un réel reflux du contrôle judiciaire induisant une véritable liberté de former les dispositifs de leur choix³¹⁴⁸. Dans le même sens, les professeurs Manuela GREVY et Patrick HENRIOT, constatent : « *un conflit de légitimité dont l'autonomie collective sort victorieuse face au juge judiciaire* »³¹⁴⁹. Cette partie des commentateurs considère donc que le juge devrait s'abstenir de procéder à une trop large interprétation des stipulations conventionnelles³¹⁵⁰, ou tout du moins si ces dernières sont bien conformes à l'ordre public ne pas se prononcer au sujet de leur opportunité, sans qu'on sache : « *au demeurant s'il est question d'ordre public social ou absolu* »³¹⁵¹. Cette nouvelle « *habilitation* » serait donc quasiment prétexte à : « *un passage de relais de l'organe judiciaire aux négociateurs sociaux* »³¹⁵²³¹⁵³³¹⁵⁴. Si tel était le cas, cette « *passation de pouvoir* »³¹⁵⁵ reviendrait donc à : « *préférer un bon accord à un mauvais jugement* »³¹⁵⁶³¹⁵⁷. Or, au cours du XX^e siècle, la doctrine s'est peu intéressée à la relation de l'institution judiciaire³¹⁵⁸ et de l'accord collectif ne l'abordant souvent que par le truchement du contentieux³¹⁵⁹. Cet angle mort doctrinal³¹⁶⁰ s'amalgame à un mouvement plus général souhaitant une plus large sécurisation de diverses procédures internes à l'entreprise reposant sur une défiance face à l'aléa des appréciations de la jurisprudence³¹⁶¹.

Par conséquent, envisageons une nouvelle vision judiciaire des relations professionnelles impliquant un intérêt plus fort pour les modalités de formation de l'accord que pour son contenu. Examinons tour à tour la vision de la justice par l'« *autonomie collective* » avant d'inspecter le nouveau regard posé par le juge sur l'accord collectif et les relations professionnelles. Cet examen croisé nous permettra de mieux appréhender leurs évolutions réciproques.

³¹⁴⁸Paul-Henri ANTONMATTEI, *loc.cit.* p.245. Selon l'auteur: « *Tout du moins, si le juge doit maintenir son contrôle de légalité et de l'exécution de l'acte conventionnel, il devrait s'abstenir d'en délivrer l'interprétation de son contenu* ».

³¹⁴⁹Manuela GREVY et Patrick HENRIOT : « Le juge ce gêneur... », *Revue de droit du travail*, 2013, p.173

³¹⁵⁰Christiane CHARBONNIER et Aymeric DUROY, « réaction sur la thématique de la Loi négociée » in « 13 paradoxes du droit du travail », *Semaine Sociale Lamy*- n°1508, 10 octobre 2011.

³¹⁵¹Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

³¹⁵²Elsa PESKINE, *loc.cit.* p.24.

³¹⁵³Manuela GREVY et Patrick HENRIOT, *Ibid.*

³¹⁵⁴Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, *loc.cit.* p.266.

³¹⁵⁵Alexandre FABRE, *loc. cit.* p.477.

³¹⁵⁶Honoré de BALZAC affirmait qu'« *un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès !* ».

³¹⁵⁷Frédéric GUIOMARD, « L'autonomie collective face aux juges- brèves observation sur les effets de la Loi travail » *Revue de droit du travail*, 2016, p.838.

³¹⁵⁸Frédéric GUIOMARD, *Ibid.*

³¹⁵⁹Emmanuelle FILIPETTO, *op.cit.* p.382.

³¹⁶⁰Antoine LYON-CAEN, « Discrète juridiction », *Revue de droit du travail*, 2019, p.217.

³¹⁶¹Emmanuelle FILIPETTO, *op.cit.* p.382.

2.2.1. La conciliation ou le contrôle de l'autorité judiciaire

Commençons par constater que « concilier » n'est pas « juger ». En effet, chaque justiciable a droit un procès équitable garantissant l'accès à l'arbitrage d'un juge et que par voie de conséquence la conciliation ne peut constituer qu'une modalité subsidiaire de résolution des conflits. Il en résulte que le contrôle des dispositions conventionnelles par un juge en référence à une série de grand principe découlant du droit imposé représente un indice de l'intégration de l'accord collectif à l'ordre juridique ainsi que la démonstration de la « *relevance* » de l'ordre socio-professionnel. Néanmoins l'« *autonomie collective* » étend son influence sur le contrôle opéré par le juge qui devient le gardien des différents logiques du procédé de la négociation collective.

L'opposition des notions de « conciliation » et de contrôle judiciaire. Débutons notre examen, par cette question apparemment naïve mais peut être plus profonde qu'il n'y paraît : l'« *autonomie collective* » pourrait-elle contraindre le juge à un rôle de simple observateur³¹⁶²? Admettons qu'elle peut vite conclure que son développement devrait exclure le contrôle par un tiers du contenu de ses conventions³¹⁶³. Ce point de vue peut effectivement entraîner de sa part une réclamation poussant au retrait du contrôle opéré par le juge. Il en résulte donc une première question : la liberté conventionnelle saurait-elle fonctionner sans contrôle judiciaire et préférer une éventuelle conciliation opérée par un tiers ? En réponse, le système de relations professionnelles de négociation collective nord-américain offre la plus éclatante tentative de ne pas recourir à l'institution judiciaire. Elle se singularise par une obligation conventionnelle³¹⁶⁴ indiquant que l'accord collectif comporte des dispositions relatives au règlement des éventuels conflits découlant de son application. Ce type de dispositif envisage tout d'abord une « *procédure de réclamation* »³¹⁶⁵, permettant à un salarié (ou à un groupe de salariés) de saisir directement les signataires de l'accord collectif contre lequel ils peuvent former des griefs. Les auteurs de l'accord collectif conclu ont alors la charge de régler ce conflit individuel (ou collectif) pouvant naître de son interprétation ou de son application. Néanmoins, il s'avère qu'il peut toujours se former une divergence d'interprétation, voire un défaut d'application de l'accord collectif dont peut se plaindre l'un des signataires. Se pose alors la question du recours à un tiers. Selon l'approche nord-américaine des relations professionnelles, un « *arbitre* » peut

³¹⁶²Elsa PESKINE, *loc.cit.* p.24.

³¹⁶³Mais également de l'absence de conclusion.

³¹⁶⁴Xavier BLANC JOUVAN, *loc.cit.* p.179.

³¹⁶⁵Xavier BLANC JOUVAN, *loc.cit.* p.179.

éventuellement se substituer de façon satisfaisante au juge. En cas de difficultés, un conciliateur (ou un médiateur) peut donc être sollicité par les parties afin de trouver une solution à ce différend³¹⁶⁶. Celui-ci a alors la charge de la recherche d'un « *compromis* » sans pouvoir imposer de solution aux différents signataires de l'accord collectif litigieux. En cas d'échec de cette médiation entre les parties prenantes, il faut alors recourir à l'arbitrage d'une tierce personne (arbitre) pour régler ce litige³¹⁶⁷. A la différence du premier procédé (médiation) la sentence de l'arbitre est exécutoire³¹⁶⁸. Envisager le recours à un arbitrage revient donc à confier à un tiers une mission tenant compte de la volonté des parties lors de la formation de l'accord collectif mais également du contexte et notamment du rapport de force issu du différent. Soulignons que ces modalités s'articulent particulièrement bien avec l'éventuel usage de la grève ou du « *lock out* »³¹⁶⁹, car si elles ne font pas partie intrinsèquement du procédé de négociation collective, elles semblent particulièrement bien le prolonger³¹⁷⁰. En effet, ces diverses modalités de résolution du conflit, reposent toutes sur une expression plus ou moins sophistiquée d'un certain rapport de force entre les parties. Par conséquent, il ne s'agit pas uniquement de substituer un « *médiateur* » ou un « *arbitre* » à un juge mais également de modifier les fondements du procédé utilisé. Si cette justice « *procédurale* »³¹⁷¹ est motivée par un souci d'efficacité reposant sur une démarche inductive (des faits au droit) visant notamment à garantir à la norme négociée une capacité de s'adapter en continu à un système complexe constamment évolutif, il s'agit avant tout de chercher une solution pouvant accommoder aux mieux les parties. Par conséquent, ces modalités de « *médiation* » ou d'« *arbitrage* » s'opposent à celles du contrôle de nature juridictionnel correspondant à une appréciation à la fois externe et interne de la norme négociée en rapport avec une série de principes, de droits fondamentaux et valeurs découlant de l'ordre juridique étatique. Pour réaliser sa mission, l'institution judiciaire tient sa légitimité de son habilitation par le système juridique mais aussi de sa position d'extériorité ainsi que de son interposition entre les parties³¹⁷². Ce contrôle opéré de manière impartiale et exercé sur la substance du droit contribue à assurer et maintenir l'équilibre du système des relations professionnelles du fait de sa capacité à diffuser un certain nombre de

³¹⁶⁶ Evelyne JARDIN, *loc.cit.* p.179.

³¹⁶⁷ Cette procédure suspend le droit de grève (ou le lock out). Elle peut être imposée par la Loi ou figurer au sein de l'accord concerné entre les parties.

³¹⁶⁸ Evelyne JARDIN, *loc.cit.* p.179.

³¹⁶⁹ Evelyne JARDIN, *loc.cit.* p.179. Selon l'auteure pendant la période d'exécution de l'accord collectif, la grève est illégale. Ce droit n'est censé s'exercer que durant la période de nouvelle négociation au sujet de l'objet de l'accord collectif. Seules les organisations syndicales accréditées sont en droit d'exercer une grève

³¹⁷⁰ Evelyne JARDIN, *loc.cit.* p.179.

³¹⁷¹ Emmanuelle FILIPETTO, *op.cit.* p.382.

³¹⁷² François OST, « Jupiter Hercule et Hermès. Quel modèle pour un droit post moderne ? », Le Journal des Procès, volume n°179 et 180, 1990, p.14-25.

valeurs pouvant consolider l'ensemble³¹⁷³. Par sa nature, le contrôle du juge s'oppose à une éventuelle procédure de « *médiation* » choisie par les parties prenantes et menée par leurs représentants en raison de la connaissance de leurs difficultés ou de leurs intentions.

La conciliation comme modalité subsidiaire de résolution des conflits. En conclusion de ce point, rappelons que l'article 6-1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, dispose que chaque justiciable a droit un procès équitable garantissant l'accès à l'arbitrage d'un juge³¹⁷⁴³¹⁷⁵, et que par conséquent il ne peut être envisagé l'émergence d'une négociation collective « *loin du juge* »³¹⁷⁶. Cependant, si le recours à celui-ci s'avère donc inévitable, le même texte n'exclut pas que le législateur puisse aménager l'exercice du droit d'agir en justice, sous réserve qu'il ne soit pas atteint dans sa substance même, que les limitations apportées poursuivent un but légitime et que les moyens employés soient raisonnablement proportionnés au but poursuivi³¹⁷⁷. Il en résulte qu'en droit positif interne, le règlement des différends relatifs à l'application des règles conventionnelles peut être le fait de procédures de « *conciliation* » voire aussi d'« *arbitrage* »³¹⁷⁸, mais il s'agit de modalités subsidiaires, alternatives voir résiduelles car en pratique c'est aux juges judiciaires (après parfois la saisine de commissions d'interprétation) qu'il est le plus souvent recouru. Il en ressort donc un choix renvoyant à deux visions distinctes de la « *justice* » associant d'autres ressorts et reposant sur d'autres fondements, car « *contrôler* » n'est pas « *concilier* ».

Le contrôle judiciaire comme indice de l'intégration de l'accord collectif à l'ordre juridique.

Au-delà de l'appréciation différente concernant la notion de « *justice* », considérer l'accord collectif uniquement comme un compromis passé entre protagonistes sociaux duquel le juge devrait se tenir à distance revient également à suggérer que l'ordre conventionnel est susceptible

³¹⁷³ Commissariat général au Plan, Groupe de Travail commun THOMAS (sous la présidence de Laurent DUCLOS), « Pour une prospective des règles de la négociation sociale », Le Quatre pages, n°1, mars 2004, p.1-4. Selon les auteurs « *Il ne peut y avoir de régulation sans "régulateur" ni sans principe, articulé au droit, qui fasse autorité. Autrement dit, on ne peut parler de régulation sans penser la figure du tiers garant (l'État, la Loi, le juge, l'instance de conciliation, etc.). Il appartient en effet à l'instance tierce, quelle qu'elle soit, d'établir ou de décliner les "valeurs" qui constituent un langage commun et, de ce fait, la base du "dialogue" et de la "négociation"* ».

³¹⁷⁴ Manuela GREVY et Patrick HENRIOT, *loc. cit.* p.478.

³¹⁷⁵ Cour Européenne des Droits de l'Homme, GOLDER contre/ ROYAUME UNIE, 21 février 1975, n°4451/70. Le droit d'agir en justice appartient à la catégorie des droits fondamentaux. L'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, affirme le « *droit effectif à un recours* » et la Cour Européenne des Droits de l'Homme précise qu'il figure « *au nombre des principes fondamentaux du droit universellement reconnus* ».

³¹⁷⁶ Marie-France MAZARS, « Le juge s'invite à la négociation », Droit Ouvrier, 2008, p. 282.

³¹⁷⁷ Manuela GREVY et Patrick HENRIOT, *loc. cit.* p.478.

³¹⁷⁸ Article L. 2524-5 du Code du travail .

de constituer un foyer autonome de normes³¹⁷⁹³¹⁸⁰. En écartant sa référence au droit étatique classiquement formé des Lois et des règlements, le droit négocié permettrait l'émergence d'un pluralisme plus radical³¹⁸¹³¹⁸²³¹⁸³³¹⁸⁴³¹⁸⁵, entraînant une « *déjuridicisation du droit du travail* »³¹⁸⁶. En effet, comme nous le savons, il ressort de théories pluralistes, l'hypothèse d'un ordre conventionnel autonome, refermé sur lui-même et concurrençant l'ordre étatique. Or, si la promotion de l'accord collectif devait s'accompagner d'un : « *effacement du contrôle judiciaire des conventions et accords collectifs, l'ordre conventionnel se détacherait de l'ordre juridique et deviendrait même un ordre concurrent* »³¹⁸⁷. Nous savons désormais que les modèles issus de l'Union européenne et du droit interne délivrent des traces indéniables d'un pluralisme « *tempéré* »³¹⁸⁸, fondé sur une « *relevance* »³¹⁸⁹ de l'ordre professionnel à l'ordre étatique³¹⁹⁰³¹⁹¹, passant justement par le truchement du contrôle exercé par les différentes juridictions³¹⁹²³¹⁹³. L'intégration du texte conventionnel à l'ordre juridique lui confère sa juridicité, mais son interprétation échappe alors quelque peu à ses signataires car le règlement de son contentieux est confié à la justice européenne³¹⁹⁴³¹⁹⁵³¹⁹⁶ ou nationale. Cette fonction de contrôle de la légalité des normes conventionnelles par rapport au droit (de l'Union Européenne ou national) constitue à la fois une garantie mais également une restriction de l'« *autonomie collective* »³¹⁹⁷.

³¹⁷⁹Frédéric GEA, *loc.cit.* p.382.

³¹⁸⁰Pascal LOKIEC et Judith ROCHFELD : « l'accord et le juge du travail : le temps des réformes paradoxales » Droit Social, 2017, p.5. Les auteurs demandent si l'on se dirige : « *vers l'autonomie collective, pendant de l'autonomie de la volonté pour le rapport collectif de travail* ».

³¹⁸¹Frédéric GEA, *loc.cit.* p.382.

³¹⁸²Rémy LIBCHABER, « L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit », Librairie Générale de Droit et Jurisprudence -Lextenso, 2013, n° 70, p. 81.

³¹⁸³Jacques VANDERLINDEN, « Les pluralismes juridiques », Paris, Bruylant, collection « Penser le droit », 2013, p. 418.

³¹⁸⁴François OST, « À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités », Paris, Bruylant, collection « Penser le droit », 2016, p.448.

³¹⁸⁵Frédéric GEA, *loc.cit.* p.382.

³¹⁸⁶Tatiana SACHS, « Quand la sécurité juridique se perd dans l'analyse économique », Droit Social, 2015, p.1019.

³¹⁸⁷Frédéric GEA, *loc.cit.* p.382.

³¹⁸⁸Frédéric GEA, *loc.cit.* p.382.

³¹⁸⁹Santi ROMANO, « L'ordre juridique », (traduction de Lucien FRANCOIS et Pierre GOTHOT), *op.cit.* p.48.

³¹⁹⁰Frédéric GEA, *loc.cit.* p.382.

³¹⁹¹Emmanuelle FILIPETTO, *op.cit.* p.382.

³¹⁹²Frédéric GEA, *loc.cit.* p.382.

³¹⁹³Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.360.

³¹⁹⁴Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.360.

³¹⁹⁵Francis KESSLER, « Le droit fondamental à la négociation collective n'existe, en Europe, que sous condition », Droit Social, 2010, p.1233. Pour l'auteur le droit européen reconnaît la négociation collective comme un droit fondamental justifiant des dérogations ou des aménagements du principe de libre concurrence. Mais le juge communautaire contrôle ces éventuels émargements et limite de ce fait l'autonomie collective.

³¹⁹⁶Une clause de l'accord peut éventuellement renvoyer à la faculté de saisir les signataires afin d'obtenir leur interprétation de leurs stipulations, mais il s'agit d'une solution subsidiaire .

³¹⁹⁷Francis KESSLER, *Ibid.*

La démonstration de la « relevance » de l'ordre socio-professionnel. Il s'agit donc d'une double « relevance »³¹⁹⁸ des actes collectifs aux règles européennes et nationales d'ordre public relativisant la réalité de l'autonomie de l'ordre « *socio professionnel* »³¹⁹⁹. Cet agencement du droit constitue bel et bien un modèle qualifiable d'« *autonomie concédée* »³²⁰⁰ ne permettant pas à l'« *autonomie collective* » la velléité de fonder un ordre conventionnel totalement détaché de l'ordre juridique étatique. Si l'ordre conventionnel est « *décentré* »³²⁰¹ du droit étatique, il est validé organisé et agencé par l'Etat, et ne peut par conséquent se passer d'une justice institutionnelle. Par conséquent une large partie de la doctrine peut estimer que : « *l'accord (collectif) sans juge constitue (rait) une dangereuse mystification* »³²⁰² à moins de considérer que : « *l'autonomie normative que l'on prétend conférer aux interlocuteurs sociaux suffise à justifier la mise à l'écart du juge* »³²⁰³. Il s'avère que : « *même si le caractère collectif de l'accord offre davantage de garanties, qui dit conventionnel ne dit forcément juste* »³²⁰⁴. Il serait regrettable pour notre Etat de droit que l'entreprise devienne une : « *forteresse, un lieu clos soustrait au regard des juges* »³²⁰⁵. Par conséquent, il faut donc admettre que : « *le législateur entend respecter une autonomie conventionnelle et la faire respecter par voie de conséquences par les juges* »³²⁰⁶. Une large partie de la doctrine s'oppose donc à une autonomisation de l'ordre conventionnel passant par un éloignement du contrôle du juge³²⁰⁷. Si la réception au sein de l'ordre juridique étatique des dispositions négociées par les parties prenantes constitue le véritable point d'amarrage entre ces deux ordres³²⁰⁸, alors leur éventuel contrôle juridictionnel apparaît comme l'authentique point de passage entre ces deux ordres juridiques. Par

³¹⁹⁸Santi ROMANO, « L'ordre juridique », (traduction de Lucien FRANCOIS et Pierre GOTHOT), *op.cit.* p.48.

³¹⁹⁹Christophe VIGNEAU, *loc.cit.* p.360. Cette « relevance » se retrouve également dans le modèle juridique de l'Union Européennes au sein duquel il n'existe pas non plus de structure paritaire « *ad hoc* » pouvant éventuellement procéder à une interprétation voir juger d'un éventuel contentieux relatif à un accord collectif.

³²⁰⁰Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11. L'auteure définit l'« *autonomie concédée* » comme une forme originale de subsidiarité qui a pour objet de substituer un dialogue communautaire à la régulation institutionnelle. La subsidiarité est un principe de droit européen s'imposant à l'autorité publique et qui l'amène à exercer ses fonctions ou ses compétences en second ordre, c'est-à-dire qu'après avoir constaté qu'une autre autorité publique ou qu'une personne privée n'était pas en mesure de les remplir adéquatement ou ait renoncé à la faire. L'action de la commission est subordonnée à l'inaction des partenaires sociaux.

³²⁰¹Emmanuelle FILIPETTO, *op.cit.* p.382.

³²⁰²Frédéric GEA, *loc.cit.* p.382.

³²⁰³Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

³²⁰⁴Pascal LOKIEC et Judith ROCHFELD, *loc.cit.* p.482.

³²⁰⁵Manuela GREVY et Patrick HENRIOT, *loc. cit.* p.478.

³²⁰⁶Frédéric GUIOMARD, « L'intervention des juges dans la vie conventionnelle », in « La négociation collective à l'heure des révisions » (ouvrage collectif sous la direction de Georges BORENFREUND, Antoine LYON-CAEN, Marie-Armelle ROTHSCHILD SOURIAU et Isabelle VACARIE), Paris, Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2005, p.115.

³²⁰⁷Frédéric GEA, *loc.cit.* p.382.

³²⁰⁸Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46

conséquent, il s'agit du plus indéniable marqueur d'un pluralisme juridique « *tempéré* »³²⁰⁹ car : « *cessant d'être abandonnée à l'autonomie collective, l'exercice du droit à la négociation collective relève désormais à des degrés divers du contrôle judiciaire ou administratif* »³²¹⁰. Néanmoins, si le contrôle de la norme conventionnelle par le juge constitue l'incarnation de l'ancrage de l'ordre professionnel à l'ordre normatif étatique, il faudrait tout de même prendre garde à ne pas installer entre eux un « *rapport de concurrence inapproprié* »³²¹¹.

L'influence de l' « autonomie collective » sur le contrôle judiciaire. Par conséquent, la vision « *procédurale* » de la justice développée par l'« *autonomie collective* » a-t-elle vocation à rentrer en conflit avec l'institution judiciaire ou peut-elle se combiner avec celle-ci ? Si l'irruption d'un tiers dans la sphère de l'autonomie des protagonistes sociaux peut toujours susciter une défiance, il semble qu'il puisse exister une place pour un contrôle judiciaire sans que pour autant le juge n'impose à la négociation collective la marque de ses propres conceptions³²¹²³²¹³. Selon cette approche doctrinale, il n'existe donc pas d'obstacle juridique au développement de la négociation collective sous contrôle judiciaire. En effet, si la justice institutionnelle est bien chargée du contrôle de la conformité des normes négociées aux principes fixés par l'ordre juridique étatique, elle est également responsable de la surveillance du fonctionnement de l'ensemble constitué par les deux ordres juridiques en question. En ce sens, elle se trouve également garante d'un certain nombre de valeurs véhiculées par l'ordre juridique professionnel. En l'occurrence, il apparaît donc qu'émerge un nouveau modèle de droit du travail résultat de la combinaison du droit imposé et du droit négocié. Par conséquent, la place centrale du droit négocié au sein du droit du travail a une influence directe sur le fonctionnement de l'institution judiciaire. Les contraintes et valeurs drainées par la négociation collective ainsi que les exigences et le rayonnement de l'accord collectif ont un effet amenant le juge à modifier les modalités de son office. En effet, la négociation collective modifie la substance du droit du travail et par ce biais influence également la façon de la contrôler et de l'interpréter par l'institution judiciaire qui doit désormais tenir compte d'un contexte évolutif et de la réalité de la volonté des parties³²¹⁴. Le juge n'est pas un spectateur passif, il se doit

³²⁰⁹Frédéric GEA, *loc.cit.* p.382.

³²¹⁰Marie-Armelle ROTSCCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

³²¹¹Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

³²¹²Marie-Armelle ROTSCCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

³²¹³Emmanuelle FILIPETTO, *op.cit.* p.382.

³²¹⁴Il résulte un recul de l'importance du respect de l'ordre public mais un attachement plus net aux règles de procédure.

d'accompagner les évolutions juridiques (sans les subir), et par conséquent, trouver la meilleure conciliation de ces deux visions de la justice.

La détermination du juge en charge du contrôle de l'accord collectif. Par conséquent, poursuivons par la question relative à la détermination du juge en charge de ce contrôle. En effet, il n'existe ni évidence ni unité au sujet de la diversité des contentieux relatifs à l'accord collectif. Souvenons-nous d'abord qu'autrefois le système de relations professionnelles avait pour centre de gravité la convention collective de branche pouvant faire l'objet d'un éventuel arrêté d'extension. La question s'était donc posée de savoir s'il revenait au juge judiciaire ou administratif de traiter les contentieux relatifs aux normes conventionnelles dont le rayonnement dépendait d'un acte administratif. Selon le Tribunal des conflits : « *l'autorité judiciaire a seule qualité pour déterminer, en cas de litige, le sens et la portée des conventions collectives de travail* »³²¹⁵³²¹⁶³²¹⁷, et de son côté le Conseil d'Etat a reconnu qu'en cas de difficultés d'interprétation il se devait de sursoir à statuer³²¹⁸. A plusieurs reprises, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de rappeler que la juridiction administrative saisie d'un recours pour excès de pouvoir contre un arrêté d'extension à l'appui duquel était invoqué la nullité de l'acte conventionnel devait renvoyer à l'autorité judiciaire le soin d'examiner cette question préjudicielle en raison du caractère contractuel de droit privé de la convention collective de travail³²¹⁹. Il en ressort donc qu'au sein de l'ordre judiciaire, le Tribunal judiciaire est en principe compétent au sujet d'une demande principale concernant le contentieux collectif relatif aux normes conventionnelles. Il est également bien compétent pour éventuellement prononcer l'annulation des stipulations conventionnelles du fait de leur contrariété avec la Loi, d'imposer leur application à l'un des signataires récalcitrants ou encore d'intervenir en cas de divergences d'interprétation. Il en découle donc que le juge judiciaire de droit commun est en charge des trois branches du contentieux (annulation, exécution et interprétation), même s'il existe de

³²¹⁵Conseil d'Etat, arrêt du 7 mars 1986, requête n° 48455, mentionné aux tables du recueil Lebon.

³²¹⁶Tribunal des Conflits 15 décembre 2008, n° C3662, Publié au recueil Lebon.

³²¹⁷Emmanuelle FILIPETTO, *op.cit.* p.382.

³²¹⁸Conseil d'Etat, arrêt du 4 mars 1960, requête n° 39554, Publié au recueil Lebon.

³²¹⁹Conseil d'Etat, arrêt du 3 Février 1967, requête n° 45450, Publié au recueil Lebon, 14 novembre 1980, requête. n° 19957, Publié au recueil Lebon et 8 septembre 1995, requête n° 72780, Publié au recueil Lebon.

multiples exceptions à ces règles générales de compétence que nous retrouverons au long de l'examen de notre sujet d'intérêt³²²⁰³²²¹³²²².

Les différentes branches du contentieux de l'accord collectif. Soulignons que l'action en interprétation de l'accord collectif³²²³ peut se confondre avec les contentieux relatifs de la violation ou l'annulation des stipulations conventionnelles sans cependant lui en être réductible³²²⁴³²²⁵. En effet, l'efficacité des accords collectifs suppose qu'ils soient juridiquement valides tandis que le constat de la violation des stipulations conventionnelles dépend quant à lui du sens donné à ces dernières. Par conséquent, si contrôler la légalité d'un accord collectif revient à vérifier sa licéité au regard d'un certain référentiel³²²⁶, l'interprétation est l'opération du juge qui consiste à donner un sens à une stipulation litigieuse. Il en résulte bien que si « contrôler » et « interpréter » sont intrinsèquement liés, la seconde opération renvoie à la notion d'authenticité donc par voie de conséquence à la volonté originare des parties. Remarquons que si cette action relève effectivement de la compétence du juge judiciaire³²²⁷, elle est en principe réservée aux signataires de l'accord collectif dont l'un d'entre eux a pu juger nécessaire de solliciter l'interprétation de ce dernier³²²⁸³²²⁹. A l'évidence le juge ne s'autosaisit pas³²³⁰. Par ailleurs les statistiques judiciaires n'expriment pas une très forte intervention du juge dans l'ordre socio-professionnel. Cependant les arrêts de la Cour de cassation peuvent tout de même avoir une portée bien plus large au-delà du faible nombre du

³²²⁰Cour de cassation, Chambre criminelle, du 14 février 1978, n°76-93.406, Publié au bulletin, du 4 avril 1991, n°88-84.270, n°89-85.536, n°89-83.204, Publié au bulletin et 5 mars 2013, 11-83.984, Publié au bulletin. Le juge pénal a estimé que la violation d'un accord collectif au sens de l'ancien article L. 153-1 pouvait être pénalement sanctionnée comme s'il s'agissait d'une violation de la Loi elle-même Cette interprétation d'origine prétorienne était particulièrement audacieuse à l'aune du principe de la légalité des délits et des peines. Mais elle fait désormais partie intégrante du droit positif.

³²²¹Articles R. 2263-3 et R. 2263-4 du Code du travail.

³²²²Décision du Conseil constitutionnel n° 82-127 du 10 novembre 1982.

³²²³Fondée sur la base de l'article L.2262-11 du Code du travail.

³²²⁴Emmanuelle FILIPETTO, *op.cit.* p.382. L'auteure distingue le contrôle de l'interprétation de la norme conventionnelle du contrôle de sa bonne application. Ces opérations s'articulent l'une à l'autre et s'influencent néanmoins elle ne se confondent pas.

³²²⁵En effet, l'interprétation des stipulations conventionnelles n'est pas toujours de façon évidente dissociable du contentieux de l'exécution et de l'annulation.

³²²⁶Emmanuelle FILIPETTO, *op.cit.* p.382.

³²²⁷Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 21 novembre 2012, 11-15.057, Publié au bulletin.

³²²⁸Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 3 mai 2007, 05-12.340, Publié au bulletin.

Concernant l'action en défense de l'intérêt collectif de la profession celle-ci peut dorénavant être introduite par un syndicat, signataire ou non, et cela quel que soit le type de convention et d'accord dont l'exécution est litigieuse

³²²⁹Cour de cassation, Chambre sociale, du 6 décembre 1979, 78-11.562, Publié au bulletin.

³²³⁰Jean-Yves FROUIN, « Les juges et la vie conventionnelle », in « La négociation collective à l'heure des révisions » (ouvrage collectif sous la direction de Georges BORENFREUND, Antoine LYON-CAEN, Marie-Armelle -ROTSCHILD SOURIAU et isabelle VACARIE), Paris, Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2005, p.115

contentieux en question³²³¹. Il n'y a donc pas de hasard à ce que l'action en interprétation soit considérée comme la plus controversée, car incarnant l'ingérence du juge au sein des stipulations formées par les parties prenantes tout en ayant un retentissement au-delà du litige les opposant. Il en résulte la question suivante : si l'accord collectif ne peut être exclu d'un éventuel contrôle juridictionnel, son interprétation est-elle forcément opérée par un juge de droit commun ? Il s'avère que si le système de relations professionnelles anglais a repoussé loin la régulation étatique de l'activité normative des protagonistes sociaux, ce phénomène : « *n'a pu prendre son essor qu'en s'appuyant sur la promotion de juridictions spécialisées qui ont pu donner tout leur poids aux accords collectifs à l'abri de l'application de la Common Law par les juridictions de droit commun* »³²³². Il pourrait donc être envisagé selon certaines modalités particulières de confier l'interprétation des normes conventionnelles à un juge spécial, ou encore, d'associer les représentants des parties prenantes à l'interprétation des stipulations litigieuses. Admettons sur ce point qu'en droit interne, la Cour de cassation reconnaît au bénéfice du Conseil des prud'hommes une aptitude à interpréter de manière extensive des prévisions légales, permettant à cette juridiction de connaître des contentieux dont la solution repose sur une interprétation des stipulations conventionnelles litigieuses de la convention collective³²³³. Il en découle qu'une importante partie du contentieux de l'interprétation est aspirée par cette juridiction spécifique et paritaire issue de l'ordre socio-professionnel. Néanmoins, il apparaît que cette relative appropriation de ce contentieux paraissait bien insuffisante aux protagonistes sociaux.

Les difficultés d'interprétation de la norme conventionnelle. En effet, les signataires de la position commune de 2001³²³⁴ estimaient que l'appréciation du contenu des accords collectif devait rester de leur seule compétence car : « *si le conflit soulevait une question d'interprétation de l'accord, le tribunal devrait saisir au préalable une commission paritaire d'interprétation de l'accord, composée des représentants des parties signataires* »³²³⁵. Par conséquent, dans le sillage de cette sollicitation, il avait donc été suggéré de réduire le contrôle du juge à l'égard de

³²³¹Frédéric GUIOMARD, *op.cit.* p.483.

³²³²Frédéric GUIOMARD, *loc.cit.* p.471.

³²³³Cour de cassation, Chambre sociale, du 10 mars 1965, 60-40.177, Publié au bulletin.

³²³⁴Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective.. Selon ce texte : « *Les conflits nés de l'application des accords conclus, continueraient de relever de la compétence des tribunaux judiciaires* ».

³²³⁵Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective.. Selon ce texte : « *Les conflits nés de l'application des accords conclus, continueraient de relever de la compétence des tribunaux judiciaires* ».

la norme conventionnelle³²³⁶ ou tout du moins de lui assigner une fonction subsidiaire le contraignant obligatoirement à saisir une commission paritaire d'interprétation et suivre ses interprétations³²³⁷. Si cette démarche a quelque peu été critiquée par une autre partie de la doctrine³²³⁸³²³⁹, la Cour de cassation ne semblait pas s'y opposer³²⁴⁰³²⁴¹. En effet, en droit positif, la justice peut désormais recourir au service de ce type de commissions paritaires d'interprétation³²⁴²³²⁴³³²⁴⁴ qu'elle peut saisir à sa guise afin qu'elle l'éclaire au sujet de l'intention des parties prenantes³²⁴⁵³²⁴⁶. En définitive, l'avis en question ne lie pas le juge³²⁴⁷³²⁴⁸³²⁴⁹, qui peut donc s'en écarter³²⁵⁰, mais rien ne lui interdit de faire sienne l'interprétation proposée³²⁵¹. Cependant, si ce type de commissions peut fournir une interprétation féconde des stipulations conventionnelles litigieuses, il peut sembler illusoire d'imaginer que : « *la prévalence de l'interprétation conventionnelle sécurisera davantage les accords collectifs* »³²⁵². En effet, constatons que le droit interne a beaucoup tâtonné en la

³²³⁶Jean Frédéric POISSON et Marc BIEHLER, *loc.cit.* p.116.

³²³⁷Rapport au ministre des Affaires sociales et de la solidarité sous la direction Miche DE VIRVILLE, « Pour un Code du travail plus efficace » Paris, (Rapport officiel), La Documentation française, Collection des rapports officiels, 2004, p.117.

³²³⁸Frédéric GUIOMARD, *op.cit.* p.483.

³²³⁹Jean-Yves FROUIN, *op.cit.* p.486.

³²⁴⁰Rapport annuel de la Cour de cassation, « Le Temps », La documentation française, 2014, p.768. La Cour de cassation proposait justement de recourir à l'interprétation d'une commission professionnelle. Toutefois, il n'est pas dit qu'elle soit prête à se délester de son rôle d'interprète des conventions collectives. Elle suggère ainsi « *d'instituer une procédure de saisine pour avis de la chambre sociale de la Cour de cassation pour les questions de droit nouvelles, sérieuses et se posant dans de nombreux litiges, qui trouvent leur source dans une convention ou un accord collectif de travail* ».

³²⁴¹Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

³²⁴²Article L2232-9 du Code du travail et L411-1 du Code de l'organisation judiciaire. La Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016). La Loi du 6 août 2015 a tout d'abord ouvert la possibilité pour les juridictions de l'ordre judiciaire de solliciter l'avis de la Cour de cassation avant de statuer sur l'interprétation d'une convention collective présentant une difficulté sérieuse se posant dans de nombreux litiges. Puis par le biais du vote de la Loi n°2016-1088 du 8 août 2016, le législateur a franchi un cap supplémentaire en permettant à la juridiction compétente de saisir directement la commission paritaire permanente de la branche professionnelle pour obtenir un tel avis. La compétence du juge en la matière est d'ordre public. Les avis des commissions professionnelles ne lient pas le juge. A l'exception des avenants interprétatifs signés à l'unanimité des parties.

³²⁴³Emmanuelle FILIPETTO, *op.cit.* p.382. L'auteure considère que l'interprétation ne peut pas être issue des parties prenantes mais doit venir d'acteurs professionnels mais extérieur à l'accord.

³²⁴⁴Arnaud MARTINON et Elsa PESKINE, *loc. cit.* p.470.

³²⁴⁵Cour de cassation, Chambre sociale, du 18 juin 1970, 69-40.331, Publié au bulletin et du 30 juin 2004, 02-41.518, Inédit.

³²⁴⁶Certaines clauses conventionnelles prévoient que pendant la durée de la saisine de la commission, et jusqu'à la date de la notification du procès-verbal de sa décision, les parties signataires ou adhérentes s'engagent à ne pas mettre en œuvre une procédure contentieuse.

³²⁴⁷Cour de cassation, Assemblée plénière, du 6 février 1976, 74-40.223, Publié au bulletin et Chambre sociale, du 11 octobre 1994, 90-41.818, Publié au bulletin.

³²⁴⁸Frédéric GEA, *loc.cit.* p.382.

³²⁴⁹Pascal LOKIEC et Judith ROCHFELD, *loc.cit.* p.482.

³²⁵⁰Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 23 janvier 2008, 06-41.536, Publié au bulletin.

³²⁵¹Cour de cassation, Chambre sociale, du 12 novembre 2002, 99-45.882 00-40.295 00-40.232, Publié au bulletin.

³²⁵²Arnaud MARTINON et Elsa PESKINE, *loc. cit.* p.470.

matière, car comme nous le savons il a plusieurs fois révisé les différentes missions et prérogatives des commissions professionnelles de branches sans véritablement trouver une formule définitive. Il ressort de ces diverses expériences que les membres professionnels de ces instances ne sont pas plus à l'aise que le juge pour fournir une interprétation du texte conventionnel litigieux³²⁵³. En effet, par essence fruit de compromis, les stipulations conventionnelles sont généralement marquées par le sceau d'une obscurité habile. Les signataires d'un accord collectif peuvent sciemment conclure des stipulations opaques ou encore éluder la conclusion de certaines clauses afin de permettre à la négociation collective d'aboutir tout en renvoyant à plus tard le règlement d'un point litigieux. Les signataires se ménagent ainsi la possibilité d'une discussion ultérieure au sujet de l'interprétation de la stipulation en question. Par le biais de ce calcul, la menace, (ou le recours effectif) au juge judiciaire peut tout à fait entrer dans l'équation posée par l'auteur de cette stratégie³²⁵⁴. Il en ressort que dans cette hypothèse, les méthodes d'interprétation civilistes peuvent alors se révélées vaines³²⁵⁵ ou apparaître comme inadéquates car pouvant avoir pour effet de mettre en cause l'équilibre conventionnel. Par ailleurs, la démarche consistant à saisir une commission interprétative ne peut avoir pour effet de satisfaire l'ensemble des parties prenantes³²⁵⁶. En effet, cette dernière devant trancher en faveur d'une ou l'autre des interprétations prend toujours le risque de mettre en cause le fragile équilibre de l'accord collectif en le sortant d'une forme d'ambiguïté. Par conséquent, que l'institution judiciaire fasse recours (ou non) à ce type d'interprétation des stipulations conventionnelles par les protagonistes sociaux, il semblerait ainsi largement admis qu'il ne relève plus de l'office du juge de contrôler de la pertinence des diverses stipulations contractuelles et de trop « *s'insinuer dans l'accord au point de rompre l'équilibre contractuel* »³²⁵⁷.

³²⁵³ Arnaud MARTINON et Elsa PESKINE, *loc. cit.* p.470.

³²⁵⁴ Sophie NADAL, « À propos des récentes péripéties de l'ANI du 11 janvier 2008 », *Revue de Droit de Travail*, 2009, p.323. Tel fut par exemple le cas s'agissant des clauses relatives à l'indemnité de référence dans l'hypothèse de la rupture du contrat de travail d'un commun accord, indemnité prévue par l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008.

³²⁵⁵ Gérard VACHET, « L'interprétation des conventions collectives », *La Semaine juridique*, n° 45, 1992, p.186.

³²⁵⁶ Arnaud MARTINON et Elsa PESKINE, *loc. cit.* p.470.

³²⁵⁷ Arnaud MARTINON et Elsa PESKINE, *loc. cit.* p.470.

2.2.2. Le juge garant de la négociation collective

Constatons donc au point suivant que s'il existe bien un recul du contrôle du juge³²⁵⁸, celui-ci se singularise par un mouvement correspondant à une action du Législateur. Par le biais de divers moyens et sous diverses formes, celui-ci a tendance à protéger l'« *autonomie collective* » en restreignant l'intervention du juge judiciaire dans plusieurs domaines du droit du travail³²⁵⁹³²⁶⁰³²⁶¹³²⁶²³²⁶³. Mais il s'agit également d'une volonté de retrait du juge de son propre chef motivée par le nouveau regard qu'il porte sur l'accord collectif ainsi que sur les relations professionnelles.

La réduction par la Loi du contrôle judiciaire de la convention. Commençons par l'examen de la portée de ces diverses reformes législatives difficilement mesurables³²⁶⁴ car s'inscrivant dans un contexte général de mutations du contrôle judiciaire. Cette mise à l'écart du juge prend plusieurs formes au sein des différents dispositifs légaux³²⁶⁵³²⁶⁶. Elle peut consister en un évitement total ou une simple restriction³²⁶⁷. Cette limite peut porter sur le contenu même de l'accord collectif³²⁶⁸ ou sur ses actes subséquents. Il apparaît qu'en droit du travail, la Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013³²⁶⁹ relative à la sécurisation de l'emploi, a sans doute marqué un tournant en la matière³²⁷⁰. En effet, la restriction du contrôle du juge sur le contenu de l'accord collectif relatif au plan de sauvegarde de l'emploi illustre bien le premier chemin emprunté par

³²⁵⁸Rappelons que ce mouvement a d'abord pour fondement une volonté générale de sécurisation des actes juridiques repoussant les éventuels aléas des décisions de justices impliquant un retrait du contrôle sans rapport immédiat avec la négociation collective.

³²⁵⁹Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi (JORF n°0138 du 16 juin 2013) fondée sur la base de l'Accord National Interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013.

³²⁶⁰Loi n°73-680 du 13 juillet 1973 modification du Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée (JORF du 18 juillet 1973). Elle avait reconnu le principe du contrôle judiciaire sur la cause du licenciement. Or, le contrôle du juge se voit désormais endiguer sur le fondement de la conclusion d'un accord collectif. Cette procédure est désormais sous l'emprise du contrôle de légalité de l'administration, et l'éventuelle intervention du juge n'est envisagé qu'ultérieurement. En la matière, le législateur donne sa préférence à un contrôle de l'administration afin d'éloigner celui du juge judiciaire.

³²⁶¹Frédéric GUIOMARD, *loc.cit.* p.471.

³²⁶²Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

³²⁶³Frédéric GUIOMARD, *op.cit.* p.483.

³²⁶⁴Frédéric GUIOMARD, *op.cit.* p.483.

³²⁶⁵Frédéric GEA, *loc.cit.* p.382.

³²⁶⁶Emmanuelle FILIPETTO, *op.cit.* p.382.

³²⁶⁷Emmanuelle FILIPETTO, *op.cit.* p.382.

³²⁶⁸Dans le premier cas le législateur intervient à de nombreuses reprises pour corriger les jurisprudences établies par l'institution judiciaires (ex : régime d'équivalence et régime de l'astreinte). Selon une seconde manière, la Loi confère une présomption de légalité aux stipulations conventionnelles.

³²⁶⁹Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi (JORF n°0138 du 16 juin 2013).

³²⁷⁰Emmanuelle FILIPETTO, *op.cit.* p.382

le législateur (restriction du contrôle judiciaire)³²⁷¹³²⁷²³²⁷³. D'une seconde manière la Loi limite l'action opérée par le juge en restreignant le contrôle des actes subséquents de l'accord collectif³²⁷⁴. Il s'agit notamment des conséquences déjà étudiées et liées au refus du salarié d'appliquer les stipulations découlant de l'accord collectif³²⁷⁵ pour lesquelles le législateur rogne la portée du contrôle judiciaire au sujet de la cause du licenciement. Enfin en troisième lieu, l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017³²⁷⁶ organise l'évitement du contrôle judiciaire consistant « *à ne laisser aucune prise à l'appréciation du judiciaire* »³²⁷⁷. Elle dispose par exemple de la validité présumée des accords collectifs concernant le travail de nuit³²⁷⁸, mais de façon bien plus large³²⁷⁹ elle procède à une importante « *sécurisation des accords collectifs* » par le biais de la limitation des possibilités d'annulation, en consacrant une « *présomption de légalité* »³²⁸⁰ et en encadrant strictement les délais de saisine du juge³²⁸¹. Désormais toute demande d'annulation d'un accord collectif doit être introduite dans le délai de deux mois à compter de sa publicité³²⁸² car au-delà, il est considéré comme purgé de tout vice³²⁸³. Il s'avère que l'une des principales difficultés en matière d'annulation des conventions et des accords collectifs tenait à ses conséquences. En effet, si le juge peut décider d'expurger

³²⁷¹Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi (JORF n°0138 du 16 juin 2013). La Loi en question instaure une distinction entre le plan unilatéral de l'employeur faisant l'objet d'une éventuelle « *homologation* » après un contrôle approfondi de l'administration, alors que l'accord collectif fait l'objet d'une « *validation* » et d'un contrôle restreint.

³²⁷²Le juge administratif doit se contenter d'un contrôle restreint s'assurant uniquement de la présence dans le plan des mesures obligatoires prévues par la Loi.

³²⁷³Articles L1233-61 et L233-63 du Code du travail.

³²⁷⁴Emmanuelle FILIPETTO, *op.cit.* p.382.

³²⁷⁵Les différents accords collectifs spécifiques : les accords de maintien de l'emploi, les accords de préservation ou de développement de l'emploi, ou encore les accords de performances collectives.

³²⁷⁶Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail (JORF n°0223 du 23 septembre 2017).

³²⁷⁷Frédéric GEA, *loc.cit.* p.382.

³²⁷⁸Article L3122-15 du Code du travail : « *Un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord collectif de branche peut mettre en place, dans une entreprise ou un établissement, le travail de nuit, au sens de l'article L. 3122-5, ou l'étendre à de nouvelles catégories de salariés..... Cette convention ou cet accord collectif est présumé négocié et conclu conformément aux dispositions de l'article L. 3122-1* ».

³²⁷⁹Article L.2262-14 du Code du travail.

³²⁸⁰Article L.2262-13 du Code du travail. Il appartient à celui qui conteste la légalité d'une convention ou d'un accord collectif de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent. L'article L2262-13 du Code du travail met en place une présomption simple de légalité imposant la charge de la preuve aux demandeurs.

³²⁸¹Article L.2262-14 du Code du travail. Toute action en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif, doit à peine d'irrecevabilité, être engagée dans un délai de deux mois à compter de la notification ou de la publication de l'accord collectif.

³²⁸²Article L.2262-14 du Code du travail. Les dispositions du présent article s'appliquent aux conventions ou accords conclus postérieurement à la date de publication de l'Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017.

³²⁸³Toutefois le recours du salarié au Conseil des Prud'hommes demeure possible. Par ailleurs, la saisine du Tribunal du Judiciaire par les organisations syndicales représentatives pour exception d'illégalité est toujours possible.

la clause litigieuse du reste de l'accord collectif³²⁸⁴, cette extraction peut éventuellement avoir pour effet de bouleverser l'économie générale de l'accord conclu. Cette opération pouvant avoir pour conséquence de priver les salariés d'un avantage³²⁸⁵³²⁸⁶, le juge peut désormais décider que son annulation ne vaut que pour l'avenir afin de ne pas compromettre les situations résultant de l'application de l'accord collectif avant son annulation. Néanmoins la prescription de la nullité de l'accord collectif soulève diverses objections. En effet compte tenu de sa nature réglementaire, le recours à son encontre ne devrait pas être enfermé dans un certain délai et devrait être ouvert à toutes personnes concernées pour des raisons tenant à la fois de son contenu et aux modalités de sa formation³²⁸⁷. Quoiqu'il en soit par ces trois moyens le législateur limite grandement l'office du juge au sujet de l'accord collectif ou des décisions découlant de son application.

La représentation de la convention et la réduction par le juge de son contrôle. Constatons donc que s'il existe un recul du contrôle judiciaire de l'accord collectif, ce mouvement a bien été précédé d'un certain nombre d'évolutions législatives, mais que ce phénomène a également été opéré par son acteur principal de son propre chef. Or, il se révèle que la portée ainsi que les modalités du contrôle du juge dépendent directement de la représentation qu'il se fait de la nature l'accord collectif de travail³²⁸⁸³²⁸⁹³²⁹⁰ ainsi que des relations professionnelles. Par ailleurs, les métamorphoses du droit de la négociation collective et la centralité conférée à l'accord collectif dans les sources du droit du travail influent sur la représentation que celui-ci se fait justement de l'accord collectif³²⁹¹. Nous savons que la notion d'accord collectif est à l'origine d'une intense controverse doctrinale au sujet de sa nature au point de se demander : « si elle a été fructueuse et porteuse de nouveaux concepts juridiques éclairant ou bien si

³²⁸⁴Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 16 décembre 2008, 07-43.875, Publié au bulletin.

³²⁸⁵Cour de cassation, Chambre sociale, du 9 avril 1996, 92-43.840, 92-43.841, Inédit.

³²⁸⁶Article L2262-15 du Code du travail. En cas d'annulation par le juge de tout ou partie d'un accord ou d'une convention collective, celui-ci peut décider, s'il lui apparaît que l'effet rétroactif de cette annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, que l'annulation ne produira ses effets que pour l'avenir ou de moduler les effets de sa décision dans le temps, sous réserve des actions contentieuses déjà engagées à la date de sa décision sur le même fondement.

³²⁸⁷Marie-Laure MORIN, *op.cit.* 449.

³²⁸⁸Laurence PÉCAUT-RIVOLIER, *loc.cit.* p.199.

³²⁸⁹Elsa PESKINE, *loc.cit.* p.24.

³²⁹⁰Laurence PÉCAUT-RIVOLIER, *loc.cit.* p.199.

³²⁹¹Emmanuelle FILIPETTO, *op.cit.* p.382. Selon l'auteure : « Dès sa reconnaissance par la jurisprudence l'accord collectif de travail a été appréhendé par le juge à travers les figures du contrat et de la Loi. Une représentation duale s'est installée avec l'idée que ces dimensions-contractuelle et légale-ne pouvaient s'enchevêtrer, qu'il existait une frontière étanche entre elles. Mais les mutations du droit de la négociation collective ont entraîné un dépassement de ce clivage ».

l'ensemble des polémiques et des concepts sophistiqués qui en ont découlé n'ont pas eu pour effet d'obscurcir la situation »³²⁹². En tout état de cause, il apparaît que la doctrine reste ambivalente au sujet la nature de l'accord collectif : « *tantôt assimilé à un contrat tantôt assimilé à la Loi, deux catégories pourtant fortement éloignées l'une de l'autre* »³²⁹³. Or, cette oscillation doctrinale entre ces deux pôles³²⁹⁴, ne recouvrant pas uniquement des enjeux théoriques, n'apporte pas suffisamment de lumière à l'office du juge qui par conséquent les épouse l'une et l'autre³²⁹⁵³²⁹⁶³²⁹⁷. En effet, s'il conçoit l'accord collectif selon sa nature légale (ou réglementaire) le juge s'attachera à en faire une interprétation littérale et contrôlera sa conformité à une série de principes fondamentaux tout en se fixant sur la sanction de leur violation³²⁹⁸. Cependant, s'il envisage la nature contractuelle de l'accord collectif son interprétation penchera du côté de l'intention des parties, et il se concentrera sur un contrôle d'une éventuelle dénaturation de clauses conventionnelles fixées entre ces derniers. De façon historique le juge suit les mouvements de balancier de la doctrine en matière d'interprétation des stipulations conventionnelles litigieuses. Ainsi à ses prémisses l'accord collectif était envisagé de concert par la doctrine et la jurisprudence comme un simple contrat³²⁹⁹³³⁰⁰³³⁰¹, puis

³²⁹²Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

³²⁹³Laurence PÉCAUT-RIVOLIER, *loc.cit.* p.199.

³²⁹⁴Laurence PÉCAUT-RIVOLIER, *loc.cit.* p.199.

³²⁹⁵Sous l'influence du professeur Paul DURAND, la doctrine reconnaissait bien volontiers la nature duale de l'accord collectif, mais continuait d'interpréter ses stipulations à la manière d'un contrat, c'est-à-dire en recherchant les intentions des parties. Une forme de synthèse semble donc, s'imposer, même si elle fait toujours l'objet de nouvelles discussions. L'accord collectif serait un contrat au stade de sa formation mais serait un règlement au stade de son exécution. Toutefois certains auteurs peuvent percevoir une dimension réglementaire dans le processus de formation ainsi qu'une dimension contractuelle dans son exécution Enfin une troisième approche consiste à identifier au sein de l'accord collectif des clauses ayant soit une nature contractuelle soit une nature réglementaire.

³²⁹⁶Jacques BARTHELEMY, *loc.cit.* p.106. Selon l'auteur la nature de l'accord change « *en fonction du niveau mais aussi peut être de l'objet de l'accord* ».

³²⁹⁷Jean-Maurice VERDIER, Alain COEURET et Marie-Armelle SOURIAU, « Droit du Travail », Vol 1, Rapports collectifs, Mémentos Dalloz, 15^e édition, 2009, p.260. Les auteurs préfèrent nuancer leur approche de l'accord collectif en considérant qu'il constitue principalement un contrat lors de sa formation et produit essentiellement les effets d'un règlement lors de son exécution.

³²⁹⁸Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46.

³²⁹⁹Arrêt de la Cour de cassation du 15 février 1921 confirmé une décision Tribunal Civil de la Seine en date du 23 juin 1937. Il a fallu donner une forme juridique à cette figure originale qui brouillait les frontières entre l'individuel et collectif, entre institution privée et publique. Avant 1884 l'accord collectif de travail était nié, entre 1884 et 1919 il était considéré comme un simple contrat. Après avoir connu la validité de la convention collective, les juges ont dû s'attacher à construire son régime et se sont inspirés pour ce faire des contrats. Le contrat collectif ne liait que les individus engagés personnellement, il était possible d'y déroger par contrat individuel de travail et soustraire à son application des intéressés. L'accord ne pouvait être invoquée que par les parties et était vue comme ne faisant naître des obligations dont l'inexécution se résolvait par le paiement de dommages et intérêt. Puis les juges ont affirmé l'impossibilité de renoncer au bénéfice de l'accord collectif.

³³⁰⁰Yves CHARLON, « Négociations et accords collectifs d'entreprise », LITEC, 1990, p.251. L'auteur est favorable à une interprétation de l'accord collectif comme un contrat.

³³⁰¹Gérard VACHET, *loc.cit.* p.489. L'auteur considère que le juge se réfère à la Loi ou au contrat au bout du compte il recherche toujours d'une certaine façon l'intention des parties.

elles ont progressivement commencé à reconnaître l'effet impératif de la convention collective à la fin des années soixante-dix du XX^e siècle tout en demeurant attachée aux principes contractuels. En effet, si l'arrêt de la Cour de cassation du 6 février 1976³³⁰² semble correspondre au déploiement d'une conception réglementaire de l'accord collectif faisant place à un contrôle approfondi semblable au contrôle en matière de Loi, le juge conserve une part contractuelle irréductible dans sa représentation de l'accord collectif³³⁰³³³⁰⁴³³⁰⁵. Appréhendés par le juge comme une Loi du point de vue de son effet normatif, les principes du droit contractuel continuaient tout de même de le guider à certains égards. C'est donc à la faveur de la reconnaissance de la dimension réglementaire de l'accord collectif que s'est installée une représentation duale de l'accord collectif de travail³³⁰⁶³³⁰⁷. Au passage du XXI^e siècle, il se constate, que la représentation duale de l'accord collectif se maintient du fait de diverses mutations du droit de la négociation collective justifiant à la fois un renouveau de la représentation contractuelle³³⁰⁸ ainsi qu'une consécration de la dimension normative de l'accord collectif. Jusqu'en 2011, la Cour de Cassation semblait privilégier une interprétation littérale du texte de l'accord collectif sans toutefois s'interdire de pouvoir l'interpréter : « *à la lumière du contexte dans lequel il a été signé et du but poursuivi par ses signataires* »³³⁰⁹³³¹⁰.

³³⁰²Cour de cassation, Assemblée plénière, du 6 février 1976, 74-40.223, Publié au bulletin.

³³⁰³Il s'avère que le juge continue également de percevoir l'accord comme un acte négocié entre deux parties qui possède donc un part irréductible de contrat. Cette dimension contractuelle de l'accord collectif est notamment affirmée par le juge au travers de sa jurisprudence, concernant les modalités de révision et de dénonciation. Par ce biais il s'attache à toujours imposer la place des parties signataires de l'accord collectif. L'accord ne peut être modifié sans le consentement unanime de ses signataires. Également par le rejet en action d'exécution de l'accord par un syndicat non-signataire.

³³⁰⁴Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19. L'auteur rappelle que « *l'accord collectif de travail n'en demeure pas moins un acte résultant de conjonctions de volontés privées et non de la rencontre d'une volonté étatique et d'une toute autre volonté* ». Selon lui, l'accord collectif « *a progressivement pris ses distances avec la figure contractuelle* ». Par exemple la Loi du 13 novembre 1982 a décidé du rattachement de l'accord collectif à la catégorie des « *actes* » laissant sous-entendre que la convention collective était plus proche du règlement que du contrat.

³³⁰⁵Xavier PRETOT, « Les sources du droit du travail au regard du droit public » in « les sources du droit du travail » sous la direction de Bernard TEYSSIE, Presse Universitaire de France, Droit éthique et société, 1998, p.178. Pour l'auteur, il ne s'agit pas de dénier la nature contractuelle de l'accord collectif, mais simplement d'admettre que « *celui-ci donne naissance...à des normes d'une nature particulière, comparables en définitive aux normes issues des Lois et des règlements* ».

³³⁰⁶A partir des années 1950 les juges sans abandonner la représentation contractuelle ont consacré l'effet normatif de l'accord collectif lui reconnaissant une dimension réglementaire. L'avènement d'une conception réglementaire de l'accord collectif s'est traduit par la pleine consécration de son effet normatif et à travers différentes dimensions : celle de l'effet « *erga omnes* » de l'accord et celle de son impérativité. Il s'accompagne de l'effet automatique et immédiat de l'accord collectif.

³³⁰⁷Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 6 mars 2019, 18-10.615, Publié au bulletin.

³³⁰⁸Le juge procède à un renouveau de la représentation contractuelle notamment concernant les engagements de maintien de l'emploi insérés dans les accords collectifs ou au sujet de son appréciation du principe de faveur dans le cadre des accords « *donnant-donnant* ». Néanmoins, il maintient sa représentation duale de l'accord collectif. Il conforte la force de l'accord collectif et maintient une approche contractuelle de l'accord lié à son caractère négocié.

³³⁰⁹Arnaud MARTINON et Elsa PESKINE, *loc. cit.* p.470

³³¹⁰Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 12 janvier 2011, 09-68.859, Publié au bulletin, 26 janvier 2011, 09-42.931, Publié au bulletin et du 18 octobre 2006, 05-42.345, Publié au bulletin.

Mais par un arrêt du 23 octobre 2015, l'assemblée plénière de la Cour de Cassation nous indiquait plus directement que : « *la convention collective, si elle manque de clarté doit être interprétée comme la Loi* »³³¹¹. En effet, si l'accord collectif se trouve utilisé : « *le cas échéant à la place de la norme légale étatique* »³³¹², et acquière par ce truchement une dimension normative, il devient effectivement paradoxal de le représenter à travers la figure du contrat. Par conséquent, il serait incohérent d'estimer que le juge devait s'effacer et atténuer l'intensité de son contrôle³³¹³.

L'interprétation de la convention comme une Loi ou comme un contrat. Il en ressort d'abord que lorsque les dispositions conventionnelles sont dépourvues d'ambiguïté, le texte de l'accord prime³³¹⁴ sur l'intention des parties signataires alors même qu'elles n'ont pourtant pas été véritablement animées par une volonté commune³³¹⁵³³¹⁶. Ensuite, il en résulte que si l'accord collectif manque de clarté, il doit être interprété³³¹⁷ en tenant compte d'un éventuel texte législatif ayant le même objet et en dernier recours en utilisant la méthode téléologique consistant à rechercher son objectif social. Au bout du compte, cette méthode insatisfaisante d'appréciation peut également s'apparenter à un contrôle en annulation de l'accord collectif effectué à l'issue de sa formation³³¹⁸. Remarquons que les voies de ce type de recours ont été paradoxalement restreintes. La doctrine peut estimer que la finalité de cette modalité du contrôle judiciaire ne tient pas suffisamment compte de l'intérêt collectif de l'ensemble des salariés concernés³³¹⁹³³²⁰³³²¹ ou des éventuelles évolutions du contexte de l'exécution de l'accord collectif³³²². En effet, remarquons au sujet de cette méthode que le juge choisit pour point de repère non pas la Loi en vigueur au moment de la conclusion de l'accord collectif mais

³³¹¹Cour de cassation, Assemblée plénière, 23 octobre 2015, 13-25.279, Publié au bulletin. Si la convention collective manque de clarté celle-ci doit être interprétée comme la Loi, c'est-à-dire d'abord en respectant la lettre du texte, ensuite en tenant compte d'un éventuel texte législatif ayant le même objet et en dernier recours, en utilisant la méthode téléologique consistant à rechercher l'objectif social du texte.

³³¹²Frédéric GEA, *loc.cit.* p.382.

³³¹³Frédéric GEA, *loc.cit.* p.382.

³³¹⁴Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 1 février 2012, 09-72.914, Publié au bulletin.

³³¹⁵Cour de cassation, Chambre sociale, du 27 novembre 1990, 87-42.588, Publié au bulletin.

³³¹⁶Frédéric GEA, *loc.cit.* p.382.

³³¹⁷Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 14 avril 2021, 20-16.548, Inédit.

³³¹⁸Arnaud MARTINON et Elsa PESKINE, *loc. cit.* p.470.

³³¹⁹Marie-Ange MOREAU, « L'interprétation des conventions collectives de travail : à qui profite le doute ? », *Droit Social*, 1995. p.171.

³³²⁰Gilles LHUILIER, « Le dualisme de la convention collective devant la Cour de cassation », *Droit. Social*, 1995, p. 162.

³³²¹Laurence PÉCAUT-RIVOLIER, *loc.cit.* p.199.

³³²²Frédéric GEA, *loc.cit.* p.382.

la législation effective au moment de son appréciation³³²³³³²⁴. Il en ressort que les modalités d'appréciation de l'accord collectif arrimé à la Loi³³²⁵ apparaissent donc discutables. Toutefois elles le sont au même titre que celles appréhendant l'accord collectif comme un contrat³³²⁶³³²⁷. Constatons ensuite avec madame Emmanuelle FILIPETTO que dans l'exercice de résolution de ses contentieux, la Cour de cassation n'est pas toujours fidèle à sa propre méthode hiérarchisée et s'attache tout de même à interpréter la volonté des parties. En effet, si le juge ne va pas systématiquement à rebours de la volonté des parties, il peut même s'efforcer d'en rechercher la volonté initiale³³²⁸. Par conséquent, ses modes d'interprétation sont : « *pluriels et peuvent se combiner* »³³²⁹, et ce pragmatisme traduit le souhait de l'institution judiciaire de préserver le fruit de la négociation³³³⁰³³³¹.

Le nécessaire dépassement des oppositions des représentations de la convention. A la suite d'une proposition d'un rapport administratif³³³²³³³³, l'article L. 2222-2-3 du Code du travail tente de trouver une solution afin d'éclairer au mieux, le juge (ou la commission paritaire) se trouvant à la peine pour interpréter le sens d'une clause litigieuse. En effet, il dispose que la convention doit désormais contenir un préambule présentant de manière synthétique ses objectifs et son contenu. Par ce biais, les signataires sont donc sommés d'exposer l'économie générale et la finalité de l'accord collectif conclu³³³⁴³³³⁵ afin d'en faciliter l'interprétation téléologique³³³⁶. A ce titre, on peut se demander si la nouvelle exigence d'un préambule à

³³²³Cour de cassation, Chambre sociale, du 21 juin 2006, 05-42.073, Publié au bulletin.

³³²⁴A défaut, le juge doit procéder à une lecture systémique de l'accord voir théologique.

³³²⁵Cour de cassation, Assemblée plénière, 30 novembre 2007, 06-45.365, Publié au bulletin et Chambre sociale, du 3 mars 1993, 89-45.868, Publié au bulletin, 5 mai 2009, 07-43.558, Inédit et 18 janvier 2012, 10-15.057, Inédit

³³²⁶Frédéric GEA, *loc.cit.* p.378.

³³²⁷Arnaud MARTINON et Elsa PESKINE, *loc. cit.* p.470.

³³²⁸Jean-Yves FROUIN, *op.cit.* p.486.

³³²⁹Emmanuelle FILIPETTO, *op.cit.* p.382. Selon l'auteure : « *l'opposition des grilles de lecture inspirées de l'interprétation du contrat et de l'interprétation de la Loi n'est pas pertinente, et ce, en raison de la spécificité de l'accord collectif de travail* ».

³³³⁰Frédéric GEA, *loc.cit.* p.378.

³³³¹Emmanuelle FILIPETTO, *op.cit.* p.382.

³³³²Jean-Denis COMBREXELLE (Président de la section sociale du Conseil d'État), *op.cit.* p.257. Au sujet des arrêts du 27 janvier 2015 de la Cour de cassation, le rapport considère que « *tout s'est passé comme si le reflux législatif opéré au profit de la négociation collective avait été immédiatement compensé par un contrôle accru du juge sur le contenu des stipulations des accords collectifs* ». Le rapport préconise que la question de l'interprétation des accords, notamment par le juge, soit réglée par les accords eux-mêmes en fixant « *les modalités d'interprétation [...] et de donner à cette interprétation une valeur identique à celle de l'accord qui s'imposerait au juge sous réserve de l'ordre public* » (propositions n°14 et 15).

³³³³Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

³³³⁴Jean-Yves FROUIN, *op.cit.* p.486.

³³³⁵Rapport annuel de la Cour de cassation, La documentation française, 1994, p.546. Le Rapport invitait les acteurs de la négociation à développer dans des préambules le sens de leur volonté initiale.

³³³⁶Arnaud MARTINON et Elsa PESKINE, *loc. cit.* p.470.

l'accord collectif permet d'explorer l'intention initiale des parties³³³⁷³³³⁸ ou peut s'apparenter aux travaux parlementaires préparatoires³³³⁹ permettant au juge de consolider sa méthode d'appréciation de l'accord à l'image d'une Loi. Enfin, si une partie de la doctrine souhaite continuer de défendre la dimension contractuelle³³⁴⁰ de l'accord collectif, et que le juge de la Cour de cassation donne l'apparence de faire le choix d'une préférence pour sa dimension réglementaire, estimons qu'il est sans doute temps de dépasser les limites de sa représentation duale et de considérer l'accord collectif comme un objet juridique spécifique³³⁴¹ car: « *on respecte mieux l'autonomie collective en traitant la convention en elle-même, en ne la soudant pas à une loi précise* »³³⁴². Il se révèle que diverses transformations marquent effectivement un dépassement de l'opposition classique entre les dimensions traditionnelles de l'accord collectif. En effet, depuis le début des années 2010, d'importants déplacements s'opèrent qui révèlent des évolutions majeures marquant des ruptures avec des solutions ancrées jusqu'alors. Ainsi du fait de la force reconnue à l'accord collectif les magistrats ont admis l'action en exécution d'un accord collectif par un syndicat non-signataire³³⁴³, ou fait prévaloir : « *le principe démocratique sur le principe contractuel* »³³⁴⁴ concernant l'éventuelle révision de l'accord collectif³³⁴⁵. Par ailleurs, la représentation contractuelle de l'accord collectif se renouvelle et trouve de nouvelles traductions. Ainsi, les magistrats sont de plus en plus concernés par la : « *régularité de la négociation comme source de règles collectives* »³³⁴⁶³³⁴⁷. Or, si le principe de loyauté est souvent rattaché à la dimension contractuelle de l'accord collectif, c'est également son caractère normatif qui contraint au respect de ce principe. De même, l'avènement de l'accord de concessions réciproques concernant l'emploi implique par essence une notion de réciprocité entraînant une indivisibilité de l'accord collectif. Si la singularité irréductible de l'accord

³³³⁷ Afin d'analyser un accord collectif comme un contrat.

³³³⁸ Frédéric GEA, *loc.cit.* p.378. L'auteur considère que : « *c'est par ce que le juge appréhende la convention ou l'accord collectif non comme une Loi mais comme un contrat qu'il est enclin de s'en tenir au texte auquel la négociation a abouti* ».

³³³⁹ Afin d'analyser un accord collectif comme une Loi.

³³⁴⁰ Gilles LHUILIER, *loc.cit.* p.495.

³³⁴¹ Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

³³⁴² Cour de cassation, Assemblée plénière, du 12 mai 1989, 86-41.740, 86-44.845 et 86-43.232 Publié au bulletin.

³³⁴³ Cour de cassation, Chambre sociale, du 12 juin 2001, 00-14.435, Publié au bulletin.

³³⁴⁴ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 21 septembre 2017, 15-25.531, Publié au bulletin. La note explicative jointe à l'arrêt indique que : « *Cette jurisprudence, qui fait prévaloir en matière d'accords collectifs le principe démocratique sur le principe contractuel* ».

³³⁴⁵ Dans ces hypothèses l'accord est alors envisagé comme une Loi (ou un règlement) dont les effets dépassent les seules parties contractantes et dont l'exécution peut être demandée par un syndicat non-signataire. Ce n'est plus le seul fait d'avoir signé l'accord qui autorise à le réviser, mais c'est le fait d'être porteur de la légitimité électorale permettant de signer des accords intéressant la collectivité de travail.

³³⁴⁶ Marie-Laure MORIN, *op.cit.* 449.

³³⁴⁷ Conseil d'Etat, arrêt du 6 avril 2020 requête n°444460. Le juge administratif n'hésite pas à annuler un accord collectif relatif à un plan de sauvegarde de l'emploi sur la base de l'absence de représentativité du signataire. En l'occurrence ce dernier ne respectait pas son obligation de transparence financière.

collectif réside dans le fait qu'il n'est pas tout à fait une norme mais pas tout à fait un contrat, il ne s'agit plus pour autant de se pencher sur sa part contractuelle ou sur sa part réglementaire, car ces deux dimensions sont désormais intriquées.

Les caractères propres de la convention déterminant la nature de son contrôle. En tout état de cause constatons sa puissance se fondant sur la nouvelle légitimité de ses signataires mais également sur sa dimension négociée lui conférant un caractère normatif renforcé³³⁴⁸. L'accord collectif de travail se caractérise donc par son caractère général obligatoire et permanent mais se singularise néanmoins par sa dimension collective, son procédé d'élaboration et également son extériorité à l'ordre juridique étatique. En effet, il s'agit d'un acte collectif par son objet, ses effets mais également ses signataires issus d'un procédé particulier reposant sur une série d'étapes réglementées. L'accord de travail collectif est donc un acte négocié et collectif issu de l'ordre conventionnel et intégrant l'ordre juridique étatique.

En définitive, il se présente pour ce qu'il est, c'est-à-dire un objet singulier qui appelle des représentations et un positionnement du juge qui se révèle tout aussi spécifique³³⁴⁹. Il en résulte que la posture du juge à son égard nécessite qu'il prenne en considération cette spécificité³³⁵⁰ tenant notamment de la nature de ses signataires et de son procédé singulier de formation. Or, nous examinerons plus loin que la consécration de sa singularité va principalement se matérialiser par une certaine supériorité de la norme négociée par rapport à la décision unilatérale de l'employeur³³⁵¹³³⁵² sans toutefois trop rentrer dans les détails des modalités de formation de ces deux décisions de nature différente.

³³⁴⁸Emmanuelle FILIPETTO, *op.cit.* p.382. Selon l'auteure : « *Et si l'appréhension de la dimension contractuelle peut se renouveler à la faveur des mutations qui traversent le droit de la négociation collective les accords collectifs n'en perdent pas leur force, leur caractère d'acte normateur* ».

³³⁴⁹Emmanuelle FILIPETTO, *op.cit.* p.382. En effet, les modèles –types classiques doivent être dépassés car moins pertinents en tant que tels pour appréhender la figure spécifique de l'accord collectif de travail. Les positionnements possibles du juge vis-à-vis de l'accord collectif doivent mieux tenir compte de cette spécificité.

³³⁵⁰Emmanuelle FILIPETTO, *op.cit.* p.382.

³³⁵¹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 17 avril 2019, 18-22.948, Publié au bulletin. Dans sa note explicative, le juge explique que la décision n'a été retenue qu' : « *au regard de la révérence accordée par le législateur à la négociation collective pour la détermination de processus électoral et de l'importance particulière, à cet égard, de la détermination du périmètre de mise en place des instances représentatives du personnel* ».

³³⁵²Cour de cassation, Chambre sociale, du 5 mai 1998, 96-13.498, Publié au bulletin, 18 janvier 2012, 10-15.057, Inédit, du 27 janvier 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, Publié au bulletin, 17 avril 2019, 18-22.948, Publié au bulletin et 17 avril 2019, 18-22.948, Publié au bulletin .

2.2.3. La restriction du contrôle du juge à l'égard de la norme négociée

Commençons par examiner les conséquences de la reconnaissance par le juge d'une « *habilitation* » des parties prenantes. Il s'avère que sur le fondement de cette reconnaissance, le juge a souhaité introduire une « *présomption de conformité* » de la convention traduisant sa nouvelle vision des relations professionnelles. Malgré les limites de cette présomption, l'institution judiciaire se positionne désormais comme la gardienne de l'« autonomie collective » tout autant attachée au contrôle de la formation de la norme négociée qu'à sa substance.

La reconnaissance par le juge d'une « habilitation » des parties prenantes. D'un côté les modalités de son contrôle révèlent la représentation de la nature de l'accord collectif, mais de l'autre côté la portée que lui accorde le juge dévoile également sa conception des relations professionnelles. Ainsi dans une série d'arrêts du 27 janvier 2015, le juge de la Cour de Cassation a eu l'occasion d'indiquer que les signataires de l'accord collectif étaient : « *investis de la défense des droits et des intérêts des salariés, à l'habilitation desquelles ces dernières participent directement par leur vote* »³³⁵³. Il en ressort que le juge leur reconnaît désormais une « *habilitation* » normative fondée sur le vote des salariés. Celle-ci leur confère une nouvelle autorité entraînant non pas un retrait mais pouvant justifier une certaine restriction de son contrôle. Tout d'abord, la reconnaissance de cette « *habilitation* » n'aurait pu éclore sans une évolution du juge constitutionnel au sujet de la liberté conventionnelle et la reconnaissance de l'autorité des compromis négociés par les protagonistes sociaux³³⁵⁴³³⁵⁵³³⁵⁶, ainsi que comme nous le savons une révision de la notion de représentativité sur une base électorale³³⁵⁷. De cette manière le juge reconnaît l'autorité des protagonistes sociaux bénéficiaires de ce label et confirme sa préférence en faveur du compromis collectif, tout en conservant une grande influence sur celui-ci. Cette reconnaissance s'est construite avec une période de décalage en partie due aux modalités étalées de mise en œuvre de la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008³³⁵⁸ puis sur plusieurs étapes graduées. En effet, au sujet des nouvelles modalités entourant l'octroi

³³⁵³Cour de cassation, Chambre sociale, du 27 janvier 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, Publié au bulletin.

³³⁵⁴Après l'avoir nié, il a fini par reconnaître celle-ci en estimant que le législateur ne pouvait porter atteinte à la volonté des parties sans faire référence à l'intérêt général.

³³⁵⁵Décision du Conseil constitutionnel n° 94-348 DC du 3 août 1994 et n° 98-401 DC du 10 juin 1998.

³³⁵⁶Frédéric GUIOMARD, *op.cit.* p.483. Il en découle le législateur ne peut remettre en question la volonté des parties prenantes qu'à l'unique condition que cette décision met en cause l'intérêt général.

³³⁵⁷Frédéric GEA, *loc.cit.* p.378.

³³⁵⁸Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008) .

du label de représentativité, la chambre sociale de la Cour de Cassation a rapidement souligné le rôle du vote des salariés dans la détermination des syndicats constituant les : « *personnes les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise et à conduire les négociations pour leur compte* »³³⁵⁹. Néanmoins si par la formulation de ses arrêts de l'année 2010 le juge confortait la nouvelle autorité des signataires, il ne donnait pas immédiatement d'indication concernant la portée d'un éventuel contrôle judiciaire de l'accord collectif. Dans un premier temps³³⁶⁰, il ne semblait pas tirer toutes les conséquences de cette rénovation car il faisait le choix du maintien d'un contrôle objectif et approfondi concernant la pertinence des raisons pouvant fonder des inégalités de traitement par un accord collectif. Il indiquait même que l'accord collectif ne disposait pas du pouvoir intrinsèque de justifier celles-ci³³⁶¹ et opérait donc toujours un contrôle équivalent à celui réalisé à l'encontre d'une décision unilatérale de l'employeur³³⁶²³³⁶³. Cette position a été vivement critiquée par une partie de la doctrine, considérant que le juge ne devait pas se substituer à l'appréciation des protagonistes sociaux car ces derniers étaient les mieux à même de juger de la pertinence des aménagements de ce principe fondamental³³⁶⁴³³⁶⁵. Toutefois

³³⁵⁹ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 14 avril 2010, 09-60.426 09-60.429, Publié au bulletin. Le contentieux en question était en lien avec les modalités de désignation du délégué syndical : « *aptes à les représenter dans les négociations collectives* ».

³³⁶⁰ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 1^{er} juillet 2009, 07-42.675, Publié au bulletin et 28 octobre 2009, 08-40.457 à 08-40.486, Publié au bulletin. En effet, par un premier un arrêt du 1^{er} juillet 2009, le juge civil avait décidé que : « *la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence* » quand bien cette différence pouvait résulter d'un accord collectif d'entreprise. Par un second arrêt du 8 octobre 2009, le même juge estimait qu' : « *un accord d'entreprise ne peut prévoir de différences de traitement entre salariés d'établissements différents d'une même entreprise exerçant un travail ou de valeur égale, que si elles reposent sur des raisons objectives* ».

³³⁶¹ Alexandre FABRE, *loc.cit.* p.477.

³³⁶² Laurence PÉCAUT-RIVOLIER, *loc.cit.* p.199.

³³⁶³ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 8 juin 2011, 10-14.725, Publié au bulletin. Par cet arrêt, le juge confirmait que lorsque les salariés étaient placés dans une situation identique au regard dudit avantage, les différences devaient reposer sur des raisons objectives dont il devait contrôler concrètement la réalité et la pertinence. Néanmoins le juge infléchissait sa position, considérant que la catégorie professionnelle pouvait justifier une différence de traitement (en l'espèce d'origine conventionnelle) mais seulement dès lors que cette dernière avait « *pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée, tenant notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération* ». Le juge décidait que la seule différence de catégories professionnelles ne saurait en elle-même justifier pour l'attribution d'un avantage d'une différence de traitement quand bien même celle-ci a été décidée par un accord collectif.

³³⁶⁴ Gilles AUZERO et Jean-Marc CHONNIER, « Les conventions et accords collectifs de travail à l'épreuve de l'égalité de traitement », *Droit Social*, 2010, p. 53.

³³⁶⁵ Jean-Emmanuel RAY, « A travail inégal, salaire inégal », *Droit social*, 2011, p. 42.

à travers divers arrêts des 8 juin 2011³³⁶⁶, 6 octobre 2011³³⁶⁷ et 13 mars 2013³³⁶⁸, la Cour de cassation semblait opérer plusieurs inflexions de sa position³³⁶⁹³³⁷⁰ tenant compte de la nature de la norme déterminant d'éventuelles différences de traitement. En effet, en reconnaissant que la stipulation nouée par l'« *autonomie collective* » ne pouvait être contestée que si elle était contraire à l'ordre public, elle débutait un cheminement l'amenant à l'apprécier différemment de la décision unilatérale de l'employeur.

Les conséquences de la reconnaissance par le juge d'une « habilitation » des parties prenantes. La controverse doctrinale commençait à recevoir un certain écho, car au nom de l'« *autonomie collective* » et de la sécurité juridique³³⁷¹³³⁷² une première partie de la doctrine reprochait au juge de pouvoir éventuellement détruire l'équilibre global de l'accord collectif en se réservant la possibilité d'apprécier la pertinence du critère conventionnel définissant et justifiant la différence de traitement. Mais une autre partie de la doctrine pouvait venir au soutien de la position toujours nuancée de la jurisprudence en considérant qu'elle se devait de rester le gardien de l'égalité de traitement³³⁷³³³⁷⁴, et par conséquent n'aurait pas à opérer un contrôle différent en fonction de la nature de la norme en question. Puis, par une série d'arrêts du 27 janvier 2015³³⁷⁵, la Cour de cassation prenait donc la décision de modifier substantiellement sa méthode d'appréciation en tirant enfin toutes les conséquences du nouveau

³³⁶⁶Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 8 juin 2011, 10-11.933 10-13.663, 10-14.725, Publié au bulletin.

³³⁶⁷Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 6 octobre 2011, 11-60.035, Publié au bulletin. Sauf disposition légale différente, les clauses du protocole préélectoral sont soumises aux conditions de validité définies par les articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du Code du travail. Il s'ensuit, d'une part, que lorsqu'il répond à ces conditions, il ne peut être contesté devant le juge judiciaire qu'en ce qu'il contiendrait des stipulations contraires à l'ordre public (notamment en ce qu'elles méconnaîtraient les principes généraux du droit électoral et, d'autre part, que lorsque ces conditions ne sont pas remplies).

³³⁶⁸ Au sujet de la négociation collective concernant la protection sociale complémentaire, le juge a admis que les différences de traitement entre salariés de catégories professionnelles distinctes convenues par accord collectifs sont admises sans avoir à être justifiées. Ainsi un accord collectif peut instituer un régime de prévoyance au profit d'une seule catégorie de salariés sans que cela ne constitue une atteinte à l'exigence du principe d'égalité de traitement.

³³⁶⁹ Laurence PÉCAUT-RIVOLIER, *loc.cit.* p.199.

³³⁷⁰ Alexandre FABRE, *loc.cit.* p.477.

³³⁷¹ Pierre Henri ANTONMATTEI, *loc. cit.* p.245.

³³⁷² Jean-Emanuel. RAY, *loc cit* p.500.

³³⁷³ Alexandre FABRE « Egalité de traitement et gestion des rémunérations et de l'emploi » in « le droit social l'égalité et les discriminations » sous la direction de Georges BORENFREUND et Isabelle VACARIE, DALLOZ, Thèmes Commentaires, 2013, p.250.

³³⁷⁴ Antoine LYON-CAEN, « les conventions collectives de branches à l'épreuve de l'égalité entre salariés, les cadres ont-ils un avenir ? », Semaine Sociale Lamy 2011, n° 1497, p. 8.

³³⁷⁵ Cour de cassation, Chambre sociale, du 27 janvier 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, Publié au bulletin. Dans une série d'arrêts du 27 janvier 2015, le juge a considéré que les « *différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs...sont présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle* ».

rayonnement du label de représentativité permettant de justifier une présomption de conformité des stipulations conventionnelles. Les avantages catégoriels de cette nature faisaient donc l'objet d'un régime spécial (allégé) se traduisant par un : « *renversement de l'exigence de justification et un resserrement de la justification inadmissible* »³³⁷⁶³³⁷⁷. Cette série d'arrêt de 2015 est souvent présentée par la doctrine comme un tournant distinguant particulièrement la norme conventionnelle intrinsèquement capable de justifier une différence de traitement entre salariés. Mais sa singularité apparaît provenir de sa nature négociée découlant d'un processus propre d'élaboration entre personnes privées ayant reçues habilitation à ce sujet. Pour toutes ces raisons, le juge estimait de lui-même qu'il n'avait plus à s'immiscer au sein de l'accord collectif afin d'estimer si ses clauses litigieuses reposaient sur des raisons objectives et pertinentes. Il en résultait également que le contenu de l'accord collectif était progressivement soustrait à son contrôle par le biais d'un mécanisme inusité : la « *présomption de conformité* » à l'ordre juridique et en particulier au principe d'égalité de traitement³³⁷⁸³³⁷⁹. De cette manière le juge (civil ou administratif)³³⁸⁰³³⁸¹³³⁸² distinguait donc nettement les dispositions conventionnelles des décisions unilatérales de l'employeur à l'origine des différences pour déterminer le régime applicable en la matière³³⁸³³³⁸⁴. Mais l'institution judiciaire considérait également de façon particulièrement originale que les dispositions issues de l'ordre conventionnel étaient à priori conformes à l'ordre juridique étatique.

³³⁷⁶Alexandre FABRE, *loc.cit.* p.477.

³³⁷⁷Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 14 octobre 2015, 14-14.339, Publié au bulletin. Ce recul se manifeste également dans un arrêt du 14 octobre 2015 manifestant le refus d'exercer son contrôle sur le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements lorsque celui-ci est fixé par un accord collectif.

³³⁷⁸Pascal LOKIEC et Judith ROCHFELD, *loc.cit.* p.482.

³³⁷⁹Elsa PESKINE, *loc.cit.* p.24.

³³⁸⁰Conseil d'Etat, arrêt du 15 mars 2017 requête n°389559, Publié au recueil Lebon. Le Conseil d'Etat a examiné la réalité et la pertinence des raisons objectives justifiant que des salariés de même catégorie professionnelle et exerçant les mêmes fonctions ne bénéficient pas de la même rémunération conventionnelle. En l'espèce, il considère que les sujétions spécifiques attachées aux films publicitaires justifient cette différence de traitement.

³³⁸¹Conseil d'Etat, arrêt du 17 mars 2017 requête n°396835, Publié au recueil Lebon. Le Conseil d'Etat relève que ces salariés ne sont pas placés, au regard de l'objectif poursuivi par la mise en œuvre du régime de frais de santé, dans une situation différente des autres contrats à durée déterminée et qu'ils ne constituent pas (même en qualité de contrats à durée déterminée d'usage) une catégorie professionnelle distincte des autres salariés en contrat à durée déterminée. A ce titre aucune raison objective et pertinente ne peut justifier cette différence de traitement et le Conseil d'Etat annule les arrêtés prononçant l'extension de l'accord.

³³⁸²Notons qu'à cette époque la position de la Cour de cassation faisait l'objet d'un tel rayonnement que le Conseil d'Etat la reprenait à son propre compte. En effet lors de l'examen à ces de deux contentieux relatifs à des demandes d'annulation de deux arrêtés d'extension, le Conseil d'Etat précise également que les différences de traitement établies entre catégories professionnelles ou entre salariés exerçant au sein d'une même catégorie professionnelle des fonctions distinctes si elles sont opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs sont présumées justifiées. Il appartient donc dans ce cas à celui qui les conteste de démontrer qu'elles soient étrangères à toutes considérations professionnelles.

³³⁸³En effet au sein des différents arrêts rendus ce même jour, le juge refuse une différence de traitement découlant d'un engagement unilatéral de l'employeur, mais octroie une présomption de justification concernant les différences de traitement issues d'accords collectifs.

³³⁸⁴Alexandre FABRE, *loc.cit.* p.477.

La « présomption de conformité » de la convention à l'ordre juridique. Si une partie de la doctrine se réjouissait que le juge se prononce en faveur de la norme négociée³³⁸⁵³³⁸⁶³³⁸⁷ et participe au sacre des négociateurs sociaux³³⁸⁸³³⁸⁹, d'autres commentateurs considérant que le principe même du contrôle du juge comme contestable³³⁹⁰ estimaient bien entendu que celui-ci n'allait pas suffisamment loin³³⁹¹. Ces derniers proposaient que toute différence (et pas uniquement catégorielle) fasse l'objet d'une présomption de justification dès lors qu'elle était décidée par accord collectif³³⁹². En réponse, une autre partie de la doctrine préparait à son tour ses arguments pour répondre qu'une telle présomption même simple revenait à : « *prêter trop de vertu à l'autonomie collective et se contenter du seul constat que des syndicats ont signé* »³³⁹³. Cette partie de la doctrine quelque peu réfractaire à la nouvelle posture de la jurisprudence ne souhaitait pas faire des organisations syndicales représentatives les seuls dépositaires de l'intérêt des salariés³³⁹⁴, avant de conclure amèrement qu' : « *après avoir régné sur la négociation collective, le principe d'égalité de traitement est descendu de son trône* »³³⁹⁵. Néanmoins une troisième partie de la doctrine relativisait la portée de cette position de la jurisprudence en considérant de façon nuancée qu'il ne s'agissait que d'un retrait limité circonscrit au principe d'égalité de traitement qui ne mettait pas en danger ce dernier. En effet, les auteurs en question soulignaient que les différences de traitement devaient toujours être objectives et pertinentes, mais lorsqu'elles étaient fondées par un accord collectif certaines d'entre elles bénéficiaient simplement d'une présomption de justification³³⁹⁶³³⁹⁷. Malgré la controverse doctrinale, la jurisprudence semblait prospérer au sein mais également au-delà des

³³⁸⁵Pierre Henri ANTONMATTEI, *loc. cit.* p.245.

³³⁸⁶Jean-Emmanuel RAY, « Juge judiciaire et accord collectifs de travail », *La Semaine Juridique Edition Générale, Juris-Classeur*, n° 12, 2015, p.572

³³⁸⁷Frédéric GEA, « Le juge et l'accord collectif de travail : Le droit continue de s'écrire ». *Mélanges offerts au Professeur Jean MOULY « Voyage au bout de la logique juridique »*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2020, p. 171-189.

³³⁸⁸Alexandre FABRE, *loc.cit.* p.477.

³³⁸⁹Paul-Henri ANTONMATTEI, *loc.cit.* p.245.

³³⁹⁰Jean-Emmanuel RAY, *Ibid.*

³³⁹¹Jean-François CESARO et Arnaud Tessier, « L'égalité par le dialogue social », *La Semaine Juridique Edition Générale, Juris-Classeur périodique*, n°9, 2015, p. 261.

³³⁹²Franck MOREL, « En finir avec le principe général d'égalité de traitement, *Semaine sociale Lamy*, n° 1714,2016.

³³⁹³Gilles AUZERO et Emanuel DOCKES, « Droit du travail », *Précis Dalloz*, 29^e éditions., 2015, p.730.

³³⁹⁴Elsa PESKINE, *loc.cit.* p.24.

³³⁹⁵Alexandre FABRE, *loc.cit.* p.471.

³³⁹⁶Laurence PECAUT-RIVOLIER, *loc.cit* p.374.

³³⁹⁷Pierre Henri ANTONMATTEI, *loc. cit.* p.245.

limites du principe d'égalité de traitement³³⁹⁸. Ainsi que par-delà le périmètre de compétence du juge civil, le juge administratif décidait par un arrêt du 15 mars 2017 de s'approprier cette position³³⁹⁹. Néanmoins une partie de la doctrine sceptique avait formé assez tôt un doute au sujet de l'amplitude de la portée de cette habilitation permettant à ses bénéficiaires d'aménager à leur guise le principe d'égalité de traitement mais ayant également vocation à s'élargir à d'autres principes fondamentaux³⁴⁰⁰³⁴⁰¹.

Les limites de la « présomption de conformité » de la convention à l'ordre juridique. En effet, cette interprétation devait se heurter aux limites fixées par la Cour de Justice de l'Union Européenne considérant que l'accord collectif n'était pas intrinsèquement de nature à justifier une différence de traitement³⁴⁰²³⁴⁰³. En l'occurrence, elle était contraire au droit de l'Union Européenne dès lors qu'elle faisait reposer sur le seul salarié la charge de la preuve de l'atteinte au principe d'égalité³⁴⁰⁴. En effet, dans cette situation, le droit européen rappelle que celui-ci bénéficie d'un aménagement de la charge de la preuve impliquant qu'il peut se contenter d'établir des éléments laissant supposer qu'il est victime d'une inégalité de traitement³⁴⁰⁵. Par

³³⁹⁸Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 3 novembre 2016, 15-18.444, Publié au bulletin, 4 octobre 2017, 16-17.517 16-17.518, Publié au bulletin et 14 octobre 2015, 14-14.339, Publié au bulletin. Les différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accords d'établissement négociés et signés par les organisations syndicales représentatives au sein de ces établissements, investies de la défense des droits et intérêts des salariés de l'établissement et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle.

³³⁹⁹Conseil d'Etat, arrêt du 15 mars 2017 requête n°389559, Publié au recueil Lebon.

³⁴⁰⁰Elsa PESKINE, *loc.cit.* p.24.

³⁴⁰¹Alexandre FABRE, *loc.cit.* p.477.

³⁴⁰²Cour de Justice de la Communauté Européenne n°43-75, Arrêt de la Cour. - Affaire. Gabrielle DEFRENNE contre Société anonyme belge de navigation aérienne SABENA du 8 avril 1976. Demande de décision préjudicielle : Cour du travail de BRUXELLES - BELGIQUE. Point n°39 : « *qu'en effet, l'article 119 ayant un caractère impératif, la prohibition de discriminations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins s'impose non seulement à l'action des autorités publiques, mais s'étend également à toutes conventions visant à régler de façon collective le travail salarié, ainsi qu'aux contrats entre particuliers* ».

³⁴⁰³Cour de Justice de la Communauté Européenne, n° C-307/05, Arrêt de la Cour, Yolanda DEL CERRO ALONSO contre OSAKIDETZA-SERVICIO VASCO DE SALUD, du 13 septembre 2007. Point n°57 : « *Dans ces conditions, cette notion doit être comprise comme n'autorisant pas de justifier une différence de traitement entre les travailleurs à durée déterminée et les travailleurs à durée indéterminée par le fait que cette dernière est prévue par une norme nationale générale et abstraite, telle une Loi ou une convention collective.* ». Point n°58 : « *Au contraire, ladite notion requiert que l'inégalité de traitement en cause soit justifiée par l'existence d'éléments précis et concrets, caractérisant la condition d'emploi dont il s'agit, dans le contexte particulier dans lequel elle s'insère et sur le fondement de critères objectifs et transparents, afin de vérifier si cette inégalité répond à un besoin véritable, est apte à atteindre l'objectif poursuivi et est nécessaire à cet effet* ».

³⁴⁰⁴Cour de cassation, Chambre sociale, 12 juillet 2017, 16-19.710, Publié au bulletin et 8 juin 2016, 15-11.324, Publié au bulletin. Le juge a réitéré son principe et l'a étendu notamment dans le cadre du versement d'une prime de panier-repas prévue par accord d'établissement et réservée au personnel d'un des établissements d'une entreprise. Par ailleurs, il appartient à celui qui conteste la justification d'une différence de traitement établie dans ces conditions de démontrer qu'elle est étrangère à « toute considération de nature professionnelle ».

³⁴⁰⁵Dans cette hypothèse le mis en cause (généralement l'employeur) se trouve alors dans l'obligation de rapporter la preuve que cette différence de traitement est justifiée.

conséquent, par un arrêt du 3 avril 2019³⁴⁰⁶ la Cour de cassation s'est donc trouvée contrainte de poser une limite à cette présomption de justification des différences de traitement, en reconnaissant qu'elle ne pouvait pas bénéficier d'un caractère général. Cette précision³⁴⁰⁷ rogne donc une grande partie de la portée de cette présomption de justification car le juge considère désormais nécessaire de distinguer entre les domaines relevant du droit interne et ceux du droit l'Union européenne³⁴⁰⁸. En définitive, cette présomption apparaît malgré tout maintenue au sujet de différences de traitement posées par le biais d'accord collectif entre catégories professionnelles³⁴⁰⁹ ou établissements distincts³⁴¹⁰, mais en présence de différences d'autres natures, la personne mise en cause doit justifier de raisons objectives dont le juge contrôle concrètement la réalité et la pertinence³⁴¹¹. Il en ressort donc le bilan contrasté d'un phénomène nuancé et relativement circonscrit, car si les rôles conférés à l'accord collectif et la négociation collective sont revisités, leur légitimation est désormais considérée comme faillible³⁴¹². En tout état de cause, si par son raisonnement, la Cour de cassation souhaitait emboîter le pas du législateur pour conclure qu' : « *en somme, il n'y aurait pas meilleurs juges de l'égalité de traitement entre les salariés que leurs représentants légitimes* »³⁴¹³, le droit européen de lui rappeler que ce n'est pas parce qu'il a été « *conclu par des représentants habilités (des syndicats dits représentatifs) et a été adopté à la majorité que le juge et la Loi doivent s'effacer* »³⁴¹⁴. Si l'arrêt du 3 avril 2019³⁴¹⁵ ne constitue pas tout à fait une volte-face, il met tout de même « *à mal de l'engouement pour la négociation collective* »³⁴¹⁶ qu'avait ouvert la série du 27 janvier

³⁴⁰⁶ Cour de cassation, Chambre sociale, 3 avril 2019, 17-11.970, Publié au bulletin. Dès lors, le juge retient que la différence de traitement entre les salariés en raison uniquement de la date de présence sur un site désigné alors que les salariés sont placés dans une situation identique au regard des avantages de cet accord collectif ne saurait être présumé comme justifiée.

³⁴⁰⁷ Cour de cassation, Chambre sociale, 3 avril 2019, 17-11.970, Publié au bulletin.

³⁴⁰⁸ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 9 octobre 2019, n° 17-16.642, Publié au bulletin. Le juge souligne que lorsque la différence de traitement résulte de dispositions d'un accord collectif se trouvant fondée sur un motif discriminatoire ces dispositions ne peuvent être présumées justifiées au regard du principe de non-discrimination.

³⁴⁰⁹ Cour de cassation, Chambre sociale, du 27 janvier 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, Publié au bulletin, et 23 novembre 2016, 15-11.324, Inédit.

³⁴¹⁰ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 3 novembre 2016, 15-18.444, Publié au bulletin, 4 octobre 2017, 16-17.517 16-17.518, Publié au bulletin et 30 mai 2018, 17-12.782 17-12.790 17-12.821 17-12.822 17-12.825 17-12.827 17-12.834 17-12.839 17-12.847 17-12.863 17-12.867 17-12.868 17-12.871 17-12.874 17-12.878 17-12.880 17-12.886 17-12.887 17-12.893 17-12.895.

³⁴¹¹ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 9 novembre 2016, 15-10.373, Publié au bulletin.

³⁴¹² Grégoire LOISEAU, « L'égalité de traitement à l'heure européenne », La Semaine Juridique Sociale, Juris-Classeur Périodique, 2019, p.1134.

³⁴¹³ Alexandre FABRE, *loc.cit.* p.477.

³⁴¹⁴ Pascal LOKIEC et Judith ROCHFELD, *loc.cit.* p.482.

³⁴¹⁵ Cour de cassation, Chambre sociale, 3 avril 2019, 17-11.970, Publié au bulletin.

³⁴¹⁶ Jérôme DANIEL, « L'égalité, une histoire de mode et revival », LA SEMAINE JURIDIQUE, Edition Générale, Juris-Classeur Périodique, 2019, p. 520.

2015³⁴¹⁷. Cette dernière appréciation est confortée par le fait que dans plusieurs autres domaines le juge a opéré un renforcement de son contrôle. A titre d'illustration, la chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi accru son contrôle au sujet des accords collectifs de travail qui organisent des conventions de forfait en jours pour lesquels elle vérifie qu'ils contiennent impérativement des stipulations de nature à assurer l'exigence constitutionnelle du droit à la santé et au repos, ainsi que les principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur posées par le droit de l'Union Européenne³⁴¹⁸³⁴¹⁹³⁴²⁰. Si à l'avenir, la profondeur adéquate du contrôle du juge pourrait consister à vérifier la conformité des dispositions conventionnelles avec des droits fondamentaux garantis par la Constitution, dont l'ensemble pourrait constituer un noyau dur constitutif de l'ordre public³⁴²¹; il convient donc de conclure qu'il ne s'agit pas d'un mouvement général et linéaire. Pour l'instant, le contrôle du juge peut se caractériser par un relatif « allègement »³⁴²², car même s'il est certain que le contrôle de l'égalité de traitement opéré par le juge ne s'applique plus tout à fait avec la même intensité³⁴²³, il est loin de correspondre à un retrait de sa part³⁴²⁴³⁴²⁵. Par conséquent, cette relative mise à distance décidée par le juge pour lui-même, répondant bien aux souhaits d'une partie de la doctrine et des protagonistes sociaux, dévoile une certaine vision des relations professionnelles qui mérite également un examen approfondi de son fondement³⁴²⁶.

La vision des relations professionnelles de l'institution judiciaire. Or, s'il arrive souvent que le juge civil pose sommairement une solution sans donner d'explication sur les raisons ayant conduit à son adoption, les arrêts du 27 janvier 2015 ne se prêtent pas à cette critique³⁴²⁷³⁴²⁸. En effet, cette jurisprudence s'inscrit pleinement dans une : « *tendance accentuée à la promotion de la négociation collective* »³⁴²⁹ que le juge souhaite accompagner en diminuant

³⁴¹⁷Cour de cassation, Chambre sociale, du 27 janvier 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, Publié au bulletin, 8 juin 2016, 15-11.324, Publié au bulletin, 3 novembre 2016, 15-18.444, Publié au bulletin, 4 octobre 2017, 16-17.517 16-17.518, Publié au bulletin.

³⁴¹⁸Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 29 juin 2011, 09-71.107, Inédit, 19 décembre 2018, 17-18.725, Publié au bulletin et 10 juillet 2002, 99-43.334 99-43.336, Publié au bulletin et 9 février 2022, 20-18.602, Inédit

³⁴¹⁹Respect des durées maximales de travail de repos, journaliers et hebdomadaires.

³⁴²⁰Luc de MONTVALON, « L'actualité jurisprudentielle du forfait en jours », Semaine Sociale Lamy, 6 juin 2022, n° 2003, p.8.

³⁴²¹Arnaud MARTINON et Elsa PESKINE, *loc. cit.* p.470.

³⁴²²Arnaud MARTINON et Elsa PESKINE, *loc. cit.* p.470.

³⁴²³Alexandre FABRE, *loc.cit.* p.477.

³⁴²⁴Cour de cassation, Chambre sociale, du 27 janvier 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, Publié au bulletin.

³⁴²⁵Elsa PESKINE, *loc.cit.* p.24.

³⁴²⁶Alexandre FABRE, *loc.cit.* p.477.

³⁴²⁷Alexandre FABRE, *loc.cit.* p.477.

³⁴²⁸Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

³⁴²⁹Elsa PESKINE, *loc.cit.* p.24.

l'intensité de son propre contrôle³⁴³⁰³⁴³¹. Les métamorphoses du droit du travail, influent sur la posture du juge³⁴³² qui en déduit et motive ainsi la reconnaissance d'une présomption de justification par trois raisons cumulées³⁴³³, dont les deux premières ne sont pas neuves, mais la troisième semble être plus caractéristique et éclairante. Premièrement, l'accord collectif en question a été conclu par des organisations syndicales représentatives. Deuxièmement, ces signataires sont investis de la défense des droits des intérêts des salariés. Enfin, les signataires auraient reçu une « *habilitation* » sous la forme d'un vote des salariés concernés. En effet, selon le communiqué de la Cour de cassation rédigé à cette occasion : « *il pouvait être soutenu que les négociateurs sociaux agissant par délégation de la loi, devaient disposer dans la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement d'une marge d'appréciation comparable à celle que le conseil constitutionnel reconnaît au législateur* »³⁴³⁴³⁴³⁵³⁴³⁶³⁴³⁷. Si le raisonnement se comprend aisément, son évolution peut tout de même faire l'objet de plusieurs critiques ou interrogations³⁴³⁸. Jusqu'alors la doctrine admettait largement que les protagonistes sociaux disposaient d'une « *délégation* » légale leur permettant de négocier un certain nombre de dispositions les concernant dans le respect des modalités fixées par la Loi. Il ressort donc de la formulation du juge, une « *habilitation* » octroyée par le vote des salariés venant conforter l'autorité de ceux qui bénéficient déjà de cette « *délégation* ». Plus exactement considérons que les protagonistes sociaux bénéficient dans leur généralité d'une « *délégation* » de la Loi résultant du principe constitutionnel de participation, mais que dans la singularité de tous les ressort de la négociation collective, les salariés par leurs votes déterminent et habilitent les : « *personnes les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise et à conduire les négociations pour leur compte* »³⁴³⁹. Il en résulte que l'élément marqueur de l'analyse du juge³⁴⁴⁰ réside dans une nette référence aux acteurs syndicaux représentatifs bénéficiaires de

³⁴³⁰Alexandre FABRE, *loc.cit.* p.477.

³⁴³¹Pascal LOKIEC et Judith ROCHFELD, *loc.cit.* p.482.

³⁴³²Jean-Guy HUGLO « accords collectifs et principe d'égalité de traitement : la métamorphose du rôle du juge » *Revue de jurisprudence sociale*, Francis LEFEVRE, 2018, p.179.

³⁴³³Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

³⁴³⁴Cour de cassation, Chambre sociale, du 27 janvier 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, Publié au bulletin, (Communiqué de la Cour de cassation).

³⁴³⁵Alexandre FABRE, *loc.cit.* p.477.

³⁴³⁶Cour de cassation, Chambre sociale, 8 juin 2016, 15-11.324, Publié au bulletin.

³⁴³⁷Rapport annuel de la Cour de cassation, La documentation française, 2016, p.43. Dans son commentaire, la Cour de cassation indique que les organisations syndicales représentatives agissent, dans la conclusion des accords professionnels, par délégation de la Loi et elles doivent, par conséquent, « *disposer, dans la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement, d'une marge d'appréciation comparable à celle que le Conseil constitutionnel reconnaît au législateur dans le contrôle du principe constitutionnel d'égalité* ».

³⁴³⁸Alexandre FABRE, *loc.cit.* p.477.

³⁴³⁹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 14 avril 2010, 09-60.426 09-60.429, Publié au bulletin.

³⁴⁴⁰Frédéric GEA, *loc.cit.* p.378.

cette « *habilitation* ». A ce sujet, il paraît que la formule du juge gagnerait à s'élargir aux protagonistes patronaux qui sont également désignés par le biais d'un mandat pour conduire les négociations dans tous les ressorts au-delà de celui de l'entreprise. De même elle semble mésestimer l'hypothèse de la formation d'un accord collectif par le biais d'acteurs « *subsidiaries* » ne bénéficiant pas du label de représentativité, ou encore négliger un problème de chronologie, car tous les accords collectifs conclus anciennement n'ont pas été formés sous l'emprise de cette nouvelle « *habilitation* »³⁴⁴¹. Enfin et surtout, il nous semble que cette évolution : « *ne serait sans doute pas advenue sans l'essor des accords majoritaires* »³⁴⁴² et que par conséquent la formule du juge déconsidère l'importance du respect d'une règle majoritaire en la matière³⁴⁴³. En effet, si les salariés déterminent par leur vote les personnes les plus aptes à défendre leurs intérêts et à conduire les négociations pour leur compte, dans chaque ressort et à l'occasion de chaque pourparlers se forme (ou non) une coalition sur la base du principe majoritaire. Cette alliance majoritaire est seule en capacité de conclure un accord collectif valide ayant une réelle portée normative.

En somme, le juge devrait bien réduire l'intensité de son contrôle sur la pertinence des stipulations conventionnelles car celles-ci sont le fruit de la concorde majoritaire de signataires habilités à l'issue d'un processus consacré, mais pour ses mêmes raisons il devrait renforcer sa vigilance au sujet du bon respect des modalités de négociation et de conclusion de l'accord collectif à caractère majoritaire³⁴⁴⁴.

L'institution judiciaire comme gardien de l' « autonomie collective ». Finalement, le procédé de la négociation collective est en soi devenu un élément que la justice institutionnelle se charge désormais de faire respecter³⁴⁴⁵. En ce sens la série d'arrêts du 27 janvier 2015 et au-delà³⁴⁴⁶, incarne une réelle imbrication de deux représentations de la justice, car il apparaît que : « *pour qu'il fasse sens juridiquement le dialogue social appelle, non pas la mise en retrait du juge, mais la rénovation de son rôle* »³⁴⁴⁷. En effet, il ne s'agirait pas tant de siffler la fin du contrôle

³⁴⁴¹Alexandre FABRE, *loc.cit.* p.477.

³⁴⁴²Frédéric GEA, *loc.cit.* p.382.

³⁴⁴³Alexandre FABRE, *loc.cit.* p.477.

³⁴⁴⁴Pascal LOKIEC et Judith ROCHFELD, *loc.cit.* p.482.

³⁴⁴⁵Emmanuelle FILIPETTO, *op.cit.* p.382.

³⁴⁴⁶Cour de cassation, Chambre sociale, du 27 janvier 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, Publié au bulletin, 8 juin 2016, 15-11.324, Publié au bulletin, 3 novembre 2016, 15-18.444, Publié au bulletin, 4 octobre 2017, 16-17.517 16-17.518, Publié au bulletin et 30 mai 2018, 17-12.782 17-12.790 17-12.821 17-12.822 17-12.825 17-12.827 17-12.834 17-12.839 17-12.847 17-12.863 17-12.867 17-12.868 17-12.871 17-12.874 17-12.878 17-12.880 17-12.886 17-12.887 17-12.893 17-12.895.

³⁴⁴⁷Frédéric GEA, *loc.cit.* p.382.

juridictionnel concernant la substance de la norme conventionnelle, mais plutôt de marquer le début d'un contrôle de nature procédurale visant à faire respecter l'équilibre de l'accord collectif conclu par les protagonistes sociaux. Si le procédé de la négociation collective est généralement brandi comme prétexte d'une mise à l'écart du juge, il semble tout de même nécessaire de vérifier que la norme négociée est bien le résultat de pourparlers sérieux et loyaux préalables à un réel échange de consentements réciproques des parties lors de la formation d'un accord collectif. A ce sujet, le professeur Frédéric GUIOMARD estime que le reflux du contrôle du juge doit être garanti par l'« *autonomie collective* » car celle-ci ne doit pas correspondre à un simple retour à des « *rapports bruts d'intérêts* »³⁴⁴⁸ se subsistant à des rapports de droit³⁴⁴⁹. Cette mutation de la texture procédurale³⁴⁵⁰ du droit du travail entraînerait une éventuelle redéfinition de l'exercice du pouvoir au sein de l'entreprise s'accompagnant par conséquent d'une très relative transformation par éviction³⁴⁵¹³⁴⁵² du contrôle judiciaire sur les actes négociés. En effet, « *à l'heure où la convention collective est en mesure de déroger en tout sur des thèmes de plus en plus nombreux : à la norme légale, voire conventionnelle, le processus qui y conduit doit voir son authenticité garantie sur des bases claires* »³⁴⁵³. Dans ce nouveau contexte, l'intervention du juge reste nécessaire dans la mesure où elle apparaît de nature à garantir le bon équilibre et l'effectivité du dialogue social³⁴⁵⁴. Comme il ne peut exister d'« *autonomie collective* » sans une réelle autonomie de volontés des parties prenantes, il relève donc désormais de la responsabilité du juge de contrôler la dimension procédurale de la négociation³⁴⁵⁵. Par conséquent, il semble primordial qu'il se transforme en : « *gardien des règles de procédures relative à la loyauté* »³⁴⁵⁶ afin notamment de contribuer à rendre effective

³⁴⁴⁸Frédéric GUIOMARD, *loc.cit.* p.471. L'auteur préconise un contrôle capable de respecter le contenu de l'accord collectif tout en veillant au respect des droits et libertés qu'il convient de protéger.

³⁴⁴⁹Marcel MERLE, « De la négociation », Pouvoirs n°15,1980, p.5-30. Selon l'auteur: « *la substitution de la négociation à l'injonction marque le plu souvent un recul de l'idée d'intégration au profit de la reconstitution dans une société prétendument libérale, de féodalités politiques et de corporations socio-économiques* ».

³⁴⁵⁰Antoine. JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », in « Les transformations de la régulation juridique » (sous la direction de Jean CLAM et Gilles MARTIN), Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1998, p. 454. L'auteur estime que cette notion de « *proceduralisation* » peut être employée dans un sens faible ou fort. Dans le premier cas il s'agirait de qualifier une progression des règles procédurale dans le second cas le phénomène consiste justement a noté que les règles de droits se concentrent sur les modes de production de la décision et se désintéresse de sa substance.

³⁴⁵¹Manuela GREVY et Patrick HENRIOT, *loc., cit* p.478.

³⁴⁵²Jacques BARTHELEMY et Gilbert CETTE, « Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique », Paris, Les Rapports du Conseil d'analyse économique, La Documentation française, p.199.

³⁴⁵³Marie-Armelle SOURIAU, « La loyauté dans la négociation collective- le juge se désengage », Revue de droit du travail 2007 p.186.

³⁴⁵⁴Marie-France MAZARS, *loc.cit.* p.474.

³⁴⁵⁵Pascal LOKIEC et Judith ROCHFELD, *loc.cit.* p.482.

³⁴⁵⁶Marie-Armelle SOURIAU, *Ibid.*

les diverses obligations de négocier³⁴⁵⁷. Ces évolutions exercent une influence directe sur l'office du juge en charge du contrôle de la norme négociée impliquant sa concentration sur la nouvelle substance du droit du travail négocié mais également sur la procédure de sa formation.

Le contrôle de la formation et du contenu de la norme négociée. Au-delà de cette vigilance, il se doit d'être à la fois le garant et le promoteur du procédé en tant que valeur mais également le gardien du système juridique général l'englobant³⁴⁵⁸. En effet, il reste toujours de son rôle de veiller à la constante « *relevance* » du droit conventionnel au droit issu de la Loi et du règlement, même s'il doit également prendre en considération les contraintes du droit négocié et par conséquent veiller au bon respect des volontés des signataires de l'accord collectif ainsi que du contexte dans lequel il a pu se former³⁴⁵⁹. Il est donc contraint d'ajuster ses propres décisions en fonction des intérêts qui se redéfinissent continuellement et mettre en balance la liberté conférée aux protagonistes sociaux et les principes et valeurs du système juridique. Toutefois s'il concentre son intérêt sur la sincérité des modalités de formation de l'accord collectif, il doit également veiller que ce point ne se transforme pas en finalité du procédé qui doit rester le moyen de mettre en œuvre d'autres droits ou prérogatives. En conclusion, le juge a certes modifié son appréciation de l'accord collectif qu'il ne confond plus avec l'acte unilatéral de l'employeur mais ne se désintéresse pas totalement du contrôle de ses stipulations et doit porter un nouvel intérêt aux modalités loyales de sa formation. Au bout du compte, s'il modifie le regard porté sur la nature de l'accord collectif ainsi que sur les relations professionnelles, il doit le faire dans le but d'opérer l'alliance d'un contrôle substantiel de la norme conventionnelle à une série de principes fondamentaux mais également afin de répondre aux nouvelles exigences d'un droit désormais à dominante procédurale. Une partie de la doctrine peut éventuellement envisager le passage d'une : « *hétéronomie conflictuelle prenant appui sur le contentieux à une autonomie consensuelle à l'abri du regard des juges* »³⁴⁶⁰, mais il nous apparaît bien au contraire que si le contrôle du juge connaît une mutation il reste le lien indispensable permettant une « *relevance* »³⁴⁶¹ des normes conventionnelles à l'ordre juridique, et par voie de conséquence au maintien d'un pluralisme « *tempéré* »³⁴⁶².

³⁴⁵⁷Marie-France MAZARS, *loc.cit.* p.474.

³⁴⁵⁸Anne-Sophie CHAMBOST, « HAURIOU, RENARD, DELOS (GURVITCH) La théorie de l'institution-contre l'omnipotence de la Loi », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 2012, n°32, pp.373-387. Selon l'auteure, l'Etat est d'abord une institution parmi d'autres institutions, ensuite (mais institution quand même), l'Etat est subordonné à son but : veiller à la bonne marche de l'ensemble de la société.

³⁴⁵⁹Emmanuelle FILIPETTO, *op.cit.* p.382.

³⁴⁶⁰Frédéric GUIOMARD, *loc.cit.* p.471.

³⁴⁶¹Santi ROMANO, « L'ordre juridique », (traduction de Lucien FRANCOIS et Pierre GOTHOT), *op.cit.* p.48

³⁴⁶²Frédéric GEA, *loc.cit.* p.382.

À l'image du débat doctrinal, souvent concentré sur la relation entre la Loi (ou au règlement) et l'accord collectif, nous avons d'abord examiné la notion d'« *autonomie collective* » par le truchement de cette articulation alors que le renforcement du rôle normatif de la négociation collective ne dépend pas uniquement de celle-ci³⁴⁶³. En effet, si les protagonistes sociaux participent désormais modestement à la formation de la Loi les concernant, nous avons principalement observé un certain nombre d'évolutions au sujet de l'exécution du droit imposé par le biais de l'accord collectif³⁴⁶⁴. Nous avons notamment constaté que l'ancienne articulation progressiste a effectivement fait place à de multiples formes d'imbrications n'obéissant plus systématiquement aux modalités classiques de la notion d'« *ordre public social* »³⁴⁶⁵³⁴⁶⁶. Il apparaît également que l'accord collectif de travail ne poursuit plus uniquement l'objectif de compenser une inégalité inhérente au contrat individuel, et que ce dernier ne constitue plus tout à fait un instrument de résistance face à un acte incarnant la décision majoritaire du personnel (et de l'employeur). Sous cet angle certains auteurs peuvent même estimer que l'accord collectif peut au contraire désormais : « *servir d'instrument à une réactivation* »³⁴⁶⁷ du pouvoir unilatéral de l'employeur. En effet, si la fonction immédiate de celui-ci reste de soumettre un ensemble de salariés à un même corps de règles, sa finalité ne correspond plus uniquement à l'amélioration du sort collectif de ces derniers. D'un outil d'amélioration de la loi, l'accord s'est donc transformé en instrument de changement et d'adaptation décentralisé des règles au sein de l'entreprise³⁴⁶⁸³⁴⁶⁹³⁴⁷⁰. Une négociation collective « *conflictuelle* »³⁴⁷¹ ou « *distributive* »³⁴⁷², correspondant à l'acquisition par les salariés de nouveaux droits, laisse quelque peu place à une négociation « *intégratrice* » voire « *pacificatrice* »³⁴⁷³ analogue à des pourparlers pouvant entraîner, le cas échéant, une renonciation de certains droits, en lien avec la gestion des facteurs sociaux de l'entreprise. Par ce biais, la négociation décentralisée s'identifie à une substitution

³⁴⁶³Paul-Henri ANTONMATTEI, *loc.cit.* p.245.

³⁴⁶⁴Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.61.

³⁴⁶⁵Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.61.

³⁴⁶⁶Avis n°310108 du Conseil d'Etat du 22 mars 1973. En son temps cet avis avait précisé le domaine matériel de la négociation collective, la place des normes négociées et les éventuelles solutions en cas de concours de normes. Il avait notamment consacré deux notions importantes : « *ordre public social* » ainsi que d'« *ordre public absolu* » qui ont fait l'objet d'évolution notables.

³⁴⁶⁷Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, *loc.cit.* p.17.

³⁴⁶⁸Jacques FREYSSINET, « Les négociations d'entreprise sur l'emploi quelques expériences européennes », Document de Travail n° 2 de l'IRES, mars 2015, p.109.

³⁴⁶⁹Olivier MERIAUX, *loc.cit.* p.27.

³⁴⁷⁰Bernard TEYSSIE, *op.cit.* p.401.

³⁴⁷¹Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

³⁴⁷²Jean-François AMADIEU et Nicole MERCIER, « *Le débat sur la flexibilité* », *Sociologie du travail*, n°2, Avril-juin 1986, p. 193.

³⁴⁷³Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

des normes étatiques par des règles conventionnelles apparaissant comme plus « *malléables* » par les parties prenantes validant des choix stratégiques difficiles et des sacrifices acceptés au nom de la défense de l'emploi³⁴⁷⁴. Dans ce cadre général, il apparaît bien que le ressort de l'entreprise supplante tous les autres champs de la négociation collective.

2.3. L'accord d'entreprise et les autres normes conventionnelles

Constatons d'abord que le droit positif a désormais fixé son choix sur une décentralisation « *désarticulée* » de la négociation collective au profit d'une domination de l'accord d'entreprise. Effectivement, il se révèle qu'après avoir organisé l'émancipation de l'accord à l'égard de la Loi, le droit du travail organise également l'émancipation de l'accord d'entreprise à l'égard du droit conventionnel issu de champs plus larges. Mais remarquons que si ce nouvel ordonnancement du droit du travail ne s'effectue pas contre la volonté des protagonistes sociaux, qui peuvent acquiescer à plusieurs de ces évolutions, le législateur apparaît tout de même comme le « *chef d'orchestre* » de ce mouvement d'ensemble. En l'occurrence, commençons par constater que ce droit des salariés à la négociation collective peut éventuellement être assuré de manière singulière au sein d'une unique unité de négociation, mais que le plus souvent les protagonistes des différents ressorts vont tenter d'accaparer le même objet de pourparlers. Il en découle que l'ordonnancement des diverses normes conventionnelles sur un mode hiérarchique ou selon d'autres modalités plus souples d'articulation pourrait constituer une question capable de dévoiler la nature intrinsèque de la notion d'« *autonomie collective* ». En effet, remarquons que notre système de relations professionnelles a longtemps reposé sur un réseau de commutations des divers ressorts selon lequel l'ouverture d'une négociation au sein d'un champ entraînait l'engagement de pourparlers au sein d'une autre unité. Soulignons que ce système de droit interne a subi une inversion des logiques induisant un effacement des dynamiques de complémentarité pour laisser place à une logique concurrentielle (ou supplétive) entre les différents ressorts et que cette dernière évolution entraîne sans doute une mutation des fonctions de ces divers champs. Observons néanmoins que les différents démembrements de la notion d'entreprise échappent à cette nouvelle logique, et que ce ressort semble se refermer sur lui-même, s'acheminant peu à peu vers une notion d'« *autoréglementation* » par laquelle les normes du droit imposé ou du droit

³⁴⁷⁴Jacques FREYSSINET, *loc.cit.* p.511.

conventionnel ne s'appliquent dans leur majorité qu'à défaut d'accord d'entreprise³⁴⁷⁵3476347734783479.

2.3.1. L'inversion des logiques intrinsèques à l' « *autonomie collective* »

Par conséquent, commençons par cette introspection du champ conventionnel oscillant entre hiérarchie et autonomie articulée notamment sur le fondement du principe « *Lex Favoris* ». En effet, il nous apparaît qu'il existe une grande variété d'organisations des différents ressorts de la négociation collectives. Il s'avère que leurs relations peuvent reposer sur des logiques hiérarchiques, fonctionnelles, ou sur une articulation souple fondée sur la commutation de leurs contenus. Examinons donc plus en détail chacun de ces modèles doctrinaux, leurs éventuelles déclinaisons au sein des divers systèmes de relations professionnelles, avant d'explorer le droit positif au sujet du nouvel ordonnancement des normes conventionnelles.

L'ordonnancement des différentes conventions et accords collectifs. Il se révèle que l'éventuelle articulation des différentes conventions et accords collectifs issus de ressort de tailles différentes, constitue un : « *thème majeur autant que perturbateur* »³⁴⁸⁰ entraînant à sa suite la question de l'existence d'une éventuelle « *hiérarchie* » conventionnelle capable d'ordonner ses divers champs. Or, un éventuel agencement de cette nature aurait pour effet de contrarier la garantie octroyée à chacun d'eux de jouir d'une pleine autonomie³⁴⁸¹. Il nous apparaît donc que répondre aux deux faces de cette question contraint de se confronter

³⁴⁷⁵Elsa PESKINE, *op.cit.* p.355.

³⁴⁷⁶Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.355. L'auteur indique que Dans ce cadre peut se développer le concept de contrat collectif d'entreprise primant sur la Loi et le contrat de travail.

³⁴⁷⁷Pascal LOKIEC, Dounia BENREBAI, Nicolas DI CAMILLO, Chloé SABLAYROLLES, et Lou THOMAS, « Première partie. Les fonctions et les mots - Simplification, dialogue social, confiance, emploi », *Revue de droit du travail*, 2016, p.754. L'attachement à la notion d'entreprise donne aux normes produites en son sein une force particulière. La fidélité à cette notion commande alors la limitation du rôle de la Loi à la détermination d'un noyau serré de dispositions d'ordre public et l'élaboration de règles supplétives qui s'effacent devant le choix des négociateurs au niveau de l'entreprise, ainsi que le renforcement du caractère supplétif de l'accord de branche. Elle conduit également à un nouvel affaiblissement de la capacité de résistance du contrat de travail, pourtant garant, pour les salariés, de stabilité juridique.

³⁴⁷⁸Jean-Claude GUIBAL, « Point de vue : plaider pour un "contrat collectif d'entreprise" », *Droit social*, 1986, p. 602. Selon, l'auteur le contrat collectif d'entreprise « *se présente comme un instrument de nature à favoriser, au niveau de l'entreprise, une négociation de substitution, dérogatoire aux sources du droit, situées en amont et de forme authentiquement contractuelle* ». Il poursuit estimant que le contrat collectif d'entreprise : « *tend également à consacrer la notion d'ordre public à deux vitesses, établir un nouvel équilibre entre les niveaux de négociation, contribuer à l'individualisation de la gestion, renforcer la cohésion de l'entreprise et permettre aux organisations syndicales, si elles savent l'utiliser, de renouer avec leurs bases* ».

³⁴⁷⁹Gérard LYON-CAEN, *op.cit.* p.400. L'auteur souligne que la mise en œuvre de ce contrat collectif d'entreprise ne peut être envisagée « *sans une complète déréglementation* ». Pour arriver à un contrat collectif d'entreprise entendu dans son sens complet, aucune Loi ne peut venir limiter la libre volonté des parties au contrat.

³⁴⁸⁰Marie-Armelle SOURIAU, *op.cit.* p.410.

³⁴⁸¹Josépha DIRINGER, *op.cit.* p.11.

également à deux approches différentes de la notion d'« *autonomie collective* ». En effet, selon la première d'entre elles, la structure conventionnelle serait composée de plusieurs niveaux comparables à un édifice hiérarchisé au sein duquel les rapports entre les différents accords collectifs pourraient être assimilés au rapport avec la Loi. En ce sens, la norme élaborée à l'échelon le plus élevé serait supérieure à celle conclue à l'échelon moins élevé³⁴⁸². Cet ordonnancement peut être associé à une hiérarchie conventionnelle plus ou moins rigide garantie par la Loi ou par l'accord des protagonistes sociaux³⁴⁸³³⁴⁸⁴, ayant pour effet de restreindre l'autonomie de certains champs de la négociation collective³⁴⁸⁵ et favorisant un ressort (ou plusieurs) au détriment du reste des échelons de la négociation collective³⁴⁸⁶. Cette première approche doctrinale peut concevoir la notion d'« *accord parfait* » renvoyant à l'hypothèse d'un accord collectif interdisant aux unités de taille différente de procéder à une nouvelle négociation concernant les clauses définies par ses soins. Ce concept d'« *accord parfait* » peut éventuellement se marier avec une autonomie relative des divers ressorts par le truchement de la notion de « *primauté* ». En effet, la notion de « *primauté* » apparaît plus sophistiquée, car elle repose sur le fondement d'une habilitation légale et générale conférant à un champ une autorité pleinement « *hiérarchique* » couvrant la possibilité de conclure des accords collectifs s'appliquant quel que soit les dispositions en vigueur fixées dans d'autres champs. En cas de conflit, l'accord conclu dans le ressort bénéficiant de cette « *primauté* » s'applique quel que soit son contenu, sa teneur ou sa date de conclusion. De cette façon tous les ressorts peuvent conclure des stipulations sur n'importe quel objet, mais la conclusion d'un accord collectif dans le ressort « *désigné* » écarte toutes les autres dispositions conventionnelles. Si une partie de la doctrine a pu aisément accepter l'existence de cette notion³⁴⁸⁷, une autre partie reste sceptique sur ce point en se basant justement sur la liberté contractuelle de chacun des acteurs des différents champs³⁴⁸⁸. Selon une seconde approche pouvant être qualifiée de « *globale* », le droit des salariés à la négociation collective appartient

³⁴⁸² Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

³⁴⁸³ Josépha DIRINGER, *op.cit.* p.11.

³⁴⁸⁴ Marie-Laure MORIN, « L'articulation des niveaux de négociation dans l'accord interprofessionnel sur la politique contractuelle du 31 octobre 1995 », *Droit. Social*, 1996, p.11.

³⁴⁸⁵ Josépha DIRINGER, *op.cit.* p.11.

³⁴⁸⁶ Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

³⁴⁸⁷ Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10. L'auteur semble septique au sujet de la notion d'« *accord collectif parfait* » en se référant au principe du droit à la négociation collective au niveau de l'entreprise. Elle estime qu'il peut justement s'agir de l'expression d'une défiance concernant la négociation collective dans ce ressort. Néanmoins elle rappelle que toute la doctrine ne partage pas ce point de vue. Ainsi elle rappelle que Paul DURAND considère qu'un l'accord collectif pourrait interdire la négociation des dispositions plus favorables dans d'autres ressorts ou encore que Pierre RODIERE étend accorder ce pouvoir à la branche professionnelle à l'égard de la négociation collective d'entreprise.

³⁴⁸⁸ Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

à l'ensemble de ses ressorts, de sorte que la liberté conventionnelle doit être garantie au sein de chacun d'entre eux. Toutefois, garantir l'autonomie de chacun des ressorts expose l'ensemble à une perte d'intelligibilité (ou de cacophonie)³⁴⁸⁹. Cette liberté de négociation doit donc impérativement être accompagnée de principes d'articulation et d'une règle d'arbitrage capable de trancher les éventuels conflits entre les différentes normes collectives. Ainsi une approche « globale » de l'« autonomie collective » peut induire que la conclusion d'un accord au sein d'un certain champ de négociation appelle l'ouverture d'une négociation d'adaptation dans une autre. Une négociation ainsi articulée implique donc une commutation³⁴⁹⁰ entre les différents accords de ses divers champs, fondée sur des logiques de coordination. Il en ressort bien deux approches distinctes reposant soit sur une « hiérarchie » (ou « primauté ») soit sur une liberté « articulée » des divers champs de la négociation collective. Par conséquent après cette brève présentation de ces deux modèles doctrinaux, examinons en détail chacun d'entre eux afin de mieux en saisir la complexité. Par ailleurs dans les deux cas, nous chercherons à savoir si ce choix est déterminé par l'« autonomie collective » ou par la Loi.

Une hiérarchie des différentes conventions et accords collectifs. Si la règle de droit est communément définie comme une règle de conduite, générale, abstraite, obligatoire, dont la sanction est assurée par l'autorité publique, une convention ou un accord collectif peut alors être assimilé à cette notion. Par conséquent, la norme conventionnelle intégrant l'ordre juridique étatique pourrait à son tour déterminer la formation d'autres règles de droit de même nature³⁴⁹¹. Il en ressortirait que si une convention oblige, elle pourrait également habiliter, autoriser (voir interdire) une autre norme conventionnelle dans un autre ressort. Si tel est bien le cas, l'« autonomie collective » (au même titre que la Loi) serait donc en mesure d'ordonner le tissu conventionnel selon un mode qualifiable de « hiérarchique » dont il faudrait définir la nature et la finalité. A ce sujet, la doctrine³⁴⁹² a pu répondre que les relations liant les différentes normes conventionnelles seraient conditionnées par des liens organiques structurant et unissant les différentes composantes des organisations syndicales représentatives des divers champs de la négociation collective³⁴⁹³. Tous les échelons de la négociation seraient donc conduits par la même volonté collective incarnée par les organisations syndicales représentatives³⁴⁹⁴.

³⁴⁸⁹Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

³⁴⁹⁰Transfert de connexions d'un ensemble de conducteurs à un autre.

³⁴⁹¹Lionel CHARBONNEL, *op.cit.* p.421.

³⁴⁹²Michel. DESPAX, *op. cit.* p.448.

³⁴⁹³Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

³⁴⁹⁴Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

L'« *autonomie collective* » formerait alors un bloc unique et organisé, dont les parties à l'accord d'entreprise devraient se plier à la logique de la branche professionnelle (voir interprofessionnelle), non parce que l'accord d'entreprise serait cantonné dans un rôle d'adaptation mais parce que les organisations syndicales représentatives décentralisées devraient soumission aux structures qui les regroupent au sommet³⁴⁹⁵. Ainsi, les relations professionnelles nord-américaines incarnent parfaitement un système ayant pour socle des unités « *infra-entreprise* » (établissements) dont le périmètre peut faire l'objet de négociation collective élaborée³⁴⁹⁶ mais au sein desquelles, l'articulation entre les différentes normes conventionnelles issues de champs de périmètre différents s'effectue de façon organique, c'est-à-dire par le truchement du respect de la discipline interne aux syndicats³⁴⁹⁷³⁴⁹⁸. Si le droit interne ne favorise pas la formation de clauses contraignant au respect de ses dispositions par les organisations syndicales représentatives au sein d'autres ressorts plus décentralisés³⁴⁹⁹, la discipline interne de certaines organisations peut effectivement limiter l'autonomie de chaque négociateur. Si cette argumentation peut emporter la conviction dans un système d'unicité syndicale, elle ne correspond cependant pas au caractère pluraliste et décentralisé du syndicalisme français³⁵⁰⁰. Ainsi, l'autonomie juridique des organisations syndicales représentatives de chaque ressort permet aux structures décentralisées portant la même étiquette de soutenir qu'elles ne sont pas liées par la signature des structures signataires d'un autre ressort. Il peut donc théoriquement exister une hiérarchie organique correspondant à une organisation pyramidale de l'« *autonomie collective* » mais ce mode de fonctionnement ne correspond toutefois pas à la réalité du modèle de droit interne.

Une relation « fonctionnelle » des différentes conventions et accords collectifs. A défaut de hiérarchie « *structurelle* » ou « *organique* », il pourrait exister une approche « *fonctionnelle* »

³⁴⁹⁵Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

³⁴⁹⁶Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10. En principe le choix de l'unité de négociation est le fruit d'un consensus. Toutefois l'administration du travail peut procéder à un arbitrage en cas de désaccord. L'unité apte à garantir aux salariés l'exercice de leur droit doit regrouper une collectivité professionnelle suffisamment homogène et indépendante. Il s'agit également du niveau approprié pour désigner un syndicat majoritaire.

³⁴⁹⁷Ainsi, le système de relations professionnelles nord-américain bien que centré sur l'entreprise, envisage l'éventualité d'une négociation au sein de champ plus large regroupant plusieurs entreprises. Dans cette hypothèse, la même et unique fédération syndicale négocie pour le compte de l'ensemble des syndicats locaux qui lui sont affiliés. De son côté le Japon, fournit un excellent exemple de système de relation professionnelle organisé autour de l'entreprise en raison notamment d'une structuration syndicale principalement construite au sein de ce ressort.

³⁴⁹⁸Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10. Selon l'auteure la négociation d'entreprise est dominante dans la plupart des pays d'Amérique latine. (Mais les accords de branches n'y sont pas inconnus). Néanmoins la négociation d'entreprise ne se développe que dans les très grandes entreprises.

³⁴⁹⁹Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

³⁵⁰⁰La désarticulation de cette diversité organique a sans doute été renforcée par un système ascendant de représentativité reposant notamment sur les résultats électoraux récoltés dans les divers ressorts décentralisés.

de ces différents ressorts consacrant l'autonomie de chacun d'entre eux tout en leur assignant malgré tout une finalité différente. Selon ce modèle, l'accord d'entreprise pourrait avoir pour fonction d'améliorer l'accord de branche, et par ce biais, les deux accords autonomes formeraient un ensemble unique. Effectivement, pour une partie de la doctrine, la fonction essentielle de l'accord d'entreprise est d'adapter³⁵⁰¹ les normes conventionnelles de champs plus larges dans un sens également fixé par l'« *ordre public social* ». Néanmoins cette apparente souplesse « *fonctionnelle* » instaurerait bien un lien de subordination entre les différentes unités de négociation. Sur le fondement de ce dernier point d'autres auteurs réfutent cette logique « *fonctionnelle* » en constatant que le ressort de l'entreprise bénéficiant de sa propre autonomie, l'accord conclu en son sein ne peut se réduire à un prolongement de l'accord de branche³⁵⁰². Toutefois, remarquons qu'historiquement en droit interne l'éventuelle relation de supériorité ne s'établit pas en fonction de la taille du périmètre du ressort de la négociation mais en fonction de la teneur intrinsèque de l'accord collectif conclu. Sous cet angle une négociation « *articulée* » implique une commutation³⁵⁰³ entre les différents accords des divers champs des pourparlers.

Une articulation souple des ressorts et une commutation du contenu des accords. Cette imbrication induit donc une forme de connexion des contenus des diverses clauses, mais également une coordination des diverses négociations dans les différents ressorts. En somme, il n'y aurait pas de lien de subordination entre les différentes unités de négociation mais plus précisément entre le contenu des accords conclus³⁵⁰⁴. Cependant il s'agirait plutôt d'une articulation « *souple* » régie par le principe de faveur³⁵⁰⁵ reposant bien sur une conception pluraliste des différents ressorts de la négociation collective^{3506.35073508}. Un raisonnement logique semble corroborer cette lecture tendant vers une articulation plutôt qu'une hiérarchie. En effet, s'il existait une hiérarchie entre les différents ressorts de la négociation collective, les

³⁵⁰¹Selon cette interprétation, le verbe « *adapter* » correspond à prolonger l'œuvre de la convention supérieure sans en mettre en cause la cohérence et les orientations fondamentales.

³⁵⁰²Marie -Laure MORIN, *loc.cit.* p. 348.

³⁵⁰³Transfert de connexions d'un ensemble de conducteurs à un autre.

³⁵⁰⁴Marie -Laure MORIN, *loc.cit.* p.348.

³⁵⁰⁵Hélène TISSANDIER, « L'articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes », *Droit Social.*, 1997, p.104.

³⁵⁰⁶Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

³⁵⁰⁷Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

³⁵⁰⁸Nous savons également qu'en cas de conflits de normes conventionnelles, la norme la plus favorable est censée l'emporter, et que dans cette hypothèse la norme vaincue n'est pas annulée mais simplement considéré comme écartée.

normes qui en seraient issues ne pourraient pas entrer en conflit³⁵⁰⁹. Cette relation hiérarchique s'exercerait impérativement lors de leurs formations afin de prévenir le conflit entre plusieurs normes de même valeur et portant sur un même objet³⁵¹⁰³⁵¹¹. Compte tenu du fait qu'il n'existe pas de conditionnement impératif de la norme conventionnelle, il en découle qu'il n'existe pas de relation hiérarchique entre les différentes normes de cette nature. Selon ce raisonnement, une partie importante de la doctrine considère donc que toutes les conventions sont dotées de la même valeur quel que soit le périmètre du ressort au sein duquel celles-ci se sont formées³⁵¹². Par conséquent si les normes conventionnelles sont toutes de même rang, elles peuvent effectivement entrer en conflit. Selon le professeur Patrick MORVAN, la représentation adéquate de cette myriade de normes conventionnelles n'est pas celle de la « *pyramide* » verticale, mais celles des « *flaques* »³⁵¹³ d'eau sur le sol. En effet, ces dernières de tailles différentes, peuvent se superposer et créer un conflit de norme concurrente, arbitré par le principe de « *faveur* ». Il en résulte également qu'une norme conventionnelle ne respectant pas les dispositions d'une autre norme conclue au sein d'un ressort plus large, ne se trouve pas pour autant nulle mais « *inopposable* »³⁵¹⁴. Il ressort bien de cette articulation « *souple* », que chaque champ de la négociation collective professionnelle semble autonome car l'existence de l'acte conventionnel litigieux n'est pas en jeu, mais son application est effectivement écartée. Cette appréciation valorise donc une autonomie de chacun des ressorts reposant notamment sur la liberté syndicale³⁵¹⁵³⁵¹⁶ de conclure des accords collectifs³⁵¹⁷³⁵¹⁸³⁵¹⁹³⁵²⁰³⁵²¹ et met à mal l'existence d'une quelconque « *hiérarchie structurelle* » subordonnant les accords collectifs les uns aux autres.

³⁵⁰⁹François GAUDU, « L'exécution des conventions d'entreprise », Droit Social, 1990, p.606.

³⁵¹⁰Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

³⁵¹¹Lionel CHARBONNEL, *op.cit.* p.421.

³⁵¹²François GAUDU, *Ibid.*

³⁵¹³Patrick MORVAN, *loc. cit.*p.379.

³⁵¹⁴Cependant ce terme ne semble correspondre qu'à une irrégularité formelle. Or, dans le cas qui nous intéresse l'acte conventionnel peut être formellement régulier c'est à dire conforme aux règles de validité en matière de formation. Par conséquent sans être pour autant inopposable pour des raisons formelles, l'accord collectif voit son application écartée c'est-à-dire temporairement mise de côté.

³⁵¹⁵Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46. Selon l'auteur : « *c'est la liberté syndicale qui est le fondement ultime du principe de l'indépendance de chaque niveau de négociation* ».

³⁵¹⁶Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

³⁵¹⁷Patrick MORVAN, *loc. cit.*p.379.

³⁵¹⁸Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46. Selon l'auteur : « *il n'existe pas de hiérarchie entre les différentes catégories de conventions collectives en droit français* ».

³⁵¹⁹Lionel CHARBONNEL, *op.cit.* p.421.

³⁵²⁰Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.66.

³⁵²¹Gérard VACHET, « Les conflits entre conventions collectives en droit français », Thèse, Lyon III, 1977, p. 165. Selon l'auteur : « *Si antérieurement à la Loi du 13 juillet 1971, on pouvait admettre une hiérarchie entre conventions collectives (...) il n'en va plus de même aujourd'hui* ».

Concluons donc cette présentation théorique en constatant que l'articulation des normes conventionnelles conclues dans les différents ressorts peuvent prendre plusieurs visages et différentes manières. En effet, elle peut être « *absolue* » en attribuant de manière exclusive à un ressort le traitement d'une matière. Elle peut être « *hiérarchique* », conférant à toutes les unités de négociations une autonomie et une liberté contractuelle, mais en désignant un champ comme bénéficiaire d'une « *primauté* » sur un domaine donné. Cette dernière modalité a pour effet d'écarter les clauses portant sur le même objet conclues au sein des unités de négociation de tailles différentes³⁵²² et n'ayant pas vocation à traiter ce domaine. Enfin, elle peut être « *articulée* » en octroyant à un champ large la charge de définir le cadre général, et à d'autres unités (plus restreintes) la responsabilité de préciser le contenu des éventuels accords collectifs conclus. Néanmoins cette dernière modalité repose sur le respect d'une éventuelle règle de départage des différentes dispositions conventionnelles ayant le même objet. En somme, l'ordonnancement des normes conventionnelles de droit interne serait donc façonné par diverses articulations souples devant toutefois affronter les effets de la décentralisation de la négociation collective.

2.3.2. La mutation des finalités des ressorts de l' « *autonomie collective* » : une évolution conduite par l'Etat

Commençons par parcourir le chemin serpente nous menant d'une de négociation collective simplement articulée au bénéfice du ressort de la branche professionnelle vers une système décentralisé et quelque peu désarticulée. Nous constaterons que l' « *autonomie collective* » a rechigné à diriger cette évolution qui a principalement été conduite par les autorités publiques. Enfin, nous analyserons la consécration d'un droit à la dissidence de l'accord collectif d'entreprise ainsi que le rejet d'une vision instrumentale de la convention collective de branche.

La décentralisation des ressorts de la négociation collective. La plupart des pays européens font l'objet d'un système de négociation collective historiquement articulé autour de la branche professionnelle, remis en question sous l'effet d'un remarquable mouvement de diversification des ressorts de la négociation collective au bénéfice de l'entreprise³⁵²³. Ainsi même le système allemand fondamentalement bâti hors de l'entreprise, ne peut toutefois totalement résister à un

³⁵²²Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

³⁵²³Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

mouvement général de décentralisation³⁵²⁴³⁵²⁵. En effet, quand bien même, il apparaît réfractaire à la négociation d'entreprise et à toute articulation de celle-ci avec des champs plus larges, il s'observe une volonté de certains acteurs sociaux de s'affranchir de la contrainte de la branche professionnelle³⁵²⁶. Il se révèle un dispositif hostile à la démultiplication des champs de la négociation contraint d'envisager de façon résiduelle les éventuelles articulations des divers accords collectifs issus de ressort de tailles différentes. Au sein des autres modèles européens de négociation collective, le ressort de l'entreprise s'est peu à peu affirmé de façon plus ou moins rapide³⁵²⁷. Ainsi au début du XXe siècle, le système britannique qui s'était construit autour de la branche professionnelle, a amorcé après la seconde guerre mondiale un mouvement précoce de décentralisation³⁵²⁸. Sur la base d'un mouvement informel, autonome et fragmenté, reposant sur peu d'élément juridique mais essentiellement sur l'usage et la pratique, la négociation collective d'entreprise s'y est peu à peu imposée au détriment du champ de la branche professionnelle³⁵²⁹. Cette évolution ne concerne pas exclusivement les systèmes anglo-saxons, car les pays latins ont suivi ce même mouvement. Ainsi en droit positif espagnol la négociation collective au niveau de l'entreprise est désormais : « *le centre gravité du système légal de négociation collective* »³⁵³⁰. La Loi espagnole ayant conduit ce mouvement, reconnaît désormais dans une grande mesure une « *autonomie collective* » des protagonistes sociaux. Néanmoins elle restreint également leur liberté conventionnelle au sein des différents ressorts en : « *ôtant à la négociation collective la faculté d'établir les règles régissant les rapports entre les différents niveaux ou cadres de négociations* »³⁵³¹. Ainsi, ce système de relation professionnelle n'effectue aucune répartition fonctionnelle (ou matérielle) des compétences entre les différents ressorts de tailles différentes. Il a opté pour une règle d'articulation

³⁵²⁴Marie-Armelle ROTSCCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

³⁵²⁵Patrick REMY, *loc. cit.* p.470. En Allemagne la position syndicale au niveau de la branche est forte et légitimée. Ainsi la négociation s'organise sur un mode égalitaire, et la production normative est autonome. En revanche au sein de l'établissement le syndicat doit laisser sa place au conseil d'entreprise qui dispose d'un pouvoir de « *co-decision* » sur une liste de sujet. Toutefois l'Allemagne est également l'objet d'une décentralisation de la négociation qui introduit des conflits normatifs nouveaux au sein de ce système. La notion de « *contrat tarifaire* » est en crise. Il s'en suit un débat doctrinal entre la primauté de la négociation de branche et les tenants d'un retour de la théorie institutionnelle de l'entreprise. La solution semble passer par les aménagements prévus par la branche à ses propres dispositions (clauses d'ouverture).

³⁵²⁶Marie-Armelle ROTSCCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10. Selon l'auteure, il faut alors tenir compte des relations entre les accords de branche et les accords conclus au sein du conseil d'établissement (codétermination). Bien qu'il ne s'agît pas d'accord d'entreprise ces décisions collectives se trouvent subordonnées à l'accord de branche. En d'autres termes s'il n'y a pas proprement parler d'articulation des négociations collectives il y a bien une répartition des compétences entre les différents ressorts.

³⁵²⁷Marie-Armelle ROTSCCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

³⁵²⁸Marie-Armelle ROTSCCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

³⁵²⁹Marie-Armelle ROTSCCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

³⁵³⁰Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

³⁵³¹Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

favorisant la stabilité de la norme conventionnelle au travers du principe « *prio in tempore* »³⁵³². L'Italie constitue également l'exemple intéressant d'un système très centralisé basé sur une articulation rigide des normes conventionnelles ayant tout de même fait l'objet d'une forte décentralisation. En effet, son centralisme originel trop raide a été à la source de fortes tensions entre grandes et petites entreprises qui ont débouché sur un mouvement qui s'est développé en dehors d'une armature juridique solide³⁵³³. Sous la pression syndicale au sein des ressorts les plus décentralisés (entreprise), le système juridique n'a fait que suivre la mise en place d'une articulation plus souple de ces différents ressorts par laquelle le champ de l'entreprise a conquis peu à peu son autonomie. Par un phénomène principalement conduit par l'« *autonomie collective* », l'Italie est passé d'un système très élaboré et relativement rigide à une certaine indifférenciation des niveaux de négociation. Il en ressort que dans la plupart de ces Etats, le mouvement de décentralisation de la négociation collective a été sollicité et conduit par l'« *autonomie collective* ».

Un système de droit interne souple mais déterminé par la Loi. Si de manière comparée, le système français peut apparaître capable d'évoluer de façon rapide, il se singularise particulièrement par sa souplesse et sa sophistication. Il se caractérise également nettement par le fait que ses diverses mutations sont généralement conduites par le législateur. En effet, la Loi du 13 juillet 1971³⁵³⁴ a consacré la coexistence de plusieurs champs de négociation

³⁵³²Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75. Malgré l'existence de nombreux aménagements concernant l'application de ce principe, il s'avère que le premier champ ayant conclu un accord sur un thème donné bénéficie d'une certaine primauté qui limite par la suite de façon substantielle la liberté de négociation des autres protagonistes représentés dans les différents ressorts.

³⁵³³Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10. L'expression de « *négociation articulée* » est née en Italie. Au début des années 50 du XXe siècle, la négociation collective italienne est extrêmement centralisée. A partir de 1954 les accords d'entreprise commencent à se multiplier à la faveur du développement de la négociation sur la productivité. Mais la prolifération des accords d'entreprise se heurte au principe de la négociation de branche. En 1962, les acteurs de la négociation tracent les grandes lignes de la « *négociation articulée* ». Néanmoins la négociation d'entreprise se déroule avec le syndicat de la province car la section syndicale n'est pas reconnue dans l'entreprise. L'articulation est descendante, la répartition des compétences étant définie au niveau de la branche d'activité. Enfin elle s'accompagne d'une obligation de « *paix sociale* » par laquelle les syndicats renoncent à engager des actions ayant pour but de modifier les questions réglées par accords aux différents niveaux. Cependant la technique des accords-cadres contestée dès 1966 est profondément remise en question lors de l'apparition du mouvement des délégués puis au cours de 1969. Celui-ci est emmené par les délégués de base qui mettent en cause cette articulation « *rigide* ». Il en résulte la reconnaissance du délégué d'atelier. Ce mouvement donne naissance à une nouvelle forme de négociation d'entreprise, décentralisée, démocratique mais aussi informelle. La négociation articulée en sort affaiblie.

³⁵³⁴Loi n°71-561 du 13 juillet 1971 modifiant certaines dispositions du chapitre IV-bis du titre II du livre I du Code du travail, relatives aux conventions collectives de travail, ainsi que certaines dispositions du titre II de la Loi 50205 du 11-Février 1950.

collective³⁵³⁵ auxquels la Loi du 13 novembre 1982³⁵³⁶ a reconnu à chacun d'entre eux une réelle autonomie³⁵³⁷³⁵³⁸. Sur le fondement de la liberté contractuelle aucun accord collectif ne peut se déclarer comme « *auto-suffisant* », même implicitement, car cette restriction serait considérée comme illicite³⁵³⁹. L'accord collectif n'est qualifiable de « *parfait* » qu'au sens qu'il était immédiatement applicable sans qu'une négociation complémentaire ne soit la condition de son effet impératif sur les contrats de travail³⁵⁴⁰. Le mouvement de décentralisation de la négociation collective s'étant effectué au détriment de la convention collective et de l'accord collectif de branche, il s'est justement accompagné d'un déclin de l'effet impératif des normes conventionnelles issues de ce ressort. Celles-ci s'assimilent de plus à une simple procédure à respecter au sein des ressorts plus restreints. Par ses différents habits, endossant un caractère imparfait, ou revêtant une texture supplétive voire dérogatoire³⁵⁴¹, nécessitant par essence la conclusion d'un autre accord pour que ses dispositions s'appliquent³⁵⁴², elles peuvent toujours déterminer la négociation se déroulant au sein d'autres ressorts³⁵⁴³. Néanmoins avant d'examiner la station actuelle de ce nouvel ordonnancement conventionnel, regardons justement qui du législateur ou de l'« *autonomie collective* » a conduit le droit sur ce chemin serpenté de la décentralisation. Il s'avère que la Loi a, plus souvent que l'« *autonomie collective* », déterminé une série d'articulations souples reliant une myriade de ressorts autonomes et capables d'allier de manière très nuancée : subordination et autonomie de l'accord collectif³⁵⁴⁴.

Les prémices d'une organisation fonctionnelle des ressorts de la négociation collective. En effet, la Loi du 11 février 1950³⁵⁴⁵ avait établi une première hiérarchie quelque peu rigide entre les ressorts des différentes conventions nationales, régionales ou professionnelles. A cette période, l'entreprise ne bénéficiant pas d'une reconnaissance en qualité de ressort de la

³⁵³⁵De l'entreprise, de la branche ou interprofessionnelle.

³⁵³⁶Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail-3eme Loi AUROUX (JORF du 14 novembre 1982).

³⁵³⁷Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46.

³⁵³⁸Marie-Armelle SOURIAU, *op.cit.* p.410.

³⁵³⁹Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAU, *op. cit.* p.10.

³⁵⁴⁰Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAU, *op. cit.* p.10.

³⁵⁴¹Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAU, *op. cit.* p.10.

³⁵⁴²Selon une variante de cette hypothèse, il peut connaître une impérativité conditionnée à la conclusion d'un accord dans le ressort plus restreint.

³⁵⁴³En somme un ressort ne peut interdire aux autres champs de négocier sur le même objet que l'accord collectif qu'il vient de conclure mais peut toutefois conduire les autres négociations pas des moyens plus ou moins directes.

³⁵⁴⁴Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAU, *op. cit.* p.10.

³⁵⁴⁵Loi n° 50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail (JORF du 12 février 1950).

négociation collective, l'hypothèse de la conclusion d'un accord collectif n'était pas véritablement envisagée. Par conséquent, si la Loi ne prévoyait pas expressément une véritable hiérarchie « *fonctionnelle* » entre les différents ressorts, elle reconnaissait tout de même une faculté résiduelle d'amélioration des conventions collectives au sein des établissements³⁵⁴⁶. Ainsi, mis à part le thème des salaires, la négociation collective d'établissement ne pouvait conclure d'accord collectif que sur des sujets négociés par la branche et dans le seul but de procéder à son adaptation³⁵⁴⁷ ou son amélioration³⁵⁴⁸³⁵⁴⁹. Puis la Loi du 13 juillet 1971³⁵⁵⁰ consacra donc l'entreprise comme un ressort à part entière de la négociation collective³⁵⁵¹ acquérant par ce biais sa véritable autonomie³⁵⁵². Néanmoins elle ne mettait pas pour autant en place au sens strict du terme une négociation collective « *articulée* » même si elle instituait tout de même un début d'articulation souple basée sur la chronologie de la signature des différents accords³⁵⁵³. Mise à part ce dernier point, la Loi n'indiquait aucune primauté d'un champ sur un autre, et ne procédait pas à une éventuelle répartition matérielle des compétences entre les divers ressorts. En définitive, les relations entre les accords d'entreprises et de branche professionnelles étaient insuffisamment précisées et structurées se contentant de fixer une fonction d'amélioration et d'adaptation à l'accord le plus décentralisé. Cette apparente indifférenciation des divers champs de la négociation s'appuyait sur une relative autonomie et liberté contractuelle³⁵⁵⁴ de chacun d'entre eux.

³⁵⁴⁶Gérard VACHET, « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche - concurrence, complémentarité ou primauté », *Droit Social*, 2009, p.896.

³⁵⁴⁷Christophe RADE, « Accords de branche et accords d'entreprise- attention : une réforme peut en cacher une autre », *Droit Ouvrier*, 2017, p.360.

³⁵⁴⁸Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC, *op. cit. p.10*.

³⁵⁴⁹Gérard VACHET, *Ibid*. Si elle la précède, elle doit comporter les mêmes clauses obligatoires que la convention nationale. La conclusion d'un accord collectif dans un champ plus restreint pouvait aussi bien suivre que précéder la formation d'une convention collective nationale. Toutefois selon la première hypothèse, elle ne pouvait que l'adapter aux conditions particulières de la région ou de la localité.

³⁵⁵⁰Loi n°71-561 du 13 juillet 1971 modifiant certaines dispositions du chapitre IV-bis du titre II du livre I du Code du travail, relatives aux conventions collectives de travail, ainsi que certaines dispositions du titre II de la Loi 50205 du 11-02-1950.

³⁵⁵¹Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC, *op. cit. p.10*. Selon l'auteure les notions d'établissements et d'entreprises sont mal définies. Ce silence du législateur peut s'expliquer par la volonté de s'en remettre aux acteurs de la négociation collective.

³⁵⁵²Il était notamment expressément reconnu la possibilité de former un accord d'entreprise et d'établissement dans des champs dépourvus d'accord de branche professionnelle.

³⁵⁵³Christophe RADE, *Ibid*. En effet, il était établi pour les ressorts les plus étroits une obligation chronologique de s'adapter à de nouvelles dispositions conventionnelles décidées au sein des champs les plus larges de la négociation collective.

³⁵⁵⁴Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC, *op. cit. p.10*.

La création d'une relation « articulée » des ressorts de la négociation collective. Par la suite, la Loi du 13 novembre 1982³⁵⁵⁵ avait pour objectif de promouvoir l'accord d'entreprise, de renforcer la négociation de branche et fournir un modèle d'articulation fondée sur une certaine idée de la complémentarité des différents ressorts de la négociation³⁵⁵⁶. L'accord d'entreprise se vit alors assigner par cette Loi une triple fonction : « *améliorer* » par adaptation des clauses plus favorables, « *innover* » par le comblement des lacunes de l'accord de branche, et « *adapter* » ses stipulations aux particularités de l'entreprise. Le ressort en question se trouvait plus fortement asservi à une négociation d'ajustement, car l'introduction d'une nouvelle convention de branche contraignait l'ancien accord (d'entreprise) à s'adapter³⁵⁵⁷, même s'il ne s'agissait pas pour autant d'une obligation spécifique associée à chaque nouvel accord entrant en vigueur. Néanmoins, la Loi en question introduisait la négociation (annuelle) obligatoire, restreignant par essence la liberté contractuelle des parties prenantes, mais renforçant donc la triple fonction de l'accord d'entreprise. Sans l'imposer, cette articulation faisait une place prépondérante au déploiement du principe de « *faveur* » induisant par conséquent une certaine relation de subordination de l'accord d'entreprise à l'accord de branche³⁵⁵⁸³⁵⁵⁹³⁵⁶⁰. Toutefois, l'accord d'entreprise se voyait octroyer dans certaines hypothèses restreintes une nouvelle possibilité de déroger à la Loi dans un sens défavorable aux intérêts des salariés³⁵⁶¹. Par conséquent, des clauses dérogatoires conclues au sein d'une négociation décentralisée pouvaient parfois remettre en cause d'autres clauses négociées dans le cadre de pourparlers plus centralisés³⁵⁶²³⁵⁶³. Par cette voie, le législateur engageait un premier pas sur un long chemin tortueux et gradué conduisant vers l'autonomie de l'accord d'entreprise.

Le développement du droit à la dissidence de l'accord collectif d'entreprise. A ce sujet, une seconde étape plus modeste fut franchie par l'accord national interprofessionnel (ANI) du 31 octobre 1995³⁵⁶⁴ disposant que la branche professionnelle devait conserver un rôle normatif, et devait être capable de réguler la montée en puissance de l'accord d'entreprise. Il lui était

³⁵⁵⁵Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail-3^{ème} Loi AUROUX (JORF du 14 novembre 1982).

³⁵⁵⁶Marie-Armelle ROTSCILD SOURIAU, *op.cit.* p.410.

³⁵⁵⁷Marie-Armelle ROTSCILD SOURIAU, *op.cit.* p.410.

³⁵⁵⁸Marie-Armelle SOURIAU, *op.cit.* p.410.

³⁵⁵⁹Marie-Armelle ROTSCILD SOURIAU, *op.cit.* p.410.

³⁵⁶⁰Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAU, *op. cit.* p.10.

³⁵⁶¹Marie-Armelle ROTSCILD SOURIAU, *op.cit.* p.410.

³⁵⁶²Gérard VACHET, *op.cit.* p.523.

³⁵⁶³Marie-Armelle SOURIAU, *op.cit.* p.410. L'auteure indique que l'accord d'entreprise pouvait déroger à l'accord de branche en matière salariale à condition de respecter certaines limites.

³⁵⁶⁴L'accord interprofessionnel du 31 octobre 1995 relatif à la politique contractuelle.

notamment fixé la tâche d'ouvrir des marges d'autonomie en faveur de l'accord d'entreprise, tout en élaborant des dispositions devant s'appliquer dans les ressorts des entreprises incapables de conclure un accord collectif³⁵⁶⁵³⁵⁶⁶. En réalité, il déterminait une certaine « *métamorphose* »³⁵⁶⁷ du rôle de la branche professionnelle amenée à évoluer à moyen terme vers une fonction de régulation en prenant un caractère de suppléant par rapport à l'accord d'entreprise. Par la suite, la Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004³⁵⁶⁸, a largement étendu les possibilités de déroger par accord d'entreprise de façon moins favorable pour les intérêts des salariés aux dispositions conventionnelles issues d'unités de négociation d'un plus large périmètre. Cette extension du domaine des dérogations a eu pour effet d'estomper la complémentarité tissée entre les deux champs en question, pour peu à peu laisser place à une « *concurrence* », voire un caractère « *supplétif* » de l'accord de branche³⁵⁶⁹. Le droit de « *dissidence* »³⁵⁷⁰ de l'accord d'entreprise à l'encontre des accords découlant de la négociation de champs plus vastes³⁵⁷¹, constituait dès lors une véritable brèche ouverte dans l'articulation traditionnelle découlant de l'« *ordre public social* ». Celle-ci ne prenait plus la forme d'un mécanisme dite de l'« *échelle de perroquet* »³⁵⁷²³⁵⁷³ consistant à conférer en cascade à chaque champ « *inférieur* » l'obligation d'améliorer les dispositions des champs « *supérieurs* » dans le sens des intérêts des salariés. La représentation de l'accord d'entreprise comme source d'amélioration constante se trouvait ébranlée tandis que sa fonction d'innovation et d'adaptation trouvait une application originale.

³⁵⁶⁵Marie-Armelle SOURIAU, *op.cit.* p.410.

³⁵⁶⁶Remarquons que cette fonction subsidiaire de l'accord de branche professionnelle n'a pas été relayée par la Loi 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 (JORF n°264 du 13 novembre 1996).

³⁵⁶⁷Marie-Armelle ROTSCHILD SOURIAU, *op.cit.* p.410.

³⁵⁶⁸Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004) .

³⁵⁶⁹Gérard VACHET, *op.cit.* p.523.

³⁵⁷⁰Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAU, *op. cit.* p.10. Selon l'auteur: « *Cette innovation est d'une importance telle qu'on peut se demander si notre droit ne s'oriente pas vers une nouvelle conception de la négociation articulée* ».

³⁵⁷¹L'article L132-24 du Code du travail permet de pratiquer par voie de négociation d'entreprise une politique de majoration des salaires différente de celle adoptée aux échelons supérieurs sous réserve du respect minimum en masse salariale et en termes hiérarchiques. Au fond il autorise à favoriser une partie du personnel plus que ne prévoit la convention collective moyennant la renonciation des avantages auxquels une autre partie pu prétendre. Il convient de mesurer exactement la marge d'autonomie conférée à l'accord d'entreprise. En cas d'écart entre les salaires de branche et d'entreprise (supérieur). La négociation de branche est sans effet. Dans ce cas la technique de l'accord dérogatoire apparaît comme étant sans objet. Reste donc les cas où l'accord de branche a un effet direct sur les salaires effectifs de l'entreprise. Dans ce cas la négociation d'entreprise peut privilégier les salaires les plus bas mais aussi les plus hauts et repartir différemment l'augmentation générale.

³⁵⁷²Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAU, *op. cit.* p.10.

³⁵⁷³Une « *échelle de perroquet* » est une échelle en bois rudimentaire, ayant la forme d'un peigne, installée dans un puits de carrière, munie de rondins fixés à espace régulier servant de marches. L'« *échelle de perroquet* » servait à gravir des puits d'eau douce (eau souterraine) de faible hauteur.

La tentative de décentralisation de la négociation collective conduite par l'« autonomie collective ». Néanmoins, sur les fondements de la position commune du 16 juillet 2001³⁵⁷⁴, la Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004³⁵⁷⁵ souhaitant renouveler en profondeur la donne conventionnelle octroya à la branche professionnelle un rôle de « régulateur ». En effet, elle confia à celle-ci une partie du sort du principe de « faveur »³⁵⁷⁶³⁵⁷⁷³⁵⁷⁸³⁵⁷⁹ en lui assignant le choix de fixer la « puissance » de l'accord conclu dans un ressort au détriment d'un autre. A cet endroit de notre démonstration, l'utilisation de la notion de « puissance » nous semble plus précise que celle de « primauté ». En l'occurrence, la branche professionnelle bénéficiait bien d'une habilitation conférée par la Loi, mais son exécution était toutefois tributaire de décision découlant de la conclusion d'un accord au sein de ce même ressort. Cette Loi³⁵⁸⁰ pouvait paraître paradoxale, donnant le sentiment de renforcer l'« autonomie collective » en conférant aux protagonistes sociaux de la branche professionnelle un pouvoir d'habilitation³⁵⁸¹, mais leur confiant également: « le pouvoir de décider de l'efficacité de ce qu'elle négocie pour appauvrir l'autorité de ce qu'elle fait »³⁵⁸². Toutefois cette inversion de logique était accompagnée d'un redoutable article n°45³⁵⁸³ disposant que les nouvelles règles d'articulation s'appliquaient uniquement aux accords collectifs entrés en vigueur après la promulgation de la Loi. Cette stipulation qualifiable d'« immunité de dérogation »³⁵⁸⁴, entraînait une sanctuarisation des accords signés antérieurement. Elle était également associée à une sécurisation des accords relatifs à une série de sujet relevant par nature de la branche professionnelle. En raison de cet alliage, les effets généraux de la Loi ne pouvaient se déployer qu'à long terme³⁵⁸⁵ favorisant un

³⁵⁷⁴Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective.

³⁵⁷⁵Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004) .

³⁵⁷⁶Marie-Armelle SOURIAU, *op.cit.* p.410.

³⁵⁷⁷Marie-Armelle SOURIAU, *op.cit.* p.410. Selon l'auteure : « sans aucune exception légale, le principe de faveur est à l'entière disposition des interlocuteurs sociaux au niveau « supérieur » ».

³⁵⁷⁸Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

³⁵⁷⁹Est également modifiée en conséquence la portée de l'obligation d'adaptation. Dans l'ancien dispositif, l'accord du ressort le plus réduit devait adapter ses dispositions s'il était conclu une convention de champ d'application plus large dont il résultait des stipulations plus favorables aux salariés. Dans le nouveau dispositif, ce devoir ne demeure que si le nouvel accord de cadre plus large le prévoit expressément

³⁵⁸⁰Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004) .

³⁵⁸¹Néanmoins dans des domaines matériels importants, la primauté de l'accord de branche (étendu) a été maintenu en raison des garanties qu'il apportait notamment en matière de concurrence.

³⁵⁸²Sophie NADAL, *op.cit.* p.410.

³⁵⁸³Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004).

³⁵⁸⁴Patrick MORVAN, *loc. cit.* p.379.

³⁵⁸⁵Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAU, *op.cit.* p.410.

maintien du droit antérieur et une certaine passivité des interlocuteurs sociaux³⁵⁸⁶³⁵⁸⁷³⁵⁸⁸. En définitive, l'autonomie de chacun des ressorts était totalement consacrée³⁵⁸⁹ et l'accord d'entreprise l'emportait sur l'accord de branche sauf si celui-ci en avait décidé expressément autrement. La Loi conférait donc une certaine « *puissance* » (et non pas une primauté) au silence et à l'abstention dans le but d'autoriser le ressort de l'entreprise à négocier des accords différents de ce que la branche professionnelle avait pu prévoir³⁵⁹⁰. Quand l'ensemble des conditions étaient réunies, l'accord d'entreprise bénéficiait d'une « *puissance* » augmentée, car il ne se trouvait plus assigné à une fonction devant le conduire dans une certaine direction³⁵⁹¹. Il en découlait une articulation souple (ou tempéré) des différentes sources conventionnelles décidée par les parties prenantes et opérant un très subtil équilibre entre autonomie et subordination.

Le rejet par l' « autonomie collective » d'une vision instrumentale de la convention collective de branche. Selon sa propre décision au sein de chacun des champs professionnels, l'« *autonomie collective* » pouvait fixer (ou non) une logique « *supplétive* » à la convention de branche. Soulignons que le juge constitutionnel a assuré la conformité constitutionnelle de la Loi³⁵⁹² et a rejeté le grief de la trop grande complexité de celle-ci en se basant étrangement sur son adéquation aux aspirations de la position commune³⁵⁹³. Plus exactement il reconnaissait quelque peu la complexité de l'ensemble mais en justifiant la pertinence du dispositif par sa correspondance avec la volonté de l'« *autonomie collective* »³⁵⁹⁴³⁵⁹⁵³⁵⁹⁶³⁵⁹⁷³⁵⁹⁸. Néanmoins

³⁵⁸⁶Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

³⁵⁸⁷Jacques BARTHELEMY, « Droit de la durée du travail : la tendance à la contractualisation » *Droit Social*. 2003, p. 25. L'auteur est favorable à une stricte égalité au sujet des stipulations des accords issus de la branche professionnelle et de l'entreprise, mais il admet que des exceptions à cette règle sont parfois justifiées par une raison objective.

³⁵⁸⁸Marie-Armelle SOURIAU, *op.cit.* p.410.

³⁵⁸⁹Marie-Armelle ROTSCHILD SOURIAU, *op.cit.* p.410.

³⁵⁹⁰Marie-Armelle ROTSCHILD SOURIAU, *op.cit.* p.410.

³⁵⁹¹Pour remarquable qu'elle soit l'autonomie de la négociation d'entreprise n'est pas illimitée. Une conception tempérée prévaut. La nécessité de respecter le minima hiérarchique fait obstacle à un bouleversement total de l'économie de la convention de branche. Il existe toujours une subordination de l'accord d'entreprise.

³⁵⁹²Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004).

³⁵⁹³Marie-Armelle ROTSCHILD SOURIAU, *op.cit.* p.410. L'auteur qualifie la position commune de norme para-conventionnelle : « *Production négociée et simplicité ou clarté ne vont pas de pair* ».

³⁵⁹⁴Décision Conseil constitutionnel n° 2004-494 DC du 29 avril 2004.

³⁵⁹⁵Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

³⁵⁹⁶Marie-Armelle ROTSCHILD SOURIAU, *op.cit.* p.410.

³⁵⁹⁷Marie-Armelle SOURIAU, *op.cit.* p.410.

³⁵⁹⁸Les auteurs de la Loi et le juge constitutionnel estimaient que cette autonomie demeurerait incontestable car les normes de ce ressort restaient toujours subordonnées aux dispositions de la Loi.

pour certains auteurs, il s'agissait tout de même d'une « *dislocation* »³⁵⁹⁹ de l'édifice conventionnel confiant à la branche professionnelle un rôle ingrat de suppléant de l'accord d'entreprise. Il s'agissait plutôt d'une responsabilité écrasante, lui confiant la possibilité d'autoriser l'accord d'entreprise à déroger « *in pejus* » aux dispositions qu'elle avait elle-même noué³⁶⁰⁰. L'accord de branche pouvant conférer une nouvelle autorité à l'accord d'entreprise³⁶⁰¹³⁶⁰², l'« *autonomie collective* » se voyait effectivement affirmer dans sa responsabilité de fixer en toute liberté (en dehors de l'intervention étatique) le meilleur ordonnancement des normes qu'elle produisait³⁶⁰³³⁶⁰⁴. Toutefois, au sein des différentes branches professionnelles, les protagonistes se sont montrés peu enclins à adopter de nouvelles articulations³⁶⁰⁵³⁶⁰⁶³⁶⁰⁷ autorisant les négociations d'entreprise à défaire ce qu'ils avaient eu tant de mal à nouer. De fait, l'« *autonomie collective* » a donc rejeté cette vision instrumentale de la convention collective de branche permettant à l'entreprise d'utiliser les dispositions de celle-ci quand cela correspondait à ses intérêts³⁶⁰⁸³⁶⁰⁹. Finalement, cela correspondait de fait à un refus d'un système complexe encourageant les parties prenantes à rogner le rôle de la branche professionnelle tout en additionnant une plus fréquente confrontation directe de la Loi et de l'accord d'entreprise³⁶¹⁰³⁶¹¹.

La « primauté » du ressort de l'entreprise déterminée par la Loi. Au cours de la séquence suivante, le législateur semblait tirer les conséquences de l'absence d'entrain des parties prenantes à modifier les articulations liant les accords collectifs conclus dans les différents

³⁵⁹⁹Marie-Armelle SOURIAU, *op.cit.* p.410.

³⁶⁰⁰Marie-Armelle SOURIAU, *op.cit.* p.410.

³⁶⁰¹Marie-Armelle SOURIAU, *op.cit.* p.410.

³⁶⁰²L'accord de branche peut permettre de définir des clauses différentes y compris des clauses moins favorables aux salariés.

³⁶⁰³Josépha DIRINGER, *op.cit.* p.11.

³⁶⁰⁴Marie-Armelle ROTSCHILD SOURIAU, *op.cit.* p.410.

³⁶⁰⁵Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (DARES), Ministère du Travail, « La négociation collective en 2007 : bilans et rapports », Paris, 2008, p.556. Ces études ont montré que 80 % des conventions de branche comportent une clause d'impérativité ou de verrouillage qui interdit aux accords d'entreprises de déroger à leurs dispositions.

³⁶⁰⁶Annette JOBERT et Jean SAGLIO, « La mise en œuvre des dispositions de la Loi du 4 mai 2004 permettant aux entreprises de déroger aux accords de branche », Paris, La documentation Française, 2005, p.41.

³⁶⁰⁷Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

³⁶⁰⁸Annette JOBERT, « Légitimité de la branche et diversité de ses usages » in « La négociation collective à l'heure des révisions » (ouvrage collectif sous la direction de Georges BORENFREUND, Antoine LYON-CAEN, Marie-Armelle ROTSCHILD SOURIAU et Isabelle VACARIE), Paris, Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2005, p.115.

³⁶⁰⁹Gérard VACHET, *op.cit.* p.523.

³⁶¹⁰Il faut également reconnaître que le législateur élargissait de manière concomitante le nombre de possibilités offertes à l'accord d'entreprise de directement déroger aux dispositions légales. La liste des dérogations au sein de ce champ devenait équivalente à celle éventuellement mise en place par le biais de l'accord de branche.

³⁶¹¹Jacques BARTHELEMY, « L'accord de méthode de la négociation collective », Droit Social, 2016, p.505.

ressorts. En effet, rappelons que l'article n°24 de la Loi du 8 août 2016 prévoyait que sous un délai de deux ans l'« *autonomie collective* » devait former une nouvelle définition de « *l'ordre public conventionnel* »³⁶¹² applicable dans chacune des branches professionnelles. Dans l'attente la Loi installait une « *primauté mal assumée* »³⁶¹³ de l'accord d'entreprise en élargissant les domaines dans lesquels l'accord d'entreprise « *primait* » sur l'accord de branche sur certains points (durée du travail et congé et repos)³⁶¹⁴³⁶¹⁵. Toutefois, l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017³⁶¹⁶ abrogea la première disposition législative en question enterrant ainsi la perspective d'une négociation collective obligatoire de branche au sujet de ce qui fut appelé sans doute maladroitement³⁶¹⁷ l'« *ordre public conventionnel* » et conforta la « *primauté* » de l'accord collectif d'entreprise³⁶¹⁸. Il en résultait bien que l'« *autonomie collective* » était privée de sa responsabilité de mener une négociation collective au sujet de l'articulation des ressorts de la branche et de l'entreprise. En effet, en assumant ce choix (quelque peu contre la volonté de l'« *autonomie collective* ») le rédacteur des ordonnances en question³⁶¹⁹ a donc pris à sa charge la tâche d'élargir la « *puissance* » de l'accord d'entreprise³⁶²⁰ ainsi que le caractère « *subsidaire* » de l'accord de branche³⁶²¹³⁶²². Il a donc procédé à l'inversion des logiques de l'articulation de ces deux ressorts³⁶²³³⁶²⁴, en décidant de

³⁶¹²Article n°24 la Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours Les organisations syndicales et professionnelles représentatives dans les branches professionnelles engageant, dans un délai de deux ans à compter de la promulgation de la présente Loi, une négociation portant sur la définition de l'ordre public conventionnel applicable dans leur branche. Cette négociation vise notamment à déterminer, pour chaque branche, les thèmes sur lesquels les accords d'entreprise ne peuvent être moins favorables que les accords conclus au niveau de la branche.

³⁶¹³Christophe RADE, *loc.cit.* p.523.

³⁶¹⁴Mais elle fixait également deux thèmes qui ne pouvaient pas faire l'objet de dérogation aux dispositions fixées par l'accord de branche (pénibilité et égalité professionnelle).

³⁶¹⁵Christophe RADE, *loc.cit.* p.523.

³⁶¹⁶Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 (JORF n°0223 du 23 septembre 2017).

³⁶¹⁷Christophe RADE, *loc.cit.* p.523.

³⁶¹⁸Article n°24 la Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016).

³⁶¹⁹Au bout du compte, les articles n°1 et 3 de l'Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 (JORF n°0223 du 23 septembre 2017) affirmèrent la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche en dehors de l'appui de l'autonomie collective.

³⁶²⁰Christophe RADE, *loc.cit.* p.523.

³⁶²¹Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JO, n°0194 du 21 août 2008 page.13064).

³⁶²²Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016).

³⁶²³Les deux ressorts de l'entreprise et de la branche professionnelle.

³⁶²⁴Ainsi la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008) consacre désormais la primauté de l'accord d'entreprise sur celui conclu au sein de branche dans de nombreux domaines. Ainsi mis à part quatre sujet importants (les salaires minima, les classifications, les garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du Code de la Sécurité sociale et de mutualisation des fonds de la formation professionnelle) les dispositions de l'accord d'entreprise l'emportent sur celles de l'accord de branche en toutes circonstances ou hypothèses.

privilégier une diversification des statuts des salariés en fonction des champs professionnel des entreprises³⁶²⁵.

En conclusion, remarquons de manière générale, que si ces différentes mœurs semblent avoir été quelque peu sollicitées par les protagonistes sociaux, elles ont très mollement été mises en œuvre par leurs soins. Il s'avère qu'après quelques tentatives infructueuses, les règles organisant les normes conventionnelles entre elles sont très largement déterminées par la Loi. En somme, c'est bien le législateur qui a fait le choix d'une décentralisation quelque peu désarticulée de la négociation collective au sein de laquelle l'emporte l'« *autonomie* » de l'accord d'entreprise. Au bout du compte la Loi décide que les rapports entre conventions de branche et accords d'entreprise sont dorénavant plus marqués par la concurrence que la complémentarité³⁶²⁶³⁶²⁷. Après avoir étudié le chemin serpenté nous conduisant à destination d'une décentralisation quelque peu désarticulée, examinons la station actuelle de ce nouvel ordonnancement conventionnel

2.3.3. La désarticulation concurrentielle des normes conventionnelles

L'organisation juridique des divers ressorts de la négociation collective se caractérise par une forte décentralisation néanmoins ce phénomène se singularise par une absence d'habilitation générale du ressort de l'entreprise. En effet, notre système de relations professionnelles a fait l'objet d'une transformation le conduisant d'une articulation « *souple* » dominée par l'accord de branche vers une « *autonomie* » de l'accord d'entreprise. Cette évolution est la marque de la fin d'une « *autonomie collective* » fonctionnant sur le mode d'une chorale et reposant désormais par la concurrence de ses différentes conventions. Il nous faut donc examiner la complexité de l'autonomisation du ressort de l'entreprise, le maintien d'une liberté contractuelle de tous les champs de la négociation collective, la réalité d'une certaine répartition fonctionnelle des compétences, la banalisation du ressort de la branche professionnelle et la notion obscure de « *garanties au moins équivalentes* » afin de mieux comprendre les différentes logiques de fonctionnement internes à l'« *autonomie collective* ».

³⁶²⁵Gérard VACHET, *op.cit.* p.523.

³⁶²⁶Gérard VACHET, *op.cit.* p.523.

³⁶²⁷François GAUDU, *loc.cit.* p.518.

L'absence d'une habilitation générale du ressort de l'entreprise. En effet, bien que le droit positif consacre toujours une liberté contractuelle ce dernier définit désormais trois types d'articulations différentes déterminées sur la base de trois listes thématiques pour l'ensemble des branches professionnelles. Pour la plus grande clarté de nos propos nous qualifierons ces trois ensembles de « *blocs* » de sujets. Ainsi, un premier « *bloc* » correspond à un ensemble de treize points pour lesquels les stipulations de l'accord de branche s'imposent « *a priori* » et prévalent sur celles de l'accord d'entreprise conclues antérieurement ou postérieurement³⁶²⁸. Concernant le second « *bloc* », les dispositions de l'accord de la branche professionnelle peuvent « *primer* » sur celles de l'accord d'entreprise s'il en est ainsi décidé par le biais d'une clause qualifiable de « *verrouillage* »³⁶²⁹. Néanmoins, cette autonomie est doublement encadrée, car de manière résiduelle l'ordonnance³⁶³⁰ déjà citée laisse aux parties prenantes le choix de déterminer la nature de l'articulation sur uniquement quatre points³⁶³¹ avant une échéance préfixée par le droit. Enfin, au sein d'un troisième domaine couvrant l'ensemble des sujets ne relevant pas des deux premiers « *blocs* », si une entreprise conclut un accord collectif, les dispositions de celui-ci « *priment* » sur celles de l'accord de branche quel que soit son caractère plus favorable ou moins favorable (ou sa date de signature)³⁶³². Il en ressort que la conclusion d'un nouvel accord de branche, ayant un caractère plus favorable, ne contraint plus le ressort de l'entreprise à une négociation d'alignement, et les éventuels éléments moins

³⁶²⁸Les treize thèmes sont : 1) salaires minima hiérarchiques; 2) classifications; 3) mutualisation des fonds de financement du paritarisme; 4) mutualisation des fonds de la formation professionnelle; 5) garanties collectives complémentaires; 6) équivalence, annualisation, qualification, travailleur de nuit, durée minimale du temps partiel, majoration des heures complémentaires, augmentation temporaire de la durée du travail prévue au contrat; 7) durée, renouvellement, délai de carence des contrats à durée déterminée, contrat de travail temporaire; 8) contrat de chantier ou d'opération; 9) égalité professionnelle; 10) conditions et durées de renouvellement de la période d'essai; 11) modalités conventionnelles de poursuite des contrats de travail entre deux entreprises; 12) cas de recours au contrat de travail temporaire; 13) rémunération minimale du salarié porté.

³⁶²⁹L'ensemble des branches professionnelles bénéficiaient d'un délai jusqu'au 1^{er} janvier 2019 pour confirmer les clauses de « *verrouillage* » préexistantes, à défaut de confirmation les clauses de cette nature devaient disparaître et laisser place à la primauté de l'accord d'entreprise. Concernant les accords de branche « *anciens* » (signés antérieurement à la date du 23 septembre 2017) s'ils comptent des clauses dites de « *verrouillage* » (découlant des dispositions de la Loi du 4 mai 2004) ces dernières interdisant la possibilité de dérogations par accord d'entreprise, ne continueront à produire leurs effets que si un avenant à l'accord de branche est conclu avant le 1^{er} janvier 2019. A défaut de confirmation de ces clauses dites de « *verrouillage* » dans le délai indiqué, les accords de branche perdront leur primauté sur l'accord d'entreprise dans les matières relevant du second bloc. Concernant les accords « *futurs* » (signés postérieurement à la date du 27 septembre 2017) la branche conserve la possibilité de décider de faire primer ses dispositions sur les accords d'entreprise (concernant exclusivement les quatre domaines précisés par le bloc n°2).

³⁶³⁰Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 (JORF n°0223 du 23 septembre 2017).

³⁶³¹Les quatre points sont les suivants : 1) prévention des effets de l'exposition aux (ex)facteurs de « *pénibilité* » (L. 4161-1 du Code du travail); 2) insertion et maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés; 3) seuil d'effectif de désignation des délégués syndicaux, nombre, valorisation du parcours syndical; 4) primes pour travaux dangereux ou insalubres.

³⁶³²Cette « *primauté* » est octroyée à l'accord d'entreprise qu'il soit conclu antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de l'accord de branche.

favorables de l'accord d'entreprise continuent de s'appliquer³⁶³³. Par conséquent, concernant ce troisième « *bloc* » (selon lequel prime l'accord d'entreprise), le recours au principe de faveur est définitivement mis de côté. Néanmoins faute d'une habilitation générale, il reste sans doute abusif de qualifier ce dispositif de « *primauté* » de l'accord d'entreprise, même si cela s'en approche tout de même. Par conséquent par commodité nous emploierons cette notion relayée par la doctrine.

La notion obscure de « garanties au moins équivalentes ». Les dispositions découlant de l'ordonnance de 2017³⁶³⁴ avaient pour intention de procéder à une clarification voire à une simplification des règles de compétence intrinsèque à l'« *autonomie collective* ». En réalité, malgré l'affirmation d'une liberté contractuelle, la Loi donne désormais l'apparence d'une répartition matérielle entre les champs de la négociation collective concernés³⁶³⁵. Faisons le constat qu'il ne s'agit en réalité que d'une façade. En effet, il est préférable de toujours qualifier ce dispositif subtil et complexe d'articulation « *souple* » des différents ressorts³⁶³⁶. Toutefois il n'est pas assuré que cet objectif soit également atteint. En effet, derrière le premier rideau que nous venons d'ouvrir, nous découvrons une seconde forme d'articulation pouvant lier l'accord d'entreprise à celui de la branche professionnelle. A l'occasion de l'examen des articles L.2253-1 et L. 2253-2 du Code du travail, se dévoile la notion obscure de « *garanties au moins équivalentes* » à laquelle nous avons déjà fait référence. Il en résulte que dans les domaines « *a priori* » dévolus à la branche professionnelle, les stipulations découlant de l'accord d'entreprise peuvent tout de même s'appliquer dès lors qu'elles garantissent des dispositions au moins « *équivalentes* » pour les salariés³⁶³⁷. Il semble que cette forme d'articulation relativement «

³⁶³³Selon l'article n°16 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 (JORF n°0223 du 23 septembre 2017) à compter du 1^{er} janvier 2018, les accords de branche dont les objets se rattachent à ce troisième bloc, quel que soit leur date de signature, cessera de produire leurs effets et laisseront leur place à l'accord d'entreprise.

³⁶³⁴Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 (JORF n°0223 du 23 septembre 2017).

³⁶³⁵Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 (JORF n°0223 du 23 septembre 2017). Les dispositions en question indiquent que l'accord d'entreprise est censé primer quel que soit sa teneur sur l'accord de branche. Concernant les accords « futurs » (signés postérieurement à la date du 27 septembre 2017) la branche conserve la possibilité de décider de faire primer ses dispositions sur les accords d'entreprise concernant exclusivement les quatre domaines précisés par le bloc n°2.

³⁶³⁶Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

³⁶³⁷ Selon le « questions/réponses : la négociation collective » du Ministère du Travail de juillet 2020 (https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/dgt_qr_negociation_collective_juillet_2020.pdf) : « Si un accord d'entreprise ne peut intervenir dans les domaines qui relèvent de la compétence exclusive de la branche, il le peut, en revanche, dans les matières listées par les articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du Code du travail qui relèvent de la primauté de l'accord de branche. Dans ces matières, l'accord d'entreprise peut intervenir à deux titres : -à titre supplétif, dans l'hypothèse de l'absence d'accord dans une matière au niveau de la branche, l'accord d'entreprise est pleinement applicable dans les domaines de primauté de la branche ;

neuve » en droit du travail se substitue à la formule classique traversant le Code du travail et incarnant le principe de faveur : « *sauf stipulations plus favorables* ». Faute d'un débat parlementaire conséquent, il est nécessaire d'étudier les indications fournies par le rapport au Président de la République concernant l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017³⁶³⁸ afin d'en rechercher des éléments de définition. Il y est indiqué que : « *dans ces domaines verrouillés par la Loi ou par la convention de branche, les accords d'entreprise ne peuvent prévoir que des garanties au moins équivalentes à celles de la convention de branche, cette équivalence devant être appréciée domaine par domaine* »³⁶³⁹. Autrement dit, il n'existe pas pour ces « *domaines* » une primauté « *absolue* » de l'accord de branche, car il peut être recouru à une nouvelle méthode analytique de départage, pour laquelle il s'avère nécessaire de regrouper dans un ensemble les avantages de l'accord de branche pour en peser le « *poids* » puis les comparer à l'ensemble de ceux se rattachant au même objet et figurant dans l'accord d'entreprise. Si les garanties de l'accord d'entreprise semblent « *équivalentes* », alors elles se substituent effectivement à celles prévues par l'accord de branche. Par conséquent, le principe « *Lex Favoris* » s'efface pour laisser place à une autre méthode de départage dont le juge devra être saisi pour en définir les contours. Ce nouvel ordonnancement des normes conventionnelles repose donc sur une équivoque, qui donne l'impression en trompe l'œil d'effectuer une répartition fonctionnelle des règles de compétence entre les ressorts de l'entreprise et la branche professionnelle. Cette ambiguïté résulte principalement du fait que chaque unité de négociation collective conserve un pouvoir normatif général conférant aux protagonistes sociaux la possibilité de conclure des accords collectifs sur tous les sujets ouverts à la négociation collective³⁶⁴⁰. Par le truchement de la notion de « *garanties au moins équivalente* », les acteurs de la négociation collective d'entreprise pourraient élargir le champ de leur compétence et s'aventurer sur des thèmes a priori désormais conférés à la branche professionnelle. S'ils manifestent ce type de velléités, cette dernière notion pourrait être promise à un bel avenir, mais une nouvelle complexité en remplacerait une autre. Selon l'hypothèse probable, d'une rétivité de leur part à prendre cette voie, nous assisterions effectivement à la mise en place d'une très

-au titre de l'équivalence des garanties : l'accord d'entreprise peut prévoir des stipulations différentes ou complémentaires de celles de l'accord de branche pour autant qu'elles assurent des garanties au moins équivalentes » (Question n°4). Par ailleurs l'équivalence des garanties s'apprécie par matière, c'est-à-dire apprécié dans sa « *globalité* ». L'appréciation se fait également de façon collective : l'équivalence s'apprécie pour chaque alinéa et par rapport à la collectivité de salariés. (Question n°5).

³⁶³⁸Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 (JORF n°0223 du 23 septembre 2017).

³⁶³⁹Le rapport au Président de la République concernant l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 (JORF n°0223 du 23 septembre 2017).

³⁶⁴⁰Cependant les accords collectifs conclus dans le champ de la branche professionnelle, ne bénéficient pas d'une « *primauté* » absolue sur ceux conclus dans des champs plus restreints.

souple répartition matérielle des compétences fondée sur un principe de primauté « *dissymétrique* ». En effet, l'apparence d'une articulation basée sur une répartition matérielle des compétences entre les ressorts de l'entreprise et de la branche professionnelle repose sur la condition de l'abstinence (ou l'échec) de l'accord d'entreprise à s'approprier la notion de « *garanties au moins équivalentes* ».

D'une articulation « souple » dominée par l'accord de branche vers une « autonomie » de l'accord d'entreprise. Finalement, il apparaît bien que dans toutes les hypothèses l'accord de branche entretient de plus en plus une relation de « *subsidiarité* »³⁶⁴¹ avec le ressort de l'entreprise. Ce nouvel agencement de l'« *autonomie collective* » fondé sur « *l'escamotage* » du principe de faveur, semble avoir pour finalité d'octroyer une réelle forme d'autonomie à l'accord d'entreprise³⁶⁴². En définitive, la période contemporaine est marquée par le passage d'une articulation « *souple* » dominée par l'accord de branche à une nouvelle articulation particulièrement « *lâche* » voire presque « *transparente* » se rapprochant d'une autonomie de l'accord d'entreprise. Libérée de l'éventuel « *verrou* » de la branche professionnel, la négociation d'entreprise gagne en autonomie³⁶⁴³ sans toutefois totalement abandonner une tradition d'articulation souple des différents ressorts de la négociation collective. Le système de négociation collective de droit positif souhaite désormais se présenter sous la forme d'une « *arborescence* »³⁶⁴⁴ ayant un caractère réticulaire³⁶⁴⁵ et ayant pour finalité d'octroyer une réelle forme d'autonomie à l'accord d'entreprise. Néanmoins au-delà de son ambition, le droit positif combine en réalité plusieurs clefs de répartitions matérielles des compétences ainsi qu'une série complexe d'articulations entre les différents ressorts. Le droit positif reste confronté à un dilemme entre « *autonomie générale* » et « *répartition fonctionnelle des compétences* » entre les différents ressorts. Chaque ressort demeure libre de négocier sur le sujet de son choix mais le droit positif semble lui assigner un certain nombre d'objets de pourparlers. Cette hésitation rend floue la vision de l'évolution du rôle réciproque de ces deux ressorts, malgré tout, tentons d'en esquisser les éventuels contours. Mais afin de bien éclairer cet exercice prospectif, effectuons préalablement un rapide rappel historique.

³⁶⁴¹Frédéric GEA, *op.cit.* p.439.

³⁶⁴²Frédéric GEA, *op.cit.* p. 439.

³⁶⁴³Paul-Henri ANTONMATTEI, « La primauté de l'accord d'entreprise », *Droit Social*, 2016, p.513.

³⁶⁴⁴Frédéric GEA, *op.cit.* p.439.

³⁶⁴⁵Qui forme un réseau, un filet, qui se rapporte à un réseau.

La relation entre le ressort et le thème de la négociation collective. Il s'avère que le rapport privilégié entre un thème donné et un champ considéré reste une question pleine d'aléas sur le long terme³⁶⁴⁶. Dans le domaine de la négociation collective, le choix du ressort n'est pas neutre, car il ne répond pas qu'à de simples considérations techniques, mais également à un rapport de force. Les mouvements fluctuants de décentralisation (ou de centralisation) de la négociation peuvent dépendre de facteurs économiques, sociologiques et politiques déterminant des rapports de force au sein des différents champs de la négociation collective³⁶⁴⁷. Il en ressort une question sans doute mal élucidée car : « *il est malaisé de déterminer jusqu'à quel point la taille de l'unité influe en fait sur la propension à négocier* »³⁶⁴⁸. Historiquement la négociation collective de branche avait la charge d'une forme d'harmonisation des conditions de travail et de la concurrence des diverses entreprises du secteur d'activité. Par voie de conséquence au sein du ressort de l'entreprise, la partie employeur conservait intact son pouvoir de direction en ne l'abîmant pas dans le cadre d'une négociation d'entreprise, et la partie salariée, ayant le sentiment d'être l'acteur faible des pourparlers, esquivait de cette manière une certaine logique contractuelle. Néanmoins, au début des années quatre-vingt du XX siècle, il était tout de même possible d'avancer par certains que l'intérêt des salariés était de négocier dans le cadre le plus restreint afin d'obtenir davantage. En effet, les effets mécaniques d'une négociation d'adaptation articulée autour du principe de « *faveur* » pouvaient entretenir un espoir en ce sens. L'hostilité d'une large partie du patronat à l'encontre de la négociation collective d'entreprise pouvait corroborer ce point de vue. Cette appréciation a donc diamétralement évolué avec l'essor d'un droit à la « *dissidence* » favorisant une certaine dérèglementation. Il s'avère que l'émergence de nouveaux enjeux notamment relatifs au maintien de l'emploi associée à plusieurs évolutions légales ont été favorables à une évolution des postures des parties prenantes³⁶⁴⁹³⁶⁵⁰³⁶⁵¹. L'essor de l'accord collectif en qualité d'instrument de gestion d'entreprise a largement favorisé les positions doctrinales en soutien d'une autonomisation de

³⁶⁴⁶Carine SEILER, « La négociation collective d'entreprise sur la formation : enjeux juridiques et stratégiques », *Droit Social*, 2014, p.1020. A titre d'exemple un sujet tel que la formation professionnelle semble historiquement dédié à la négociation collective de branche professionnelle. Or les réformes de l'année 2014 tendent à transférer ce sujet à l'entreprise.

³⁶⁴⁷Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

³⁶⁴⁸Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

³⁶⁴⁹Antoine BEVORT, « La réforme des règles de la représentativité syndicale-(2008-2010) », *Idées économiques et sociales*, 2011/1 n° 163, p 8 à 16.

³⁶⁵⁰Jacques FREYSSINET, « Introduction : Les modes de production des normes de la relation d'emploi », *Revue de Droit du Travail*, 2016, p.745.

³⁶⁵¹Antoine LYON-CAEN, « L'emploi comme objet de la négociation collective » *Droit social*, 1998, p.316.

l'accord d'entreprise en marge du principe de faveur et donc de l'articulation qui peut en découler³⁶⁵².

La complexité de l' « autonomisation » du ressort de l'entreprise. En effet, à partir des années quatre-vingt du XX^e siècle³⁶⁵³, du fait de l'introduction de plusieurs injonctions légales, les employeurs se sont trouvés contraints de négocier à l'échelon de l'entreprise. Par le biais de ces obligations de négocier, la Loi a guidé quelque peu le choix des protagonistes sociaux et contraint leur autonomie³⁶⁵⁴. Par ailleurs, l'émancipation des accords d'entreprise à l'égard de la Loi a ouvert une brèche dans l'« *ordre public social* » présentant un nouvel intérêt encourageant d'une autre façon la négociation collective au sein de ce dernier ressort³⁶⁵⁵. Face aux difficultés de la branche professionnelle, la négociation d'entreprise apparaît de plus en plus comme le « *niveau légitime d'agréations des intérêts* »³⁶⁵⁶. Par essence ce mouvement de décentralisation, privilégie l'entreprise comme unité de négociation collective de référence au détriment des autres ressorts. Néanmoins, le législateur conscient qu'une absorption totale de la négociation collective par le champ de l'entreprise apparaît difficilement envisageable au regard des fonctions accomplies par la branche professionnelle, tente de concilier de manière très sophistiquée deux logiques contraires : « *autonomie* » et « *articulation* ». Au sujet d'une ambition consacrant à chacun des ressorts une autonomie complète, le professeur Gérard LYON-CAEN avertissait qu' : « *on ne peut donner une vie à un tel système que si la Loi a strictement défini ce qui relève de la compétence de chaque niveau* »³⁶⁵⁷. Par ailleurs organiser une répartition « *fonctionnelle* » des différents ressorts ne peut s'effectuer que sur la base d'un principe de subsidiarité exigeant qu'il existe une certaine adéquation entre les périmètres de l'unité et le contenu des pourparlers³⁶⁵⁸³⁶⁵⁹.

L'autonomie des différents ressorts liée au principe de subsidiarité. Il en ressort donc que chaque ressort ne peut conserver une part de son autonomie que sous réserve du bon respect d'un principe de subsidiarité assignant à chacun une fonction. Or, il semble que le droit positif

³⁶⁵²Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

³⁶⁵³Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail (3^{ème} Loi AUROUX- JORF du 14 novembre 1982).

³⁶⁵⁴Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

³⁶⁵⁵Jacques BELANGER et Christian THUDEROZ, « La recodification de la relation d'emploi », *Revue française de sociologie*, 1998, p 469-494. En effet, selon les auteurs ce désengagement « *apparent* » de l'Etat a ouvert un espace pour une nouvelle politique contractuelle plus décentralisée et tourner vers l'emploi.

³⁶⁵⁶Annette JOBERT, *op.cit.* p.528.

³⁶⁵⁷Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

³⁶⁵⁸Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

³⁶⁵⁹Paul-Henri ANTONMATTEI, *loc.cit.* p.245.

refuse d'opérer ces derniers choix. En effet, il apparaît que le législateur apparaît toujours taraudé par la même crainte. Il semble redouter qu'un ressort auquel il aurait assigné une fonction (ou une compétence matérielle précise) se trouve dans l'incapacité de nouer les stipulations conventionnelles en question. Il préfère donc déterminer un système recouvrant une grande complexité, mais préservant à chacun des ressorts sa capacité d'engager une négociation sur l'ensemble des sujets de son choix. Il met tout de même en place une apparente répartition matérielle que nous avons présentée plus haut à laquelle il ajoute une série d'obligations légales de négociier constituant une « *seconde* » répartition matérielle des compétences entre les périmètres des unités de négociation. Il y a donc deux listes fixant à chacun des champs en question des thèmes de négociation les concernant particulièrement mais pas exclusivement. En somme la première liste fixe pour chacun des ressorts les thèmes pour lesquels ses stipulations conventionnelles sont censées « *primer* » sur celles issues des autres périmètres ; puis la seconde détermine les différentes obligations matérielles des différentes unités de la négociation. Cette accumulation de complexités source d'éventuelles contradictions au sujet des règles de fonctionnement³⁶⁶⁰ des différents ressorts peut effrayer. Néanmoins, il s'avère que l'ensemble s'allège lorsque qu'on rappelle que cette myriade d'injonctions légales ne correspond pas à une obligation de conclure un nouvel accord collectif³⁶⁶¹³⁶⁶². Par conséquent, le droit de la négociation collective continue bien de naviguer entre « *autonomie* » et « *subsidiarité* » sans parvenir à faire son choix. Il peut ainsi donner le sentiment de chercher vainement à concilier l'affirmation d'une indifférenciation des divers champs avec une meilleure adéquation des cadres et des contenus. Finalement, une très large liberté contractuelle l'emporte sur toutes les autres considérations légales³⁶⁶³, mais malgré tout une certaine répartition des compétences s'établit de fait. En effet, si chaque ressort conserve son autonomie, leur périmètre induit malgré tout l'esquisse de leurs fonctions réciproques. Si la nouvelle place de l'accord d'entreprise apparaît solidement affirmée, celle de la convention de branche professionnelle semble toutefois plus chancelante.

³⁶⁶⁰ A priori, il existe une certaine forme de contradiction entre deux phénomènes consistant à reconnaître l'autonomie de chacun des ressorts tout en leur enjoignant de négocier sur tel ou tel domaine matériel.

³⁶⁶¹ Marie-Armelle SOURIAU, *op.cit.* p.410.

³⁶⁶² De même la Loi peut attribuer le même thème à plusieurs ressorts et ainsi préserver l'autonomie de chacun de négocier sur l'ensemble des thèmes.

³⁶⁶³ Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAU, *op. cit.* p.10. Selon l'auteure: « *En définitive l'autonomie de la négociation d'entreprise s'accorde avec le libre choix entre une négociation complémentaire et une négociation indépendante* ».

La banalisation du ressort de la branche professionnelle. En ne décidant plus de son éventuel effacement et ne s'appliquant souvent qu'à défaut de la conclusion d'un accord d'entreprise portant sur le même objet, le législateur expose de cette manière la branche professionnelle à une banalisation³⁶⁶⁴, voire à un dépérissement à long terme de sa fonction unificatrice des droits des salariés³⁶⁶⁵, et induit la nécessité de réinventer son rôle³⁶⁶⁶. En effet, quand bien même la convention collective de branche continue de s'appliquer dans un grand nombre d'entreprise n'ayant pas conclu d'accord d'entreprise, l'essor de la négociation collective dans ce dernier ressort a pour effet de renforcer la diversification de l'application des prescriptions légales et réglementaires. Le développement du nombre d'accords collectifs d'entreprise relativise par conséquent l'action d'unification des branches professionnelles : « *sans qu'une cohérence d'ensemble ne puisse efficacement se dégager à l'avenir du niveau de la branche* »³⁶⁶⁷. Jusqu'alors elle était à la fois un facteur de diversification car elle constituait un « *instrument de changement social et de flexibilisation des conditions de travail* »³⁶⁶⁸, mais également d'adaptation du droit étatique puisqu'elle avait pour effet d'uniformiser les droits des salariés et d'égaliser les conditions de la concurrence se trouvant au sein de son champ d'application. Pour la sociologie, elle était également une institution en charge de la représentation des intérêts professionnels auprès des pouvoirs publics qui l'utilisaient pour l'application de ses politiques publiques³⁶⁶⁹. Néanmoins selon de nouvelles formes d'interventions, l'Etat préfère désormais encourager la formation d'accords collectifs³⁶⁷⁰ en correspondance avec des politiques publiques dans le ressort et dans l'intérêt de l'entreprise³⁶⁷¹. Il ne s'agit plus de consacrer une « *Loi de la profession* » (convention collective nationale) tant cette notion semble avoir perdu de son éclat, car la branche professionnelle apparaît désormais coincée entre deux champs (l'un

³⁶⁶⁴Michelle TALLARD, « Les branches professionnelles sont-elles toujours un lieu pertinent de négociation des normes d'emploi », *Droit Social*, 2014, p.212.

³⁶⁶⁵Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

³⁶⁶⁶Paul-Henri ANTONMATTEI, « Quelques propos sur la promotion de l'accord d'entreprise », *Droit Social*, 2009, p.883.

³⁶⁶⁷Sophie NADAL, *op.cit.* p.410.

³⁶⁶⁸Annette JOBERT, *op.cit.* p.528.

³⁶⁶⁹Sophie NADAL, *op.cit.* p.410.

³⁶⁷⁰Aristea KOUKIADAKI et Claude DIDRY, « Droit et conflits du travail dans l'Angleterre du New Labour », Association pour la Recherche de Synthèse en Sciences Humaines (ARSSH) *L'Homme et la société*, 2011/4, n° 182, p. 11-23. Selon les auteurs le système de relations professionnelles qualifié de « *volontariste* » (selon l'expression d'Otto KAHN-FREUND, de « *Collective Laissez-faire* »), les protagonistes sociaux se sont aménagé un espace d'action propre à l'égard de l'État. La pierre angulaire de ce système a été l'accord collectif (tant au niveau sectoriel que de l'entreprise). Néanmoins celui-ci est conçu non pas comme une « *Loi de la profession* » clairement articulée à la législation étatique et mobilisable devant les tribunaux, mais comme un « *gentlemen's agreement* » entre les représentants des employeurs et ceux des syndicats.

³⁶⁷¹Cyril WOLMARK, *loc. cit.* p.355.

étant celui de l'interprofessionnel³⁶⁷²³⁶⁷³³⁶⁷⁴ et l'autre de l'entreprise) qui ont bien plus le vent en poupe. Cette remise en cause du ressort de la branche professionnelle invite donc à revoir son organisation et redéfinir ses missions³⁶⁷⁵³⁶⁷⁶³⁶⁷⁷³⁶⁷⁸³⁶⁷⁹.

La révision des missions du ressort de la branche professionnelle. Il apparaît que ses fonctions « normative » et « unificatrice » déclinent, et que leur succède une triple fonction de « gestion »³⁶⁸⁰, d'« organisation » et d'« orientation »³⁶⁸¹³⁶⁸². Ainsi par sa nouvelle nature « subsidiaire », l'accord de branche pourrait retrouver une certaine utilité en l'absence de conclusion d'un accord d'entreprise. Le ressort de la branche professionnelle pourrait ainsi devenir le champ de déploiement de normes non impératives³⁶⁸³ que l'on pourrait qualifier de « droit souple » (ou « droit mou »³⁶⁸⁴³⁶⁸⁵). Cette texture du droit incarnant plus ce qui est souhaitable que ce qui est obligatoire peut paraître contraire à l'essence contraignante³⁶⁸⁶ de l'accord collectif conclu entre les parties prenantes ayant pour finalité de s'imposer aux différentes volontés de l'unité de négociation. Néanmoins un droit moins autoritaire et plus directif³⁶⁸⁷³⁶⁸⁸³⁶⁸⁹³⁶⁹⁰³⁶⁹¹ pourrait correspondre à une nouvelle articulation voire un

³⁶⁷²Jacques FREYSSINET, « Négocier l'emploi, 50 ans de négociations interprofessionnelles sur l'emploi et la formation », Paris, éditions Liaisons, 2010, p.312.

³⁶⁷³Antoine. LYON-CAEN, « Le maintien de l'emploi », Droit Social, 1996, p.658.

³⁶⁷⁴Jacques FREYSSINET, « Négociations interprofessionnelles et crise économique », La Revue de l'IRES, 2011, n° 69, p.33.

³⁶⁷⁵Sophie NADAL, *op.cit.* p.410.

³⁶⁷⁶Giles BELIER et Henri-José LEGRAND, « La négociation collective en entreprise », 4e éd., éd. Liaisons, 2013, n° 400, p.396.

³⁶⁷⁷Paul-Henri ANTONMATTEI, *loc. cit.* p.538.

³⁶⁷⁸Jean Frédéric POISSON et Marc BIEHLER, *loc.cit.* p.116.

³⁶⁷⁹Michelle TALLARD, *loc.cit.* p.538.

³⁶⁸⁰Le législateur invite la branche à mettre en place des commissions d'interprétation, des mesures de conciliation ou d'arbitrage.

³⁶⁸¹Sophie NADAL, *op.cit.* p.410.

³⁶⁸²Paul-Henri ANTONMATTEI, *loc.cit.* p.538. Selon l'auteur la branche professionnelle conserve ses fonctions historiques régulatrices mais se voit doter de nouvelles missions telles que la définition de méthode applicable à la négociation d'entreprise par le biais de l'élaboration d'accord-type pour les entreprises de moins de cinquante salariés.

³⁶⁸³Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

³⁶⁸⁴Benjamin LAVERGNE, « Recherche sur la soft law en droit public français », Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 612.

³⁶⁸⁵Mireille DELMAS-MARTY, « Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel », Paris, Seuil, La couleur des idées, 2004, p. 439 (citation p.182).

³⁶⁸⁶Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

³⁶⁸⁷Catherine THIBIERGE, « Rapport de synthèse », in « Le droit souple », Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Thèmes et commentaires, Dalloz, p. 145.

³⁶⁸⁸Catherine THIBIERGE, *loc.cit.* p.64.

³⁶⁸⁹Mustapha MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », in Le droit souple, Thèmes et commentaires, Dalloz, p. 145.

³⁶⁹⁰Rapport Conseil d'Etat, *op.cit.* p.63.

³⁶⁹¹Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19. Expression d'une volonté de diriger les volontés de façon moins contraignante par le biais d'une articulation favorable à l'entreprise afin d'esquiver toutes éventualités de conflit.

renouvellement de la finalité de l'accord de branche. Au bout du compte, cette nouvelle substance juridique (droit « *souple* ») et le droit négocié pourraient s'associer³⁶⁹² dans un mouvement tendant vers une « *autoréglementation de l'entreprise* »³⁶⁹³ quelque peu guidée par les recommandations de la branche professionnelle³⁶⁹⁴³⁶⁹⁵. S'il en était ainsi le droit « *souple* » représenterait une forme de planche de salut pour ce ressort qui perd effectivement de sa vigueur³⁶⁹⁶³⁶⁹⁷³⁶⁹⁸³⁶⁹⁹.

L'entreprise comme ressort privilégié du droit imposé. À prime abord, l'accord collectif d'entreprise apparaissait être celui qui était le plus enserré dans son contenu et sa finalité, mais fait remarquable son ressort est désormais désigné par la Loi comme le niveau privilégié de l'autonomie. S'il s'émancipe du droit imposé, il apparaît également se couper des autres champs plus larges de la négociation collective au point de peut-être se refermer sur lui-même. Néanmoins le périmètre de ce champ recouvre une pluralité de ressorts de négociation collective faisant désormais l'objet d'une logique « *hiérarchique* ». Par conséquent, commençons par examiner les entrailles de ce ressort de référence de la négociation collective avant d'examiner son « *recroquevillement* » sur lui-même. En effet, il fait l'objet d'un démembrement en plusieurs champs de pourparlers : établissement, entreprise, groupe (ou encore inter-entreprises et unité économique et sociale). Cette singulière complexité repose sur sa propre articulation que nous proposons donc d'explorer. Au-delà de la négociation obligatoire rappelons que la Cour de cassation a admis la possibilité pour l'employeur d'engager une négociation par établissement (ou groupement d'établissements), mais il ne peut le faire qu'à la double condition qu'aucune des organisations syndicales représentatives dans le périmètre de l'entreprise ne s'y oppose³⁷⁰⁰, et que ces multiples négociations puissent s'engager au sein de l'ensemble des différents établissements³⁷⁰¹. L'absence de détermination objective

³⁶⁹² Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

³⁶⁹³ Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.355.

³⁶⁹⁴ Fabrizio. CAFAGGI, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *Revue Française d'Administration Publique*, 2004, p.23.

³⁶⁹⁵ Gérard FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privée », in *Mélanges à Berthold. GOLDMAN*, Paris, LITEC, 1982, p.47.

³⁶⁹⁶ Au moment où l'exécutif conduit des mutations internes majeures liées à sa dimension dont les effets sont encore incertains.

³⁶⁹⁷ Jean Frédéric POISSON et Marc BIEHLER, *loc.cit.* p.116. Le rapport en question énonçait déjà l'état de faiblesse de la négociation collective de branche.

³⁶⁹⁸ Jean-Denis COMBREXELLE (Président de la section sociale du Conseil d'État), *op.cit.* p.257.

³⁶⁹⁹ Michelle TALLARD, *loc.cit.* p.538.

³⁷⁰⁰ Cour de cassation, Chambre sociale, du 21 mars 1990, n°88-14.784, et du 12 juillet 2016, n°14-25.794.

³⁷⁰¹ Articles L. 2232-11 et L. 2242-5 du Code du travail et la Circulaire du 5 mai 1983 relative à l'application de la Loi n°82957 du 13 novembre 1982 (publiée JONC, 3 juillet 1983). Depuis l'ordonnance° 2017-1385 du 22

par la Loi conduit à s'en remettre en principe à une libre détermination contractuelle sauf à prévoir en la matière une solution conventionnelle subsidiaire³⁷⁰²³⁷⁰³³⁷⁰⁴³⁷⁰⁵. En effet, il est nécessaire de préciser que si les accords d'entreprise, d'établissement ou de groupe ont une valeur équivalente³⁷⁰⁶, il existe toutefois une hiérarchie au bénéfice du premier pouvant être définie par ses signataires. Ainsi, l'article L. 2253-6 du Code du travail dispose qu'un accord d'entreprise peut s'imposer aux stipulations ayant même objet des conventions ou accords conclus³⁷⁰⁷ dans les établissements³⁷⁰⁸. De même l'accord de groupe³⁷⁰⁹, (ou inter-entreprises³⁷¹⁰) peut prévoir expressément que ses stipulations se substituent à celles ayant le même objet (conclues antérieurement ou postérieurement) dans les ressorts de niveaux « inférieurs » compris dans le périmètre de ces accords³⁷¹¹. Selon des modalités de même nature, la même Loi³⁷¹² permet également l'installation d'une primauté de l'accord de groupe sur l'accord d'entreprise (ou d'établissement). Soulignons qu'en matière de conduite de la

septembre 2017, l'accord d'établissement bénéficie de la même valeur que l'accord d'entreprise. Il est nécessaire de préciser que s'ils ont même valeur (article L2232-11 du Code du Travail), il existe néanmoins une hiérarchie au bénéfice du premier. En effet il découle de l'article L2253-6 du Code du Travail qu'un accord d'entreprise peut s'imposer aux stipulations (disposition express à ce sujet) ayant même objet des conventions ou accords conclus antérieurement ou postérieurement dans les établissements. Par conséquent, toutes les négociations obligatoires peuvent donc se dérouler également au niveau de l'établissement ou de l'entreprise. Cette situation, de choix d'une négociation par établissement ou groupe d'établissements, prévalait déjà avant cette date, au moins en matière de négociation sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée. Toutefois, une circulaire ministérielle a précisé que la négociation par établissement ou groupe d'établissements ne peut être choisie que s'il y a accord entre toutes les parties. Cette précision reste transposable à la situation actuelle. La négociation annuelle doit être engagée au niveau de l'entreprise, en conséquence l'employeur ne peut engager la négociation au sein des établissements qu'autant qu'aucune organisation syndicale d'établissements ne s'y oppose.

³⁷⁰²Yves CHALARON, *loc.cit.* p.338.

³⁷⁰³Alain CHOURAQUI et Anne Marie GAUTIER, « Les accords d'entreprise : de quel niveau parle-t-on ? » Droit Social, 1988, p.17.

³⁷⁰⁴Marie-Armelle ROTCHILD-SOURIAC, « Les incertitudes de la négociation d'entreprise », Droit Social, 1988, p.735.

³⁷⁰⁵Ce choix peut déterminer des rapports de négociation extrêmement différents, notamment du point de vue de la présence et de l'autorité des forces syndicales et du point de vue des données économiques, voire juridiques de l'objet à négocier.

³⁷⁰⁶Article L2232-11 du Code du Travail.

³⁷⁰⁷Antérieurement ou postérieurement.

³⁷⁰⁸Dans ce cas il est nécessaire qu'existe une disposition express à ce sujet.

³⁷⁰⁹Cécile NICOD, « Quel ordonnancement des sources du droit du travail - Les rapports entre accords collectifs », Revue de Droit du Travail, 2016, p.800. Fruit de la pratique, admis par les juges avant d'être consacré par la Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004), l'accord de groupe se voit propulsé comme outil de régulation forte des négociations et des accords conclus dans les entreprises qui en font partie. En permettant aux négociateurs du groupe de prévoir que le contenu de l'accord se substitue à celui des accords d'entreprise, la Loi leur confère le pouvoir de doter le texte dont ils sont signataires d'une impérativité renforcée.

³⁷¹⁰Article L2331-1 du Code du travail. Si les sociétés entrant dans le périmètre de négociation sont unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante il ne peut s'agir que d'un accord de groupe et non d'un accord inter entreprise.

³⁷¹¹Gilles AUZERO, « Accords collectifs et entreprises à structures complexes », Droit Ouvrier, juin 2017, n°827, p.365.

³⁷¹²La Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016).

négociation, le premier choix est celui de l'unité de négociation car il détermine également l'identité des parties prenantes³⁷¹³. Par conséquent cette substitution mécanique et hiérarchique a pour effet de malmenier l'« *autonomie collective* » dans les ressorts en question ou s'étaient pourtant conclus des accords collectifs³⁷¹⁴³⁷¹⁵. De façon particulièrement intéressante, si la Loi semble quelque peu embarrassée au sujet d'une totale relation hiérarchique entre les ressorts de l'entreprise et la branche professionnelle, elle en autorise les conditions au sein des différents champs inclus dans l'entreprise (ou le groupe). En effet le compromis conclu au niveau le plus restreint se voit écarté sans qu'il soit nécessaire que les organisations syndicales représentatives signataires y consentent et sans qu'il leur soit possible de s'y opposer³⁷¹⁶. En somme tout ce que le droit imposé s'était toujours refusé d'établir entre les autres différents champs conventionnels, il se l'autorise dans le ressort qu'il dénomme de manière indifférenciée l'« *entreprise* »³⁷¹⁷.

D'une commutation des différents ressorts à l'« autoréglementation » de l'entreprise. Après avoir examiné qu'au sein du ressort de l'entreprise les différentes normes conventionnelles répondaient à une logique hiérarchique, constatons que l'accord collectif d'entreprise bénéficie d'une « *quasi* »-primauté à l'encontre des normes conventionnelles d'un champ plus larges. En effet, sa fonction comporte désormais une part d'ambiguïté, car suivant les situations, il a toujours pour vocation de « *compléter* », d'« *améliorer* » ou de « *pallier* » l'absence de stipulations conclues au sein des champs plus larges, mais il peut désormais avoir pour finalité de ne pas appliquer celles-ci³⁷¹⁸. En effet pour un certain nombre de domaines, l'accord du ressort le plus vaste ayant perdu de son caractère impératif, la fonction d'adaptation de la négociation collective d'entreprise a perdu de son importance³⁷¹⁹, mais la décision active de ne pas procéder à une négociation d'adaptation constitue désormais l'expression d'une volonté de

³⁷¹³Yves CHALARON, *loc.cit.* p.338.

³⁷¹⁴Sophie NADAL, « Le juge et le sort de l'accord collectif : permanence d'une question, renouvellement des enjeux », *Droit Social*, 2017, p.123.

³⁷¹⁵Gilles AUZERO, *loc.cit.* p. 541. Selon l'auteur la même Loi précise les notions de négociation de groupe mais également le ressort de l'inter entreprise tout en continuant d'ignorer celui de l'Unité Economique et Sociale.

³⁷¹⁶Cécile NICOD, *loc.cit.* p.541.

³⁷¹⁷Article L. 2232-11 du Code du travail. Sauf disposition contraire, les termes « *convention d'entreprise* » désignent toute convention ou accord conclu soit au niveau du groupe, soit au niveau de l'entreprise, soit au niveau de l'établissement.

³⁷¹⁸Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

³⁷¹⁹Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

maintenir des dispositions dissidentes³⁷²⁰³⁷²¹. Il en ressort que le phénomène de décentralisation de la négociation collective est capable de laisser lentement décliner une commutation³⁷²² souple des différents ressorts conventionnels afin de mieux favoriser l'autonomie de l'entreprise³⁷²³. Un cran plus loin, une partie de la doctrine peut qualifier l'accord collectif d'entreprise d'acte « *d'autoréglementation* » du seul fait qu'il revêtirait par son contenu aucun équivalent dans aucun autre ressort³⁷²⁴. Toutefois, la notion d'« *autoréglementation* » de l'entreprise ne renvoie pas seulement à sa capacité de créer ses propres normes, mais de façon plus large et plus forte à sa faculté de mettre en place ses propres procédures internes³⁷²⁵. Cela constitue une étape supplémentaire de clôture de l'entreprise et d'émancipation à l'égard des normes légales, réglementaires et professionnelles³⁷²⁶. Il s'avère que celle-ci est désormais en mesure de créer ses instances représentatives du personnel et ses accords de méthode³⁷²⁷³⁷²⁸ concernant la bonne marche de la négociation collective³⁷²⁹. Ainsi, sous l'effet de ses normes négociées, l'espace normatif de l'entreprise se meut effectivement en une communauté d'intérêts capables de s'autoréguler³⁷³⁰, en passe de devenir une institution dotée d'une rationalité propre³⁷³¹. Dans le cadre des différentes théories « *pluralistes* » si on admet que le périmètre de l'ordre professionnel se réduit désormais à celui du ressort de l'entreprise, il est désormais possible d'envisager celui-ci comme un ordre juridique dont il resterait à trouver la

³⁷²⁰Marie-Armelle ROTSCCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

³⁷²¹Pierre RODIERE, « Accord d'entreprise et convention de branche ou interprofessionnelle : négociation indépendante, subordonnée, articulée », *Droit Social*, 1982, p. 715. L'auteur estime que : « *puisque les partenaires sociaux ne sont pas tenus de conclure, puisqu'ils peuvent ne pas exercer du tout leur pouvoir normatif, on voit difficilement comment on pourrait leur dénier le droit de l'exercer à moitié seulement en adoptant des normes n'ayant qu'une portée supplétive* ». Il revient ainsi aux négociateurs de décider de l'impérative de l'accord en vertu de leur liberté contractuelle et de leur autonomie normative. L'auteur souligne ainsi que le principe de faveur ne joue que lorsque la norme générale est impérative. Il estime cependant que doivent être prévus des garde-fous, notamment des limites légales et une interprétation de la notion d'adaptation conforme à l'esprit de la Loi, donc relativement restrictive.

³⁷²²Transfert de connexions d'un ensemble de conducteurs à un autre.

³⁷²³Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

³⁷²⁴Yves CHALARON, *loc.cit.* p.338.

³⁷²⁵Josépha DIRRINGER, *loc.cit.* p.416.

³⁷²⁶Josépha DIRRINGER, *loc.cit.* p.416.

³⁷²⁷Paul-Henri ANTONMATTEI et Laurianne ENJORLAS, *loc.cit.* p.264.

³⁷²⁸Paul-Henri ANTONMATTEI, « La primauté de l'accord d'entreprise », *loc. cit.* p.534.

³⁷²⁹Patrick REMY, « Le conseil d'entreprise -un premier pas vers le conseil d'établissement allemand », *Droit Social*, 2017, p.1050. L'essor de la négociation collective décentralisée associant les organisations syndicales représentatives sur la base de l'audience électorale ne peut avoir pour conséquence que de redéfinir les procédures d'information et de consultation du comité social et économique. Il s'avère qu'en la matière le droit du travail semble prendre deux voies différentes soit la négociation collective d'entreprise des modalités de fonctionnement du comité social et économique, soit la fusion des instances élues et syndiqués au sein du conseil d'entreprise.

³⁷³⁰Josépha DIRRINGER, *loc.cit.* p.416.

³⁷³¹Jean-Philippe ROBE, « L'entreprise en droit », *Droit et société*, n°29, 1995. La médiation. p. 117-136. Il s'agit par-là de parachever la transformation de l'entreprise en une institution capable d'organiser elle-même les espaces de pouvoirs internes. Celle-ci doit être capable d'assurer par elle-même un équilibre entre les différentes parties prenantes.

norme de référence³⁷³². Or, il apparaît justement que l'accord d'entreprise puisse bien devenir cette norme de base fondatrice. Selon un autre point de vue doctrinal, par ses diverses inflexions, le droit de la négociation collective se rapproche également du projet patronal de « *contrat collectif d'entreprise* »³⁷³³ par lequel les normes issues de l'ordre juridique étatique voire de l'ordre professionnel ne s'appliquent qu'à défaut d'accord d'entreprise³⁷³⁴³⁷³⁵³⁷³⁶³⁷³⁷³⁷³⁸. Cette notion se définit justement comme un contrat signé par l'employeur et les représentants des salariés, n'ayant pas de caractère obligatoire mais une fois conclu pouvant déroger aux normes étatiques et professionnelles qui n'ont plus qu'un caractère supplétif³⁷³⁹. Cette notion est étroitement liée à la théorie institutionnelle de l'entreprise car elle correspond à un effacement certain du contrat de travail comme résultat d'une négociation individuelle, et une consécration des actes collectifs négociés avec un organe de représentation des salariés pleinement intégrés à l'institution que constitue l'entreprise³⁷⁴⁰. L'épanouissement de cette appréciation de l'accord collectif pourrait parachever définitivement la dimension tout à fait spécifique de ce type d'acte collectif³⁷⁴¹. En somme, selon ces deux hypothèses doctrinales, une forme ou l'autre d'« *autoréglementation* » de l'entreprise se serait substituée à une version plus classique d'« *autonomie collective* ».

³⁷³²Nikitas ALIPRANTIS, « L'entreprise en tant qu'ordre juridique », in Nikitas ALIPRANTIS et Francis KESSLER, « Le droit collectif du travail : questions fondamentales, évolutions récentes » études en hommage à Madame Hélène SINAY, Francfort, Peter LANG, 1994, p.185-206.

³⁷³³Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21.

³⁷³⁴Elsa PESKINE, *op.cit.* p.355.

³⁷³⁵Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.355. L'auteur fait référence au concept de « contrat collectif d'entreprise » primant sur la Loi et le contrat de travail.

³⁷³⁶Pascal LOKIEC, Dounia BENREBAI, Nicolas DI CAMILLO, Chloé SABLAYROLLES, et Lou THOMAS, *loc.cit.* p.513.

³⁷³⁷Jean-Claude GUIBAL, *loc.cit.*, p.513. Au sujet du contrat collectif d'entreprise l'auteur indique qu'il « se présente comme un instrument de nature à favoriser, au niveau de l'entreprise, une négociation de substitution, dérogatoire aux sources du droit situées en amont et de forme authentiquement contractuelle la manifestation du principe de l'autonomie des conventions que la Loi doit laisser s'exprimer ».

³⁷³⁸Gérard LYON-CAEN, *op.cit.* p.400.

³⁷³⁹Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.355.

³⁷⁴⁰Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.355. L'auteur souligne l'étroite liaison existante entre l'« *autoréglementation* » et la théorie institutionnelle de l'entreprise. Il envisage une reconfiguration du droit du travail au tour de cette théorie. Cela conduirait à l'effacement du contrat individuel et à la redéfinition du rôle de la Loi autour de trois fonctions principales : fixation de quelques principes d'ordre public insusceptibles de dérogations, l'organisation du cadre institutionnel dans lequel les entreprises seraient habilitées à gérer leurs propres Lois et enfin la définition de règles supplétives applicables au travail exécuté en dehors des communautés « *auto réglementées* ».

³⁷⁴¹Outre le fait que cette approche de l'entreprise peut se voir confronter à une réalité plus antagoniste des relations collectives, il semblait néanmoins qu'elle ne pouvait se généraliser car elle ne pouvait se développer sans renforcement homogène de l'implantation de l'autorité des organisations syndicales au sein des différentes entreprises. Toutefois la généralisation de la consultation directe des salariés comme nouveau procédé préalable à la conclusion d'actes collectifs à caractère majoritaire pourrait constituer une voie de développement à l'« *auto autoréglementation* » de toutes formes et types d'entreprise.

De la fin de l' « autonomie collective » chorale à la concurrence des conventions. Or, constatons que ce nouvel agencement légal des normes conventionnelles construit la position « privilégiée »³⁷⁴² du ressort de l'entreprise³⁷⁴³ par l'effacement du caractère progressiste du droit du travail. Le législateur a réduit la portée de la règle du plus favorable au sein du champ conventionnel par une série d'esquives, d'artifices en trompe l'œil prétendant modifier les logiques d'articulation³⁷⁴⁴. En effet, si les signataires de l'accord d'entreprise déterminent sa « primauté » à l'égard des autres normes conventionnelles la question de sa teneur n'est plus à l'ordre du jour³⁷⁴⁵³⁷⁴⁶. A ce sujet, le professeur Antoine JEAMMAUD soulignait que la mise à l'écart du principe de « *Lex Favoris* » signifierait que : « *l'autonomie collective serait devenue autre chose qu'une expression importée désignant le fait banal, que la Loi ménage une certaine place à la production négociée de règles de droit* »³⁷⁴⁷. Il s'avère que l'« autonomie collective » ne s'apparente plus à une chorale orchestrant la partition de chacun de ses chanteurs sur la même tonalité (« *Lex Favoris* ») car les commutations³⁷⁴⁸, les connexions, ou les coordinations entre les contenus des différents champs des pourparlers s'effacent. Par conséquent, l'« autonomie collective » s'exerce de plus en plus à la façon d'une course individuelle poursuivant une logique concurrentielle exposant à un risque de cacophonie (ou d'anomie). Au sujet de l'accord d'entreprise il pourrait être simple de lui attribuer un caractère de « primauté » dans sa relation avec les stipulations conclues au sein des ressorts les plus larges. En l'occurrence, nous savons que celui-ci ne fait pas l'objet d'une habilitation générale puisque le ressort de la branche professionnelle continue de bénéficier d'une large autonomie lui permettant de conclure des accords ou conventions s'imposant aux dispositions nouées au niveau de l'entreprise sur un grand spectre de thèmes. Il ressort du droit positif, une volonté de

³⁷⁴²Marie-Armelle ROTSCCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

³⁷⁴³Frédéric GEA, *op.cit.* p.439.

³⁷⁴⁴Une série sinieuse de Lois a eu pour effet à renverser la logique concernant l'impérativité de la norme conventionnelle de branche à l'égard des normes conclues dans des ressorts plus restreints et de réduire la fonction unificatrice de la branche professionnelle.

³⁷⁴⁵L'Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (JORF n°0223 du 23 septembre 2017), abroge l'article 24 de la Loi du 8 août 2016 qui prévoyait une négociation collective obligatoire de branche ce qu'elle appelait sans doute maladroitement l'« *ordre public conventionnel* ». Par conséquent les acteurs de la négociation ne décideront pas de la liste des matières relevant de la primauté de branche ou d'entreprise. L'ordonnance en question dresse toutefois une liste limitée de matière au sein de laquelle la branche peut décider de faire primer ses accords sur les accords d'entreprise.

³⁷⁴⁶Concernant les accords de branche « anciens » (signés antérieurement à la date du 23 septembre 2017) s'ils comptent des clauses dites de « verrouillage » (découlant des dispositions de la Loi du 4 mai 2004 ces dernières interdisant la possibilité de dérogations par accord d'entreprise), ne continueront à produire leurs effets que si un avenant à l'accord de branche est conclu avant le 1^{er} janvier 2019. A défaut de confirmation de ces clauses dites de « verrouillage » dans le délai indiqué, les accords de branche perdront leur primauté sur l'accord d'entreprise dans les matières relevant du second bloc.

³⁷⁴⁷Antoine JEAMMAUD, *loc.cit.* p.416.

³⁷⁴⁸Transfert de connexions d'un ensemble de conducteurs à un autre.

favoriser l'autonomie de chacun des champs de la négociation collective en accumulant une diversité de liens pouvant articuler les normes conventionnelles des divers champs³⁷⁴⁹³⁷⁵⁰.

Il en découle un système de négociation collective fort complexe mais néanmoins très souple permettant de gommer les éventuelles conséquences préjudiciables que porterait une articulation fonctionnelle « *absolue* » et trop rigide des différents ressorts de la négociation collective³⁷⁵¹. La complexité de cet ordonnancement des normes conventionnelles a concentré le feu des critiques mais aurait au bout du compte quelques vertus. Néanmoins, elle est avant tout le symptôme de la défaite d'une approche « *globale* » et « *articulée* » de l'« *autonomie collective* » induisant que la conclusion d'un accord au sein d'un ressort appelle l'ouverture d'une négociation d'adaptation dans un autre champ. Si ces grandes manœuvres juridiques ont reçu la caution d'une grande partie des protagonistes sociaux, l'« *autonomie collective* » ne détermine désormais plus que de façon très résiduelle les capacités d'habilitation des normes conventionnelles à l'égard de normes de même nature. Il en résulte que la norme légale décide directement de l'ordonnancement des normes conventionnelles et réduit leur capacité d'autoconfiguration. Par conséquent, la confrontation directe de normes de différentes natures est plus courante que celle de même nature. Sous l'effet de cette désarticulation conventionnelle, l'emprise de la norme légale apparaît d'autant plus renforcée à l'égard de l'« *autonomie collective* ». D'autant que c'est bien la Loi qui finalement a fait le choix de désigner l'entreprise comme le ressort de référence de la négociation collective.

Par conséquent, après avoir examiné l'« *autonomie collective* » dans ses relations à l'égard de la Loi, du règlement, du contrat de travail et de l'institution judiciaire, l'introspection des relations formées par les différentes normes conventionnelles issues de ses divers ressorts éclaire d'un jour nouveau la négociation collective. Celle-ci se révèle constituer désormais plus un procédé autonome au service de l'entreprise qu'un droit subjectif du salarié. Néanmoins, par le truchement d'une série d'injonction à caractère procédural, le droit imposé tente de guider voire de diriger l'« *autonomie collective* » au sein du ressort de l'entreprise. En somme, si une

³⁷⁴⁹Selon l'article L.2252-1 du Code du travail, si une convention de branche professionnelle peut déroger aux dispositions d'un accord couvrant un champ plus vaste (interprofessionnel), elle ne peut le faire que si ce dernier ne s'y oppose pas expressément. Par conséquent dans le cadre de l'articulation de ces deux champs (interprofessionnel et professionnel), il pèse toujours une obligation d'« *adaptation* » et d'« *alignement* » de l'accord de branche sur les nouvelles stipulations plus favorables découlant du champ de l'interprofessionnel.

³⁷⁵⁰Concernant le démembrement de l'unité de négociation que constitue l'entreprise, constatons une possibilité d'« *autoconfiguration* » par le biais d'une certaine hiérarchie autorisant l'accord collectif issu du ressort le plus large à se subsister aux accords déjà conclus dans les échelons « *inférieurs* ».

³⁷⁵¹Marie-Armelle ROTCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

relative liberté guide cette notion, cette dernière se doit tout de même de suivre un cheminement prescrit par la Loi. En outre, découvrons qu'afin de rester une liberté aux prises des parties prenantes, le procédé doit également respecter un esprit de loyauté, sans quoi il risque une véritable dénaturation (voire un retournement) de sa véritable finalité.

3. La fonction et l'esprit du procédé de l'autonomie collective

L'idée affleure donc que la promotion du « *dialogue social* » pourrait être « *l'enrobage d'une Loi d'abord tournée vers l'autoréglementation de l'entreprise* »³⁷⁵². Si le principe de participation conditionne la négociation collective comme un droit des salariés, selon une partie de la doctrine, il se présenterait désormais comme: « *un droit à l'autorégulation comme l'atteste le regain d'intérêt rencontré par le concept d'autonomie collective* »,³⁷⁵³ et ce renversement de perspective³⁷⁵⁴ tiendrait sans doute à: « *une prise de conscience patronale tardive mais réelle des avantages de la négociation dans la régulation des relations de travail, surtout dans le cadre de l'entreprise* »³⁷⁵⁵. En effet, il nous semble que la technique d'élaboration de la norme est indissociable de son contenu, par conséquent formée par l'entreprise elle peut sans doute mieux être adaptée à ses besoins mais également conçue en fonction de son intérêt. Or, de façon plutôt paradoxale si la négociation collective constitue un droit à caractère collectif par ses objets et sa finalité, elle reste toutefois « *unilatérale* » par sa titularité³⁷⁵⁶³⁷⁵⁷. Rappelons que le Conseil Constitutionnel a précisé ce qu'il convenait d'entendre par la notion de « *travailleur* » au sens de l'alinéa 8 du Préambule de 1946³⁷⁵⁸, déterminant de cette façon le titulaire de ce droit à la négociation collective³⁷⁵⁹, en estimant que ce si ce vocable peut être entendu largement il se limite tout de même aux seuls salariés. Il en ressort que le principe de participation ne

³⁷⁵²Pascal LOKIEC, Dounia BENREBAI, Nicolas DI CAMILLO, Chloé SABLAYROLLES, et Lou THOMAS, *loc.cit.* p.513.

³⁷⁵³Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

³⁷⁵⁴Claude DIDRY, *op.cit.* p.452. Selon l'auteur l'histoire de la négociation collective n'est donc pas seulement celle de l'accumulation progressive des règles juridiques. Elle est aussi l'histoire des controverses et des débats qui l'ont traversée. La négociation collective était au siècle passé réclamée par les organisations de salariés pour faire « *contrepoids* » au pouvoir patronal. Il s'agissait d'éviter la décision unilatérale d'un employeur. A cette époque le syndicalisme revendiquait la convention collective et critiquait le contrat individuel de travail qualifié de contrat d'adhésion.

³⁷⁵⁵Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, *loc.cit.* p.266.

³⁷⁵⁶Alain SUPLOT, « Les relations collectives de travail », in « Le droit du travail », Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2016, p. 81-104. Au même titre que certain aux droits sociaux comme le droit de grève ou le droit syndical, nous savons que pour une partie de la doctrine il s'agit d'un droit individuel appartenant à chaque salarié mais qui s'exerce collectivement.

³⁷⁵⁷Marie-Armelle ROTSCCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

³⁷⁵⁸Décision du Conseil constitutionnel n° 2013-333 QPC du 26 juillet 2013. Selon le juge constitutionnel il incombe au législateur de déterminer les modalités selon lesquelles la représentation des travailleurs est assurée dans l'entreprise. Sur la base d'un principe de participation quelque peu lacunaire car définissant mal la liste des « *délégués* » ou agents d'exercice des droits qui en découlent ainsi que le domaine d'action sur lequel ils s'exercent (détermination des conditions de travail), la Loi définit de façon unilatérale un droit des salariés à la négociation collective. Le juge estime que la notion de travailleurs devait être élargie aux salariés qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté des travailleurs même s'ils n'en sont pas salariés mais cette lecture exclue par conséquent les organes dirigeant de l'entreprise de ce cercle de bénéficiaires.

³⁷⁵⁹Sophie NADAL, *loc.cit.* p.542.

confère donc aucun droit équivalent au bénéfice de l'employeur, alors que par essence la négociation collective est un procédé qui associe les deux parties. Il s'avère que si les salariés sont titulaires de ce droit, il ne peut s'exercer sans le bon vouloir de l'employeur, et que par conséquent son conditionnement peut apparaître comme la simple reconnaissance du pouvoir social et juridique des salariés dans l'entreprise ou refléter une idéologie correspondant sans nul doute à une forme plus subtile d'expression du pouvoir de domination de l'employeur³⁷⁶⁰. Cet examen serait donc une nouvelle illustration du caractère « réversible »³⁷⁶¹³⁷⁶² des logiques internes du droit du travail. En effet, selon ses diverses approches doctrinales ce dernier peut tout aussi bien être qualifié de « *droit du salarié* »³⁷⁶³³⁷⁶⁴ que de « *droit de l'entreprise* »³⁷⁶⁵. Mais à n'en pas douter il constitue également l'expression d'un rapport de force traduisant selon les conjonctures et les époques les intérêts des différentes parties de l'entreprise. Selon cette perspective il peut donc faire l'objet de mouvements de « *flux et reflux* »³⁷⁶⁶. Ainsi à notre époque s'il prend de plus en plus compte l'intérêt de l'entreprise³⁷⁶⁷³⁷⁶⁸, toutefois il ne renie pas ses préoccupations concernant le sort des salariés. Par le biais de nombreuses prescriptions légales, le droit du travail contraint donc l'employeur à engager des négociations collectives comme s'il n'y trouvait pas spontanément son intérêt à travers l'exercice de ce procédé. De cette manière l'employeur est enjoint d'accepter l'exercice du droit à la négociation collective des salariés. Ces derniers peuvent donc exercer leur droit quitte à ce que ses effets soient plus profitable à l'entreprise qu'à leur propre intérêt. Sur la base de ce type de croisement nous pouvons rejoindre le professeur Gérard LYON-CAEN qualifiant le droit du travail de « *droit de perpétuel compromis* »³⁷⁶⁹. Il en ressort donc une première question : les obligations légales de négociation collective contraignent-elles l'employeur à l'exercice d'un droit des travailleurs ou contribuent-elles plutôt à une forme d'« *autoréglementation* » au sein du ressort de

³⁷⁶⁰ Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

³⁷⁶¹ Gérard LYON-CAEN, « Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée », *Droit Ouvrier*, 2004, 49.

³⁷⁶² Gérard LYON-CAEN, « Le Droit du travail, une technique réversible », Paris Dalloz, *Connaissance du Droit*, 1997, p.99.

³⁷⁶³ Les normes formulées l'étant surtout en vue de contribuer à l'accroissement de la protection du salarié ou à l'amélioration de sa participation à la gestion, aux résultats ou au capital de l'entreprise.

³⁷⁶⁴ Gérard LYON-CAEN, « Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail », *Droit Ouvrier*, 2004, p.52.

³⁷⁶⁵ Bernard TEYSSIE, *loc. cit.* p.505. Selon l'auteur : « *Un empire n'a-t-il, de toute façon, vocation à être un jour conquis par ceux qu'il avait cru gouverner ?* ». Le droit du travail doit aussi prendre en compte les besoins de l'entité économique à laquelle il entend imposer ses modes d'organisation quitte à être un peu moins un droit du salarié et un peu plus un droit de l'entreprise.

³⁷⁶⁶ Gérard LYON-CAEN, *Ibid.*

³⁷⁶⁷ Josépha DIRINGER, *loc.cit.* p.416.

³⁷⁶⁸ Gérard COUTURIER, « L'intérêt de l'entreprise », in « les orientations sociales du droit contemporain », *Écrits en l'honneur de Jean SAVATIER*, Presse Universitaire de France. 1992, p.143.

³⁷⁶⁹ Gérard LYON-CAEN, *loc.cit* p.542.

l'entreprise ? Il s'observe que par le biais de ses obligations légales, ce procédé se place également au service d'autant de politiques publiques. Il en résulte donc une seconde question relative à la direction de son service. En effet, si la négociation collective s'avérait être une fonction, elle se placerait donc tour à tour au service de l'intérêt commun, de celui des salariés ou de l'entreprise. Néanmoins si elle est bien cette fonction, nous savons que la Loi offre désormais une certaine « *liberté* » à l'« *autonomie collective* » en lui permettant de se réapproprier ses modalités par le biais d'un accord collectif de « *méthode* ». Sous cet angle émerge alors une troisième interrogation : la négociation collective ne serait-elle pas devenue avant tout autre chose : une « *procédure* » au service des uns et des autres ?

Nous commencerons par examiner la nature juridique et la finalité de cette série d'obligations de négocier que doivent respecter les employeurs. Nous analyserons les diverses modalités entourant le bon respect de ces obligations au sein de ces deux ressorts d'assujettissement. Nous constaterons que la négociation collective est érigée en procédé privilégié du droit imposé ayant pour fonction de mettre en œuvre différentes politiques publiques. Or il s'avère que le nouveau rayonnement de l'accord collectif notamment au sein de son ressort privilégié est tributaire du bon respect de la loyauté de ses modalités de formation. Par conséquent, nous poursuivrons donc notre examen par l'étude des règles encadrant la loyauté des pourparlers.

3.1. L'obligation de négocier des accords collectifs

Si ce procédé est juridiquement conditionné comme un droit des salariés, il est par essence tributaire de la volonté de l'employeur. La négociation collective oscillerait donc entre deux pôles : liberté contractuelle et injonctions légales qu'il nous reste à étudier. Il se révèle que ce droit est formellement détenu de manière exclusive par le collectif constitutif de la notion de « *personnel* ». Néanmoins son exercice dépendant de la volonté unique de l'employeur³⁷⁷⁰ qui concède éventuellement à négocier les conditions de travail des salariés en compagnie de leurs représentants³⁷⁷¹. Afin de lui offrir une effectivité, il est donc apparu nécessaire de contraindre les employeurs au sein des ressorts de la branche et de l'entreprise, à l'engagement de ce procédé par une série d'injonctions légales couvrant un large spectre de son champ matériel. Nous étudierons donc un premier paradoxe consistant à contraindre l'employeur à recourir à un

³⁷⁷⁰Toutefois ce dernier peut être sanctionné pénalement en cas de refus de négocier.

³⁷⁷¹Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10. Selon l'auteure: « *Il n'est pas interdit de penser que notre droit conçoit l'obligation de négocier qui pèse sur l'employeur comme une condition de la réalisation d'un droit appartenant aux travailleurs et non comme l'un des éléments constitutifs d'une phase précontractuelle modelée selon les canons du droit civil* ».

procédé qui peut apparemment correspondre à son intérêt. Nous examinerons par la suite un second paradoxe correspondant à recouvrir presque intégralement le large champ de la liberté contractuelle des parties prenantes d'une couverture de prescriptions légales à négocier. Puis, nous découvrirons par quel moyen l'« *autonomie collective* » peut éventuellement se réapproprier ces diverses injonctions légales. Nous pourrons enfin exposer les modalités d'exercice de ces multiples sommations à la négociation.

3.1.1. Un droit des salariés et une obligation légale de l'employeur

Nous commencerons par définir les domaines respectifs des champs de la négociation collective. En effet, il s'avère qu'un domaine fait l'objet d'une liberté d'engagement des pourparlers alors que l'autre fait l'objet d'une myriade d'obligation revêtant des natures et des modalités différentes. En outre, nous constaterons qu'il ne s'agit pas d'une obligation générale de négocier mais bien d'une série d'obligations d'engager la négociation.

Les négociations collectives « libres » ou « obligatoires ». En toute logique, les parties prenantes étant libres de choisir à leur guise l'objet de leurs pourparlers, le refus d'aborder tels ou tels thèmes ne devrait pas faire l'objet du moindre reproche. Cependant, si les protagonistes sociaux sont libres de conclure des accords collectifs sur l'ensemble des conditions de travail, d'emploi, de formation professionnelle et de garanties sociales des salariés³⁷⁷², il découle de la Loi³⁷⁷³ que certains thèmes de négociation font bien l'objet d'un caractère obligatoire contraignant uniquement l'employeur à engager le procédé. En effet, la Loi n°82-957 du 13 novembre 1982³⁷⁷⁴, a introduit une série d'obligations chargeant l'employeur d'engager une négociation collective concernant une myriade de sujets couvrant une très vaste partie du champ matériel du procédé³⁷⁷⁵. Par conséquent, compte tenu du spectre très large des objets de la négociation obligatoire, son refus de négociation constitue bien souvent un manquement à une prescription légale. Ainsi, les articles L.2243-1 et suivants du Code du travail disposent que le fait pour l'employeur de se soustraire à son obligation d'engager la négociation obligatoire en

³⁷⁷²Article L2221-1 du Code du Travail.

³⁷⁷³Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail (3^{ème} Loi AUROUX-JORF du 14 novembre 1982).

³⁷⁷⁴Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail (3^{ème} Loi AUROUX-JORF du 14 novembre 1982).

³⁷⁷⁵En effet, la négociation collective étant appréhendée comme un droit du salarié et non pas comme une liberté accordée à l'ensemble des parties prenantes, cette obligation a pour objet de contraindre l'employeur à recevoir les représentants des salariés afin d'entamer la négociation collective sans toutefois imposer la conclusion d'un éventuel accord collectif. Il revient donc à l'employeur d'ouvrir la négociation afin de permettre l'exercice d'un droit exclusivement réservé aux salariés.

ne convoquant pas les parties ou en refusant de participer à cette négociation à la demande d'une organisation syndicale représentative constitue un délit d'entrave³⁷⁷⁶³⁷⁷⁷. Il en ressort donc deux régimes distinguant la négociation dite « libre » et celle qualifiée d'« obligatoire ». Selon le premier régime, la négociation collective procède du consentement réciproque des parties prenantes en dehors de toute forme d'injonction légale, le second fait bien l'objet d'une prescription légale. Par conséquent constatons cette contradiction opposant obligation de négocier et liberté contractuelle³⁷⁷⁸. A lire entre les lignes de la Loi, celle-ci sous-entendrait que dans le cadre d'une liberté contractuelle absolue, l'employeur n'aurait que peu d'intérêt à négocier, ne voulant pas spontanément abandonner son pouvoir unilatéral de direction, il devrait s'y trouver contraint par le biais d'une série de sommations. Toutefois, nous avons déjà remarqué qu'un escamotage du principe de « faveur », associé à la création de plusieurs marges d'autonomies conventionnelles constituaient autant d'intérêts tangibles et immédiats pouvant désormais encourager l'employeur à engager spontanément ce procédé en dehors de toute contrainte légale³⁷⁷⁹. Au bout du compte, le redimensionnement du droit positif pose donc la question de la pertinence de ces injonctions légales de négocier.

Une série d'injonctions de négocier à la charge de l'employeur. Soulignons tout d'abord qu'il s'agit d'une série d'obligations et non pas une obligation générale, et qu'ensuite celles-ci sont à la charge exclusive de l'employeur. Pendant la durée de la négociation obligatoire, l'employeur doit suspendre pendant un temps son pouvoir unilatéral de décision et permettre l'exercice du droit de négocier appartenant aux salariés. A ce titre, il ne peut pas arrêter de décision unilatérale portant sur les thèmes concernés sauf si l'urgence le justifie³⁷⁸⁰. En dehors de cette hypothèse, une décision de cette nature pendant la période des négociations doit être considérée comme nulle³⁷⁸¹³⁷⁸². Si d'autres systèmes de relations de travail, notamment anglo-

³⁷⁷⁶Article L. 2243-1 du Code du travail. Le fait de se soustraire aux obligations prévues à l'article L. 2242-1, relatives à la convocation des parties à la négociation et à l'obligation périodique de négocier, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros.

³⁷⁷⁷Article L. 2243-2 du Code du travail. Le fait de se soustraire aux obligations prévues aux articles L. 2242-1 et L. 2242-20 est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros.

³⁷⁷⁸Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

³⁷⁷⁹De même, la révision de la notion de représentativité associée à l'exigence majoritaire relative à la formation des accords collectifs constitue un chemin destiné à déterminer un nouvel équilibre entre les parties à la négociation collective.

³⁷⁸⁰Article L2242-4 du Code du Travail.

³⁷⁸¹Cour de cassation, Chambre sociale, du 29 juin 1994, 91-18.640, Publié au bulletin et 28 novembre 2000, n° 98-19.594, n° 4830 publiés au bulletin.

³⁷⁸²Toutefois l'employeur peut prendre des mesures individuelles concernant tel ou tel salarié au cours de cette même période. En effet, cette disposition d'ordre public n'interdit pas de prendre certaines décisions soit individuelles soit déjà programmées.

saxons³⁷⁸³, font l'objet d'un principe général d'obligation de négocier (principe de «*duty to bargain*»³⁷⁸⁴), ne nous méprenons pas sur ce point, car il s'agit d'une obligation de nature différente³⁷⁸⁵ concernant l'employeur mais également l'organisation syndicale accréditée,³⁷⁸⁶ astreints de négocier de bonne foi³⁷⁸⁷ sur les salaires, les horaires et les autres conditions de travail. Il en ressort que si la somme des obligations de négocier à la charge de l'employeur ne distingue pas notre droit des autres systèmes de relations collectives, c'est bien son association au caractère univoque du droit de la négociation qui exprime sa singularité l'éloignant du modèle d'«*autonomie collective*»³⁷⁸⁸. L'Etat souhaitant s'installer au cœur de la promotion de ce procédé, a donc d'abord introduit une série d'obligations de négocier à la charge de l'employeur.

La négociation collective obligatoire comme un objet de pourparlers. De manière aimablement ambivalente, les protagonistes sociaux ont par la suite obtenu la possibilité de conclure un certain nombre d'accords collectifs permettant de se délier de diverses dispositions de droit imposé, mais l'employeur reste toujours contraint de respecter une série d'injonctions légales le contraignant à contribuer à la réalisation d'objectifs de politiques publiques. Par la suite conscient du changement de perspective indiqué ci-dessus, le droit positif aurait pu prendre la décision de l'effacement de ces injonctions légales. Tel ne fut pas le cas, car de façon relativement nouvelle, le droit du travail a décidé de renvoyer à l'«*autonomie collective*» le soin d'aménager ses propres règles concernant la négociation collective obligatoire. Ainsi, par le truchement de la conclusion d'un accord dit de «*méthode*», portant sur les modalités de la négociation obligatoire, les protagonistes retrouvent une partie de leur liberté contractuelle. Il s'avère que la Loi n°2016-1088 du 8 août 2016³⁷⁸⁹ associée aux ordonnances du 22 septembre 2017³⁷⁹⁰ octroient aux parties prenantes une liberté de négocier de nombreux points, concernant

³⁷⁸³En effet, les pays anglo-saxons font l'objet d'un système de relations professionnelles décentralisées au sein de l'entreprise, ou la branche professionnelle est relativement moins importante que dans notre système national.

³⁷⁸⁴Le Wagner Act de 1935 révisé en 1947 par le TAFTHARTLEY Act. L'esprit de ce texte a été repris après-guerre par le Canada et le Japon ainsi que le Royaume-Uni à la fin des années quatre-vingt-dix.

³⁷⁸⁵La proportion de salariés couverts par une convention collective est faible et dépend étroitement du niveau de syndicalisation.

³⁷⁸⁶Mécanisme juridique permettant à une organisation syndicale de se faire reconnaître par l'employeur comme étant légitime pour représenter un collectif de salariés.

³⁷⁸⁷Le principe de bonne foi des parties renvoie à une obligation de moyen, devant favoriser la recherche d'un accord sans pour autant impliquer une obligation de résultat.

³⁷⁸⁸Patrick REMY, *op.cit.* p. 381. Pour l'auteur la multiplication des obligations légales de négocier est ni plus ni moins antinomique à la notion même d'autonomie collective.

³⁷⁸⁹La Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016).

³⁷⁹⁰Ordonnances n° 2017-1385 et n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 (JORF n°0223 du 23 septembre 2017).

notamment la périodicité, la segmentation (ou le regroupement de sujets de négociation) ou les modalités matérielles des pourparlers. Par conséquent, par une forme de mise en abyme les nouvelles dispositions encadrant la négociation collective obligatoire font de ce procédé un nouveau thème de négociation entre les protagonistes sociaux³⁷⁹¹. Il se révèle que cette nouvelle dialectique juridique constitue une bonne illustration de cette oscillation entre liberté contractuelle et injonctions légales. Par le biais de ce point la négociation collective apparaît avant tout comme une procédure particulièrement malléable.

3.1.2. Les deux ressorts et le champ matériel de l'obligation de négocier

Poursuivons par l'examen des ressorts où s'exercent ces obligations éparpillées de négocier, afin de mieux cerner les règles d'assujettissement des protagonistes concernés. Nous étudierons ensuite les modalités périodiques d'engagements des pourparlers couvrant un vaste domaine matériel. Nous déterminerons également la responsabilité de l'engagement de la négociation collective, et préciserons les modalités de son exercice et notamment sa périodicité. Après l'examen de ces éléments techniques nous étudierons la fonction de ces diverses prescriptions légales.

Les ressorts de la négociation collective obligatoire. Il ressort de l'article L. 2211-1 du Code du Travail que les dispositions relatives à la négociation collective sont applicables : « *aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés* »³⁷⁹², et que le droit positif distingue deux ressorts au sein desquels le procédé peut être associé à une série d'obligations : la branche professionnelle et l'entreprise³⁷⁹³. Il s'avère que plusieurs obligations de négocier portent sur des sujets communs à ces deux champs (de l'entreprise et de la branche professionnelle). Par ce doublement des injonctions, la Loi semble renforcer sa contrainte à l'encontre des protagonistes sociaux. Nous savons que la fonction ainsi que la finalité du champ de la branche professionnelle font l'objet d'une redéfinition qui l'amène plus souvent vers une posture de subsidiarité à l'égard de l'entreprise. Néanmoins, en matière de négociation obligatoire, cette répartition des rôles n'est pas forcément la règle. Par conséquent, nous veillerons à préciser,

³⁷⁹¹Toutefois dans le même mouvement le droit fixe des règles d'ordre public et envisage également une série de dispositions supplétives en cas de défaillance des parties prenantes qui ont le mérite d'exister mais qui encadrent et orientent d'une façon ou d'une autre toute négociation à ce sujet.

³⁷⁹²Elles sont également applicables aux établissements publics à caractère industriel et commercial ainsi qu'aux établissements publics à caractère administratif lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé.

³⁷⁹³Remarquons que les ressorts interprofessionnel ou interbranches ne font pas l'objet de ce type d'injonction et fonctionnent sur d'autres dynamiques.

quand elles existent, les modalités de coordinations de ces deux séries de sommations issues de deux champs différents de la négociation collective. Par ailleurs, rappelons que désormais le périmètre du ressort de la branche professionnelle fait l'objet d'un profond redimensionnement sous la houlette de l'Etat qui pourrait entraîner des conséquences dommageables concernant le bon déroulement des négociations collectives obligatoires. En effet cette tâche largement menée par l'administration du travail remet en cause non seulement les périmètres établis, mais également les protagonistes de chacun des champs ainsi que le tissu conventionnel déjà tressé par l'autonomie collective. Au sein du ressort des entreprises, la question du périmètre de la négociation semble « *a priori* » plus simple à appréhender même si certaines évolutions soulèvent toute de même plusieurs questionnements. En effet, nous savons que cette unité de négociation collective a fait l'objet d'un démembrement en plusieurs champs de pourparlers : établissement, entreprise, groupe (ou encore inter-entreprises et unité économique et sociale). Concernant la négociation obligatoire, l'article L. 2242-1 du Code du Travail nous indique que son ressort est en principe celui de l'entreprise³⁷⁹⁴ mais l'article L. 2232-11 du Code du Travail indique que les termes de « *convention d'entreprise* » désignent : « *toute convention ou accord conclu soit au niveau du groupe, soit au niveau de l'entreprise, soit au niveau de l'établissement* ». Par conséquent l'ensemble des négociations collectives obligatoires prévues au niveau de l'entreprise peuvent être également engagées (et conclues) au niveau du groupe (ou de l'établissement) dans les mêmes conditions. L'ensemble de ces dispositions pouvant être source de confusion, précisons quelques éléments. Lorsqu'un accord conclu au niveau du groupe le prévoit expressément ses stipulations se substituent à celles ayant le même objet que celles des conventions (ou accords) conclus³⁷⁹⁵ dans les entreprises (ou établissements) concernés³⁷⁹⁶. Dans la situation où un accord de groupe a été valablement conclu, les entreprises appartenant à celui-ci sont dispensées d'engager la négociation obligatoire sur ce thème³⁷⁹⁷, mais en cas d'échec de la négociation obligatoire engagée au niveau du groupe, chaque entreprise doit tout de même ouvrir les négociations en question³⁷⁹⁸³⁷⁹⁹. Il en ressort que les protagonistes sociaux

³⁷⁹⁴Les négociations peuvent également s'engager au sein des ressorts de l'établissement ou du groupe.

³⁷⁹⁵Antérieurement ou postérieurement.

³⁷⁹⁶Articles L. 2253-5 et L. 2253-6 du Code du travail.

³⁷⁹⁷Article L2232-33 du Code du travail.

³⁷⁹⁸Un accord dit de « *méthode* » (ou d'adaptation) peut prévoir l'engagement des négociations obligatoires au sein du groupe. Un accord conclu dans ces conditions dispense les entreprises appartenant au groupe d'engager elles même ces négociations.

³⁷⁹⁹Instruction DGT/DPSIT/RT3/2017/124, du 4 avril 2017 relative à la mise en œuvre du dispositif de pénalité financière en matière d'égalité professionnelle. Ce texte précise que si l'accord de « *méthode* » le prévoit, un échec des négociations (en matière d'égalité professionnelle) permet aux entreprises d'élaborer « *directement* » leur plan d'action. Cette position mériterait d'être confirmée par les tribunaux. Elle pose la question de son application aux

contraints à la négociation bénéficient tout de même d'une liberté de choix du ressort au sein duquel cette dernière peut se dérouler³⁸⁰⁰. Ces précisions au sujet des périmètres réciproques des ressorts de la négociation obligatoire ayant été effectuées, il reste également à déterminer le seuil d'assujettissement des pourparlers.

L'assujettissement des négociations obligatoires. Au sujet du ressort dont le périmètre est le plus large (branche professionnelle), l'article L. 2241-1 du Code du travail est pour le moins général et laconique en indiquant que sont assujetties à ces diverses obligations : « *les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels* »³⁸⁰¹. Il en résulte que les protagonistes de la branche professionnelle assujettis à cette obligation sont ceux qui ont déjà conclu un accord collectif. En comparaison le second ressort (l'entreprise) fait l'objet d'un seuil d'assujettissement ayant pour effet de distinguer plus nettement deux ensembles d'entreprises. En effet, selon l'article L. 2242-1 du Code du travail sont assujetties, les entreprises : « *où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives* »³⁸⁰². Dans la pratique, cette disposition d'ordre public est souvent associée à une condition d'effectif, car l'existence d'une section syndicale représentative s'incarnant par la désignation d'un (ou plusieurs) délégué syndical, il s'en déduit trop rapidement que les entreprises dont l'effectif est au moins égal à cinquante salariés seraient assujetties à cette obligation. Toutefois la Circulaire du 5 mai 1983 précisait que le : « *fait générateur de l'obligation annuelle de négocier ne repose pas sur une notion d'effectif* »³⁸⁰³, car l'administration considère que l'unique élément d'assujettissement est bien la présence d'un délégué syndical³⁸⁰⁴³⁸⁰⁵³⁸⁰⁶. Toutefois, si la présence d'une section syndicale dans l'entreprise

autres négociations obligatoires. Par conséquent, l'échec d'une négociation d'un accord de méthode relative à la rémunération, par exemple, obligerait chaque entreprise à recommencer une négociation à son niveau.

³⁸⁰⁰Articles L. 2253-5 et L. 2253-6 du Code du travail.

³⁸⁰¹Article L. 2241-1 du Code du travail.

³⁸⁰²Article L. 2242-1 du Code du Travail.

³⁸⁰³La Circulaire du 5 mai 1983 relative à l'application de la Loi n°82957 du 13 novembre 1982 (publiée JONC, 3 juillet 1983).

³⁸⁰⁴Aucune disposition ne prévoit de quel délai l'entreprise dispose, à compter d'une première désignation d'un délégué syndical, pour engager les négociations obligatoires. En pratique, il paraît difficile de s'extraire d'une temporalité définie par l'année civile.

³⁸⁰⁵Il en résultait autrefois que la présence d'un délégué du personnel désigné en qualité de délégué syndical contraignait l'employeur à engager des négociations obligatoires.

³⁸⁰⁶En effet, la section syndicale peut désigner un membre du comité social et économique comme délégué syndical, ce qui entraîne la mise en œuvre de l'obligation de négocier. C'est ce que précisait déjà la circulaire du 5 mai 1983 relative à l'application de la Loi n°82957 du 13 novembre 1982 (publiée JONC, 3 juillet 1983), prise pour l'application des dispositions légales relatives à l'obligation annuelle de négocier dans les entreprises : « *le fait générateur de l'obligation annuelle de négocier ne repose pas sur une notion d'effectif comme c'est souvent le cas pour des obligations édictées par le Code du travail, il s'appuie sur l'existence d'un délégué syndical dans l'entreprise ou l'établissement* ».

détermine son assujettissement, il apparaît bien que cette obligation est également liée à la notion de représentativité. En effet, il s'avère que l'employeur ne se trouve pas contraint à une quelconque négociation en présence d'un représentant de la section syndicale (l'organisation syndicale n'étant pas représentative)³⁸⁰⁷. De façon plus marquante, il en ressort également que la présence d'acteurs qualifiés par nos soins de « *subsidiaries* » de la négociation collective ne constitue pas un fait générateur de cette obligation de négocier³⁸⁰⁸. Ainsi, l'ensemble formé des entreprises dépourvues de section syndicale (et de délégué syndical) mais dotées d'un comité social et économique avec lequel l'employeur a coutume de négocier, ne se trouve pas assujéti à ces diverses obligations de négociation. Au sujet de l'assujettissement en matière de négociation collective obligatoire, il est nécessaire d'ajouter trois précisions importantes concernant trois thèmes particuliers³⁸⁰⁹. Concernant d'abord l'égalité professionnelle, l'article L. 1142-5 du Code du travail, indique qu'il incombe à tous les employeurs de prendre en compte les objectifs en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'entreprise et les mesures permettant de les atteindre. Le champ d'assujettissement au thème de l'égalité professionnelle est donc bien plus large (toutes les entreprises) que celui de droit commun concernant une obligation de négocier. Sont par conséquent également concernées par une obligation de rédiger un plan d'action, les entreprises dépourvues de délégué syndical (ou de section syndicale) mais justement dotées d'acteurs subsidiaires de la négociation collective³⁸¹⁰³⁸¹¹³⁸¹². Concernant ensuite la négociation au sujet de la Gestion des Emplois et des Parcours Professionnels (GPEC), il ressort l'article L. 2242-2 du Code du travail³⁸¹³, que ce thème ne concerne qu'un champ plus restreint d'entreprises, déterminé non par la seule présence d'une section syndicale mais par un seuil d'effectif (ou sa dimension

³⁸⁰⁷La Circulaire du 5 mai 1983 relative à l'application de la Loi n°82957 du 13 novembre 1982 (publiée JONC, 3 juillet 1983), Circulaire DSS/5C/DGT/2011/92 du 7 mars 2011 relative à la Loi n°2008-1258 du 3 décembre 2008 (publiée JONC, 7 mars 2011) circulaire DRT n°86-16 du 23 décembre 1986 (indiquant *a contrario* que la négociation annuelle obligatoire ne s'applique pas dans les entreprises dépourvues de délégué syndical).

³⁸⁰⁸La Circulaire DSS/5C/DGT/2011/92 du 7 mars 2011 relative à la Loi n°2008-1258 du 3 décembre 2008 (publiée JONC, 7 mars 2011). Les entreprises de moins de 50 salariés peuvent être également assujetties à l'obligation de négocier en présence d'une section syndicale lorsqu'un délégué du personnel titulaire a été désigné comme délégué syndical (possibilité ouverte dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 11 et 49 salariés)

³⁸⁰⁹La gestion des emplois et des parcours professionnels (GPEC) et le temps partiel.

³⁸¹⁰Il inclut le champ des pénalités financières (entreprises d'au moins cinquante salariés) qui n'est pas exactement celui du périmètre de la négociation obligatoire (entreprises pourvues d'une section syndicale).

³⁸¹¹Les entreprises non couvertes par une convention ou un accord de branche étendu relatif à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

³⁸¹²L'Instruction DGT/DPSIT/RT3/2017 du 4 avril 2017 relative à la mise en œuvre du dispositif de pénalité financière en matière d'égalité professionnelle indique que cette pénalité financière peut concerner toutes les entreprises d'au moins cinquante salariés (effectif calculé conformément aux articles L1111-2 et L111-3 du Code du Travail).

³⁸¹³Circulaire DGEFP-DRT n°2005/47 du 30 décembre 2005 (publiée JONC, 20 janvier 2006).

transnational)³⁸¹⁴ 3814381538163817 . Enfin, la négociation collective au sein des branches professionnelles liste huit thèmes obligatoires dont celui du temps partiel qui fait l'objet d'une règle particulière d'assujettissement. En effet, l'article L. 2241-2 du Code du travail dispose que sont assujetties à ce type de négociation obligatoire, les branches professionnelles qui emploient au moins un tiers des salariés occupés à un emploi à temps partiel.

3.1.3. Les modalités de l'obligation de négocier

Après les questions relatives à l'assujettissement et au périmètre de son ressort, examinons les modalités d'engagement des négociations collectives obligatoires. Nous poursuivrons par examen de la périodicité, ainsi que les différents champs de compétences matériels de cette série d'obligations de négocier pesant sur les employeurs au sein des ressorts de branches professionnelles et de l'entreprise.

Les modalités d'engagement de la négociation obligatoire. Il résulte de l'examen des points précédents une certaine liberté (ou imprécision) au sujet du périmètre du ressort de l'entreprise et par voie de conséquence une relative indétermination³⁸¹⁸ concernant la notion d'« *employeur* » en charge de l'engagement de cette négociation collective obligatoire³⁸¹⁹. Au sein du ressort de la branche professionnelle, la responsabilité de cet engagement semble bien plus indécise encore, car le champ d'assujettissement repose sur une assise large renvoyant aux protagonistes sociaux liés par un accord (ou une convention). Cependant remarquons que l'article L.2241-3 Code du travail, indique que : « *l'engagement sérieux et loyal des négociations implique que la partie patronale ait communiqué aux organisations syndicales les informations nécessaires* »³⁸²⁰. Il en résulte qu'au sein des deux ressorts en question, la Loi confie bien à la partie patronale la charge d'engager les pourparlers. Après avoir déterminé sa responsabilité, il nous faut donc préciser la périodicité de l'engagement des tractations.

³⁸¹⁴Celle-ci est réservée aux entreprises ou groupes d'entreprises d'au moins trois cents salariés ou les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire.

³⁸¹⁵Articles L. 2331-1, L. 2242-2, L. 2341-1 et L. 2341-2 du Code du travail et Circulaire DGEFP-DRT n° 2005/47, 30 déc. 2005, fiche 2 (publiée JONC, 20 janvier 2006).

L'obligation de négocier sur la gestion des emplois et des parcours professionnels (GPEC) est soumise à une condition d'effectif d'ordre public. En ce sens, la négociation à ce sujet est réservée aux entreprises ou groupes d'entreprises disposant d'un effectif minimum : soit les entreprises ou groupes d'entreprises, définis au sens de la mise en œuvre du comité de groupe d'au moins 300 salariés.

³⁸¹⁶Article L2331-1 du Code du Travail (au sens de la mise en place du comité de groupe).

³⁸¹⁷Articles L2341-1 et L2341-2 du Code du Travail.

³⁸¹⁸La partie patronale ne soulève de difficulté que dans l'hypothèse d'une négociation de groupe.

³⁸¹⁹Yves CHALARON, *loc.cit.* p.338. Pour l'auteur, c'est donc à la direction générale de l'entreprise qu'il appartient de donner dans chaque cas, mandat pour négocier.

³⁸²⁰Article L.2241-3 Code du travail.

La périodicité de l'engagement de la négociation obligatoire. Il s'avère que ces éléments sont fixés par le Loi (et le règlement) mais peuvent faire l'objet d'une négociation collective³⁸²¹ et le cas échéant de la conclusion d'un accord collectif de droit commun souvent qualifié d'« *accord de méthode* »³⁸²². Celui-ci librement conclu entre les parties doit tout de même prévoir certaines dispositions obligatoires³⁸²³. Ainsi dans les entreprises assujetties à cette obligation³⁸²⁴, l'article L.2242-10 du Code du travail autorise un ou plusieurs protagonistes de l'entreprise³⁸²⁵ à solliciter l'ouverture d'une négociation au sujet d'un accord prévoyant les informations nécessaires, le calendrier, le contenu de chaque thème, la périodicité de discussions, de telle sorte qu'elles soient abordées au moins tous les quatre ans³⁸²⁶. Dans la pratique, ce type d'accord d'« *adaptation* » peut revêtir deux formes différentes. Il peut s'agir de la conclusion d'un « *accord de méthode* » (transversal) fixant les modalités des pourparlers pour tout ou partie des différents thèmes obligatoires. Mais les parties prenantes peuvent également prévoir la signature d'un accord collectif par thème fixant leurs diverses modalités et notamment leurs durées maximales³⁸²⁷. Remarquons d'abord que l'article L. 2242-11 du Code du travail indique que la durée de l'accord en question ne peut excéder une durée égale à quatre ans alors qu'un accord de droit commun peut normalement être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée, et qu'à défaut de stipulation au sujet de sa durée celle-ci est fixée

³⁸²¹ En effet, l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (JORF n°0223 du 23 septembre 2017) fait de la négociation collective obligatoire un sujet de la négociation collective.

³⁸²² Article L. 2242-11, L. 2242-10 du Code du Travail et L.2241-4 et L.2241-5 du Code du travail listent les points devant figurer au sein d'un accord d'adaptation pour une branche professionnelle.

³⁸²³ Dont le calendrier, les lieux de la négociation, les informations qui doivent être échangées ainsi que les modalités de suivis des diverses clauses.

³⁸²⁴ Article L. 2242-1 du Code du Travail.

³⁸²⁵ L'employeur ou toutes organisations syndicales représentatives dans l'entreprise.

³⁸²⁶ Article L. 2242-12 et L. 2242-15 (1^{er} thème), L. 2242-17 (2^e thème) et L. 2242-20 (3^e thème) du Code du travail. La durée maximale de ce type d'accord d'adaptation est fixée à quatre ans. Il peut s'agir d'un accord portant sur les trois thèmes de négociation obligatoire ou bien d'un accord différent pour chacun des thèmes. Remarquons que les acteurs professionnels de la branche professionnelle peuvent également se charger de définir par accord collectif la « *méthode* » applicable à la négociation au niveau de l'entreprise mais ce type d'accord ne s'impose qu'aux entreprises n'ayant pas conclu de convention ou d'accord de méthode. Soulignons enfin à ce sujet que sauf si l'accord de « *méthode* » conclu au niveau de la branche en stipule autrement, la méconnaissance de ses stipulations n'est pas de nature à entraîner la nullité des accords conclus dans l'entreprise dès lors qu'est respecté le principe de loyauté entre les parties. Il s'agit donc d'une formule très souple (voir élastique), recommandant à l'entreprise une méthode de négociation sans véritablement lui imposer.

³⁸²⁷ Article L2222-4 du Code du Travail. Pour rappel les accords de droit commun ont une durée déterminée de cinq ans. Cependant selon l'article L. 2242-12 du Code du travail un accord conclu dans l'un des domaines énumérés de la négociation obligatoire ne peut fixer la périodicité de sa renégociation que dans la limite de quatre ans.

à cinq ans³⁸²⁸³⁸²⁹³⁸³⁰. Par conséquent si la durée maximale de ce type d'accord d'adaptation est fixée à une durée maximum de quatre années³⁸³¹, les accords collectifs conclus dans le respect des prescriptions de l' « *accord de méthode* » peuvent prévoir selon les sujets une périodicité de un à cinq ans (ou de manière indéterminée)³⁸³². Remarquons ensuite que par nature l'obligation de négocier a pour principale assise sa périodicité. En effet, s'agissant d'une obligation de négocier (et non de conclure), l'injonction a pour objet principal de contraindre les protagonistes sociaux à se retrouver en fonction d'un intervalle fixé par leurs soins ou à défaut par la Loi. Concernant la négociation collective obligatoire des branches professionnelles, l'article L.2241-1 du Code du travail dispose que les organisations liées par une convention de branche (ou à défaut par des accords) se réunissent au moins une fois tous les quatre ans pour négocier une liste de cinq thèmes et une fois tous les cinq ans pour deux autres types de négociations. Il en ressort qu'en fonction des thèmes obligatoires, les protagonistes des branches professionnelles ont la possibilité de disposer de nouvelles périodicités dans les limites temporelles exposées ci-dessus. Cependant à défaut d'accord d'adaptation, le droit impose de façon supplétive des échéances différentes de retour à la négociation pour les parties. Par conséquent, elles doivent se retrouver tous les ans au sujet des salaires et tous les trois ans sur une autre série de sujets³⁸³³. Concernant les entreprises assujetties à la négociation obligatoire, si un accord de « *méthode* » a été conclu, l'employeur engage au moins une fois tous les quatre ans une négociation sur les différents thèmes

³⁸²⁸Lorsque l'accord arrive à expiration, il cesse de produire ses effets.

³⁸²⁹Antoine MAZEAUD, « Dynamique des conventions et accords collectifs à durée déterminée », Droit Social, 2016, p.508. L'accord à durée déterminée offre l'avantage d'être sécurisé pendant un temps donné, faute de dénonciation possible. Ce qui n'exclut pas l'éventualité de remises à jour périodiques par l'insertion de clauses de rendez-vous. Le faible dynamisme de la négociation collective, tiendrait au maintien d'accords anciens, tenus ainsi pour responsables des faiblesses constatées. En somme, mieux vaut le risque de vide à l'obsolescence. Et ce vide potentiel n'est là que pour inciter les partenaires sociaux à renégocier au terme de l'accord.

³⁸³⁰Michel. DESPAX, *op. cit* p.462. Selon l'auteur : « Point d'équilibre des forces sociales à un instant donné, la convention collective doit être de brève durée ».

³⁸³¹Articles L. 2242-10 et L. 2242-11 du Code du travail.

³⁸³²La Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi (JORF n°0189 du 18 août 2015). donnait la possibilité de conclure des accords dit de méthode au sujet de la négociation obligatoire. Les accords de cette nature conclus entre le 1^{er} janvier 2016 et l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (JORF n°0223 du 23 septembre 2017), pouvaient prévoir une périodicité de trois ans pour les deux premiers thèmes et cinq ans pour le troisième thème de la négociation collective obligatoire d'entreprise. Mais les accords conclus depuis l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 peuvent être d'une durée de quatre pour les deux premiers thèmes et cinq pour le troisième thème.

³⁸³³Article L. 2241-11 (sur les mesures tendant à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (et sur les mesures de rattrapage tendant à remédier aux inégalités constatées) ; L. 2241-12 (sur les conditions de travail, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, notamment pour répondre aux enjeux de la transition écologique, et sur la prise en compte des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels énumérés à l'article L. 4161-1 du Code du travail) ; L. 2241-13 (sur les mesures tendant à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés) L. 2241-14 (sur les priorités, les objectifs et les moyens de la formation professionnelle des salariés) et L. 2241-15 du Code du travail (sur les classifications).

obligatoires de la négociation collective³⁸³⁴. A défaut d'« *accord de méthode* » (ou en cas de non-respect de ses stipulations), les dispositions supplétives s'appliquent, et l'employeur engage donc chaque année une négociation sur les deux premiers ensembles thématiques de la négociation obligatoire et tous les trois ans sur la gestion des emplois et des parcours professionnels³⁸³⁵. En définitive, l'obligation d'ouvrir les pourparlers étant une disposition d'ordre public³⁸³⁶ incombant à l'employeur, même en cas de conclusion d'un accord d'adaptation, cette tâche reste à sa charge selon la périodicité fixée par cet accord. En tout état de cause, quelle que soit la durée d'existence de l'accord collectif fixée par les parties prenantes, une négociation doit tout de même s'engager sur l'objet de cette accord selon la fréquence fixée par l'accord d'« *adaptation* » ou à défaut selon la périodicité fixée par les dispositions supplétives.

Obligation périodique de négocier et nature de l'accord collectif à durée déterminée. Au-delà de ces considérations techniques, notons que la précarité de la durée de l'accord de droit commun ne constitue pas un détail mais modifie également sa nature de manière essentielle. En effet, la promotion légale de l'accord collectif à durée déterminée inaugure une nouvelle approche par laquelle l'absence d'accord collectif d'entreprise ne constitue pas un risque mais une nouvelle opportunité permettant l'ouverture de nouvelle négociation. Par ailleurs, la négociation collective se chargeant de l'organisation et du fonctionnement de l'entreprise, l'obsolescence de l'accord collectif conclu se trouve en lien direct avec les diverses mutations qu'elle peut subir. De cette façon, il s'agit d'encourager une certaine fluidité conventionnelle et de « *rénewer* » la nature de la fonction d'adaptation de la négociation collective d'entreprise. Si ce ressort ne se trouve plus dans l'obligation de s'adapter aux modifications du tissu légal et conventionnel, il doit se maintenir en adéquation avec l'environnement économique et institutionnel de l'entreprise. Ensuite, en optant pour une représentativité prouvée et ascendante, fondée essentiellement sur l'audience électorale, le système des relations professionnelles se devait d'envisager l'hypothèse de la perte du caractère représentatif par un

³⁸³⁴Article L. 2242-1 et L.2242-2 du Code du travail.

³⁸³⁵Article L. 2242-1, L.2242-2 et L. 2242-13 du Code du travail. Au sujet de la périodicité des négociations obligatoires, à défaut de précision d'un accord d'adaptation à ce sujet, l'employeur doit engager annuellement les négociations sur les deux termes prévus à l'article L2242-1 du Code du travail et tous les trois ans pour ceux fixés par l'article L2242-13 du Code du travail.

³⁸³⁶Articles L. 2242-1 et L. 2242-2 du Code du travail.

syndicat signataire de l'accord collectif³⁸³⁷³⁸³⁸. Il y aurait donc un lien indéfectible entre la périodicité des négociations et l'ajustement de la durée des accords sur cette même périodicité correspondant également à celle du cycle électoral de droit commun³⁸³⁹. La conclusion d'un accord collectif correspondant à un point d'équilibre social³⁸⁴⁰ à une conjoncture économique, deux éléments par essence précaires, le compromis doit donc être régulièrement renouvelé. Il en ressort que l'accord collectif d'entreprise revêt désormais une nature plus précaire que par le passé se mariant avec cette obligation, périodique de négocier.

Les modalités d'exécution de l'obligation de négocier. Au sujet de la périodicité, le droit précise également les modalités d'engagement de ces négociations obligatoires. En effet, le point de départ du délai pour engager de nouvelles négociations est la : « *date du début de la dernière négociation* » soit la date de convocation à la première réunion³⁸⁴¹ du précédent cycle de pourparlers. Il revient donc à l'employeur d'engager le procédé à l'expiration du délai fixé. Toutefois si l'employeur est défaillant (à défaut d'une initiative de négociation depuis plus de douze mois)³⁸⁴², une organisation syndicale représentative peut demander que soient engagés les pourparlers en question³⁸⁴³. L'employeur destinataire d'une demande syndicale doit la transmettre aux autres organisations syndicales représentatives dans l'entreprise³⁸⁴⁴ et adresser une convocation au sujet de la première réunion de négociation à l'ensemble des

³⁸³⁷Paul-Henri ANTONMATTEI et Laurianne ENJORLAS, *loc.cit.* p.264. Jusqu'à la fin du cycle électoral au cours duquel la convention ou l'accord est conclu, l'engagement de la procédure de révision est réservé à une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord et signataires ou adhérentes de la convention ou de l'accord.

³⁸³⁸Le maintien de l'accord collectif en cas de perte des parties signataires constitue une démonstration de la dimension normative prenant le pas sur la dimension contractuelle de l'accord.

³⁸³⁹L'accord collectif à durée déterminée offre l'avantage d'être sécurisé pendant un temps donné, faute de dénonciation possible mais l'idée selon laquelle la précarisation des accords collectifs stimule la négociation est critiquable. En effet, par le passé, l'obligation périodique de la négociation ne semble pas avoir encouragé la précarité des accords collectifs.

³⁸⁴⁰Michel. DESPAX, *op. cit.* p.462.

³⁸⁴¹Circulaire DRT n°86-16 du 23 décembre 1986. Le point de départ du délai pour engager la négociation est la « *date du début de la dernière négociation* », soit la date de convocation à la première réunion.

³⁸⁴²Trente-six mois concernant le thème de la Gestion des Emplois et des Parcours Professionnels (GPEC).

³⁸⁴³Article L.2242-13 du Code du Travail. La demande de négociation formulée par l'organisation syndicale est transmise dans les huit jours par l'employeur aux autres organisations représentatives. Dans un délai de 15 jours suivant la réception de cette demande, l'employeur doit convoquer les parties à la négociation.

³⁸⁴⁴Il est à noter que cet article L2242-13 du Code du Travail est une disposition supplétive qui ne s'applique donc qu'à défaut d'accord de méthode en matière de négociation obligatoire.

intéressés³⁸⁴⁵³⁸⁴⁶³⁸⁴⁷. Par la suite le déroulement et l'organisation de la première réunion doit également tenir compte de l'existence ou de l'absence d'un « *accord de méthode* » en la matière. En effet, en cas d'absence d'accord d'adaptation, l'article L.2242-14 du Code du travail indique les dispositions supplétives, et stipule que lors de la première réunion sont précisés le lieu et le calendrier des réunions. A la date de cette première réunion, l'employeur doit remettre les informations nécessaires sur les thèmes prévus par la négociation qui s'engage aux délégués syndicaux et aux salariés composant la délégation. Sauf exceptions, prévues par le Code du travail, la nature des informations à remettre est généralement déterminée par les participants. La première réunion apparaît donc comme un préliminaire à la négociation collective qui doit au moins être suivi d'une seconde réunion, celle-ci constituant le point de départ des discussions effectives³⁸⁴⁸. Une fois convenu de l'aménagement de la périodicité et des modalités des pourparlers, les parties prenantes peuvent également envisager de regrouper certains points de la négociation obligatoire.

Le champ de matériel de la négociation collective obligatoire. Comme nous le savons il n'existe donc pas une obligation générale de négocier couvrant le champ matériel de la négociation mais bien une myriade d'obligations dont la somme couvre bien un spectre important du droit du travail. En effet, le droit du travail détermine une liste de compétences matérielles d'une grande précision qu'il nous reste à présenter et qui constituent autant de sujets de négociations obligatoires. Ainsi au sein du ressort de la branche professionnelle à défaut d'accord de « *méthode* »³⁸⁴⁹, les organisations assujetties engagent³⁸⁵⁰ obligatoirement une négociation collective sur les cinq points suivants: les salaires; les mesures tendant à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (et sur les mesures de rattrapage

³⁸⁴⁵ Précisions que les dispositions rappelées ci-dessus découlent de l'article L2242-13 du Code du Travail disposant de modalités supplétives. Par conséquent elles ne s'appliquent donc qu'à défaut d'accord de méthode mais également en cas de non de respect des dispositions de ce dernier accord.

³⁸⁴⁶ Articles L. 2232-16 et L. 2242-1 et 2 du Code du travail. La convocation est envoyée à chaque organisation syndicale représentative ayant un délégué syndical. A défaut il pourrait s'agir d'une discrimination qui pourrait éventuellement le cas échéant entraîner l'annulation de l'accord collectif.

³⁸⁴⁷ Cour de cassation, Chambre sociale, du 13 juillet 1988, n°86-16302, du 17 septembre 2003, n°01-10706, 1^{er} juin 1994, n°92-18896 et du 8 juillet 2009, n°08-41.507. La convocation est envoyée à chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise, ou l'établissement le cas échéant, peu importe que le syndicat n'ait plus de délégué syndical au niveau de négociation considéré. L'absence de preuve de convocation d'une organisation syndicale qui serait néanmoins venue à la négociation n'entraîne pas l'annulation de l'accord.

³⁸⁴⁸ Cependant, il n'existe pas de convocation obligatoire à cette seconde réunion car les participants doivent se référer au calendrier défini par leurs soins lors de la première réunion.

³⁸⁴⁹ Article L. 2241-5 du Code du travail.

³⁸⁵⁰ Articles L. 2241-1 et L. 2241-2 du Code du travail.

tendant à remédier aux inégalités constatées)³⁸⁵¹ ainsi que sur la mise à disposition d'outils aux entreprises pour prévenir et agir contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes; les conditions de travail, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, et sur la prise en compte des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels³⁸⁵²; les mesures tendant à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés; les priorités, les objectifs et les moyens de la formation professionnelle des salariés. De plus, au moins une fois tous les cinq ans elles négocient de la « *nécessité de réviser les classifications* », en prenant en compte l'objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et de mixité des emplois. Elles peuvent également négocier de la mise en place d'un (ou plusieurs) plan d'épargne interentreprises ou plan d'épargne pour la retraite d'entreprise collectifs interentreprises, lorsqu'il n'existe aucun accord conclu à ce niveau en la matière. Enfin, selon des conditions d'assujettissement spécifiques déjà présentées plus haut, certaines branches professionnelles doivent également négocier sur le thème du temps partiel sans que la Loi ne précise de périodicité à ce sujet. Par ailleurs au sein du ressort de l'entreprise, la Loi n°2015-994 du 17 août 2015³⁸⁵³ a procédé au regroupement en trois ensembles (thèmes) ordonnant ainsi les diverses obligations éparées de négocier³⁸⁵⁴. Le but de cette démarche est de faire tomber les « *cloisons* » entre les différents sujets de négociation mais le spectre du champ de ces injonctions reste malgré tout extrêmement large. Si en apparence, les sujets des négociations obligatoires d'entreprise sont donc regroupés au sein de « *seulement* » trois grands groupes thématiques³⁸⁵⁵, il résulte de la combinaison des dispositions d'ordre public et des modalités de l'éventuel « *accord de méthode* », que l'employeur doit malgré tout engager une négociation sur les vingt-quatre points ci-dessous. Au-delà des apparences, la présentation par l'énumération de l'ensemble des points de cette liste a pour finalité de démontrer que par son ampleur et son détail, le champ de la négociation collective obligatoire recoupe une très grande partie de celui de la liberté contractuelle. De plus, la Loi et le règlement ne se contentent pas de déterminer (à défaut d'accord d'adaptation) un certain nombre de sujets de pourparlers, ils assortissent ces derniers d'un certain nombre de contraintes et de modalités. Ainsi, l'article L.

³⁸⁵¹ Sur les mesures destinées à faciliter la conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle des salariés proches aidants.

³⁸⁵² Article L. 4161-1 du Code du travail.

³⁸⁵³ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi (JORF n°0189 du 18 août 2015).

³⁸⁵⁴ Selon un 1^{er} ensemble : les dispositions concernant la négociation sur la rémunération, notamment les salaires effectifs, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise. Selon un second ensemble : les dispositions supplétives concernant la négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail (huit thèmes). Selon un troisième ensemble : les dispositions concernant la négociation sur la Gestion des Emplois et des Parcours Professionnels (GPEC) (six thèmes obligatoires et six thèmes facultatifs).

³⁸⁵⁵ Article L2242-1 Code du travail.

2242-1 du Code du travail précise tout d'abord deux ensembles de thèmes, puis l'article L2242-2 du Code du travail détermine un troisième groupe plus spécifique. Ces trois listes de sujets ont valeur d'ordre public et doivent faire l'objet d'une négociation obligatoire.

L'obligation de négocier sur les salaires effectifs, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée. Le premier groupe rassemble donc les points relatifs à la rémunération notamment sur les salaires effectifs, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée³⁸⁵⁶. Commençons par le sujet de la rémunération commun à la négociation obligatoire de branche et d'entreprise recevant un certain nombre de précisions³⁸⁵⁷. Dans le champ de la branche professionnelle, les dispositions légales supplétives encadrant cette négociation obligatoire, ont pour particularité de bien plus se concentrer sur la méthode que sur le contenu des discussions. En effet, l'article L.2241-9 du Code du travail indique que les protagonistes doivent annuellement examiner l'évolution économique, la situation de l'emploi dans la branche professionnelle, son évolution et les prévisions annuelles (ou pluriannuelles) établies, notamment pour ce qui concerne les contrats de travail à durée déterminée et les missions de travail temporaire³⁸⁵⁸ ainsi que l'évolution des salaires effectifs moyens par catégories professionnelles et par sexe, au regard, le cas échéant, des salaires minima hiérarchiques. De plus, l'article L.2241-10 du Code du travail précise un seuil d'alerte devant déclencher une négociation obligatoire. Ainsi, lorsque le salaire minimum national professionnel des salariés sans qualification³⁸⁵⁹ est inférieur au salaire minimum interprofessionnel de croissance, les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels se réunissent pour négocier sur les salaires³⁸⁶⁰. Concernant les pourparlers au sujet des rémunérations au sein de l'entreprise, la négociation obligatoire doit s'intéresser aux salaires effectifs perçus par l'ensemble des

³⁸⁵⁶Les salaires effectifs, la durée effective et l'organisation du temps de travail dont la mise en place du temps partiel, intéressement, participation, épargne salariale et le suivi de la mise en œuvre des mesures visant à supprimer les écarts de rémunération et les différences de déroulement de carrière entre les femmes et les hommes.

³⁸⁵⁷Il est ainsi indiqué qu'à défaut d'accord d'adaptation conclu au niveau de la branche professionnelle, les organisations représentatives de ce ressort se réunissent, au moins une fois par an, pour négocier sur ce thème. Ces négociations prennent en compte l'objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, ainsi que les mesures permettant de l'atteindre.

³⁸⁵⁸Les actions éventuelles de prévention envisagées (compte tenu de ces prévisions).

³⁸⁵⁹Au sens du 4° du II de l'article L. 2261-22 du Code du travail.

³⁸⁶⁰A défaut d'initiative de la partie patronale dans les trois mois, la négociation s'engage dans les quinze jours suivant la demande d'une organisation syndicale de salariés représentative. Ainsi en l'absence d'accord (ou de transmission d'un procès-verbal de désaccord) la Loi prévoit la réunion d'une commission mixte sous la présidence d'un représentant du ministère du travail. Par ailleurs les articles 2241-17 et 18 du Code du travail disposent également d'un certain nombre de dispositions spécifiques concernant la négociation collective obligatoire concernant les écarts de rémunération entre femmes et hommes (au sein de la branche professionnelle).

salariés³⁸⁶¹³⁸⁶². Cette notion a donc une dimension collective bien que d'après l'administration du travail, l'enveloppe consacrée aux augmentations individuelles peut être intégrée dans le cadre de la négociation obligatoire³⁸⁶³. De plus, la négociation collective relative à la rémunération au sein de l'entreprise fait l'objet d'une règle d'ordre public exigeant que les protagonistes fixent les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes³⁸⁶⁴. Ce dernier sujet chevauchant deux « *blocs* » thématiques de négociation obligatoires, en cas d'échec des pourparlers portant sur le thème de l'égalité professionnelle³⁸⁶⁵, l'employeur doit tout de même engager de « *nouvelles* » tractations sur ce point particulier³⁸⁶⁶ dans le cadre des discussions sur les salaires³⁸⁶⁷. Toujours au sujet de ce premier groupe thématique, les articles L. 2242-13 et L.2242-15 du Code du travail précisent les dispositions supplétives et indiquent qu'à défaut d'« *accord de méthode* » relatif à la négociation obligatoire³⁸⁶⁸ (ou en cas de non-respect de ses stipulations conventionnelles), l'employeur doit également engager au sein de l'entreprise des pourparlers annuels concernant le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise ainsi que sur les différents sujets précis

³⁸⁶¹Cour de cassation, Chambre criminelle, du 28 mars 1995, 28 mars 1995.

³⁸⁶²Selon l'administration, cette dernière notion correspond aux salaires bruts, par catégorie professionnelle, incluant les primes et les avantages en nature lorsque ceux-ci résultent de l'application d'une convention ou d'un accord collectif.

³⁸⁶³La Circulaire du 5 mai 1983 relative à l'application de la Loi n°82957 du 13 novembre 1982 (publiée JONC, 3 juillet 1983) et la Circulaire. DRT n° 15 du 25 octobre 1983 (publiée JONC, 10 janv. 1984). En outre, la fraction individuelle des augmentations de rémunération doit être prise en compte dans son incidence globale sur l'évolution de la masse salariale.

³⁸⁶⁴Articles L. 2242-1, L. 2242-3, L. 2242-4, L. 2242-5 et L. 2242-6 du Code du travail. L'accord collectif sur les salaires effectifs ne peut être déposé auprès de l'administration qu'accompagné du procès-verbal d'ouverture des négociations portant sur les écarts de rémunérations entre les femmes et les hommes, consignait les propositions respectives des parties. Ce procès-verbal atteste que l'employeur a engagé sérieusement et loyalement les négociations.

³⁸⁶⁵L'employeur prévoit seul un plan d'action à ce sujet.

³⁸⁶⁶Les écarts de rémunération en matière d'égalité professionnelle.

³⁸⁶⁷Articles L. 1142-7 à L. 1142-10 du Code du travail. La Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel (JORF du 6 septembre 2018). Enfin en matière d'écart de salaires entre les genres, la Loi dispose de plusieurs obligations supplémentaires, contraignant notamment les entreprises employant plus de cinquante salariés (assujetties ou non à l'obligation de négociation) à publier annuellement leur note globale en matière d'écarts de salaires. Lorsque le résultat global de l'entreprise est inférieur au chiffre requis, les entreprises doivent négocier sur les mesures de réduction des écarts en question. A défaut de mesures négociées, il appartient à l'employeur de déterminer les mesures appropriées après consultation du comité social et économique.

³⁸⁶⁸Article L. 2242-11 du Code du Travail.

suivants³⁸⁶⁹³⁸⁷⁰³⁸⁷¹. En fait, toute question portant sur la durée ou l'organisation du temps de travail peuvent entrer dans le champ de cette négociation obligatoire³⁸⁷². Il en va ainsi bien entendu pour des sujets tels que la fixation de la journée de solidarité³⁸⁷³, des différents jours de ponts, le nombre et les modalités des jours de repos (ou réduction du temps de travail)³⁸⁷⁴ la répartition des jours fériés sur l'année, ou les jours de fermeture de l'entreprise pour congés payés³⁸⁷⁵ mais également des négociations plus complexes tels la mise en œuvre de conventions de forfait, ou l'aménagement de la durée du travail au-delà de la semaine ou encore le remplacement de tout ou partie du paiement des heures supplémentaires par du repos. Il découle également de l'examen de ce premier ensemble de sujets obligatoires, que la négociation collective doit s'intéresser au partage de la valeur ajoutée, et donc engager des pourparlers concernant l'intéressement, la participation et l'épargne salariale mais seulement sous réserve que l'un ou l'autre de ces dispositifs ne soit pas déjà en place par accord d'entreprise (ou accord de branche professionnelle)³⁸⁷⁶. Remarquons qu'il s'agit de nouveau d'un élément matériel commun à la négociation collective obligatoire dans le ressort de l'entreprise et de la branche professionnelle³⁸⁷⁷, mais que la relation de ces deux négociations différentes semble bien articulée, car selon l'article L.2241-16 du Code du travail les organisations liées par une convention de branche³⁸⁷⁸ se réunissent, une fois tous les cinq ans, pour engager une négociation sur ces différents sujets³⁸⁷⁹, lorsqu'il n'existe aucun accord conclu à ce niveau en la matière. En ce qui concerne la négociation collective d'entreprise relative à ces mêmes sujets³⁸⁸⁰, il n'y a lieu de négocier qu'à défaut d'accord d'entreprise ou d'accord de branche

³⁸⁶⁹Cour de cassation, Chambre criminelle, du 28 mars 1995, n°92-80.694.

³⁸⁷⁰Articles L. 3334-1 à L. 3334-13 du Code du Travail. Il n'y a lieu de négocier sur ce point qu'à défaut d'accord d'intéressement, d'accord de participation, de plan d'épargne d'entreprise, de plan d'épargne pour la mise à la retraite collectif ou d'accord de branche comportant un ou plusieurs de ces dispositifs. S'il y a lieu, la négociation porte également sur l'affectation d'une partie des sommes collectées dans le cadre du plan d'épargne pour la retraite collective et sur l'acquisition de parts de fonds investis dans les entreprises solidaires.

³⁸⁷¹Article L2242-3 du Code du Travail. La négociation annuelle doit porter sur le suivi des mesures visant à supprimer les écarts de rémunérations et les différences de déroulements de carrières entre les hommes et les femmes.

³⁸⁷²Ainsi concernant le sujet relatif à la durée effective et l'organisation du temps de travail dans l'entreprise, la négociation doit s'intéresser notamment à la mise en place du travail à temps partiel ; mais peut également porter sur la réduction du temps de travail (ou son augmentation), voir sur les temps de repos ou les heures supplémentaires.

³⁸⁷³Article L. 3133-11 du Code du travail.

³⁸⁷⁴Article L. 3121-44 du Code du travail.

³⁸⁷⁵Articles L. 2242-1, L. 2242-11 et L. 2242-15 du Code du travail.

³⁸⁷⁶La négociation porte également sur l'acquisition des parts de fonds investis dans les entreprises solidaires dans le cadre du PERCO.

³⁸⁷⁷Articles L 2242-16 du Code du travail.

³⁸⁷⁸Ou, à défaut, par des accords professionnels.

³⁸⁷⁹L'institution d'un ou plusieurs plans d'épargne interentreprises ou plans d'épargne pour la retraite d'entreprise collectifs interentreprises.

³⁸⁸⁰À l'intéressement, la participation et l'épargne salariale.

professionnelle comportant un ou plusieurs de ces dispositifs³⁸⁸¹³⁸⁸². Il en ressort qu'à l'inverse des autres sujets de la négociation obligatoire, il ne s'agit pas d'un sujet « *récurrent* », car en cas d'existence d'un accord collectif conclu selon les modalités de droit commun, supplétives ou alternatives, cette obligation disparaît³⁸⁸³.

L'obligation de négocier l'égalité professionnelle et la qualité de vie et des conditions au travail. Le second grand ensemble thématique des négociations obligatoires est relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (portant notamment sur les mesures visant à supprimer les écarts de rémunérations) et la qualité de vie et des conditions au travail³⁸⁸⁴. Au sein du ressort de l'entreprise, cet ensemble regroupe donc sept points. En premier lieu, la négociation doit s'intéresser à l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle des salariés ; puis en second lieu fixer les objectifs et les mesures permettant d'atteindre l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ; en troisième lieu, porter sur les mesures permettant de lutter contre toute discrimination en matière de recrutement, d'emploi et d'accès à la formation professionnelle. Le Code du travail fixe également un quatrième point de négociation concernant les mesures relatives à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés³⁸⁸⁵. Par la suite la négociation collective doit s'engager sur un cinquième point concernant les mesures relatives à un régime de prévoyance et un régime de complémentaire santé³⁸⁸⁶. En sixième lieu, celle-ci doit également

³⁸⁸¹ Article L. 3334-1 et suivants du Code du Travail au sujet des accords collectifs d'intéressement, de participation, de plan d'épargne d'entreprise, de plan d'épargne pour la mise à la retraite collective, de plan d'épargne pour la mise à la retraite collective. Ces différents dispositifs peuvent être mis en place par divers moyens (accords collectifs de droit ou accord avec le comité social et économique ou projet d'accord soumis à une ratification directe des salariés) mais que la négociation obligatoire n'a pas vocation à se substituer à ces modalités de mise en œuvre.

³⁸⁸² Article L. 3334-13 du Code du Travail. S'il y a eu une négociation collective sur l'acquisition de parts de fonds investis dans les entreprises solidaires.

³⁸⁸³ Loi n° 2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale (JORF n°43 du 20 février 2001). Cette interprétation est confirmée par la présentation qui en a été faite lors de l'exposé des motifs de la Loi n° 2001-152 du 19 février 2001 : inclure l'obligation d'engager une négociation annuelle sur ce sujet visait à « *favoriser le développement de l'épargne salariale en direction des salariés qui n'en bénéficient pas aujourd'hui* ».

³⁸⁸⁴ Articulation vie personnelle et vie professionnelle, égalité professionnelle, lutte contre la discrimination, emploi des travailleurs handicapés, pénibilité, régime de prévoyance, droit d'expression, pénibilité, droit à la déconnexion.

³⁸⁸⁵ Articles L.2242-18, L. 5212-1 et suivants du Code du Travail. Cette négociation se base sur le rapport établi par l'employeur et présentant la situation de l'entreprise par rapport à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés. Elle doit notamment porter sur les conditions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, les conditions de travail et d'emploi et les actions de sensibilisation de l'ensemble du personnel au handicap.

³⁸⁸⁶ Cette négociation est relative aux modalités de définition d'un régime de prévoyance et, dans des conditions au moins aussi favorables que celles prévues à l'article L. 911-7 du Code de la sécurité sociale, d'un régime de remboursements complémentaires de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident, à défaut de couverture par un accord de branche ou un accord d'entreprise.

se pencher sur les mesures relatives au droit d'expression directe et collective des salariés et notamment au moyen des outils numériques disponibles dans l'entreprise³⁸⁸⁷. Toutefois, cette obligation n'est effective qu'à condition qu'il n'existe pas d'accord collectif à ce sujet dans l'entreprise³⁸⁸⁸. Enfin, la négociation collective doit aborder un septième point concernant les mesures relatives au droit à la déconnexion³⁸⁸⁹³⁸⁹⁰. Ce second ensemble de la négociation collective obligatoire semble donc dominé par le sujet de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, tant les obligations en la matière sont affirmées (voir répétées) et précisées. Au sein de l'entreprise, cette négociation s'effectue notamment par le biais d'objectifs concernant l'ensemble du sujet³⁸⁹¹. Elle doit s'appuyer sur les données mentionnées au sein du diagnostic de la situation comparée des femmes et des hommes³⁸⁹² désormais inclus dans la base de données économique, sociale et environnementale³⁸⁹³. Il en résulte que la Loi dirige étroitement l'« *autonomie collective* » puisque l'accord conclu à ce sujet doit fixer des actions et des objectifs de progressions concernant plusieurs domaines d'actions listés³⁸⁹⁴.

L'amplitude du deuxième ensemble de thèmes obligatoires de la branche professionnelle.

Rappelons que par ailleurs, au sein de la branche professionnelle, les organisations assujetties se réunissent également pour négocier tous les trois ans sur les mesures tendant à assurer

³⁸⁸⁷Plus précisément l'article L. 2281-6 du Code du travail précise que lorsqu'un accord sur le droit d'expression existe, l'employeur provoque une réunion, au moins une fois tous les trois ans, avec les organisations syndicales représentatives en vue d'examiner les résultats de cet accord et engage sa renégociation à la demande d'une organisation syndicale représentative.

³⁸⁸⁸L'article L. 2281-10 du Code du travail précise les cinq points devant figurer au sein de l'accord à ce sujet.

³⁸⁸⁹L'article L2242-17 du Code du travail dispose que cette négociation doit envisager les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité social et économique.

³⁸⁹⁰Enfin l'article L. 2242-19 du Code du Travail ajoute un huitième point à ce second ensemble de thème de négociation disposant que la négociation doit porter sur la prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels prévue à l'article L. 4161-1 du code du travail.

³⁸⁹¹En matière de suppression des écarts de rémunération, mais également d'accès à l'emploi, de formation professionnelle, de déroulement de carrière et de promotion professionnelle, de conditions de travail et d'emploi, en particulier pour les salariés à temps partiel, et de mixité des emplois.

³⁸⁹²Article de L. 2312-3- 2° du Code du travail.

³⁸⁹³Article L. 241-3-1 du code de la sécurité sociale. Cette négociation doit porter également sur la possibilité pour les salariés à temps partiel de maintenir l'assiette des cotisations d'assurances vieillesse à la hauteur d'un travail à temps plein (et sur les conditions dans lesquelles l'employeur peut prendre en charge tout ou partie du supplément de cotisations).

³⁸⁹⁴Articles R. 2242-2 et R. 2242-2-1 du Code du travail. Les objectifs et les actions doivent être accompagnés d'indicateurs chiffrés. Les domaines d'actions sont les suivants : embauche ; formation ; promotion professionnelle ; qualification ; classification ; conditions de travail ; sécurité et santé au travail ; rémunération effective et articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale. Au moins trois domaines d'actions listés pour les entreprises de moins de trois cents salariés et sur au moins quatre domaines pour les entreprises comptant plus de trois cents salariés. De plus, soulignons que la rémunération effective doit être obligatoirement comprise dans les domaines d'actions retenus par l'accord collectif.

l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et sur les mesures de rattrapage tendant à remédier aux inégalités constatées³⁸⁹⁵. La négociation de branche triennale sur l'égalité professionnelle porte sur des sujets de nature comparable à ceux de l'entreprise³⁸⁹⁶ et se déroule également à partir d'un rapport présentant la situation comparée des femmes et des hommes³⁸⁹⁷. Elle s'appuie aussi sur des indicateurs pertinents, reposant sur des éléments chiffrés, pour chaque secteur d'activité³⁸⁹⁸. Il s'avère que les deux négociations collectives obligatoires au sein de ces deux ressorts se cumulent sans bien se coordonner. Le deuxième ensemble de thème de la négociation obligatoire est relativement large car au-delà de l'égalité professionnelle qui relève de l'ordre public, à défaut d'accord d'adaptation les protagonistes sociaux doivent également négocier sur une vaste série de sujets³⁸⁹⁹. Ainsi les acteurs de la branche professionnelle se réunissent pour négocier, tous les trois ans, sur les mesures tendant à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés³⁹⁰⁰. Ils doivent également négocier selon la même périodicité sur les priorités, les objectifs et les moyens de la formation professionnelle des salariés³⁹⁰¹. La négociation triennale en matière de formation professionnelle et d'apprentissage porte notamment sur³⁹⁰² dix-neuf points³⁹⁰³. Ils doivent également négocier selon la même périodicité sur les priorités, les objectifs et les moyens de la formation professionnelle des salariés³⁹⁰⁴. Mais les protagonistes sociaux de l'entreprise sont également censés aborder certaines modalités relatives aux contrats de travail

³⁸⁹⁵Article L. 2241-11 du Code du travail. La mise en œuvre de ces mesures de rattrapage, lorsqu'elles portent sur des mesures salariales, est suivie dans le cadre de la négociation obligatoire sur les salaires prévus à l'article L. 2241-8 du code du travail.

³⁸⁹⁶Notamment sur les conditions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, de travail (notamment celles des salariés à temps partiel).

³⁸⁹⁷Article D. 2241-2 dans les domaines mentionnés aux 1° et 2° de l'article L. 2241-11 du Code du travail

³⁸⁹⁸Un diagnostic des écarts éventuels de rémunération est établi sur la base de ce rapport.

³⁸⁹⁹Selon les dispositions supplétives prévues à l'article L. 2242-17 du Code du travail.

³⁹⁰⁰Article L. 2241-13 du Code du travail. La négociation porte notamment sur les conditions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle ainsi que sur les conditions de travail, d'emploi et de maintien dans l'emploi.

³⁹⁰¹Article L. 2241-14 du Code du travail. Cette négociation porte notamment sur l'égal accès à la formation des salariés selon leur catégorie professionnelle et la taille de leur entreprise, les abondements supplémentaires du compte personnel de formation, la validation des acquis de l'expérience, l'accès aux certifications, le développement du tutorat et la valorisation de la fonction de tuteur ou de maître d'apprentissage, en particulier les actions aidant à l'exercer et les conditions de son exercice par des salariés âgés de plus de cinquante-cinq ans.

³⁹⁰²Article R. 2241-4 du Code du travail.

³⁹⁰³Dont la reconnaissance des qualifications acquises du fait d'actions de formation ou de la validation des acquis de l'expérience ; les moyens reconnus aux délégués syndicaux et aux membres des comités sociaux et économiques pour l'accomplissement de leur mission dans le domaine de la formation ou encore les conditions d'emploi des jeunes et des apprentis.

³⁹⁰⁴Article L. 2241-14 et L. 2242-17 du Code du travail, concernant la négociation collective obligatoire relative à l'articulation entre les vies personnelle et professionnelle celle-ci peut par exemple se matérialiser par des pourparlers relatifs au télétravail ou bien les conditions d'exercice de la parentalité (amélioration des conditions du congé parental pour les femmes et les hommes, du temps partiel pour lesquels le maintien des cotisations d'assurance vieillesse et des retraites complémentaires peut être discuté).

à temps partiel³⁹⁰⁵ afin de rapprocher ce type d'emploi des conditions de droit commun. De plus, ils doivent se pencher sur les mesures permettant de lutter contre toute discrimination en matière de recrutement, d'emploi et d'accès à la formation professionnelle³⁹⁰⁶ et mettre en place des mesures particulièrement relatives à l'insertion professionnelles et au maintien des travailleurs handicapés³⁹⁰⁷. Par ailleurs ils doivent également se réunir afin de fixer les modalités d'un régime de prévoyance³⁹⁰⁸. Ils doivent en faire de même au sujet du droit d'exercice d'expression directe et collective des salariés, au moyen des outils numériques disponibles dans l'entreprise ainsi que du plein exercice de leur droit à la déconnexion³⁹⁰⁹. Enfin dans les entreprises employant au moins cinquante salariés travaillant sur plusieurs sites, l'employeur doit engager une négociation collective visant à améliorer les mobilités entre le lieu de résidence et le lieu de travail³⁹¹⁰. A l'instar de la mobilité de nombreux sujets intègrent le deuxième « *bloc* » mais peuvent également faire partie directement ou indirectement partie du troisième « *groupe* » que nous allons désormais examiner.

L'obligation de négocier des emplois et des parcours professionnels. Ainsi dans les entreprises assujetties, l'ordre public ajoute un troisième groupe relatif à la négociation de la gestion des emplois et des parcours professionnels (GPEC)³⁹¹¹. Il s'agit d'un thème générique de

³⁹⁰⁵Le maintien, pour les salariés à temps partiel, des cotisations d'assurance vieillesse à hauteur d'un temps plein et des conditions dans lesquelles l'employeur peut prendre en charge tout ou partie de ce supplément de cotisations.

³⁹⁰⁶Article L. 1131-2 du Code du travail. Les entreprises de 300 salariés et plus et celles spécialisées dans le recrutement doivent assurer une formation à la non-discrimination à l'embauche au moins une fois tous les 5 ans aux salariés chargés du recrutement.

³⁹⁰⁷Les mesures relatives à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés, notamment les conditions d'accès à l'emploi, à la formation professionnelle et à la promotion professionnelle, les conditions de travail et d'emploi et les actions de sensibilisation de l'ensemble du personnel au handicap.

³⁹⁰⁸Articles L. 911-7 et D. 911-1 Code de la Sécurité Sociale et les articles L. 2242-17 à L. 2242-19 du Code du travail. Ils définissent les modalités d'un régime de prévoyance (risques lourds tels que l'invalidité, l'inaptitude et le décès) et, le cas échéant, d'un régime de remboursement complémentaire de frais de santé. Cette négociation n'est obligatoire qu'à défaut d'accord de branche ou d'entreprise portant sur ces questions. Depuis le 1^{er} janvier 2016, toutes les entreprises sont tenues de négocier une couverture collective obligatoire relative aux frais de santé (« *panier de soins minima* »).

³⁹⁰⁹Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut, l'employeur établit une charte, après avis du comité social et économique.

³⁹¹⁰Articles L. 2247-17, L. 3261-3 et L. 32613-1 du Code du travail. Au sujet des mobilités des salariés, les dispositions supplétives concernent uniquement dans les entreprises de cinquante salariés et plus, et dans lesquelles au moins 50 salariés sont employés sur le même site. Les mesures envisagées portent sur l'amélioration de la mobilité des salariés entre leur lieu de résidence habituelle et leur lieu de travail. A défaut d'accord comportant l'une ou l'autre de ces mesures, les entreprises doivent élaborer un plan « *de mobilité employeur* ».

³⁹¹¹Articles L. 2242-2 et suivants du Code du travail. La négociation au sujet de la Gestion Prévisionnelle des Emplois et des Compétences, mobilité professionnelle et géographique, formation professionnelle, compétences et qualifications, précarité et temps partiel, recours à la sous traitance, déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales).est obligatoire au moins tous les trois ans dans les entreprises d'au moins trois cents salariés et groupes d'entreprises de dimension communautaire comprenant au moins une entreprise ou un établissement de cent cinquante salariés en France.

pour parler concernant des orientations stratégiques relevant à la fois de la branche professionnelle³⁹¹² et de l'entreprise, mais s'articulant en fonction de ces différents ressorts par le truchement du seuil d'assujettissement³⁹¹³. Ainsi, les entreprises de dimensions inférieures non assujetties à cette négociation obligatoire bénéficient éventuellement des divers accords et conventions négociés au niveau de la branche professionnelle³⁹¹⁴. Néanmoins, il s'avère que ce troisième « *bloc* » de sujets fait l'objet d'une particularité qui mérite d'être soulignée. En effet, à défaut d'accord d'adaptation, l'article L.2242-20 du Code du travail fixe une série de six sujets obligatoires³⁹¹⁵, mais l'article L.2242-21 du Code du travail « *ajoute* » une seconde liste de six nouveaux sujets « *facultatifs* ». Ainsi, la négociation peut envisager divers dispositifs de gestion des emplois et des parcours professionnels et mesures d'accompagnement auxquels peuvent être associées des moyens en matière de formation, d'abondement du compte personnel de formation, de validation des acquis de l'expérience, de bilan de compétences. Mais il s'agit également de négocier des dispositions relatives à la mobilité professionnelle³⁹¹⁶, les grandes orientations à trois ans de la formation professionnelle dans l'entreprise et les objectifs du plan

³⁹¹² Article L. 2241-12 du Code du travail. Les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels se réunissent, au moins une fois tous les trois ans, pour négocier sur les conditions de travail, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.

³⁹¹³ Selon l'article L.2242-2, L. 2331-1, L. 2341-1 et L. 2341-2 du Code du Travail sont concernés par l'obligation de conduire une négociation de ce type, les entreprises et les groupes d'entreprises d'au moins trois cents salariés, ainsi que dans les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire (soit les entreprises comportant au moins un établissement ou une entreprise d'au moins cent cinquante salariés en France).

³⁹¹⁴ Selon l'article L. 2241-12 du Code du travail, les protagonistes sociaux de la branche professionnelle se réunissent, au moins une fois tous les trois ans, pour négocier sur les conditions de travail, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, mais également sur la prise en compte des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels.

³⁹¹⁵ L'article L.2242-20 du Code du Travail énumère les mesures relatives : 1° à un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, 2° à la mobilité professionnelle : 3° à la formation, 4° à la précarité ; 5° à la sous-traitance ; 6° au déroulement des carrières syndicales. L'article L. 2242-21 du Code du Travail indique que cette négociation peut également porter sur les six autres sujets suivants : 1° sur les modalités d'informations et de consultations du Comité Social et Economique et le cas échéant le cadre de recours à une expertise par le comité lorsque l'employeur envisage de prononcer un licenciement économique ; 2° sur la qualification des catégories d'emplois menacés par les évolutions économiques ou technologiques ; 3° sur les modalités de l'association des entreprises sous-traitantes au dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences de l'entreprise ; 4° sur les conditions dans lesquelles l'entreprise participe aux actions de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences mises en œuvre à l'échelle des territoires où elle est implantée ; 5° sur la mise en place de congés de mobilités ; 6° Sur la formation et l'insertion durable des jeunes dans l'emploi, l'emploi des salariés âgés et la transmission des savoirs et des compétences, les perspectives de développement de l'alternance, ainsi que les modalités d'accueil des alternants et des stagiaires et l'amélioration des conditions de travail des salariés âgés.

³⁹¹⁶ La négociation doit prévoir le cas échéant, les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise prévue à l'article L. 2254-2, qui doivent, en cas d'accord, faire l'objet d'un chapitre spécifique.

de formation³⁹¹⁷, des mesures relatives à la précarité³⁹¹⁸ ou encore concernant la sous-traitance³⁹¹⁹; ainsi que des mesures relatives au déroulement des carrières syndicales³⁹²⁰. Puis de manière quelque peu incongrue l'article L.2242-21 du Code du Travail fixe plusieurs points à caractère « *facultatif* » pouvant éventuellement conforter les thèmes de la gestion des emplois et des parcours professionnels³⁹²¹.

Soulignons donc l'étendue de cette liste mais également la précision contraignante des dispositions d'ordre public (ou des mesures supplétives) fixant les modalités de leur mise en œuvre. Enfin, constatons les difficiles articulations de ces diverses procédures obligatoires s'exerçant au sein de deux ressorts (l'entreprise et la branche professionnel) orientant doublement les pourparlers des parties prenantes. Concluons que malgré la possibilité d'éventuels aménagements conventionnels, s'il n'existe pas d'obligation générale de négocier, la plupart des thèmes ouverts à la négociation collective font l'objet d'une injonction légale.

3.1.4. La fonction de l'obligation de négocier

Après avoir examiné le champ d'application et les modalités d'assujettissement de la négociation obligatoire ainsi que la liste des sujets désormais présentés au travers de trois grands ensembles « *modulables* » pouvant faire l'objet d'un décloisonnement conventionnel, étudions la fonction de ces diverses injonctions légales. Constatons que chacune de ces différentes obligations de négocier peut-être assorties soit d'une obligation de moyens ou de résultats. Par conséquent, nous analyserons que l'introduction de cette obligation de résultat bouleverse quelque peu la finalité du procédé qui devient la modalité privilégiée du droit

³⁹¹⁷ En particulier les catégories de salariés et d'emplois auxquels ce dernier est consacré en priorité, les compétences et qualifications à acquérir pendant la période de validité de l'accord ainsi que les critères et modalités d'abondement par l'employeur du compte personnel de formation.

³⁹¹⁸ La négociation doit envisager les perspectives de recours par l'employeur aux différents contrats de travail, au travail à temps partiel et aux stages, ainsi que les moyens mis en œuvre pour diminuer le recours aux emplois précaires dans l'entreprise au profit des contrats à durée indéterminée.

³⁹¹⁹ La négociation doit aborder les conditions dans lesquelles les entreprises sous-traitantes sont informées des orientations stratégiques de l'entreprise ayant un effet sur leurs métiers, l'emploi et les compétences.

³⁹²⁰ La négociation doit préciser les modalités de déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions.

³⁹²¹ Article L. 2242-21 du Code du travail. De cette manière, la Loi énumère une série de sujets pouvant être facultativement ajoutés à la première série de points de la négociation obligatoire. Ainsi, il est donc proposé (ou recommander) de négocier les modalités de consultation du comité social et économique et de recours à l'expert dans la cadre des projets de licenciement d'au moins dix salariés sur trente jours. Il est également recommandé de négocier la qualification des catégories d'emplois menacés par les évolutions économiques ou technologiques, ou l'association des entreprises sous-traitantes au dispositif de la gestion des emplois et des parcours professionnels mise en œuvre à l'échelle d'un territoire. Les protagonistes sociaux sont ensuite invités à négocier au sujet des congés mobilités ainsi que la formation et l'insertion durable des jeunes dans l'emploi, des salariés âgées et la transmission des savoirs et de compétences, le développement des dispositifs d'alternance et d'accueil des stagiaires.

imposé. En effet, de cette manière la négociation collective devient une fonction au service des politiques publiques. En outre, l'Etat se transforme en commanditaire de la négociation collective.

L'obligation de moyen en matière de négociation collective. Engager de manière loyale des pourparlers sur différents sujets n'implique pas que ces dernières aboutissent³⁹²². Par conséquent, des transactions ayant un caractère obligatoire peuvent aboutir à la conclusion d'un accord collectif³⁹²³ ou se solder par un constat d'échec. Il s'agit donc d'une obligation de moyen au sujet de laquelle, il faut distinguer trois premières hypothèses : la conclusion d'un accord collectif, l'absence d'accord résultant du fait du non-respect de cette injonction, mais aussi le bon respect de la conduite de pourparlers débouchant sur un échec³⁹²⁴. Cependant certaines obligations spécifiques de négocier peuvent être associées à une obligation de résultat. Il nous faut donc, également examiner les différentes hypothèses de cette injonction « *renforcée* » devant déboucher sur la conclusion d'un accord collectif ou à défaut la formation d'une décision unilatérale de l'employeur sous peine d'une sanction administrative. Reprenons une à une ces diverses hypothèses. Dans la meilleure d'entre elles, la négociation collective obligatoire se conclut donc par un accord collectif. Mais ce dernier doit souvent contenir certaines clauses obligatoires, et faire l'objet d'un préambule présentant ses objectifs et son contenu³⁹²⁵. Il peut également définir ses conditions de suivi ainsi que des clauses de rendez-vous, ou prévoyant les modalités de dénonciation³⁹²⁶. Le texte de l'accord valablement conclu doit être notifié par la partie signataire la plus diligente à l'ensemble des organisations syndicales représentatives de l'entreprise ou de l'établissement (signataires ou de l'accord collectif en question). Au-delà de cette notification, certains sujets de la négociation collective obligatoire sont assortis de dispositions spécifiques relatives à la conclusion ou au dépôt de l'accord collectif. Ainsi, l'accord collectif conclu au sujet des salaires effectifs doit être déposé avec un procès-verbal d'ouverture des négociations portant sur les écarts de rémunérations entre les femmes et les hommes consignant sur ce point les propositions respectives des parties³⁹²⁷.

³⁹²²En effet, les articles L.2242-1 et suivants du Code du travail ne prévoient pas d'obligation générale de conclure un accord mais seulement d'engager une négociation.

³⁹²³Ou à un avenant modifiant un accord collectif.

³⁹²⁴Se matérialisant par une absence d'accord collectif.

³⁹²⁵Il s'agit d'une présentation de l'économie générale de l'accord devant éclairer son sens et sa portée. L'absence de préambule n'entraîne pas sa nullité, mais sa présence peut être un soutien à son interprétation notamment en cas de contentieux.

³⁹²⁶Le délai de préavis peut être également conclu.

³⁹²⁷Ce procès-verbal doit permettre à l'employeur d'attester qu'il a engagé sérieusement et loyalement les négociations par la communication d'un certains nombres spécifiques d'informations aux organisations syndicales représentatives.

Le non-respect de l'obligation de moyen de négocier. Examinons ensuite une seconde hypothèse correspondant au non-respect de l'obligation de moyen de négocier³⁹²⁸ et découlant elle-même de trois situations différentes devant être distinguées. Ainsi, ne pas convoquer les parties à la négociation obligatoire³⁹²⁹; les convoquer tout en esquivant des pourparlers effectifs sur les différents thèmes listés³⁹³⁰ ou ne pas respecter la périodicité de ce type d'injonction³⁹³¹; sont autant de situations déloyales éventuellement constitutives d'un délit d'entrave³⁹³². Ce dispositif juridique vise à prévenir les différentes manœuvres de contournement et de mauvaise foi de l'employeur. Une décision unilatérale de sa part prise en dehors de ces modalités pourrait être considérée comme nulle³⁹³³³⁹³⁴. Selon une troisième hypothèse, la négociation collective peut être engagée par l'employeur dans les conditions prescrites par la Loi, se dérouler sans rencontrer aucune entrave mais se conclure par un échec. Or, toutes les négociations obligatoires ne parvenant pas à la conclusion d'un accord collectif doivent faire l'objet d'un procès-verbal³⁹³⁵. Ce document fait l'objet d'un dépôt à l'initiative de l'employeur selon les mêmes modalités que celles applicables à un accord collectif de droit commun³⁹³⁶ et constitue l'un des caractères spécifiques de la négociation obligatoire permettant d'attester de la réalité de son engagement. Ce document doit mentionner dans leur dernier état, les propositions des parties et les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement. Les propositions faites en cours de négociation étant dépourvues d'effet en cas de désaccord, les décisions unilatérales prises par l'employeur à la suite de l'échec des pourparlers, peuvent être différentes (voire moins favorables) que les éléments figurant au procès-verbal.

L'obligation de résultat en matière de négociation collective. Enfin distinguons une ultime hypothèse correspondant à une injonction légale de négocier associée à une obligation de résultat contraignant à l'issue des pourparlers à la conclusion d'un accord et à défaut à la

³⁹²⁸Articles L. 2242-1, L. 2243-1 et L. 2243-2 du Code du Travail. En effet, le fait de se soustraire aux obligations relatives à la convocation des parties à la négociation et à l'obligation périodique de négocier, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros. L'employeur qui se soustrait intentionnellement à son obligation d'engager des négociations sur les divers thèmes prévus aux articles L. 2242-1 et L. 2242-20 commet un délit d'entrave.

³⁹²⁹Article L. 2243-1 du Code du travail.

³⁹³⁰Article L. 2242-1, L.2242-20 et L.2243-2 du Code du travail.

³⁹³¹Article L. 2243-2 du Code du travail.

³⁹³²Passible d'un an d'emprisonnement et de 3750 € d'amende.

³⁹³³Cour de cassation, Chambre sociale, du 29 juin 1994, n°91-18.640.

³⁹³⁴Toutefois l'employeur peut prendre des mesures individuelles concernant tel ou tel salarié au cours de cette même période.

³⁹³⁵Dresser un procès-verbal de constat d'échec est une obligation d'ordre public.

³⁹³⁶Article L.2242-5 du Code du travail.

formation d'une décision unilatérale de l'employeur. Prévoyant la mise en place décentralisée par le truchement d'un accord collectif d'entreprise de politiques publiques sur un nombre de sujets limités, à défaut d'accord, la Loi enjoint l'employeur de former une décision unilatérale qualifiée de « *plan d'action* ». En cas d'échec de cette obligation de résultat, l'autorité administrative est compétente pour fixer une pénalité financière (sanction administrative) à l'encontre des entreprises dépourvues d'accord collectif ou de « *plan d'action* ».

L'obligation de résultat en matière de négociation collective concernant l'emploi des seniors.

Ainsi jusqu'à la disparition de cet objectif de politique publique, l'absence d'accord ou de « *plan d'action* » sur l'emploi des seniors pouvait faire l'objet d'une pénalité financière de la part de l'administration du travail³⁹³⁷. En effet, les anciens articles L.138-24³⁹³⁸ et L.138-25³⁹³⁹ du code de la sécurité sociale, disposaient que les entreprises employant au moins cinquante salariés³⁹⁴⁰ devaient conclure un accord collectif³⁹⁴¹ prévoyant un objectif chiffré de maintien dans l'emploi (ou de recrutement) de salariés âgés. Ce dernier accord collectif devait prévoir des dispositions favorables au maintien de cette catégorie de salariés portant sur trois domaines d'action au choix des protagonistes sociaux³⁹⁴²³⁹⁴³. A défaut d'accord collectif ou de « *plan d'action* », l'entreprise pouvait faire l'objet d'une pénalité financière décidée par l'autorité administrative compétente³⁹⁴⁴³⁹⁴⁵. De même l'absence d'accord (ou plan d'action) relatif au

³⁹³⁷ Article L. 138-24 du Code de la sécurité sociale. Une pénalité financière égale au plus à de 1% des rémunérations versées.

³⁹³⁸ Article L.138-24 du Code du travail modifié par l'article n°3 de l'ordonnance n°2010-462 du 6 mai 2010 et abrogé par l'article n°1 de la Loi n°2013-185 du 1^{er} mars 2013.

³⁹³⁹ Article L.138-25 du Code du travail créée par l'article n°3 de la Loi n°2008-1330 du 17 décembre 2008 et abrogé par l'article n°87 de Loi n°2013-185 du 1^{er} mars 2013.

³⁹⁴⁰ Ou appartenant à un groupe faisant l'objet du même seuil d'effectif.

³⁹⁴¹ D'une durée maximale de trois ans au sujet de l'emploi des salariés âgés.

³⁹⁴² Ce document devait faire l'objet d'une consultation des instances représentatives du personnel.

³⁹⁴³ Il en ressortait également que les entreprises assujetties bénéficiant d'un accord de branche portant sur le même sujet pouvaient se dispenser de négocier. Mais les employeurs ne bénéficiant pas d'un accord d'entreprise ou de branche devaient élaborer un plan d'action de même nature et portant sur les mêmes points.

³⁹⁴⁴ Article L.138-24 du Code du travail modifié par l'article n°1 de l'ordonnance n°2010-462 du 6 mai 2010 et abrogé par l'article n°3 de la Loi n°2013-185 du 1^{er} mars 2013.

³⁹⁴⁵ Les entreprises, y compris les établissements publics, du travail employant au moins cinquante salariés ou appartenant à un groupe dont l'effectif comprend au moins cinquante salariés étaient soumises à une pénalité à la charge de l'employeur lorsqu'elles n'étaient pas couvertes par un accord ou un plan d'action relatif à l'emploi des salariés âgés. Le montant de cette pénalité était fixé au plus à 1 % des rémunérations.

contrat de génération³⁹⁴⁶ concernant les entreprises assujetties³⁹⁴⁷ pouvait faire l'objet d'une pénalité financière de la part de l'administration du travail³⁹⁴⁸. À défaut d'accord collectif attesté par un procès-verbal de désaccord, l'employeur avait l'obligation d'élaborer un plan d'action qui devait être établi sur le fondement d'un diagnostic préalable³⁹⁴⁹.

L'obligation de résultat en matière de négociation collective concernant la pénibilité. Sur un autre sujet de politique publique, il découlait de la Loi n° 2014-40 du 20 janvier 2014³⁹⁵⁰, une obligation de négocier en matière de pénibilité pouvant le cas échéant faire l'objet de sanction. Avant tout, l'assujettissement de cette négociation à caractère « *obligatoire* »³⁹⁵¹ mérite quelques précisions, car il n'était pas lié à la nature du thème mais à un diagnostic interne effectué par l'entreprise³⁹⁵². En effet, les entreprises de cinquante salariés et plus employant au moins cinquante pour cent de salariés exposés à des facteurs de pénibilité³⁹⁵³ devaient négocier un accord ou établir un plan d'action en matière de prévention de la pénibilité³⁹⁵⁴, sous peine de sanction financière. Chaque thème retenu par l'accord collectif (ou plan d'action) devait être

³⁹⁴⁶Le contrat de génération a été supprimé. Les entreprises concernées n'ont donc plus l'obligation de négocier. L'article L5121-9 du Code du travail crée par l'article n°1 par la Loi n°2013-185 du 1er mars 2013 et abrogé par l'article n°9 de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 disposait que les entreprises employant au moins trois cents salariés ou qui appartenaient à un groupe (employant au moins trois cents salariés), ainsi que les établissements publics à caractère industriel et commercial employant au moins trois cents salariés étaient soumises à une pénalité lorsqu'elles n'étaient pas couvertes par un accord collectif d'entreprise ou de groupe et lorsque, à défaut d'accord collectif, attesté par un procès-verbal de désaccord dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux, l'employeur n'avait pas élaboré un plan d'action dans les conditions prévues à l'article L. 5121-12 du Code du travail.

³⁹⁴⁷Cependant, les entreprises de 50 à 299 salariés, ou appartenant à un groupe de 50 à 299 salariés, qui sont couvertes, sur ce thème, par un accord de branche étendu, n'étaient pas soumises à cette obligation.

³⁹⁴⁸L'employeur avait la possibilité d'intégrer cette négociation concernant le contrat de génération à la négociation obligatoire relative à la gestion prévisionnelle des emplois et compétences et sur la mixité des métiers. La négociation collective devait s'appuyer sur les éléments suivants : pyramide des âges ; caractéristiques des jeunes et des salariés âgés, leur évolution sur les trois dernières années ; prévisions de départ à la retraite ; perspectives de recrutement, compétences considérées comme essentielles ; conditions de travail des salariés âgés, et situations de pénibilité. L'accord était d'une durée maximale de trois ans, et devait comporter les engagements de l'employeur, les objectifs, un calendrier de mise en œuvre, les modalités de suivi et de publicité de l'accord. La pénalité financière était d'au plus de 1% des rémunérations ou gains versés aux travailleurs salariés ou assimilés ou 10% de la réduction au sens de l'article L.5121-14 Code du travail.

³⁹⁴⁹Lequel était joint à l'accord ou au plan d'action au moment du dépôt auprès de l'administration. Il s'agissait d'attester d'une forme de sérieux de la démarche au sujet de l'emploi de diverses générations.

³⁹⁵⁰Loi n° 2014-40 du 20 janvier 2014 garantissant l'avenir et la justice du système de retraites (JORF n°0017 du 21 janvier 2014).

³⁹⁵¹Articles L. 4163-1 à L. 4163-4, D.4161-2, D. 4163-1 à D. 4163-4 et R. 4163-4 à R. 4163-6 Code du travail.

³⁹⁵²Les entreprises dont l'effectif est compris entre 50 et 299 salariés (ou les entreprises appartenant à des groupes d'entreprises dotés de cet effectif) couvertes par un accord de branche portant sur la prévention de la pénibilité étaient dispensées de l'obligation de négocier.

³⁹⁵³L'article D. 4161-2 du Code du travail déterminait les facteurs de pénibilité résultant soit : de contraintes physiques marquées (manutentions manuelles, postures pénibles, vibrations mécaniques), de l'environnement physique agressif (agent chimique dangereux et substances cancérigènes, mutagènes et toxiques pour la reproduction, températures extrêmes, bruit, milieu hyperbare), ou de certains rythmes de travail (travail de nuit, en équipes successives, travail répétitif).

³⁹⁵⁴Depuis le 31 décembre 2011.

assorti d'objectifs chiffrés mesurés au moyen d'indicateurs³⁹⁵⁵. Les agents de contrôle de l'administration du travail constatant qu'une entreprise assujettie par cette obligation de négocier n'était pas couverte par un accord collectif (ou un plan d'action), pouvait mettre en demeure l'employeur d'y remédier dans un délai de six mois³⁹⁵⁶. Depuis sa création, le dispositif de prévention et de compensation des expositions à certains facteurs de risques professionnels³⁹⁵⁷ a été réformé à plusieurs reprises. En dernier lieu, l'ordonnance n° 2017-1389 du 22 septembre 2017 ainsi que les décrets et arrêtés pris pour application³⁹⁵⁸ ont révisé les facteurs de risques professionnels retenus pour le compte pénibilité, rebaptisé pour l'occasion « *compte personnel de prévention* »³⁹⁵⁹. Le droit fixe donc désormais les seuils associés aux facteurs de risques professionnels³⁹⁶⁰ ainsi que l'utilisation du compte, comprenant la méthode d'acquisition des points³⁹⁶¹ et leur demande d'utilisation³⁹⁶². Les entreprises soumises à l'obligation de négocier en la matière sont celles qui comptent au moins cinquante salariés dont une partie d'entre eux sont exposés à ces facteurs de risques³⁹⁶³. Les agents de

³⁹⁵⁵Ces indicateurs étaient communiqués au moins annuellement au Comité Hygiène Sécurité et Conditions de Travail (à défaut aux délégués du Personnel) qui était consulté à ce sujet.

³⁹⁵⁶Article R 4163-5 du Code du travail. Soulignons que la détermination des entreprises entrant dans cette situation était conditionnée à la réalisation du diagnostic interne. L'assujettissement de l'entreprise tenait donc compte de sa situation et de l'éventuelle négociation de la branche professionnelle concernée. L'accord ou le plan d'action était conclu pour une durée de trois ans. La sanction financière pouvait être égale au plus à un pour cent (taux maximal) des rémunérations versées aux salariés concernés au cours de la période pendant laquelle l'entreprise n'avait pas été couverte par un accord ou plan d'action de cette nature.

³⁹⁵⁷Anciennement appelé « dispositif de pénibilité ».

³⁹⁵⁸Décrets n° 2017-1769 du 27 décembre 2017 (*JORF* n°0302 du 28 décembre 2017, texte n° 58) ; n° 2017-1768 du 27 décembre 2017 (*JORF* n°0302 du 28 décembre 2017, texte n° 57) ; n° 2017-1766 du 27 décembre 2017, (*JORF* n°0302 du 28 décembre 2017, texte n° 35) ; n° 2017-1815 du 29 décembre 2017, , (*JORF* n°0304 du 30 décembre 2017, texte n° 64) ; n° 2017-1814 du 29 décembre 2017, (*JORF* n°0304 du 30 décembre 2017, texte n° 63) et n° 2017-1813 du 29 décembre 2017, modifiant le décret n° 2016-1102 du 11 août 2016, (*JORF* n°0304 du 30 décembre 2017, texte n° 62).

³⁹⁵⁹Articles L. 4163-1, R. 4163-8 et D. 4163-3 du Code du travail L'employeur doit effectuer une déclaration annuelle recensant tous les salariés susceptibles d'acquérir des droits au titre du compte professionnel de prévention. Cette déclaration ouvre des droits aux travailleurs au titre de leur compte dans les mêmes conditions que le dispositif précédent.

³⁹⁶⁰Articles L. 4163-1 et D. 4163-2 du Code du travail.

³⁹⁶¹Article R. 4163-9 du Code du travail.

³⁹⁶²Articles R. 4163-14 à 17, L. 3122-2 à 5, L. 4161-1, L. 4163-14 et L. 4163-17 et R. 4163-1 R. 4541-2, R. 4441-1, R. 4412-3, R. 4412-60, R. 4461-1, R. 4431-1 et D. 4161 du Code du travail En effet, le droit prévoit les dispositions permettant d'assurer la traçabilité de certaines informations en santé et sécurité au travail, ou de prévenir ou compenser les expositions à certains facteurs de risques professionnels En pratique, seuls les salariés qui ont été exposés à un ou plusieurs de ces facteurs de risques, au-delà des seuils prévus, peuvent bénéficier d'un compte professionnel de prévention.

³⁹⁶³ Depuis le 1er janvier 2019, conformément aux articles L.4162-1, D. 4162-1. et D. 4163-2 du Code du travail, les entreprises soumises à l'obligation de négocier sont celles qui comptent au moins cinquante salariés (ou appartiennent à un groupe d'au moins 50 salariés) et qui ont : soit 25 pour cent des salariés exposés à l'un des six facteurs du compte au-delà des seuils soit enregistré un indice de sinistralité (AT-MP) supérieur à 0,25. Néanmoins, avant d'engager une négociation, l'employeur doit tout de même procéder à un diagnostic préalable des expositions aux dix facteurs de risques professionnels. Il doit prévoir les mesures de prévention qui en découlent et qui s'appliquent à tous les salariés exposés à un ou plusieurs de ces facteurs, ainsi que les modalités de suivi de leur mise en œuvre effective.

contrôle de l'administration déconcentrées du travail sont toujours chargés du contrôle de l'assujettissement de cette obligation et s'assurent que l'employeur procède bien à l'évaluation des risques rencontrés par les salariés lors de l'exécution de leurs activités professionnelles³⁹⁶⁴. En cas de manquement l'autorité administrative décide s'il y a lieu d'appliquer une pénalité³⁹⁶⁵

L'obligation de résultat en matière de négociation collective concernant les salaires. Par ailleurs, le droit positif nous signifie également qu'au sein des entreprises assujetties à la négociation obligatoire, l'employeur qui n'a pas rempli l'obligation de négociation sur les salaires effectifs³⁹⁶⁶ est soumis à une pénalité³⁹⁶⁷ dont le montant est fixé en fonction de la gravité du manquement³⁹⁶⁸. Ainsi lorsque l'agent de contrôle de l'administration du travail constate un manquement relatif à ce point, il transmet à son directeur régional son rapport, puis celui-ci adresse à l'employeur, une notification du montant de la pénalité qui lui est appliquée. Pour déterminer ce montant et individualiser la pénalité, l'administration du travail tient compte des efforts réalisés par l'employeur pour engager des négociations sur les salaires effectifs, de sa bonne foi ainsi que de ses éventuels motifs de défaillance³⁹⁶⁹. Le taux de la pénalité plafonné est fixé en fonction du nombre de manquement sur les six années civiles précédant le contrôle³⁹⁷⁰.

³⁹⁶⁴Article R. 4121-1-1 du Code du travail : Dès lors l'employeur doit annexer au document unique d'évaluation des risques professionnels les données collectives utiles à l'évaluation des expositions individuelles et la proportion de salariés exposés aux facteurs de risques professionnels.

³⁹⁶⁵Si l'agent de contrôle constate qu'une entreprise n'est pas couverte par un accord collectif ou par un plan d'action sur le sujet, il met en demeure l'employeur afin de remédier à la situation dans un délai de six mois. Le cas échéant, une notification motivée du taux de la pénalité est adressée à l'employeur. La pénalité (au maximum 1 % des rémunérations ou gains versés aux travailleurs salariés ou assimilés concernés) est due pour chaque mois entier au cours duquel l'entreprise ne respecte pas ses obligations à compter du terme de la mise en demeure et jusqu'à réception par l'inspection du travail de l'accord ou du plan d'action.

³⁹⁶⁶Article L. 2242-1 1° et L2242-5-1 du Code du travail et Circulaire DSS/5C/DGT/2011/92 du 7 mars 2011 relative à la mise en œuvre et au contrôle du mécanisme de conditionnalité des allègements de cotisations sociales prévu par l'article 26 de la Loi n° 2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail.

³⁹⁶⁷Article L. 2242-7 du Code du Travail.

³⁹⁶⁸Article L. 2242-11 du Code du Travail. L'employeur qui n'a pas rempli son obligation en la matière est soumis à une pénalité. Si aucun manquement relatif à cette obligation n'a été constaté lors d'un précédent contrôle au cours des six années civiles précédentes, la pénalité est plafonnée à un montant équivalent à 10 % des exonérations de cotisations sociales mentionnées à l'article L. 241-13 du code de la sécurité sociale au titre des rémunérations versées chaque année où le manquement est constaté, sur une période ne pouvant excéder trois années consécutives à compter de l'année précédant le contrôle. Si au moins un manquement relatif à cette obligation a été constaté lors d'un précédent contrôle au cours des six années civiles précédentes, la pénalité est plafonnée à un montant équivalent à 100 % des exonérations de cotisations sociales mentionnées au même article L. 241-13 au titre des rémunérations versées chaque année où le manquement est constaté, sur une période ne pouvant excéder trois années consécutives comprenant l'année du contrôle. Dans le cas où la périodicité de la négociation sur les salaires effectifs a été portée à une durée supérieure à un an, l'employeur ne peut faire l'objet d'une pénalité pendant la durée fixée par l'accord. Au terme de cette durée fixée par l'accord, s'il est constaté un manquement en la matière l'employeur peut faire l'objet d'une pénalité.

³⁹⁶⁹Articles L. 2242-7 et D. 2242-12 à D. 2242-16 du Code du travail.

³⁹⁷⁰Article L. 241-13 du Code de la sécurité sociale.

L'obligation de résultat en matière de négociation collective concernant l'égalité professionnelle. En matière d'égalité professionnelle, la négociation collective fait également l'objet d'une obligation de résultat. En absence d'accord collectif ou de « *plan d'action* », les entreprises employant au moins cinquante salariés encourent une pénalité pour inexécution de leurs obligations liées à l'égalité professionnelle³⁹⁷¹. Comme nous le savons, les protagonistes sociaux doivent conclure un accord collectif disposant de diverses actions qualitatives permettant d'atteindre des objectifs annuels de progression fondés sur des critères clairs, précis et opérationnels³⁹⁷². A défaut d'accord collectif, l'employeur doit établir unilatéralement et annuellement, un « *plan d'action* » fixant les mêmes objectifs selon les mêmes modalités. L'accord collectif, ou à défaut la décision unilatérale de l'employeur, est transmis à l'administration déconcentrée du travail³⁹⁷³. Lorsqu'un agent de contrôle de cette dernière administration constate que l'entreprise assujettie n'a pas négocié un accord collectif ou à défaut n'a pas rédigé unilatéralement un « *plan d'action* »³⁹⁷⁴, il met en demeure l'employeur de remédier à cette situation dans un délai fixé³⁹⁷⁵. Soulignons que cette obligation de négociation fait l'objet d'un examen particulier par l'administration qui n'effectue pas uniquement un contrôle au sujet de l'éventuelle absence de conclusion d'un accord (ou de la formation d'un plan d'action), mais exerce également une surveillance de la conformité du contenu de ses stipulations. Pour autant ce contrôle administratif de conformité ne constitue pas un contrôle de l'opportunité du contenu de l'accord collectif. En somme, l'« *autonomie collective* » ne bénéficie que d'une faible liberté contractuelle, car l'accord formé doit faire le choix de trois à quatre objectifs de progression pris parmi les neuf domaines listés par le droit³⁹⁷⁶. Ainsi si le nombre des domaines d'action n'est pas respecté, ou si le sujet de la rémunération n'est pas traité, ou encore si des indicateurs chiffrés de progression ne sont pas fixés, l'administration doit constater ces manquements et par conséquent la non-conformité du

³⁹⁷¹Articles L. 2242-8 et R. 2242-2-1 du Code du travail.

³⁹⁷²L'établissement de ce plan d'action en matière d'égalité professionnelle est d'ordre public. Le nombre des objectifs de progression, concrétisés par des actions qualitatives et quantitatives permettant de les atteindre, est de 3 pour les entreprises de moins de 300 salariés et de 4 pour les entreprises de 300 salariés et plus.

³⁹⁷³Depuis le 7 septembre 2018 (date d'entrée en vigueur de la Loi Avenir professionnelle du 5 septembre 2018) a été supprimée l'obligation d'établir et de publier la synthèse du plan d'action, cette obligation étant remplacée par celle relative à la publication de la note globale de l'entreprise en matière d'index « écarts de rémunération ».

³⁹⁷⁴De même l'employeur a l'obligation de porter à la connaissance des salariés le contenu de son plan d'action

³⁹⁷⁵Le délai en question ne peut être inférieur à un mois. Cette mise en demeure administrative liste l'ensemble des manquements en la matière, et fixe une date d'échéance à laquelle l'employeur doit conclure un accord collectif ou à défaut rédiger une décision unilatérale. L'employeur peut être entendu à sa demande.

³⁹⁷⁶Dans toutes les hypothèses, le document doit comprendre le domaine de la rémunération effective.

document³⁹⁷⁷. L'administration peut donc imposer à une sanction financière en cas d'absence de l'accord collectif (ou à défaut de plan d'action) mais également en cas non-conformité de celui-ci. En l'occurrence, le droit du travail pousse l'employeur dans ses retranchements en le contraignant à une publication des informations relatives à ses résultats en matière de réduction des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes mesurés par le truchement d'index. Au-delà de la formation d'un accord collectif par l'« *autonomie collective* » (ou à défaut la rédaction d'un plan d'action unilatéral par l'employeur), les entreprises en question sont assujetties au calcul de l'index « *écarts de rémunération* » et aux mesures correctrices rendues nécessaires par un résultat global inférieur à un seuil réglementaire³⁹⁷⁸. Ainsi, chaque année³⁹⁷⁹, les entreprises employant plus de cinquante salariés, calculent et publient un certain nombre d'indicateurs³⁹⁸⁰ ainsi que les actions mises en œuvre pour supprimer les écarts de salaires en question³⁹⁸¹. Au sens strict le calcul de ces indicateurs ne constitue pas une forme de négociation obligatoire, cependant cette opération correspond à une évaluation interne de la réalisation d'objectifs qui peuvent être fixés par le biais d'un accord collectif³⁹⁸². Il résulte de cette démarche, que l'entreprise est publiquement jugée sur ses efforts en matière d'égalité professionnelle mais également sur la qualité de ses relations collectives. En effet, si la note est inférieure au seuil requis³⁹⁸³, des mesures correctrices doivent être adoptées par la négociation collective ou, à défaut, par l'employeur seul³⁹⁸⁴. L'entreprise dispose alors d'un délai de trois

³⁹⁷⁷Dans cette hypothèse, l'agent de contrôle de l'administration du travail peut également former une mise en demeure, et le cas échéant solliciter une pénalité financière.

³⁹⁷⁸Décret n°2022-243 du 25 février 2022 (JORF n°0048 du 26 février 2022) : une note de soixante-quinze points sur cent, puis quatre-cinq points à partir de septembre 2022.

³⁹⁷⁹Avant le 1^{er} mars de chaque année.

³⁹⁸⁰Relatifs aux écarts de rémunération entre les femmes et les hommes.

³⁹⁸¹Articles D. 1142-2-1 et D. 1142-3 du Code du travail Plus précisément les entreprises dont les effectifs sont compris entre cinquante et deux cents cinquante salariés doivent calculer les écarts de rémunération et d'évolutions de carrières au travers de quatre indicateurs et celles dont les effectifs s'élèvent à plus de deux cents cinquante salariés doivent calculer cinq indicateurs en la matière : l'écart de rémunération entre les femmes et les hommes, par tranche d'âge et par catégorie de « postes équivalents », (pour 40 points) ; l'écart de taux d'augmentations individuelles de salaire entre les femmes et les hommes (pour 35 points); le pourcentage de salariées ayant bénéficié d'une augmentation dans l'année suivant leur retour de congé de maternité, si des augmentations sont intervenues au cours de la période pendant laquelle le congé a été pris (pour 15 points) ; le nombre de salariés du sexe sous-représenté parmi les 10 salariés ayant perçu les plus hautes rémunérations (pour 10 points).

³⁹⁸²Articles D. 1142-2 et D. 1142-3 du Code du travail. Le niveau de résultat obtenu correspond à une note sur cent points qualifiés d'index, qui est publiée sur le site internet de l'entreprise s'il existe. A défaut, ce chiffre est porté à la connaissance des salariés par tout moyen.

³⁹⁸³Décret n°2022-243 du 25 février 2022 (JORF n°0048 du 26 février 2022) une note de soixante-quinze points sur cent, puis quatre-cinq points à partir de septembre 2022.

³⁹⁸⁴Articles L. 1142-7 à L. 1142-9 et D. 1142-3 à D. 1142-8 du Code du travail et Instruction n° DGT/SAT/DASIT1/2019/33 et n° 2019/03 (DGT) du 25 janvier 2019 relative aux nouvelles dispositions visant à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes. Selon le ministère du travail ces obligations ont pour objectif annoncé de mettre fin aux écarts injustifiés en trois ans, par la mise en œuvre d'une obligation de résultats en matière d'égalité professionnelle et non plus, comme précédemment, par la mise en œuvre d'une simple obligation de moyens.

ans pour se mettre en conformité en remédiant à ses mauvais résultats. A l'expiration de ce délai, si ces derniers restent inférieurs au seuil requis, l'employeur peut se voir appliquer une pénalité financière. Le montant de ces diverses pénalités est modulé par l'administration déconcentrée en fonction des efforts constatés ainsi que des éventuels motifs de défaillance quant au respect des obligations en la matière³⁹⁸⁵. Cependant une fois l'ensemble de ces éléments appréciés par l'administration, ces multiples sanctions financières ne se cumulent pas³⁹⁸⁶. En somme les entreprises assujetties doivent négocier, à défaut l'employeur doit établir un « *plan d'action* », et en matière d'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes, il doit publier ses résultats, si ceux-ci sont mauvais il doit rapidement y remédier. Ainsi, l'employeur peut être soumis à une pénalité pour l'absence d'accord (ou de plan d'action), pour la non-conformité de celui-ci, mais également se voir appliquer une sanction financière pour la non-publication de la note qui en découle, ou pour ne pas voir remédier aux mauvais résultats qui en résultent. Sur ce thème jugé prioritaire par les autorités publiques (et particulièrement le sujet de l'égalité des salaires entre les femmes et les hommes), l'« *autonomie collective* » fait donc l'objet d'un contrôle « *renforcé* » de la part de l'administration. Par-delà, la conclusion d'un éventuel accord collectif, la qualité de sa conformité à la Loi, la réalisation effective de ses objectifs ainsi que la publicité de ceux-ci peuvent également se trouver sanctionnées. Mais soulignons que si la Loi fixe un cadre administratif au sein duquel l'action de l'« *autonomie collective* » est mobilisée au service de la réalisation d'une politique publique, en cas d'échec, une décision unilatérale de l'employeur (plan d'action) peut aisément venir se substituer afin d'effectuer les mêmes offices.

L'Etat comme commanditaire de la négociation collective des politiques publiques. L'examen du droit positif corrobore la perspective sociologique selon laquelle la règle définie par la Loi est un : « *modèle qui oriente l'action plus qu'elle ne la contraint* »³⁹⁸⁷. Selon cette même appréciation, la stimulation par la Loi de la négociation collective participe alors d'une logique

³⁹⁸⁵ Articles L. 1142-8, L. 1142-9 L. 2242-8 et R. 2242-3 du Code du travail et Instruction n° DGT/SAT/DASIT1/2019/33 et n°2019/03 (DGT) du 25 janvier 2019 relative aux nouvelles dispositions visant à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes, précise qu'elle peut être appliquée dès la première année où le défaut de publication est constaté. La pénalité d'au plus 1 % est calculée sur les revenus d'activité pris en compte pour établir l'assiette des cotisations sociales versées au cours de l'année civile précédant l'expiration du délai de trois ans laissés à l'entreprise pour se mettre en conformité. La pénalité est fixée après respect de la procédure contradictoire.

³⁹⁸⁶ Articles L. 1142-10, L. 2242-8 et D. 1142-6, D. 1142-8 et D. 1142-14 du Code du travail. Si l'employeur est redevable d'une pénalité pour mauvais résultats, il ne peut pas être soumis à la pénalité pour absence d'accord. Ce non-cumul est expressément prévu par l'article L. 1142-10 du Code du travail.

³⁹⁸⁷ Annette JOBERT, « La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982 », Droit Social, 2010, p.367.

: « *d'action publique négociée* »³⁹⁸⁸, dans laquelle les parties : « *demeurent libres de vouloir, mais à condition d'asservir leur volonté à des objectifs qui dépassent leur intérêt propre* »³⁹⁸⁹. Plus précisément, l'Etat continue d'intervenir d'une part, de façon continue et multiple sur le champ substantiel des relations individuelles et collectives de travail, mais d'autre part il cherche à développer le procédé de la négociation collective afin de conduire les changements qu'il initie. En somme, l'Etat devient pour partie une forme de « *commanditaire de la négociation collective* »³⁹⁹⁰ en s'appuyant sur ce procédé désormais institué comme « *une modalité de l'action publique* »³⁹⁹¹³⁹⁹². Dans cette dynamique, l'Etat fait le choix de la négociation collective décentralisée pour parvenir à ses fins³⁹⁹³: « *Orienter dans la liberté, gouverner sans imposer, seraient les maîtres mots du gouvernement par la nomination, qui viendrait enrichir le registre des instruments de pilotage par le droit : dire c'est faire faire* »³⁹⁹⁴. A ses diverses obligations, notre droit a par conséquent associé une forte dimension procédurale. En effet par cette démarche, le droit a assorti ses injonctions de plusieurs précisions concernant les modalités et étapes visant à atteindre son but. Mais il pousse loin l'ambiguïté à ce sujet car il propose aux protagonistes sociaux d'accaparer cette myriade d'injonctions légales par le biais d'une autre négociation collective afin de les aménager à leur guise. Convenons donc avec la professeure Josépha DIRRINGER qu'au sein de notre système juridique « *pluraliste* » se développe la notion biologique d'« *homéostasie* »³⁹⁹⁵, permettant une certaine régulation interne à l'entreprise malgré de nombreuses interventions extérieures. En définitive, il ne s'agirait plus tant de contraindre l'employeur à négocier, car il y rencontrerait son intérêt. En outre, la négociation collective décentralisée serait devenue le procédé privilégié de conduite publique, contraignant les protagonistes à des pourparlers contribuant à l'intérêt général. Si la négociation collective reste juridiquement conditionnée comme un droit unilatéral au service de l'intérêt du collectif formé des salariés, celle-ci se mue donc de plus en plus comme une fonction procédurale au service des politiques publiques et de l'intérêt général. En

³⁹⁸⁸Guy GROUX, « L'action publique négociée, un nouveau mode de régulation ? Pour une sociologie politique de la négociation », *Négociations*, 2005/1, n° 3, p. 57-70.

³⁹⁸⁹Alain SUPIOT, *loc.cit.* p.110.

³⁹⁹⁰Cécile FOURCADE, *op. cit.* p.11.

³⁹⁹¹Annette JOBERT, *loc.cit.* p.582.

³⁹⁹²Guy GROUX, « L'action publique négociée. Approches à partir des 35 heures - France-Europe », Paris, L'HARMATTAN, Logiques politiques, 2002, p.334.

³⁹⁹³Annette. JOBERT, *loc.cit.* p.355.

³⁹⁹⁴Elsa PESKINE, *op.cit.* p.355.

³⁹⁹⁵En biologie et en systémique, l'homéostasie est un phénomène par lequel un facteur clé (par exemple, la température) est maintenu autour d'une valeur bénéfique pour le système considéré, grâce à un processus de régulation (exemple : la température d'une pièce grâce à un thermostat). Plus globalement, homéostasie désigne la capacité globale d'un système à maintenir tout un ensemble de tels facteurs clés, notamment chez un organisme vivant.

somme, si la négociation collective demeure à la fois une liberté et une fonction, elle est avant tout devenue une procédure alternativement au service de l'intérêt général, de celui du personnel ou de l'entreprise. Sous la pression du développement de la négociation collective, le droit du travail se transformerait d'un droit substantiel en un droit procédural³⁹⁹⁶³⁹⁹⁷. Constatons qu'en droit interne, l'exercice de ce droit subjectif des salariés reste donc tributaire d'une série d'obligations légales de l'employeur, et que la négociation collective n'est pas une liberté garantie aux protagonistes sociaux face à l'Etat « *a contrario* » de nombreux autres systèmes juridiques³⁹⁹⁸. Par ailleurs, admettons que ce droit se présente désormais comme un « *procédé* » à la fois « *faculté* » entre les mains des parties prenantes, mais aussi comme une « *obligation* » faisant figure de fonction au service du pilotage de politiques publiques.

La finalité de la négociation et la négociation comme finalité. Néanmoins, l'examen des modalités de mise en œuvre de la Loi (ou du règlement) par l'accord collectif nous amène à nous poser la question suivante : la négociation collective est-elle véritablement le meilleur des procédés capable d'apaiser certains antagonismes interne à l'entreprise (ou la société) et de mettre en œuvre les politiques publiques décidées par le droit imposé ? En effet, ces injonctions légales pouvant revêtir plusieurs formes afin de réaliser plusieurs objectifs de politiques publiques, courent tout de même le risque de déboucher sur des échanges creux entre une partie ne représentant que faiblement la communauté des salariés et une autre partie ne disposant pas réellement du pouvoir de direction³⁹⁹⁹.

Il apparait donc nécessaire que ce procédé ne constitue pas une finalité. Il doit donc correspondre à des pourparlers réels, sérieux et authentiques. Pour ce faire il doit être conduit par le respect d'un principe de loyauté.

³⁹⁹⁶Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

³⁹⁹⁷Gérard COUTURIER, « Le choix de la procéduralisation conventionnelle », in « Les accords de méthode », supplément Semaine Sociale Lamy, 2004, p. 6.

³⁹⁹⁸Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75. Les droits espagnol et français optent pour deux conceptions différentes du droit à la négociation collective. En Espagne, la négociation collective se conçoit constitutionnellement comme un droit de liberté, comme une garantie institutionnelle assurant, face à l'Etat, l'existence d'un système de négociation collective permettant aux acteurs sociaux de déterminer eux-mêmes les conditions de travail. En France, le droit à la négociation collective, issu du principe de participation des travailleurs, se présente comme un droit reconnu aux salariés face à leur employeur. De son côté, l'Etat trouve son compte car à travers cette construction juridique, les acteurs privés des relations professionnelles sont contraints de participer à la mise en place par la négociation collective des diverses politiques publiques.

³⁹⁹⁹Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, *loc.cit.* p.41.

3.2. Le nécessaire respect de la loyauté du procédé

La négociation collective se présente désormais comme un processus constitué d'une suite de phases successives. En ce sens, elle forme une technique recouvrant un ensemble organisé dont les rouages et le mode de fonctionnement doivent être décomposés. Selon cette perspective, elle correspond également à un esprit général, puisque son exercice doit être conduit par certaines valeurs⁴⁰⁰⁰. En effet, si l'accord collectif de travail (notamment au sein de l'entreprise) bénéficie d'un fort rayonnement, son succès doit s'accompagner de règles procédurales contribuant à sa formation (négociation collective) et renforçant sa légitimité⁴⁰⁰¹⁴⁰⁰²⁴⁰⁰³. Nous allons donc examiner que la conjugaison de l'obligation légale de mise en œuvre des pourparlers et du bon respect du principe de loyauté dote la négociation d'une procédure détaillée mais également d'un état d'esprit. En effet, la négociation collective ne peut pas courir le risque d'être réduite à un instrument ayant uniquement fonction de servir la conduite de l'action publique. Par conséquent, elle doit s'envisager comme un procédé de nature à déterminer loyalement certaines normes capables d'éventuellement fixer les règles de fonctionnement de l'entreprise. Or, constatons que si le droit de la négociation collective correspond de plus en plus à une procédure, la Loi reste relativement laconique au sujet de ses différentes étapes. Plus exactement, elle fixe bien un certain nombre de modalités par le biais de ses diverses injonctions à négocier mais reste relativement silencieuse au sujet de la substance du processus de négociation et notamment du principe de loyauté. De son côté, le juge n'a encore qu'insuffisamment précisé ce qu'il fallait comprendre par des pourparlers « authentiques » « sérieux » et « sincères » ouverts à tous les protagonistes. Cette relative réserve constitue une réelle opportunité pour l'« autonomie collective » qui dispose de la possibilité de former sa propre définition de ces différentes notions. A ce titre, l'enjeu est de taille car l'exigence d'une exécution loyale du procédé de formation de l'accord collectif garantit sa spécificité ainsi que son rayonnement. En effet, l'accord collectif intégré à l'ordre juridique est avant tout un acte collectif négocié par l'« autonomie collective ». Or, en dehors du respect loyal des modalités du procédé, il encourt le risque d'une dénaturation.

⁴⁰⁰⁰Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

⁴⁰⁰¹Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

⁴⁰⁰²Annette JOBERT et Jean SAGLIO, *op.cit.* p.38. La négociation collective peut être considérée comme un « mode dégradé de décision » manquant de cohérence et favorisant la partie puissante. Les informations sur les situations et les attentes sont incomplètes mais la négociation collective est un « processus heuristique de construction d'un consensus favorisant la bonne application des décisions ».

⁴⁰⁰³Patrick REMY, *op.cit.* p.470.

3.2.1. La loyauté comme condition de légitimité de l'accord collectif

Par essence la négociation collective est marquée du sceau de l'équivoque car le procédé peut être perçu comme : « *un théâtre d'ombres où chacun se réserve quelques armes, ou tactiques et stratégies cohabitent naturellement* »⁴⁰⁰⁴. Commençons par examiner les dimensions équivoques et lacunaires dans la Loi de ce principe de loyauté pourtant essentiel au procédé en question. Nous tenterons ensuite d'en explorer le contenu avant d'étudier son appropriation par notre branche du droit. Finalement, nous pourrions confirmer sa place de centrale mais également son avenir tributaire des parties prenantes.

Un procédé intrinsèquement équivoque. Dans son roman « *Saint Germain ou la négociation* »⁴⁰⁰⁵, l'auteur (Francis WALDER) met en scène Henri de MALASSISE diplomate travaillant pour la couronne française chargé de négocier avec les huguenots la paix entre les catholiques et les protestants. Selon ce personnage de fiction, un bon négociateur doit porter un masque social durant les pourparlers et savoir faire preuve de ruse, d'astuce, de fourberie et cultiver le secret. Néanmoins, il définit le procédé comme un « *art* » basé sur le compromis l'équité et la réciprocité. En effet, il n'est pas évident de déterminer ce que représente une bonne négociation⁴⁰⁰⁶, car le procédé est un alliage de « *vices* » et de « *vertus* ». Néanmoins dans ce brouillard la notion de loyauté permet d'éclairer ce qui peut se faire et ce qui ne doit pas se faire. Nous savons que la négociation collective peut recouvrir au moins deux approches opposées des rapports sociaux internes à l'entreprise. Selon un premier point de vue, dans l'intérêt de l'entreprise et selon un esprit de concorde, par le biais du procédé de la négociation collective, les protagonistes sociaux saisiraient l'opportunité d'accommoder certaines dispositions législatives et réglementaires visant (ou non) à la mise en place de différentes politiques publiques. Selon un autre point de vue, le même procédé renverrait plutôt à la notion de « *coopération antagoniste* »⁴⁰⁰⁷ pour laquelle les causes du conflit sont toujours inhérentes

⁴⁰⁰⁴Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21.

⁴⁰⁰⁵Francis WALDER, *op.cit.* p. 243. Ce roman raconte les négociations menées en France entre les Catholiques et les Protestants (huguenots) qui aboutirent à la fameuse paix de Saint-Germain-en-Laye en 1570, deux ans avant le massacre de la Saint Barthélémy. Cette négociation est menée par quatre diplomates : Henri de MALASSISE et le baron de BIRON, représentant Charles IX (qui veut faire cesser la guerre en reconnaissant aux huguenots la « *liberté de conscience* » sans leur autoriser l'exercice de culte) et le Baron d'UBLE et Monsieur de MELYNES défendant les intérêts Protestants (qui réclament l'exercice de leur culte en France). Le livre a reçu le prix Goncourt en 1958 et a également eu droit à une adaptation télévisuelle avec un téléfilm portant le même nom diffusé en 2003 et réalisé par Gérard CORBIAU.

⁴⁰⁰⁶Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10. Selon l'auteure il n'existe pas en droit et dans les faits « *un modèle unique de ce qui serait la « bonne négociation » en opposition à la négociation déloyale* ».

⁴⁰⁰⁷Sabine ERBES-SEGUIN, « Syndicats et relations de travail dans la vie économique française », Lille, Presse universitaire de Lille, 1985, p.144. L'auteure emprunte l'expression à Richard HYMAN « *Strikes* », Londres,

à la structure des relations économiques et sociales mais dont l'expression peut être contenue par un réseau d'institutions. Ainsi la négociation collective porterait toujours intrinsèquement un conflit avéré (ou potentiel)⁴⁰⁰⁸ mais l'employeur serait plus enclin que par le passé à abandonner une partie de son pouvoir (unilatéral) de direction afin de recueillir l'assentiment des représentants du personnel. Par ce procédé l'employeur espérerait obtenir une baisse de la conflictualité en s'appuyant sur la légitimité d'une décision partagée et assumée, et envisagerait opportunément quelques éventuels ajustements des dispositions issues de l'ordre juridique étatique. Quelques soient les soubassements philosophiques prêtés au procédé en question, il semble donc indéniablement nécessaire que les différentes étapes de fabrication de l'accord collectif ne puissent être entachées de quelques suspicions qui pourraient salir son autorité. En effet, le rayonnement de l'accord collectif conclu est déterminé par la nature de ses propres clauses mais également par les conditions de sa formation. Par conséquent à défaut du respect d'un principe général de loyauté, le procédé pourrait être perçu comme un : « *trompe l'œil qui donne seulement une forme conventionnelle à des règles élaborées unilatéralement par l'employeur* »⁴⁰⁰⁹. Or, le respect du principe de loyauté passe justement par le tissage d'une armature procédurale capable de contenir les antagonismes sociaux ou assurer une forme de concorde au sein de l'entreprise. Cependant, le Code du travail reste laconique au sujet d'une définition générale de cette notion de loyauté, et ce n'est que par le biais de la négociation obligatoire qu'il indique de manière relativement imprécise un certain nombre de modalités à caractère essentiellement procédural⁴⁰¹⁰⁴⁰¹¹.

Le principe de loyauté de la négociation collective. Il est pourtant aisé de soutenir que la notion de « *loyauté* » est au fondement d'un principe général du droit ayant une portée fédératrice⁴⁰¹²

FONTANA, 1972, p.184 et «Industrial Relations. A Marxist introduction » Londres, The Macmillan Press Ltd, 1975, p. 210.

⁴⁰⁰⁸Jean-Daniel REYNAUD, *op.cit.* p.14. Selon l'auteur le conflit « *est un chemin du changement social. Réciproquement c'est bien de l'affrontement que sort la règle ; même si la négociation a été totalement « pacifique »...même si la menace d'une pression directe est restée très Lointaine ou très indirecte il s'est bien agi d'une confrontation de propositions , d'une opposition des prétentions économiques et des logiques sociales , d'une exploration des forces et des faiblesses de l'autre. Et c'est bien de cet affrontement que l'accord tire sa force* » (citation p.125).

⁴⁰⁰⁹Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.355.

⁴⁰¹⁰Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (JORF n°108 du 10 mai 2001. A ce titre l'article n°17 de la Loi du 9 mai 2001 sur le travail de nuit constitue sans doute un tournant en affirmant expressément que l'employeur doit engager sérieusement et loyalement une négociation collective en vue de conclure un accord collectif.

⁴⁰¹¹Marie-Armelle SOURIAU, « Actualité et devenir de l'obligation de négocier. Quelques aperçus », in « Analyse juridique et valeurs en droit social », Etudes offertes à Jean PELISSIER, Paris, Dalloz, 2004, p. 498.

⁴⁰¹²Mustapha MEKKI, « L'intérêt général et le contrat : Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé », Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Thèses, Bibliothèque de droit privé, 2004, p. 928 Sur la distinction entre « *principe-règle* » et « *principe-idée* ».

permettant de rendre intelligibles et cohérentes un certain nombre de règles éparses⁴⁰¹³⁴⁰¹⁴. Si à l'aune de la jurisprudence du Conseil constitutionnel le lien entre les principes de « *loyauté* » et de « *participation* » n'a rien-d'évident⁴⁰¹⁵⁴⁰¹⁶⁴⁰¹⁷, néanmoins selon le juge judiciaire cette alliance apparaît comme parfaitement nouée⁴⁰¹⁸⁴⁰¹⁹. En effet, quelques soit ses modalités⁴⁰²⁰, ses protagonistes⁴⁰²¹, ou son ressort⁴⁰²², ce procédé doit être guidé par les notions de « *sérieux* », « *sincérité* » et de « *loyauté* ». Par conséquent, la notion de « *loyauté* » recouvre bien toutes formes de négociations, voire toutes les étapes du procédé et sans doute l'exécution de chacune des formes des actes négociés⁴⁰²³. Néanmoins bien qu'elle en esquisse les contours, la Loi semble renvoyer à l'« *autonomie collective* » la charge de définir les modalités d'exécution de cette notion. En effet, l'accord collectif de « *méthode* » déjà présenté au sujet de la négociation obligatoire, doit déterminer la nature des informations partagées entre les négociateurs⁴⁰²⁴, les principales étapes du déroulement des pourparlers et éventuellement prévoir des moyens supplémentaires (ou spécifiques), afin d'assurer le bon déroulement de l'une ou de plusieurs des négociations prévues. Par conséquent le droit du travail apparaît effectivement relativement laconique quant à décrire avec précision la substance de ce principe, alors qu'à ce sujet le droit civil offre de nombreux points de repères⁴⁰²⁵.

La bonne foi ou la loyauté de la négociation collective. Il paraît donc éclairant de poursuivre notre étude par l'examen des quelques éléments provenant directement du droit civil afin de mieux cerner cette notion et d'en apprécier son appropriation par le droit du travail. En premier lieu, la doctrine travailliste préfère utiliser la notion de « *loyauté* » plutôt que celle de-« *bonne*

⁴⁰¹³ Antoine JEAMMAUD, *loc.cit.* p.416.

⁴⁰¹⁴ Josépha DIRINGER, *loc.cit.* p.416.

⁴⁰¹⁵ Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

⁴⁰¹⁶ Décision du Conseil Constitutionnel n° 93-328 DC du 16 décembre 1993. Le juge indique néanmoins que « *le respect du 8ème alinéa implique que les représentants des salariés bénéficient des informations nécessaires pour que soit assurée la participation du personnel à la détermination collective des conditions de travail* ». Il prévoit également que le législateur doit garantir l'indépendance des agents de négociation à l'égard de l'employeur

⁴⁰¹⁷ Isabel ODOUL-ASOREY, *op.cit.* p.353. Selon l'auteure : « *le principe de participation pourrait être utilement invoqué au soutien de leur généralisation* ».

⁴⁰¹⁸ Tribunal de Grande Instance de Paris, 1^{re} ch., 1^{re} section, 18 juin 1996.

⁴⁰¹⁹ Marie France MAZARS, *loc.cit.* p.481.

⁴⁰²⁰ Qu'il s'agisse d'une négociation dite « *libre* » ou d'une obligation de négocier.

⁴⁰²¹ Acteurs classique, supplétifs voir subsidiaires.

⁴⁰²² Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO- n°27 du 1 février 2007-p.1944). Pour preuve, la Loi en question interdit au gouvernement de poursuivre le processus législatif tant que le délai imparti aux partenaires sociaux pour négocier n'a pas expiré.

⁴⁰²³ Jean PELISSIER, « La loyauté dans la négociation collective », *Droit Ouvrier*, 1997, p.496.

⁴⁰²⁴ Article L. 2323-8 du Code du travail. Au niveau de l'entreprise, la négociation collective doit s'appuyer sur la base de données économiques sociales et environnementales.

⁴⁰²⁵ Michel MINÉ, « La Loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », *Travail et Emploi*, n°84, octobre 2000, p.47.

foi » plus souvent utilisée dans d'autres branches du droit civil⁴⁰²⁶⁴⁰²⁷⁴⁰²⁸. En effet il s'avère que la première notion (« *loyauté* ») à l'inverse de la seconde figure (« *bonne foi* ») tout simplement au sein du Code du travail⁴⁰²⁹. Toutefois, les deux notions ne se recouvrent pas totalement car la « *bonne foi* » semble impliquer un principe de réciprocité entre les deux parties alors que le droit du travail semble plutôt considéré que l'obligation de respect de la notion de « *loyauté* » comme afférente à l'employeur⁴⁰³⁰⁴⁰³¹. Compte tenu de la vocation du droit de la négociation collective à être désormais reconnu comme un procédé bilatéral, il nous apparaît que certaines obligations en la matière pèsent également sur l'autre partie⁴⁰³² et que la notion de « *bonne foi* » constitue par conséquent une excellente source d'inspiration pour enrichir la notion de « *loyauté* ». En effet, paradoxalement, le droit civil reconnaît désormais plus volontiers le déséquilibre entre les contractants et renforce en conséquence le contrôle du juge au sujet de la formation du contrat⁴⁰³³. Il procède à une institutionnalisation de sa : « *méfiance envers les accords de volontés obtenus en situation d'inégalité objective* »⁴⁰³⁴ ce que n'opère peut-être encore qu'insuffisamment le droit du travail⁴⁰³⁵. Ainsi sur le fondement de la notion de « *bonne foi* », le droit civil a donc construit une série d'exigences réciproques à l'égard des parties. De cette façon, lors des tractations des stipulations des clauses d'un contrat, celles-ci sont soumises à une série d'obligations particulières d'information et de renseignements allant jusqu'à un hypothétique devoir de coopération⁴⁰³⁶. De même lors de la conclusion puis de l'exécution de la convention, elle impose aux parties une obligation de « *probité* ». Enfin, ce principe peut également être apprécié d'une manière extensive, englobant le contrôle de la « *bonne foi* » à la lutte contre la violence économique, la sanction de l'absence de contrepartie, la caducité pour

⁴⁰²⁶Michel MINÉ, *loc.cit.* p.588. Selon l'auteur « *Il apparaît que la notion de loyauté est préférée des travailleurs, pour une raison textuelle puisque le Code du travail fait référence à la loyauté mais ignore le terme de bonne foi* »

⁴⁰²⁷Le principe de loyauté éclaire d'une lumière différente la question de la relation entre la négociation collective et l'exercice du droit de grève. En effet, dans une formule historique la négociation collective constituait le mode adéquat de résolution des divers conflits collectifs.

⁴⁰²⁸Michel MINÉ, *loc.cit.* p.588.

⁴⁰²⁹Michel MINÉ, *loc.cit.* p.588.

⁴⁰³⁰Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

⁴⁰³¹Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

⁴⁰³²Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21.

⁴⁰³³Pascal LOKIEC et Judith ROCHFELD, *loc.cit.* p.482. Alors que le droit du travail a intégré depuis longtemps que le contrat de travail est formé par deux parties dont l'une se trouve en situation de subordination à l'égard de l'autre, le droit civil était jusqu'alors resté ancré dans l'idée d'une égalité abstraite. Sur fond de volonté de renforcer la protection de la « *partie faible* », elle remet en question, la notion initiale d'égalité des contractants induisant celle d'égale liberté fondant le consentement ainsi que les conséquences qui en découlent : La confiance dans l'égalité et la liberté des parties entraînait l'admission de la légitimité du contenu contractuel de l'accord (« *qui dit contractuel dit juste* ») -et l'intangibilité de ce dernier.

⁴⁰³⁴Pascal LOKIEC et Judith ROCHFELD, *loc.cit.* p.482.

⁴⁰³⁵En somme alors que le droit civil est désormais méfiant à l'égard du contrat, le droit du travail aurait tort de le sanctifier.

⁴⁰³⁶Yves CHALARON, *loc.cit.* p.338.

disparition des concessions offertes lors de la conclusion de l'accord ou encore l'éradication des clauses abusives⁴⁰³⁷.

La loyauté contractuelle et la loyauté du contractant. Par ailleurs, la doctrine civiliste distingue entre la « *loyauté contractuelle* » (fonction complétive) et la « *loyauté du contractant* » (fonction limitative)⁴⁰³⁸⁴⁰³⁹⁴⁰⁴⁰. La première notion vise à permettre au juge d'enrichir le contenu du contrat, d'obligations non prévues par les parties, alors que la seconde est censée lui octroyer le moyen de contrôler les modalités d'exécution des obligations par les contractants. Or, si la Chambre Sociale de la Cour de cassation considère qu'elle peut sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne s'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties⁴⁰⁴¹⁴⁰⁴². Au regard de cette présentation, l'exigence de « *bonne foi* » peut donc apparaître comme une notion issue du droit civil insuffisamment adaptée au droit du travail voire mal déterminée au sujet de la négociation collective. Néanmoins, il semble que rien ne permet de rejeter de manière absolue la soumission de la négociation collective à ces principes communs à tous les contrats⁴⁰⁴³ quand bien même l'accord collectif doit être examiné comme un acte de nature spécifique.

3.2.2. Une définition légale laconique du principe de loyauté

Il s'avère donc que le droit des relations professionnelles renvoie à une approche plus restreinte limitant l'exigence de loyauté à un standard permettant de déterminer les comportements à respecter lors de la négociation de l'accord collectif. Constatons que la Loi donne quelques

⁴⁰³⁷Pascal LOKIEC et Judith ROCHFELD, *loc.cit.* p.482.

⁴⁰³⁸Yves PICOD, « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », Paris, Librairie Générale du Droit et de la Jurisprudence, 1998, p.254.

⁴⁰³⁹Philippe STOFFEL-MUNCK, « L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie », Paris, Librairie Générale du Droit et de la Jurisprudence, 2000, p.862.

⁴⁰⁴⁰Anne-Laure MAZAUD, « Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure », Thèse, Université de Lyon II, 2016, p.787.

⁴⁰⁴¹Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 10 juillet 2007, 06-14.768, Publié au bulletin. Le juge a limité le domaine de l'appréciation du comportement des parties, suivant la formule selon laquelle « *si la règle selon laquelle les conditions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* ». Doit, en conséquence, être cassé l'arrêt qui, pour rejeter la demande fondée sur une convention de garantie de passif, retient que l'intéressé, dirigeant de la société dont les actions étaient cédées, a délibérément exposé celle-ci aux risques, qui se sont réalisés, de mise en œuvre de pratiques irrégulières à l'origine du redressement fiscal invoqué au titre de cette garantie et ne peut par suite, sans manquer à la bonne foi, se prétendre créancier des cédants.

⁴⁰⁴²Thomas PASQUIER, « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », *Revue de Droit du Travail*, 2018, p.44.

⁴⁰⁴³Yves CHALARON, *loc.cit.* p.338.

éléments épars en guise de définition laconique du principe de loyauté. En outre, cette notion légale est complétée par une définition prétorienne relativement étroite se concentrant principalement sur les modalités de formation de l'accord collectif et négligeant ses modalités d'exécution.

Une définition légale laconique voire lacunaire du principe de loyauté. L'application du principe limite les effets les plus criants des actes de déloyauté, mais constitue également un référent procédural tendant à structurer les actions des parties lors de la formation et l'exécution de l'accord collectif. Par conséquent, l'exigence de ce principe de loyauté s'impose : « *dès lors qu'elle participe du contrôle des pratiques et attitudes de l'employeur durant le processus de négociation* »⁴⁰⁴⁴ et repose sur deux considérations : « *celle de négocier avec tous et celle de négocier vraiment* »⁴⁰⁴⁵. Dans le domaine de la négociation collective, si le droit du travail a donc pu apparaître lacunaire, une nouvelle structuration législative permet de préciser la notion en distinguant trois figures. Tout d'abord celle d'un « *standard de loyauté* »⁴⁰⁴⁶ qui s'impose comme principe général de la négociation issue de la pratique judiciaire. Puis une seconde figure découlant de sa dimension procédurale et renvoyant à la formation d'accords collectifs de « *méthode* » issue de la Loi 2016-1088 du 8 août 2016⁴⁰⁴⁷. Enfin, une série d'obligations spéciales propres à chaque régime de négociation (branche professionnelle ou entreprise) issue de l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017⁴⁰⁴⁸.

Les éléments épars de la définition légale du principe de loyauté. Commençons donc par examiner cette dernière figure offrant quelques éléments permettant de préciser la notion de loyauté par le biais de la procédure. En effet, l'article L.2241-3 du Code du travail concernant la négociation collective des branches professionnelles⁴⁰⁴⁹, semble précis et concret⁴⁰⁵⁰, car il indique de manière positive que le comportement loyal de la partie patronale se matérialise par une obligation générale d'information. Il ajoute que les revendications des organisations syndicales doivent être discutées de manière sérieuse et approfondie faisant éventuellement

⁴⁰⁴⁴Thomas PASQUIER, *loc.cit.* p. 590.

⁴⁰⁴⁵Thomas PASQUIER, *loc.cit.* p. 590.

⁴⁰⁴⁶Thomas PASQUIER, *loc.cit.* p. 590.

⁴⁰⁴⁷La Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016).

⁴⁰⁴⁸Thomas PASQUIER, *loc.cit.* p. 590.

⁴⁰⁴⁹Article L.2242-12 du Code du travail.

⁴⁰⁵⁰Article L.2241-3 du Code du travail. Il dispose : « *que la partie patronale ait communiqué aux organisations syndicales les informations nécessaires pour leur permettre de négocier en toute connaissance de cause et ait répondu de manière motivée aux éventuelles propositions des organisations syndicales* ».

l'objet de contre-proposition. Pour découvrir quelques éléments supplémentaires, il nous faut cependant nous tourner de manière surprenante du côté de l'article L.2242-6 du Code du travail relatif aux obligations de dépôt d'un procès-verbal en cas d'échec sur les négociations obligatoires d'entreprise sur les salaires. En effet, cet article nous signale que le procès-verbal doit attester que l'employeur a engagé sérieusement et loyalement les négociations. Cela implique que, dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives : *« l'employeur ait convoqué à la négociation les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et fixé le lieu et le calendrier des réunions »*⁴⁰⁵¹. Il en découle également que l'employeur doit leur avoir communiqué les informations-pour leur permettre de négocier : *« en toute connaissance de cause et avoir répondu de manière motivée aux éventuelles propositions des organisations syndicales »*⁴⁰⁵². Remarquons que cette double vision de la négociation collective correspond belle et bien à la nouvelle rédaction de l'article 1112-1 du code civil relatif à l'obligation précontractuelle d'information aux termes duquel : *« celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant »*⁴⁰⁵³. Cette obligation pèse particulièrement sur l'employeur car celui-ci est également chargé de livrer une information pertinente sur le contexte qui entoure la négociation ou encore sur les autres projets en cours au sein de l'entreprise⁴⁰⁵⁴. Il s'avère que sans un minimum de connaissance de la réalité de la situation relative à tel ou tel thème, la partie syndicale ne peut sérieusement négocier sur un pied d'égalité avec l'employeur. Par conséquent, la transmission préalable d'information est donc bien la condition essentielle d'une conduite loyale de la négociation. Il s'en déduit également qu'une fois engagée par l'employeur⁴⁰⁵⁵, la négociation collective doit compter au moins deux réunions et que le bon respect de ce principe oblige à la transmission d'informations pertinentes et sincères notamment quand l'une des parties à la négociation fait l'objet d'un déséquilibre de connaissances⁴⁰⁵⁶. Néanmoins si lors de la première réunion l'employeur fournit préalablement au début des pourparlers, les informations nécessaires sur les thèmes prévus par la négociation qui s'engage et la date de cette remise⁴⁰⁵⁷, la Loi (ou le règlement) reste relativement sobre au

⁴⁰⁵¹Article L. 2242-6 Code du travail.

⁴⁰⁵²Article L. 2242-6 Code du travail.

⁴⁰⁵³Article 1112-1 du Code civil.

⁴⁰⁵⁴Thomas PASQUIER, *loc.cit.* p.590.

⁴⁰⁵⁵De la propre initiative de l'employeur ou à défaut à la demande d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives).

⁴⁰⁵⁶Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21.

⁴⁰⁵⁷Article L. 2242-2 Code du travail.

sujet des modalités concrètes du déroulement des réunions de la négociation collective. Si le temps passé aux pourparlers est considéré comme du temps de travail⁴⁰⁵⁸, les heures consacrées à leur préparation ne sont toutefois pas imputables sur un éventuel crédit d'heures de délégation⁴⁰⁵⁹ à l'exception spécifique des entreprises de cinq cents salariés et plus⁴⁰⁶⁰. Or, sans un minimum de connaissance de la réalité de la situation relative à tel ou tel thème, et privée de moyens et de temps afin d'examiner ceux-ci, la partie syndicale ne peut pas sérieusement s'engager dans la négociation. Bien entendu l'information doit être fiable, sincère (accompagnée d'éventuels commentaires explicatifs), et adressée à l'ensemble des organisations syndicales représentatives ; cependant il n'est pas précisé de délai légal de communication de cette transmission. De même il n'existe pas une liste générale et exhaustive des documents à remettre aux délégations syndicales, mais l'on retrouve des informations éparses correspondant à chaque type de négociation engagée⁴⁰⁶⁵. En effet, comme nous le savons plusieurs thèmes de la négociation collective obligatoire font uniquement l'objet de quelques recommandations lacunaires⁴⁰⁶⁶, alors que pour d'autres sujets la Loi se donne la peine de préciser le détail des informations nécessaires au bon déroulement de la négociation en question. Ainsi au sujet des pourparlers relatifs aux salaires, l'employeur doit fournir les informations sur les fourchettes des salaires versés avec indication des moyennes, mais aussi

⁴⁰⁵⁸Article L. 2143-17 Code du travail. Le temps des négociations collectives est considéré comme un temps de travail effectif et par conséquent payé comme tel, pour tous les membres de la délégation.

⁴⁰⁵⁹Article L. 2232-18 Code du travail.

⁴⁰⁶⁰Article L.2143-16 Code du travail. Il existe un crédit global supplémentaire pour la préparation de la négociation au profit des délégations salariales (répartition par délégation à l'initiative du délégué syndical): 12h/an pour les entreprises dont l'effectif est supérieur ou égal à 500 salariés ; et 18h/an pour les entreprises dont l'effectif est supérieur ou égal à 1000 salariés.

⁴⁰⁶¹La Circulaire du 5 mai 1983 relative à l'application de la Loi n°82957 du 13 novembre 1982 (publiée JONC, 3 juillet 1983) : S'il s'agit d'une négociation d'établissement, les parties doivent aménager la répartition du crédit supplémentaire entre les différentes délégations.

⁴⁰⁶²Cour de cassation, Chambre sociale, du 2 juin 2004, n°01-44474, Publié au bulletin. Remarquons qu'il s'agit d'un crédit global et annuel pour la préparation des négociations obligatoires, et peu important si un ou plusieurs accords sont négociés dans l'année. Quel que soit le volume de l'activité conventionnel les délégués syndicaux bénéficient toujours du même crédit d'heures qui évolue légalement en fonction de la taille de l'entreprise.

⁴⁰⁶³Cour de cassation, Chambre sociale, du 29 octobre 1987, n°84-45032. Le juge de la Cour de cassation considère qu'aucun texte n'impose à l'employeur de les rembourser alors qu'une circulaire ministérielle estimait que : « dans le cas où la négociation nécessite un déplacement de certains membres de la délégation, il est conforme à l'esprit de la Loi que les frais y afférant soient pris en charge par l'employeur ».

⁴⁰⁶⁴Il n'existe aucune disposition légale ou réglementaire au sujet des frais de déplacement pour se rendre à ces négociations.

⁴⁰⁶⁵Notons que les informations peuvent désormais être mises à disposition dans le cadre de la base des données économiques sociales et environnementale.

⁴⁰⁶⁶La réponse du ministre des Affaires Sociales et de la Solidarité Nationale à Monsieur Dominique DUPILET, Député de l'Assemblée nationale (réponse n°26698, JO débats AN 2 mai 1983 p.1996) : Au sujet de la négociation collective obligatoire relative à la durée et organisation du temps de travail, il est uniquement recommandé de préciser certains éléments épars.

des minima et des maxima par catégorie et par sexe⁴⁰⁶⁷⁴⁰⁶⁸⁴⁰⁶⁹. De même, la négociation collective obligatoire relative à l'égalité professionnelle prescrit également un certain nombre d'informations particulières présentant un caractère obligatoire pour sa bonne conduite⁴⁰⁷⁰. De la même manière, la négociation au sujet des mesures relatives à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés⁴⁰⁷¹ se déroule sur la base du rapport établi par l'employeur présentant sa situation concernant son obligation d'emploi en la matière⁴⁰⁷²⁴⁰⁷³. Si l'information apparaît donc comme la condition nécessaire d'une conduite sérieuse et loyale de la négociation, le Code du travail organise différemment suivant les thèmes l'accès à cette dernière afin que les protagonistes puissent négocier en connaissance de cause⁴⁰⁷⁴. La transmission préalable d'information mais également les moyens de leur examen sont donc les conditions d'une conduite loyale de la négociation.

La définition prétorienne du principe de loyauté. Faute de suffisamment de règles substantielles fixées par le législateur, les protagonistes sociaux peuvent éventuellement recourir à l'appréciation de la notion de « *loyauté* » effectuée par le juge. Par le truchement du

⁴⁰⁶⁷La Circulaire du 5 mai 1983 relative à l'application de la Loi n°82957 du 13 novembre 1982 (publiée JONC, 3 juillet 1983) : Il s'agit des salaires bruts, y compris les primes et avantages en nature le cas échéant, lorsque ces primes et avantages résultent de l'application de la convention ou d'un accord. De même, l'enveloppe réservée aux augmentations individuelles doit bien faire l'objet d'une information (voire d'une négociation).

⁴⁰⁶⁸Articles L. 2323-8 et L.2242-8 Code du travail. Le diagnostic des écarts éventuels de rémunération hommes/femmes est établi sur la base des éléments du diagnostic sur l'égalité hommes/femmes intégré à la Base de Données Economiques Sociales et Environnementale. De même, il découle de l'article L.2242-8 du Code du travail que l'enveloppe consacrée aux rattrapages des écarts de rémunérations et déroulement de carrière entre les femmes et les hommes doit également faire l'objet d'une information (et d'une négociation).

⁴⁰⁶⁹La réponse du ministre des Affaires Sociales et de la Solidarité Nationale à Monsieur Dominique DUPILET, Député de l'Assemblée nationale (réponse n°26698, JO débats AN 2 mai 1983 p.1996) : La présentation d'informations par grands ensembles tels que les catégories ouvriers employés cadres n'est pas conforme à la Loi (réponse ministérielle du 9 novembre 1984). Par conséquent, s'il existe une grille de classification, répartition homme-femme dans cette grille et les raisons des différences, les emplois non visés par la grille doivent être répertoriés par assimilation ; s'il n'existe pas de grille de classification, il faut détailler emploi par emploi (poste de travail) avec précisions par sexe et qualification. Si la précision des informations données ne peut pas conduire à révéler le montant des rémunérations individuelles, cette communication doit tout de même permettre au banc syndical de mesurer la dispersion des rémunérations au sein de chaque catégorie.

⁴⁰⁷⁰Article L2323-8 du Code du travail. Ces informations s'appuient notamment sur les données mentionnées à la rubrique égalité professionnelle entre les femmes et les hommes au sein de la base de données économiques et sociales et environnementale de l'entreprise. Il est effectivement prévu un diagnostic et une analyse de la situation respective des femmes et des hommes pour chacune des catégories professionnelles de l'entreprise.

⁴⁰⁷¹Notamment les conditions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, les conditions de travail et d'emploi et les actions de sensibilisation du personnel au handicap.

⁴⁰⁷²Enfin la négociation relative à l'intéressement, la participation et l'épargne salariale précise également des informations obligatoires légales ou réglementaires expresses à transmettre par l'employeur aux organisations syndicales représentatives.

⁴⁰⁷³L'article L2242-20 du Code du travail. Cet article relatif à la négociation obligatoire sur la gestion des emplois et des parcours professionnels et sur la mixité des métiers impose l'établissement d'un rapport à l'échéance de l'accord collectif. Ce dernier peut éventuellement servir de support à l'ouverture d'un nouveau cycle de négociation collective sur le même sujet.

⁴⁰⁷⁴Article L.2242-2 du Code du travail.

contentieux, ce dernier se trouve également amené à préciser le détail de toutes les dimensions de cette notion de « *loyauté* » mais également sa propre représentation de la négociation collective. Il en ressort que si la loyauté impose aux parties de ne pas se limiter à de simples pourparlers formels sans réelle volonté d'aboutir, le juge a principalement sanctionner les situations selon lesquelles l'employeur avait entravé l'engagement de la négociation ou organiser des discussions séparées⁴⁰⁷⁵. De cette manière, la Cour de cassation a précisé que la nullité d'une convention ou d'un accord collectif est encourue lorsque toutes les organisations syndicales n'ont pas été convoquées à la négociation collective, ou si l'existence de négociations séparées est établie, ou encore si elles n'ont pas été mises à même de discuter les termes du projet soumis à la signature en demandant le cas échéant la poursuite des négociations⁴⁰⁷⁶. Toutefois, si la conduite séparée des négociations consistant à poursuivre les pourparlers uniquement avec tel ou tel des négociateurs est illégale, il est possible d'inviter distinctement l'ensemble des organisations syndicales représentatives à différentes dates pour une réunion finale de signature de l'accord collectif⁴⁰⁷⁷⁴⁰⁷⁸. Néanmoins, cette pratique ne peut être recevable que si toutes les organisations syndicales représentatives ont bien été destinataires du projet final avant signature, et qu'aucune modification à la dernière minute n'a pu être apportée en dehors de la connaissance de tous⁴⁰⁷⁹.

La question de la déloyauté du comportement de l'employeur pendant les tractations. Au-delà d'un éventuel non-respect du principe de loyauté concernant l'absence de convocation de l'ensemble des organisations syndicales représentatives ou de la poursuite clandestine de négociations bilatérales⁴⁰⁸⁰, la Cour de cassation indiquait dans un arrêt du 9 juillet 1996⁴⁰⁸¹, que le procédé devait être mené de bout en bout avec l'ensemble des protagonistes sociaux

⁴⁰⁷⁵Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p. 21.

⁴⁰⁷⁶Cour de cassation, Chambre sociale, du 8 mars 2017, n° 15-18.080 et 10 octobre 2007, n° 06-42.721. Concernant le premier arrêt, la négociation collective interprofessionnelle relative à l'assurance chômage, le juge considéra qu'il en allait autrement si la négociation s'était poursuivie avec une partie des protagonistes mais que l'ensemble des deux ceux-ci avait bien été invités à la poursuite des pourparlers et qu'une partie d'entre eux avait décidé de ne pas s'y rendre. Il découle du second arrêt, que l'accord collectif avait été annulé car la dernière version présentée à l'ensemble des participants à la négociation ne correspondait pas au texte finalement ratifié par les deux des organisations syndicales représentatives. Il en ressortait qu'une négociation s'était poursuivie avec une partie des protagonistes en dehors de la connaissance des autres.

⁴⁰⁷⁷Cour de cassation, Chambre sociale, du 10 octobre 2007, n° 06-42.721.

⁴⁰⁷⁸Cependant cette pratique ne peut être recevable que si toutes les organisations syndicales représentatives ont bien été destinataires du projet final avant signature, et qu'aucune modification à la dernière minute n'a pu être apportée en dehors de la connaissance de tous.

⁴⁰⁷⁹Cour de cassation, Chambre criminelle, du 4 octobre 1989, n° 88-86163. De ce fait le juge pénal a pu écarter toute condamnation d'un employeur au motif que ce comportement ne constituait pas une infraction aux cas limitativement énumérés par la Loi.

⁴⁰⁸⁰Cour de cassation, Chambre sociale, du 13 juillet 1988, 86-16.302, Publié au bulletin.

⁴⁰⁸¹Cour de cassation, Chambre sociale, du 9 juill. 1996, n° 95-13.010.

intéressés, devant bénéficier de la: « *possibilité d'exprimer leurs propositions, motiver leur refus, formuler des contrepropositions dont certaines ont été retenues* »⁴⁰⁸². Ainsi, le juge constatait bien un défaut de loyauté au sujet d'une procédure de négociation obligatoire, pour laquelle une société ayant pourtant convoqué les organisations syndicales représentatives à une série de réunions correspondant à un calendrier conclu à ce sujet, mais avait brusquement interrompu l'exécution du procédé par une décision unilatérale de l'employeur⁴⁰⁸³. Si les articles L.2243-1 et L.2243-2 du Code du travail disposent que le fait pour l'employeur de se soustraire à son obligation d'engager la négociation obligatoire en ne convoquant pas les parties, ou en refusant de participer à cette négociation constitue indéniablement un délit d'entrave⁴⁰⁸⁴, le comportement de l'employeur en cours de négociation correspondant à une attitude passive voire systématiquement opposante pendant les réunions n'est pas expressément envisagé en tant que telle. Néanmoins, la chambre criminelle de la Cour de cassation a précisé qu'est passible de sanctions pénales l'employeur qui exclut une catégorie de personnel de la négociation alors que cette situation n'est pas expressément envisagée par la Loi⁴⁰⁸⁵. Au-delà de cette dernière hypothèse, un manquement devant faire en droit pénal l'objet d'un élément intentionnel ainsi qu'un élément matériel strictement entendu⁴⁰⁸⁶, il est préférable que les organisations syndicales représentatives engagent une procédure civile de référé devant le Tribunal Judiciaire pour contraindre l'employeur à engager les pourparlers ou suspendre sa décision unilatérale en cas de manque de respect du principe de loyauté⁴⁰⁸⁷⁴⁰⁸⁸. Toutefois, il ressort de la jurisprudence rappelée ci-dessus, une obligation de loyauté à la charge de

⁴⁰⁸²Cour de cassation, Chambre sociale, du 9 juill. 1996, n° 95-13.010.

⁴⁰⁸³Tribunal de Grande Instance de Nanterre, ordonnance de référé du 29 avril 2015, n° 15/00650.

En effet, quand bien même la convocation était accompagnée d'un premier projet d'accord collectif, la veille de la réunion, les organisations syndicales ont été informées que compte tenu de la situation financière du groupe, ledit projet d'accord n'était plus valable et que d'autres propositions seraient émises à la prochaine réunion. Néanmoins le jour de la seconde réunion, l'employeur retira son projet et mit fin à la négociation. Au-delà du respect du formalisme, cette manière un peu raide d'opérer fut donc appréciée par le juge comme déloyal.

⁴⁰⁸⁴Article L. 2243-1 et L. 2243-2 du Code du travail : Le fait de se soustraire aux obligations prévues à l'article L. 2242-1, relatives à la convocation des parties à la négociation et à l'obligation périodique de négocier, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros. De même, le fait de se soustraire aux obligations prévues aux articles L. 2242-1 et L. 2242-20 est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros.

⁴⁰⁸⁵Cour de cassation, Chambre criminelle, du 28 mars 1995, n° 92-80.694.

⁴⁰⁸⁶Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, du 7 décembre 2010, n°10-83.902, Publié au bulletin. En effet un employeur assujéti à la négociation obligatoire relative notamment à la gestion prévisionnelle des emplois et compétences ne peut être condamné pour délit d'entrave du fait de son omission de négocier aux conditions de retour et de maintien dans l'emploi des salariés âgés et de leur accès à la formation professionnelle, car ce dernier sujet n'est pas strictement listé au sein de l'article L2242-20 du Code du travail.

⁴⁰⁸⁷Tribunal de Grande Instance de Nanterre 7 novembre 2008, n°08-02480.

⁴⁰⁸⁸Cour de cassation, Chambre sociale, du 29 juin 1994, n°91-18640 et 13 novembre 2008, n°07-44874. Par ailleurs en n'exécutant pas son obligation annuelle de négocier, le juge civil a considéré que l'employeur avait privé le salarié d'une chance d'obtenir une gratification.

l'employeur limitée au déroulement des pourparlers. Par conséquent doit-on considérer cette obligation de façon exclusivement unilatérale et circonscrite à la seule période des tractations ?

L'exécution loyale de l'accord collectif conclu. En effet, l'article L2262-4 du Code du travail dispose que les signataires de l'accord collectif : « *sont tenus de ne rien faire qui soit de nature à en compromettre l'exécution loyale* »⁴⁰⁸⁹. Il découlerait donc du principe de loyauté, également une obligation d'exécution loyale de l'accord collectif conclu. Ainsi la chambre sociale de la Cour de cassation a pu donner une réponse favorable à un salarié reprochant à son employeur le non-respect d'une clause de « *maintien dans l'emploi* » d'un accord collectif. En l'occurrence, l'employeur appliquant le texte de la stipulation mais en violant l'esprit, le juge concluait qu'il s'agissait d'une absence de respect du principe de loyauté dans l'exécution de l'accord collectif⁴⁰⁹⁰. Par conséquent, l'employeur qui ne respecte pas un engagement clairement exprimé dans un accord collectif viole son obligation de loyauté car son action (ou son omission) met en cause la bonne exécution de l'accord collectif. Néanmoins, le juge peut se heurter aux limites de son propre raisonnement et considérer que l'employeur fermant un site industriel alors qu'il s'était engagé par le biais d'une clause de « *maintien de l'activité* », ne viole pas son obligation de loyauté car il ne peut autolimiter son pouvoir de licencier qui

⁴⁰⁸⁹Article L.2262-4 du Code du travail. Les organisations de salariés et les organisations (ou groupements) d'employeurs, (ou les employeurs pris individuellement), liés par une convention ou un accord, sont tenus de ne rien faire qui soit de nature à en compromettre leur exécution loyale. Ils ne sont garants de cette exécution que dans la mesure déterminée par la convention ou l'accord. En effet, si l'article L2262-4 du Code du travail dispose que les signataires « *sont tenus de ne rien faire qui soit de nature à en compromettre l'exécution loyale* » de l'accord collectif, ces derniers ne sont pas assujettis à aucune obligation plus large de « *paix sociale* » pendant la durée de son exécution.

⁴⁰⁹⁰Cour de cassation, Chambre sociale, du 1 avril 1997, 95-45.284, Inédit. Le juge fait pour la première fois référence à l'exécution de bonne foi des conventions et accords collectifs de travail dans lesquels l'employeur s'engage à ne pas licencier pendant une période définie. Dans l'espèce, la société Case France s'était engagée par un accord d'entreprise daté du 21 janvier 1992, à « *ne pas licencier trente personnes dans le plan de licenciement économique en cours* ». Cet engagement de maintien de l'emploi, conclu à durée déterminée, n'était applicable que jusqu'au 31 janvier 1993. Quelques jours avant la fin de cette période de garantie, l'employeur proposait à l'un des salariés d'adhérer à une convention de conversion. La proposition était acceptée par le salarié et la convention était signée le 1^{er} février 1993, soit le lendemain de la fin d'application de l'accord de maintien de l'emploi. Le salarié saisit alors la juridiction prudhommale afin d'obtenir de l'employeur le paiement de dommages et intérêts pour n'avoir pas respecté son engagement de maintien de l'emploi. A priori, l'engagement n'est pas réellement violé car l'employeur n'a fait signer la convention de conversion que le lendemain de la fin d'application de l'accord litigieux. Cependant, la procédure avait été initiée pendant ladite période de garantie. En conséquence, les juges condamnent l'employeur, sur le fondement de la déloyauté, à réparer le préjudice qui résultait de la rupture du contrat. La solution retenue par la Cour de cassation est rendue en application de l'article 1134 du Code civil qui dispose que les conventions doivent être exécutées de bonne foi.

constitue une disposition d'ordre public⁴⁰⁹¹⁴⁰⁹². Il en résulte que si le principe de loyauté s'étend timidement au domaine l'exécution des stipulations conclues, il ne peut pas être pour autant être assimilé une obligation de « *paix sociale* »⁴⁰⁹³.

Le respect du principe de loyauté ou d'une « paix sociale ». Néanmoins, la négociation collective ne peut être envisagée uniquement comme une discussion pouvant éventuellement aboutir à la conclusion de dispositions conventionnelles, car elle est également l'expression d'un rapport de force. Par conséquent sous cet angle, à l'obligation de respect loyal des stipulations conclues pourraient bien être associée une obligation d'abstention de toute protestation pendant la durée d'exécution de l'accord collectif. A l'instar du modèle de relations professionnelles anglo-saxon, il en ressortirait une obligation de loyauté bilatérale plus large que la durée des pourparlers, mais allant également au-delà de la bonne exécution des dispositions nouées par les deux parties. Une partie de la doctrine considère que la conclusion d'un accord collectif conditionné au respect d'une éventuelle obligation de « *paix sociale* » ne serait pas contraire aux divers principes constitutionnels en la matière⁴⁰⁹⁴⁴⁰⁹⁵⁴⁰⁹⁶. Ainsi, les signataires satisfaits de la conclusion de l'accord collectif seraient tenus de ne absolument rien faire pouvant compromettre de quelque manière l'exécution loyale de l'accord collectif⁴⁰⁹⁷⁴⁰⁹⁸. A défaut d'une quelconque prescription légale de cette nature en droit positif, remarquons que ce type d'obligation conventionnelle ne pourrait contraindre que les signataires de l'accord

⁴⁰⁹¹Cour de cassation, Chambre sociale, du 22 janvier 1998, 95-45.400 95-45.402, Publié au bulletin. Le juge a par la suite retenu une position contraire. La société en question avait négocié et signé un accord collectif par lequel les salariés acceptaient une réduction de leur salaire et l'employeur s'engageait en contrepartie à maintenir une partie de l'activité sur un site au lieu de le fermer. Malgré cet engagement précis de l'employeur a décidé de procéder à sa fermeture sans licenciement. En effet, l'employeur a proposé aux salariés travaillant sur le site menacé d'accepter par modification de leur contrat un transfert sur un autre site. De cette manière l'employeur viole son engagement de maintien d'activité même s'il ne procède à aucun licenciement. En se référant uniquement aux articles L 2262-11 et L 2262-12 du Code du travail (articles L 135-5 et L 135-6 de l'ancien Code du travail), les juges ne font pas référence à l'exécution loyale, mais uniquement à la faculté ouverte à toute personne liée par l'accord d'obtenir l'exécution des engagements contractés, et le cas échéant, des dommages et intérêts.

⁴⁰⁹²Alexandre FABRE, « Le contentieux de la violation des engagements en matière d'emploi », le Droit Ouvrier, 2015, p.469.

⁴⁰⁹³Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46. Selon l'auteur : « *L'obligation d'exécution loyale de la convention collective est une obligation aussi bien positive que négative mais que ni sous l'un ni sous l'autre aspect ne saurait fonder un devoir de paix* ».

⁴⁰⁹⁴Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

⁴⁰⁹⁵Sylvain. NERON, « L'obligation de paix sociale aux Etats-Unis et en France : étude de droit du travail comparé », Thèse, Toulouse-I, 2008, p. 675. Selon l'auteur, un devoir de paix légal explicite serait conforme à la Constitution et se fonderait sur le respect à la liberté d'entreprendre. Ainsi la liberté d'entreprendre, comme prolongement naturel de la liberté du commerce et de l'industrie reconnue par le Conseil constitutionnel pourrait très bien justifier les atteintes au droit de grève.

⁴⁰⁹⁶ Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46.

⁴⁰⁹⁷Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

⁴⁰⁹⁸Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

collectif en question. Or, dans un contexte de pluralisme syndical, les organisations syndicales représentatives non-signataires resteraient libres d'initier les revendications et conflits sociaux de leurs choix⁴⁰⁹⁹ malgré une éventuelle clause de « *paix sociale* ». En effet, le droit des salariés à faire grève ne peut être restreint par une clause de cette nature⁴¹⁰⁰⁴¹⁰¹, ces derniers ne se trouvant pas engagés par la conclusion d'un accord collectif signé par des organisations syndicales représentatives⁴¹⁰².

3.2.3. L'appropriation du principe de loyauté par l'autonomie collective

Il en ressort donc que faute de suffisamment d'éléments (légaux, réglementaires ou jurisprudentiels), les précisions nécessaires à la détermination des modalités d'une négociation guidée par les notions de « *sérieux* », « *sincérité* » et de « *loyauté* » sont largement à la charge de l'« *autonomie collective* ». Constatons que le caractère lacunaire de la définition légale de loyauté ne présente pas que des inconvénients. En effet, de cette manière la Loi invite les parties prenantes à se saisir de la définition du caractère loyal des modalités de la négociation collective. Par ce biais l'« *autonomie collective* » retrouve le moyen de déterminer la substance d'un principe dans son avenir est tributaire.

La définition du principe de loyauté formée par les parties prenantes. En effet, l'article L.2222-3-1 du Code du travail indique qu'« *une convention ou un accord collectif peut définir la méthode permettant à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties* »⁴¹⁰³. L'accord collectif en question doit notamment préciser la nature des informations partagées entre les négociateurs⁴¹⁰⁴, les principales étapes du déroulement des pourparlers et éventuellement prévoir des moyens supplémentaires (ou spécifiques), afin d'assurer le bon déroulement de l'une ou de plusieurs des négociations

⁴⁰⁹⁹Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46. Le pluralisme syndical ainsi que l'unicité de la représentativité font qu'à chaque niveau se trouvent des représentations syndicales de nature différente. Le pluralisme syndical constitue donc un frein à la mise en place de clauses de « *paix social* ». De plus le syndicat non-signataire de la clause n'est pas concernée par celle-ci et se trouve libre de ne pas l'appliquer. Concernant la signature d'une éventuelle clause de grève et de sa violation des clauses de grève : seuls le syndicat signataire peut être considéré comme violeur de la clause.

⁴¹⁰⁰Nikitas ALIPRANTIS, *op.cit.* p.46. Les salariés peuvent participer à une grève organiser par un syndicat non-signataire. On peut suivre le même raisonnement pour les salariés syndiqués au syndicats signataires voire pour les salariés signataires de l'accord. La clause ne lie que l'organisation syndicale.

⁴¹⁰¹Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21.

⁴¹⁰²En effet, en droit interne contrairement à de nombreux autres systèmes de relations professionnels, la conclusion de l'accord collectif ne met pas en place un principe de « *paix social* » excluant la possibilité de l'exercice du droit en grève portant sur le thème de l'accord collectif pendant la durée de celui-ci.

⁴¹⁰³Article L. 2222-3-1 du Code du travail.

⁴¹⁰⁴Article L. 2323-8 du Code du travail. Il en va notamment ainsi au niveau de l'entreprise, en s'appuyant sur les bases de données économiques, sociales et environnementale.

prévues. La loyauté est ainsi érigée au rang de principe lui conférant une certaine autorité sans que l'on puisse déterminer s'il s'agit d'un « *principe-règle* » ou d'un « *principe-description* »⁴¹⁰⁵⁴¹⁰⁶⁴¹⁰⁷. En effet, l'article L.2222-36 du Code du travail, dispose que la méconnaissance des stipulations de l'accord (dit de « *méthode* ») n'est pas de nature à entraîner la nullité des accords conclus. Or, en l'absence de respect du « *principe-règle* » de loyauté, la procédure devrait être jugée comme déséquilibrée. En effet, la conclusion d'un accord collectif dans un contexte déloyal, peut être assimilée à un procédé renforçant le pouvoir de décision unilatérale de l'employeur⁴¹⁰⁸. Par conséquent, une partie de la doctrine propose à juste titre que l'engagement des négociations au fond soit subordonné à la conclusion d'un accord de « *méthode* » dont le non-respect des stipulations serait sanctionné par la nullité⁴¹⁰⁹⁴¹¹⁰⁴¹¹¹. A défaut d'un recours effectif à la notion de loyauté des transactions, le ressort de l'entreprise risquerait de ressembler à un théâtre d'ombre chargé de vêtir des habits du « *consensus* » les décisions unilatérales de l'employeur. La réalité de l'application de ce principe de loyauté semble être l'élément distinctif de l'accord collectif au sein d'un cadre juridique favorisant une forme de confusion. Plus largement mesurons à quel point la notion d'« *autonomie collective* » est largement tributaire de la bonne appropriation de cette notion par les parties prenantes. Ce point est d'autant crucial que les acteurs de la négociation collective bénéficient justement de marges de manœuvre permettant aux accords collectifs conclus par leurs soins de s'imposer quoiqu'il en soit aux autres normes ainsi qu'au contrat de travail individuel sous la vigilance bienveillante du juge.

La définition des modalités de formation de l'accord collectif ou d'un intérêt commun. En cela l'exigence de loyauté des pourparlers ne peut se réduire à une simple neutralisation temporaire du rapport de force, car elle peut plus largement traduire un éventuel changement de perspective à l'égard de la négociation collective. En effet, si la définition de la notion de loyauté est confiée à l'« *autonomie collective* », cette dernière est en mesure de donner des visages très différents à ce procédé. Il peut en ressortir, une loyauté en actes bâtie sur une confiance mutuelle témoignant : « *d'une forme d'inversion des hiérarchies entre la finalité et*

⁴¹⁰⁵ Antoine JEAMMAUD, *loc.cit.* p.416.

⁴¹⁰⁶ Benoit GENIAUT, « La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe », Paris, Dalloz, collection, « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2009, p.474.

⁴¹⁰⁷ Thomas PASQUIER, *loc.cit.* p.590.

⁴¹⁰⁸ Michel MINÉ, *loc.cit.* p.588.

⁴¹⁰⁹ Jacques BARTHELEMY, *loc.cit.* p.528.

⁴¹¹⁰ Paul-Henri ANTONMATTEI et Laurianne ENJORLAS, *loc.cit.* p.264.

⁴¹¹¹ Paul-Henri ANTONMATTEI, « La primauté de l'accord d'entreprise », *loc. cit.* p.534.

les actes de la négociation, comme si la loyauté était devenue la finalité elle-même de la négociation »⁴¹¹². S'il en était ainsi le droit imposerait bien aux antagonismes sociaux non seulement une procédure mais également un nouvel état d'esprit dépassant les limites du procédé en question. En introduisant une obligation particulière de loyauté dans le déroulement du procédé sous la forme de la conclusion d'un accord collectif dit de « *méthode* »⁴¹¹³⁴¹¹⁴, le droit n'interdit pas uniquement certains comportements négatifs faisant obstacle, mais prescrit également la réalisation positive de comportement devant déterminer la bonne conduite du procédé. Ce type d'accord (dit de « *méthode* ») instaure donc un régime de loyauté en actes supposant selon un premier niveau d'analyse le respect de certains engagements visant à conduire la négociation dans un esprit de sincérité. Cependant selon un second degré d'intégration, il peut en résulter une invitation à la formation d'un « *intérêt commun* » par la contractualisation des rapports sociaux. La conclusion de cette forme de pacte obligerait à coopérer de manière à faciliter ou ne pas sacrifier les intérêts d'autrui⁴¹¹⁵. De cette manière, le droit du travail tenterait ostensiblement d'orienter les parties afin d'instaurer un « *dialogue social* » tourné vers la recherche de compositions voire d'un consensus⁴¹¹⁶⁴¹¹⁷, plutôt que vers la construction d'un compromis authentique⁴¹¹⁸. Cette perspective repose sur l'idée que les protagonistes sociaux seraient contraints de se muer en « *partenaires* » afin de s'affranchir des règles étatiques. En outre, ce dialogue permettrait de concilier progrès social et performance économique voire que la réalisation conjointe de ces objectifs contribuerait à l'intérêt général. Selon le professeur Guy GROUX la négociation collective s'insère dans un espace de conflictualité qui ne se résume plus uniquement au face à face « *capital-travail* », mais qui est désormais polymorphe et généralement plus orienté vers la régulation de l'emploi que vers la gestion distributive du rapport salarial⁴¹¹⁹⁴¹²⁰. Dans l'hypothèse d'une situation de stagnation

⁴¹¹²Thomas PASQUIER, *loc.cit.* p.590.

⁴¹¹³Article L. 2222-3-1 du Code du travail : « *une convention ou un accord collectif (visant) à définir la méthode permettant à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties* ».

⁴¹¹⁴Thomas PASQUIER, *loc.cit.* p.590.

⁴¹¹⁵Thomas PASQUIER, *loc.cit.* p.590.

⁴¹¹⁶Pascal LOKIEC, Dounia BENREBAI, Nicolas DI CAMILLO, Chloé SABLAYROLLES, et Lou THOMAS, *loc.cit.* p.513.

⁴¹¹⁷Paul-Henri ANTONMATTEI, « La primauté de l'accord d'entreprise », *loc. cit.* p.534.

⁴¹¹⁸Georges BORENFREUND, *loc. cit.* p.376.

⁴¹¹⁹Guy GROUX, « Relations professionnelles et principe d'autonomie. Le conflit comme régulation », *L'Année sociologique* 2003, volume n°53, p. 515-534.

⁴¹²⁰Olivier MERIAUX, *loc.cit.* p.27.

de la croissance et de la montée du chômage, l'« *équivalent général* »⁴¹²¹⁴¹²²⁴¹²³ de la négociation collective d'entreprise n'est plus l'augmentation de la rémunération des salariés mais la préservation des emplois⁴¹²⁴. Au nom de l'emploi, il se crée une défense d'un intérêt supposé commun pour lequel les représentants du personnel peuvent être amenés à abandonner la défense de solidarités plus larges. La négociation collective connaît ainsi une mutation de sa finalité mais également de son objet principal. Il s'agit d'un thème de négociation mais également une solution de substitution ainsi que l'ultime source de légitimation de l'accord collectif. Au-delà de l'instrument normatif, c'est justement la légitimité qui est attachée à celui-ci qui attire désormais les employeurs⁴¹²⁵, car il serait devenu un « *outil de gestion* »⁴¹²⁶ produit d'une négociation « *organisationnelle* » (ou de gestion)⁴¹²⁷⁴¹²⁸⁴¹²⁹ principalement développé autour des questions de l'emploi. Dans ces circonstances, c'est alors la relation entre les parties qui est valorisée au point parfois de devenir une finalité⁴¹³⁰. Il ne s'agirait donc plus de rechercher une trêve après un conflit mais une « *paix* » durable dans le but d'intégrer une institution commune. Ce type de négociation pousse donc d'un cran la logique intégratrice et peut être qualifié de « *micro-corporatisme* »⁴¹³¹ compétitif correspondant effectivement au retour d'une vision institutionnelle de l'entreprise. Cette dernière vision encourage un mouvement de professionnalisation et d'institutionnalisation des instances de représentations des intérêts du personnel⁴¹³² dont le rapport à l'employeur se trouve modifié⁴¹³³. Selon cette

⁴¹²¹Jacques BELANGER et Christian THUDEROZ, *loc.cit.* p.536.

⁴¹²²Sabine ERBES-SEGUIN, *op.cit.* p.586. Selon l'auteure, l'Etat renforce l'institutionnalisation de la négociation collective et se désengage de l'économie.

⁴¹²³Antoine LYON-CAEN, *loc. cit.* p.528.

⁴¹²⁴En effet, le salaire a longtemps été envisagé comme le thème le plus commun mais également la solution à toutes les impasses constituant ainsi un mécanisme unique de résolution des conflits. Désormais l'emploi s'inscrirait au cœur de la plupart des négociations et se trouverait de plus en plus perçue comme une « *monnaie d'échange* ». Or, cette logique n'est envisageable (ou acceptable) que s'il existe des garanties au sujet des engagements concernant la préservation ou la création d'emploi. En effet, alors que la négociation collective sur les salaires avait des effets immédiats et certains, la négociation sur l'emploi peut avoir des résultats différés et aléatoires. Néanmoins, des engagements pris à sujet de la préservation de l'emploi limitent pour l'avenir le pouvoir de décision économique de l'employeur.

⁴¹²⁵Emmanuel DOCKES, « Elargir le champ et la force du contrat », *Revue de Droit du Travail*, 2007, p. 148.

Selon l'auteur : « *quelles que soient les faiblesses qu'on peut leur reconnaître et même si elles peuvent parfois être conclues sous la menace, sont des sources du droit dont la légitimité est plus grande que celle accordée à la seule volonté de l'employeur seul* ».

⁴¹²⁶Jacques BARTHELEMY, *loc.cit.* p.353.

⁴¹²⁷Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit.* p.11.

⁴¹²⁸Gérard VACHET, « La fonction organisationnelle de la convention collective », in « *Analyse juridique et valeurs en droit social* », Études offertes à Jean PELISSIER, Paris, Dalloz, 2004, p. 559.

⁴¹²⁹Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21.

⁴¹³⁰Josépha DIRRINGER, *loc.cit.* p.416.

⁴¹³¹Jacques FREYSSINET, *loc. cit* p.511.

⁴¹³²Josépha DIRRINGER, « Bienvenue dans l'ère du dialogue social : de nouvelles règles pour une nouvelle logique », *Droit Ouvrier*, 2016, p.56.

⁴¹³³Josépha DIRRINGER, *loc.cit.* p.416.

option, les représentants du personnel ne constituent plus véritablement un contrepuissance extérieur autonome à celui de l'employeur. Cette nouvelle posture les expose irrémédiablement à un risque d'éloignement des salariés et par conséquent un détournement de leur finalité. Il s'avère que la confiance réciproque entre les parties croît à mesure que les liens se renforcent, mais cela peut également conduire l'un des cocontractants à se placer facilement dans la dépendance de l'autre⁴¹³⁴. A ce sujet, la professeure Josépha DIRRINGER questionne justement l'intérêt des salariés titulaires du droit de participation à : « *ne plus disposer de scène de confrontation avec l'employeur* »⁴¹³⁵ et de favoriser le retour de cette approche institutionnelle transformant ce ressort en : « *un espace du consensus tendu vers l'intérêt commun de l'entreprise* »⁴¹³⁶?

L'« autonomie collective » tributaire du principe de loyauté. En effet, selon cet autre point de vue doctrinal, la négociation collective s'envisage d'abord comme une forme de « *participation conflictuelle* »⁴¹³⁷, qui « *comme toute forme de négociation suppose un antagonisme* »⁴¹³⁸. Tout du moins si elle ne recouvre pas forcément un conflit, elle cache des intérêts divergents car au cours des différentes délibérations chaque partie tente d'obtenir le maximum et concéder le minimum. Ce second point de vue doctrinal peut d'abord s'analyser négativement en opposition d'une vision institutionnelle de l'entreprise au sein de laquelle la représentation du personnel n'apparaît plus comme un objet extérieur mais comme « *un rouage décisionnel mené par l'employeur* »⁴¹³⁹⁴¹⁴⁰. Toutefois cette position doctrinale largement répandue peut également se déterminer de façon positive. Ainsi, l'accord collectif étant né de la nécessité de compenser l'inégalité inhérente au contrat individuel, le procédé de la négociation collective aurait pour finalité de créer un contrepois⁴¹⁴¹ au pouvoir unilatéral de direction de l'employeur⁴¹⁴². En ce sens, le principe de participation ayant pour fondement la reconnaissance de l'intérêt collectif des salariés, celui-ci se confronte nécessairement avec le pouvoir de direction de l'employeur empêchant le recouvrement d'une notion par l'autre. La négociation collective est alors envisagée comme un contrôle par les salariés de l'exercice du pouvoir direction et non comme

⁴¹³⁴Paul-Henri ANTONMATTEI, « La primauté de l'accord d'entreprise », *loc. cit.* p.534.

⁴¹³⁵Josépha DIRRINGER, *loc.cit.* p.352.

⁴¹³⁶Josépha DIRRINGER, *loc.cit.* p.352.

⁴¹³⁷Pascal LOKIEC, Dounia BENREBAI, Nicolas DI CAMILLO, Chloé SABLAYROLLES, et Lou THOMAS, *loc.cit.* p.513.

⁴¹³⁸Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

⁴¹³⁹Josépha DIRRINGER, *loc.cit.* p.602.

⁴¹⁴⁰Josépha DIRRINGER, *loc.cit.* p.416. Selon l'auteure, l'instrumentalisation du procédé par l'employeur s'avère utiles aux décisions projetées par ses soins.

⁴¹⁴¹Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

⁴¹⁴²Jean RIVERO, *op.cit.* 381.

un partage de celui-ci⁴¹⁴³. Par conséquent selon les différents points de vue doctrinaux il serait donc possible de forger trois hypothèses. En premier lieu, le procédé de la négociation collective aurait pour finalité de créer un contrepoids⁴¹⁴⁴ au pouvoir unilatéral de direction de l'employeur⁴¹⁴⁵. En second lieu, si à son origine le droit à la négociation collective a été pensé⁴¹⁴⁶ comme un droit collectif des salariés, il pourrait bien être devenu un procédé bilatéral évoluant donc vers un droit à l'« *autorégulation* » de l'entreprise⁴¹⁴⁷. Néanmoins, si la négociation collective permet désormais aux parties prenantes de déterminer un certain nombre de règles de fonctionnement, le procédé ne correspond pour autant pas à une mise en cause du pouvoir de direction de l'employeur. En troisième lieu, sous réserve de la réalisation de certaines conditions il pourrait bien au contraire être devenu un renfort du pouvoir de direction de l'employeur. Il en résulte que l'appropriation par les parties prenantes du principe de loyauté détermine d'une certaine manière la nature de l'exercice du pouvoir au sein de l'entreprise. Ainsi, il pourrait se révéler être au service d'un retour de la théorie institutionnelle de l'entreprise, ou par un retournement de sa finalité renforcer la décision unilatérale de l'employeur ou enfin constituer d'authentiques pourparlers capables de former des accords collectifs. Il en ressort également que s'il ne peut être la finalité recherchée, son respect constitue bien le moyen capable de former une authentique décision collective s'imposant à tous. En somme nous venons de démontrer que si la notion d'« *autonomie collective* » se définit par la libre détermination des parties prenantes et des stipulations qu'elles appliquent, elle est également tributaire du bon respect d'un principe de loyauté. Selon cette perspective, les modalités de formation de l'accord collectif sous l'emprise du respect du principe de « *loyauté* » constituent bel et bien l'élément distinctif capable de justifier la nouvelle autorité de la décision collective prise par les protagonistes sociaux.

⁴¹⁴³Josépha DIRRINGER, *loc.cit.* p.416.

⁴¹⁴⁴Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

⁴¹⁴⁵Jean RIVERO, *op.cit.* 381

⁴¹⁴⁶Notamment par La Loi n°71-561 du 13 juillet 1971 modifiant certaines dispositions du chapitre IV-bis du titre II du livre I du Code du travail relatif aux conventions collectives de travail, ainsi que certaines dispositions du titre II de la Loi 50205 du 11-02-1950 relatives à la procédure de médiation (JORF du 14 juillet 1971)

⁴¹⁴⁷Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19

Conclusion de la deuxième partie

La négociation collective comme procédé privilégié du droit imposé. Il ressort de cette seconde partie que sur la base d'une légitimité renouvelée, le droit du travail confère dorénavant aux protagonistes sociaux de nouveaux espaces au sein desquels il leur est loisible de déterminer plus largement les règles les concernant. Sur le même fondement, les parties prenantes sont invités par le gouvernement à participer à une procédure de concertation concernant la formation de la Loi. Quand bien même ce processus peu audacieux ne fait que recouvrir une pratique ancienne visant plutôt à instrumentaliser la norme négociée, il marque tout de même une certaine institutionnalisation du ressort interprofessionnel. Cependant la plus notable des évolutions se manifeste au sein du champ décentralisé de la négociation collective. En effet, l'accord d'entreprise y est bien érigé en source de droit capable non seulement de s'imposer aux dispositions des Lois et règlement, mais également aux autres sources du droit négocié voire de contraindre l'autonomie individuelle sous le regard de plus en plus admiratif de l'institution judiciaire. Il en résulte que paradoxalement la négociation collective est désormais consacrée comme le procédé privilégié du droit imposé.

L'« autonomie collective » tributaire de la Loi au service de plusieurs intérêts. Toutefois il se trouve aux prises de plusieurs acteurs qui tentent de se l'accaparer. En effet, nous avons constaté au moins trois dimensions concernant la notion de négociation collective : un « droit » des salariés, une « liberté » des protagonistes sociaux, et une « fonction » au service des politiques publiques. Nous savons désormais que la négociation collective est toujours formellement déterminée par le droit comme une « branche » du principe de participation et constitue à ce titre un droit des salariés. Alors même que l'« autonomie collective » participe dorénavant quelque peu à la détermination des stipulations de la Loi, les protagonistes sociaux restent malgré tout tributaires de cette dernière. Cependant celle-ci ne constitue bien souvent plus qu'un point de repère octroyant de larges marges de libertés aux acteurs professionnels. Toutefois si l'« autonomie collective » peut se définir comme une liberté qui serait concédée par la Loi aux parties prenantes, cette dernière n'est en rien opposable au législateur. Bien au contraire, il s'avère que cette notion constitue également une fonction au service de la mise en place de politiques publiques. A moins qu'il ne s'agisse en réalité d'une forme géométrique comptant plusieurs dimensions et tentant de poursuivre trois objectifs : l'intérêt général, mais également celui de l'entreprise et toujours celui du personnel. Cette mécanique à plusieurs têtes

serait propulsée par un esprit de loyauté à la recherche d'une conciliation de l'ensemble. Plus précisément le respect d'une authenticité et d'une sincérité de pourparlers constituerait le fluide indispensable au maintien de l'essence du procédé sans lequel ce dernier prendrait le risque d'une dénaturation préjudiciable. En effet, la place désormais octroyée à l'accord collectif au sein de la branche du droit qui nous intéresse dépend directement de sa dimension négociée, or celle-ci ne peut exister qu'à la condition d'être imprégnée de cet esprit de loyauté. En outre, il s'avère que désormais les antagonistes sociaux ont la charge de préciser les modalités ainsi que le contenu de cet esprit de loyauté. Il leur revient donc de déterminer le destin de ce qui révèle être désormais avant tout un procédé.

La négociation collective comme finalité de l'« autonomie collective ». Cependant, un paradoxe semble inscrit au sein de l'article n°7 de la position commune du 9 avril 2008 : « *le développement de la négociation collective et par voie de conséquence, le renforcement des organisations syndicales doit passer par le franchissement d'une nouvelle étape de la consécration de sa place dans l'élaboration de la norme sociale* »⁴¹⁴⁸. Il ressort de ce texte dont nous avons souligné l'importance fondatrice, une conviction des signataires : le développement de la négociation collective aurait pour effet de les renforcer. Au travers de la révision de la représentativité, le pari était fait de refonder l'offre syndicale mais par conséquent de subordonner également la liberté syndicale à la négociation collective décentralisée. Or, celle-ci ne peut plus se réduire à un outil capable de faire respecter les grands équilibres macrosociaux par la construction de compromis entre intérêts antagonistes, car elle est dorénavant et de manière équivalente une liberté contractuelle au service de la compétitivité des entreprises⁴¹⁴⁹. Cependant, la liberté de négocier induit nécessairement la possibilité de refuser ces concessions réciproques ainsi que les éventuelles abdications qui les accompagnent⁴¹⁵⁰. Par conséquent, chaque partie bénéficiant de sa propre autorité et autonomie doit pouvoir faire le choix du refus de ces renoncements⁴¹⁵¹. Or, les acteurs sociaux qui font le pari en question se trouvent contraints à la perte d'une part de leur liberté d'action car ils doivent négocier pour exister⁴¹⁵² et conclure des accords pour se renforcer⁴¹⁵³. Si cette finalité justifie leur existence, elle modifie

⁴¹⁴⁸Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

⁴¹⁴⁹Christian DUFOUR et Adelheid HEGE, *op.cit.* p.209.

⁴¹⁵⁰Pierre-Éric TIXIER, *loc.cit.* p.14.

⁴¹⁵¹Pierre-Éric TIXIER, *loc.cit.* p.14.

⁴¹⁵²Sophie BEROUD et Karel YON (sous la direction), *op.cit.* p.273.

⁴¹⁵³Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.149. Selon l'auteur: « *le dessein salutaire de renforcer la légitimité des agents de l'exercice du droit des salariés à la négociation en consolidant l'exigence majoritaire, aurait gagné à*

également le contenu de leur action. Reconnaissons aisément que la réorientation de la notion de représentativité entraîné une révision des finalités du syndicalisme⁴¹⁵⁴. En somme, le système de négociation collective se renforce mais la capacité de représentation de ses acteurs risque de s'affaiblir⁴¹⁵⁵. En définitive, la négociation collective ne doit jamais être considérée comme une finalité mais doit être envisagée comme un procédé capable (ou non) de résoudre certains conflits par la conclusion d'un accord collectif.

se coupler avec une volonté ferme de favoriser l'existence et l'enracinement de ces agents dans l'entreprise, grâce au maintien en ce domaine de la présomption de représentativité ».

⁴¹⁵⁴Jean-Maurice VERDIER, *loc.cit.* p.14. Selon l'auteur : « Nul doute donc que toute retouche au régime de la représentativité ...ne porte en soi le germe d'un infléchissement sensible, sinon d'un bouleversement des finalités de l'action syndicale ».

⁴¹⁵⁵Christian DUFOUR et Adelheid HEGE, *op.cit.* p.209.

Conclusion générale

Le droit interne se rapproche sans se confondre de la notion d' « autonomie collective ». Il nous fallait donc définir théoriquement la notion d' « *autonomie collective* » afin de l'utiliser comme étalon. Ce travail nous a permis d'effectuer une analyse de notre modèle de droit interne. Il en ressort que les relations collectives se rapprochent effectivement de la définition théorique de l' « *autonomie collective* » sans toutefois se confondre avec celle-ci. Au vu de l'ensemble des modifications techniques étudiées⁴¹⁵⁶ admettons bien volontiers, que c'est : « *l'accroissement du rôle de la négociation collective qui a guidé l'évolution du droit de la représentativité* »⁴¹⁵⁷. En outre, confirmons un déclin du prestige du droit imposé, alors que les conventions des acteurs privés bénéficient d'un rayonnement important. Paradoxalement, la négociation collective est désormais consacrée comme le procédé privilégié du droit imposé. Si en droit interne, l'« *autonomie collective* » peut se définir comme une liberté concédée par la Loi aux parties prenantes, cette dernière n'est en rien opposable au législateur. Bien au contraire, il s'avère qu'elle constitue également une fonction au service de l'intérêt général. De surcroît, la formation du droit négocié ne s'effectue pas de manière indépendante par rapport à l'Etat qui pilote et intègre les accords collectifs à l'ordre juridique. Le droit positif adresse aux acteurs sociaux une myriade d'injonctions de négocier, correspondant à autant de politiques publiques. Par conséquent l'« *autonomie collective* » représente bien une liberté et des fonctions. Ces deux phénomènes ne sont contradictoires qu'en apparence, car la Loi se contente de guider l'« *autonomie collective* » en lui proposant un éventuel cap à suivre. Elle lui laisse quelques marges de liberté, pour qu'elle atteigne par ses propres moyens ses objectifs. Ce pilotage est à l'origine d'une métamorphose du droit du travail passant d'un droit substantiel et imposé à un droit procédural et négocié. Enfin, le procédé en question constitue de moins en moins un mode d'acquisition de droits des salariés, et plus certainement un moyen d'organiser le fonctionnement de l'entreprise. Si à son origine le droit à la négociation collective a été pensé comme un droit du salarié exercé de manière collective, il pourrait bien être devenu un procédé bilatéral évoluant donc vers un droit à l'« *autoréglementation* » de l'entreprise.

L'entreprise comme ressort privilégié de l'« autonomie collective » En effet, la plus notable des évolutions se manifeste au sein de l'entreprise qui constitue désormais son ressort privilégié. L'accord collectif y est érigé en source de droit ainsi qu'en moyen d'organiser

⁴¹⁵⁶Le Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme, associée à la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORF n°0194 du 21 août 2008) .

⁴¹⁵⁷Françoise FAVENNEC-HERY, *loc.cit.* p.121.

l'entreprise. Formons l'hypothèse que le ressort de l'entreprise pourrait éventuellement se refermer sur lui-même s'acheminant vers une notion d'« *autoréglementation* » par laquelle les autres normes ne s'appliquent qu'à défaut d'accord d'entreprise.

« *Autonomie collective* » ou « *Autoréglementation* » de l'entreprise. Par conséquent, évitons une forme de confusion⁴¹⁵⁸ et distinguons nettement les notions d'« *autonomie collective* » et d'« *autoréglementation d'entreprise* »⁴¹⁵⁹⁴¹⁶⁰⁴¹⁶¹⁴¹⁶². La différenciation de ces deux notions passe tout d'abord par celle des décisions négociées et unilatérales au sein de l'entreprise. Ce dernier examen nous incitera de nouveau à nous interroger au sujet de la définition de l'accord collectif. Puis cette précision nous amènera ensuite à étudier les raisons du « *privilège* » accordé par la Loi au ressort de l'entreprise. Enfin, cette recherche nous conduira sans doute au constat que le choix de ce champ constitue une cause et un effet de la mutation de la finalité du procédé.

Les décisions unilatérales de l'employeur et les normes négociées. Il se déduit parfois à tort que la promotion unanime des normes négociées, conduirait corrélativement à un déclin de normes issues du pouvoir patronal⁴¹⁶³. Si la notion de « *décision du chef d'entreprise* » a longtemps rassemblé à la fois celles prises unilatéralement comme celles qui étaient négociées, nous savons que le droit positif fait désormais une distinction plus nette⁴¹⁶⁴⁴¹⁶⁵ de ces deux types de décisions découlant de deux procédures de nature différentes⁴¹⁶⁶. L'institution judiciaire estime elle-même que la décision unilatérale de l'employeur ne peut intervenir qu'après une tentative loyale de négociation⁴¹⁶⁷. Par le biais de cette position, le juge ne se contente pas de déterminer la nature distincte des deux normes en question qui n'ont plus tout à fait les mêmes

⁴¹⁵⁸ Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19. Selon l'auteur : « *Pensé par la Loi du 13 juillet 1971 comme un droit des salariés, le droit à la négociation collective est aujourd'hui présenté comme un droit à l'autorégulation, comme l'atteste le regain d'intérêt rencontré par le concept d'autonomie collective* ».

⁴¹⁵⁹ Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.355.

⁴¹⁶⁰ Pascal LOKIEC, « Avis de tempête sur le droit du travail », *Revue de Droit du Travail*, Décembre, 2014, p.738.

⁴¹⁶¹ Josépha DIRINGER, *op.cit.* p.11.

⁴¹⁶² Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.10.

⁴¹⁶³ Josépha DIRINGER, *op.cit.* p.11.

⁴¹⁶⁴ Cécile NICOD, *loc.cit.* p.263.

⁴¹⁶⁵ Remarquons que ces deux types de décisions par nature opposées, ont longtemps fait l'objet d'une consultation du comité d'entreprise. Or désormais l'article L2312-14 du Code du travail dispose que si les décisions de l'employeur sont précédées de la consultation du comité social et économique, les projets d'accord collectifs, leur révision ou leur dénonciation ne sont plus soumis à la consultation de cette instance représentative du personnel.

⁴¹⁶⁶ Remarquons que la Loi impose désormais une concertation du comité social et économique au sujet des orientations stratégiques de l'entreprise mais ne dispose de la mise en place d'une négociation à ce sujet.

⁴¹⁶⁷ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 17 avril 2019, 18-22.948, Publié au bulletin. Dans sa note explicative le juge de la cour de cassation explique que la décision n'a été retenue qu'« *au regard de la révérence accordée par le législateur à la négociation collective pour la détermination de processus électoral et de l'importance particulière, à cet égard, de la détermination du périmètre de la en place des instances représentatives du personnel* ».

effets et le même régime⁴¹⁶⁸, mais contribue également à la promotion de l'accord collectif en lui octroyant un net avantage⁴¹⁶⁹. Or, la dualité entre ces deux normes (négociée et unilatérale), est emprunte d'ambiguïté car chacune peut revêtir les caractères de l'autre et inversement⁴¹⁷⁰. En effet, il n'est pas surprenant de constater un accord collectif recouvrant une telle somme de concessions de la part des salariés que sa substance le rapproche plus de la décision unilatérale que d'un compromis passé entre les différentes parties. Inversement, la substance de la décision patronale unilatérale peut aussi bien correspondre au dernier stade de pourparlers loyaux poursuivis par les parties mais n'ayant pas abouti. Dans cette dernière hypothèse l'employeur peut être désireux de faire des éclats de l'échec du compromis une décision juridiquement qualifiable de décision unilatérale. Toutefois, celle-ci restera tout de même le résultat des différentes étapes du procédé de la négociation collective⁴¹⁷¹. Ainsi pour le droit positif, la norme décidée unilatéralement par l'employeur n'est pas intrinsèquement arbitraire et la notion d'accord collectif n'est pas par elle-même garante d'une certaine qualité de la discussion préalable à sa formation. En outre, ce même droit positif peut désormais avoir tendance à renforcer une confusion en développant d'un côté une forme de pouvoir patronal supplétif à la négociation collective et d'un autre côté en qualifiant d'accords collectifs des actes juridiques n'ayant pas fait l'objet de délibérations préalables. En effet, nous savons que sur un certain nombre de sujets, l'employeur se trouve désormais dans l'obligation de prendre une décision recevant de la Loi la dénomination de « *plan* » en cas d'échec de la négociation collective⁴¹⁷². Il s'agit d'une qualification : « *molle qui peut recouvrir des mesures individuelles, des prescriptions de circonstances et de véritables règles générales et permanentes de l'entreprise* »⁴¹⁷³. Il s'avère difficile de procéder à une recherche sérieuse des fondements de ces dispositions atypiques car elles peuvent suivant leurs différents aspects découler soit de clauses implicites du contrat de travail, du pouvoir de direction de l'employeur, se rapprocher d'un usage⁴¹⁷⁴ ou quasiment recouvrir une nature contractuelle. Leur caractère « *para*

⁴¹⁶⁸Cour de cassation, Chambre sociale, du 5 mai 1998, 96-13.498, Publié au bulletin et 27 janvier 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, Publié au bulletin.

⁴¹⁶⁹Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 28 février 2018, 17-60.112, Publié au bulletin, 17 avril 2019, 18-22.948, Publié au bulletin et 14 avril 2021, 19-23.533, Inédit. A l'occasion du premier arrêt, le juge nous indique que le refus de négociation au sujet de l'organisation des élections est intrinsèquement un motif d'annulation de celle-ci. Dans le second arrêt, la Cour de cassation indique que l'employeur doit procéder préalablement à la conduite d'une négociation collective sérieuse et loyale. En cas d'échec de celui-ci peut prendre une décision unilatérale. Enfin, elle précise que la négociation collective sérieuse et loyale n'est un préalable qu'en présence de délégué syndical.

⁴¹⁷⁰Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.355.

⁴¹⁷¹Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.355.

⁴¹⁷²Alain SUPLOT, *loc. cit* p.410.

⁴¹⁷³Alain SUPLOT, *loc. cit* p.410.

⁴¹⁷⁴Alain SUPLOT, *loc. cit* p.410.

conventionnel » prévu par le législateur ne fait donc pas de doute mais la difficulté à leur égard serait plutôt de savoir si l'on a bien à faire à une règle de droit. Dans cette dernière hypothèse il s'agit alors d'un « *acte unilatéral collectif* »⁴¹⁷⁵ qui à l'instar de l'accord collectif, peut faire l'objet d'une délibération, mais ne constitue pas néanmoins un contrat noué entre deux parties. Sa cohérence est d'être une norme aux effets collectifs mais supplétive de la volonté des parties. En somme, il apparaît plus aisé de distinguer les décisions patronales précédées de pourparlers⁴¹⁷⁶ de celles qui n'en font pas l'objet⁴¹⁷⁷. Il pourrait en être de la même manière au sujet des accords collectifs, car comme nous le savons l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective⁴¹⁷⁸ introduit une autre confusion en la matière au point de considérer qu'il s'agit d'une forme de détournement des différentes notions. En effet, comme nous le savons ce texte autorise la consultation directe des salariés dans les entreprises de moins de dix salariés et dans celles entre onze et vingt salariés en l'absence de délégué syndical et d'instance représentative du personnel. Dans ces deux types d'entreprises, la décision unilatérale de l'employeur approuvée à la majorité des deux tiers des salariés est du fait de la Loi qualifiée d'« *accord collectif* »⁴¹⁷⁹. Ces dispositions qui autorisent la consultation directe du collectif des salariés sans la moindre tentative de négociation avec un syndicat représentatif (ou un élu mandaté) procèdent d'une « *perversion de la notion même d'accord collectif* »⁴¹⁸⁰⁴¹⁸¹. En effet, les dispositions législatives en question indiquent étrangement que le « *projet d'accord* » est « *présenté par l'employeur* » et que la réponse binaire à la question posée semble donc exclure toute forme de négociation loyale⁴¹⁸². L'acte issu de cette consultation relève donc juridiquement plus d'une décision patronale « *acceptée* » individuellement (fût-ce par les deux tiers des salariés) que d'un accord collectif. Il en ressort

⁴¹⁷⁵Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10. Selon l'auteure, l'accord d'entreprise doit être distingué de l'usage : véritable droit coutumier de l'entreprise. L'usage semble être une forme appauvrie de l'accord d'entreprise.

⁴¹⁷⁶Ou d'une consultation des instances représentatives du personnel.

⁴¹⁷⁷Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

⁴¹⁷⁸Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (JORF n°0223 du 23 septembre 2017).

⁴¹⁷⁹Article L. 2232-22 du Code du travail « *Lorsque le projet d'accord ou d'avenant de révision mentionné à l'article L. 2232-21 est approuvé à la majorité des deux tiers du personnel, il est considéré comme un accord d'entreprise valide.* ».

⁴¹⁸⁰Marie-Laure MORIN, *loc.cit.* p.265.

⁴¹⁸¹Recommandation n° 91 de l'Organisation Internationale du Travail sur les conventions collectives, 1951, Genève, 34^{ème} session CIT (29 juin 1951). Elle précise qu'une négociation directe conduite entre l'entreprise et son personnel, en feignant d'ignorer les organisations existantes, peut-être dans certains cas contraires au principe selon lequel il faut encourager et promouvoir la négociation collective entre les employeurs et les organisations de travailleurs. Il est possible d'en déduire que la négociation collective suppose nécessairement la présence de représentant élus ou syndicaux à l'exclusion de la négociation directe avec le personnel.

⁴¹⁸²Article L. 2232-22 du Code du travail. Or, ce type d'acte ayant des effets collectifs mais n'ayant pas fait l'objet d'une procédure préalable négociée peut aborder tout sujet relevant du domaine de l'accord collectif dont notamment les accords concernant l'emploi et compétitive se substituant aux contrats de travail des salariés.

un fort relâchement du lien noué entre les notions d' « *accord collectif* » et de « *négociation collective* ». Sous plusieurs formes différentes, il se constate donc un recouvrement (ou un enchevêtrement) des natures des accords collectifs et des décisions de l'employeur à caractère collectif. A ce titre, le procédé de la négociation collective pourrait simplement apparaître comme une « *vaste délibération continue* »⁴¹⁸³ débouchant (ou non) sur des accords contractuels ou des décisions unilatérales. Selon cette hypothèse l'exigence de loyauté serait alors devenue un principe général du droit du travail ayant vocation à encadrer les actes qu'ils soient : « *négociés, unilatéraux ou bigarrés de négociations et décisions unilatérales* »⁴¹⁸⁴.

La portée de la convention loyalement négociée. Néanmoins, il nous semble que la valorisation de la notion d'« *autonomie collective* » passe justement par l'impérieux lien noué entre le procédé de la négociation collective et la norme que constitue l'accord collectif. Il est donc nécessaire de rester attentif à la nature de la norme conclue mais également au procédé à l'origine de la formation de cette décision collective. En effet, il nous apparaît que le procédé de formation de l'accord collectif devient l'élément déterminant de sa propre définition. Nous savons que si la singularité irréductible de l'accord collectif réside dans le fait qu'il n'est pas tout à fait un « *règlement* » mais pas tout à fait un « *contrat* », il n'est plus question de se contenter de déterminer la nature distincte du régime de l'accord collectif⁴¹⁸⁵⁴¹⁸⁶, car nous savons que ses parts « *contractuelle* » et « *réglementaire* » sont désormais intriquées. Par conséquent, il se révèle désormais nécessaire de prendre plus sérieusement en considération son authentique spécificité⁴¹⁸⁷. Or, s'il se caractérise justement comme un acte général, obligatoire, permanent, collectif par son objet et ses effets, ainsi qu'extérieur à l'ordre juridique étatique. En outre, il nous semble particulièrement se singulariser par son procédé d'élaboration reposant sur une série d'étapes réglementées. Nous savons que c'est précisément cette

⁴¹⁸³Pascale IDOUX, *op.cit.* p.378.

⁴¹⁸⁴Josépha DIRRINGER, *loc.cit.* p.416.

⁴¹⁸⁵Cour de cassation, Chambre sociale, du 5 mai 1998, 96-13.498, Publié au bulletin. Selon cet arrêt, la Cour de cassation avait conclu qu'il n'y avait pas à distinguer entre un accord collectif et une décision unilatérale de l'employeur et que dans les deux cas ce dernier se devait de procéder à une consultation du comité d'entreprise. Or la Loi n° 2015- 994 du 17 août 2015 relative au dialogue social (JORF du 18 août 2015) a procédé à une distinction en la matière n'imposant plus à l'employeur de consulter le comité d'entreprise en cas conclusion d'un accord collectif de révision.

⁴¹⁸⁶Le droit de la négociation collective est un droit des salariées qui fait l'objet d'un processus de bi-latérisation. A titre d'illustration la Loi n° 2015- 994 du 17 août 2015 relative au dialogue social (JORF du 18 août 2015), prévoit que lorsque l'employeur envisage de négocier avec les acteurs subsidiaires de la négociation collective il doit faire connaître son intention de négocier comme si la négociation était un instrument à la disposition de celui-ci. De même le développement des Lois « *dispositives* » que nous avons déjà défini illustre la mise à disposition par le législateur de dispositif dérogatoire favorable à l'employeur dont le bénéfice ne peut s'obtenir que par la conclusion d'un accord collectif.

⁴¹⁸⁷Emmanuelle FILIPETTO, *op.cit.* p.382.

singularité (dimension négociée) qui permet au juge de lui accorder un net avantage⁴¹⁸⁸⁴¹⁸⁹⁴¹⁹⁰ sur la décision unilatérale de l'employeur. Il en résulte que ce caractère normatif renforcé⁴¹⁹¹ est directement tributaire de la nature procédurale de la négociation collective ainsi que du bon respect du principe de loyauté interdisant à l'employeur de prendre une décision unilatérale pendant la période des pourparlers⁴¹⁹²⁴¹⁹³. Malgré certaines confusions fâcheuses du droit positif, insistons donc sur le maintien du lien nécessaire entre la notion d'accord collectif et ce qui doit rester « son » procédé de formation. Il en ressort que chacune des étapes de ce procédé doit respecter des conditions d'authenticité, de sincérité et de sérieux, faute de quoi son développement pourrait justement être perçu comme une illusion donnant un aspect conventionnel à des décisions unilatérales de l'employeur⁴¹⁹⁴.

Le déclin de la branche professionnelle et la modification de la finalité de la négociation collective. Or, il s'avère que le choix de privilégier le ressort de l'entreprise au détriment de celui de la branche professionnelle modifie la finalité historique du procédé en question. En effet, si la question des protagonistes⁴¹⁹⁵ se pose de manière différente quand il s'agit de valider des choix stratégiques difficiles et des sacrifices acceptés au nom de la défense de l'emploi⁴¹⁹⁶⁴¹⁹⁷⁴¹⁹⁸, nous savons que la question du cadre du procédé a tout autant son importance. Longtemps rétives à une forme d'« *autonomie collective* », les relations professionnelles de droit interne donnent désormais la priorité à la négociation collective d'entreprise à un moment justement critique pour la représentation. Il s'avère que la prédominance donnée à ce champ émerge à un moment où les périmètres de la représentation font justement l'objet d'une

⁴¹⁸⁸Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 28 février 2018, 17-60.112, Publié au bulletin et 17 avril 2019, 18-22.948, Publié au bulletin.

⁴¹⁸⁹Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

⁴¹⁹⁰Alexandre Fabre, « Le régime du pouvoir de l'employeur », Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Thèses, Bibliothèque de droit social, 2010, p.432.

⁴¹⁹¹Emmanuelle FILIPETTO, *op.cit.* p.382. Selon l'auteure : « *Et si l'appréhension de la dimension contractuelle peut se renouveler à la faveur des mutations qui traversent le droit de la négociation collective les accords collectifs n'en perdent pas leur force, leur caractère d'acte normateur* ».

⁴¹⁹²Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 17 avril 2019, 18-22.948, Publié au bulletin.

⁴¹⁹³Marie-Laure MORIN, *op.cit.* 449. Cette interdiction est « *consubstantielle au concept même de négociation qui implique la volonté d'aboutir à un accord* » quand bien même l'obligation de négocier n'est pas une obligation de résultat. Il s'agit indiscutablement de la distinction de la norme négociée sur celle décidée unilatéralement.

⁴¹⁹⁴Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.355.

⁴¹⁹⁵Comme nous le savons la négociation collective fait l'objet de bouleversements de sa nature et de sa finalité impliquant une redéfinition de la représentativité de ses acteurs garantissant notamment des délibérations plus « équilibrées » au sein de l'entreprise.

⁴¹⁹⁶Jacques FREYSSINET, *op.cit.* p.539.

⁴¹⁹⁷Jacques FREYSSINET, *loc. cit.* p.511.

⁴¹⁹⁸Jacques FREYSSINET, « Les modes de production des normes de la relation d'emploi », *Revue de droit du travail*, 2016, p.745.

atomisation par multiplication ou dilution⁴¹⁹⁹. Ainsi, la branche professionnelle se dilate et perd son statut de centre de gravité au profit de l'entreprise. Elle a pourtant longtemps constitué le cadre principal de l'organisation de la représentation collective⁴²⁰⁰, mais se trouve menacée par plusieurs phénomènes comme la sous-traitance ou la filialisation permettant de s'évader de ce périmètre. En somme, la décentralisation de la négociation collective et les très nombreuses possibilités de déroger à ses normes⁴²⁰¹ font de la branche professionnelle : « *une cage de fer ou est enfermée la représentation des travailleurs mais dont la porte est ouverte par les employeurs* »⁴²⁰². En outre, le cadre institutionnel de la profession fait l'objet d'un bouleversement de ses frontières, guidé par une restructuration hétéronome de l'Etat visant à réduire son nombre et son importance. Enfin, nous assistons également à un important transfert de ses missions qui se vident vers l'entreprise. Dans ce mouvement général de dilution de la branche, l'entreprise devient donc l'unité de représentation de référence.

L'engouement en faveur de la décentralisation de la négociation collective. En effet, il existe désormais une véritable incitation au développement de la négociation collective d'entreprise car la Loi a créé dans ce ressort une série d'obligation de négocier souvent accompagnée de nombreuses possibilités de déroger aux normes du droit imposé⁴²⁰³⁴²⁰⁴. Si le périmètre de la branche professionnelle était autrefois le résultat d'une négociation collective entre protagonistes sociaux arbitré par l'Etat, celui de l'entreprise est principalement fixé par l'une des parties (employeur). En effet, la délimitation du périmètre de la représentativité de ce champ se trouve bien plus contingente qu'autrefois de la décision de l'employeur chargé de la structuration de l'entreprise⁴²⁰⁵. Il ne s'agit donc pas uniquement d'une modification de la taille du ressort de la représentation car cette décentralisation coïncide également à un moment de mutation des formes traditionnelles de l'entreprise. En effet, sa représentation peut désormais recouvrir plusieurs strates et périmètres modulables⁴²⁰⁶. Il en résulte que la négociation

⁴¹⁹⁹Alain SUPLOT, « Revisiter les droits d'action collective », Droit Social, 2001, p.687-704. Au sujet de la grève, l'auteur indique : « avec la dilution de l'entreprise en groupes ou en réseau, l'employeur, au sens juridique du mot, n'est souvent plus le décideur, lequel demeure hors de portée des grévistes ».

⁴²⁰⁰Claude DIDRY, *loc.cit.* p.336.

⁴²⁰¹Olivier MERIAUX, *loc.cit.* p.27.

⁴²⁰²Alain SUPLOT (sous la direction de), *op.cit.* p.240.

⁴²⁰³Jacques FREYSSINET, *loc.cit.* p.535.

⁴²⁰⁴Antoine BEVORT, *loc.cit.* p.535.

⁴²⁰⁵Jean-Daniel REYNAUD, *op.cit.* p.12. Une communauté de salariés ne se forme pas de façon spontanée ou autonome. Il n'est pas naturel que les individus s'associent dans un cadre collectif dans le but de défendre un intérêt commun. La construction de la conscience de cet intérêt commun peut être lente. Les actions collectives peuvent tout autant être conduites par les passions et les indignations ou la colère que par la rationalité.

⁴²⁰⁶Unité économique et social, inter établissements ou interentreprises regroupant plusieurs sociétés d'un même groupe, (voir selon des logiques territoriales).

collective de ce ressort s'opère désormais à divers échelons allant de l'établissement jusqu'au groupe. Le modèle de la grande « *entreprise industrielle* » s'efface et laisse place à une forme d'« *entreprise en réseau* »⁴²⁰⁷⁴²⁰⁸⁴²⁰⁹, intégrée au sein d'un écosystème de production ou l'on peine à trouver le centre névralgique de responsabilités⁴²¹⁰. L'analyse de la négociation d'entreprise suppose donc la prise en considération d'un réseau plus ou moins coordonnée et hiérarchisé d'accords signés à différents niveaux de décision au sein d'une « *entité capitaliste déterminée* »⁴²¹¹⁴²¹². En outre, ce champ ne cesse d'évoluer en fonction des contingences économiques et financières. Par conséquent, le choix de l'« *unité appropriée aux fins de négociation* »⁴²¹³ s'avère être désormais la question première et stratégique de la négociation car il est fondateur de la communauté des salariés et détermine le rapport de force avec l'employeur pour un sujet donnée. Qui plus est au sein de l'entreprise (personne moral), de nouveaux modes de gestion font émerger des unités distinctes de fonctionnement. Il peut exister des relations commerciales entre ces diverses unités autonomes appartenant à la même « *entreprise* ». De même il se crée des liens de fortes dépendances entre différentes unités commerciales autonomes appartenant à différentes « *entreprises* » distinctes. L'externalisation (ou la filialisation) d'une partie des activités entraîne une sortie du cadre unique de la société. Par conséquent, les opérations de concentration (ou de déconcentration) sont à l'origine d'instabilité et de distorsions qui peuvent rendre insaisissable le cadre de la représentation du personnel⁴²¹⁴. Enfin, le développement de nouvelles formes d'activité indépendante exclut une partie des travailleurs du cercle du contrat de travail. Ce phénomène a pour conséquence de multiplier et brouiller les liens de subordination. Il émerge ainsi des réseaux « *hybrides* » mêlant logiques de marchés et d'organisation, porteurs de nouvelles formes de dépendance et d'interdépendance rompant avec les schémas de l'« *entreprise* » classique⁴²¹⁵. Or, l'organisation de l'entreprise détermine justement le collectif de travail sur lequel s'articule la représentation du personnel et les accords collectifs. Par conséquent, celle-ci a tendance à se complexifier (ou s'émietter) et exclure du cadre de la représentation une partie des salariés qui contribue pourtant au bon fonctionnement de son modèle économique⁴²¹⁶. La multiplication

⁴²⁰⁷Elsa PESKINE, *loc.cit.* p.353.

⁴²⁰⁸Jean-Philippe ROBE, *loc.cit.* p.543.

⁴²⁰⁹François OST et de Michel VAN de KERCHOVE, *loc.cit.* p.63.

⁴²¹⁰Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, *op.cit.* p.403.

⁴²¹¹Jacques FREYSSINET, *loc. cit* p.511.

⁴²¹²Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

⁴²¹³Xavier BLANC JOUVAN, *loc.cit.* p.179.

⁴²¹⁴Jean PELISSIER et Françoise FAVENNEC-HERY, *loc. cit.* p.453.

⁴²¹⁵Alain SUPIOT, *loc.cit.* p.606. L'auteur constate un double mouvement de l'entreprise : de l'institution vers le réseau ainsi que du national vers le transnational.

⁴²¹⁶Jean PELISSIER et Françoise FAVENNEC-HERY, *loc. cit.* p.453.

des cadres a des effets directs sur la représentativité⁴²¹⁷ rendant particulièrement complexe une juste mesure de celle-ci⁴²¹⁸ entravant sa fonction correspondant à la constitution d'un collectif de travailleurs⁴²¹⁹. Par conséquent, il se constate que les frontières de l'entreprise se sont diluées et que la personne responsable du réseau d'action est devenue de plus en plus « *insaisissable* »⁴²²⁰.

L'entreprise : insaisissable centre de direction et introuvable collectif de travail. Il en ressort que certains centres de direction se trouvent confrontés à des collectifs de salariés sans qu'il n'existe de liens de subordination entre eux⁴²²¹. Cette accélération des modifications des cadres traditionnels de l'entreprise devenus précaires et difficilement lisibles ont des effets malheureux sur l'institutionnalisation des relations professionnelles. Selon cette acceptation moderne de l'« *entreprise* », l'organisation de la confrontation du pouvoir réelle de direction avec d'éventuels contrepouvoirs internes constitue un défi complexe. En ce sens la mise en scène d'un employeur unique (au sens juridique et économique) face à une représentation d'un personnel est de moins en moins de mise. En l'occurrence, des négociations à caractère obligatoires dans des cadres de représentation sans lien avec la réalité d'un collectif de travail peuvent déboucher sur des échanges creux entre une partie ne représentant que faiblement la communauté des salariés et une autre partie ne disposant pas réellement du pouvoir de direction. Ce type de négociation sans substance relève d'une dimension très formelle éloignée du pouvoir réelle de décision⁴²²². Or, pour que l'action collective des salariés ait un sens, il ne suffit pas de leur reconnaître le droit d'être représentés, d'agir et de négocier collectivement, il est également nécessaire qu'ils puissent peser sur leurs employeurs⁴²²³. Un certain effacement de la personne morale derrière une superposition de masques organisationnels rend incertain le jeu d'imputation des responsabilités. Les formes de la représentation professionnelle semblent donc attachées à un ancien modèle ne correspondant pas aux principales évolutions présentées, car elles sont restées enfermer dans les limites juridiques de l'institution ne correspondant plus à la réalité

⁴²¹⁷Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, *op.cit.* p.403.

⁴²¹⁸Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, *op.cit.* p.403.

⁴²¹⁹Olivier MERIAUX, *loc.cit.* p.27.

⁴²²⁰Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.615.

⁴²²¹Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, *op.cit.* p.403.

⁴²²²Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, *op.cit.* p.403.

⁴²²³Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.615. Selon l'auteur pour que l'action collective puisse peser « *il ne suffit pas que les travailleurs négocier par l'intermédiaire de leur représentant, il faut aussi qu'il puisse faire pression sur les employeurs ... les droits collectifs des travailleurs doivent pouvoir épouser les formes que les entrepreneurs impriment à l'organisation du travail* ».

économique de l'« entreprise »⁴²²⁴. Il en résulte donc que celle-ci n'est pas par nature le ressort le plus approprié au déploiement du procédé qui concentre notre attention.

L'évolution des postures des protagonistes de l'entreprise à l'égard de la négociation collective. Or, il nous apparaît que le droit imposé a tout de même fait le choix de privilégier le ressort de l'entreprise entraînant à sa suite une mutation de la finalité de la négociation collective. En effet, selon Marie-Laure MORIN : « *l'une des évolutions majeures du droit de la négociation collective a été son affranchissement par rapport à l'Etat et secondairement l'affranchissement des niveaux de négociation les uns par rapport aux autres* »⁴²²⁵. Ce désengagement « *apparent* » de l'Etat a ouvert un espace pour une nouvelle politique contractuelle plus décentralisée et tourner vers l'emploi⁴²²⁶. Or, c'est bien cet objectif de création de marges d'autonomie et d'affranchissement des règles étatiques et conventionnelles qui a bouleversé la finalité de la négociation collective⁴²²⁷. Depuis les années quatre-vingt du XX^e siècle, les employeurs se sont trouvés contraints de négocier à l'échelon de l'entreprise. A partir de cette époque, cette obligation conjuguée à de nouvelles contraintes économiques en termes d'emploi ont fait évoluer les postures patronales à l'égard de la négociation décentralisée⁴²²⁸⁴²²⁹. L'émancipation des accords d'entreprise a ouvert une brèche dans l'ordre public social car d'un outil d'amélioration de la Loi, l'accord collectif s'est transformé en instrument de changement et d'adaptation décentralisé des règles au sein de l'entreprise⁴²³⁰⁴²³¹. A tort ou à raison, il s'est alors trouvé paré de plusieurs qualités apparentes (mais aussi parfois cachées) et bien souvent contradictoires⁴²³². Son affranchissement de la Loi⁴²³³ serait ainsi le reflet d'une proximité entre les auteurs de la norme et ses destinataires⁴²³⁴⁴²³⁵ associée à une plus forte participation des salariés. En s'appuyant sur un retour à la règle de « *concordance* » exigeant que la représentativité soit mesurée au sein de l'unité de négociation⁴²³⁶, le critère de

⁴²²⁴Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, *op.cit.* p.403.

⁴²²⁵Marie-Laure MORIN, « Autonomie de négociation et ordre public social » sous la direction de Christian THUDEROZ et Annie GIRAUD-HERAUD, Editions CNRS, Paris, 2000, p.79-94.

⁴²²⁶Jacques BELANGER et Christian THUDEROZ, *loc.cit.* p.536.

⁴²²⁷Antoine BEVORT, *loc.cit.* p.535.

⁴²²⁸Jacques FREYSSINET, *loc. cit.* p.511.

⁴²²⁹Antoine LYON-CAEN, *loc. cit.* p.528.

⁴²³⁰Jacques FREYSSINET, *loc. cit.* p.511.

⁴²³¹Olivier MERIAUX, *loc.cit.* p.26.

⁴²³²Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

⁴²³³Olivier MERIAUX, *loc.cit.* p.26.

⁴²³⁴Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

⁴²³⁵Grégoire LOISEAU et Arnaud. MARTINON, « La négociation paradoxale », Cahiers sociaux, 2014, p. 213. Selon les auteurs la négociation collective serait : « *génératrice d'un droit du travail décentralisé et de proximité* »

⁴²³⁶Et que cette dernière ne soit pas octroyée aux négociateurs par leur affiliation.

l'audience électorale aurait pour but de refonder ce lien unissant les salariés et leurs représentants⁴²³⁷ mais également la relation entre la norme et ceux à qui elle s'applique. Ainsi, il est également prêté à la norme conventionnelle d'entreprise le privilège de l'effectivité. En effet, le degré d'acceptation serait plus fort du fait de cette proximité avec ses destinataires⁴²³⁸. Néanmoins au cours de nos différents développements nous avons souligné les divers biais de ce prétendu rapprochement. Par ailleurs, cette « *proximité* » serait également synonyme de sécurité juridique, de stabilité, de lisibilité voire de prévisibilité. Il nous semble que ces autres vertus sont également discutables. Il est exact d'affirmer que la négociation de proximité octroie à ses acteurs une meilleure maîtrise de la norme. Toutefois, ces protagonistes ayant la possibilité de la dénoncer, ou de perdre leur mandat puis d'être remplacés par de nouveaux acteurs en désaccord avec leur politique conventionnelle, il existe des doutes objectifs au sujet d'une prétendue stabilité dans le temps. Concernant la lisibilité et la simplicité qui lui sont généralement associées, on constate que dans les pays où il existait une forte tradition de négociation de branche (et parfois interprofessionnelle), le développement de la négociation d'entreprise ne se réalise généralement pas du fait d'un simple transfert d'un champ de négociation vers un autre, mais par la mise en place de diverses formes de déclinaisons, d'articulation et de coordination entre les accords des divers ressorts professionnels⁴²³⁹.

D'une négociation d'acquisition de droits à une négociation de gestion de l'entreprise. A ce sujet notre système de relations collectives est marqué par la pluralité des champs de négociation et la multiplicité des accords collectifs pouvant s'appliquer à la situation du même salarié⁴²⁴⁰. Ce système juridique sophistiqué a longtemps reposé sur une règle d'articulation (principe de faveur) qui tend désormais à se voir cantonner et qui laisse place à une certaine désarticulation (voir une concurrence). Par conséquent, il n'est pas certain que la simplicité et la lisibilité soient les premiers attributs attachés à cette décentralisation de la négociation collective. Toutefois, l'accord collectif d'entreprise peut effectivement être valorisé pour sa plasticité ou sa malléabilité, car en raison d'un nouveau contexte ses signataires ont le pouvoir de rapidement modifier les stipulations conclues. La nature « *souple* » et « *malléable* »⁴²⁴¹ des normes conventionnelles autorise une plus rapide et agile substitution des règles du droit imposé. Ces dernières vertus ont effectivement pour effet principal de mieux concilier efficacité

⁴²³⁷Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

⁴²³⁸Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

⁴²³⁹Jacques FREYSSINET, *loc. cit.* p.511.

⁴²⁴⁰Xavier BLANC JOUVAN, *loc.cit.* p.179.

⁴²⁴¹Olivier MERIAUX, *loc.cit.* p.27.

juridique et économique par la priorité donnée à une norme de proximité plus adaptée aux réelles contraintes de l'entreprise. L'importance de la règle de « *faveur* » au sein de la branche du droit qui concentre notre attention a longtemps laissé penser que l'accord collectif poursuivait une fin unique correspondant à l'amélioration du sort collectif des salariés. Cette confusion découlait sans doute de la formule légale laissant entendre que la négociation collective est « *un droit des travailleurs* »⁴²⁴²⁴²⁴³. En effet, la fonction historique de la négociation collective fut longtemps l'acquisition pour les salariés de nouveaux droits (négociation distributive). Si la fonction immédiate de l'accord collectif est toujours de soumettre un ensemble de salariés à un même corps de règles économiques ou sociales, cette finalité historique a donc laissé place à une négociation concernant la gestion des facteurs sociaux de l'entreprise et pouvant entraîner, le cas échéant, une renonciation de certains droits des salariés. Par conséquent, il nous apparaît bien que la principale évolution qui se manifeste de la manière la plus éclatante au sein du ressort de l'entreprise concerne la mutation de la finalité historique de l'accord collectif. Ainsi la doctrine estime que la négociation collective n'est plus uniquement « *un vecteur d'amélioration de la condition des travailleurs* »⁴²⁴⁴ mais devient un moyen d'organiser l'entreprise. En somme, l'accord d'entreprise apparaît désormais comme un outil au service de la compétitivité de l'entreprise et par conséquent une arme à l'encontre de la concurrence extérieure⁴²⁴⁵. Il serait donc devenu un instrument de compétitivité externe mais de pacification interne.

D'une « négociation conflictuelle » à une « négociation pacificatrice ». Sur la base de ce bouleversement, le but de nombreux protagonistes sociaux a en effet été de s'extraire de leurs anciennes postures afin d'accompagner le passage d'une « *négociation conflictuelle* »⁴²⁴⁶ à une « *négociation pacificatrice* »⁴²⁴⁷ au sein de l'entreprise. En somme, par sa nature la négociation porterait toujours en elle un conflit avéré ou potentiel⁴²⁴⁸ mais la conclusion de l'accord

⁴²⁴²Bernard TEYSSIÉ, *op.cit.* p.388. Le 8^e alinéa Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que : « *tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ».

⁴²⁴³Jean-Emmanuel RAY, *loc.cit.* p.354.

⁴²⁴⁴Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21.

⁴²⁴⁵Sous cet angle, l'accord d'entreprise se place en opposition à l'accord de branche qui a une fonction de régulation de la profession.

⁴²⁴⁶Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

⁴²⁴⁷Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

⁴²⁴⁸Jean-Daniel REYNAUD, *op.cit.* p.12. Selon l'auteur le conflit « *est un chemin du changement social. Réciproquement c'est bien de l'affrontement que sort la règle ; même si la négociation a été totalement « pacifique »...même si la menace d'une pression directe est restée très lointaine ou très indirecte il s'est bien agi d'une confrontation de propositions , d'une opposition des prétentions économiques et des logiques sociales ,*

d'entreprise constituerait un instrument de pacification. Cet objectif est ambivalent car le but est plus d'éteindre que de prévenir ce conflit. Ce passage avéré d'une « *négociation distributive* »⁴²⁴⁹ à une « *négociation intégratrice* » est le révélateur du maintien de l'aspect synallagmatique de l'accord collectif d'entreprise. Or, cette dimension bilatérale reflète un nouvel attrait de l'employeur pour la négociation collective d'entreprise, plus enclin que par le passé à « *abandonner* » une partie de son pouvoir (unilatéral) de direction⁴²⁵⁰⁴²⁵¹⁴²⁵². En effet, recueillant l'assentiment des représentants du personnel concernant l'abdication de certains droits, l'employeur espère une baisse de la conflictualité en s'appuyant sur la légitimité d'une décision partagée et assumée⁴²⁵³. De leur côté, les organisations syndicales peuvent redouter les conséquences que pourraient entraîner une négociation de concession et ne pas souhaiter apporter leur soutien à ces options stratégiques décidées par l'employeur. Mais elles peuvent également se résoudre pragmatiquement à la négociation afin de limiter les conséquences sociales annoncées et par ce biais éventuellement conforter leurs statuts⁴²⁵⁴. En outre, ce type de tractations suppose également la constitution d'un intérêt collectif commun transcendant toute autre forme de préoccupations et écartant l'antagonisme des acteurs sociaux au sein de l'entreprise. Cette démarche concourt à la recherche d'un large consensus construit autour de la recherche d'« *intérêts conjoints voire communs* »⁴²⁵⁵. L'élargissement des thèmes de la négociation contraint les syndicats à dépasser leur attitude rétive (ou uniquement revendicative) et à s'introduire timidement sur le terrain, toujours bien gardé par l'employeur, des choix « *stratégiques* » de l'entreprise⁴²⁵⁶. Il en ressort que notre conclusion ne peut se passer d'une réflexion sur l'exercice du pouvoir dans l'« *entreprise* »⁴²⁵⁷.

Le retour de la vision institutionnelle de l'entreprise. En effet, cet apparent phénomène d'autonomie voire d'« *autoréglementation* » contraint fatalement à une analyse du processus de prise de décisions interne à l'entreprise qu'il est difficile de ne plus appréhender comme un

d'une exploration des forces et des faiblesses de l'autre. Et c'est bien de cet affrontement que l'accord tire sa force » (citation p.125).

⁴²⁴⁹Jean-François AMADIEU et Nicole MERCIER, *loc.cit.* p.511.

⁴²⁵⁰Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

⁴²⁵¹Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, *loc.cit.* p.266.

⁴²⁵²Fabrice BOQUILLON, « La dérogation en droit du travail », thèse Strasbourg III, 1999, p.646.

⁴²⁵³Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

⁴²⁵⁴Il pourra en être ainsi dans une situation de forte concurrence syndicale.

⁴²⁵⁵Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

⁴²⁵⁶Gérard VACHET, *oc. cit.* p.594.

⁴²⁵⁷Pascal LOKIEC, « Revoir l'exercice du pouvoir dans l'entreprise », *Droit Social*, 2016, p.502.

lieu de pouvoir. Comme nous le savons la notion d'entreprise est « *irritante* »⁴²⁵⁸⁴²⁵⁹ car à la fois « *insaisissable et incontournable* »⁴²⁶⁰. Le concept d'« *entreprise* » n'est habituellement pas considéré comme juridique et doit se distinguer de celui de « *société* » car ces deux notions ne sont donc pas synonymes. Afin de mieux comprendre cette évolution il semble effectivement nécessaire de se pencher sur la notion d'« *entreprise* » dont chacune des visions théoriques entraîne bien évidemment une approche quelque peu différente de sa finalité, de l'intérêt poursuivi et de l'organisation de son pouvoir de décision. Or, il existe une multitude d'approches doctrinales de l'« *entreprise* »⁴²⁶¹⁴²⁶²⁴²⁶³, car celle-ci peut être conçue comme une action économique ou de manière patrimoniale⁴²⁶⁴⁴²⁶⁵⁴²⁶⁶, institutionnelle ou contractuelle. Par opportunité nous exposerons rapidement que ces deux derniers points de vue. En effet, une vision institutionnelle de l'« *entreprise* » a été forgée par des auteurs travaillistes⁴²⁶⁷ considérant qu'il existait une réunion des détenteurs du capital, des salariés et des dirigeants⁴²⁶⁸⁴²⁶⁹ au sein d'une même œuvre⁴²⁷⁰⁴²⁷¹⁴²⁷²⁴²⁷³⁴²⁷⁴ qui avait pour but de se

⁴²⁵⁸Jean-Philippe ROBE, *loc.cit.* p.543.

⁴²⁵⁹Alain SUPLOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *Revue trimestrielle de droit commercial et économique*, n°38, 1985, p.623.

⁴²⁶⁰Alain SUPLOT, *Ibid.*

⁴²⁶¹François GAUDU, « L'influence du droit allemand sur le droit social français » in « Liberté individuelle et collective en droit du travail » mémoires d'Ulrich ZACHERT, NOMOS e-Library, BADEN-BADEN, 2010, p. 722.

⁴²⁶²Pierre-Henri CIALITI, *op.cit.* p.75.

⁴²⁶³Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.355. L'auteur souligne que la notion d'entreprise reste très difficile à cerner, affirme alors qu' : « *on ne peut pas déplacer le centre de gravité du droit du travail, de l'Etat vers l'entreprise, sans avoir pris implicitement parti sur la nature juridique de celle-ci* ».

⁴²⁶⁴Ioannis KAPPOPOULOS, *op.cit.* p.21. La thèse matérialiste (ou patrimoniale) repose sur une approche juridique ancienne. En effet, elle est perçue au travers du droit de propriété et se limite à un ensemble de biens affectés à la production. Cette doctrine repose sur l'idée que les moyens de production appartiennent à une personne et font partie de son patrimoine. Selon cette approche, toute la réglementation de l'entreprise repose sur le propriétaire de l'exploitation qui passe des contrats, qui embauche des travailleurs, qui décide des politiques commerciales à adopter. Ainsi, les salariés sont des tiers à l'entreprise qui ne sont liés à elle que par un simple contrat.

⁴²⁶⁵Josépha DIRRINGER, *loc.cit.* p.416.

⁴²⁶⁶Ainsi si la notion d'entreprise revêt une dimension patrimoniale son intérêt correspond à celui de son propriétaire.

⁴²⁶⁷Josépha DIRRINGER, *loc.cit.* p.416.

⁴²⁶⁸Jean-Philippe ROBE, *loc.cit.* p.543.

⁴²⁶⁹Anne-Sophie CHAMBOST, *loc.cit.* p.510.

⁴²⁷⁰Maurice HAURIU, « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de législation de Toulouse*, 2e série, t. 11, 1906, p.134-182.

⁴²⁷¹Maurice HAURIU, « La théorie de l'institution et de la fondation », *Cahiers de la Nouvelle Journée* 1925, n° 4, p. 2-45. Selon l'auteur, l'institution naît de la réunion de personnes se donnant un moyen d'expression commun autour d'une idée d'œuvre : « *Une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures.* ».

⁴²⁷²Eric MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, n° 30/31, p.3081-442.

⁴²⁷³Emmanuel DOCKES, « 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 PELLISSIER*, Dalloz, Paris, 2004, p.203-211.

⁴²⁷⁴Eric MILLARD, *Ibid.*

pérenniser⁴²⁷⁵ et dont les enjeux dépassaient chaque partie qui la compose. Cette communauté est une source de droit⁴²⁷⁶ tendue vers le renforcement et le développement de l'entreprise dont l'intérêt doit transcender⁴²⁷⁷⁴²⁷⁸ les préoccupations de chacun⁴²⁷⁹⁴²⁸⁰. Néanmoins, il découle de cette définition que l'employeur est également l'organe essentiel constitutif de cette institution⁴²⁸¹⁴²⁸² dont il détient le pouvoir de direction⁴²⁸³⁴²⁸⁴ par le biais d'une forme de reconnaissance d'une situation de fait validée par le droit et légitimée par la doctrine en question. En somme, c'est parce : « *qu'il détient ce pouvoir qu'il est le chef et c'est parce qu'il est chef qu'il est détenteur d'un pouvoir de droit* »⁴²⁸⁵. Par conséquent l'intérêt de l'entreprise se trouve être la seule borne de son pouvoir de direction⁴²⁸⁶. Néanmoins, une autre partie de la doctrine rejetant ses présupposés idéologiques et souhaitant mettre en valeur une analyse contractuelle⁴²⁸⁷ des relations de travail au sein de l'entreprise⁴²⁸⁸⁴²⁸⁹⁴²⁹⁰ considère que celle-ci est un lieu de rencontre de plusieurs volontés associées par un nœud de contrats⁴²⁹¹. Si chaque partie poursuit son intérêt propre, le propriétaire possédant l'outil de production, les divers contrats le liant aux autres parties fondent son pouvoir de direction et son autorité⁴²⁹². Toutefois, il s'avère que l'entreprise à une autonomie à l'égard des divers contrats fondements (et

⁴²⁷⁵L'institution est une forme sociale établit dans la durée.

⁴²⁷⁶Maurice HAURIOU, *op. cit* p.622. L'institution en question précède le droit et se trouve génératrice de normes.

⁴²⁷⁷Marie-Armelle ROTCHILD SOURIAU, *op.cit.* p.410.

⁴²⁷⁸Antoine LYON-CAEN et Tatiana SACHS, *loc.cit.* p.396. Pour les auteurs l'entreprise devient un centre de décision « *auto régulé* ». Les représentants des salariés sont intégrés (information-consultation) au processus décisionnel stratégique concernant l'emploi. L'objectif de l'emploi devient un objectif commun qui transcende les antagonismes et confère une autonomie collective à l'entreprise.

⁴²⁷⁹Bernard TEYSSIE, *loc. cit.* p.505.

⁴²⁸⁰David DEROUSSIN, « L'idée corporative saisie par les juristes : de la corporation-au pluralisme juridique ? » Société d'économie et de science sociales, « Les Études Sociales », 2013/1, n° 157-158, p.147-185.

⁴²⁸¹En droit français, seul le contrat individuel de travail peut être reconnu comme norme d'habilitation du pouvoir juridique de l'employeur.

⁴²⁸²Cour de cassation, section sociale, du 16 juin 1945, Inédit (arrêt « POLIET et CHAUSSON »). Le juge avait affirmé que le pouvoir disciplinaire de l'employeur était « *inhérent à sa qualité* », et prétendu que l'employeur était seul juge de l'intérêt de l'entreprise.

⁴²⁸³Alain SUPLOT, *loc. cit* p.410. La théorie institutionnelle étant grandement fondée sur un pouvoir naturel de l'employeur elle justifie plus aisément son pouvoir réglementaire et disciplinaire.

⁴²⁸⁴François GAUDU, *oc. pit.* p.622.

⁴²⁸⁵Emmanuel DOCKES, *op. cit* p.622.

⁴²⁸⁶Gérard et Antoine LYON-CAEN, « La doctrine de l'entreprise », in « Dix ans de droit de l'entreprise », Paris, LITEC, 1978, p. 599.

⁴²⁸⁷François GAUDU, « L'entreprise définie par ses responsabilités » in « Analyse et transformation de la firme ». sous la direction de Bernard BAUDRY et Benjamin DUBRION, La DECOUVERTE, Paris, 2009, p.386.

⁴²⁸⁸Gérard LYON-CAEN, *loc.cit* p.468.

⁴²⁸⁹Antoine LYON-CAEN, « Actualité du contrat de travail », Droit- Social, 1988, p.540.

⁴²⁹⁰Antoine JEAMMAUD, « La polyvalence du contrat de travail », in « Les transformations du droit du travail », Etudes offertes à Gérard LYON-CAEN, Paris, Dalloz,1989, p. 299-316.

⁴²⁹¹François et Marie-Laure MORIN, *oc pit* p.262.

⁴²⁹²Jean-Philippe ROBE, *loc.cit.* p.543. Selon l'auteur, il découle de cette analyse une certaine conception « *despotique du gouvernement de l'entreprise* ».

vecteurs) de son action⁴²⁹³ et qu'il existe tout de même un intérêt commun qui dépasse la seule somme des intérêts liant ses divers contractants⁴²⁹⁴. Au-delà des divergences doctrinales, si la notion d'intérêt de l'« entreprise » est fluctuante, elle semble tout de même pouvoir englober sa finalité organisationnelle et l'intérêt collectif des travailleurs qui y contribuent⁴²⁹⁵. En définitive, selon ces deux visions différentes c'est bien l'employeur qui détient le pouvoir de direction de l'entreprise. Il est censé conduire celle-ci dans l'intérêt de cette dernière. L'affirmation d'un droit des salariés à la négociation contribue à cet intérêt commun : soit comme un mode de régulation en cas de conflits internes⁴²⁹⁶ soit comme un accommodement de la théorie institutionnelle de l'entreprise⁴²⁹⁷. Par conséquent, à une époque où la notion d'« entreprise » semble plus recouvrir l'action de celui qui use de sa liberté d'entreprendre que de l'institution⁴²⁹⁸, les dernières évolutions juridiques concernant la représentation et la négociation collective paraissent paradoxalement encourager à contretemps un retour de la théorie « institutionnelle »⁴²⁹⁹⁴³⁰⁰ de l'entreprise⁴³⁰¹⁴³⁰²⁴³⁰³⁴³⁰⁴⁴³⁰⁵⁴³⁰⁶⁴³⁰⁷.

Le principe de participation et le pouvoir de direction de l'entreprise. Cette théorie reste certes séduisante mais quelque peu anachronique eu égard aux évolutions décrites ci-dessus (relatives notamment aux limites du périmètre en question). Néanmoins, il en découle qu'à coup sûr : « *le principe de participation ne remet pas en cause le pouvoir de décision du chef d'entreprise* »⁴³⁰⁸, car il n'a pas vocation à l'ébranler mais éventuellement à le limiter. En effet,

⁴²⁹³Jean-Philippe ROBE, *loc.cit.* p.543. En effet, certains contrats peuvent disparaître mais l'entreprise continue sa course.

⁴²⁹⁴Qui peut au minimum s'envisager comme l'intérêt de chacun à la survie de l'entreprise.

⁴²⁹⁵Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.615.

⁴²⁹⁶Jean SAVATIER, « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », in *Études de droit du travail* offertes à André BRUN, Librairie sociale et économique, 1974, p. 527.

⁴²⁹⁷Isabelle MEYRAT, *loc.cit.* p.408.

⁴²⁹⁸Alain SUPLOT, « Travail, droit et technique », *Droit Social*, 2002, p.13.

⁴²⁹⁹Anne-Sophie CHAMBOST, *loc.cit.* p.510.

⁴³⁰⁰David DEROUSSIN, *loc.cit.* p.623.

⁴³⁰¹Georges GURVITCH, *op.cit.* p.39.

⁴³⁰²Georges GURVITCH, « Éléments de sociologie juridique », Paris, Aubier, 1940, p.267.

⁴³⁰³Maurice HAURIOU, *op.cit.* p.622.

⁴³⁰⁴Georges RENARD, « L'institution. Fondement d'une rénovation de l'ordre social Paris », Flammarion, 1963 (1^{re} édition. 1923).

⁴³⁰⁵Georges RENARD, « De l'institution à la conception analogique du droit », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1935, p.81.

⁴³⁰⁶Georges RENARD, « La philosophie de l'institution », Paris, Sirey, 1939.

⁴³⁰⁷Santi ROMANO, « L'ordre juridique », (traduction de Lucien FRANCOIS et Pierre GOTHOT), *op.cit.* p.48.

⁴³⁰⁸Josépha DIRRINGER, *loc.cit.* p.416.

sauf exception (négociation à caractère « *décisionnel* »⁴³⁰⁹⁴³¹⁰) la négociation collective est utilisée dans l'entreprise comme un : « *outil de mise en œuvre des décisions stratégiques adoptées dans un autre cadre que comme instrument de prise de décision* »⁴³¹¹. En l'occurrence, dans une économie de marché les décisions stratégiques de l'« *entreprise* » restent la prérogative de l'employeur, et les différentes évolutions du droit de la négociation collective ne sont pas destinées à favoriser la « *codétermination* »⁴³¹²⁴³¹³, la « *codécision* »⁴³¹⁴⁴³¹⁵ voire la « *cogestion* » car ces notions n'ont que trop peu pénétré la culture française des relations de travail⁴³¹⁶⁴³¹⁷⁴³¹⁸⁴³¹⁹. En effet, il est difficile de soutenir qu'il existe « *un dispositif de négociation s'apparentant à une procédure de codécision* »⁴³²⁰⁴³²¹. Quoiqu'il en soit, le propos n'est pas de chanter les louanges de ces notions mais d'examiner la participation des salariés à l'exercice du pouvoir de l'entreprise⁴³²². Car l'exercice de ce principe ne s'apparente pas à une

⁴³⁰⁹Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.15.

⁴³¹⁰Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.542. Selon l'auteur : « *dans une utilisation longtemps exclusive, elle servait à établir les avantages dépassant ceux prévus par la Loi ; dans un emploi dorénavant fréquent, elle sert à l'employeur à faire accepter telle ou telle réorganisation du régime du travail aux représentants de son personnel* ».

⁴³¹¹Christine NEAU-LEDUC, « Gouvernance des entreprises et direction des salariés », in « Les paradoxes du droit du travail », Semaine Sociale Lamy, suppl. n° 1508, p. 102.

⁴³¹²Patrick REMY, *loc. cit.* p.65. Selon l'auteur le droit français connaît quelques droits de veto, sur des sujets ponctuels comme, les horaires variables, la mise en place du repos compensateur de remplacement ou la nomination du médecin du travail. Toutefois, rien de comparable avec ce que prévoit le droit allemand où les pouvoirs dits de « *codétermination* » du conseil d'entreprise couvrent des domaines aussi larges que les horaires, congés, recrutements, promotions.

⁴³¹³Patrick REMY, *loc.cit.* p.536. L'avis conforme du conseil d'entreprise étant exercé de façon discrétionnaire, il est plus qu'un droit de refus (sur un changement d'affectation par exemple) ou un droit d'opposition (au licenciement surtout) au sens allemand, mais il est beaucoup moins que le droit de codécision dont le conseil d'établissement dispose sur d'autres questions, dites « *sociales* » en particulier. En effet, affirmer que le conseil a un droit de codécision ne signifie pas seulement qu'il a un droit de veto discrétionnaire sur la mesure, mais aussi qu'il est sur un pied d'égalité avec l'employeur, de sorte qu'il a en principe le droit de prendre l'initiative de la mesure.

⁴³¹⁴Christophe CLERC et Gilles BELIER, « Quel avenir pour une codétermination à la française ? », *Revue de Droit du Travail*, 2014, p.600.

⁴³¹⁵Jean-Louis BEFFA et Christophe CLERC, *loc.cit.* p.375.

⁴³¹⁶Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (JORF n°0119 du 23 mai 2019). La Loi PACTE du 22 mai 2019 prévoit des améliorations de la représentation des salariés dans les organes de direction de l'entreprise. Il existe donc des avancées existantes mais elles demeurent timides.

⁴³¹⁷Françoise FAVENNEC-HERY, « Sécurisation de l'emploi : encore un effort ! », *Semaine Sociale Lamy*, 2013, n° 1575, p. 9.

⁴³¹⁸Georges BORENFREUND, *loc.cit.* p.461.

⁴³¹⁹Frédéric GEA, *loc.cit.*, p.439.

⁴³²⁰Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

⁴³²¹Il semble bien qu'une « *codécision* » n'est pas un acte juridique négocié mais bien un acte unilatéral. Dans le cadre de ce type de processus, un organe de direction qui peut être collégial et éventuellement composé de représentants des salariés prend une décision unilatérale, alors que dans le cadre de la négociation collective des parties aux intérêts antagonistes décident (ou non) après délibération et concessions réciproques d'un accord. Dans le cadre d'une « *négociation décisionnelle* », l'employeur accepte de négocier dans un domaine relevant de sa compétence exclusive. Il concède à ne pas décider unilatéralement préférant la voie de la négociation collective

⁴³²²L'introduction des représentants du personnel au sein des conseils d'administration, ou la mise en place de la codétermination au sein des conseils d'entreprise, et de façon plus large, la consultation et l'association de ceux-

distribution du pouvoir de direction de l'entreprise mais à un contrôle de celui-ci par les salariés⁴³²³⁴³²⁴⁴³²⁵. Tout compte fait, la promotion de la norme négociée serait donc toute relative (voire subsidiaire), car l'acte collectif négocié n'aurait comme finalité que d'accompagner (ou accommoder) la décision stratégique de l'employeur. Selon cette perspective, l'« *autonomie collective* » serait en capacité de doter les salariés de véritables droits subjectifs tout en sauvegardant ce que « *le pouvoir du chef d'entreprise a d'indispensable* »⁴³²⁶. Pour l'employeur l'engagement de la négociation collective correspondrait donc à une mise en sommeil temporaire de son pouvoir unilatéral de direction alors que pour le collectif des salariés⁴³²⁷ il s'agirait bien de l'exercice de leur droit⁴³²⁸ pouvant éventuellement en créer de nouveaux mais désormais également concéder certains renoncements⁴³²⁹. Ainsi, il serait donc possible de conclure que le procédé de la négociation aurait pour finalité de rendre éventuellement les représentants des salariés « *co-responsable* », mais nullement de « *co-décisionnaires* »⁴³³⁰.

L'accord collectif comme exercice sophistiqué du pouvoir patronal. A moins qu'il ne s'agisse en réalité d'une forme de détournement du droit de la négociation collective dont les employeurs seraient parvenus « *à en devenir les cogérants* »⁴³³¹. En effet, en poussant le raisonnement d'un cran, il est possible de former une autre conclusion bien plus sévère. Selon cette dernière hypothèse, la promotion de la norme négociée résulterait d'une : « *prise de conscience patronale tardive mais réelle des avantages de la négociation dans la régulation des relations de travail, surtout dans le cadre de l'entreprise* »⁴³³², entraînant un opportun renversement de perspective ayant pour effet de transformer la pratique conventionnelle, en

ci aux décisions stratégiques de l'entreprise constituent des évolutions cheminant vers un renforcement de leurs prérogatives. En allant, vers le Conseil d'entreprise, les élus et l'employeur pourraient décider conjointement des domaines dans lesquels un avis conforme devra être rendu. Cette évolution questionne également une « *nouvelle* » définition « *institutionnelle* » de l'entreprise.

⁴³²³Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

⁴³²⁴Christophe. VIGNEAU, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », Droit Social, 2004, p. 706.

⁴³²⁵Le contrôle judiciaire de la notion de loyauté serait un instrument d'encadrement du pouvoir de l'employeur. En effet, compte tenu du « *conditionnement* » de la négociation collective comme droit unilatéral des salariés, cette notion semble s'imposer principalement à l'employeur même si elle garantit la participation de tous au processus de prise de décision de l'entreprise.

⁴³²⁶Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.355.

⁴³²⁷De l'autre côté se retrouve la collectivité du personnel formant une communauté d'intérêts et titulaire du collectif d'exercice de la négociation collective par l'intermédiaire de ses représentants naturels, subsidiaires ou supplétifs.

⁴³²⁸Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, *op. cit.* p.10.

⁴³²⁹Yves CHALARON, *loc.cit.* p.338.

⁴³³⁰Christophe BAUMGARTEN, « Les accords de méthode : un marché de dupe », Droit Ouvrier. 2003, p.358.

⁴³³¹Alain SUPLOT, *op.cit.* p.16.

⁴³³²Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCHILD SOURIAC, *loc.cit.* p.266.

« instrument à une réactivation »⁴³³³ de ce même pouvoir patronal. Ainsi, une partie de la doctrine considère que le développement de la négociation collective : « usant du voile pudique que lui offre le consentement souvent forcé du syndicat »⁴³³⁴, entraînerait en réalité un renforcement du pouvoir patronal⁴³³⁵⁴³³⁶⁴³³⁷. Toujours selon ce point de vue, l'accord collectif serait dès lors devenu : « la forme la plus achevée d'exercice du pouvoir patronal »⁴³³⁸, et sous une apparence plus sophistiquée et plus légitime⁴³³⁹⁴³⁴⁰⁴³⁴¹ marquerait effectivement un renouveau de la théorie institutionnelle de l'entreprise⁴³⁴²⁴³⁴³. En effet, si les entreprises souhaitent être « leur propre maître »⁴³⁴⁴, elles n'en veulent pas intrinsèquement aux juges ou au législateur, mais au fait que ces deux institutions sont amenées à leur imposer de façon extérieure l'application d'un certain nombre de règles⁴³⁴⁵. Suivant cette perspective, faute de pouvoir revendiquer cette finalité, elles s'inventent un « interlocuteur ». Alors, elles n'appellent pas à la consécration d'une norme unilatérale, mais réclament une norme négociée avec un acteur faible interne à l'entreprise afin d'échapper à l'emprise du droit imposé⁴³⁴⁶. Selon cette extrémité le procédé peut alors se trouver dénaturé et constituer effectivement un renforcement du pouvoir de direction de l'employeur. Par conséquent, selon la meilleure des options la représentation du personnel « co-responsable » des décisions stratégiques de l'employeur peut espérer pouvoir les accommoder aux mieux, ou selon la pire des hypothèses se retrouver réduit à la posture de la marionnette du « ventriloque »⁴³⁴⁷.

L'« autoréglementation unilatérale » ou l'« autoréglementation conventionnelle ». Par ailleurs, il apparaît de plus en plus que le ressort de l'entreprise se referme sur lui-même

⁴³³³Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, *loc.cit.* p.17.

⁴³³⁴Emmanuel DOCKES, *op.cit.* p.451.

⁴³³⁵François GAUDU, *loc.cit.* p.518.

⁴³³⁶Pierre-Henri CIALITI, *op. cit.* p.75.

⁴³³⁷Annette JOBERT, *op.cit.* p.528. Selon l'auteur : « en accordant une large autonomie aux accords d'entreprise et à ceux conclus dans les territoires, la Loi marquerait le passage d'une conception réglementaire de la convention collective à une conception instrumentale de celle-ci : les employeurs ne l'utiliseront que si elle leur est utile ».

⁴³³⁸Marie-Armelle SOURIAC, « Pouvoir et convention collective » in « Le pouvoir du chef d'entreprise », sous la direction de Jean PELISSIER, Dalloz, Actes, 2001, p.98. L'auteur estime que la convention est devenue « la forme la plus achevée d'exercice du pouvoir patronal ».

⁴³³⁹Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, *loc.cit.* p.17.

⁴³⁴⁰Marie-Armelle SOURIAC, *Ibid.*

⁴³⁴¹François GAUDU, *loc.cit.* p.518. Pour l'auteur, le ressort de l'entreprise reste celui de l'exercice privilégié du pouvoir unilatéral de l'employeur.

⁴³⁴²Georges BORENFREUND, Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, *op.cit.* p.19.

⁴³⁴³Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.355.

⁴³⁴⁴Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.10.

⁴³⁴⁵Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.10.

⁴³⁴⁶Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.10.

⁴³⁴⁷Dominic ROUX (sous la direction), *op.cit.* p.92.

s'acheminant peu à peu vers une notion d'« *autoréglementation* » par laquelle les normes du droit imposé ou du droit conventionnel ne s'appliquent qu'à défaut d'accord d'entreprise⁴³⁴⁸⁴³⁴⁹⁴³⁵⁰⁴³⁵¹⁴³⁵². Par conséquent, si à son origine le droit à la négociation collective a été pensé⁴³⁵³ comme un droit collectif des salariés, il pourrait bien être effectivement devenu un procédé bilatéral évoluant donc vers un droit à l'« *autorégulation* » de l'entreprise⁴³⁵⁴. En effet, une partie de la doctrine peut qualifier l'accord collectif d'entreprise d'acte « d'*autoréglementation* » du seul fait qu'il revêt par son contenu aucun équivalent dans aucun autre ressort⁴³⁵⁵. Toutefois, à la différence de la notion d'« *autonomie collective* » celle d'« *autoréglementation d'entreprise* »⁴³⁵⁶⁴³⁵⁷⁴³⁵⁸, ne renvoie pas seulement à la capacité de créer ses propres normes, mais de façon plus large et plus forte à sa faculté de mettre en place ses propres règles de fonctionnement et procédures internes⁴³⁵⁹. Selon cette dernière définition, la notion d'« *autoréglementation* » peut alors s'entendre de deux manières différentes correspondant soit à un renforcement du pouvoir unilatéral de direction de l'employeur soit à la possibilité pour les protagonistes sociaux de conclure des accords collectifs se substituant à la réglementation étatique (ou professionnelle) allant jusqu'à déterminer leurs propres règles de fonctionnement. Par conséquent, dans un cadre qui reste défini par l'Etat, il pourrait se développer au sein du ressort de l'entreprise soit une « *autoréglementation unilatérale* »⁴³⁶⁰ soit

⁴³⁴⁸Elsa PESKINE, *op.cit.* p.355.

⁴³⁴⁹Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.355. Dans ce cadre peut se développer le concept de contrat collectif d'entreprise primant sur la Loi et le contrat de travail.

⁴³⁵⁰Pascal LOKIEC, Dounia BENREBAI, Nicolas DI CAMILLO, Chloé SABLAYROLLES, et Lou THOMAS, *loc.cit.* p.513. Selon les auteurs l'attachement à la notion d'entreprise donne aux normes produites en son sein une force particulière. La fidélité à cette notion commande alors la limitation du rôle de la Loi à la détermination d'un noyau serré de dispositions d'ordre public et l'élaboration de règles supplétives qui s'effacent devant le choix des négociateurs au niveau de l'entreprise, ainsi que le renforcement du caractère supplétif de l'accord de branche. Elle conduit également à un nouvel affaiblissement de la capacité de résistance du contrat de travail, pourtant garant, pour les salariés, de stabilité juridique.

⁴³⁵¹Jean-Claude GUIBAL, *loc.cit.*, p.513. Selon, l'auteur le contrat collectif d'entreprise « *se présente comme un instrument de nature à favoriser, au niveau de l'entreprise, une négociation de substitution, dérogatoire aux sources du droit, situées en amont et de forme authentiquement contractuelle* ». Il poursuit estimant que le contrat collectif d'entreprise : « *tend également à consacrer la notion d'ordre public à deux vitesses, établir un nouvel équilibre entre les niveaux de négociation, contribuer à l'individualisation de la gestion, renforcer la cohésion de l'entreprise et permettre aux organisations syndicales, si elles savent l'utiliser, de renouer avec leurs bases* ».

⁴³⁵²Gérard LYON-CAEN, *op.cit.* p.400. L'auteur souligne que la mise en œuvre de ce contrat collectif d'entreprise ne peut être envisagée « *sans complète déréglementation* ». Pour arriver à un contrat collectif d'entreprise entendu dans son sens complet, aucune Loi ne peut venir limiter la libre volonté des parties au contrat.

⁴³⁵³Notamment par La Loi n°71-561 du 13 juillet 1971 modifiant certaines dispositions du chapitre IV-bis du titre II du livre I du Code du travail relatif aux conventions collectives de travail, ainsi que certaines dispositions du titre II de la Loi 50205 du 11-02-1950 relatives à la procédure de médiation (JORF du 14 juillet 1971).

⁴³⁵⁴Ylias FERKANE, *op.cit.* p.19.

⁴³⁵⁵Yves CHALARON, *loc.cit.* p.338.

⁴³⁵⁶Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.355.

⁴³⁵⁷Pascal LOKIEC, *loc.cit.* p.601.

⁴³⁵⁸Josépha DIRRINGER, *op.cit.* p.11.

⁴³⁵⁹Josépha DIRRINGER, *loc.cit.* p.416.

⁴³⁶⁰Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.355.

une « *autoréglementation conventionnelle* »⁴³⁶¹. Il va de soi que cette seconde notion se détache justement de la première par sa dimension authentiquement négociée des dispositions déterminant le fonctionnement de l'entreprise. Il en résulte bien que la sincérité du procédé reposant sur le respect du principe de loyauté qui constitue effectivement l'élément distinctif de ces deux phénomènes opposés.

Nous avons donc étudié que la notion d'« *autonomie collective* » se définissait théoriquement comme la faculté pour les parties représentées (employeur ou salariés) de sélectionner les agents en charge de leurs intérêts au sein des pourparlers; puis par le biais de la négociation collective leur permettre de créer leur propre droit. Nous avons démontré que le modèle droit interne pouvait quelque peu se rapprocher de cette définition. Il nous semble toutefois que malgré la réforme de la notion de représentativité le rapport entre l'employeur et la représentation majoritaire des salariés reste déséquilibré notamment dans le ressort de l'entreprise. En outre, la formation de notre droit négocié ne s'effectue pas de manière indépendante par rapport à l'Etat. Bien au contraire ce dernier pilote et intègre leurs règles à l'ensemble des normes de son ordre juridique⁴³⁶². En ce sens, les protagonistes bénéficient d'une liberté encadrée que l'Etat se charge de protéger. Il existe donc bien une relation de « *relevance* »⁴³⁶³ de l'ordre professionnel à l'ordre juridique qui se caractérise notamment par le contrôle opéré par le juge au sujet des normes conventionnelles en référence à une série de grands principes. Toutefois la notion d'« *autonomie collective* » ne se définit pas uniquement par sa relation avec la Loi, mais également par sa capacité à former des normes ayant des effets collectifs dans le cadre d'un procédé négocié. Dans ce cadre nous avons donc examiné que l'accord collectif d'entreprise peut s'émanciper d'une partie du droit imposé et du tissu conventionnel, mais que ses clauses peuvent également se substituer à celles du contrat de travail. Par conséquent ce ressort acquière progressivement une forme d'autonomie en dehors du respect du « *principe de faveur* » sous le regard approbateur de l'autorité judiciaire. Or, nous avons constaté que ce procédé fait également l'objet de nombreuses mutations, notamment concernant ses finalités, et constitue désormais moins un mode d'acquisition de nouveaux droits en faveur des salariés, et plus certainement un moyen d'organiser le fonctionnement de l'entreprise au bénéfice de son intérêt. Enfin, la Loi permet de plus en plus à ce champ de fixer ses propres règles de fonctionnement interne par le biais de la conclusion d'un accord collectif. Il en résulte donc que le droit interne

⁴³⁶¹Alain SUPLOT, *loc.cit.* p.355.

⁴³⁶² Cyril WOLMARK, *loc. cit.*, p.355.

⁴³⁶³Santi ROMANO, « L'ordre juridique », (traduction de Lucien FRANCOIS et Pierre GOTHOT), *op.cit.* p.48.

navigue entre les modèles de l'« *autonomie collective* », de l'« *autonomie d'entreprise* »⁴³⁶⁴ voire de l'« *autoréglementation* ». Afin de prendre définitivement le bon cap et prévenir toutes formes de dénaturation, le droit positif mais également les protagonistes sociaux doivent viser le centre d'un triangle formé par le procédé de la négociation collective, l'accord collectif et le respect du principe de loyauté.

⁴³⁶⁴ Gérard LYON-CAEN, *loc.cit.* p.10.

Bibliographie

OUVRAGES GENERAUX

- André-Jean ARNAUD (sous la direction), « Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit », Paris, 2e édition, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1993, p.758.
- Gilles AUZERO, Emmanuel DOCKES et Dirk BAUGARD, « Droit du travail Broché – Livre grand format », Paris, Dalloz, 35 e édition (2022), p.1800.
- René DAVID, Camille JAUFFRET-SPINOSI, et Marie GORE, « Les grands systèmes de droit contemporains », Paris, Dalloz, Précis Entreprise, économie & droit, (12e édition), 2016, p.540
- Pascale DEUMIER et Thierry REVET, « Ordre public », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (sous la direction.), « Dictionnaire de la culture juridique », Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 1120.
- Emmanuel DOCKES, Jean PELISSIER, Antoine LYON-CAEN, et Antoine JEAMMAUD, « Les grands arrêts du droit du travail », 4° ed., Paris, Dalloz, 2008. p.970.
- Annette JOBERT, et Arnaud MIAS (sous la direction de), « Dictionnaire du travail », Paris, Presses universitaires de France, 2012, p.888.
- Michel LALLEMENT, Antoine BEVORT, Annette JOBERT, et Arnaud MIAS (sous la direction de), « Dictionnaire du travail », Paris, Presses universitaires de France, 2012, p.888.
- Antoine MAZEAUD, « Droit du Travail », Paris, -e édition. Montchrestien, 2008, p. 678.
- Michel MINÉ « Le grand livre du droit du travail en pratique », Paris, Eyrolles, 31e édition (2022 – 2023), p.826.
- Michel MINÉ et Bernard GAURIAU, « Droit du Travail », Sirey, 4ème édition (2020), p.832.
- Michel MINÉ, Christine BOUDINEAU, Anne LE NOUVEL, Marie MERCAT-BRUNS, Dominique ROUX-ROSSI et Bruno SILHOL, « Le droit social international et européen en pratique », Paris, Organisations, Eyrolles, Références, 2013, p.402.
- Elsa PESKINE et Cyril WOLMARK « Droit du travail Broché – Livre grand format » Dalloz, hyper cours, 16e édition, 2023, p.878.
- Jean-Emmanuel RAY, « Droit du travail : droit vivant 2022-Connaître, mais surtout comprendre le droit du travail d'aujourd'hui », Liaisons, Collection Droit vivant 30e édition, p.804.

OUVRAGES ET THESES

-A-

- Gérard ADAM, « La refondation sociale à réinventer », Paris, éditions Liaisons 2002, p.238
- Dominique ANDOLFATTO, « Les Syndicats en France, Paris, La Documentation française, 2007, p.192
- Dominique ANDOLFATTO et Dominique LABBE, « Histoire des syndicats », Seuil, 2006, p. 351.
- Jean-François. AMADIEU, « Les syndicats en miette », Paris, Editions du Seuil, 1999, p.224
- Jean-François AMADIEU et Denis BOISSARD, « La démocratie sociale en danger », Paris, Ed. Liaisons, 2001, p.128
- Thomas AMOSSE, Catherine BLOCH-LONDON et Loup WOLFF (sous la direction), « Les relations sociales en entreprise », Paris, « Recherche », La Découverte, 2008, p.45
- Nikitas ALIPRANTIS, « La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes », Thèse d'état doctorat en droit, juin 1980, p 408,
- André-Jean ARNAUD, « Critique de la raison juridique : où va la société du droit ? » Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1981, p.466
- Jacques ATTALI (président de la commission pour la croissance française), « 300 décisions pour changer la France », Paris, La Documentation française, 2008, p.350
- Paul AURELLI et Jean GAUTIER (rapporteurs), « Consolider le dialogue social », Avis du Conseil Economique et Social, n°23, 4 décembre 2006, p.76
- Jean AUROUX, « Les droits des travailleurs, Rapport au Président de la République et au Premier Ministre », Paris, La Documentation Française, 1981, p.82

- B-

- Robert BADINTER et Antoine LYON-CAEN, « Le travail et la loi », Fayard, 2015, p.80
- Henry BAKIS, « Les réseaux et leurs enjeux sociaux », Presses Universitaires de France, 1993, p. 127,
- Marion BARBIER, « Organisations patronales en France et en Europe », Paris, Documents d'études de la Direction de l'Animation de la Recherche, des Etudes et des Statistiques (DARES), n° 130, 2007.
- Boris BARRAUD, « Théories du droit et pluralisme juridique : Introduction et conclusion. Théories du droit et pluralisme juridique - Tome II : « La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique », Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2016.p.582
- Jacques BARTHELEMY et Gilbert CETTE, « Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique », Paris, Les Rapports du Conseil d'analyse économique, La Documentation française, p.199
- Jean-Louis BEFFA et Christophe CLERC, « Les chances d'une codétermination à la française », Prisme n° 26, Centre Cournot, 2013, p.89
- Gilles BELIER, et Henri-José LEGRAND, « Un nouveau droit de la négociation collective : nouveaux acteurs, nouveaux accords », Éditions Liaisons, collection « Droit vivant », 2009, p.334
- Gilles BELIER, et Henri-José LEGRAND, « La négociation collective après la loi du 20 août 2008 : nouveaux acteurs, nouveaux accords », 3^e édition., Paris, Editions Liaisons, 2011, p.334
- Giles BELIER et Henri-José LEGRAND, « La négociation collective en entreprise », 4^e édition., Edition Liaisons, Paris, 2013, n° 400, p.396
- Emmanuel BENARD, et Aurélie CORMIER-Le GOFF, « Les restructurations en droit du travail », 3^e ed., Paris, Collection Droit vivant, Editions Liaisons, Droit Vivant, 2014, p.415
- Fabrice. BOQUILLON, « La dérogation en droit du travail », thèse Strasbourg III, 1999, p.646
- Karim BENYEKHFLEF, « Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation », Paris, Thémis, 2008, p. 797

- Sophie BEROUD, Jean-Pierre CROM et Karel YON, « Représentativités syndicales, représentativités patronales. Règles juridiques et pratiques sociales ». Introduction, Direction de l'Animation de la Recherche, des Etudes et des Statistiques (DARES), Travail et emploi, p.5-22
- Sophie BEROUD et Karel YON (sous la direction), « La loi du 20 août 2008 et ses implications sur les pratiques syndicales en entreprise : sociologie des appropriations pratiques d'un nouveau dispositif juridique », Convention Direction de l'Animation de la Recherche, des Études et des Statistiques (DARES), « Impact des nouvelles règles de la représentativité sur les pratiques et les stratégies syndicales », Rapport de recherche, Février 2011, p.342
- François BLOCH-LAINE, « Pour une réforme de l'entreprise », Paris, Seuil, 1963, p.158
- Bureau Internationale du Travail, « La liberté syndicale. Compilation des décisions du Comité de la liberté syndicale », Genève, 6e édition, 2018, p.346
- Jean BODIN, « Les six livres de la République de J. Bodin », Lyon (de l'impr. de Jean de Tournes), Bibliothèque nationale de France, 1579, (<http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb11970307j>)
- Fabrice. BOQUILLON, « La dérogation en droit du travail », Thèse Strasbourg III, 1999, p.646
- Georges BORENFREUND et Marie-Armelle SOURIAU (sous la direction), « syndicats et droit du travail », Paris, Dalloz, Themes et commentaires, 2008, p.100°
- Laetitia BONNARD-PLANCKE, « Droit et démocratie sociale : contribution à l'étude des rapports entre démocratie sociale et organisations syndicales », Thèse Lille, 2004, p.533
- Jean BUNEL, « La transformation de la représentation patronale », Paris, La documentation Française, 1995, p.159

- C -

- Françoise CANUT, « L'ordre public en droit du travail », Thèse, Paris 1, Bibliothèque de l'Institut André TUNC, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2007, p.532
- René CAPITANT, « Ecrits constitutionnels », Paris, Editions du CNRS, 1982, p.488
- René CAPITANT, « Introduction à l'étude de l'illicite -l'impératif juridique », Dalloz Paris, 1928, p 239
- Lionel CHARBONNEL, « La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat ». Droit Université d'Avignon, 2010, p.368
- Yves CHARLON, « Négociations et accords collectifs d'entreprise », LITEC, 1990, p.251
- Dominique Jean, CHERTIER, « Pour une modernisation du dialogue social », Rapport au Premier Ministre », Paris, La documentation Française, 2006, p.108
- Alain CHATRIOT, « La démocratie sociale à la française. L'expérience du Conseil national économique (1924-1940) », Paris, La Découverte, 2002, p.420
- Nathalie COLIN, « Conventions et accords collectifs de droit social à l'épreuve du temps », Paris, Collection Logiques Juridiques, L'Harmattan, 2000, p.399
- Maurice COHEN et Laurent MILLET, « Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe », 9^{ed.}, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2009, p.1301
- Conseil d'Etat (Jean-Marc SAUVE vice-président), « Le contrat, mode d'action publique et de production de normes, Rapport public », Paris, La documentation française, 2008, p.664
- Jean-Denis COMBREXELLE, « La réforme de la représentativité patronale », la Documentation Française, Rapport au Ministère du Travail, de L'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue Social », octobre 2013, p.110
- Jean-Denis COMBREXELLE (Président de la section sociale du Conseil d'État), « La négociation collective, le travail et l'emploi », (Rapport au Premier ministre), France Stratégie, septembre 2015, p.140
- Rapport n°362^e du Comité de la Liberté Syndicale, Bureau International du Travail, novembre 2011, GB.312/INS/9, §§ 848-964.
- Rapport de la Commission des affaires sociales no 992, Assemblée Nationale, 25 juin 2008, p. 94 s. (Dans le même sens, Rapport de la Commission des affaires sociales no 470, Sénat, 15 juill. 2008).

- Commissariat général au Plan, Groupe de Travail commun THOMAS (sous la présidence de Laurent DUCLOS), « Pour une prospective des règles de la négociation sociale », Le Quatre pages, n°1, mars 2004, p.1-4
- Pierre-Henri CIALITI, « Efficacité et fonctions de la convention collective nationale-étude comparative de l'intervention légale en France et en Espagne » Toulouse, IDETC, Université Toulouse Capitole I, 2013, Thèse p.1265
- Gérard CORNU, « Vocabulaire juridique », Presse Universitaire de France, Quadrige, 10ème éd., 2014, p.1100
- Stéphane COURTOIS et Dominique LABBÉ, « Regards sur la crise du syndicalisme », Paris, L'Harmattan, Logiques Sociales, 2001, p.224

-D-

- Nathalie DAUXERRE, « Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale, Aix-en-Provence », Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2005, p.1102
- Thierry DEBARD et Serge GUINCHARD, « Lexique des termes juridiques », 20^e édition, Paris, Dalloz, 2012, p.918
- Direction de l'Animation de la Recherche, des Etudes et des Statistiques (DARES), « Elections aux comités d'entreprise et délégations uniques du personnel, Cycle: 2005-2006 », Paris, Ministère du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité, Premières Synthèses, 2008, p.6
- Direction de l'Animation de la Recherche, des Etudes et des Statistiques (DARES), « Portrait statistique des principales conventions collectives de branches en 2016 », (DARES), Paris, Ministère du travail, Résultats, n°33, Juillet 2019, p.12
- Direction de l'Animation de la Recherche, des Études et des Statistiques (DARES), Jean-Pierre LE CROM et Nicole MAGGI-GERMAIN (sous la direction), « La construction de la représentativité patronale », Paris, Ministère de l'Économie, de l'industrie et de l'emploi et Ministère du Travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville, 2011, p.399
- Direction de l'Animation de la Recherche, des Études et des Statistiques (DARES), « Les élections aux comités d'entreprise 2005-2006 », Premières Synthèse Informations, n°40.3, octobre 2008, p.6.
- Direction de l'Animation de la Recherche, des Études et des Statistiques (DARES), « La négociation collective en 2018 », Paris, 2019, p.519.
- Direction de l'Animation de la Recherche, des Études et des Statistiques (DARES), Ministère du Travail, « La négociation collective en 2007 : bilans et rapports », Paris, 2008, p.556
- Direction de l'Animation de la Recherche, des Études et des Statistiques (DARES), Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, « La négociation collective en 1999 », Editions Législatives, Bilans et rapports, juin 2000, tome 1, p. 42.
- Mireille DELMAS-MARTY, « Le Flou du droit », Paris, Presse Universitaire de France, 1986, p.336
- Mireille DELMAS-MARTY, « Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel », Paris, Seuil, La couleur des idées, 2004, p.439
- Mireille DELMAS-MARTY et Claude LUCAS de LEYSSAC, « Libertés et droits fondamentaux » (Introduction, textes et commentaires sous la direction de), Paris, Points, Essais (2e édition), 2002, p. 473
- Chantal DELSOL, « L'Etat Subsidaire : Ingérence et Non-Ingérence de l'Etat : Le Principe de Subsidiarité Aux Fondements de l'histoire Européenne », Paris, Léviathan, Presses universitaires de France, 1992, p.240
- Michel DESPAX, « Négociations, conventions et accords collectifs, Traité de droit du travail », Tome VII, sous la direction de Guillaume-Henry CAMERLYNCK, 2ème éd., Dalloz, 1989, p. 132
- Michel DESPAX, « L'État et la négociation collective en France », Annales de l'Institut du travail et de la sécurité sociale, Lyon, 1971, p. 23
- MICHEL DESPAX, « Mélanges » Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p.552
- Claude DIDRY, « Naissance de la convention collective Débats juridiques et luttes sociales en France au début du 20ème siècle », Editions EHESS, Paris, 2002, p.378

- Josépha DIRRINGER, « Les sources de la représentation collective des salariés: contribution à l'étude des sources du droit », Librairie Générale de Droit et Jurisprudence LEXTENSO, éditions, 2015, Bibliothèque de droit social, p.557
- Laurent DUCLOS, Guy GROUX et Olivier MERIAUX, « Les nouvelles dimensions du politique. Relations professionnelles et régulations sociales », Paris, Maison des sciences de l'homme, Réseau européen Droit et société, Association française de science politique, Congrès national, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2009, p.312
- Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, « L'apport du modèle de l'Institution à la conception des politiques de l'intérêt, sa compréhension traditionnelle, néo-corporatiste, et sa crise actuelle », Lyon, Table Ronde 3 : « Le politique et la dynamique des relations professionnelles. 8e Congrès de l'AFSP », Septembre 2005, p.34
- Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, « Autonomie contractuelle et démocratie sociale : les implicites de la refondation », Documentation française, Regards sur l'Actualité, janvier 2001, n°267, p.19
- Paul DURAND, « Traité de droit du travail », Dalloz, Tome 1, 1947, n°119, p. 151.
- Emile DURKEIM, « Le Suicide », Paris, 1897 (nouvelle édition 1930), Presse Universitaire de France, p.436-437
- Emile DURKEIM, « De la division du travail social », Paris, Presses Universitaires de France, Quadrige, 2013, p.420
- Emile DURKEIM, « Leçons de sociologie : physique des mœurs et du droit », Paris, Presses Universitaires de France, Quadrige, 2015, p.368

-E-

- Sabine ERBES-SEGUIN, « Syndicats et relations de travail dans la vie économique française », Lille, Presse universitaire de Lille, 1985, p.144

-F-

- Alexandre FABRE, « Le régime du pouvoir de l'employeur », Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Thèses, Bibliothèque de droit social, 2010, p.432
- Ylias FERKANE, « L'accord collectif de travail-diffusion d'un modèle », Paris : Dalloz, 2017, 1 vol. XIV, p.610
- Emmanuelle FILIPETTO, « Le juge et l'accord collectif de travail », Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Thèses, Bibliothèque de droit social, 2022, p.448
- Jacques FREYSSINET, « Le temps de travail en miettes. Vingt ans de politiques publiques et de négociations collectives », Paris, Éditions de l'Atelier.1997, p. 247
- Jacques FREYSSINET, « Négociier l'emploi. 50 ans de négociations interprofessionnelles sur l'emploi et la formation », Éditions Liaisons, 2010, p.312
- Cécile FOURCADE, « L' « autonomie collective » des partenaires sociaux -Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale », Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Bibliothèque de droit social, 2006, p.528;

-G-

- Gino GIUGNI, « Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva » Milan, 1960 (édition 1977), Giuffrè, Pubblicazioni della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Roma, p.164
- Benoit GENIAUT, « La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe », Paris, Dalloz, collection, « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2009, p.474,

- Antonio GRAMSCI (Traduction de Françoise BOUILLOT et Monique AYMARD), « Cahiers de prison n°1, 2, 3,4 et 5 » (Broché). Paris, GALLIMARD, 1996, p.720
- Georges GURVITCH, « Le temps présent et l'idée du droit social », Paris, Librairie philosophique J. VRIN, 1931, p.333
- Georges GURVITCH, « Éléments de sociologie juridique », Paris, Aubier, 1940, p.267
- Guy GROUX, « Vers un renouveau du conflit social ? », Paris, Bayard.1999, p.250
- Guy GROUX (dir.), L'action publique négociée. Approches à partir des 35 heures - France-Europe, Paris, France-Europe, Logiques politiques, L'Harmattan, 2001, p.334
- Guy GROUX, « L'action publique négociée. Un nouveau mode de régulation ? Pour une sociologie politique de la négociation » Paris, CEVIPOF, CNRS, Sciences Po, p. 206

-H-

- Raphael HADAS-LEBEL, « Pour un dialogue social efficace et légitime: représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales », Rapport au Premier Ministre, mai 2006, p.134
- Maurice HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », Cahiers de la nouvelle journée (Paris, Bloud & Gay), n° 4, 1925, p. 89;
- Adelheid HEGE (responsable scientifique) Aurianne COTHENET, Josépha DIRRINGER, Christian DUFOUR Marcus KAHMANN, « L'influence de la loi du 20 août 2008 sur les relations collectives de travail dans les entreprises Enquête sociologique et analyse juridique », IRES, 2014, p.217
- Adelheid HEGE, Christian DUFOUR et Marcus KAHMANN, « La loi du 20 août 2008 et les fondements de la représentation syndicale », IRES, 2016, p.95
- Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, « Principes de la philosophie du droit », Paris, Flammarion, 1999, p.444
- Thomas HOBBS, « Léviathan », Paris, Dalloz, 1999, p.780
- Richard HYMAN « Strikes », Londres, FONTANA, 1972, p.184
- Richard HYMAN, « Industrial Relations. A marxist introduction » Londres, The Macmillan Press Ltd, 1975, p. 210

-J-

- Evelyne JARDIN, « Principes de la négociation collective au Québec dans le secteur privé », Travail et Emploi, n°88, octobre 2001, p.83
- Emeric JEANSEN, « L'articulation des sources du droit : essai en droit du travail », Paris, Economica, Recherches Juridiques, 2008, p.454
- Annette JOBERT, « Les espaces de la négociation collective, branche et territoires » Paris, Octares, 2001, Travail et Activité humaine, 2001, p.187
- Annette JOBERT, « Les nouveaux cadres du dialogue social: l'espace européen et les territoires », Bruxelles, Pie Peter Lang, 2009, p.267
- Annette JOBERT, « Légitimité de la branche et diversités de ses usages », in « La négociation collective à l'heure des révisions » sous la direction de Georges BORENFREUND, Antoine LYON-CAEN, Marie-Armelle SOURIAU et Isabelle VACARIE, Paris, Dalloz, Thèmes & Commentaires, Actes, 2005, p. 115.
- Annette JOBERT et Jean SAGLIO, « La mise en œuvre des dispositions de la loi du 4 mai 2004 permettant aux entreprises de déroger aux accords de branche », Paris, La documentation Française, 2005, p.41
- Annette JOBERT et Jean SAGLIO, « Ré-institutionnaliser la négociation collective en France », Travail et Emploi n° 100, Octobre 2004, p 113
- Bruno JOBERT et Pierre MULLER P, « L'Etat en action: politiques publiques et corporatismes ». Paris, Presses Universitaires de France,1987, p.242

- Jacques JULLIARD, « Autonomie ouvrière. Études sur le syndicalisme d'action directe », Paris, Gallimard-Seuil, 1988, p.294

-K-

- Tamar KATZ, « La négociation collective et l'emploi », Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2007, p.360
- Ioannis KAPPOPOULOS., « Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle », Lille, Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2010, p..496
- Hans KELSEN, « Théorie pure du droit », 2e édition, traduite par Charles EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, p.547
- Jean-Yves KERBOURC'H, Olivier MERIAUX et Carine SEILER, « Evaluation de la loi du 4 mai 2004 sur la négociation d'accords dérogatoires dans les entreprises », Paris, Direction de l'Animation de la Recherche, des Etudes et des Statistiques (DARES), Document d'études, n° 140, 2008, p.58

-L-

- Daniel LABBÉ et Stéphane COURTOIS, « Regards sur la crise du syndicalisme », Paris, L'Harmattan, 2001, p.224
- Daniel LABBE et Bertrand REYNAUD, « La négociation collective en entreprise », Paris, Editions. Liaisons (Collection Droit Vivant), 2001, p. 220
- Michel LALLEMENT, « Les gouvernance de l'emploi. Relations professionnelles et marché du travail en France et en Allemagne », Paris, Desclee de Brouwer, 1999, p.66
- Michel LALLEMENT, « Sociologie des relations professionnelles », La Découverte, Collections Repères, 2008, p. 121.
- Hubert LANDIER et Daniel LABBÉ, « Les organisations syndicales en France », Paris, Editions Liaisons, 2004, p.240
- Benjamin LAVERGNE, « Recherche sur la soft law en droit public français », Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 612
- Jean-Pierre LE CROM, « Syndicats, nous voilà ! Vichy et le corporatisme », Paris, éditions de l'Atelier, Patrimoine, 1995, p.410
- Jean-Pierre LE CROM, « L'introuvable démocratie salariale. Le droit de la représentation dans l'entreprise (1890-2002) », Paris, Syllepse (collection le présent avenir), 2003, p.194
- Jean-Pierre LE CROM, « L'organisation des relations professionnelles en France (1940-1945) - Corporatisme et Charte du travail » (Thèse soutenue en 1992 à Nantes, sous la direction de Philippe-Jean Hesse), p.804
- Jacques LE GOFF, « Droit du travail et société », Rennes, Presses universitaires de Rennes, Didact Droit, 2002, p.600
- Jacques LE GOFF, « Du silence à la parole, droit au travail, société, Etat (1830-1895) », Quimper, Calligrammes, la Digital, 1985,
- John LOCKE, « Deuxième traité du gouvernement civil, constitutions fondamentales de la Caroline », Paris, J Virm, 1985 p.255
- Gérard LYON-CAEN, « Le Droit du travail, une technique réversible », Paris Dalloz, connaissance du Droit, 1997, p.99

-M-

- Nicole MAGGI-GERMAIN et Jean-Pierre. LE CROM (dir.), « La construction de la représentativité patronale », rapport pour le ministère de l'Emploi, du Logement et de la Cohésion sociale, DARES, 2011, p.402
- Raymond Carré de MALBERG, « Contribution à la théorie générale de l'Etat », Paris, Dalloz, 2003, p.1526 (réédition 1920)
- Bertrand MATHIEU, « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective », Recueil DALLOZ, DALLOZ, 1997, p.152
- Bertrand MATHIEU, « Les sources du droit du travail », Paris, Presses Universitaires de France, 1992, p. 128
- Anne-Laure MAZAUD, « Contrat de travail et droit commun. Essai de mesure », Thèse, Université de Lyon II, 2016, p. 787
- Mustapha MEKKI, « L'intérêt général et le contrat : Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé », Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Thèses, Bibliothèque de droit privé, 2004, p. 928
- Michel MINÉ, « Négocier la réduction du temps du travail », Ivry sur Seine, Les éditions de l'atelier, Social Economique Histoire Contemporaine, 1998. p.253
- Michel MINÉ, « Droit du temps de travail », Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2004, p.352
- Marie-Laure MORIN, « Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit », Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1994, p. 261
- Marie-Laure MORIN, « Autonomie de négociation et ordre public social » sous la direction de Christian THUDEROZ et Annie GIRAUD-HERAUD, Editions CNRS, Paris, 2000, p.79-94
- Marie-Laure MORIN, Laurence PÉCAUT-RIVOLIER et Yves STRUILLOU, « Le guide des élections professionnelles », Paris, Dalloz-Sirey (collection Guides DALLOZ-édition 2016), p.1335
- Pierre MULLER et Guy SAEZ, « Les médiations Etat-société et le néocorporatisme », dans François d'ARCY (dir), « La représentation », Paris, Economica, 1985, p.133

-N-

- Sophie NADAL, « La profession et la branche: leur rôle dans la conception française de la convention collective », Villeneuve d'Ascq, Presse Universitaire du Septentrion, 1996, p .1105
- Sylvain. NERON, « L'obligation de paix sociale aux Etats-Unis et en France : étude de droit du travail comparé », Thèse, Toulouse-I, 2008, p. 675
- Friedrich NIETZSCHE, « Par-delà le bien et le mal », Hachette Pluriel Reference (collection Pluriel, numéro 8448), édition 2004, p.267

-O-

- Isabel ODOUL-ASOREY, « Négociation collective et Droit constitutionnel, contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit », Paris, Thèse, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2013, p.361
- François OST et de Michel VAN de KERCHOVE, « De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit », Saint Louis, Presses des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002, p 596
- Michel OFFERLE, « Sociologie des groupes d'intérêt », Paris, Montchrestien, 1998, p.158
- Michel OFFERLE, « Les patrons des patrons, Histoire du Medef », Paris, Odile Jacob, 2013, p.368

-P-

- Etienne PATAUT, « Des entretiens de Val Duchesse au conflit de lois : Dialogue social européen et autonomie de la volonté, Autonomie en droit européen », Paris, Editions Panthéon Assas, 2013, p.119
- Cécile PERES-DOURDOU, « La règle supplétive », Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Thèse, Bibliothèque de droit privé, 2004, p. 704.
- Elsa PESKINE, « Réseaux d'entreprise et droit du travail », Paris, Bibliothèque de droit social, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2008, p.376
- Franck PETIT, « La notion de représentation dans les relations collectives du travail », Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Thèses, 2000, p.592
- Yves PICOD, « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », Paris, Librairie Générale du Droit et de la Jurisprudence, 1998, p.254
- Gaétan PIROU, « Les capacité juridiques successives du contrat collectif de travail en France », Thèse de droit Rennes, 1909, p.195
- Jean Frédéric POISSON et Marc BIEHLER, « Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles », Rapport au Premier Ministre et Ministre du Travail, des Relations sociales et de la Solidarité, la Documentation Française (Collection des rapports officiels), 2009, p.528
- Pierre-Joseph. PROUDHON, « De la capacité politique des classes ouvrières », Paris Edition du Trident, 1989, p.207

-Q-

- Patrick QUINQUETON, « Proposition de feuille de route, pour les organisations professionnelles d'employeurs et les organisations syndicales de salariés vers une nouvelle structuration des branches professionnelles » Rapport au Ministre du Travail du 17 décembre 2015, p.58

-R-

- Jean Emanuel RAY, « Quel avenir », Mélanges dédiés au président MICHEL DESPAX- Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse-2002, p.552
- Georges RENARD, « L'institution. Fondement d'une rénovation de l'ordre social Paris », Flammarion, 1963 (1^{ère} édition. 1923), p.238
- Georges RENARD, « De l'institution à la conception analogique du droit », Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1935, p. 81
- Georges RENARD, « La philosophie de l'institution », Paris, Sirey, 1939, p.343
- Jean -Daniel REYNAUD, « les règles du jeu- l'action collective et la régulation sociale », Paris, Armand COLLIN, 2^e Edition 1993, p. 348
- Yves ROBINEAU, « La Loi et la négociation collective : rapport au ministère du travail et des affaires sociales » Rapport, Documentation Française, 1^{er} mars 1997 p.38,
- Santi ROMANO, « L'ordre juridique » traduction de Lucien FRANCOIS et Pierre GOTHOT, Dalloz, 2^e ed, 2002, p.106
- André ROUAST, « Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations », Lyon, Université de Lyon. Faculté de droit, Thèse pour le doctorat. 1909, p. 434
- Dominic ROUX (sous la direction), « Autonomie collective et droit du travail », Mélanges en l'hommage de Pierre VERGE, Laval (Canada), Les Presses de l'Université Laval, 2014, p.622
- Marie-Armelle ROTSCHILD-SOURIAC, « les accords collectifs au niveau de l'entreprise », Université Paris I, 1986, p.2000
- Pierre ROSANVALLON, « La question syndicale », Paris, Calmann-Lévy (nouvelle édition), 1988, p.273
- Pierre ROSANVALLON, « Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France », Paris, Collection Bibliothèque des Histoires, Gallimard, 1998, p.324
- Pierre ROSANVALLON ; « La contre démocratie », Paris, Seuil, 2006, p.352

-S-

- Jean SAGLIO et Annette JOBERT, « La mise en œuvre des dispositions de la loi du 4 mai 2004 permettant aux entreprises de déroger aux accords de branche », Rapport pour la Direction des Relations du Travail, Ministère du Travail, Ministère de l'Emploi du Travail et de la Cohésion Sociale, Paris, La documentation Française, 2005, p.40
- Mélanie SCHMIT, « Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire », Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M. / Berthold Goldman, 2009, p.668
- Michel SERRES, « La communication », Paris, Minuit, 1968, p. 248
- François SELLIER, « La confrontation sociale en France, 1936-1981 », Paris, Presse Universitaire de France, 1984, p.240
- Alain SUPLOT, « Homo Jurdicus- Essai sur la fonction anthropologique du droit », Paris, Seuil, 2005, p 330
- Alain SUPLOT (sous la direction de), « Au-delà de l'emploi : transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe : rapport pour la Commission des Communautés européennes », Paris, Flammarion, collection « Documents et Essais », 1999, p.321.
- Alain SUPLOT, « Les relations collectives de travail », in « Le droit du travail », Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2019, p.128
- Alain SUPLOT, « Critique du droit du travail », Presses Universitaires de France, Quadrige, 2011, p.336
- Philippe STOFFEL-MUNCK, « L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie », Paris, Librairie Générale du Droit et de la Jurisprudence, 2000, p.862

-T-

- Christophe TEISSIER (sous la direction), « La place des représentants élus du personnel, des pratiques référendaires et des formes de médiation dans la négociation collective d'entreprise », rapport-ASTREES (Etude réalisée par ASTREES en collaboration avec le Laboratoire Printemps Université Versailles Saint Quentin en Yvelines pour le Commissariat général à la stratégie et à la prospective CGSP), 2014, p.91
- Alain TOURAINE, Michel WIEVIORKA, et François DUBET, « Le mouvement ouvrier », Fayard, p. 448
- Guillaume TUSSEAU, « Les normes d'habilitation », Dalloz 2006, p. 292
- Michel TROPER, « La philosophie du droit », Presses Universitaires de France, Que sais-je ?, 2003, p. 128
- Lou Thomas, « La défense de l'intérêt collectif en droit du travail », LGDJ, Thèses, : Bibliothèque de droit social, n° 87, 2024, p. 464

-V-

- Jean-Maurice VERDIER, « Traité de droit du travail, les syndicats » T.V, Dalloz, 1966, p.360
- Michel de VIRVILLE, « Pour un Code du travail plus efficace », Rapport au ministre des Affaires Sociales, du Travail et de la Solidarité, la Documentation Française (Collection des rapports officiels), 2014, p.117.
- Charles de VISSCHER, « Le contrat collectif de travail », SIFFER, Paris, 1911, p. 399

-W-

- Francis WALDER, « Saint Germain ou la Négociation », Paris, Gallimard, Edition de 1992, p.192
- Max WEBER, « Le savant et le politique », traduction par Catherine Colliot-Thelene, Paris, La Découverte, 2003, p. 118.

-Y-

- Stamatina. YANNAKOUROUU, « L'État, l' « autonomie collective » et le travailleur, étude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale » coll. «Bibliothèque de droit privé», Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence., 1995, p.393
- Ulrich ZACHERT, « Hugo Sinzheimer : Juriste praticien et pionnier du droit moderne. « autonomie collective », liberté individuelle et démocratie sociale », dans Carlos M. HERRERA (dir.), Les juristes de gauche sous la République de Weimar, Paris, Éditions Kimé, 2002, pp. 49-67.

-Z-

- Emile ZOLA, « Germinal », Paris, 1885, les classiques de poche, Librairie Générale Française (Edition de 2017), p.605

ARTICLES, CHRONIQUES ET RAPPORTS

-A-

- Arsène. ARSEGUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », in Mélanges dédiés au président DESPAX, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 401.
- Gérard ADAM, « Syndicats de salariés: un avenir inconnu », Constructif n°30-Novembre 2011
- Gérard ADAM, « La représentativité syndicale dans l'entreprise », Droit social, 1972, p. 90.
- Patrice ADAM, « L'action syndicale non représentative dans l'entreprise, Sur quelques règles de conjugaison », le Droit Ouvrier. 2014, p. 1.
- Patrice ADAM, « Faut-il avoir peur de l'individu (alisation) », in «13 paradoxes du droit du travail », Semaine Sociale Lamy, n°1508-10, 2011, p.123
- Patrice ADAM, « La CFE-CGC peut-elle signer un accord d'entreprise inter catégoriel? », Semaine Sociale Lamy, n° 1424, 2009, p. 6.
- Jean-François AKANDJI- KOMBE « La modulation du temps de travail : regard sur une validation constitutionnelle », Semaine Sociale Lamy, (dossier spécial), n°1534, 2012, p.10
- Jean-François AKANDJI-KOMBE, « Regard sur une validation constitutionnelle », Dossier spécial : « L'articulation entre l'accord collectif et le contrat », Semaine. Sociale, Lamy, 2012, n° 1534
- Nikitas ALIPRANTIS, « L'entreprise en tant qu'ordre juridique », in Nikitas ALIPRANTIS et Francis KESSLER, « Le droit collectif du travail : questions fondamentales, évolutions récentes » études en hommage à Madame Hélène SINAY, Francfort, Peter LANG, 1994, p185-206.
- Nikitas ALIPRANTIS, « Conflits entre conventions collectives de niveaux différents: étude comparative », Revue internationale de droit comparé, 1987, p. 8.
- Jean-François AMADIEU et Nicole MERCIER, « Le débat sur la flexibilité », Sociologie du travail, (28^e année) n°2, Avril-juin 1986, pp. 193-201.
- Gilles NEZOSI, Dominique ANDOLFATTO et Dominique LABBE, « Histoire des syndicats, 1906-2006 », in « La nouvelle administration. L'information numérique au service du citoyen », « Recherches et Prévisions », n°86, 2006, p. 106-108
- Dominique ANDOLFATTO et Dominique LABBE, « La transformation des syndicats français ». Revue française de science politique, 2006, n°56, p.281-297
- Dominique ANDOLFATTO et Dominique LABBE, « La rénovation de la - démocratie sociale - à la française : mythe ou réalité ? », Communication aux Journées Internationales de Sociologie du Travail GREE, Nancy, France, Université Nancy 2, 25-26 juin 2009. Journées Internationales de Sociologie du Travail, p.1-19
- Dominique ANDOLFATTO et Dominique LABBE, « Le syndicalisme à la française en débat : la transformation -négociée - d'un système de relations professionnelles. Révolution ou achèvement d'un modèle ? » XVIIIème Congrès de l'Association internationale des sociologues de langue française (AISLF), 2008, Istanbul, Turquie
- Dominique ANDOLFATTO et Dominique LABBE, « Le financement clair-obscur du syndicalisme français », Histoire et Liberté, 2008, p.17-34.
- Paul-Henri ANTONMATTEI, « A propos du développement de la négociation collective », Droit Social,1997, p. 167.
- Paul-Henri ANTONMATTEI, « Accord collectif et contrat de travail: liaisons dangereuses », Liaisons sociales magazine, novembre 1998, p. 56.
- Paul-Henri ANTONMATTEI, « Négociation annuelle obligatoire », Droit Social, 2001, p. 252.
- Paul-Henri ANTONMATTEI, « Négociation collective et CE : vivement demain ! », Les cahiers Lamy du CE, oct. 2002, n 9, p. 16 ;
- Paul-Henri ANTONMATTEI, « La censure jurisprudentielle de la clause d'option contenue dans une convention collective de branche », Droit Social, 2003, p 183.
- Paul-Henri ANTONMATTEI, « Négociation collective : brève contribution au débat sur la réforme », Droit Social, 2003, p.87
- Paul Henri ANTONMATTEI, « Licenciements économiques et négociation collective : un nouvel accord collectif de travail est né », Droit Social., 2003, p. 486

- Paul-Henri ANTONMATTEI, « La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe: satisfaction et interrogations », *Droit Social*, 2004, p. 601
- Paul-Henri ANTONMATTEI, « Restructuration des branches professionnelles: ce n'est pas pour demain », *Semaine Sociale Lamy*, n°1630, 12 mai, 2004
- Paul-Henri ANTONMATTEI, « Accord de méthode, génération 2005: la « positive attitude » », *Droit Social*, 2005, p. 399
- Paul-Henri ANTONMATTEI, « Négociation collective et CPE: le jour d'après », *Droit Social*, 2006, p. 650
- Paul-Henri ANTONMATTEI, « GPEC et licenciement pour motif économique: le temps des confusions judiciaires », *Droit Social*, 2007, p. 289.
- Paul-Henri ANTONMATTEI, « Négociation collective: un bonne nouvelle et une mauvaise », *Droit Social*, 2007, p. 459.
- Paul-Henri ANTONMATTEI, « Négociation collective. Une bonne nouvelle et une mauvaise », *Droit Social*, 2007, p.459
- Paul-Henri ANTONMATTEI, « Négociation collective: moisson jurisprudentielle d'automne », *Droit Social*, 2008, p. 185.
- Paul-Henri ANTONMATTEI, « Les critères de représentativité: lecture critique de la position commune du 9 avril 2008 », *Droit Social*, 2008, p. 771.
- Paul-Henri ANTONMATTEI, « Quelques propos sur la promotion de l'accord d'entreprise », *Droit Social*, 2009, p.883
- Paul-Henri ANTONMATTEI, « La primauté de l'accord d'entreprise », *Droit Social*, 2016, p.513
- Paul-Henri ANTONMATTEI, « Accord national-interprofessionnel et loi : un conflit de normes inattendu-et inopportun », *Droit Social*, n° 5, 2009, p. 528
- Paul-Henri ANTONMATTEI, « Négociation collective et syndicats catégoriels: le début des ennuis », *Droit Social*, 2011, p. 89.
- Paul-Henri ANTONMATTEI, « Brèves observations sur la jurisprudence relative au titre I de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail », in *Les rencontres de la Chambre sociale de la Cour de cassation*, Mars 2011, Paris, Dalloz, 2011, p. 157.
- Paul-Henri ANTONMATTEI, - « Accord collectif et contrat de travail: réponse du berger à la bergère! », *Droit Social*, 2012, p. 672.
- Paul-Henri ANTONMATTEI, « Les nouvelles frontières de la négociation collective. À propos des rapports entre l'accord collectif et le contrat de travail après l'Accord National Interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013 », *Droit social*, 2013, p.241
- Paul-Henri ANTONMATTEI, « Vers un droit électoral professionnel », *Droit social*, 2013, p.527
- Paul-Henri ANTONMATTEI, « Les nouvelles frontières de la négociation collective », *Droit Social*, 2013, p.241
- Paul-Henri ANTONMATTEI et Laurianne ENJORLAS, « Chronique d'actualité du droit de la négociation : commentaire de la loi du 8 août 2016 », *Droit Social*, 2016, p.933
- Paul-Henri ANTONMATTEI, « La primauté de l'accord d'entreprise », *Droit Social*, 2016, p.513
- Paul-Henri ANTONMATTEI, « La représentativité patronale : première lecture d'une réforme attendue », *Droit Social* 2014, p.233
- Pierre Henri ANTONMATTEI, « Avantages catégoriels d'origine conventionnelle et principe d'égalité de traitement : l'avis de tempête est levé », *Droit Social*, 2015, p.351
- Pierre Henri ANTONMATTEI, « Le juge judiciaire et l'accord collectif : brèves observations », *Droit Social*, 2017, p.425
- Paul-Henri ANTONMATTEI et Stéphane DESTOURS, « Convention collective et droit de la concurrence: nouvelle rencontre », *Droit Social*, 2003, p. 999.
- Mikhaïl ANTONOV, « La théorie du droit de Georges Gurvitch et ses origines philosophiques russes ». *Droit et société*, 2016, p.503
- Arsène ARSEGUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », in *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 401.
- Arsène ARSEGUEL, « La représentativité des syndicats », in « *Le syndicalisme salarié* », (sous la direction) Bernadette LARDY PELISSIER et Jean PELISSIER, Paris, Dalloz, 2002, p. 7.

- Gabriel ARTERO et Stéphane BEAL, « Doit-on maintenir des règles particulières pour les syndicats catégoriels ? », La Revue du droit du travail, 2010, p. 556
- Arsène ARSEQUEL et Jean-Maurice VERDIER, « Quelle réforme de la représentativité syndicale », La Revue de Droit du Travail, 2006, p. 284.
- Eric AUBRY, « La représentativité patronale face au juge et à l'administration », Droit Social, 2014, p.224
- Gilles AUZERO, « Le dispositif d'allègement des cotisations sociales », Droit Social, 1999, p. 1026.
- Gilles AUZERO, « La vie des conventions et accords collectifs de travail », La Revue de Droit du Travail, 2006, p. 230.
- Gilles AUZERO, « Accords collectifs et entreprises à structures complexes », Droit Ouvrier, juin 2017, n°827, p.365
- Gilles AUZERO et Jean-Marc CHONNIER, « Les conventions et accords collectifs de travail à l'épreuve de l'égalité de traitement », Droit Social, 2010, p. 53

-B-

- Maria Vittoria BALLESTRO, « La négociation d'entreprise, l'expérience juridique italienne », Droit Social, 1990, p.653
- Richard BALME et Didier CHABANET, « Dialogue social européen et transformations des négociations collectives ». Politique européenne n°4, 2001, p. 119
- Boris BARRAUD, « L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie synchrétique (Première partie : présentation) », Archives de philosophie du droit, 2013, p.365
- Jacques BARTHELEMY, « La négociation collective outil de gestion de l'entreprise », Droit Social, 1990, p. 580.
- Jacques BARTHELEMY, « Le référendum en droit social », Droit Social, 1993, p.89
- Jacques BARTHELEMY, « Collectivité du personnel et notion d'entreprise », Recueil Dalloz, 2000, p.279
- Jacques BARTHELEMY, « Modalités concrètes de résolution des conflits de normes », Semaine Sociale Lamy, 2001, n° 1047, p. 6.
- Jacques. BARTHELEMY, « Droit de la durée du travail : la tendance à la contractualisation », Droit Social, 2003, p. 25
- Jaques BARTHELEMY, « Conventions et accords collectifs : pour un vrai droit de leur négociation », Droit Social, 2003, p. 832.
- Jacques BARTHELEMY, « Les accords nationaux interprofessionnels », Droit social, 2008, p.570.
- Jaques BARTHELEMY, « Vers de nouvelles évolutions du droit de la négociation collective », Droit Social, 2009, p. 907.
- Jacques FREYSSINET, « L'emploi au cœur de la négociation d'entreprise : quel impact de l'accord du 11 janv. 2013 ? », Revue de l'IRE, 2013, n° 77, p.3
- Jacques BARTHELEMY, « Représentativité patronale et notion de branche », Droit Social, 2014, p.207
- Jacques BARTHELEMY, « L'accord de méthode de la négociation collective », Droit Social, 2016, p.505
- Jacques BARTHELEMY et Gilbert CETTE, « Relativiser l'autonomie du contrat de travail à l'égard du tissu conventionnel », Revue française d'économie, 2010/2 (Volume XXV), p. 137
- Jacques BARTHELEMY et Philippe. CLEMENT, « Etendre le rôle de la négociation d'entreprise en matière de durée du travail ? », La Revue de Droit du Travail, 2008, p. 426.
- Dirk BAUGARD, « L'ordre public social », Archives de philosophie du droit, 2015 (Tome 58), p. 129-152
- Christophe BAUMGARTEN, « Les accords de méthode : un marché de dupe », Droit Ouvrier, 2003, p.358
- Stéphane BEAL, « Représentativité et syndicat catégoriel », Semaine Sociale Lamy, 2010, n° 1455, p. 11.

- Stéphane BEAL, « Le référendum : une solution pragmatique, pas une panacée ! », Semaine Sociale Lamy 2016, n° 1716, p.5
- Stéphane BEAL et Gabriel ARTERO, « Doit-on maintenir des règles particulières pour les syndicats catégoriels ? », La Revue de Droit du Travail, 2010, p. 556
- Jean-Louis BEFFA et Christophe CLERC, « Les chances d'une codétermination à la française », Prisme n°26, Janvier 2013, p.87
- Jacques BELANGER et Christian THUDEROZ, « La recodification de la relation d'emploi », Revue française de sociologie, 1998, p 469
- Gilles BELIER, « Le double niveau de négociation dans les lois Auroux : un atout pour la politique contractuelle », Droit Social, 1983 p. 74
- Gilles BELIER, « Les novations dans le droit de la négociation collective », Droit Social, 1999, p. 1014.
- Gilles BELIER, « Des voies nouvelles pour la négociation collective ? » Semaine Sociale. Lamy, n° 1038, 23 juillet 2001
- Christophe CLERC et Gilles BELIER, « Quel avenir pour une codétermination à la française ? », Revue de Droit du Travail, 2014, p.600
- Jean-Guy BELLEY, « Le « droit social » de Gurvitch : trop beau pour être vrai ? » Droit et société, 2014, p.731
- Jean-Guy BELLEY, (sous la direction), « Réactif, activation, phases et produits », in « Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité », Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1996, p. 21
- Lucas de BENTO de CARVALHO, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou statu quo ? », La Revue de Droit du Travail, 2016, p258
- Paul Schiff BERMAN, « Le nouveau pluralisme juridique », Revue internationale de droit économique, 2013, p.229
- Jean-Marc BERAUD, « Les nouvelles règles relatives à la représentativité syndicale et à la représentation catégorielle sont-elles compatibles avec la Constitution? », Revue du droit du travail, 2010, p.564
- Valérie BERNAUD, « Réforme du dialogue social : faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations ? », Droit Social. 2007, p. 174.
- Valérie BERNAUD, « Est-il pertinent de penser la représentation syndicale en fonction des critères relatifs à la représentation politique », Droit Social, 2013, p.486
- Sophie BÉROUD, « Perspectives critiques sur la participation dans le monde du travail : éléments de repérage et de discussion », Participations, 2013, n° 5, p. 5.
- Sophie BÉROUD, Kevin GUILLAS-CAVAN et Catherine VINCENT, « Les CE sont morts, vivent les CSE » ? Retour sur soixante-dix ans d'une institution centrale dans le système de relations professionnelles », IRES, la revue de l'IRES, n° 94-95, 2018, p.3
- Emmanuelle BERNHEIM, « Le pluralisme normatif : un nouveau paradigme pour appréhender les mutations sociales et juridiques ? », Revue interdisciplinaire d'études juridiques 2011/2, Vol.67, p. 1
- Antoine BEVORT, « De la position commune sur la représentativité au projet de loi : renouveau et continuité du modèle social français », Droit Social, 2008, p. 823.
- Antoine BEVORT, « La réforme des règles de la représentativité syndicale-(2008-2010) », Idées économiques et sociales, 2011-1, n° 163, p.8
- Marie-France BIED-CHARRETON, « Le critère de représentativité des 10 % a pour effet de porter atteinte à la liberté syndicale de manière incompatible avec les conventions internationales-Autre regard sur le jugement du Tribunal d'instance de Brest », le Droit Ouvrier, 2010, p. 418.
- Xavier BLANC JOUVAN, « La négociation collective d'entreprise- l'expérience des états unis », Droit Social, 1990, p.638
- Guillaume BLANC-JOUVAN, « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », Droit Social, 2005, p. 68.
- Guillaume BLANC-JOUVAN, « L'entreprise et le droit du travail : l'exemple du droit américain », Droit Social, 2005, p. 152
- Pierre Emmanuel BLOIS (Président du CEDAP), « La diversité des organisations professionnelles - reflet de la richesse de l'économie française », Droit Social, 2014, p.204
- Vincent BONNIN, « La démocratie sociale constitutionnalisée », Droit Social, 2014, p.428

- Pierre BOSQUET, « Sur le financement des syndicats en France », Commentaire, 2008, n° 122, p. 537
- Fabrice BOCQUILLON, « Que reste-t-il du principe de faveur », Dr. soc. 2001, p. 255.
- Jean-Pierre BONAFE-SCHMITT, « Pour une approche socio-juridique de la production des normes dans les relations de travail », Droit et société n° 27, 1994, p.337
- Laetitia BONNARD PLANCKE, « Convention collective et collectivité de travail- aux origines de l'idée majoritaire en matière de négociation collective », Droit Social, 2005, p.866
- Michel BONNECHERE, « L'ordre public en droit du travail, ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité », Droit Ouvrier, 1988, p. 172.
- Michel BONNECHERE, « Les tendances à la déréglementation et leur incidence sur la théorie des sources en droit du travail », Droit Social, 1990, p. 40.
- Michèle BONNECHERE, « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères », Paris, Droit Ouvrier, octobre 2001, p.411-431
- Michèle BONNECHERE, « Sur l'ordre public en droit du travail- les principes sont toujours là », Droit Ouvrier, 2008, p.11
- Vincent BONNIN, « Le choix de l'organe de représentation des salariés lors de la conclusion d'un accord collectif », Droit Ouvrier, 1998, p. 345.
- Sébastien BOTERDAEL, « Caractéristiques de la négociation collective de branche en matière de formation professionnelle », Droit Social, 2014. 1013
- Georges BORENFREUND, « Propos sur la représentativité syndicale », Droit social, 1988, p. 476.
- Georges BORENFREUND, « La résistance du salarié à l'accord collectif - l'exemple des accords dérogatoires », Droit Social, 1990, p.626
- Georges BORENFREUND, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », Droit Social, 1991, p. 685
- Georges BORENFREUND, « La licéité des accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel », Droit Social, 1992, p. 893.
- Georges BORENFREUND, « Délégué syndical central, représentativité syndicale : observations sur un arrêt d'allure modeste », Droit Social, 1993, p. 282.
- Georges BORENFREUND, « Le droit du travail en mal de transparence ? », Droit Social, 1996, p.467.
- Georges BORENFREUND, « Pouvoir de représentation et négociation collective », Droit Social, 1997, p.1006.
- Georges BORENFREUND, « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », Droit Ouvrier, 1997, p.514.
- Georges BORENFREUND, « Les syndicats bénéficiaires d'un accord collectif », Droit Social, 2001, p. 821.
- Georges BORENFREUND, « L'idée majoritaire dans la négociation collective », in Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 431
- Georges BORENFREUND, « Négociation préélectorale et droit commun de la négociation collective », in Mélanges dédiés à Jean PELISSIER, Paris, Dalloz, 2004, p. 93.
- Georges BORENFREUND, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », Droit Social, 2004, p.606
- Georges BORENFREUND, « Les syndicats et l'exigence majoritaire dans la loi Fillon », in La négociation collective à l'heure des révisions, Paris, Dalloz, 2005, p. 16.
- Georges BORENFREUND, « Les syndicats et l'exigence majoritaire dans la loi FILLON du 4 mai 2014 », in «la négociation collective à l'heure des révisions », (sous la direction) Georges BORENFREUD, Antoine LYON CAEN, Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAU et Isabelle VACARIE, Dalloz (Actes), 2005, p.115
- Georges BORENFREUND, « Le financement des syndicats sous l'emprise de l'autonomie collective ? », Droit Social, 2008, p. 106.
- Georges BORENFREUND, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008-syndicats-le défi de l'audience », Revue de Droit du Travail, 2008, p.360
- Georges BORENFREUND, « Présomption de représentativité et constitution d'une section syndicale », Semaine Sociale Lamy, 2009, n° 1412, p. 7.

- Georges BORENFREUND, « Le renouveau du droit syndical dans l'entreprise : entre faveur et défiance ? » Droit social, 2009, p.700
- Georges. BORENFREUND, « Le périmètre de désignation des délégués syndicaux : les ressorts d'un changement de cap », Revue de Droit du Travail, 2011, p. 419.
- George BORENFREUND, « La volonté des salariés dans les relations collectives de travail », (p. 9-27).in « La volonté du salarié » (sous la direction de Tatiana SACHS), 2012, coll. Thèmes et commentaires, Actes, Dalloz, p.274
- Georges. BORENFREUND, « Egalité entre syndicats, égalité dans la négociation collective » in « Le Droit Social, l'Egalité et les Discriminations », sous la direction, de Georges BORENFREUND et Isabelle VACARIE, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2013, p. 159.
- Georges BORENFREUND, « Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise », Droit Social, 2013, p.486
- Georges BORENFREUND, « Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne », Revue de Droit du Travail, 2013, p. 309
- Georges BORENFREUND, « Troisième partie ; Quel ordonnancement des sources du droit du travail - Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail », Revue de droit du travail, 2016, p.781
- Georges BORENFREUND, « Quel ordonnancement des sources du droit du travail - Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail », Revue de droit du travail, 2016, p.781
- Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, « La négociation collective entre illusions et désillusions », in Mélanges en hommage à Jean-Maurice. VERDIER, Dalloz, 2001, p. 181
- Georges BORENFREUND, Marie-Armelle ROTSCCHILD SOURIAC, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », Droit Social 2003, p. 74
- Georges BORENFREUND et Françoise FAVENEC HERY, « Le renforcement de la légitimité des accords collectifs justifie-t-il un effacement de la volonté individuelle du salarié », Revue de Droit du Travail, 2016, p.309
- Daniel BOUBLI, « Retour sur l'arrêt Adecco : un tour d'horizon nécessaire », Semaine Sociale Lamy, 2007, n° 1302, p. 5
- Daniel BOUBLI, « Etude limitée à la représentativité et à ses attributs (hors négociation collective) », Semaine Sociale Lamy, 2008, n° 1370, p. 18.
- Daniel BOULIMIER, « Les représentations du personnel: accentuation des autonomies subordonnées? », Le Droit Ouvrier, 2014, p.439-450
- Daniel BOULMIER, « Les damnés de la terre, électeurs pour leur propre misère : ou comment l'article L 2232-12 du Code du travail favorise une collusion, minorité syndicale/employeur », Droit Social, 2016, p.907
- Anne BRAUN et Pascal RENNES, « Un sens à la représentativité syndicale (autour de l'arrêt Soc. 14 avril 2010, SDMO Industries », Le Droit Ouvrier, 2010, p. 413
- François BRUNET, « La force normative de la loi d'après la jurisprudence constitutionnelle », in « La force normative. Naissance d'un concept » sous la direction de Catherine THIBIERGE, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Bruylant, 2009, pp. 403-418
- Bernard. BRUNHES, « Les bonnes raisons d'une refondation sociale », Droit Social. 2000 p. 71
- Christian BRUNELLE, Anne-Marie LAFLAMME et Dominic ROUX, « Le syndicat obligatoire au Québec : une contrainte individuelle à la faveur de l'« autonomie collective », in Dominic ROUX (sous la direction), « autonomie collective » et droit du travail », - Mélanges en l'hommage de Pierre VERGE» Laval (Canada), Les Presses de l'Université Laval, 2014, p.622
- Jean BUNEL, « Représentation patronale et représentativité des organisations patronales », Travail et Emploi, 1997, n° 70, p. 7.

- Fabrizio. CAFAGGI, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », Revue Française d'Administration Publique, 2004, p. 23
- Jacques CAILLOSSE, « L'adoption de la loi : négociation et délibération » in « La contractualisation de la production normative » de Sandrine CHASSAGNARD-PINET et David HIEZ (Sous la direction), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p.344
- Pascal CAILLAUD, « Devenir une organisation représentative au niveau national interprofessionnel. Les enjeux juridiques de l'action des employeurs de l'économie sociale », Travail et emploi, vol. 131, no. 3, 2012, p. 47-64.
- Pascal CAILLAUD, « La représentativité nationale le multi professionnelle : la consécration d'un second cercle », Droit Social, 2014, p.2017
- Jean CARBONNIER, « Gervitch et les juristes ». Droit et société n°4, 1986, p. 347
- Christiane CHARBONNIER et Aymeric DUROY, « réaction sur la thématique de la loi négociée » in « 13 paradoxes du droit du travail », Semaine Sociale Lamy- n°1508, 10 octobre 2011
- Françoise CANUT, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », Droit Social., 2010, p. 382.
- Jean-François CESARO, « Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social », Semaine juridique social, n° 8, 2007, pp. 9-17)
- Jean-François CESARO, « La négociation dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux », Droit Social, 2009, p. 661.
- Jean-François CESARO « La négociation collective dans les groupes de sociétés », Droit Social, 2010, p. 780.
- Bernard TEYSSIÉ, Jean-François CESARO et Arnaud MARTINON, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », Juri-Classeur Périodique (la semaine juridique social) 2011, p.1102
- Jean-François CESARO, « La négociation dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux », Droit Social, 2009, p. 661.
- Jean-François CESARO et Arnaud Tessier, « L'égalité par le dialogue social », La Semaine Juridique Edition Générale, Juris-Classeur périodique, n°9, 2015, p. 261;
- Yves. CHALARON « L'application de la disposition la plus favorable » in Etudes offertes à Gérard LYON-CAEN, Dalloz, Paris 1989, p. 243
- Yves CHALARON, « La conduite de la négociation », Droit Social, 1990, p. 584.
- Yves CHALARON, « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », Droit Social, 1998, p. 360.
- Yves CHALARON, « Les syndicats non signataires d'un accord d'entreprise », in Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 477.
- Anne-Sophie CHAMBOST, « HAURIOU, RENARD, DELOS (GURVITCH) La théorie de l'institution-contre l'omnipotence de la loi », Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique, n°32, 2012, p.373-387,
- Françoise CHAMPEAUX, « Le tonnerre de Brest a-t-il fait long feu », Semaine Sociale Lamy, 2010, n° 1442, p. 10.
- Michel CHASSANG, « Les entreprises libérales doivent accéder à la représentativité patronale », Droit social, 2014, p. 260
- Alain CHEVILLARD, « La notion de disposition plus favorable », Droit Social, 1993, p. 363.
- Alain CHEVILLARD, « Négociation collective d'entreprise et suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes », Droit Social, 2009, p. 923.
- Alain CHOURAQUI, « Normes sociales et règles juridiques : quelques observations sur des régulations désarticulées ». Droit et société n°13, 1989, p.417.
- Alain CHOURAQUI et Anne Marie GAUTIER, « Les accords d'entreprise : de quel niveau parle-t-on ? » Droit Social, 1988, p. 17 ;
- Maurice COHEN, « La réduction « négociée » des avantages des salariés », Droit Social, 1996, p. 18.

- Catherine COLLIOT-THÉLÈNE, « La fin du monopole de la violence légitime ? », dans Michel COUTU, Guy ROCHER, « La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max WEBER », Québec/Paris, Les Presses de l'Université Laval/ Librairie Générale de Droit et Jurisprudence 2006, p. 23-46.
- Catherine COLLIOT-THÉLÈNE, « La fin du monopole de la violence légitime ? », Revue d'études comparatives Est-Ouest, 2003, vol. 34, no 1, p. 5-31,
- Jean-Denis COMMAILLE, « Les enjeux politiques d'un régime de connaissance sur le droit. La sociologie du droit de Georges Gurvitch ». Droit et société, 2016, p. 547-564.
- Jean-Denis COMBREXELLE, « Loi du 4 mai 2004 : Quel bilan ? Quelles perspectives ? », Droit Social, 2008, p. 20.
- Jean-Denis COMBREXELLE, « La loi du 31 janvier 2007 sur la modernisation du dialogue social : acte premier », Droit Social, 2010, p. 504.
- Jean-Denis COMBREXELLE, et Hervé LANOUZIERE, « Les enjeux de la recodification du Code du travail », Droit Social, 2007, p. 517.
- Michel COUTU, Thierry KIRAT, « John R. COMMONS, Max WEBER et les ordres juridiques de l'économie : les prémisses d'une sociologie économique du droit », Revue Française de Socio-Économie 2012/1 (n° 9), p. 209-225
- Michel COUTU « « Autonomie collective » et pluralisme juridique : Georges GURVITCH, Hugo SINZHEIMER et le droit du travail », Revue Droit et Société, 2015(Volume n°90), p 351 à 372
- Gérard COUTURIER, « L'intérêt de l'entreprise », in « les orientations sociales du droit contemporain », Écrits en l'honneur de Jean SAVATIER, Presse Universitaire de France. 1992, p. 143
- Gérard COUTURIER, « L'ordre public de protection ; heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in Mélanges Jaques FLOUR 1979, p. 113
- Gérard COUTURIER, « Le choix de la procéduralisation conventionnelle », in « Les accords de méthode », supplément Semaine Sociale Lamy, 2004, p. 6.
- Robert CRAMER, « Eléments biographiques et bibliographiques pour une étude de l'apport de Georges Gurvitch à la théorie et à la sociologie du droit. » Droit et société n°4, 1986, p.373
- Peter B. CLARK et James Q. WILSON, « Incentive Systems: A Theory of Organizations », Administrative Science Quarterly, Vol. 6, n° 2, Septembre, 1961, p. 129-166

-D-

- Isabelle DA COSTA, « La théorie des relations industrielles aux États-Unis », in Jean-Daniel. REYNAUD, François EYRAUD, Catherine PARADEISE, Jean SAGLIO (sous la direction.), « Les systèmes de relations professionnelles », Paris, C.N.R.S. 1990, p.430
- Lydie DAUXERRE, « Réflexions sur la question de la représentativité des organisations patronales », Semaine juridique social, n° 30, juillet, p. 11-15,
- Corinne DEQUECKER et Pierre-Éric TIXIER, « Travail et représentation des intérêts collectifs à l'épreuve de la globalisation », Négociations 2013/1, n° 19, p. 27-42.
- David DEROUSSIN, « L'idée corporative saisie par les juristes : de la corporation-au pluralisme juridique ? » Société d'économie et de science sociales, « Les Études Sociales », 2013/1, n° 157-158, p.147-185
- Jean-Jacques. DUPEYROUX, « Un étrange feuilleton », Droit Social, 2002, p. 345
- Jérôme DANIEL, « L'égalité, une histoire de mode et –revival », La Semaine Juridique, Edition Générale, Juris-Classeur Périodique, 2019, p. 520
- Isabelle DESBARATS. et Marie-Cécile AMAUGER-LATTES, « Pour une réactivation du mandatement dans le système français de négociation collective », Droit Social, 2003, p. 365.
- Michel DESPAX, « De l'accord à la loi », Droit social, 1987, p. 186,
- Michel DESPAX, « La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel », Droit Social, 1988, p. 9.
- Michel DESPAX, « Conditions et effets de la révision d'une convention collective par voie d'avenant, lorsque cet avenant est signé par certains seulement des signataires initiaux », Droit Social, 1989, p. 633.

- Michel DESPAX, « Les paradoxes de la négociation collective d'entreprise », in « Les transformations du droit du travail », Etudes offertes à Gérard LYON-CAEN, Paris, Dalloz, 1989, p. 267.
- Claude DIDRY, « La production juridique de la convention collective. La loi du 4 mars 1919 », *Annales. Histoire, Sciences Sociales* (56^e année), n° 6, 2001, p. 1253-1282
- Aristeia KOUKIADAKI et Claude DIDRY, « Droit et conflits du travail dans l'Angleterre du New Labour », *Association pour la Recherche de Synthèse en Sciences Humaines (ARSSH) L'Homme et la société*, 2011/4, n° 182, p. 11-23.
- Josépha DIRRINGER, « Les voies vers une démocratie sociale et environnementale ou l'illusion procédurale », *Droit social*, 2015, p.326
- Josépha DIRRINGER, « L'esprit du dialogue social : de la loi du 20 août 2008 aux accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation des salariés », *La Revue de l'IRES* 2015/4 (n° 87), p. 125-151.
- Josépha DIRRINGER, « Bienvenue dans l'ère du dialogue social : de nouvelles règles pour une nouvelle logique », *Droit Ouvrier*, 2016, p.56
- Emmanuel DOCKES, « L'avantage individuel acquis », *Droit Social*, 1993, p. 826.
- Emmanuel DOCKES, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Droit Social*, 1994, p. 227.
- Emmanuel DOCKES, « La réciprocité des dispositions dans la convention collective », *Droit Ouvrier*, 1997, p. 505.
- Emmanuel DOCKES, « 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 PELLISSIER, Dalloz, Paris, 2004, p.203
- Emmanuel DOCKES, « Le pouvoir dans les rapports de travail », *Droit Social*, 2004, p. 620.
- Emmanuel DOCKES, « Elargir le champ et la force du contrat », *Revue de Droit du Travail*, 2007, p. 148.
- Emmanuel DOCKES, « L'Europe antisociale », *Revue de Droit du Travail*, 2009, p. 148.
- Emmanuel DOCKES, « Vers un déséquilibre conventionnel plus fort que le déséquilibre contractuel », *Droit Ouvrier*, 2015, p.252
- Emmanuel DOCKES et Michel. MORAND, « Faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail ? » (Controverse et la position opposée), *Revue de Droit du Travail*, 2007, p. 144
- Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, « Corporatisme » in Michel LALLEMENT, Antoine BEVORT, Annette JOBERT, et Arnaud MIAS (sous la direction de), « Dictionnaire du travail », Paris, Presses universitaires de France, 2012, p.888 (p.149-155)
- Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, « Autonomie contractuelle et démocratie sociale: les implications de la refondation », *Regards sur l'actualité*, 2001, n° 267, p.19
- Christian DUFOUR, Antoine BEVORT et Annette JOBERT, - « Sociologie du travail : les relations professionnelles ». *Travail et Emploi*, 2008, p.83
- Christian DUFOUR et Adelheid HEGE, « L'évolution de la négociation collective et de ses acteurs dans six pays européens », *Relations industrielles*, 2011, vol. 66, n° 4, p. 535-561.
- Christian DUFOUR et Adelheid HEGE, « Comités d'entreprise et syndicats, quelles relations ? », *la Revue de l'IRES*, 2008, n° 59, p 3-40
- Christian DUFOUR, Adelheid HEGE, Catherine VINCENT et Mouna VIPREY, « Le mandatement en question », *Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (DARES), Travail et Emploi*, n°82, 2000, p.25
- Paul DURAND, « Au-delà de la Charte », *Droit Social*, 1944, p.221
- Paul DURAND, « Le particularisme du droit du travail », *Droit Social*, 1945, p. 298.
- Paul DURAND, « Contribution à la théorie de l'extension des conventions collectives », *Droit Social*, 1956, p. 24.
- Paul DURAND, « Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale », *Droit Social*, 1960, p.42 ;
- Maurice DUVERGER, « Essai sur l'autonomie du droit professionnel », *Droit Social*, 1944, p.276.

-E-

- Marian EABRASU, « Les états de la définition wébérienne de l'état », Presses de Sciences Po, Raisons politiques, 2012, n° 45, p. 187 à 209
- Nicolas EMERIC, « Droit souple + droit fluide = droit liquide. Réflexion sur les mutations de la normativité juridique à l'ère des flux », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2017/2 (Volume 79), p. 5-38

-F-

- Alexandre FABRE « Egalité de traitement et gestion des rémunérations et de l'emploi » in « le droit social l'égalité et les discriminations » sous la direction de Georges BORENFREUND et Isabelle VACARIE, DALLOZ, Thèmes Commentaires, 2013, p.250
- Alexandre FABRE, « Le contentieux de la violation des engagements en matière d'emploi », Droit Ouvrier, 2015, p.469
- Alexandre FABRE, « Les négociateurs sociaux, « seuls juges » du principe d'égalité », Droit Social, 2015, p.237
- Alexandre FABRE, « La supériorité du contrat de travail en question », Droit Ouvrier, juin 2017, p.327
- Gérard FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privée », in Mélanges à Berthold GOLDMAN, Paris, LITEC, 1982, p. 47
- Françoise FAVENNEC-HERY, « L'organisation du temps de travail au service de l'emploi (commentaire de l'ANI sur l'emploi du 31 octobre 1995) », Droit Social, 1996, p. 20.
- Françoise FAVENNEC-HERY, « Restructurations : le rôle de la négociation collective », Droit Social, 2004, p. 279.
- Françoise FAVENNEC-HERY, « Nouvelles légitimités : la référence majoritaire », in « Le nouveau droit de la négociation collective », sous la direction de Bertrand TEYSSIE, Paris, Edition Panthéon-Assas, 2004, p. 26.
- Françoise FAVENNEC-HERY, « Syndicats catégoriels : de l'importance des statuts », Semaine Sociale, Lamy n° 508, 10 octobre 2011, p. 4
- Françoise FAVENNEC-HERY, « Le droit de la durée du travail, fin d'une époque », Droit Social, 2009, p. 253.
- Françoise FAVENNEC-HERY, « La représentativité syndicale », Droit Social, 2009, p.630
- Françoise FAVENNEC-HERY, « Article 45 de la loi WARSMANN : solution ponctuelle ou amorce d'une réforme de fond », Semaine Sociale. Lamy 2012, n° 1534, p. 4
- Françoise FAVENNEC-HERY, « Sécurisation de l'emploi : encore un effort ! », Semaine Sociale Lamy, 2013, n° 1575, p. 9
- Françoise FAVENNEC-HERY, « Vers l'émergence d'un ordre juridique conventionnel ? », La semaine juridique social, 2015, p. 1237
- Françoise FAVENNEC-HERY, « La négociation collective dans le droit de la durée du travail », Droit Social, 2016, p.892
- Françoise FAVENNEC-HERY et Jean PELISSIER, « L'interaction entre l'individuel et le collectif entretien croisé entre Jean PELISSIER et Françoise FAVENNEC-HERY », in « 13 paradoxes du droit du travail », Semaine Sociale Lamy- n°1508, 10 octobre 2011
- Matthew FINKIN, « L'arbitrage aux États-Unis, une véritable histoire d'amour », Droit Social, 2017, p.128
- Lucien FLAMENT, « La représentativité des organisations patronales », Droit Social, 2009, p. 436
- Jacques FREYSSINET, « Quels acteurs et quels niveaux pertinents de représentation dans un système productif en restructuration ? », La Revue de l'IRE, n° 47, spécial Restructurations, nouveaux enjeux, janv. 2005, p.319
- Jacques FREYSSINET, « Les négociations collectives et les politiques publiques face aux « conséquences sociales » de la crise économique ». Revue de l'OFCE, 2010, p.81

- Jacques FREYSSINET, « Négociations interprofessionnelles et crise économique », La Revue de l'IRES, 2011, n° 69, p.33
- Jacques FREYSSINET, « L'emploi au cœur de la négociation d'entreprise : quel impact de l'accord du 11 janv. 2013 ? », Revue de l'IRES, 2013, n° 77.
- Jacques FREYSSINET, « Les négociations d'entreprise sur l'emploi quelques expériences européennes », Document de Travail n° 2 de l'IRES, mars 2015, p 109
- Jacques FREYSSINET, « Introduction : Les modes de production des normes de la relation d'emploi », La Revue de Droit du Travail, 2016, p.745
- Jacques FREYSSINET et Marie-Armelle ROTHSCHILD SOURIAU, « Peut-on faire confiance à la négociation interprofessionnelle? », La Revue de droit du travail, 2013, p.156
- Charles FREYRIA, « Les accords d'entreprises atypiques » Droit Social, 1988, p. 43.
- Serge FROSSARD, « Application des conventions collectives : les limites de l'autodétermination. Quelques remarques relatives à l'article L. 132-5-1 du Code du travail », Droit social, 2006, p.17
- Serge FROSSARD, « La supplétivité des règles en droit du travail », La Revue de droit du travail, 2009, p. 83.
- Jean-Yves FROUIN, « Les juges et la vie conventionnelle », in « La négociation collective à l'heure des révisions » (ouvrage collectif sous la direction de Georges BORENFREUND, Antoine LYON-CAEN, Marie-Armelle ROTHSCHILD SOURIAU et isabelle VACARIE), Paris, Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2005, p.115
- Daniel FURJOT, Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (DARES), « Le mandatement: mesure transitoire ou solution d'avenir? », Premières Synthèses, n° 19.1, mai 2001. p.8
- Lionel FURTON, « Royaume-Uni, un syndicalisme fondé sur ses adhérents », Chronique internationale de l'IRES, n°66, septembre 2000, p. 44-51

-G-

- Pierre-Yves GAHDOUN, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 31 (Dossier : le droit des biens et des obligations), mars 2011, p.1 à 25
- François GAUDU, « L'influence du droit allemand sur le droit social français » in « Liberté individuelle et collective en droit du travail » mémoires d'Ulrich ZACHERT, NOMOS e-Library, BADEN-BADEN, 2010, p. 722.
- François GAUDU, « L'entreprise définie par ses responsabilités » in « Analyse et transformation de la firme » sous la direction de Bernard BAUDRY et Benjamin DUBRION, La Découverte, Paris, 2009, p.386
- François GAUDU, « L'exécution des conventions d'entreprise », Droit Social, 1990, p.606
- François GAUDU, « Les accords de méthode », Droit Social, 2008, p. 915.
- Bernard GAURIAU, « Le referendum un préalable nécessaire », Droit Social, 1998, p.338
- Bernard GAURIAU, « Le référendum : un traitement démocratique... aux effets indésirables ? », Liaisons Sociales Magazine, 1999, p. 69.
- Bernard GAURIAU, « Le référendum et les accords « Aubry II » », Droit Social, 2000, p. 311.
- Bernard GAURIAU, « La consécration jurisprudentielle de la représentation syndicale de groupe et de l'accord de groupe », Droit Social, 2003, p .737.
- Bernard GAURIAU - « Les représentants des syndicats dans l'entreprise », Droit Social 2009, p. 643
- Bernard GAURIAU, « La négociation de branche et la négociation interprofessionnelle », Semaine juridique social, n° 22, 29 mai, p. 1239
- Bernard GAURIAU, « L'affiliation confédérale du syndicat, élément essentiel du vote des électeurs », Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique) 2011, n° 30, p. 22
- Bernard GAURIAU, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », Droit Social. 2015. p.878
- Frédéric GEA, - « La dialectique du légal et du négocié : sens et non-sens d'un paradoxe », in « 13 paradoxes du droit du travail », Semaine Sociale Lamy, n°1508-10, 2011, p.123

- Frédéric GEA, « Vers un nouveau modèle de droit du travail ? A propos de l'ANI du 11 janvier 2013 », Semaine Sociale Lamy, 2013, n°1569, p. 4
- Frédéric GEA, « Le licenciement comme objet de dialogue social (De la consultation à la négociation) », Droit social, 2015 p.994
- Frédéric GEA, « Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise », Droit Social, 2016, p.516
- Frédéric GEA, « Des accords collectifs sans juge ? », Droit Social, 2017, p.98
- Frédéric GEA, « Le juge et l'accord collectif de travail : Le droit continue de s'écrire ». Mélanges offerts au Professeur Jean MOULY « Voyage au bout de la logique juridique », Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2020, p. 171-189,
- Bernard GERNIGON, Albert ODERO et Horacio GUIDO, « Les principes de l'Organisation Internationale du Travail sur la négociation collective », Revue internationale du Travail, vol. 139 (2000), p.100
- Gino GIUGNI, « La participation des travailleurs en Italie », Revue internationale de droit comparé. Vol. 28 n°4, 1976. p. 727-735
- Janine. GOETSCHY, « Néo-corporatisme et relations professionnelles dans divers pays européens, Revue Française des Affaires Sociales, 1983, p. 65-79
- Guy GROUX, « L'emploi, l'entreprise : nouvelles normes, nouvelles règles ». Dossier, Droit et Société, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 41, p. 11.
- Guy GROUX, « Relations professionnelles et principe d'autonomie. le conflit comme régulation », L'Année sociologique, Volume 53, no 2, 2003.
- Guy GROUX, « La notion de « multitude » dans les relations professionnelles », Négociations, 2012, p.51
- Guy GROUX, « Etat » in Michel LALLEMENT, Antoine BEVORT, Annette JOBERT, et Arnaud MIAS (sous la direction de), « Dictionnaire du travail », Paris, Presses universitaires de France, 2012, p.888
- Frédéric GUIOMARD, « l'autonomie collective face aux juges- brèves observation sur les effets de la loi travail » La Revue de droit du travail, 2016, p.838
- Frédéric GUIOMARD, « L'intervention des juges dans la vie conventionnelle », in « La négociation collective à l'heure des révisions » (ouvrage collectif sous la direction de Georges BORENFREUND, Antoine LYON-CAEN, Marie-Armelle ROTSCHILD SOURIAU et isabelle VACARIE), Paris, Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2005, p.115
- Jean-Claude GUIBAL, « Point de vue : plaider pour un "contrat collectif d'entreprise" », Droit social, 1986, p. 602
- Frédéric GUIOMARD, « L'intervention des juges dans la vie conventionnelle », in Georges BORENFREUND, Antoine LYON-CAEN, Marie -Armelle SOURIAU ET Isabelle VACARIE (sous la direction), « La négociation collective à l'heure des révisions3, coll. « Thèmes & commentaires », Dalloz, 2005
- Georges GURVITCH, « Georges Gurvitch, Eléments de Sociologie juridique. Extraits. » Droit et société, 1986, p.341
- Manuela GRÉVY, « Syndicats professionnels: constitution et fonctionnement, Protection de la liberté d'appartenance syndicale », Répertoire Dalloz, Mars 2012 (actualisation : Janvier 2016)
- Manuela GREVY, « La capacité d'intervention des syndicats face au nouveau régime de la représentativité », Droit Social, 2013, p.311
- Manuela GREVY, « Affiliation syndicale et démocratie sociale », La Revue de Droit du Travail, n° 9, 2011, p. 489.
- Manuela GREVY et Patrick HENRIOT : « Le juge ce gêneur... », La Revue de droit du travail, 2013, p.173
- Manuela. GREVY, Elsa PESKINE et Sophie Nadal, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008. A propos du devenir (incertain ?) des syndicats dans l'entreprise », La Revue de droit du travail, 2008, p. 431
- Jean GRIMALDI D'ESDRA, « Nature et régime juridique en droit social », Droit Social, 1994, p.397
- Guy GROUX, « Relations professionnelles et principe d'autonomie. Le conflit comme régulation », L'Année sociologique 2003, volume n°53, p. 515-534
- Guy GROUX, « L'action publique négociée, un nouveau mode de régulation ? Pour une sociologie politique de la négociation », Négociations, 2005/1, n° 3, p. 57-70

- Tiennot GRUMBACH, « Le nouveau Code du travail dans le contexte de la contre réforme », Droit Ouvrier, 2009, p.165.

-H-

- Jurgen HABERMAS, « Sur le droit et la démocratie- Note pour un débat », Le Débat, 1997, n° 97, p. 42-47,
- Léo HAMON, « Emploi, démocratisation du secteur public et Sécurité sociale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Droit social, 1984, p. 163
- Tristan HAUTE, « Evolutions du paysage syndical et du salariat : analyse des élections aux comités d'entreprise (2009-2016) », La Revue de l'IRES, 2018/1, n° 94-95, p. 57- 90
- Maurice. HAURIOU, « L'institution et le droit statutaire », Recueil de législation de Toulouse, 2e série, t. 11, 1906, p. 134-182
- Maurice. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation », Cahiers de la Nouvelle Journée 1925, n° 4, p. 2-45.
- Jack HAYWARD, « Groupes d'intérêt, pluralisme et démocratie », Pouvoirs, 1996, n°79, p. 5
- Franck HEAS, « Observations sur les processus normatifs en matière relations professionnelles », Droit Ouvrier, 2007, p. 307.
- Franck HÉAS, « La représentativité des organisations salariées et patronales en droit français », La Revue de Droit du Travail, 2011, p.91.
- Franck HEAS, « État des lieux de la représentativité patronale », Droit Social, 2014, p.198
- Adelheid HEGE, « Une réforme du système de la négociation collective sans unité syndicale », Chronique internationale de l'IRES, n° 117, mars 2009, p.37-46
- Adelheid HEGE, « La représentativité syndicale, sa reconnaissance, son renouvellement », Chronique internationale de l'IRES, 2000, n°66, p.113-123
- Carlos Miguel HERRERA, « Droits sociaux et politique chez Georges Gurvitch ». Droit et société, 2016, p.513
- Carlos Miguel HERRERA, « La pensée constitutionnelle du social », Presses Universitaires de France, Droits, 2008/2 n° 48, pages 179 à 200
- François. HENOT, « Pratiques référendaires et gouvernabilité de l'entreprise », in « La gouvernabilité de l'entreprise », collection CURAPP, Presse Universitaire de France 1996, p.129
- Jean-Pascal HIGELE, « Les formes de la délibération inter professionnelle. Le sens du dialogue », Sociétés Contemporaines n° 86, 2012/2, p. 85-111.
- Richard HYMAN et Rebecca GUMBRELL-MCCORMICK, « Syndicats, politique et partis : une nouvelle configuration est-elle possible ? » La Revue de L'IRES, 2010, n°65, p. 17
- Jean-Guy HUGLO « Accords collectifs et principe d'égalité de traitement : la métamorphose du rôle du juge » Revue de jurisprudence sociale, Francis Lefevre, 2018, p.179

-I-

- Pascale IDOUX, « Dynamique contractuelle et dynamique délibérative dans le renouvellement des méthodes d'action publique », in « Contrats publics », Mélanges en l'honneur de Michel GUIBAL , Université. Montpellier I, 2009, p.547.

-J-

- Jean-Claude JAVILLIER, « Négociation et accords collectifs en matière de rémunération », Droit Social, 1988, p. 68
- Jean-Claude JAVILLIER, « Le patronat et les transformations du droit du travail », in Les transformations du droit du travail, Etudes offerts à Gérard LYON-CAEN, Paris, Dalloz, 1989, p. 193.
- Antoine JEAMMAUD, « La polyvalence du contrat de travail », in « Les transformations du droit du travail », Etudes offertes à Gérard LYON-CAEN, Paris, Dalloz, 1989, p. 299-316
- Antoine. JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », in « Les transformations de la régulation juridique » (sous la direction de Jean CLAM et Gilles MARTIN), Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1998, p. 454
- Antoine JEAMMAUD, « Le principe de faveur, enquête sur une règle émergente », Droit Social, 1999, p. 119
- Antoine JEAMMAUD, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », Semaine Sociale Lamy, 2008, n°1340, p15
- Antoine JEAMMAUD, (Rapporteur général sur le thème), « Représentation des travailleurs et dialogue social au lieu de travail » au XIXe Congrès mondial de droit du travail et de la sécurité sociale (SIDTSS), Sydney, 1^{er} au 4 septembre 2009
- Antoine JEAMMAUD, « De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail », La Revue du droit du travail, 2016, p.228
- Antoine JEAMMAUD et Martine LE FRIANT, « Démocratie sociale, droit et représentation collective : enjeux théoriques » in Marie-Ange MOREAU, « la représentation collective des travailleurs. Ses transformations à la lumière droit comparé », Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012, p. 336
- Antoine JEAMMAUD et Hélène MASSE-DESSEN, « Quel avenir pour la loi face à la négociation collective », Semaine Sociale Lamy, 2006, n° 1257, p. 8.
- Annette JOBERT, « Quelles dynamiques pour la négociation collective de branche », Travail et emploi, 2003, n° 95, p. 5.
- Annette JOBERT, « Légitimité de la branche et diversités de ses usages », in « La négociation collective à l'heure des révisions », Paris, Dalloz, 2005, p. 80.
- Annette JOBERT, « La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982 », Droit Social, 2010, p. 367
- Annette JOBERT, « La négociation d'entreprise dans la crise : innovations institutionnelles et sociales », Droit social, 2013, p.332
- Annette JOBERT et Jean SAGLIO, « Ré-institutionnaliser la négociation collective en France », Travail et Emploi n° 100, octobre 2004, p 113
- Dominique JOURDAN, « Typologie des négociations », suppl. Semaine sociale Lamy, n° 1361 du 7 juillet 2008, p.7.

-K-

- Hans KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », Droit et société, n°22, 1992. p. 551-568;
- Francis KESSLER, « Le droit fondamental à la négociation collective n'existe, en Europe, que sous condition », Droit Social, 2010, p.1233
- Jean –Yves KERBOURC'H, « Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à une convention plus large », Droit Social, 2008, p. 834.

-L-

- Michel LALLEMENT, « Régulation et rationalisation », in « La théorie de la régulation sociale de Jean Daniel REYNAUD » sous la direction Gilbert de TERSSAC, Paris, La découverte, Recherches, 2003, p. 231-240.
- Olivier DUTHEIL de LAMOTHE, « “Les principes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière sociale. » Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2014, p.5
- Philippe LANGLOIS, « contrat individuel de travail et convention collective : un nouveau cas de représentation », Droit Social, 1975, p. 295
- Philippe LANGLOIS, « La révision d'un régime de protection sociale complémentaire », Droit social, 1999, p. 384
- Philippe LANGLOIS, « La pluralité des conventions collectives applicables à un même contrat de travail », in Le Droit collectif du travail, études en hommage à Madame le Professeur Hélène SINAY, Francfort, Berne, Ed. Peter Lang, 1994, p. 24.
- Philippe LANGLOIS, - « Dialogue social. Approche critiques des principales dispositions du projet de loi (II) », Semaine Sociale Lamy, 2004, n° 1153.
- Philippe LANGLOIS, « Qu'est-ce-que l'interprofession ? », Droit Social, 2005, p. 640.
- Philippe LANGLOIS, « Une loi négociée », Droit Social, 2008, p.346
- Philippe LANGLOIS et Marie-Armelle SOURIAU, « Que penser du rapport Chertier ? », La Revue du droit du travail, 2006, p. 216.
- Christian LAROSE, « Quand va-t-on sortir de l'impasse sur le dialogue social ? », Droit Social, 2008, p.18.
- Olivier LECLERC, « Comparer les systèmes de relations professionnelles », in Olivier LECLERC et Antoine LYON-CAEN, « L'essor du vote dans les relations professionnelles », Paris, Actualités françaises et expériences européennes, Dalloz, 2011, p.91-103
- Jean-Pierre LE CROM, « Le rôle de l'administration du Travail dans la reconnaissance de la représentativité des organisations professionnelles. Interprétation et usages de l'ex-article L. 133-2 du Code du travail (1946-2006) », Travail et Emploi, 2012, n° 131.
- Martine LE FRIANT, « La démocratie sociale entre formule et concept », Regards, 2001, p. 47.
- Martine LE FRIANT et Antoine JEAMMAUD, « Démocratie sociale, droit et représentation collective : enjeux théoriques » in Marie-Ange MOREAU, « la représentation collective des travailleurs. Ses transformations à la lumière droit comparé », Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012, p. 336
- Jacques LE GOFF, « Juristes de gauche et droit social dans les années 1880-1920 », in Carlos Miguel HERRERA, « Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la IIIe République », Tome I. Paris, Éditions Kimé, « Philosophie politique », 2003, p. 13-33.
- Jacques LE GOFF, « Poursuivre le débat avec Georges Gurvitch. Présentation du dossier », Droit et société 2016/3, n° 94, p. 495-502.
- Jacques LE GOFF, « La naissance des conventions collectives », Droits, 1990, p. 67.
- Jacques LE GOFF, « Les lois Auroux, 20 ans après », Droit Social, 2003, p. 703.
- Jean-Pierre. LEGROS, « La nullité des décisions de sociétés », Revue des sociétés, 1991, p. 275
- Gilles. LHUILIER, « Le dualisme de la convention collective devant la Cour de cassation », Droit. Social, 1995, p. 162
- Rémy LIBCHABER, « L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit », Librairie Générale de Droit et Jurisprudence -Lextenso, 2013, n° 70, p. 81.

- Danièle LINHART, « De la domination et de son déni », *Actuel Marx*, vol. 49, no. 1, 2011, p. 90-103.
- Grégoire LOISEAU, « L'égalité de traitement à l'heure européenne », *La Semaine Juridique Sociale, Juris-Classeur Périodique*, 2019, p.1134
- Grégoire LOISEAU, Laurence PECAUT-RIVOLIER et Geneviève PIGNARRE, « L'ordre public social a-t-il un avenir ? », *Droit social*, 2016, p.886
- Grégoire LOISEAU et Arnaud. MARTINON, « La négociation paradoxale », *Cahiers sociaux*, 2014, p. 213.
- Pascal LOKIEC, « Avis de tempête sur le droit du travail », *La Revue de Droit du Travail*, Décembre, 2014, p.738
- Pascal LOKIEC, « Rapport Cesaro : vers un renouvellement du droit de la négociation collective », *Droit Social*, 2016, p.696
- Pascal LOKIEC, Dounia BENREBAI, Nicolas DI CAMILLO, Chloé SABLAYROLLES, et Lou THOMAS, « Première partie. Les fonctions et les mots - Simplification, dialogue social, confiance, emploi », *La Revue de droit du travail*, 2016, p.754
- Pascal LOKIEC et Judith ROCHFELD : « l'accord et le juge du travail : le temps des réformes paradoxales » *Droit Social*, 2017, p.5
- Pascal LOKIEC, « Revoir l'exercice du pouvoir dans l'entreprise », *Droit Social*, 2016, p.502
- Caroline LUQUET SAINT-GERMAIN, « La place de la représentativité syndicale après l'adoption du principe majoritaire », *Droit Ouvrier*, 2007, p.11-19
- Jean marie LUTTRINGER, « Formation professionnelle tout au long de la vie et négociation collective », *Droit Social*, 2004, pp. 472-481.
- Antoine LYON-CAEN, « Les règles de la représentation syndicale à l'épreuve des changements », *Travail et Emploi*, mars 1988, p.32-44
- Antoine LYON-CAEN, « Actualité du contrat de travail », *Droit- Social*, 1988, p. 540
- Antoine LYON-CAEN, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Droit Social*, 1990, p. 68.
- Antoine LYON-CAEN, « La négociation collective dans ses dimensions internationales », *Droit Social*, 1997, p.352
- Antoine LYON-CAEN, « L'emploi comme objet de la négociation collective » *Droit social*, 1998, p.316
- Antoine LYON-CAEN, « Grandeur et décadence de la loi professionnelle », in *Les conventions collectives de branche : déclin ou renouveau ?*, Paris, CEREQ, 1993, Etudes n° 65, p. 57.
- Antoine LYON-CAEN, « Le maintien de l'emploi », *Droit Social*, 1996, p. 655.
- Antoine LYON-CAEN, « Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire », *Droit Social*, 1997, p. 68.
- Antoine LYON-CAEN, « La négociation collective : Nouveaux horizons ; Nouveaux problèmes ? », *Droit Social*, 1997, p. 1005.
- Antoine LYON-CAEN, « La révision du droit de la négociation collective », in « la négociation collective à l'heure des révisions », (sous la direction) Georges BORENFREUD, Antoine LYON CAEN, Marie-Armelle ROTSCILD SOURIAU et Isabelle VACARIE, Dalloz (Actes), 2005, p.115
- Antoine LYON-CAEN, « Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail », *La Revue de droit du travail*, 2007, p.88.
- Antoine LYON-CAEN, - « De l'influence des syndicats dans la confection des lois », in « Syndicats et droit du travail », sous la direction de Georges BORENFREUND et Marie-Armelle. SOURIAU, Paris, Dalloz, 2008, p. 69.
- Antoine LYON-CAEN, « Un modeste compromis ? », *Controverse, La Revue de droit du travail*, 2008, p. 146.
- Antoine LYON CAEN, « les conventions collectives de branches à l'épreuve de l'égalité entre salariés, les cadres ont-ils un avenir ? », *Semaine Sociale Lamy*, 2011, n° 1497, p. 8.
- Antoine LYON-CAEN et Tatiana SACHS « ADN d'une réforme (1) », *La Revue de Droit du Travail*, 2013, p.162
- Antoine LYON-CAEN, « Autorité syndicale », *La Revue de droit du travail*, 2015, p.77
- Antoine LYON-CAEN, « Discrète juridiction », *La Revue de droit du travail*, 2019, p.217
- Gérard LYON-CAEN, « Défense et illustration du contrat de travail », *Archives de philosophie du droit*, Paris, 1968, p.59

- Gérard LYON-CAEN, « Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du travail » in Mélanges en l'honneur de Paul HORION, Faculté de droit de Liège, 1972, p. 173.
- Gérard LYON-CAEN, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail, première approche », La Revue de droit du travail, 1974, p. 229.
- Gérard et Antoine LYON-CAEN, « La doctrine de l'entreprise », in « Dix ans de droit de l'entreprise », Paris, LITEC, 1978, p. 599.
- Gérard LYON-CAEN, « Critique de la négociation collective », Droit Social, 1979, p. 350
- Gérard LYON-CAEN, « Droit syndical et mouvement syndical », Droit Social, 1984, p. 5
- Gérard LYON-CAEN, « La bataille truquée de la flexibilité », Droits Social, 1985, p. 806.
- Gérard LYON-CAEN, « Corporation, corporatisme, néo-corporatisme », Droit Social, 1986, p. 742.
- Gérard LYON-CAEN, « La légitimité de l'action syndicale », Droit Ouvrier, 1988, p. 147.
- Gérard LYON-CAEN, « Le droit du travail dans la nouvelle politique de l'emploi », Droit Social, 1988, p. 551.
- Gérard LYON-CAEN, « Réglementer le droit de grève ? », Droit Social, 1988, p. 709.
- Gérard LYON-CAEN, « Divagations sur un adjectif qualificatif », in mélanges en l'honneur de Jean SAVATIER, Presse Universitaire de France, 1992, p. 345,
- Gérard LYON-CAEN, « Droit du travail et droit de la concurrence », Droit Ouvrier, 1993, p. 313.
- Gérard LYON-CAEN, « La Constitution française et la négociation collective », Droit Ouvrier, 1996, p. 479.
- Gérard LYON-CAEN, « Un droit sans papiers d'identité », Archives-Philosophie Du Droit, n°41,- 1997, p.181
- Gérard LYON-CAEN, « Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en oeuvre conventionnelle du droit communautaire », Droit Social, 1997, p. 68
- Gérard LYON-CAEN, « A la recherche des concepts de base du livre IV du Code du travail », in Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècles, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice VERDIER, Paris, Dalloz, 2001, p. 81.
- Gérard LYON-CAEN, « Considérations intempestives sur le temps », Droit Social, 2000, p. 237.
- Gérard LYON CAEN, « L'état des sources du droit du travail-agitations et menaces », Droit Social, 2001, p.103
- Gérard LYON-CAEN, « A propos d'une négociation sur la négociation », Droit Ouvrier., 2001, p. 1
- Gérard LYON CAEN, « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », Droit Social, 2003, p.355
- Gérard LYON-CAEN, « Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée », Droit Ouvrier, 2004, 49
- Gérard LYON-CAEN, « Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail », Droit Ouvrier, 2004, p.52
- Gérard LYON-CAEN, « Vote et relations professionnelles », in Olivier LECLERC et Antoine LYON-CAEN (sous la direction), « L'essor du vote dans les relations professionnelles », 2011, Actualités Françaises et Expériences Européennes, Paris, Dalloz, 2011, pp. 3-7

-M-

- Nicole MAGGI-GERMAIN, « Sur le dialogue social », Droit social, 2007, p.798
- Nicole MAGGI GERMAIN, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », Droit Social, 2011, p.1072
- Nicole MAGGI GERMAIN, « Fonctions et usages de la représentativité patronale », Travail et Emploi n° 131, 2012, p 23-45
- Nicole MAGGI-GERMAIN, « La suspension de l'arrêté d'extension de la convention collective nationale de la branche de la production cinématographique par le juge des référés : prologue judiciaire ou clap de fin ? », Droit Social, 2013, p.963
- Nicole MAGGI-GERMAIN, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », Droit Social, 2011, p. 1072.

- Nicole MAGGI-GERMAIN, « Réformer la représentativité pour refonder la représentation », *Droit Social*, 2014, p. 244
- Nicole MAGGI-GERMAIN, Michel OFFERLE et Jean-Marie PERNOT, « réformer la représentativité, pour refonder la représentation », *Droit Social*, p. 239
- Jean Christophe MARCEL, « Georges Gurvitch : les raisons d'un succès. » *Cahiers internationaux de sociologie*, 2007, p.97
- Luigi MARIUCCI, « À propos du débat sur la réglementation syndicale en Italie : représentativité et droit de grève », *Travail et Emploi*, mars 1988, p. 24
- Federico MARTELLONI, « Brève histoire italienne d'un droit du travail -en mode mineur », *La Revue de Droit du Travail*, 2013, p.292
- Arnaud MARTINON et Elsa PESKINE, « le juge et le contenu de l'accord collectif-regards croisés », *Droit Social*, 2017, p.115
- Jean Claude MAILLY, « Résister c'est agir » (éditorial), *FO Hebdo*, mercredi 3 février 2016
- Philippe MASSON, « Simplifier, disaient-ils... (propos syndicaux sur la recodification du Code du travail) », *Droit Ouvrier*, 2007, p. 409.
- Philippe MASSON, « Un brèche est ouverte », *Semaine Sociale Lamy*, 2008, n°1370, p. 25.
- Philippe MASSON, « Entreprise et établissements : quelle mesure de représentativité ? », *Semaine Sociale Lamy*, 2010, n° 1455, p. 7.
- Bertrand MATHIEU, « La répartition constitutionnelle des compétences entre la loi et les accords collectifs de travail en droit français », *Les Cahiers de Droit de l'Université Laval*, vol. 48, n° 1-2, 2007, p. 125
- Bertrand MATHIEU. « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1997, p.152
- Antoine MAZEAUD, « Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux, depuis la Position commune du 16 juillet 2001 », *Droit Social*, 2003, p. 362.
- Antoine MAZEAUD, « Les élections dans les TPE : l'absence de courant ascendant », *Droit Social*, 2013, p.152;
- Antoine MAZEAUD, « Un nouveau droit syndical ou un droit syndical rénové », *Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique)*, 29 mai 2012, 1240, p.72.
- Antoine MAZEAUD, « La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégué syndical », *Droit Social*, 2009, p. 669
- Antoine MAZEAUD, « Dynamique des conventions et accords collectifs à durée déterminée », *Droit Social*, 2016, p.508
- Marie-France MAZARS, « le juge s invite à la négociation », *Droit Ouvrier*, 2008, p. 282
- Guglielmo MEARDI, « les relations professionnelles européennes sous pression internationale ». *La Revue de l'IRES*, 2012/3, p.35
- Marie-Alice MEDEUF-ANDRIEU (Secrétaire confédérale à Force Ouvrière), « Une représentativité patronale, à la carte », *Droit Social*, 2014, p. 266
- Mustapha MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », in « Le droit souple », *Thèmes et commentaires*, Dalloz, p. 145
- Olivier MERIAUX, « Éléments d'un régime postfordiste de la négociation collective en France », *Relations Industrielles*, vol n°5, n°4, 2000, p.606-639
- Marcel MERLE, « De la négociation », *Pouvoirs*, n°15,1980, p.5-30
- Isabelle MEYRAT, « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », *Droit Ouvrier*, 2002, p. 349
- Stéphane MICHEL, « Le critère de l'indépendance au sein de l'article L.133-2 du Code du travail », *Droit Ouvrier*, 2003, p. 133.
- Michel MINÉ, « La Loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », *Travail et Emploi*, n°84, octobre 2000, p.47
- Eric MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, n° 30/31, p.3081-442
- Éric MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°21, 2006, p.59
- Grégory MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n°62, 2005, p. 258

- Luc de MONTVALON, « L'actualité jurisprudentielle du forfait en jours », *Semaine Sociale Lamy*, 6 juin 2022, n° 2003, p. 8
- Michel MORAND, « Dialogue social : réflexions autour de la loi du 4 mai 2004 », *Semaine Sociale Lamy*, 2005, n° 1197, p. 7.
- Michel MORAND, « Licenciement sui generis, entre précisions et interrogations », *Semaine Sociale Lamy* 2006, n° 1260, p. 7
- Michel MORAND, « Apprécier plus exactement et réformer la relation entre le contrat et l'accord collectif », *La Revue de Droit du Travail*, 2007, p. 145.
- Michel MORAND, « Une réforme inachevée », *Semaine Sociale Lamy*, 2008, n° 1364, p.6.
- Michel MORAND, « La nouvelle organisation du temps de travail : une nouvelle orientation du droit du travail », *Revue de Jurisprudence Sociale* n° 12, déc. 2008, p. 955
- Michel MORAND, « Rapports entre accords collectifs et relations individuelles de travail » *Droit Social*, 2009, p.900
- Marie-Ange MOREAU, « L'interprétation des conventions collectives de travail : à qui profite le doute ? », *Droit Social*, 1995. p.171;
- Marie-Ange MOREAU, « La portée des avis rendus par une commission paritaire d'interprétation », *Droit Social*, 1995, p. 360
- Marie-Ange MOREAU, « Sur la représentativité des partenaires sociaux européens », *Droit social* 1999, p. 53
- Marie-Ange MOREAU, « L'autonomie des partenaires sociaux. Les litiges nés de l'interprétation des conventions collectives en droits québécois et français ». *Revue internationale de droit comparé* n°51, 1999, p.707
- Marie-Ange MOREAU, « Les règlements de fin de conflit », *Droit Social*, 2001, p. 139.
- Fernand MORIN, « La convention collective lie tous les salariés... mais, sans les ligoter » in « Autonomie collective et droit du travail », *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre VERGE* (sous la direction de Dominic ROUX) , Laval (Canada) Les Presses de l'Université Laval, 2014, p.601
- Marie -Laure. MORIN, « Le dualisme de la convention collective de branche : aperçu historique », in, *Les conventions collectives de branche : déclin ou renouveau*, Paris, CEREQ, 1993, *Études* n° 65, p. 137.
- Marie -Laure. MORIN, « Droit imposé et droit négocié : regards à partir du droit des salariés à la négociation collective en France », in « *Droit négocié, droit imposé ?* » sous la direction Philippe GERARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 1996, pp.643-675
- Marie-Laure MORIN, « Le conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Droit Social*, 1997, p.25
- Marie-Laure MORIN, « La loi et la négociation collective - concurrence ou complémentarité », *Droit Social*, 1998, p.419
- Marie-Laure. MORIN, « La Loi et la négociation collective: concurrence ou complémentarité », *Droit Social*, 1998, p. 419.
- Marie-Laure. MORIN, « Espaces et enjeux de la négociation collective territoriale », *Droit Social*, 1999, p. 681.
- Marie-Laure MORIN, «- Principe majoritaire et négociation collective : un regard de droit comparé », *Droit Social*, 2000, p 1080.
- Marie-Laure MORIN, « La firme et la négociation collective », in *Mélanges dédiés au président Michel DESPAX*, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p.97
- Marie-Laure. MORIN, « Autonomie de négociation collective et ordre public social », in « *La négociation Sociale* », sous la direction de Christian THUDEROZ et Annie Giraud-HERAUD, Paris, Éditions du CNRS, 2000, p. 81.
- Marie-Laure. MORIN, « Pluralisme syndical et révision des accords collectifs », *Droit Social*, 2002, p. 617.
- Marie-Laure. MORIN, « L'articulation entre la loi et la négociation : quel rôle pour l'État ? », in Jocelyne Barreau (dir.) « *Quelle démocratie sociale dans le monde du travail ?* », Presses Universitaires de Rennes, 2003, p. 138.
- Marie-Laure MORIN, « Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes - validité et loyauté de la négociation application et interprétation de l'accord », *Droit Social*, 2008, p.24

- Marie-Laure MORIN, « La loi 2009-789 du 20 août 2008 : premières décisions de la Cour de cassation sur le droit syndical », Droit Social, 2009, p. 954.
- Marie-Laure MORIN, « La représentativité des syndicats dans l'entreprise pendant la période transitoire de la loi du 20 août 2008 », Droit Social, 2010, p. 548.
- Marie Laure MORIN, « Derrière le pragmatisme des ordonnances la perversion des droits fondamentaux du travail », Droit Ouvrier, 2017, p.590
- Marie-Laure MORIN, « Travail et liberté contractuelle, une mise en perspective », Droit Ouvrier, 2018, p.118
- François et Marie-Laure MORIN, « La firme et la négociation collective. La question des frontières en économie et en droit », in Mélanges dédiés au président Michel DESPAX, Toulouse, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p.552
- Marie-Laure MORIN et Hélène MASSE-DESSEN.H, « Les critères de la représentativité et la désignation des représentants syndicaux », in supplément Semaine Sociale Lamy 2011, n° 1485, p. 22, spéc. p. 30
- Marie Laure MORIN., Gilbert de TERSSAC et Jens THOEMMES, « La négociation du temps de travail : l'emploi en jeu », Sociologie du travail, vol. 2, 1998, p.207
- Patrick MORVAN, « Le nouveau droit de la négociation collective- Conventions et accords après la loi du 4 mai 2004- de la théorie des flaques d'eau » in « Le nouveau droit de la négociation collective (Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004) », Colloque sous la direction de Bernard TEYSSIE, Paris-II, Editions Panthéon Assas, 2004, p.125
- Patrick MORVAN, « L'articulation des normes sociales à travers les branches », Droit Social, 2009, p. 680.
- Pierre MULLER, « L'approche cognitive des politiques publiques : vers une sociologie politique de l'action publique », Revue française de science politique, volume 50, n° 2, avril 2000, p. 189

-N-

- Antoine NABOULET, « Les processus atypiques de négociation collective en entreprise », la Note d'Analyse n°14, France-Stratégie, aout 2014, p.8
- Sophie. NADAL, « Contribution à l'étude de l'extension », Droit ouvrier, 2002, p. 423
- Sophie NADAL, « Les transformations du rôle de la négociation des conventions et accords de branche », Semaine Sociale Lamy, 2004, n° 1183, p. 49.
- Sophie NADAL, « Le destin de la négociation de branche » in « La négociation collective à l'heure des révisions » (ouvrage collectif sous la direction de Georges BORENFREUND, Antoine LYON-CAEN, Marie-Armelle ROTSCILD SOURIAU et isabelle VACARIE), Paris, Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2005, p.115
- Sophie NADAL, « Organisations patronales représentatives : de quoi parle-t-on ? ». La Revue de Droit du Travail, 2008, p.189.
- Sophie NADAL, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008. A propos du devenir (incertain ?) des syndicats dans l'entreprise », La Revue de Droit du Travail, 2008, p. 437,
- Sophie NADAL, « À propos des récentes péripéties de l'ANI du 11 janvier 2008 », La Revue de Droit de Travail, 2009, p.323
- Sophie NADAL, « Contribution à l'étude de l'extension », Droit ouvrier, 2002, p. 423
- Sophie NADAL, « Fluctuations de la représentativité syndicale et perturbations de la vie juridique des conventions et accords collectifs de travail », Droit Social, 2013, p.323
- Sophie NADAL, « La restructuration des branches professionnelles -réflexions sur une mutation forcée », Droit Social, 2016, p.210
- Sophie NADAL, « La représentativité patronale devant le Conseil constitutionnel », La Revue de Droit du Travail, n°5, 2016, p. 354
- Sophie NADAL, « le juge et le sort de l'accord collectif : permanence d'une question, renouvellement des enjeux », Droit Social, 2017, p.123

- Sophie NADAL et Marie-Armelle SOURIAU, « Le droit de grève dans les services publics de transports, regards sur la loi du 21 août 2007 : la place de la négociation collective », *La Revue du droit du travail*, 2007, p. 738.
- Christine NEAU-LEDUC, « Perte de représentativité et sort de l'accord collectif d'entreprise », *Droit Social*, 2009, p. 912.
- Christine NEAU-LEDUC, « Gouvernance des entreprises et direction des salariés », in « Les paradoxes du droit du travail », *Semaine Sociale Lamy*, supplément n° 1508, 2011, p.123
- Cécile NICOD, « La réforme du dialogue social : une loi en manque d'inspiration », *La Revue de Droit du Travail*, 2015, p. 549
- Cécile NICOD, « L'interprétation conventionnelle : de l'office du juge à l'intention des signataires ? », *La Revue du droit du travail*, 2016, p.282
- Cécile NICOD, « L'obligation de loyauté en renfort des conditions de négociation du protocole préélectoral », *La Revue du droit du travail*, 2016, p.240
- Cécile NICOD, « Quel ordonnancement des sources du droit du travail - Les rapports entre accords collectifs », *La Revue de Droit du Travail*, 2016, p.800

-O-

- Isabel ODOUL-ASOREY, « La négociation collective, confortée par le principe de participation ? », *Droit Social*, 2015, p.987
- Isabel ODOUL-ASOREY, « Principe de participation des travailleurs et droit du travail », *Droit Social*, 2014, p.356
- Isabel ODOUL-ASOREY, « Le principe de participation des travailleurs devant le Conseil constitutionnel », *Droit Ouvrier*, juillet 2016, p.426
- Sandra MITTERAND et Isabelle. ODOUL-ASOREY, « Décision de l'O.I.T sur la loi du 20 août 2008 : quelles suites? », *La Revue de Droit du Travail*, 2012, p. 107
- Michel OFFERLE et Lucien FLAMENT, « Quelle représentativité pour les organisations patronales ? », *La Revue de Droit du Travail*, 2010, p.269
- Michel OFFERLE, « groupes d'intérêt » in Michel LALLEMENT, Antoine BEVORT, Annette JOBERT, et Arnaud MIAS (sous la direction de), « Dictionnaire du travail », Paris, Presses universitaires de France, 2012, p.888 (p.347-353)
- Valérie OGIER-BERNAUD, « Le Conseil constitutionnel et l'embarrassant principe de faveur », *Semaine Sociale Lamy*, 2003, n° 1111, p. 6.
- Pierre OLLIER, « L'accord d'entreprise dans ses rapports avec les autres sources de droit dans l'entreprise », *Droit social*, 1982, p. 680.
- Jean Michel OLIVIER, « Nouveaux acteurs : élus du personnel et salariés mandatés », in « Le nouveau droit de la négociation collective – la Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (JORF n°105 du 5 mai 2004 » (sous la direction de Bernard TEYSSIE), Colloque, Paris-II, 2004, Panthéon ASSAS Editions, p.128
- François OST, « Jupiter Hercule et Hermès. Quel modèle pour un droit post moderne ? », *Le Journal des Procès*, volume n°179 et 180, 1990, p.14-25
- François OST, « Sources et systèmes de droit », in « Quelles perspectives pour la recherche juridique ? » Yann AGUILA, Paris, Presses Universitaires de France, « Droit et justice », 2007, p. 117-120.
- François OST et de Michel VAN de KERCHOVE, « De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit », Saint Louis, Presses des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002, p 596
- François OST, « À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités », Paris, Bruylant, collection. « Penser le droit », 2016, p.448

- Yannick PAGNERRE, « Le respect des valeurs républicaines ou l'éthique syndicale » ; Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique), 2009, p.1050
- Barbara PALLI, B. « La révision des conventions collectives de travail à l'épreuve de la réforme de la représentativité syndicale », La Revue du droit du travail, 2010, p. 156.
- Thomas PASQUIER, « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », La Revue de Droit du Travail, 2018, p.44
- Etienne PATAUT, « Les limites de l'accord collectif européen: à propos de l'arrêt EPSU », Mélanges en l'honneur de Pierres-Yves VERKINDT, Librairie Général du Droit et la Jurisprudence, Paris, 2022, p.327.
- Laurence PÉCAUT-RIVOLIER, « Les premiers arrêts de la Cour de cassation relatifs à la loi du 20 août 2008 », Semaine Sociale Lamy, 2009, n° 1408.
- Laurence PÉCAUT-RIVOLIER, « La représentativité syndicale à la française n'est pas contraire aux textes européens », Droit Social, 2010, p. 647
- Laurence PÉCAUT-RIVOLIER, « Les élections professionnelles depuis la loi du 20 août 2008, révolution ou statu quo ? », Droit Social, 2011, p. 82.
- Laurence PÉCAUT-RIVOLIER et Yves STRUILLOU, « Chronique des jurisprudences sur la représentation du personnel », Semaine Sociale LAMY n° 1500, 11 juill. 2011, p. 5.
- Laurence PÉCAUT-RIVOLIER, « L'hommage de la Chambre sociale à la négociation collective. Revirement sur la jurisprudence égalité de traitement », Semaine sociale Lamy, n° 1663, février 2015, p.9
- Laurence PÉCAUT-RIVOLIER, « L'accord et le juge- propos liminaire », Droit Social, 2017, p.96
- Laurence PÉCAUT-RIVOLIER et Yves STRUILLOU, « La loi du 20 août 2008, premières réponses du juge du fond », Semaine Sociale Lamy, 2009, n° 1393, p. 4.
- Laurence PÉCAUT-RIVOLIER et Franck PETIT, « Le redéploiement des forces syndicales », Droit Social, 2010, p. 1172.
- Jean PELISSIER, « La négociation sur les salaires. Problèmes juridiques », Droit Social, 1984, p. 681.
- Jean PELISSIER, « Les incertitudes de la négociation d'entreprise : quelques illustrations », Droit Social, 1988, p.731 ;
- Jean PELISSIER, « Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs », Droit Social, 1996, p.395
- Jean PELISSIER, « La loyauté dans la négociation », Droit Ouvrier, 1997, p. 497.
- Jean PELISSIER, « Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail », in Mélanges dédiés au président MICHEL DESPAX, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p.552
- Jean PELISSIER, « La détermination des éléments du contrat de travail », Droit Ouvrier, 2005, p. 92.
- Elsa PESKINE, « La Chambre sociale architecte imprudent de la négociation collective », La Revue de droit du travail, 2015 p.339
- Elsa PESKINE, « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », Droit. Social, 2014. p.438
- Franck PETIT, « Sur les clauses de garanties d'emploi », Droit Social, 2000, p. 88.
- Franck PETIT, « L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise », Droit Social, 2000, p.603
- Franck PETIT, « Le salarié mandaté...licencié... puis réintégré », Droit Social, 2007, p. 564.
- Franck PETIT, « Représentation syndicale et représentation élue des personnels de l'entreprise depuis la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 », Droit Ouvrier, Janvier 2009, p.22-39
- Franck PETIT, « Les périmètres de l'entreprise en matière syndicale et électorale », Droit Social, 2010, p. 636.
- Franck PETIT, « L'affiliation confédérale, élément déterminant du vote des salariés », Droit Social, 2011, p. 1063
- Franck PETIT, « Les scrutins sur sigle dans les très petites entreprises », Droit Social, 2012, p.48
- Franck PETIT, « Constitution et droit social L'application de la Constitution par le juge prud'homal », Revue Française De Droit Constitutionnel, 2012, n° 89, p. 175-210.

- Franck PETIT, « Représentativités syndicale et patronale : la symétrie imparfaite », Droit Social, 2014, p.1
- Franck PETIT, « Le droit à la participation, principe oublié ou renaissant », Droit social 2015, p.952
- Franck PETIT, « Le droit à la participation » en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ? », Droit Social, 2015, p.974
- Franck PETIT, « La difficile mise en œuvre des référendums d'entreprise », Droit Social, 2017, p. 156
- Franck PETIT, « Le référendum en entreprise comme voie de secours », Droit Social, 2016, p.903
- Otto PFERSMANN, « Foster Ethel, Van de Kerchove M. De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit », Revue internationale de droit comparé, vol. 55, n°3, 2003, p. 730-742;
- Jean-Marie PERNOT, « La loi du 20 août 2008 et la portabilité des suffrages », La Revue de Droit du Travail, 2011, p.427-432 T.
- Jean-Marie PERNOT, « L'affiliation syndicale le sens de la représentation syndicale », Droit Social, 2013, p.306
- Geneviève PIGNARRE, « Faux conflits et vraies distinctions : les rapports entre contrat de travail et accord collectif postérieur réglés par référence au principe de l'intangibilité contractuelle », La Revue de Droit du Travail, 2008, p. 31.
- Geneviève PIGNARRE, « Égalité de rémunération entre les femmes et les hommes et droit conventionnel collectif : entre évolution et révolution », La Revue de Droit du Travail, 2015, pp.472
- Alessandro PIZZORNO, « Political exchange and collective identity in industrial conflict » in Colin CROUCH et Alessandro PIZORNO (dir), « The resurgence of class conflict in western europe since 1968 » London, Vol n°2, Mc MILLAN, 1978, p.277-288
- Mireille POIRIER, « La clause dérogatoire in pejus », Droit Social, 1995, p. 887.
- Mireille POIRIER, « La négociation collective vecteur d'altérations en droit du travail », Droit Ouvrier, 2013, p.250.
- Adélie POMADE, « Penser l'interdisciplinarité par l'internormativité. Illustration en droit de l'environnement », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, vol. 68, no. 1, 2012, p. 85-106
- Jérôme PORTA, « Une loi pour la légitimité syndicale. Réflexions sur le volontarisme en matière syndicale », Droit Ouvrier, 2014, p 491
- Xavier PRETOT, « Les bases constitutionnelles du droit social », Droit Social, 1991, p.194.
- Xavier PRETOT, « Les bases constitutionnelles de la négociation collective », Travail et Protection Sociale, janvier 1997, p. 4
- Xavier. PRETOT « La conformité à la Constitution de la loi instituant les fonds de pension », Droit Social, 1997, p.478
- Xavier PRETOT, « Les sources du droit du travail au regard du droit public » in « les sources du droit du travail » sous la direction de Bernard TEYSSIE, Presse Universitaire de France, Droit éthique et société, 1998, p178
- Xavier PRETOT, « Le Conseil Constitutionnel et les sources du droit du travail », Droit Social, 2003, p. 260.

-R-

- Christophe RADE, « Exercice du droit de grève et négociation collective », Droit Social, 1996, p. 37.
- Christophe RADE, « L'appréciation de la notion de disposition plus favorable », Droit Social, 2000, p. 381.
- Christophe RADE, « De l'accord interprofessionnel », Droit Social, 2010, p.284
- Christophe RADE, « La loi négociée : simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale ». Droit Ouvrier, 2010, p.319
- Christophe RADE, « Les syndicats catégoriels et la réforme de la démocratie sociale », Droit Social, 2010, p. 823.
- Christophe RADE, « Égalité de traitement et avantages catégoriels conventionnels : la volte-face de la Cour de cassation », La lettre juridique, Lexbase hebdo, 5 février 2015

- Christophe RADE, « Accords de branche et accords d'entreprise- attention : une reforme peut en cacher une autre », Droit Ouvrier, 2017, p.360
- Jean-Emmanuel RAY, « De l'ANI du 31 oct. 1995 à la loi Aubry de 1998 », Droit Social, 1998, p. 314.
- Jean-Emmanuel RAY, « Quelques questions autour de la loi Aubry I », Droit Social, 1998, p. 766.
- Jean-Emmanuel RAY, « Du collectif à l'individuel- Les oppositions possibles », Droit Social, 1998, p. 347
- Jean-Emmanuel RAY, « Les grandes manœuvres du droit à la négociation collective », Droit social 1999, p. 1018
- Jean-Emmanuel RAY, « A propos de la subsidiarité horizontale », Droit Social, 1999, p. 459.
- Jean-Emmanuel RAY, « Du tout-État au tout-contrat ? » Droit Social, 2000, p.574
- Jean-Emmanuel RAY, « Du tout-État au tout contrat ? De l'entreprise citoyenne à l'entreprise législateur ? », Droit Social, 2000, p.574 ;
- Jean-Emmanuel RAY, « De temps...en temps », Droit Social, 2000, p. 241.
- Jean-Emmanuel RAY, « Les curieux accords dits « majoritaires » de la loi du 4 mai 2004 », Droit Social, 2004, p.590
- Jean-Emmanuel RAY, « De la hiérarchie à l'articulation des sources du droit du travail », Liaisons Sociales Magazines, mai 2004, p. 56.
- Jean-Emmanuel RAY, « 4 mai 2004 – mai 2008 : Le droit de la négociation collective entre deux lois. À propos du rapport Chertier », Droit Social, 2006, p. 1.
- Jean-Emmanuel RAY, « La négociation collective entre deux lois (mai 2004-mai 2008) », Droit Social., 2006, p. 981.
- Jean-Emmanuel RAY, « A propos d'une modeste loi censée assurer « la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs » », Droit Social, 2007, p. 1205
- Jean-Emmanuel RAY, « Sur le financement des syndicats », Droit Social, 2008, p.139-150
- Jean-Emmanuel RAY, « « Quel droit pour la négociation collective de demain », Droit Social, 2008, p. 6.
- Jean-Emmanuel RAY, « « A propos de l'audience électorale », Liaisons Social Magazine, sept. 2008, p. 60.
- Jean-Emmanuel RAY, « L'accord d'entreprise majoritaire », Droit Social, 2009, p.887
- Jean-Emmanuel RAY, « Les sources de la loi du 31 janvier 2007 », Droit Social, 2010, p.496.
- Jean-Emmanuel RAY, « A travail inégal, salaire inégal », Droit social, 2011, p. 42
- Jean-Emmanuel RAY, « La place de la négociation collective en droit constitutionnel », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2014/4, n°45, p. 21-33.
- Jean-Emmanuel RAY, « Juge judiciaire et accord collectifs de travail », La Semaine Juridique Edition Générale, Juris-Classeur, n° 12, 2015, p.572
- Patrick REMY, « La décentralisation de la négociation collective en Allemagne sous l'angle de la représentation », Droit Social, 1997, p.1015
- Patrick REMY, « Représentation dans la négociation collective. Les limites du principe majoritaire », Droit Ouvrier, 1999, p. 269
- Patrick REMY, « Représentativité et négociation collective en Allemagne » (avec U.Wendeling-Schröder), La Revue de Droit du Travail, 2006, p.408
- Patrick REMY, « dans une perspective européenne », La Revue de Droit du Travail, 2010, p. 250
- Patrick REMY, « L'autonomie collective : une illusion en droit français », sous la direction de Philippe WAQUET Semaine Sociale Lamy, 2011 supplément n°1508
- Patrick REMY, « Le droit du travail allemand face à la « crise » : un « modèle » pour le droit français ? » Droit Ouvrier, 2012, p.133
- Patrick REMY, « Les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne : un « modèle pour le droit français » ?, La Revue de Droit du Travail, 2012, p.133
- Patrick REMY, « Dialogue sur l'articulation entre la convention collective et le contrat de travail, le droit français à la lumière du droit allemand » (avec M-L Morin), in « La volonté du salarié », Thèmes et commentaires Dalloz, sous la Direction de Tatiana SACHS, 2012, p.245-271
- Patrick REMY, « Hollande : le « Schröder français », dix ans plus tard ? Quelques enseignements tirés du droit allemand », La Revue de Droit du Travail, 2013, p.211

- Patrick REMY, « La loi allemande sur le salaire minimum : le SMIC en Allemagne ? », La Revue de Droit du Travail, 2014, p.774
- Patrick REMY, « Autonomie collective + Cogestion = Autogestion ? Regard comparé du point de vue du droit allemand », Semaine Sociale Lamy, supplément n°1631, 2014 p.85
- Patrick REMY, « Le droit à la participation en droit allemand-codécision-codétermination-cogestion-autonomie collective », Droit Social, n°12, 2015, p974-986
- Patrick REMY, « La réforme allemande du droit des conventions collectives », La Revue de Droit du Travail, 2015, p.562
- Patrick REMY, « Le droit à la participation en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective...? », Droit Social, 2015, p.974
- Patrick REMY, « La réforme allemande du droit des conventions collectives, Le pluralisme syndical est-il compatible avec l'autonomie collective ? », La Revue de Droit du Travail, 2015, p.562
- Patrick REMY, « Les avantages conventionnels réservés aux syndiqués en droit allemand », La Revue de Droit du Travail, 2016, p.505
- Patrick REMY, « Le conseil d'entreprise -un premier pas vers le conseil d'établissement allemand », Droit Social, 2017, p.1050
- Ulrike Wendeling-SCHRÖDER, Patrick REMY et Guylaine VALLEE, « Représentativité syndicale et négociation collective », La Revue de Droit du Travail, 2006, p. 408
- Pascal RENNES, « Représentativité syndicale et réalité des droits collectifs », Droit Ouvrier, 2007, p. 20
- Pascal RENNES, « D'un débat majeur à un accord mineur », Droit Ouvrier, 2005, p. 311
- Pascal RENNES, « Représentativité syndicale et réalité des droits collectifs », Droit Ouvrier, 2007, p.20
- Pascal RENNES, « Représentativité : les principes de liberté et d'égalité syndicales appréciés avec raison », Droit Ouvrier, 2008, p. 113
- Pascal RENNES, « Autonomie individuelle - « autonomie collective » des droits nouveaux », Droit Ouvrier, 2016, p.621
- Jean-Daniel REYNAUD, « Ce que produit une négociation collective, ce sont des règles », Négociations 2005/2, n° 4, p. 139
- Paul RICOEUR, « Morale, éthique et politique », Paris, Pouvoirs, n°65, 1993, p. 16
- Jean RIVERO, « La convention collective et le droit public français », Revue Economique, vol 2, n°1, 1951, p. 15
- Jean-Philippe ROBE. « L'entreprise en droit » in « Droit et société », n°29, 1995. La médiation. p. 117-136
- Pierre RODIERE, « Accord d'entreprise et convention de branche ou interprofessionnelle : négociation indépendante, subordonnée, articulée », Droit Social, 1982, p. 715
- Pierre RODIERE, « Accords de groupe : l'émergence d'un nouveau cadre de négociation collective », Semaine Sociale Lamy, n° 1125, 2003, p. 6
- Pierre RODIERE, « La branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi « Fillon » sur le dialogue social », Semaine Sociale Lamy, n° 1148, 2003, p. 4 ;
- Pierre RODIERE, « La loi du 4 mai 2004 sur le dialogue social : une réforme en devenir », Semaine soc. Lamy, n° 1183, 2006, p. 6
- Pierre RODIERE, « Sur quelques distorsions de la négociation de branche », Semaine Sociale Lamy, n° 1273, 2006, p. 6.
- Pierre RODIERE, - « Du dialogue social à la démocratie sociale. Quelques questions sur la réforme de la réforme », Semaine Sociale Lamy, n° 1370, 2008, p. 11.
- Santi ROMANO, « L'État moderne et sa crise », Rome, (Santi ROMANO, «Lo Stato moderno e la sua crisi», Rivista di diritto pubblico, 1910, p. 87 et suivantes), Traduction française inédite par David SOLDINI, Jus Politicum, n° 14, 2015, [<http://juspoliticum.com/article/L-Etat-moderne-et-sa-crise-968.html>] .
- Norbert ROULAND, « A la recherche du pluralisme juridique : le cas français », Paris, Droit et cultures, n°36, 1998, p.217
- Dominic ROUX (sous la direction), « Autonomie collective et droit du travail », Mélanges en l'hommage de Pierre VERGE, Laval (Canada), Les Presses de l'Université Laval, 2014, p.622

- Louis ROZES, « Entreprise » in Encyclopédie juridique, Répertoire de droit du travail, T. II, éd. Dalloz 1991, n° 17.

-S-

- Tatiana SACHS, « L'ordre public en droit du travail - une notion dégradée », La Revue de Droit du Travail, 2017, p.585
- Tatiana SACHS : « Quand la sécurité juridique se perd dans l'analyse économique » Droit Social, 2015, p.1019
- Jean SAGLIO, « La régulation de branche dans le système français de relations professionnelles », Travail et emploi, 1991, n° 47, p. 26.
- Guillaume SANTORO, « Réflexions sur l'efficacité du droit de la négociation collective sur l'égalité hommes-femmes », Droit Social, 2016, p.49
- Caroline LUQUET de SAINT GERMAIN, « La place de la représentativité syndicale après l'adoption du principe majoritaire », Droit Ouvrier, 2007, p.14
- Francis SARAMITO, « A la recherche d'une majorité dans la négociation collective », Droit Ouvrier, 2000, p. 428.
- Jean-Marc SAUVE, « La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes », Droit Social, 2010, p.489
- Jean SAVATIER, « La notion de représentativité des syndicats en droit français », Les Cahiers de droit, volume n°9, n° 3, 1968, p. 435-452
- Jean SAVATIER, « La création ou la préservation d'emplois, conditions d'allègement des cotisations sociales dans la loi du 19 janvier 2000 », Droit Social, 2000, p. 478
- Jean SAVATIER, « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », in Études de droit du travail offertes à André BRUN, Librairie sociale et économique, 1974, p. 527
- Carine SEILER, « La négociation collective d'entreprise sur la formation : enjeux juridiques et stratégiques », Droit Social, 2014, p.1020
- Evelyne SERVERIN, « Points de vue sur le droit et processus de production des connaissances », Revue interdisciplinaire d'études juridiques 2007 (Volume 59) p.73-91-
- Spiros SIMITIS, « Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? », Droit Social, 1997, p. 665
- Hugo SINZHEIMER, « La théorie des sources du droit et le droit ouvrier », Volume n°1, Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, International Institute of the Philosophy of Law and Judicial Sociology, Sirey, 1934, p.81
- David SOLDINI, « Santi ROMANO, penseur pluraliste et étatiste », Jus Politicum, n° 14, 2015, [<http://juspoliticum.com/article/Santi-Romano-penseur-pluraliste-et-etatiste-933.html>]
- Raymond SOUBIE, « Libres propos », Droit Social, 2007, p. 387
- Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC, « Les incertitudes de la négociation d'entreprise », Droit Social, 1988, p. 735
- Marie-Armelle ROTSCILD SOURIAC, « Regards sur le référendum », Liaisons sociales magazine, n° 84, 1993, p.88
- Marie-Armelle SOURIAC-ROTSCHILD, « Engagements et arrangements sur l'emploi, quelle efficacité juridique ? », Droit Social, 1997, p. 1061.
- Marie-Armelle SOURIAC, « Pouvoir et convention collective » in « Le pouvoir du chef d'entreprise », sous la direction de Jean PELISSIER, Dalloz, Actes, 2001, p.98
- Marie-Armelle SOURIAC « Conflits du travail et négociation collective, quelques aspects », Droit Social, 2001, p. 706.
- Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC et George BORENFREUND, « La Négociation collective entre désillusions et illusions », in Etudes offertes à Jean-Maurice VERDIER, Paris, Dalloz, 2001, p. 219.
- Marie-Armelle ROTSCILD-SOURIAC et George BORENFREUND, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », Droit Social, 2003, p. 77.
- Marie-Armelle SOURIAC, « L'articulation des niveaux de négociation », Droit Social, 2004, p.579

- Marie-Armelle SOURIAC, « Actualité et devenir de l'obligation de négociateur, quelques aperçus. Analyse juridique et valeurs en droit social », in Mélanges en l'honneur de Jean PELISSIER, Dalloz, 2004, p.489
- Marie-Armelle ROTSCHILD SOURIAC, « Quelle autonomie pour la négociation collective d'entreprise ? », in « La négociation collective à l'heure des révisions » (ouvrage collectif sous la direction de Georges BORENFREUND, Antoine LYON-CAEN, Marie-Armelle ROTSCHILD SOURIAC et Isabelle VACARIE), Paris, Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2005, p.115
- Marie-Armelle SOURIAC et Philippe LANGLOIS, « Que penser du rapport Chertier ? », La Revue de Droit du Travail, 2006, p. 216.
- Marie-Armelle SOURIAC, « La loyauté dans la négociation collective- le juge se désengage », La Revue de droit du travail, 2007, p.186
- Marie-Armelle SOURIAC, « Règle de faveur, l'ombre d'un doute », La Revue de Droit du Travail, 2008, p. 399.
- Marie-Armelle SOURIAC, « Les réformes de la négociation collective », La Revue de Droit du Travail, 2009, p. 14.
- Alain SUPIOT, « La réglementation patronale de l'entreprise », Droit Social, 1982, p.215
- Alain SUPIOT, « Les syndicats et la négociation collective », Droit Social, 1983, p.71.
- Alain SUPIOT, « Délégation, normalisation et droit du travail », Droit Social, 1984, p. 303.
- Alain SUPIOT, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », Revue trimestrielle de droit commercial et économique, n°38, 1985, p. 623
- Alain SUPIOT, « Actualité de Durkheim : notes sur le néo-corporatisme en France », Droit et Société, 1987, p. 175
- Alain SUPIOT, « Les accords préélectoraux », Droit Social, 1988, p. 115
- Alain SUPIOT, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation », Droit Social, 1989, p.195
- Alain SUPIOT, « Pourquoi un droit du travail », Droit Social, 1990, p. 485.
- Alain SUPIOT, « La réglementation patronale de l'entreprise », Droit Social, 1992, p. 200
- Alain SUPIOT, « Principe d'égalité et limites du droit du travail », Droit Social, 1992, p. 382.
- Alain SUPIOT, « Parité, égalité, majorité, dans les relations collectives du travail », in Le droit collectif du travail, Etudes en hommage à madame le Professeur H. SINAY, Francfort, Berne, Ed. Peter Lang, 1994, p. 66
- Alain SUPIOT, « La loi dévorée par la convention », in « Droit négocié, droit imposé ? » sous la direction Philippe GERARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 1996, p.631-642
- Alain SUPIOT, « Malaise dans le social », Droit Social, 1996, p. 120.
- Alain SUPIOT, « Du bon usage des lois en matière d'emploi », Droit Social, 1997, p. 229.
- Alain SUPIOT, « Conclusions du Rapport SUPIOT : Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe », Droit Social, 1999, p. 435.
- Alain SUPIOT, « Revisiter les droits d'action collective », Droit Social, 2001, p.687
- Alain SUPIOT, « Travail, droit et technique », Droit Social, 2002, p.13
- Alain SUPIOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat? », Droit Social, 2003, p.59
- Alain SUPIOT, « Voilà « l'économie communisme de marché » », Le Monde, 25 janvier 2008.
- Alain SUPIOT, « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », Droit Social, 2010, p.525
- Yves STRUILLLOU, «180 branches professionnelles sont d'ores et déjà restructurées »; Liaisons sociales Quotidien du 7 septembre 2018
- Yves STRUILLLOU, in « Treize paradoxes du droit du travail », numéro spécial dirigé par Philippe WAQUET, Semaine sociale Lamy, Suppl. n° 1508, 10 octobre 2011.

-T-

- Michelle TALLARD, « Les branches professionnelles sont-elles toujours un lieu pertinent de négociation des normes d'emploi », Droit Social, 2014, p.212
- Bernard TEYSSIE, « L'entreprise et le droit du travail », Archives Philosophique du Droit, 1997, p.355
- Bernard TEYSSIE, « Loi et contrat collectif de travail : variations à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Dossier : « Loi et contrat », Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 17, mars 2005
- Bernard TEYSSIE, « A propos de la rénovation de la démocratie sociale », Droit Social, 2009, p.627
- Bernard TEYSSIE, Jean-François CESARO et Arnaud MARTINON, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », Juri-Classeur Périodique (la semaine juridique social) 2011, p.1102
- Bernard TEYSSIE, « De la loi à l'accord, variations sur la refondation du Code du travail », Semaine Juridique, 6 juin 2017, p.1179
- Catherine THIBIERGE, « Réflexion sur les textures du droit », Revue Trimestrielle de Droit Civil, 2003, p.599
- Catherine THIBIERGE, « Rapport de synthèse », in « Le droit souple », Association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française, Thèmes et commentaires, Dalloz, p. 145.
- Hélène TISSANDIER, « L'articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes », Droit Social, 1997, p. 104
- Hélène TISSANDIER, « Du sens des mots pour éclairer le sens de la réforme », in « La négociation collective à l'heure des révisions » (ouvrage collectif sous la direction de Georges BORENFREUND, Antoine LYON-CAEN, Marie-Armelle ROTSCHILD SOURIAU et Isabelle VACARIE), Paris, Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2005, p.115
- Pierre-Éric TIXIER, « Les mutations de la négociation collective. Le cas de la France », Négociations, n°8, 2007, p. 103-119
- Jérôme TOURNADRE-PLANCQ et Benoît VERRIER, « La démocratie politique représentative comme modèle pour la démocratie sociale ? », Centre d'analyse stratégique, La note de veille, n° 99, mai 2008, p. 3.
- Sébastien TOURNEAUX, « L'articulation de la loi et de l'accord collectif de travail », Droit Ouvrier, 2017, p.353
- Carole TUCHSZIRER et Catherine VINCENT, « Une représentativité syndicale dopée par la reprise du dialogue social », Chronique internationale de l'IRES, n°66, octobre 2000, p. 66-76

-V-

- Gérard VACHET, « L'interprétation des conventions collectives », La Semaine juridique, n° 45, 1992, p.186
- Gérard VACHET, « La liberté du travail et l'obligation de non-concurrence du salarié », in « Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise », Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 1994, p. 61.
- Gérard VACHET, « Révision des conventions et accords collectifs de travail », in « Révision, dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail, Paris, LITEC, 1996, p. 73.
- Gérard VACHET, « La fonction organisationnelle de la convention collective », in « Analyse juridique et valeurs en droit social », Études offertes à Jean PELISSIER, Paris, Dalloz, 2004, p. 559
- Gérard VACHET, « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche - concurrence, complémentarité ou primauté », Droit Social, 2009, p.896
- Guylaine VALLEE, « La contribution scientifique de Pierre Verge à l'affirmation et à la recomposition du droit du travail », in « Autonomie Collective et Droit du Travail : Mélanges en

l'honneur du Professeur Pierre VERGE » (sous la direction de Dominic Roux), PUL (Collection Travail et Emploi à l'ère de la mondialisation), Québec, p.604.

- Jacques VANDERLINDEN, « Les pluralismes juridiques », Paris, Bruylant, collection « Penser le droit », 2013, p. 418
- Jean-Maurice VERDIER, « Travail et libertés », Droit Social, 1982, p.419
- Jean-Maurice VERDIER, « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales (quelques réflexions, rappels, suggestions) », Droit Social, 1991, p. 5
- Jean-Maurice VERDIER, « Critères de la représentativité syndicale: recomposition et contrôle du juge de cassation? », Droit Social, 2003, p.298.
- Jean-Maurice VERDIER, « L'aptitude des syndicats à représenter », in « Syndicats et droit du travail », sous la direction de Georges BORENFREUND et Marie-Armelle ROTSCILD SOURIAC, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 21
- Marc VERICEL, « Sur le pouvoir normatif de l'employeur », Droit Social, 1991, p. 120
- Marc VERICEL, « La loi du 20 août 2008 relative au temps de travail : une loi de revanche ? », La Revue de Droit du Travail, 2008, p. 575
- Pierre-Yves VERKINDT, « La sécurité juridique et la confection de la loi », Droit Social, 2006, p. 729.
- Pierre-Yves VERKINDT, « Une étrange équation : absence de quorum au premier tour des élections professionnelles=carence. A propos de l'arrêt Adecco », Droit Social, 2007, p. 454.
- Pierre-Yves VERKINDT, « Les élections professionnelles dans l'entreprise », Droit Social, 2009, p.648
- Pierre-Yves VERKINDT « La collectivité de travail ou -la belle inconnue », Droit Social, 2012, p.1006.
- Pierre-Yves VERKINDT, « Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale », Semaine juridique social n° 22, 29 mai 2012, p. 1233
- Pierre VERGE, « L'affirmation constitutionnelle de la liberté d'association : une nouvelle vie pour l'« autonomie collective»? » ; Les cahiers de droit ; vol.51, n°2, 2010, p.353
- Christophe VIGNEAU, « Etude sur l'« autonomie collective » au niveau communautaire », RTD Europe, 2002, p. 656
- Christophe VIGNEAU, « Partenaires sociaux européens et nouveaux modes communautaires de régulation: la fin des privilèges? », Droit Social, n° 9, 2004, p.883.
- Christophe. VIGNEAU, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », Droit Social, 2004, p. 706
- Christophe. VIGNEAU et Sylvaine LAULOM, « Actualité du rapprochement des législations en matière de relations professionnelles », Droit Social, 2005, p. 528.
- Otto VON GIERKE, « L'idée germanique de l'État », Revue Française d'Histoire des Idées Politiques 2006/1 (n°23), p. 169-171

- -W-

- Philippe WAQUET, «Théoriques de l'interaction entre groupes et gouvernement», Revue française de science politique, n°33, 1983, p. 220-254
- Dimitri WEISS, « Participation aux décisions et négociation collective ». Relations industrielles / Industrial Relations, volume n° 30, n°4, 1975, p.571
- Cornelia WOLL, « La réforme du Medef : chronique des difficultés de l'action collective patronale », Revue française de science politique, 2006/2 (Vol. 56), p. 255-279
- Cyril WOLMARK, « Cotisations et réalité de l'adhésion syndicale », Revue de droit du travail, 2024, n°0708, p. 467
- Cyril WOLMARK, « Les politiques d'entreprise », Revue de droit du travail, 2023, n°04, p. 241
- Cyril WOLMARK, « Périmètre d'appréciation de la représentativité syndicale », Revue de droit du travail, 2023, n°02, p. 128
- Cyril WOLMARK, « Liberté de détermination conventionnelle des établissements distincts en vue de la mise en place des CSE d'établissement », Revue de droit du travail, 2023, n°02, p. 130

- Cyril WOLMARK, « Représentation de proximité et négociation d'établissement », Semaine sociale Lamy, 2023, n°2056, p. 10
- Cyril WOLMARK, « Le représentant de proximité », Droit Social, 2022, n°03
- Cyril WOLMARK, « CSE d'établissement : reconnaissance et perte de la qualité d'établissement distinct », Revue de droit du travail, 2022, n°01, p. 50
- Cyril WOLMARK, « La faculté d'ordre public de désigner un délégué syndical dans un établissement répondant aux conditions de l'article L. 2143-4, alinéa 4, du Code du travail », Revue de droit du travail, 2021, n°11, p. 660
- Cyril WOLMARK, « La dérogation dans les réformes récentes du droit du travail », Cahier / Comité d'histoire des administrations chargées du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, 2019, n°23, p. 93
- Cyril WOLMARK, « Établissement distinct au sens du CSE : pertinence de la continuité jurisprudentielle ? », Revue de droit du travail, 2019, n°02, p. 119
- Cyril WOLMARK, « La caractérisation de l'établissement », Le Droit ouvrier, 2018, p. 533
- Cyril WOLMARK, « L'action dans l'intérêt collectif - Développements récents », Droit Social, 2017, n°0708, p. 631
- Cyril WOLMARK, « La négociation collective - Les conventions et accords collectifs de travail », Revue de droit du travail, 2007, n°11, p. 631
- Cyril WOLMARK, « Règles légales de désignation des délégués syndicaux et normes dites atypiques », Recueil Dalloz, 2003, n°06, p. 393
- Cyril WOLMARK, « Vers une nouvelle définition de l'établissement distinct en matière de désignation des délégués syndicaux », Recueil Dalloz, 2002, n°09, p. 774

SITOGRAPHIE

- Maud BENOIT, « Qu'est-ce que le corporatisme? Conceptualisation et opérationnalisation du méso-corporatisme » Université Laval, Québec, Social Science Information, juin 2012, Volume: 51, p217-237 (publié en ligne : <https://doi.org/10.1177/0539018412437109>)
- Michel COUTU, « Crise du droit du travail, pluralisme juridique et souveraineté », Québec, Lex Electronica, 2017 vol. 12 n°1, p.13 (<http://www.lex-electronica.org/articles/v12-1/coutu>)
- Patrick REMY, « La compétitivité allemande fait éclater le système conventionnel », entretien avec par Clotilde de GASTINES, 30 Août 2012, Revue en ligne METIS (correspondance européenne du travail) (<https://www.metiseurope.eu/>)
- Sabine SAURUGGER, « Penser les relations professionnelles en France» IEP de Grenoble, PACTE, Table ronde, 2005, (<http://www.afsp.msh-aris.fr/archives/congreslyon2005/communications/tr3/saurruger.pdf>)
- Guylaine VALLÉE, « *Le droit du travail comme lieu de pluralisme juridique*», In «*Sociologie et société québécoise*»: Présences de Guy Rocher [en ligne]. Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 2006, (Disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/pum/15141>)

REFERENCES NORMATIVES

NORMES INTERNATIONALES

- Cour Permanente de Justice Internationale, Avis du 31 juillet 1922,
- Recommandation no 91 du 29 juin 1951 de l'Organisation Internationale du Travail sur les conventions collectives, (Genève, 34ème session CIT).
- Recommandation n°94 du 26 juin 1952 de l'Organisation Internationale du Travail concernant la consultation et la collaboration entre employeurs et travailleurs sur le plan de l'entreprise (Genève, 35ème session CIT)
- Convention n°98 du 1er juillet 1949 de l'Organisation Internationale du Travail sur le droit d'organisation et de négociation collective (Adoptée en 1951 -Entrée en vigueur: 18 juil. 1951)
- Convention (n° 154) sur la négociation collective, 1981 (Adoption: Genève, 67ème session CIT, 03 juin 1981, entrée en vigueur: 11 août 1983)

NORMES DE L'UNION EUROPEENNE

- Traité instituant la Communauté Européenne signé à Rome le 25 mars 1957.
- Acte Unique Européen de 1986 (journal officiel des communautés européennes n°L169/3 du 29 juin 1987)
- Traité sur l'Union européenne (Maastricht) du 7 février 1992
- Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 (Entrée en vigueur le 26 février 1965) révisée en date du 3 mai 1996 (Entrée en vigueur 1 juillet 1999)
- Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989.
- Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne, (Journal officiel de l'Union européenne du 9 mai 2008)
- Charte des droits fondamentaux de l'union européenne (2012/C 326/02) (Journal officiel de l'Union européenne C326 :391 du 25 octobre 2012).
- Directive 94/45 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, (JOCE n° L. 254 du 30 septembre 1994) modifiée par la directive 2009/38 du 6 mai 2009, (JOUE n° L. 122 du 16 mai 2009, p. 28).
- Directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs (JOCE L 225 du 12 août 1998)
- Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements (JOUE L 82 du 22 mars 2001)
- Directive. 2002/14 du 11 mars 2002 relative à l'obligation d'informations des travailleurs. (JOCE n° L 80 du 23 mars 2002, p. 29).
- Communication de la Commission européenne « concernant la mise en œuvre du Protocole sur la politique sociale », COM (93) 600 Final,
- Communication de la Commission européenne, « Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement », COM (2002) 341 Final.
- Communication de la Commission européenne, « Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire », COM (98) 322 Final.
- Communication du 14 décembre 1993 concernant « la mise en œuvre du Protocole sur la politique sociale » présentée par la Commission au Conseil et au Parlement européen, document COM (93) 600 final,
- Communication de la Commission du 20 mai 1998, « Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire », document COM (98) 322 final,

- Parlement européen, Conseil, Commission, Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer », dans Journal officiel de l'Union européenne (JOUE 31 décembre 2003),

DECISION DE JUSTICE DES JURIDICTIONS DE L'UNION EUROPEENNE

- Cour de Justice de la Communauté Européenne, n° C-307/05, Arrêt de la Cour, Yolanda DEL CERRO ALONSO contre OSAKIDETZA-SERVICIO VASCO DE SALUD, du 13 septembre 2007
- Cour de Justice de la Communauté Européenne n°43-75, Arrêt de la Cour. - Affaire. Gabrielle DEFRENNE contre Société anonyme belge de navigation aérienne SABENA du 8 avril 1976. Demande de décision préjudicielle: Cour du travail de BRUXELLES - BELGIQUE.
- Arrêt du 17 juin 1998, Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes, Affaire T-135/96

DECISION DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

- Cour Européenne des Droits de l'Homme, GOLDER contre/ ROYAUME UNI, 21 Février 1975, n°4451/70

LOIS DE DROIT INTERNE

- Loi du 21 mars 1884 dite WALDECK-ROUSSEAU relative aux syndicats professionnels (JORF du 22 mars 1884)
- Loi du 25 mars 1919, complétée et modifiée par celle du 25 juin 1919 introduit dans le livre 1er du Code du travail,
- Loi du 24 juin 1936 (JORF du 25 juillet 1936, p 7810)
- Loi n° 46-730 du 16 avril 1946 fixant le statut des délégués du personnel dans les entreprises (JORF du 17 avril 1946 page 3224)
- Loi n°47-1235 du 17 juillet 1947 instituant un régime de représentativité proportionnelle lors des élections des délégués du personnel (JO du 8 juillet 1947 p.6391)
- Loi n° 50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail (JO- du 12 février 1950, p 1688)
- Loi n°68-1179 du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises, (JO- du 31 décembre 1968, p 12401)
- Loi n°71-561 du 13 juillet 1971 modifiant certaines dispositions du chapitre IV-bis du titre II du livre I du Code du travail, relatives aux conventions collectives de travail, ainsi que certaines dispositions du titre II de la loi 50205 du 11-02-1950 relatives à la procédure de médiation (JORF du 14 juillet 1971)
- Loi n°73-680 du 13 juillet 1973 modification du Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée (JORF du 18 juillet 1973)
- Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel. Loi dite loi Auroux- (JORF du 29 octobre 1982 p 3255).
- Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail-3eme loi AUROUX (JORF du 14 novembre 1982)
- Loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 (JORF n°1 du 2 janvier 1990)
- Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage (JORF n°1 du 1 janvier 1993)
- 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 (JORF n°264 du 13 novembre 1996)

- Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (JORF n°136 du 14 juin 1998)
- Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (JORF n°16 du 20 janvier 2000)
- Loi n° 2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale (JORF n°43 du 20 février 2001)
- Loi n°2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques (JORF du 4 janvier 2003)
- Loi n°2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi (JORF du 18 janvier 2003)
- Loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue (JORF n°105 du 5 mai 2004 p.7983)
- Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social (JO n°27 du 1 février 2007, p. 1944)
- Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (JORFn°0194 du 21 août 2008 page 13064).
- Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives (JORF n°0071 du 23 mars 2012)
- Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi (JORF n°0138 du 16 juin 2013)
- Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation, à l'emploi et à la démocratie sociale (JORF n°55 du 6 mars 2014 p. 4848)
- La Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 (JORF du 7 août 2015)
- Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi (JORF n°0189 du 18 août 2015)
- La Loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n°0184 du 9 août 2016)
- Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (JORF n°0119 du 23 mai 2019).
- Amendement n° 38 présenté par M. CENSI, Assemblée Nationale., débats parlementaires, 2e séance du 6 déc. 2006, (JOAN CR, p. 8619.)
- Amendement n° 14 déposé par M. GOURNAC. Sénat, séance du 17 janv. 2007, (JOAN CR, p. 292)
- Projet de Loi constitutionnelle n°813 du 14 mars 2013 relative à la « démocratie sociale »

ORDONNANCES DE DROIT INTERNE

- Ordonnance du 27 juillet 1944 relative au rétablissement de la liberté syndicale (JO du 30 août 1944)
- Ordonnance du 22 février 1945 instituant les comités d'entreprise (JORF du 23 février 1945 p. 954)
- Ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés (JORF n°0247 du 23 octobre 1986)
- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (JORF n°0035 du 11 février 2016)
- Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective (JORF n°0223 du 23 septembre 2017)

REGLEMENTS DE DROIT INTERNE

- Décret n°97-1040 du 13 novembre 1997 (JORF n°266 du 16 novembre 1997)
- Décret n° 99-433 du 27 mai 1999, modifié par le décret n° 2004-896 du 27 août 2004, relatif à la composition des chambres de métiers et à leur élection (JORF n°122 du 29 mai 1999).
- Décret n° 2009-1665 du 28 décembre 2009 relatif à l'établissement, à la certification et à la publicité des comptes des syndicats professionnels de salariés ou d'employeurs et de leurs unions et des associations de salariés ou d'employeurs mentionnés à l'article L. 2135-1 du Code du travail (JORF n°0302 du 30 décembre 2009)
- Décret n° 2010-886 du 29 juillet 2010 relatif aux conditions de désignation des membres du Conseil économique, social et environnemental (JORF n°0174 du 30 juillet 2010)
- Décret. n° 2013-76 du 25 janv. 2013, relatif aux conditions de désignation des membres du Conseil économique, social et environnemental représentant les professions libérales, (JORF 26 janvier 2013., p. 1626).sur les quatre représentants des professions libérales, trois sont désignés par l'UNAPL et un par la CNPL.
- Décret n°2015-654 du 10 juin 2015 relatif à la mise en œuvre de la réforme de la représentativité patronale (JORF du 13 juin 2015)
- Décret n°2016-1419 du 20 octobre 2016 (JORF 22 octobre 2016)
- Décret n° 2016-1909 du 28 décembre. 2016 (JORF du 29 décembre 2016)
- Décret n° 2016-1797 du 20 décembre 2016 relatif aux modalités d'approbation par consultation des salariés de certains accords d'entreprise (JORF n°0297 du 22 décembre 2016)

ARRETES ET DECISIONS MINISTERIELLES DE DROIT INTERNE

- Décision ministérielle du 13 mars 1947 (JO du 15 mars 1947, p. 2444 2445)
- Arrêté du 8 avril 1948 du président du Conseil des ministres et du Ministre du Travail et de la Sécurité Sociale (CGT, CGT-FO, CFTC et la CGC)
- Arrêté du 31 mars 1966 relatif à la détermination des organisations appelées à la discussion et à la négociation des conventions collectives de travail (CGT, CGT-FO, CFDT, CFTC et CFE CGC).
- Arrêté du 26 novembre 2004 fixant la liste des confédérations et fédérations reconnues représentatives de l'artisanat au sens du décret n° 99-433 du 27 mai 1999, modifié par le décret n° 2004-896 du 27 août 2004, relatif à la composition des chambres de métiers et à leur élection (JORF n°278 du 30 novembre 2004)
- Arrêté du 26 avril 2010 portant extension d'un accord sur la formation professionnelle dans l'économie sociale (JORF n°0104 du 5 mai 2010 page 8132)
- Arrêté du 30 mai 2013 fixant la liste des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel (JORF n°0125 du 1 juin 2013)
- Arrêté du 22 juin 2017 fixant la liste des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel (JORF n°0152 du 30 juin 2017) (MEDEF, CPME, U2P)

CIRCULAIRES ET INSTRUCTIONS MINISTÉRIELLES

- Circulaire ministérielle datée du 17 août 1936 (JO du 3 septembre 1936, p. 9392)
- Circulaire n°5 DRP du 13 mars 1945.
- Circulaire du 28 mai 1945 (JO du 28 juin 1945) dite de PARODI
- Circulaire TR du 4 décembre 1947 concernant la détermination du caractère représentatif des organisations syndicales au sein des entreprises.
- Circulaire du 5 mai 1983 relative à l'application de la Loi n°82957 du 13 novembre 1982 (publiée JONC, 3 juillet 1983)
- Circulaire DRT n°86-16 du 23 décembre 1986
- 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 (JORF n°255 du 31 octobre 2004, p.18472)
- Circulaire DGT no 20 du 13 novembre 2008 relative à la Loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (Texte non paru au Journal officiel)
- Circulaire DGEFP-DRT n°2005/47 du 30 décembre 2005 (publiée JONC, 20 janvier 2006),
- Circulaire du 19 avril 2007 concernant l'application de la Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes (JORF n°114 du 17 mai 2007)
- La Circulaire DSS/5C/DGT/2011/92 du 7 mars 2011 relative à la Loi n°2008-1258 du 3 décembre 2008 (publiée JONC, 7 mars 2011)
- L'Instruction DGT/DPSIT/RT3/2017 du 4 avril 2017 relative à la mise en œuvre du dispositif de pénalité financière en matière d'égalité professionnelle
- Instruction n°DGT/SAT/DASIT1/2019/33 et n°2019/03 (DGT) du 25 janvier 2019 relative aux nouvelles dispositions visant à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes,

DISPOSITIONS CONVENTIONNELLES

- Accord national interprofessionnel du 8 avril 1999 portant renouvellement de l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 relatif aux négociations collectives
- Accord du 12 décembre 2001 sur le « développement du dialogue social dans l'artisanat » signé par l'UPA, CFDT, CFE-CGC, CFTC, CGT et CGT-FO (Arrêté du 25 avril 2002 portant extension -JO du 3 mai 2002 - BO n° 2002-01).
- Accord national interprofessionnel du 14 avril 2022 « Pour un paritarisme ambitieux et adapté aux enjeux d'un monde du travail en profonde mutation »
- Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et les moyens de l'approfondissement de la négociation collective.
- Position commune du 9 avril 2008 « sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme »
- Position commune du 19 juin 2013, « Représentation patronale » signée par la CGPME, du MEDEF et de l'UPA
- Protocole d'accord sur « la représentativité des organisations multi professionnelles dans le dialogue social national » du 30 janvier 2014

DECISION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Décision du Conseil constitutionnel n°67.46 DC du 12 juillet 1967.
- Décision du Conseil constitutionnel n° 82-127 du 10 novembre 1982
- Décision du Conseil constitutionnel n°83-162 du 20 juillet 1983
- Décision du Conseil constitutionnel n° 86-210 DC du 29 juillet 1986
- Décision du Conseil constitutionnel n°89-257 du 25 juillet 1989
- Décision du Conseil constitutionnel n° 94-348 DC du 3 août 1994,
- Décision du Conseil constitutionnel n°96-383 du 6 novembre 1996.
- Décision du Conseil constitutionnel n° 97-388 DC du 20 mars 1997,
- Décision du Conseil constitutionnel n° 98-401 DC du 10 juin 1998
- Décision du Conseil constitutionnel, n° 99-423 DC du 13 janvier 2000
- Décision du Conseil constitutionnel n° 2004-494 DC du 29 avril 2004
- Décision du Conseil constitutionnel n° 2004-507 DC du 9 décembre 2004
- Décision du Conseil constitutionnel n° 2007-556 DC du 16 juillet 2007.
- Décision du Conseil constitutionnel n° 2007-556 DC du 16 août 2007
- Décision du Conseil constitutionnel n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010
- Décision du Conseil constitutionnel n° 2010-63/64/65 QPC du 12 novembre 2010
- Décision du Conseil constitutionnel n° 2013-333 QPC du 26 juillet 2013
- Décision du Conseil constitutionnel n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014
- Décision du Conseil constitutionnel n° 2015-519 QPC du 3 février 2016,
- Décision du Conseil constitutionnel n° 2017-664 QPC du 20 octobre 2017

ARRETS ET AVIS DES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

- Conseil d'État, 27 mars 1925, Dalloz hebdomadaire, 1925, p. 311.
- Conseil d'Etat du 3 Février 1967, requête n° 45450, Publié au recueil Lebon
- Conseil d'Etat du 4 mars 1960, requête n° 39554, Publié au recueil Lebon
- Conseil d'Etat, arrêt du 29 juin 1973, requête n°77982
- Conseil d'Etat, arrêt du 14 novembre 1980, requête n° 19957, Publié au recueil Lebon
- Conseil d'Etat, arrêt du 3 juin 1983 requête n°40382
- Conseil d'Etat, arrêt du 7 mars 1986, requête n° 48455, Publié au recueil Lebon
- Conseil d'Etat, arrêt du 16 janvier 1987 requête n°59143
- Conseil d'Etat, arrêt du 8 juillet 1994, requête n°105471,
- Conseil d'Etat, arrêt du 22 mars 1995, requête n° 155821
- Conseil d'Etat, arrêt du 8 septembre 1995, requête n° 72780, Publié au recueil Lebon
- Conseil d'Etat, arrêt du 27 mars 1996, requête n°155791
- Conseil d'Etat arrêt du 31 mai 2002, requête n°193198
- Conseil d'Etat, arrêt du 31 mai 2002, requête n° 229574.
- Conseil d'Etat, arrêt du 4 juin 2003, requête n°234583
- Conseil d'Etat, arrêt du 30 juin 2003, requête n° 24 83 47
- Conseil d'Etat, arrêt du 3 mai 2004, requête n° 252926
- Conseil d'Etat, arrêt 9 février 2005, requête n°276064
- Conseil d'Etat, arrêt du 9 novembre 2007, requête n°257252
- Conseil d'Etat, arrêt du 21 mai 2008, requête. n° 291115.
- Conseil d'Etat, arrêt du 31 déc. 2008, requête n° 311501
- Conseil d'Etat, arrêt du 11 mars 2009, requête n°303396
- Conseil d'État, arrêt du 11 octobre 2010, n° 327660 3283
- Conseil d'Etat, arrêt du 2 mars 2011, requête n°3131 89

- Conseil d’Etat, arrêt du 26 octobre 2012, requête n°336737
- Conseil d’Etat, arrêt du 6 septembre 2013 requête n°370627
- Conseil d’Etat, arrêt du 8 octobre 2012, requête n° 343082,
- Conseil d’Etat, arrêt du 15 mars 2017 requête n°389559, Publié au recueil Lebon
- Conseil d’Etat, arrêt du 17 mars 2017 requête n°396835, Publié au recueil Lebon
- Conseil d’Etat, arrêt du 6 avril 2020 requête n°444460

- Avis n°310108 du Conseil d’Etat du 22 mars 1973
- Avis n°323551 du Conseil d’Etat du 23 novembre 1978

- Tribunal des Conflits 15 décembre 2008, n° C3662, Publié au recueil Lebon
- Cour Administrative d’Appel de Paris, 26 nov. 2013, requête n° 11PA01477,

ARRETS DES JURIDICTIONS CIVILES

- Cour de cassation, ch. réunies, 5 avril 1913, Syndicat national de la viticulture française, Sirey, 1920 1 49, note.
- Cour de cassation, section sociale, du 16 juin 1945, Inédit (arrêt « POLIET et CHAUSSON »)
- Cour de cassation, Chambre civile 2, du 28 janvier 1954, n° 54-07.081, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 3 mars 1965, n°63-40.175, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 10 mars 1965, n° 60-40.177, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 21 juin 1967, n°66-40. 330, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 18 juin 1970, n°69-40.331, Publié au bulletin
- Cour de cassation, Chambre sociale, du 14 janvier 1976, n°75-60.153, Publié au bulletin
- Cour de cassation, Assemblée plénière, du 6 février 1976, 74-40.223, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 10 février n°1977, 76-60.237 76-60.238, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre criminelle, du 14 février 1978, n°76-93.406, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 18 juillet 1979, n°79-60.118, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 6 décembre 1979, n°78-11.562, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 10 janvier 1980, n°79-60.240, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 12 juin 1980, n°80-60.043, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 27 octobre 1982, n°82-60.174, Publié au bulletin
- Cour de cassation, Assemblée Plénière, du 4 mars 1983, n°81-11.647 et 81-15.290
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 23 juin 1983, n°83-60.146, Publié au bulletin.
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 7 juillet 1983, n°83-60.902, Publié au bulletin
- Cour de cassation, Chambre sociale, du 20 juillet 1983, n°83-60.041 83-60.697, Publié au bulletin.
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 5 janvier 1984, n° 81-42.112, inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 19 juin 1985, n°84-60.914, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 26 juin 1985, n°84-61.029, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 05 juin 1986, n° 83-44.750, Publié au bulletin,
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 5 novembre 1986, n°86-60.043., Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 19 novembre 1986, n°85-11.357., Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 29 octobre 1987, n°84-45032
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 13 juillet 1988, n°86-16.302, Publié au bulletin.
- Cour de cassation, Assemblée plénière, du 12 mai 1989, n°86-41.740, 86-44.845 et 86-43.232 Publié au bulletin.
- Cour de cassation, Chambre criminelle, du 4 octobre 1989, n°88-86163.
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 21 mars 1990, n°88-14.784,
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 10 octobre 1990, n°89-61.558, Publié au bulletin

- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 4 décembre 1990, n° 87-42.499 ;
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 19 décembre 1990, n° 89-16.072, Publié au bulletin
- Cour de cassation, Chambre criminelle, du 4 avril 1991, n°88-84.270, n°89-85.536, n°89-83.204, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 29 mai 1991, n°90-60.383, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 06 novembre 1991, n° 87-44.507
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 23 septembre 1992, n° 89-45.656, et n° 3055 publiés au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 24 février 1993, n°91-60.237, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 3 mars 1993, 89-45.868, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 5 mai 1993, n°91-60.257, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 8 février 1994, n° 93-60.141, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 1er juin 1994, n°92-18896
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 29 juin 1994, n°91-18640
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 11 octobre 1994, n°90-41.818, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 11 octobre 1994, n° 93-60.380 93-60.393, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 8 novembre 1994, 94-60.113, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 25 janvier 1995, n°90-45.796, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre criminelle, du 28 mars 1995, n° 92-80.694.
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 7 décembre 1995, n°94-10.882, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 9 avril 1996, n°92-43.840, 92-43.841, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 17 juillet 1996, n°95-41.745, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 9 juill. 1996, n° 95-13.010
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 19 février 1997, n°94-45.286, Publié au bulletin.
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 1 avril 1997, n°95-45.284, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 7 janvier 1998, n°96-60.353, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 22 janvier 1998, n°95-45.400 95-45.402, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 25 février 1998, no 95-45.171,
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 4 mars 1998, n°96-60.462, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre mixte, du 10 avril 1998, n°97-17.870, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 5 mai 1998, n°97-60.003, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 5 mai 1998, n°96-13.498, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 5 mai 1998, n°96-13.498, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 14 mai 1998, n° 96-43.797 ;
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 26 mai 1998, n°96-41053
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 25 février 1998, n°95-45.171, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 29 octobre 1998, n°97-60.564, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 16 décembre 1998, n° 97-60.566, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 13 avril 1999, n°97-60.633, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 1er juin 1999, no 96-44.955,
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 5 octobre 1999, n°97-16.995, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 30 mai 2000, no 98-40.085,
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 28 novembre 2000, n° 98-19.594, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 13 mars 2001 n° 99-45.651,
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 3 mai 2001, n°00-60.135, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 29 mai 2001, n°98-23.078, Publié au bulletin,
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 30 mai 2001, n°00-60.159, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 12 juin 2001, n°00-14.435, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 13 novembre 2001, no 99-42.798,
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 6 mars 2002, 00-60.268, Inédit

- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 7 mai 2002, n° 00-60.282, n°99-44.161 et 00-60.286, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 10 juillet 2002, 99-43.334 et 99-43.336, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 12 novembre 2002, 99-45.882, 00-40.295 et 00-40.232, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 3 décembre 2002, 01-60.729, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 25 févr. 2003, no 01-40.588
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 24 avril 2003, 01-60.876, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 21 mai 2003, 01-60.660, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 7 mai 2003, 01-60.778, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 17 septembre 2003, 02-60.425, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 2 octobre 2003, 02-60.598, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 17 septembre 2003, n°01-10706
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 29 octobre 2003, 02-60.836 et 02-60.837, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 2 mars 2004, n°02-60.746
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 2 juin 2004, n°01-44474, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 30 juin 2004, n°02-41.518, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 27 octobre 2004, n°02-60.426, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 24 novembre 2004, n° 03-60.437, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 12 janvier. 2005, n° 03-45.555
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 22 juin 2005, n°04-60.268, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 7 décembre. 2005, n° 04-44.594 et n° 2670 publiés au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 25 janvier 2006, n°04-60.437, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 25 janvier 2006, n°05-60.103, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 21 juin 2006, n°05-42.073, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 18 octobre 2006, n°05-42.345, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 22 novembre. 2006, n° 05-40.018
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 22 novembre 2006, n° 05-40.018
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 14 février 2007, n°06-60.164, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 21 février. 2007, n° 05-42.731
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 3 mai 2007, n°05-12.340, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, du 10 juillet 2007, n°06-14.768, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 3 octobre 2007, n°06-60.254, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 10 octobre 2007, n° 06-42.721
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 7 novembre. 2007, n° 06-40.116, Publié au bulletin
- Cour de cassation, Assemblée plénière, du 30 novembre 2007, n°06-45.365, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 4 décembre 2007, n°06-43.749, (Inédit)
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 23 janvier 2008, n°06-41.536, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 5 mars 2008, n°07-60.060, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 13 novembre 2008, n°07-44874
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 16 décembre 2008, n°07-43.875, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 21 janvier 2009, n° 06-44.876,
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 11 février 2009, n°08-60.440, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 29 avril 2009, n°08-60.480, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 5 mai 2009, n°07-43.558, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 1er juillet 2009, n°07-42.675, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 8 juillet 2009, 08-60.599, Publié au bulletin;
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 8 juillet 2009, n°09-60.011, 09-60.031 et 09-60.032, Publié au bulletin

- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 8 juillet 2009, n°09-60.048, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 8 juillet 2009, n°08-41.507
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 28 octobre 2009, n°08-40.457 à 08-40.486, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 4 novembre 2009, n°09-60.075, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 13 janvier 2010, n°09-60.155, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 13 janvier 2010, n°09-60.203, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 13 janvier 2010, n°09-60.108, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 10 février 2010, n°09-60.244, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 10 mars 2010, n°09-60.282, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 10 mars 2010, n°09-60.065, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 14 avril 2010, n° 09-60.426 09-60.429, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 26 mai 2010, n°09-60.393, Publié au bulletin
- Cour de cassation, Assemblée plénière, du 18 juin 2010, n°10-40.005, 10-40.006, et 1040.007, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 23 juin 2010, n°09-60.438, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 7 juillet 2010, n°08-21.805, Publié au bulletin
- Cour de cassation, Assemblée plénière, du 8 juillet 2010, n°10-60.189, Publié au bulletin.
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 22 septembre 2010, n°09-60.435, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 22 septembre 2010, n°09-60.480, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 22 septembre 2010, n°10-60.098 10-60.100, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 28 septembre. 2010, n°08-43.161,
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 13 octobre 2010, n° 10-60.130, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 10 novembre 2010, 09-60.451, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 10 novembre 2010, n°09-72.856, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 10 novembre 2010, n°10-60.213, Inédit, rectifié par un arrêt du 19 janvier 2011.
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 10 novembre 2010, n°10-60.104, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 10 novembre 2010, n°09-60.451, Publié au bulletin
- Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, du 7 décembre 2010, n°10-83.902, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 8 décembre. 2010, no 09-42.161
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 14 décembre 2010, n°10-14.751, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 6 janvier 2011, n° 10-60.169, Publié au bulletin.
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 6 janvier 2011, n°10-18.205, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 6 janvier 2011, n°10-60.224, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 12 janvier 2011, n°09-68.859, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 26 janvier 2011, n°09-42.931, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 2 mars 2011, n°10-17.603, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 2 mars 2011, n°10-60.214, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 2 mars 2011, n°09-60.419, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 2 mars 2011, n° 10-60.157, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 2 mars 2011, n°10-60.101, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 5 avril 2011, n°10-22.757, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 18 mai 2011, n°10-60.258 10-60.259, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 18 mai 2011, n°10-60.383, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 18 mai 2011, n°10-60.069, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 18 mai 2011, n°10-21.705, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 18 mai 2011, 10-60.069 et n° 10-21.705, Publié au bulletin

- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 18 mai 2011, n°10-60.406, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 18 mai 2011, n°10-60.069, 10-60.300, 10-60.264, 10-60.273, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 18 mai 2011, n°10-60.300, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 18 mai 2011, n°10-60.273, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 18 mai 2011, n°10-60.069, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 31 mai 2011, n°10-14.391, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 8 juin 2011, n°10-11.933 10-13.663, 10-14.725 , Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 29 juin 2011, n°09-71.107, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 29 juin 2011, n°10-19.921, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 29 juin 2011, n°10-60.394, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 28 septembre 2011, n°11-10.601, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 28 septembre 2011, n° 10-26.762, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 28 septembre 2011, n°10-26.545, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 28 septembre 2011, n°10-26.693, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 28 septembre 2011, n°10-26.693, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 6 octobre 2011, n°11-60.035, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 26 octobre 2011, n°11-11.409, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 26 octobre 2011, n°11-10.290 11-60.003, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 30 novembre 2011, n°11-40.072, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 14 décembre 2011, n° 10-18.699, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 14 décembre 2011, n°10-27.441, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 18 janvier 2012, n°10-15.057, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 31 janvier 2012, n°11-60.135, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 1 février 2012, n° 09-72.914, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 8 février 2012, n°11-13.259, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 15 févr. 2012, n°10-27.397, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 29 février 2012, n°11-13.748, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 29 février 2012, n°11-60.203, Publié au bulletin.
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 29 février 2012, n°11-13.748, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 12 avril 2012, n°11-22.289 11-22.408 et 11-22.291, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 12 avril 2012, n°11-22.290 Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 12 avril 2012, n°11-60.218 11-60.219, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 10 mai 2012, n°11-21.388, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 10 mai 2012, n°11-17.574, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 10 mai 2012, n°11-21.356, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 13 juin 2012, n° 10-27.395, n° 1516, Publié au bulletin,
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 4 juillet 2012, 11-60.239, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 12 avril 2012, n° 11-22.289 11-22.408, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 14 novembre 2012, n°11-25.433, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 14 novembre 2012, n°11-20.391, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 14 novembre 2012, n°11-20.391, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 21 novembre 2012, n° 11-15.057, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 28 novembre 2012, n° 12-14.528, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 28 novembre 2012, n°12-13.628, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 13 février 2013, n°12-18.098, Publié au bulletin

- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 27 février 2013, n°12-15.807, 12-17.221, 12-18.828, Publié au bulletin
- Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, du 5 mars 2013, n°11-83.984, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 27 mars 2013, n°12-22.733, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 17 avril 2013, n°12-18.430, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 17 avril 2013, n°12-22.699, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 29 mai 2013, n°12-60.262, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 29 mai 2013, n°12-15.781, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 26 juin 2013, n°11-25.456, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 10 juillet 2013, n°12-16.210 12-21.180, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 24 septembre 2013, n°12-27.647 12-60.556, Publié au bulletin
- Cour de cassation, Chambre sociale, du 25 septembre. 2013, n° 12-17.776 et n°12-1777 , Publié au bulletin
- Cour de cassation, Chambre sociale, du 25 septembre 2013, n° 12-17.776
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 14 novembre 2013, n° 13-12.659, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 14 novembre 2013, n°12-29.984, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 16 octobre 2013, n°12-22.808, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 14 novembre 2013, n°12-29.984, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 4 décembre 2013, n° 12-19.667, Publié au bulletin,
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 14 janvier 2014, n°12-28.929, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 19 février 2014, n°13-20.069, Publié au bulletin,
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 19 février 2014, n°12-29.354, Publié au bulletin,
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 19 février 2014, n°13-16.750, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 19 février 2014, n°13-14.608, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 9 avril 2014, n°13-16.774, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 2 juillet 2014, n°13-14.622 13-14.662, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 8 juillet 2014, n°13-18.390, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 8 octobre 2014, n°14-11.317 et 14-11.428, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 5 novembre 2014, n°14-11.634, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 10 décembre 2014, n°14-15.271, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale du 27 janv. 2015, nos 13-22.179, 13-25.437, 13-14.773, 13-14.908, 14-13.569, 13-23.818 et 13-23.850, Publié au bulletin.
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 15 avril 2015, n°14-18.653, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 8 juillet 2015, 14-60.737,
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 14 octobre 2015, n°14-14.339, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 15 octobre 2015, n°14-60.738, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 15 octobre 2015, n°14-25.375, Inédit
- Cour de cassation, Assemblée plénière, du 23 octobre 2015, 13-25.279, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 6 janvier 2016, n°15-12.967, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 25 janvier 2016, n°14-29.308, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 10 février 2016, n° 14-26.147 ;
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 31 mai 2016, n°15-21.175, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 8 juin 2016, n° 15-11.324, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 12 juillet 2016, n°14-25.794,
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 3 novembre 2016, n°15-60.203 15-60.223, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 3 novembre 2016, 15-18.444, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 9 novembre 2016, n°15-10.373, Publié au bulletin

- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 9 septembre 2016, n°16-20.575, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 3 novembre 2016, n°15-18.444, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 23 novembre 2016, n°15-11.324, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 12 décembre 2016, n°16-25.793, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 10 janvier 2017, n°15-20.335, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 22 février 2017, n°16-60.123, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 8 mars 2017, n°16-13.033, 16-13034 Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 12 juillet 2017, n°16-19.710, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 21 septembre 2017, n°15-25.531, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 27 septembre 2017, n°16-60.264, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 4 octobre 2017, n° 16-17.517 16-17.518, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 25 octobre 2017, n°16-24.753, Inédit.
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 28 février 2018, n°17-60.112, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 14 mars 2018, n°17-21.434, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 30 mai 2018, n°17-12.782 17-12.790 17-12.821 17-12.822 17-12.825 17-12.827 17-12.834 17-12.839 17-12.847 17-12.863 17-12.867 17-12.868 17-12.871 17-12.874 17-12.878 17-12.880 17-12.886 17-12.887 17-12.893 17-12.895, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 3 octobre 2018, n°17-60.285 17-60.288 17-60.289 17-60.290, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 17 octobre 2018, n°17-19.732, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 19 décembre 2018, n°18-23.655, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 6 mars 2019, n°18-10.615, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 3 avril 2019, n°17-11.970, Publié au bulletin Cour de cassation, Chambre sociale, 3 avril 2019, n°17-11.970, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 17 avril 2019, n°18-22.948, Publié au bulletin.
- Cour de Cassation, civile, Chambre sociale, du 13 juin 2019, n°18-24.814, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 9 octobre 2019, n°17-16.642, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale du 9 octobre 2019, 19-10.816, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 8 janvier 2020, n°19-11.397, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 22 janvier 2020, n°19-12.011, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 26 février 2020, n°19-19.397 19-19.492, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 2 décembre 2020, n° 19-11.986, Publié au bulletin,
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 13 janvier 2021, n°19-23.533, Publié au bulletin
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 14 avril 2021, n°19-23.533, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 14 avril 2021, n°20-16.548, Inédit
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 11 mai 2022, n° 21-11.240, Publié au bulletin,
- Cour de cassation, civile, Chambre sociale, du 1er février 2023, n°21-15.371

- Cour d’Appel de Paris, pôle 6, ch. 2, du 4 juin 2015, n° 13/07945

- Tribunal de Grande Instance de Paris, 1re ch., 1re section, 18 juin 1996 ;
- Tribunal de Grande Instance de Nanterre 7 novembre 2008, n°08-02480
- Tribunal de Grande Instance de Nanterre, ordonnance de référé du 29 avril 2015, n° 15/00650

- Tribunal de paix de Paris (17e arrondissement) du 3 juin 1949, D.1949, Jurisp.456
- Tribunal d’Instance de Puteaux, 2 juin 2017, n° 12-17-000127
- Tribunal d’Instance de Chartres, 9 mars 2017, n° 11-17-000066

Index

Accord collectif : p. 28, 29, 33, 43, 46, 49, 64, 65, 89, 94, 97, 101, 129, 130, 133, 134, 139, 193, 194, 205, 207, 211, 27, 236, 237, 240, 245, 248, 249, 251, 252, 253, 254, 255, 259, 278, 283, 292, 293, 294, 295, 296, 300, 302, 304, 306, 308, 309, 313, 314, 319, 321, 322, 323, 325, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 338, 340, 344, 346, 347, 349, 350, 351, 352, 354, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371, 374, 375, 376, 380, 381, 384, 385, 389, 393, 395, 396, 398, 389, 400, 401, 404, 405, 408, 411, 413, 417, 418, 419, 421, 422, 423, 425, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 435 ? 439, 440, 442, 4434, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 493, 494, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 515, 516, 517, 528, 531, 532, 533, 535, 536, 537, 539, 543, 551, 552, 553, 554, 558, 560, 561, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 576, 577, 579, 580, 582, 587, 589, 590, 591, 592, 593, 595, 596, 598, 602, 604, 605, 610, 611, 612, 618, 619, 621 et 622

Autonomie collective : p. 12, 20, 21, 22, 25, 28, 29, 30, 32, 33, 44, 46, 47, 48, 52, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 65, 67, 114, 120, 122, 131, 133, 140, 170, 216, 220, 242, 243, 245, 247, 257, 277, 283, 295, 296, 304, 306, 308, 336, 346, 347, 348, 349, 350, 352, 355, 356, 357, 360, 373, 374, 375, 376, 379, 380, 381, 382, 387, 394, 396, 398, 399, 400, 401, 403, 405, 406, 408, 409, 410, 411, 412, 417, 418, 420, 426, 428, 429, 432, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 447, 449, 452, 461, 462, 463, 469, 470, 471, 472, 475, 476, 477, 483, 490, 494, 496, 501, 502, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 512, 513, 514, 515, 519, 520, 521, 522, 525, 527, 535, 537, 538, 539, 541, 543, 546, 562, 572, 573, 574, 577, 580, 591, 592, 595, 596, 597, 598, 601, 604, 618, 620, 621 et 622.

Autoréglementation : p. 53, 348, 349, 417, 423, 506, 533, 535, 536, 537, 541, 543, 601, 613, 619, 620, 621 et 622

Autorégulation : p.55, 541,596 et 620

Branche : p. 12, 21, 25, 43, 45, 46, 52, 53, 71, 75, 81, 82, 83, 84, 87, 93, 94, 95, 96, 98, 100, 102, 103, 105, 106, 109, 113, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 127, 145, 151, 152, 153, 166, 167, 172, 176, 194, 201, 208, 209, 212, 217, 219, 222, 239, 242, 244, 245, 250, 283, 286, 287, 290, 292, 295, 296, 298, 299, 300, 302, 303, 304, 309, 341, 345, 371, 378, 379, 380, 398, 402, 403, 404, 414, 415, 417, 439, 455, 478, 479, 482, 509, 510, 512, 513, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 535, 538, 543, 547, 548, 550, 551, 553, 556, 557, 558, 559, 560, 562, 564, 565, 578, 581, 583, 597, 598, 606, 607 et 612.

Décision unilatérale : p.136, 137, 272, 314, 317, 319, 325, 330, 347, 450, 492, 493, 494, 541, 545, 566, 567, 568, 572, 574, 588, 592, 596, 602, 603, 605 et 617.

Démocratie sociale : p.12, 17, 18, 19, 20, 26, 37, 91, 168, 332, 367, 373, 379, 380, 390, et 397

Dérogatoire : p. 226, 239, 296, 308, 309, 421, 429, 431, 432, 433, 434, 435, 438, 469, 515 et 517.

Etat : p. 19, 20, 21, 26, 29, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 84, 86, 89, 97, 103, 104, 110, 115, 116, 117, 120, 128, 136, 137, 143, 144, 151, 153, 173, 177, 192, 203, 206, 207, 208, 210, 21, 218, 219, 234, 253, 266, 278, 279, 336, 337, 338, 342, 346, 347, 348, 351, 353, 355, 356, 358, 360, 362, 363, 365, 366, 368, 372, 373, 375, 377, 379, 380, 381, 383, 385, 386, 389, 390, 391, 395, 397, 401, 402, 403, 405, 406, 413, 415, 417, 418, 422, 424, 430, 434, 438, 439, 470, 476, 478, 491, 495, 497, 503, 504, 512, 514, 529, 531, 532, 546, 547, 576, 590, 594, 606, 607, 609, 610, 614, 620, et 621

Entreprise : p.4, 5,16, 17, 25, 26, 29, 30, 35,36, 37,53, 54,58, 83, 84, 87, 88,90, 93, 97,99, 101, 102, 103, 104, 107, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 117, 121, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 144, 145, 146, 147, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 173, 177, 178, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 211, 212, 223, 225, 226, 230, 233, 234, 236, 238, 239, 241, 242, 244, 245, 246, 247, 250, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 272, 273, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 289, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 304, 305, 306, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 342, 345, 346, 347, 348, 349, 35à, 353, 354, 364, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 403, 404, 405, 410, 411, 412, 418, 420, 422, 423, 425, 427, 428, 430, 431, 432, 433, 434, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 448, 450, 452, 453, 454, 455, 456, 458, 459, 460, 461, 463, 466, 467, 468, 469, 471, 476, 484, 487, 493, 497, 501, 502, 505, 506, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 537, 538, 539, 541, 542, 543, 544, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, et 622

Etablissement : p. 16, 77, 102, 123, 127, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 150, 154, 157, 158, 162, 163, 164, 172, 180, 181, 196, 197, 210, 214, 215, 220, 230, 235, 254, 255, 263, 267, 272, 275, 276, 282, 292, 498, 509, 516, 533, 547, 548, 566 et 607

Interprofessionnel : p.18, 19, 24, 82, 83, 90, 91, 95, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 114, 117, 127, 141, 144, 145, 146, 149, 152, 153, 159, 160, 161, 163, 166, 167, 197, 198, 200, 209, 212, 217, 219, 222, 243, 250, 256, 276, 286, 287, 289, 302, 303, 304, 333, 345, 354, 360, 361, 362, 365, 377, 378, 382, 384, 386, 388, 389, 390, 392, 393, 396, 397, 509, 517, 531, 558, et 597

Liberté : p.22, 30, 35, 36, 37, 39, 40, 43, 47, 51, 54, 55, 57, 65, 68, 69, 73, 74, 75, 7-, 77, 78, 79, 80, 82, 110, 112, 128, 130, 136, 137, 140, 142, 172, 174, 175, 176, 185, 186, 187, 188, 191, 192, 193, 195, 198, 218, 219, 225, 226, 237, 259 268, 270, 271, 274, 275, 287, 288, 309, 312, 313, 336, 342, 348, 350, 355, 359, 367, 375, 379, 382, 393, 399, 400, 407, 408, 410, 412, 417, 420, 422, 423, 430, 432, 440, 444, 445, 447, 449, 451, 455, 457, 458, 462, 463, 468, 471, 472, 474, 492, 502, 503, 508, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 521, 523, 525, 530, 536, 539, 543, 546, 548, 551, 557, 558, 572, 575, 576, 578, 581, 590, 597, 598, 614, 616 et 621.

Loyauté : p.195, 330, 349, 395, 491, 503, 540, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 595, 596, 598, 604, 605, 621 et 622

Majoritaire : p15, 16, 17, 25, 26, 28, 32, 68, 81, 87, 89, 136, 164, 172, 208, 228, 229, 230, 231, 232, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 241, 242, 243, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 279, 295, 299, 307, 311, 312, 314, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 325, 332, 334, 339, 340, 347, 351, 364, 373, 388, 389, 403, 442, 458, 459, 461, 462, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 501, 504, 509, 537, 545 et 621

Monisme : p.9, 45, 46, 47, 48 et 50

Négociations collectives : p.25, 27, 83, 94, 115, 133, 155, 156, 158, 192, 198, 204, 205, 210, 22, 224, 287, 296, 297, 309, 340, 357, 358, 359, 411, 493, 513, 542, 544, 547, 548, 551, 562 et 585

Négociation Obligatoire : p. 533, 544, 545, 546, 547, 548, 550, 553, 555, 557, 558, 559, 560, 562, 566, 567, 571, 573, 579, 580 et 588

Ordre juridique : p.32, 34, 44, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 67, 79, 91, 115, 116, 141, 345, 347, 351, 352, 354, 361, 362, 365, 366, 375, 385, 396, 398, 402, 404, 412, 423, 446, 470, 473, 475, 476, 477, 491, 495, 496, 497, 504, 508, 536, 537, 577, 605, 616 et 621

Organisation patronale : p.88, 95, 103, 104, 112, 207, 208, 210, 211, 213, 215, 219

Oragnisation syndicale : p.15, 65, 68, 70, 71, 80, 83, 126, 132, 133, 136, 138, 139, 140, 143, 146, 147, 148, 150 ; 156, 160, 161, 165, 167, 170, 172, 178, 184, 185, 186, 187, 194, 197, 198, 205, 206, 213, 215, 228, 229, 236, 242, 245, 248, 2-à, 265, 270, 271, 273, 274, 275, 276, 278, 281, 282, 284, 285, 286, 288, 289, 291, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 304, 305, 310, 323, 327, 337, 340, 389, 544, 545, 549 et 555.

Palliatif : p.277, 301, 304, 307, 309, 330 et 333

Participation : p.12, 13, 22, 23, 25, 28, 38, 78, 93, 148, 186, 193, 213, 215, 216, 22_, 257, 262, 266, 269, 287, 307, 309, 318, 319, 336, 342,345, 353, 365, 367, 368, 369, 370, 371, 373, 374, 376, 377, 378, 383, 391, 396, 397, 398, 400, 407, 412, 434, 440, 467, 541, 542, 559, 580, 595, 597, 610, 616 et 617

Pluralisme : p. 27, 35, 55, 58, 61, 62, 68, 75, 76, 77, 78, 82, 83, 94, 95, 142, 147, 148, 149, 151, 172, 173, 202, 226, 228, 234, 236, 237, 238, 245, 256, 257, 259, 260, 261, 262, 264, 336, 347, 376, 477, 504, 591 et 615

Pourparlers : p.25, 30, 43, 52, 81, 106, 136, 140, 204, 205, 228, 233, 260, 265, 302, 303, 304, 309, 316, 329, 341, 342, 354, 411, 501, 502, 505, 506, 510, 517, 527, 528, 529, 533, 533, 544, 546, 547, 548, 551, 552, 553, 555, 557, 558, 559, 563, 564, 565, 566, 567, 576, 577, 58, 580, 581, 585, 587, 590, 591, 596, 598, 602, 603, 605 et 621.

Principe de faveur : p. 238, 414, 416, 421, 428, 445, 449, 511, 524, 525, 527, 528, 611, 621

Procédé : p.21, 25, 29, 30, 32, 64, 79, 96, 115, 133, 156, 188, 193, 211, 236, 255, 268, 277, 278, 286, 314, 316, 321, 324, 33, 340, 342, 345, 347, 348, 349, 351354, 363, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 387, 388, 392, 394, 396, 397, 398, 399, 408, 412, 413, 421, 431, 439, 440, 470, 473, 491, 501, 502, 503, 523, 537, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 555, 556, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 587, 588, 592, 593, 595, 596, 597, 598, 599, 601, 604, 605, 606, 609, 618, 619, 620, 621, et 622

Protagonistes sociaux : p. 20, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 42, 47, 48, 50, 51, 52, 53, 55, 57, 65, 66, 74, 79, 80, 81, 84, 86, 90, 91, 92, 99, 110, 114, 115, 116, 1117, 119, 120, 122, 123, 125, 126, 130, 136, 140, 141, 155, 165, 169, 176 ? 201, 202, 204, 206, 207, 216, 22, 223, 227, 232, 237, 245, 246, 264, 265, 266, 276, 277, 282, 286, 302, 311, 336, 338, 342, 343, 345, 346, 347, 348, 350, 351, 352, 353, 355, 356, 357, 358, 359, 361, 362, 366, 371, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 397, 398, 399, 401, 403, 404, 405, 407, 411, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 421, 422, 424, 425, 426, 428, 429, 431, 431, 434, 435, 436, 438, 464, 468, 469, 471, 474, 477, 480, 482, 492, 493, 499, 500, 502, 503, 504, 505 ? 507, 513, 519, 523, 526, 529, 539, 544, 546, 547, 548, 551, 553, 562, 563, 568, 572, 575, 576, 578, 586, 587, 593, 596, 597, 607, et 612

Relations collectives : p.19, 23, 26, 69, 165, 168, 170, 171, 172, 226, 230, 231, 233, 255, 262, 276, 277, 311, 312, 33, 337, 354, 371, 380, 445, 546, 573 et 611.

Relevance : p.47, 48, 49, 50, 51, 56, 67, 351, 375, 475, 476, 503, 504 et 621

Représentativité : p.13, 14, 15, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 32, 33, 46, 49, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 75, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 84, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 116, 117, 118, 119, 123, 124, 126, 127, 128, 131, 132, 138, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 154, 155, 157, 158, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 183, 184, 185, 186, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 206, 207, 208, 209, 210, 212, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 232, 234, 236, 237, 239, 246, 248, 251, 255, 259, 260, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 274, 276, 277, 281, 288, 294, 297, 301, 307, 329, 336, 337, 338, 339, 341, 342, 345, 346, 353, 357, 359, 360, 363, 364, 366, 376, 387, 390, 463, 464, 470, 492, 495, 501, 549, 554, 601, 607, 608, et 621

Subsidiaire : p. 21, 25, 33, 36, 126, 200, 208, 227, 251, 254, 255, 256, 257, 258, 260, 268, 269, 276, 277, 281, 282, 284, 285, 286, 287, 288, 291, 292, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 303, 304, 306, 307, 309, 310, 311, 314, 320, 321, 333, 340, 351, 374, 380, 381, 428, 434, 436, 437, 438, 458, 464, 474, 475, 481, 501, 518, 523n 532, 534, 549, 550, 580, 605 et 618

Supplétive : p. 129, 228, 256, 269, 273, 277, 301, 309, 322, 346, 409, 421, 426, 427, 428, 430, 431, 433, 434, 435, 436, 437, 440, 506, 515, 520, 536, 537, 546, 553, 555, 556, 557, 559, 560, 562, 564, 565, 603 et 620

Table des matières

Remerciements	3
Résumé	4
Résumé en anglais	6
Sommaire	8
Introduction générale	9
Chapitre préliminaire : les différentes définitions doctrinales de la notion d'« <i>autonomie collective</i> »	30
1. Les relations entre la société et l'Etat : l'accord collectif comme mode de résolution des conflits	32
1.1. La définition de la notion d'« <i>Etat</i> »	32
1.2. La définition de la notion de société	35
1.3. L'accord collectif de travail au centre de la relation de l'Etat et de la société	37
2. Les théories « <i>moniste</i> » ou « <i>pluraliste</i> » : une approche systémique	44
2.1. Le « <i>monisme</i> » radical	45
2.2. Le « <i>monisme tempéré</i> »	47
2.3. Le pluralisme juridique « <i>radical</i> »	53
2.4. Le « <i>pluralisme tempéré</i> »	57
3. Les théories « <i>moniste</i> » ou « <i>pluraliste</i> » : une approche normative	62
3.1. La nature de l'accord collectif	62
3.2. La notion d'« <i>inter-normativité</i> » et les nouvelles consistances du droit.	63
Première partie : L'autonomie des acteurs sociaux	67
Introduction de la première partie	68
1. La notion de représentativité	69
1.1. Une « <i>reconnaissance mutuelle</i> » ou un titre légal	69
1.1.1. La « <i>reconnaissance mutuelle</i> » des parties prenantes	69
1.1.2. La notion de représentativité : un titre légal délivré par l'Etat	70
1.2. La définition fonctionnelle de la notion de représentativité	72
1.2.1. La finalité et la nature de la notion de représentativité	72
1.2.2. Les fonctions de la notion de représentativité	78
1.3. La formation historique de la notion de représentativité	84
1.3.1. Un titre reconnaissant concédé par l'Etat	84

1.3.2. Une « <i>habilitation</i> » conférée par les parties prenantes	89
2. Une exigence de concordance des représentants et des représentés	91
2.1. Des réformes sollicitées par l'ordre professionnel et reprises par la Loi	91
2.1.1. La formation en chorale de la définition de la représentativité salariale	94
2.1.2. La création en chorale de la définition de la représentativité patronale	97
2.2. L'exigence de concordance au sein des différents ressorts de la représentativité	121
2.2.1. Une nouvelle structuration des ressorts professionnels	122
2.2.2. L'entreprise comme ressort primaire de la représentativité	128
2.2.3. Les modalités d'application d'une représentativité prouvée	147
2.3. Les critères légaux de la représentativité	172
2.3.1. Les critères légaux de la représentativité syndicale : le rayonnement de l'audience électorale	179
2.3.2. Les critères légaux de la représentativité patronale : l'importance de l'adhésion	214
2.3.3. Les paradoxes d'une « <i>auto-détermination</i> » concédée	229
3. La capacité conventionnelle et l'exigence majoritaire	235
3.1. La consécration d'une exigence majoritaire à plusieurs visages	235
3.1.1. Les titulaires du droit et les agents d'exercice de la négociation collective	235
3.1.2. L'émergence d'une exigence majoritaire	238
3.1.3. Les effets d'une règle majoritaire protéiforme	262
3.2. La capacité conventionnelle des différents acteurs de la négociation collective	272
3.2.1. La capacité conventionnelle des acteurs pourvus du titre de représentativité	277
3.2.2. La capacité conventionnelle des acteurs dépourvus d'un titre de représentativité	284
3.2.3. La création d'une instance unique de représentation ou le recours à la consultation directe des salariés	313
Conclusion de la première partie	343
Deuxième partie : L'autonomie de l'accord collectif	351
Introduction de la deuxième partie	352
1. Le droit imposé et le droit négocié	357
1.1. La formation croisée du droit imposé et du droit négocié	357
1.1.1. L'influence croisée du droit national et de l'Union Européenne	359

1.1.2. Le principe de participation et la négociation collective	374
1.1.3. La concertation préalable à la formation de la Loi	384
1.2. L'exécution du droit imposé par le droit négocié	405
1.2.1. Absence de pouvoir autonome et délégation de pouvoir des protagonistes sociaux	405
1.2.2. Exercice et limites de l'habilitation des protagonistes sociaux	412
1.2.3. Le nouvel ordonnancement du droit imposé et du droit négocié	430
2. La liberté contractuelle de l'autonomie collective	448
2.1. L'accord collectif et le contrat de travail	448
2.1.1. L'effet impératif de l'accord collectif et l'intangibilité du contrat de travail	450
2.1.2. Deux régimes autonomes mis à l'épreuve par la décentralisation de la négociation collective	461
2.1.3. La progressive soumission de l'« <i>autonomie individuelle</i> » à l'« <i>autonomie collective</i> »	468
2.2. L'accord collectif et le contrôle du juge	476
2.2.1. La conciliation ou le contrôle de l'autorité judiciaire	479
2.2.2. Le juge garant de la négociation collective	490
2.2.3. La restriction du contrôle du juge à l'égard de la norme négociée	499
2.3. L'accord d'entreprise et les autres normes conventionnelles	512
2.3.1. L'inversion des logiques intrinsèques à l'« <i>autonomie collective</i> »	513
2.3.2. La mutation des finalités des ressorts de l'« <i>autonomie collective</i> » : une évolution conduite par l'Etat	519
2.3.3. La désarticulation concurrentielle des normes conventionnelles	530
3. La fonction et l'esprit du procédé de l'autonomie collective	548
3.1. L'obligation de négocier des accords collectifs	550
3.1.1. Un droit des salariés et une obligation légale de l'employeur	551
3.1.2. Les deux ressorts et le champ matériel de l'obligation de négocier	554
3.1.3. Les modalités de l'obligation de négocier	558
3.1.4. La fonction de l'obligation de négocier	573
3.2. Le nécessaire respect de la loyauté du procédé	585
3.2.1. La loyauté comme condition de légitimité de l'accord collectif	586
3.2.2. Une définition légale laconique du principe de loyauté	590
3.2.3. L'appropriation du principe de loyauté par l'autonomie collective	599
Conclusion de la deuxième partie	605

Conclusion générale	608
Bibliographie	631
Index	686
Table des matières	690