

THÈSES

La négociation
des conventions
et accords collectifs
d'entreprise

ÉTIENNE DEVAUX

Préface de
Bernard Teyssié

ESSAI SUR UNE COMMUNAUTÉ
DE TRAVAIL AU SERVICE
DE L'INTÉRÊT DE L'ENTREPRISE

PLANÈTE
SOCIAL



LA NÉGOCIATION DES CONVENTIONS ET ACCORDS COLLECTIFS D'ENTREPRISE

Essai sur une communauté de travail
au service de l'intérêt de l'entreprise

LA NÉGOCIATION DES CONVENTIONS ET ACCORDS COLLECTIFS D'ENTREPRISE

ESSAI SUR UNE COMMUNAUTÉ
DE TRAVAIL AU SERVICE
DE L'INTÉRÊT DE L'ENTREPRISE

Étienne Devaux

Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Juriste en droit social au sein de l'UIMM et du MEDEF Eure

Planète Social est un fonds de dotation qui a pour objet principal, d'une part, de promouvoir les bonnes pratiques sociales pour favoriser le développement économique, social et de l'emploi des entreprises industrielles de toutes tailles au niveau national et international, d'autre part, de favoriser en partenariat avec l'Université, les Grandes Ecoles et la recherche, le développement d'une culture managériale qui intègre la dimension humaine et sociale au cœur de la stratégie des entreprises.

Avertissement de l'Éditeur

Toute utilisation ou traitement automatisé, par des tiers, de données personnelles pouvant figurer dans cet ouvrage sont formellement interdits.



Le logo qui figure sur la couverture de ce livre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, tout particulièrement dans les domaines du droit, de l'économie et de la gestion, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

© Planète Social, 2016
34, av. Charles De Gaulle
92220 Neuilly S/Seine

Cette œuvre est protégée dans toutes ses composantes (y compris le résultat des savoirs mis en œuvre, des recherches, des analyses et des interprétations effectuées et, de manière générale, des choix de fond et de forme opérés dans le cadre de la **consolidation** des textes reproduits) par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives aux droits d'auteur. Ces droits sont la propriété exclusive de Planète Social. Toute reproduction intégrale ou partielle, par quelque moyen que ce soit, non autorisée par Planète Social ou ses ayants droit, est strictement interdite. Planète Social se réserve notamment tous droits au titre de la reproduction par reprographie destinée à réaliser des copies de la présente œuvre sous quelque forme que ce soit aux fins de vente, de location, de publicité, de promotion ou de toute autre utilisation commerciale conformément aux dispositions de l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle relatives à la gestion collective du droit de reproduction par reprographie.

À Cécile,

À Jeanne, Madeleine...

Remerciements

La rédaction d'une thèse, comme une course automobile, conduit à mobiliser de nombreuses personnes.

Le professeur Bernard TEYSSIE qui, directeur de course, m'a donné la chance d'entreprendre ce travail, en a assuré le suivi et dont les conseils furent précieux.

Cécile qui, première supportrice, a toujours été à mes côtés.

Mes parents, beaux-parents, frères et sœurs qui, spectateurs assidus, m'ont encouragé tout au long de cette aventure.

Charlotte, Marie, Sérgio, Louis-Benoît et M^{me} MARION qui, équipe technique hors pair, ont grandement contribué par leurs conseils et leurs relectures attentives à l'achèvement de ce travail.

Geoffrey, Clément, André-Franck, Pierre et Émilie qui, pilotes d'autres bolides, ont su entretenir une saine émulation et éviter les sorties de piste ; François, Grégoire, Charles et Luc qui nous ont montré la route à suivre ; Nicolas, Cyril, Amélie, Astrid, Anne-Victoria, Emmeline, Philippe, Victoria et Charlotte dont l'entrée en piste a permis de riches échanges.

L'UIMM, et tout particulièrement M^{mes} CHARBONNIER et PIÉTRI et M. GARZON, qui, sponsor principal, m'a permis d'accomplir matériellement ce travail tout en m'apprenant mon métier.

Que chacun d'entre eux soit remercié.

« Aide-toi, le ciel t'aidera. »

Jean DE LA FONTAINE

Le Chartier embourbé

Principales abréviations

A.	Arrêté
AN	Assemblée nationale
ANI	Accord national interprofessionnel
<i>Arch. phil. dr.</i>	<i>Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale</i>
art.	article
BOE	<i>Bulletin officiel de l'État</i> (Espagne)
BO Travail	<i>Bulletin officiel du ministère du Travail</i>
Bull. civ.	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
Bull. crim.	<i>Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
CA	Cour d'appel
Cass. 1 ^{re} , 2 ^e civ.	Cour de cassation, 1 ^{re} ou 2 ^e chambre civile
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. ch. réunies	Cour de cassation, chambres réunies
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CE	Conseil d'État
CGI	Code général des impôts
ch.	chambre
Circ.	Circulaire
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
C. monét. fin.	Code monétaire et financier
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>Contra</i>	À l'inverse
Conv.	Convention
C. pén.	Code pénal
CSS	Code de la sécurité sociale
C. transports	Code des transports
C. trav.	Code du travail
D.	<i>Dalloz</i> (recueil)
DARES	Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques
DGEFP	Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle
DGT	Direction générale du travail
Doc. fr.	La Documentation française
<i>Dr. fisc.</i>	<i>Droit fiscal</i>
<i>Dr. ouvrier</i>	<i>Droit ouvrier</i>
<i>Dr. soc.</i>	<i>Droit social</i>
DRT	Direction des relations du travail
éd.	édition
<i>infra</i>	ci-dessous
Instr. min.	Instruction ministérielle
JCl.	<i>JurisClasseur</i> (Encyclopédie)
JCP E	<i>JurisClasseur périodique</i> (Semaine juridique), édition Entreprise et affaires
JCP G	<i>JurisClasseur périodique</i> (Semaine juridique), édition Générale
JCP S	<i>JurisClasseur périodique</i> (Semaine juridique), édition Sociale
JO	<i>Journal officiel</i> de la République française
JOAN	<i>Journal officiel</i> de l'Assemblée nationale
JONC	<i>Journal officiel</i> (lois et décrets), numéro complémentaire
JO Sénat	<i>Journal officiel</i> du Sénat

JSL	<i>Jurisprudence sociale Lamy</i>
L.	Loi
L. fin. rect.	Loi de finances rectificative
Mél.	<i>Mélanges</i>
n°	numéro
not.	notamment
OIT	Organisation internationale du travail
Ord.	Ordonnance
préc.	précité
Prop.	Proposition
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUR	Presses universitaires de Rennes
pt.	point
rapp.	rapport
RDC	<i>Revue des contrats</i>
RDT	<i>Revue Droit du travail</i>
Rec. CE	<i>Recueil des décisions du Conseil d'État</i>
RFD const.	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
RID comp.	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
RJS	<i>Revue de jurisprudence sociale</i>
RPDS	<i>Revue pratique de droit social</i>
RTD civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RTD com.	<i>Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique</i>
spéc.	spécialement
ss dir.	sous la direction de
supra	ci-dessus
t.	tome
T. civ.	Tribunal civil
TGI	Tribunal de grande instance
TPS	<i>Travail et protection sociale</i>
Trav. Assoc. H. Capitant	<i>Travaux de l'Association Henri Capitant</i>
V.	Voir
V°	<i>Verbo</i> (au mot)
vol.	Volume

Préface

Négocier... Science ou art ? Art, à coup sûr, d'abord. Mais cet art se déploie selon certaines règles, s'inscrit dans un cadre souvent défini, singulièrement en France, par les pouvoirs publics, directement ou par le truchement de comités, commissions, conseils ou autorités (que quelques adjectifs, « haut » ou « supérieur » étant les mieux portés, viennent parfois embellir). Rares sont les négociations qui y échappent. Tel n'est assurément pas le cas de celle, à laquelle Étienne Devaux consacre un ouvrage important, des conventions et accords collectifs de travail. Alors que l'ouverture d'une négociation devrait relever de la seule initiative des parties, qu'il s'agisse d'en choisir le moment ou d'en déterminer l'objet, le législateur a multiplié les obligations de négocier au point, dans certains cas, d'anéantir la volonté de débattre : trop de négociations tue la négociation. Nul n'ignore, pour qui veut bien jeter un regard au-delà des murs du Parlement, que, d'un commun accord, ceux qui, après tant d'autres rencontres, devaient se retrouver à nouveau pour traiter d'une question qu'ils estiment non pertinente dans l'entreprise à laquelle ils appartiennent, dressent un procès-verbal attestant de l'ouverture et de la conduite de discussions qui, en réalité, n'eurent jamais lieu. Que le législateur en ait pris acte en autorisant certains regroupements est heureux mais ne réduit guère, en pratique, le poids des contraintes pesant sur l'entreprise et ceux qui œuvrent en son sein. Or, cette charge se révèle souvent d'autant moins supportable que le goût immodéré des pouvoirs publics pour le vote de lois dont l'encre est à peine sèche qu'il apparaît urgent de les modifier, voire de les abroger pour les remplacer par d'autres textes voués à subir le même sort pour satisfaire quelque *lobby*, donner l'illusion du « changement » à la suite de quelque alternance politique ou, plus prosaïquement, permettre à un ministre de laisser croire à l'ampleur de son action grâce au vote d'une loi dont il espère qu'elle demeurera sous son nom, frappe d'instabilité permanente les normes édictées avec, à la clé, une forte dose de cette « insécurité juridique » régulièrement aggravée par ceux-là mêmes qui prétendent s'en émouvoir. De ce spectacle, porteur de tous les maux qui font de la législation française l'un des facteurs de répulsion fréquemment invoqués par les investisseurs étrangers qui, après l'avoir envisagé, ont finalement renoncé à venir s'installer en France (ou qui, après s'y être installés, ont décidé d'en partir), les règles qui président à la conduite de la négociation offrent illustration. 2004, 2008, 2015, les règles changent... et les entreprises sont censées les maîtriser promptement, ne serait-ce que pour éviter le prononcé des sanctions auxquelles leur méconnaissance les expose. Sans doute ces changements permanents sont-ils parés de toutes les vertus : élargissement du cercle des négociateurs, accroissement de leur légitimité, renforcement de l'autorité des conventions et accords conclus et, arme ultime de la communication politique, « simplification », terme généralement annonciateur d'un surcroît de complexité. S'adapter à ces changements permanents, les grandes entreprises en ont les moyens. Mais la législation du travail n'a pas le CAC 40 pour seul destinataire. Pour l'immense cohorte des PME, la maîtrise de la

norme est souvent d'une extrême difficulté et peut engendrer, pour qui veut essayer d'y parvenir, des coûts importants.

S'attacher à démêler l'écheveau, telle fut la première tâche à laquelle Étienne Devaux fut confronté à l'orée de travaux au cours desquels il eut constamment la volonté de confronter norme juridique et pratique professionnelle, dressant le constat de l'écart – que le législateur lui-même alimente, à force de versatilité – séparant la norme fulminée de la norme appliquée, situation qui finit par créer une accoutumance (qui est loin d'être propre au droit du travail) à la non-application de la loi, ceux qui en sont les destinataires, résignés à ne jamais en maîtriser parfaitement le contenu, prenant le risque de n'en point tenir compte (ou de ne tenir compte que des quelques bribes qu'ils maîtrisent) pour ne pas mettre un frein à leur activité. Mais Étienne Devaux n'en est pas demeuré à l'examen des lois, décrets, circulaires, jugements et arrêts, sans omettre d'éventuelles additions conventionnelles, notamment issues de conventions ou accords collectifs de branche, qui composent le droit de la négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise. Il a entendu être aussi force de proposition. Son œuvre, qu'anime la quête de l'intérêt de l'entreprise, donc de la communauté née de la conjonction des efforts de tous ceux qu'elle rassemble, vient au service de l'action, celle qu'entend conduire l'entreprise qui souhaite s'engager dans un processus de négociation ou y est contrainte. Il propose, arguments à l'appui, des réponses aux difficultés relevées. Il ne se borne pas à dénoncer des maux ; il présente des remèdes avec le sens de l'équilibre qu'induit, outre la connaissance du *corpus* normatif, celle de pratiques professionnelles non réductibles aux clichés dont se nourrissent certains producteurs de normes. La rigueur dont il fait constamment preuve donne à son propos une force singulière. En ces temps où la célébration des mérites des conventions et accords collectifs d'entreprise tend à occulter bien des difficultés, l'œuvre d'Étienne Devaux mérite d'être lue... et méditée.

Bernard TEYSSIÉ

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

Président honoraire de l'Université

Sommaire

Remerciements.....	IX
Principales abréviations.....	XIII
Préface.....	XV
Introduction.....	1

PREMIÈRE PARTIE

LE NIVEAU DE NÉGOCIATION

Titre 1 : L'ENTREPRISE.....	17
Chapitre 1 : L'IDENTIFICATION DE L'ENTREPRISE.....	19
Chapitre 2 : LA NÉGOCIATION COLLECTIVE DANS L'ENTREPRISE.....	57
Titre 2 : L'ENTREPRISE ÉCLATÉE.....	91
Chapitre 1 : L'ÉCLATEMENT TECHNIQUE DE L'ENTREPRISE.....	93
Chapitre 2 : L'ÉCLATEMENT JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE.....	117

DEUXIÈME PARTIE

LE PROCESSUS DE NÉGOCIATION

Titre 1 : LE LIEN DE NÉGOCIATION.....	149
Chapitre 1 : LE NÉGOCIATEUR PATRONAL.....	151
Chapitre 2 : LE NÉGOCIATEUR SALARIAL.....	167
Titre 2 : LA CONDUITE DE LA NÉGOCIATION.....	207
Chapitre 1 : LE DÉROULEMENT DE LA NÉGOCIATION.....	209
Chapitre 2 : LE DÉNOUEMENT DE LA NÉGOCIATION.....	261
Conclusion.....	279
Bibliographie.....	281
Index alphabétique.....	295

Introduction

1. – **Une négociation.** Lorsque le coureur automobile Sébastien Loeb remporte le 30 juin 2013 la mythique course de côte de Pikes Peak, c'est après avoir négocié les cent cinquante-six virages que compte le tracé en moins de neuf minutes⁽¹⁾. Lorsque Kodak est placée, aux États-Unis, sous la protection de la loi sur les faillites, c'est pour n'avoir pas su négocier l'évolution technologique et le remplacement de l'argentique par le numérique⁽²⁾. Lorsque de nombreux négociants en vin se rendent tous les ans à Beaune le troisième dimanche de novembre, c'est afin d'y acquérir l'une des pièces négociées par les Hospices⁽³⁾. Lorsque le 28 juin 1919, est signé le traité de Versailles, prend fin la négociation entre la France, le Royaume-Uni et les États-Unis sur les sanctions imposées à l'Allemagne⁽⁴⁾. Lorsqu'un chef d'entreprise appose, après plusieurs organisations syndicales, sa signature sur un document dont le contenu a vocation à modifier l'organisation du temps de travail dans une unité de production, c'est à la suite d'une négociation avec les représentants des salariés⁽⁵⁾. L'action de négocier correspond alors à un ensemble d'interactions entre au moins deux individus ou groupes d'individus. Leurs objectifs peuvent être très différents ; de ceux-ci dépendent des stratégies qui ont une forte influence sur l'accord qui peut être trouvé⁽⁶⁾.

2. – **Un accord.** Cet accord, ou cette convention, est le constat d'une concordance et d'une convergence de vues sur la situation débattue. Ils revêtent une connotation particulière, plus juridique, lorsque l'adjectif « collectif » leur est accolé.

« L'accord collectif est [alors] le procédé démocratique par lequel les forces sociales manifestent leur liberté de créer le droit. Il offre aux individus "la possibilité d'être acteurs et non spectateurs, protagonistes et non otages des évolutions du monde contemporain". Il révèle "par un euphémisme, une technique législative ignorée de la démocratie gouvernée et dont l'objet est d'associer à l'élaboration de la règle les individus ou les groupes auxquels elle est appelée à l'appliquer" »⁽⁷⁾.

(1) La négociation est ici entendue, au sens propre, comme l'évolution adroite sur un tracé.

(2) L'acception du terme « négocier » précédemment décrite est alors utilisée au sens figuré.

(3) Cette signification est la plus proche de celle de la racine latine du mot « négocier ». Est visée l'activité de céder, réaliser une valeur, vendre ou échanger.

(4) La locution « négociation » est alors utilisée dans un contexte diplomatique. Elle traduit les discussions qui ont pour objet de régler un différend entre des parties jusqu'alors en conflit.

(5) Proche de la forme précédente, la négociation permet cependant ici, en outre, de déterminer de façon conjointe des normes qui s'imposeront aux parties. On la retrouve dans de nombreux comportements : « une grande partie de la vie quotidienne, professionnelle autant qu'en dehors du travail, consiste en fait à négocier, formellement ou informellement » (J. Rojot, *La gestion de la négociation : RTD com.* 1998, p. 447 et s., spéc. p. 447).

(6) « Le dilemme du négociateur s'exprime donc dans le choix entre stratégie coopérative et stratégie conflictuelle. Les stratégies conflictuelles constituent le processus grâce auquel chaque partie essaie de maximiser sa propre part dans le contexte de paiements considérés comme à somme fixe. L'emphase est mise sur une attitude gagne-perd : l'autre est considéré comme un ennemi, l'objectif est de se servir et chacun joue pour soi seul. À l'inverse, les stratégies coopératives constituent le processus à travers lequel chaque partie prend en compte les besoins de l'autre à côté des siens propres et tente d'accroître la taille des gains communs. L'emphase est placée sur les attitudes gagne-gagne et implique d'être honnête, en position d'attente et de réponse positive à ce qui est action positive initiée. L'autre est un partenaire et le but est de construire en commun le meilleur accord possible pour tout le monde », J. Rojot, *La gestion de la négociation : RTD com.* 1998, p. 447 et s., spéc. p. 450.

(7) N. Dauxerre, *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, PUAM, 2004, spéc. n° 2, p. 18.

Dès lors, ils contribuent à l'organisation de la relation de travail. Ils peuvent être opposés à l'ensemble des décisions dites « unilatérales » de l'employeur puisqu'ils révèlent le renouvellement de la rencontre des consentements qui caractérise la conclusion du contrat de travail. Des effets qui leur sont reconnus se déduisent l'existence d'un cadre juridique, défini par le législateur. Conventions et accords collectifs de travail existent en tant que tels parce que ce dernier l'a souhaité⁽⁸⁾ : leur négociation fait l'objet d'une délégation de l'État qui suppose l'identification des partenaires reconnus aptes à se prononcer. Prenant acte que le « Droit naît aussi de la pratique conventionnelle »⁽⁹⁾, conventions et accords collectifs de travail peuvent tendre à suppléer aux carences, volontaires ou non, du législateur. L'utilisation du mécanisme de l'extension, voire en certains cas de l'élargissement, démontre la volonté de ce dernier de s'appuyer sur les normes élaborées par les partenaires sociaux et de procéder ainsi à un report de responsabilité. Aujourd'hui, « la qualité de source de droit de l'accord collectif n'est plus guère contestée. Soutenir le contraire reviendrait à remettre en cause le système juridique dans son entier. En effet, dès lors que la volonté privée s'est vue reconnaître la capacité de créer la "suprême organisation juridique" à savoir l'État par le biais du contrat social, cette même volonté privée, dans la sphère libre qui lui est réservée, doit continuer à créer de nouvelles règles de droit »⁽¹⁰⁾. Le choix du périmètre dans lequel elles sont élaborées peut être guidé par le législateur.

3. – Un cadre. La détermination du champ d'application de l'accord ou de la convention collective de travail est nécessaire. Opter pour la cellule de base de l'économie, l'entreprise, peut alors s'imposer. Mais cette notion ne reçoit pas de définition précise. Elle correspond, en termes économiques, à « la mise en œuvre de capitaux et d'une main-d'œuvre salariée en vue d'une production ou de services déterminés »⁽¹¹⁾. Plusieurs facteurs se conjuguent dans un but commun. Leurs interactions traduisent un échange. En faisant abstraction de son résultat, l'entreprise peut ainsi être définie, « intuitivement, comme le lieu où le travail a vocation à faire l'objet d'un échange »⁽¹²⁾. De ce dernier naissent des liens : quelle que soit la discipline par laquelle l'entreprise est approchée, la présence en son sein d'individus qui unissent leur force de travail apparaît comme un dénominateur commun. Une analyse économique de l'entreprise permet donc de qualifier les salariés de membres de celle-ci, ce qui n'est pas le cas des fournisseurs ni des clients⁽¹³⁾. À cette intégration, le sociologue donne deux traductions : l'une pleinement rationnelle

(8) « L'accord autonome des partenaires sociaux suffit par lui-même (certes parce que la loi le veut ou l'accepte) à créer des règles qui sont matériellement des lois, règles impersonnelles, générales, permanentes. Un processus contractuel, de droit subjectif, donne vie à des règles de droit objectif », P. Rodière, *La convention collective de travail en droit international. Contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle*, Litec, 1987, spéc. p. 378.

(9) N. Dauxerre, *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, PUAM, 2004, spéc. n° 1, p. 18.

(10) *Ibid.*, spéc. n° 12, p. 39.

(11) Définition retenue par le Centre national de ressources textuelles et lexicales (<http://www.cnrtl.fr/lexicographie/entreprise>).

(12) G. Duchange, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, LexisNexis, coll. « Planète Social », 2015, spéc. n° 1, p. 1.

(13) S'appuyant sur la théorie développée par l'économiste R. Coase, selon laquelle « l'entrepreneur recourt à l'entreprise lorsque celle-ci lui coûte moins cher que le marché. [il internalise alors] la production. L'entrepreneur extrait (partiellement) celle-ci du marché pour la réaliser dans l'entreprise. Un rapport hiérarchique se substitue à un échange de biens. L'entrepreneur ne négocie pas avec ses contractants ; il leur commande », G. Duchange propose une analyse du contrat de travail où il est « formé sur un marché mais s'exécute dans une entreprise ; l'employeur contracte avec un

où les salariés font partie des composants d'une organisation sans âme⁽¹⁴⁾, l'autre plus humaine où « la communauté formée par les salariés possède une dynamique interne. Creuset d'un "apprentissage", d'une "identité", d'une "culture", de "compromis" et de "liens sociaux", elle participe de l'efficacité et de la permanence de l'entreprise »⁽¹⁵⁾. C'est tout particulièrement en droit du travail que « l'entreprise-groupe de personnes »⁽¹⁶⁾ reçoit traduction. Son existence justifie une action de l'État souvent ambivalente. Ce dernier « permet le déploiement de son activité en lui fournissant un cadre juridique et en procédant à certains investissements publics. Mais il s'autorise un droit de regard. Il oblige l'entreprise à participer aux charges communes. Il préserve les droits et libertés respectifs de ses membres »⁽¹⁷⁾. Le développement de la négociation collective y est subordonné à la volonté des pouvoirs publics (I). Selon l'intérêt qu'ils prêtent à ce sujet, une instabilité plus ou moins forte peut être constatée (II).

I. – Un déploiement pratique

4. – Dans l'enquête qu'elle mène chaque année sur l'état de la négociation collective en France, la DARES⁽¹⁸⁾ distingue différents niveaux de négociation parmi lesquels l'entreprise entendue largement puisque l'accord d'entreprise peut alors être conclu dans un périmètre qui va de l'établissement au groupe d'entreprises. Pour chacun de ces niveaux, sont analysés tous les actes ayant fait l'objet d'un dépôt auprès de l'administration au cours de l'année écoulée. En 2014, ont ainsi été signés et enregistrés près de 60 000 textes dont près de la moitié signés par des délégués syndicaux ou des salariés mandatés, 20 % ratifiés par référendum, 20 % élaborés unilatéralement par l'employeur et 10 % signés par les représentants du personnel. Ce nombre est en baisse alors qu'il était en augmentation depuis 2011, l'administration expliquant cette situation par le « ralentissement prévisible de l'activité conventionnelle autour du contrat de génération et à l'achèvement d'un dispositif qui, en 2013, permettait le déblocage des droits à participation et des sommes attribuées au titre de l'intéressement sous condition d'un accord d'entreprise »⁽¹⁹⁾. Ce propos souligne combien peut être diverse l'origine d'un accord : initiative spontanée ou suscitée, voire imposée par les pouvoirs publics. Mais, quel qu'en soit le « déclencheur », la négociation collective d'entreprise emporte des effets qui retiennent l'attention au-delà du cercle des juristes (A)... même si ces derniers sont parmi les acteurs, observateurs ou analystes les plus attentifs (B).

égal mais souhaite l'insérer dans une relation hiérarchique » (*Le concept d'entreprise en droit du travail*, LexisNexis, coll. « Planète Social », 2015, spéc. n° 8, p. 5).

(14) « L'entrepreneur ne négocie pas avec des contractants dispersés. Il organise de manière rationnelle un groupe de personnes qui lui sont subordonnées. Il exerce sur elles un pouvoir de commandement. Il coordonne l'action des salariés et s'assure de leur coopération », G. Duchange, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, LexisNexis, coll. « Planète Social », 2015, spéc. n° 10, p. 7.

(15) G. Duchange, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, LexisNexis, coll. « Planète Social », 2015, spéc. n° 11, p. 7.

(16) *Ibid.*, spéc. p. 9.

(17) *Ibid.*, spéc. n° 2, p. 1.

(18) Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques. Cette direction, rattachée au ministère du Travail, construit et analyse les données qui concernent le marché du travail.

(19) DARES, *La négociation collective en 2014*, p. 627.

A. – Un apport au-delà du droit

5. – Une approche sociologique de la négociation collective d'entreprise conduit à appréhender le processus mis en œuvre et le comportement des acteurs tout au long de celui-ci (1°). Les sciences de gestion y voient le point de rencontre de concepts fondamentaux (2°). Le politique la perçoit comme un outil au service de l'action qu'il entend conduire (3°).

1° L'analyse sociologique de la négociation collective d'entreprise

6. – **La négociation, comportement nécessaire.** Pour le sociologue, la négociation se définit comme « la rencontre de parties autonomes recherchant des compromis d'intérêts »⁽²⁰⁾. S'exprime dans la négociation collective d'entreprise une certaine forme de « démocratie au travail »⁽²¹⁾ : une communauté, qui trouve son origine dans la relation de travail, y élabore des normes qui lui permettent de s'organiser. Le développement de ce processus souligne le déclin des théories de la modernité telles qu'exposées par Jean-Jacques Rousseau, John Locke et Thomas Hobbes aux termes desquelles « des individus autonomes décidaient, de leur seule volonté, de former des sociétés et contractaient librement pour cela »⁽²²⁾. Le concept de solidarité organique, dégagé par Émile Durkheim⁽²³⁾, trouve alors tout son sens : l'interaction avec les autres est recherchée ; la complémentarité et la coopération sont essentielles⁽²⁴⁾. L'accord collectif matérialise l'issue d'une démarche provoquée en vue d'une action conjointe pour construire un avenir commun. Envisagée sous la forme d'une négociation « gagnant-gagnant »⁽²⁵⁾, la discussion poursuit l'objectif de « définir des mécanismes, ou des procédures, pour mieux satisfaire les intérêts des parties, en les rendant compatibles »⁽²⁶⁾. L'existence d'une relation de confiance entre elles est donc capitale.

7. – **La négociation, comportement social.** La conclusion d'un accord suppose un cheminement, « le travail de négociation »⁽²⁷⁾. Plusieurs étapes ont pu être identi-

(20) C. Heckscher, Entretien réalisé par C. Thuderoz, « Il existe un autre type de négociations : quand les parties essaient d'envisager collectivement un objectif qu'elles souhaitent atteindre ensemble » : *Négociations* 2015/1, p. 23 et s., spéc. p. 28.

(21) *Ibid.*, p. 23 et s., spéc. p. 23.

(22) *Ibid.*, p. 23 et s., spéc. p. 24.

(23) E. Durkheim oppose dans ses travaux deux formes de solidarité sociale : mécanique et organique. La première est fondée sur les similitudes qui existent entre différents individus et qui les rapprochent ; la conscience est alors collective. La seconde se traduit par une division du travail grâce à une différenciation des tâches et des compétences : la conscience collective est atténuée au bénéfice de la conscience individuelle (E. Durkheim, *De la division du travail social*, PUF, 2004).

(24) « Les interactions entre les personnes sont tellement riches, diverses et complexes qu'ils ne se conçoivent plus comme des entités extérieures à la société mais comme des êtres construits dans et pour ces interactions », C. Heckscher, Entretien réalisé par C. Thuderoz, « Il existe un autre type de négociations : quand les parties essaient d'envisager collectivement un objectif qu'elles souhaitent atteindre ensemble » : *Négociations* 2015/1, p. 23 et s., spéc. p. 24.

(25) Elle est alors entendue comme la mise en place d'une stratégie coopérative : « Chaque partie prend en compte les besoins de l'autre à côté des siens propres et tente d'accroître la taille des gains communs. L'emphase est placée sur les attitudes gagne-gagne et implique d'être honnête, en position d'attente et de réponse positive à ce qui est action positive initiée. L'autre est un partenaire et le but est de construire en commun le meilleur accord possible pour tout le monde ». Elle s'oppose à la stratégie conflictuelle où « chaque partie essaie de maximiser sa propre part (...) l'autre est considéré commun un ennemi, l'objectif est de se servir et chacun joue pour soi seul » (J. Rojot, *La gestion de la négociation* : RTD com. 1998, p. 447 et s., spéc. p. 450).

(26) C. Heckscher, Entretien réalisé par C. Thuderoz, « Il existe un autre type de négociations : quand les parties essaient d'envisager collectivement un objectif qu'elles souhaitent atteindre ensemble » : *Négociations* 2015/1, p. 23 et s., spéc. p. 26.

(27) C. Thuderoz, *Régimes et registres de négociation* : *Négociations* 2009/2, p. 107 et s., spéc. p. 110.

fiées⁽²⁸⁾. Chacune des parties va d'abord chercher, selon la stratégie qu'elle met en place, à complexifier ou simplifier le problème sur lequel porte la négociation⁽²⁹⁾. Puis, est tentée l'universalisation ou la singularisation du débat⁽³⁰⁾ avant qu'il ne soit dépersonnalisé⁽³¹⁾. La négociation s'engage ensuite dans une seconde phase où elle est planifiée et ritualisée⁽³²⁾ afin d'aboutir à la conclusion d'un accord⁽³³⁾ pour lequel les parties devront finalement rendre des comptes à leurs mandants⁽³⁴⁾.

8. – La négociation, comportements types. Plusieurs comportements, au cours de la négociation, peuvent être identifiés. Ils diffèrent selon le but poursuivi par les parties et sont tous perceptibles dans la pratique de la négociation d'entreprise⁽³⁵⁾. Sont ainsi distinguées la négociation de marchandage⁽³⁶⁾, la négociation de régulation⁽³⁷⁾ et la négociation valorielle⁽³⁸⁾. Les deux premières sont liées, car interdépendantes. Leur analyse permet de déterminer les réactions des parties ainsi que les intentions de chacune d'elles, donc d'apprécier les chances de succès.

2° L'utilisation de la négociation collective dans la gestion de l'entreprise

9. – Des stratégies de négociation. La négociation est essentielle dans les sciences de gestion. « Pour une bonne part, gérer c'est négocier. Gérer signifie faire accomplir des activités par d'autres. Cela implique inévitablement de négocier avec ces autres »⁽³⁹⁾. L'entreprise, en tant qu'unité de gestion, constitue le champ de négociations conçues comme un outil d'organisation de cette entité, au service d'une gestion optimale de celle-ci : selon la situation qui y règne, les stratégies de négociation oscilleront entre opposition, de type conflictuel, et coopération.

10. – Des analyses de la négociation. Chacune des stratégies susceptibles d'être retenues mobilise des tactiques et des comportements différents susceptibles

(28) *Ibid.*

(29) Des conflits sociaux peuvent trouver leur origine dans un fait générateur relativement réduit (l'agression d'un conducteur sur la ligne A du RER) mais avoir des effets étendus (cessation concertée du travail d'une majorité des conducteurs de RER toutes lignes confondues avec pour revendication initiale la garantie que leur sécurité soit assurée avant de se transformer en une demande d'amélioration des conditions de travail et d'augmentation de la rémunération).

(30) Pour reprendre l'exemple précédent, pourrait être allégué le fait que c'est la sécurité de l'ensemble des usagers des transports en commun qui est mise à mal. L'intervention de l'État, qui doit l'assurer, pourrait alors être sollicitée.

(31) Il ne s'agit pas d'assurer la sécurité du conducteur agressé, mais de tous ceux qui exercent la même activité.

(32) Le calendrier des réunions mais également le comportement que peuvent avoir les parties sont déterminés par les protagonistes eux-mêmes ou, comme c'est le cas pour la négociation collective d'entreprise, être partiellement fixés par la loi.

(33) La conclusion de l'accord se matérialise par sa signature et par le processus qui le rend ensuite obligatoire pour tous.

(34) Cette dernière étape ne peut être ignorée : les parties doivent avoir à l'esprit le fait qu'elles auront à se justifier. Un comportement particulier est parfois adopté par l'une d'elles afin de ménager à l'autre une issue convenable qui lui permettra de ne pas sortir de la négociation dans une position difficilement soutenable auprès de ses mandants.

(35) C. Thuderoz, *Régimes et registres de négociation : Négociations 2009/2*, p. 107 et s., spéc. p. 111 et s.

(36) La négociation de marchandage est le mode élémentaire de négociation. Il se retrouve dans toute négociation contractuelle. Y sont utilisées les tactiques de dissimulation, de coercition et de persuasion afin de parvenir à un accord qui est en réalité une prise de décision conjointement arrêtée. L'exemple le plus frappant est la négociation d'un protocole de fin de conflit, la prise de décision consistant dans une reprise du travail en échange du paiement des salaires. De nombreuses négociations se tiennent dans l'entreprise uniquement selon ce mode.

(37) La négociation de régulation correspond à une certaine logique d'anticipation : les parties, dont l'interdépendance ne peut être niée, se projettent dans l'avenir et recherchent un aménagement de ce dernier. Elle suppose la définition de règles afin d'organiser la communauté tout en tenant pour acquis que cette édicition est l'affaire de tous. Lorsque la négociation de régulation atteint un seuil de tension tel qu'elle est paralysée, elle peut se poursuivre sous la forme d'une négociation de marchandage.

(38) La négociation valorielle a peu cours dans l'entreprise compte tenu de son objet : elle porte sur des principes, valeurs ou identités (à ce titre, elle peut se rencontrer au niveau interprofessionnel ou de la branche). Les parties définissent donc un socle de valeurs avant de les comparer, voire de reconnaître celles retenues par l'autre.

(39) J. Rojot, *La gestion de la négociation : RTD com.* 1998, p. 447 et s., spéc. p. 447.

d'être analysés à la lumière des concepts de rationalité limitée⁽⁴⁰⁾ et de pouvoir⁽⁴¹⁾. Si le premier est intrinsèque à chacune des parties, le second peut relever de l'environnement, du contexte, mais également de l'encadrement légal du processus, « le pouvoir d'une partie [reposant] sur la dépendance de l'autre à son égard »⁽⁴²⁾. Lorsqu'il entre en négociation, l'employeur se place, au moins partiellement, en situation de dépendance, dans la mesure où il abdique momentanément certaines de ses prérogatives afin de contribuer à une meilleure organisation de la communauté de travail, voire à son bien-être.

3° L'instrumentalisation politique de la négociation collective d'entreprise

11. – **Une source d'instabilité.** Entre 2005 et 2011, « près d'une dizaine de dispositifs légaux ont été créés afin d'amener les entreprises et les branches professionnelles à négocier sur de multiples thèmes (...). Ces mesures, qui visent à développer la place du droit conventionnel, peuvent prendre la forme soit d'une obligation légale d'engager une négociation collective, soit d'incitations financières associées à la conclusion d'accords collectifs »⁽⁴³⁾. Cette tendance est toujours d'actualité : le dialogue social et la norme négociée sont au cœur de débats et de projets susceptibles de trouver traduction législative au cours de l'année 2016⁽⁴⁴⁾.

12. – **Une source de responsabilités.** L'intérêt de la négociation collective est réel : renvoi de l'élaboration de la norme sociale à la responsabilité des partenaires sociaux⁽⁴⁵⁾, adaptation de la règle à la situation particulière de chaque branche ou entreprise, etc. Les participants à la négociation collective ne sont pas loin d'être des agents de l'État en ce qu'ils contribuent à mettre en œuvre des politiques publiques, donc participent « à une mutation de l'articulation entre la loi et le droit conventionnel, avec le développement d'une logique d'action publique négociée »⁽⁴⁶⁾. Une situation ambivalente est créée, l'État souhaitant un dialogue social autonome tout en intervenant pour l'encadrer⁽⁴⁷⁾. La quête d'équilibre est permanente... et difficile.

(40) La rationalité limitée permet d'analyser la négociation : « Le système de préférences de l'individu n'est pas ordonné, ses objectifs ne sont pas clairement définis, ses préférences ne sont pas explicites. Elles sont non seulement instables dans le temps, mais aussi construites par la situation. Des objectifs contradictoires ne sont pas mutuellement exclusifs. Le critère de choix est obscur et instable. Ceci signifie que le processus de choix n'est pas extérieur à la situation de choix, il influence la construction du problème autant que sa solution. À l'inverse et corrélativement la construction de la situation contraint ou développe le processus de choix » (J. Rojot, *La gestion de la négociation : RTD com.* 1998, p. 447 et s., spéc. p. 454).

(41) Le pouvoir est « ce qui permet de mobiliser des ressources vers les objectifs, pour dépasser les contraintes, pour neutraliser les ressources des adversaires et leur créer à leur tour des contraintes » ; il s'agit donc de la capacité à, par le jeu de la négociation, obtenir un résultat de la négociation favorable (J. Rojot, *La gestion de la négociation : RTD com.* 1998, p. 447 et s., spéc. p. 457).

(42) J. Rojot, *La gestion de la négociation : RTD com.* 1998, p. 447 et s., spéc. p. 459.

(43) A. Naboulet, *Les obligations et incitations portant sur la négociation collective*, Centre d'analyse stratégique, note d'analyse n° 240, p. 1.

(44) V. le traitement par le gouvernement du conflit social à Air France à la suite des événements du 5 octobre 2015, et l'instauration d'un rendez-vous annuel au plus haut niveau par l'institution des « Conférences sociales ».

(45) « Par la convention collective, les organes de la démocratie politique se déchargent du soin de régler des problèmes difficiles sur ceux qui les connaissent parce qu'ils les vivent », J. Rivero, *Convention collective et droit public : Rev. éco.* 1951, n° 1, p. 15 et s., spéc. p. 22 ; cité par M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Dalloz, 2^e éd. 1989, spéc. n° 12, p. 26.

(46) A. Naboulet, *Les obligations et incitations portant sur la négociation collective*, Centre d'analyse stratégique, note d'analyse n° 240, p. 6.

(47) *Ibid.*, p. 5.

B. – Un apport dans le droit

13. – La place occupée par la négociation collective d'entreprise en France est le fruit d'une longue histoire (1°). Parce que chaque État a la sienne, le rôle reconnu à ce mode d'élaboration de la norme sociale est souvent différent. Lorsque sont franchies les frontières : limitation (2°), cantonnement (3°) peuvent alors l'emporter.

1° Un déploiement voulu

14. – **Une interdiction.** La suppression des corporations lors de la Révolution a notamment eu pour conséquence d'exclure toute discussion de nature à conduire à la conclusion d'une convention s'apparentant à un accord collectif de travail⁽⁴⁸⁾. Toutefois, l'interdit légal⁽⁴⁹⁾ n'a pas empêché le développement de pratiques professionnelles, par exemple celle du « tarif »⁽⁵⁰⁾. La loi du 13 mars 1884 relative à la liberté syndicale porte en germe la négociation collective : la présence de syndicats ouvre la voie à la conclusion d'accords collectifs mais avec la difficulté qu'ils ne sont soumis, dans l'immédiat, qu'au seul droit civil avec la conséquence qu'ils ne sont « applicables qu'aux membres des groupements signataires »⁽⁵¹⁾.

15. – **Des tâtonnements.** La difficulté précédente contribue à l'adoption de la loi du 25 mars 1919⁽⁵²⁾. Si elle ne s'attache pas au processus même de négociation, elle traite – ce qui était alors l'essentiel – de son résultat. À la construction d'un droit légal de la négociation collective, une contribution majeure est apportée par la loi du 24 juin 1936⁽⁵³⁾ qui offre consécration à l'accord collectif de branche et en permet l'extension par arrêté ministériel... ouvrant la voie aux débats – qui n'ont jamais cessé – relatifs à la nature dualiste des accords collectifs de travail étendus. Si la loi du 23 décembre 1946, dans le contexte particulier de « l'après-guerre », va ouvrir une parenthèse marquée par le dépérissement, en un temps de fort interventionnisme étatique, de la négociation collective⁽⁵⁴⁾, le retour à son déploiement est, quatre ans plus tard, assuré.

16. – **Une reconnaissance.** La loi du 11 février 1950 renoue avec une relative liberté conventionnelle⁽⁵⁵⁾. Divers niveaux de négociation, dont l'établissement, sont

(48) La loi Le Chapelier, promulguée le 14 juin 1791, décide en son article 4 que si « des citoyens attachés aux mêmes professions, arts et métiers, prenaient des délibérations, ou faisaient entre eux des conventions tendant à n'accorder qu'à un prix déterminé le secours de leur industrie ou de leurs travaux, lesdites délibérations et conventions, accompagnées ou non du serment, sont déclarées inconstitutionnelles, attentatoires à la liberté et à la Déclaration des droits de l'homme, et de nul effet ».

(49) La loi du 10 avril 1834 a édicté des peines d'emprisonnement à l'encontre de ceux qui constitueraient des « coalitions patronales ou ouvrières » ou y adhèreraient.

(50) Par ex., la fixation du tarif des canuts en octobre 1831 à Lyon qui a suscité leur révolte un mois plus tard.

(51) N. Dauxerre, *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, PUAM, 2004, spéc. n° 5, p. 23.

(52) L. 25 mars 1919, relative aux conventions collectives de travail : JO 28 mars 1919, p. 3181 et s.

(53) L. 24 juin 1936, modifiant et complétant le chapitre IV « bis » du titre II du livre 1^{er} du Code du travail : « De la convention collective de travail » : JO 26 juin 1936, p. 6698 et s.

(54) L. n° 46-2924, 23 déc. 1946, relative aux conventions collectives de travail : JO 25 déc. 1946, p. 10932 et s. Les conventions collectives qui ne pouvaient plus être négociées qu'au niveau national des branches n'avaient plus aucun rôle dans la détermination des salaires.

(55) L. n° 50-205, 11 févr. 1950, relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail : JO 12 févr. 1950, p. 1688 et s.

distingués, rendant nécessaire l'élaboration de dispositions propres à chacun d'eux. La loi du 13 juillet 1971⁽⁵⁶⁾ y contribue de manière substantielle : après avoir posé des règles générales, elle inscrit dans le Code du travail des dispositions propres à chacun des niveaux de négociation identifiés. Mais elle va au-delà en affirmant le droit des salariés de négocier l'ensemble de leurs conditions de travail et d'emploi et de leurs garanties sociales. Toutefois, le processus d'élaboration de la norme conventionnelle n'est pas réglementé et l'accord collectif d'entreprise ne peut être utilisé qu'en tant qu'outil d'adaptation de la norme légale dans un sens nécessairement favorable aux salariés.

17. – **Un essor.** Les réticences qu'avait pu susciter l'idée que se déploie une négociation collective d'entreprise perçue comme porteuse d'un risque d'éclatement du paysage social sont balayées par la loi du 13 novembre 1982⁽⁵⁷⁾, porteuse de dispositions emblématiques, dont l'obligation annuelle de négocier sur les salaires et le temps de travail. Mais son apport n'y est pas cantonné : le processus d'élaboration des conventions ou accords collectifs est encadré ; les interlocuteurs de l'employeur, à savoir les délégués syndicaux, sont clairement identifiés ; la composition de la délégation syndicale est déterminée ; une faculté de dérogation à la norme légale par voie conventionnelle est introduite pour la fixation du contingent d'heures supplémentaires et afin de permettre l'annualisation du temps de travail. L'histoire législative française en 2004, en 2008 et, peut être en 2016, s'inscrit dans le prolongement de la séquence ouverte en 1982 tendant au renforcement du rôle de la négociation collective d'entreprise... jusqu'à l'excès selon certains, inquiets de la perspective que, par accord d'entreprise, dérogation puisse être apportée à un nombre croissant de dispositions du Code du travail. Mais qu'en est-il ailleurs ?

2° Un déploiement limité

18. – **Une limitation institutionnalisée.** Dans plusieurs États, la négociation collective d'entreprise, pour des raisons différentes, est ou était résiduelle. En Irlande, jusqu'en 2009, les négociations se tenaient essentiellement au niveau interprofessionnel ou à celui de la branche, les membres des organisations d'employeurs et de salariés s'imposant alors une discipline excluant toute dérogation⁽⁵⁸⁾. En Inde, la portée de la négociation collective dans son ensemble est limitée, essentiellement en raison du grand degré de précision de la loi qui laisse peu de marge de manœuvre aux partenaires sociaux. La culture syndicale, où le conflit est privilégié, contribue également à cette situation⁽⁵⁹⁾. En Allemagne, la négociation de branche est prépondérante, même si s'est développée la pratique des accords collectifs conclus entre l'employeur et le comité d'entreprise, notamment en vue de l'organisation du tra-

(56) L. n° 71-561, 13 juill. 1971, modifiant certaines dispositions du chapitre IV bis du titre II du livre I^{er} du Code du travail relatives aux conventions collectives de travail ainsi que certaines dispositions du titre II de la loi n° 50-205 du 11 février 2005 modifiée, relatives à la procédure de médiation : JO 14 juill. 1971, p. 6939 et s.

(57) L. n° 82-957, 13 nov. 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs de travail : JO 14 nov. 1982, p. 3414 et s.

(58) <http://fr.worker-participation.eu/Systemes-nationaux/Pays/Irlande/Negociations-collectives>.

(59) N. About et a., Rapport d'information n° 416, 25 juill. 2007 fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat à la suite d'une mission effectuée du 15 au 25 mars 2007 par une délégation chargée d'étudier les conditions de travail et d'emploi en Inde, p. 30.

vail⁽⁶⁰⁾. Ces accords sont en principe soumis aux conventions collectives de niveau supérieur conclues par des syndicats : ils ne peuvent que déterminer les modalités d'application de ces accords dans l'entreprise ou traiter des questions qu'ils n'ont pas abordées⁽⁶¹⁾. En Espagne, le législateur, en 2011⁽⁶²⁾ et 2012⁽⁶³⁾, a accru le rôle de la négociation collective d'entreprise : l'accord de branche ne s'impose plus, l'accord d'entreprise peut y déroger, l'employeur pouvant, de surcroît, écho de la crise économique, suspendre l'application de certaines clauses en cas de difficultés conjoncturelles.

19. – Une limitation organisée. La loi de la République populaire de Chine sur le travail⁽⁶⁴⁾ consacre plusieurs articles aux contrats collectifs dans un chapitre également consacré au contrat de travail. L'article 33 détermine ainsi les matières sur lesquelles ils peuvent porter⁽⁶⁵⁾ ainsi que les interlocuteurs de l'employeur dans le cadre de la négociation⁽⁶⁶⁾. Une fois conclus, ils doivent être soumis au département administratif du travail, lequel peut s'opposer à leur entrée en vigueur⁽⁶⁷⁾ : le contrôle de l'État est très strict, d'autant que la création d'un syndicat est également fortement encadrée⁽⁶⁸⁾. Si le cadre légal existe, la pratique de la négociation collective paraît limitée, notamment en raison des contrôles opérés par l'État sur les représentants des salariés et sur le contenu des accords⁽⁶⁹⁾. Même si la raison en est fort différente, la négociation d'entreprise est également quasi inexistante en Autriche, le législateur la subordonnant à une délégation des niveaux supérieurs sur des objets eux-mêmes légalement définis⁽⁷⁰⁾.

3° Un déploiement cantonné

20. – L'unité de négociation. Dans les systèmes juridiques anglo-saxons, la négociation collective se concentre au niveau de l'entreprise et de l'établissement. De

(60) Ces « pactes d'entreprises pour l'emploi et pour l'amélioration de la compétitivité » préfigurent certains dispositifs aujourd'hui développés en France (G. Bosch, *L'évolution de la négociation collective en Allemagne : une décentralisation coordonnée* : *Travail et Emploi* 2002, n° 92, p. 19 et s., spéc. p. 24).

(61) <http://fr.worker-participation.eu/Systemes-nationaux/Pays/Allemagne/Negociations-collectives>.

(62) Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva : *BOE* 11 juin 2011, p. 60070 et s.

(63) Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral : *BOE* 7 juill. 2012, p. 49113 et s.

(64) Une traduction peut en être trouvée sur le site de l'association franco-chinoise pour le développement économique qui réunit des représentants français et chinois du monde judiciaire et juridique sous l'égide du Barreau de Paris et de l'Association nationale des avocats chinois (<http://droitfrancechine.org/Documentation/La-loi-de-la-republique-populaire-de-chine-sur-le-travail>).

(65) Sont ainsi visés la rémunération, le temps de travail, les périodes de repos et de congés payés, l'hygiène et de sécurité, l'assurance et les prestations sociales.

(66) Le personnel intervient directement puisqu'il est consulté avant que le syndicat ne signe l'accord. À défaut de syndicat, ce sont les représentants élus du personnel qui sont compétents.

(67) Loi de la République populaire de Chine sur le travail, art.34.

(68) La loi sur les syndicats de la République populaire de Chine décide que « La Fédération des syndicats de Chine doit être créée en tant qu'organisation nationale unifiée » (art. 12) et que « La création d'organisations syndicales de base, de fédérations syndicales locales et d'organisations syndicales professionnelles nationales ou locales est soumise à l'approbation d'une organisation syndicale d'échelon supérieur » (art. 13) : la liberté de constitution d'un syndicat en est donc affaiblie.

(69) Il n'existe pas de statistiques fiables. Pour autant, plusieurs organisations non gouvernementales relatent de manière répétée l'absence de dialogue social au sein des entreprises chinoises. V. not. le *China Labour Bulletin*, installé à Hong-Kong pour promouvoir les droits des travailleurs chinois (<http://www.clb.org.hk/en/>) ou le *Labour Action China* (<http://www.lac.org.hk/news/en/>).

(70) <https://www.wko.at/Content.Node/Service/Arbeitsrecht-und-Sozialrecht/Arbeitsrecht/Betriebsrat---Betriebsvereinbarung---Kollektivvertrag/Betriebsvereinbarung.html>.

l'unité de négociation la définition dépend des partenaires sociaux. Aux États-Unis, le *National Labor Relations Board* intervient en cas de désaccord entre employeur et salariés pour déterminer l'unité appropriée de négociation⁽⁷¹⁾. Le processus de négociation est organisé autour de quelques principes, parmi lesquels le devoir de négocier de bonne foi en matière de salaire, temps de travail et conditions d'emploi⁽⁷²⁾. Au Royaume-Uni, est également présente l'idée que plusieurs unités de négociation peuvent coexister dans une entreprise : depuis 1999, il revient au syndicat qui demande à être admis à y négocier de la délimiter⁽⁷³⁾.

21. – **L'entreprise, niveau stérile.** La négociation collective peut également être fermement établie au niveau de l'entreprise sans remplir le rôle qui devrait être le sien. Tel est le cas dans la Fédération de Russie, où elle est régie par la loi du 11 mars 1992 sur les conventions et accords collectifs. Les premières sont exclusivement conclues au niveau de l'entreprise, entre l'employeur et un ou plusieurs représentants des salariés. En cas de représentations salariales multiples⁽⁷⁴⁾ conduisant à une pluralité de projets conventionnels, il appartiendra aux salariés de se prononcer en faveur du projet qui leur paraît le plus adéquat. Bien que les conventions collectives soient toujours conclues pour une durée déterminée, elles demeurent applicables jusqu'à l'entrée en vigueur d'un nouveau texte, ce qui permet indirectement aux syndicats majoritaires de limiter la concurrence de nouvelles organisations. L'efficacité du système est enfin souvent limitée par la faible portée des dispositions figurant dans les conventions collectives cantonnées au rôle de recommandations⁽⁷⁵⁾.

22. – **L'entreprise, niveau sur le déclin.** Au Japon, le droit de la négociation collective trouve historiquement son origine dans le système juridique américain. Dans l'entreprise, niveau de négociation prédéterminé⁽⁷⁶⁾, l'employeur peut négocier avec le ou les syndicats qui y ont été constitués, voire avec un groupement de salariés non syndiqués. Une obligation de négocier pèse sur l'employeur lorsqu'un représentant habilité des salariés demande l'ouverture de négociations. Mais l'espace laissé à la négociation d'entreprise est réduit par la pratique annuelle du *shunto*, « l'offensive de printemps », au cours de laquelle les principales confédérations syndicales demandent au patronat des augmentations de salaire⁽⁷⁷⁾. Cette

(71) Cette intervention est prévue aux sections 3 à 6 du *National Labor Relations Act* ou *Wagner Act*, adopté en 1935. – V. J. R. Grodin, *Représentativité syndicale et négociation collective* : RDT 2006, p. 336 et s., spéc. p. 337.

(72) *National Labor Relations Act*, Section 8, d : « For the purposes of this section, to bargain collectively is the performance of the mutual obligation of the employer and the representative of the employees to meet at reasonable times and confer in good faith with respect to wages, hours, and other terms and conditions of employment, or the negotiation of an agreement or any question arising thereunder, and the execution of a written contract incorporating any agreement reached if requested by either party, but such obligation does not compel either party to agree to a proposal or require the making of a concession ».

(73) *Employment Relations Act* de 1999 qui amende le *Trade Union and Labour Relations Act* de 1992. – V. S. Leader, *Représentativité syndicale et négociation collective* : RDT 2006, p. 336 et s., spéc. p. 339 et *La négociation collective*, Les documents de travail du Sénat, 2001, LC n° 88, p. 33.

(74) Assimilables à la représentation catégorielle telle qu'elle existe dans le système juridique français.

(75) Études économiques de l'OCDE : *Fédération de Russie* 2013, 2014, p. 117.

(76) T. Yamaguchi, *L'obligation de négociation collective loyale en droit japonais* : RID comp. 1984, p. 291 et s., spéc. n° 3, p. 294.

(77) The Japan Institute for Labour Policy and Training, *Labor Situation in Japan and Its Analysis – General Overview* 2013-2014, p. 118 et s.

pratique tend, ces dernières années, à affaiblir le rôle de la négociation d'entreprise, l'accord conclu au niveau national s'appliquant ensuite dans la plupart des petites et moyennes entreprises⁽⁷⁸⁾.

II. – Des incertitudes normatives

23. – Le développement de la négociation collective d'entreprise en France est parfois freiné par des incertitudes normatives qui tiennent à des faveurs propres au droit français (A) qu'aggravent les lacunes relevées au niveau international et européen (B).

A. – Facteurs internes

24. – **Instabilité légale.** L'instabilité du *corpus* législatif français vaut pour toutes les disciplines. Il frappe le droit du travail à l'égal du droit de la protection sociale, du droit fiscal ou du droit de la consommation... et de tant d'autres. Les règles qui gouvernent la négociation collective d'entreprise n'y échappent pas, d'où résulte parfois une certaine défiance envers un mécanisme que les acteurs concernés mettent des mois à s'approprier, voire une vision négative de ce qui est assimilé à une contrainte. Ainsi, en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, une obligation annuelle de négocier a été créée par la loi du 9 mai 2001⁽⁷⁹⁾, avant d'être modifiée en 2006⁽⁸⁰⁾, 2010⁽⁸¹⁾, 2014⁽⁸²⁾ et 2015⁽⁸³⁾. Un tel thème, qui induit un travail de fond sur l'évolution de comportements des personnes composant la communauté de travail, ne peut être sérieusement envisagé lorsque, à peine sorties de la négociation, la teneur de l'obligation qui pèse sur les parties a changé. Cette instabilité, flagrante, également sensible dans le domaine de la durée et de l'organisation du temps de travail, dessert le développement de la négociation collective, affaiblissant la confiance que les parties peuvent placer dans l'adoption d'une norme adaptée à la communauté de travail.

25. – **Instabilité jurisprudentielle.** S'ajoute à l'inconstance de la loi le risque contentieux et les variations de la jurisprudence. Ainsi, les différences de traitement entre catégories professionnelles, courantes dans les conventions et accords collectifs de travail à quelque niveau que ce soit, ont d'abord supposé que l'employeur apporte la preuve de l'existence de raisons objectives et pertinentes les justifiant⁽⁸⁴⁾ avant que la Cour de cassation n'inverse la charge de la preuve en présumant la licéité

(78) L. Jung, *Présentation du droit japonais du travail*, OIT (http://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS_158864/lang--fr/index.htm).

(79) L. n° 2001-397, 9 mai 2001, relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : *JO* 10 mai 2001, p. 7320 et s.

(80) L. n° 2006-340, 23 mars 2006, relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes : *JO* 24 mars 2006, p. 4440 et s.

(81) L. n° 2010-1330, 9 nov. 2010, portant réforme des retraites : *JO* 10 nov. 2010, p. 20034 et s.

(82) L. n° 2014-873, 4 août 2014, pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : *JO* 5 août 2014, p. 12949 et s.

(83) L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi : *JO* 18 août 2015, p. 1436 et s.

(84) Cass. soc., 20 févr. 2008, n° 05-45.601 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 39. – Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, n° 07-42.675 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 168. – Cass. soc., 7 avr. 2010, n° 08-44.865 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 86. – Cass. soc., 8 juin 2011, n° 10-14.725 : *Bull. civ.* 2011, V, n° 155.

des dispositions catégorielles négociées et signées « 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 »⁽⁸⁵⁾. La conjonction des sources d'instabilité n'est assurément pas le meilleur moyen d'offrir à la négociation collective le déploiement espéré par les pouvoirs publics... Mais il est aussi d'autres difficultés.

B. – Facteurs externes

26. – Un silence partiel. La Charte sociale européenne, adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe, impose aux États en son article 6, de « promouvoir, lorsque cela est nécessaire et utile, l'institution de procédures de négociation volontaire entre les employeurs ou les organisations d'employeurs, d'une part, et les organisations de travailleurs d'autre part, en vue de régler les conditions d'emploi par des conventions collectives ». Dans le cercle de l'Union européenne, la Charte des droits sociaux fondamentaux proclame, en son article 28, « le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés ». Pour autant, les incertitudes sont nombreuses lorsque l'entreprise engage une négociation avec une organisation syndicale européenne ou le comité d'entreprise européen. Le processus de négociation n'est pas déterminé ; la portée de l'accord est indéfinie, ce qui conduit en bien des cas à essayer d'en obtenir la transposition par voie d'accords locaux.

27. – Un silence total. Au-delà du cadre européen, la négociation d'accords transnationaux avec des organisations internationales ou des instances internationales de représentation du personnel est également source d'interrogations. Les conventions de l'Organisation internationale du travail reconnaissent le droit à la négociation⁽⁸⁶⁾, mais ne régissent pas son application dans l'ordre international. L'accord conclu est d'abord un *gentleman's agreement*. Aller au-delà suppose d'en assurer la transposition par le jeu d'accords collectifs conclus, État par État, conformément aux règles en vigueur dans chacun d'entre eux.

28. – Un vacarme salvateur ? Le régime et le rôle de la négociation collective, et plus particulièrement de celle qui se tient dans l'entreprise, sont source de débats en bien des lieux, que ce soit dans le périmètre d'un État ou au-delà. À ces interrogations, la France n'échappe pas, singulièrement en ces temps qu'agite le rapport relatif à « la négociation collective, le travail et l'emploi » présenté par le président de la section sociale du Conseil d'État⁽⁸⁷⁾. Les questions sont multiples, porteuses d'enjeux qui, parfois, peuvent être de pouvoir : faut-il modifier le mode de représentation des salariés ? Faut-il passer d'une négociation additionnelle à une négociation de gestion ? Faut-il continuer à donner place à une « négociation administrée »⁽⁸⁸⁾ ? Faut-il persévérer dans la voie des obligations de négocier ?

(85) Cass. soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, à paraître au bulletin.

(86) Conv. OIT n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949 ; Conv. OIT n° 154 sur la négociation collective, 1981.

(87) J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, France Stratégie, 2015.

(88) *Ibid.*, p. 27, pt 4.3.

Faut-il, plus profondément, continuer à privilégier l'entreprise comme lieu majeur de négociation ? Le niveau de négociation adéquat (Première partie), la conduite du processus de négociation jusqu'au terme heureux où un accord est conclu – jusqu'au jour où, peut être, il alimentera quelque contentieux – (Deuxième partie), sont au cœur d'échanges où considérations politiques et juridiques se mêlent, non sans éclats...

LE NIVEAU DE NÉGOCIATION

29. – Comme de nombreux livres du Code du travail, le Livre II, relatif à « la négociation collective. Les conventions et accords collectifs de travail », débute par la définition de son champ d'application : aux termes de l'article L. 2211-1, « les dispositions du présent livre sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés. Elles sont également applicables : 1° Aux établissements publics à caractère industriel et commercial ; 2° Aux établissements publics à caractère administratif lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé ». Plusieurs niveaux de négociation sont ensuite envisagés⁽¹⁾, les règles applicables à chacun d'eux étant alors définies.

30. – Avant la recodification intervenue en 2008⁽²⁾, une section⁽³⁾ intitulée « Conventions et accords collectifs d'entreprise » regroupait les trois niveaux de négociation que sont l'établissement, l'entreprise et le groupe. Le titre même de cette section, notamment⁽⁴⁾, conduit le juriste à considérer que, dans le cadre de la négociation collective d'entreprise, le niveau de principe est celui de l'entreprise (Titre 1). Mais le régime de l'accord d'entreprise a également vocation à se déployer en deçà et au-delà de celle-ci : au niveau des établissements et du groupe sans aucun doute, mais aussi peut-être au sein des unités économiques et sociales (Titre 2).

(1) Le législateur donne la qualité de niveau de négociation à l'interprofession (C. trav., art. L. 2232-1), la branche ou la profession (C. trav., art. L. 2232-5), l'entreprise, l'établissement et le groupe (C. trav., art. L. 2232-11, L. 2232-12 *in fine* et L. 2232-30).

(2) Ord. n° 2007-329, 12 mars 2007, ratifiée par la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008 (JO 22 janv. 2008, p. 1122 et s.) et les décrets n° 2008-243 (JO 12 mars 2008, p. 4482) et n° 2008-244 (JO 12 mars 2008, p. 4482 et s.) du 7 mars 2008, ont procédé à celle-ci.

(3) Anc. C. trav., art. L. 132-18 et s.

(4) Plaide également en ce sens le fait que les différentes sous-sections du Code du travail, en sa version postérieure à la recodification, ont trait aux « entreprises pourvues d'un ou plusieurs délégués syndicaux » (C. trav., art. L. 2232-12 et s.) et aux « entreprises dépourvues de délégués syndicaux » (C. trav., art. L. 2232-21 et s.), laissant ainsi de côté le niveau de l'établissement. De plus, aux termes du second alinéa de l'article L. 2232-16, il apparaît que le régime de l'accord d'établissement est calqué sur celui de l'accord d'entreprise. Va également en ce sens le fait que les effets de l'accord de groupe sont les mêmes que ceux de l'accord d'entreprise (C. trav., art. L. 2232-33).

L'ENTREPRISE

31. – L'entreprise n'est plus ce qu'elle était ! Initialement, dans le monde médiéval, une entreprise désignait une opération militaire à vocation offensive⁽¹⁾. À partir de la fin du XVI^e siècle, la locution est associée à tout empiètement injustifié sur les biens des personnes ou sur leurs droits⁽²⁾. Elle apparaît également dans le lexique judiciaire, comme adjectif, pour qualifier une décision contre laquelle un recours a été formé⁽³⁾. Enfin, elle est utilisée en tant que véritable adjectif, issu du verbe « entreprendre », comme l'action de s'assigner un objectif, d'engager un projet⁽⁴⁾. C'est dans cette dernière signification qu'il faut chercher l'origine de la notion d'entreprise telle qu'elle est entendue aujourd'hui.

32. – De la difficile définition d'un terme usuel. Souvent, le sens du terme « entreprise » dépend du contexte dans lequel son utilisateur le place : le monde de l'entreprise, la vie de l'entreprise, l'entreprise sportive ou financière recouvriront différentes réalités en fonction de la teneur de la conversation. « La notion d'entreprise fourmille donc d'opinions et de croyances contradictoires qui rendent illusoire tout accord sur son contenu exact. Le mieux serait de pouvoir s'en passer. Mais cela est impossible, car l'entreprise est aussi une notion incontournable »⁽⁵⁾. Certaines institutions doivent la définir afin de l'utiliser. Ainsi, pour l'Institut national de la statistique et des études économiques, « l'entreprise est la plus petite combinaison d'entités légales qui constitue une unité organisationnelle de production de biens et de services jouissant d'une certaine autonomie de décision, notamment pour l'affectation de ses ressources courantes »⁽⁶⁾. Cette définition fait avant tout de l'entreprise un opérateur économique ; mais, pour les juristes, elle est plus que cela.

(1) On retrouve cette acception dans la littérature, par exemple dans *La reine Margot* d'A. Dumas où le roi de Navarre, futur Henri IV, s'adresse au roi de France, Charles IX : « On parle d'une entreprise contre les Flandres et je réunis autour de moi tous ceux de mon pays et des environs que je crois pouvoir être utiles à Votre Majesté ». Cette acception n'est pas complètement tombée en désuétude, M. Juppé, alors secrétaire général du RPR, l'ayant utilisée pour qualifier l'action du gouvernement serbe en 1992 (*Les Échos* 19 août 1992, n° 16204).

(2) On peut la retrouver dans les charges exercées, en matière pénale, par l'intendant du roi qui était, notamment, compétent pour « poursuivre et réprimer dans les plus brefs délais (...) toute entreprise contre le roi, l'État et ses agents » (A. Rigaudière, *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne*, Economica, 4^e éd. 2010, spéc. p. 728).

(3) G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd. 2014, p. 406, V^o *Entrepris, ise*.

(4) C'est en ce sens que le terme « entreprise » est utilisé par J.-J. Rousseau dans les premières lignes des *Confessions* : « Je forme une entreprise qui n'eut jamais d'exemple, et dont l'exécution n'aura point d'imitateur ».

(5) A. Supiot, *Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise : RTD com.* 1985, p. 621 et s.

(6) [Http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/entreprise.htm](http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/entreprise.htm), consulté le 31 août 2015.

33. – De la difficile qualification juridique de la notion d’entreprise. Le législateur emploie la notion d’entreprise en de nombreuses dispositions codifiées⁽⁷⁾. Ici encore, du contexte dans lequel elle est évoquée dépend son sens. Le juriste est placé dans une « étrange situation : l’une des réalités les plus centrales de la vie collective demeure orpheline de sa propre expression juridique ! Comme si le droit abdiquait son immense potentiel de créativité au seuil d’une forme sociale trop hétérogène pour être subsumée sous un concept et un régime unifiants »⁽⁸⁾. Aujourd’hui encore, le débat juridique sur la notion d’entreprise, s’il a perdu sa « verdeur et sa rudesse idéologiques et/ou doctrinales »⁽⁹⁾, demeure (Chapitre 1), sans entraver pour autant son évolution comme cadre privilégié de la négociation collective (Chapitre 2).

(7) Une recherche rapide sur Légifrance permet de recenser la locution, notamment dans le Code des marchés publics, le Code de commerce, le Code de la propriété intellectuelle, le Code de la consommation, le Code général des impôts, le Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile, le Code du domaine de l’État, le Code électoral, le Code général des collectivités territoriales, le Code de procédure civile, le Code pénal, le Code civil, le Code de procédure pénale, le Code de la sécurité sociale, le Code du sport et le Code du travail.

(8) J. Le Goff, *Entreprise et institution : retour sur un débat crucial*, in *Les acteurs de l’histoire du droit du travail*, PUR, 2004, p. 83.

(9) P.-Y. Verkindt, *L’entreprise*, in *Les notions fondamentales du droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 43 et s., spéc. n° 60, p. 43.

C H A P I T R E 1

L'IDENTIFICATION DE L'ENTREPRISE

34. – Utilisée par le législateur à de multiples reprises⁽¹⁾, la notion d'entreprise ne reçoit pourtant de lui aucune définition. La jurisprudence et la doctrine se sont donc attachées, depuis de nombreuses années⁽²⁾, à en dégager les traits (Section 1). Une fois appréhendée, la notion d'entreprise peut recevoir diverses traductions juridiques (Section 2).

S E C T I O N 1

L'analyse juridique de l'entreprise

35. – Le doyen Ripert, en 1946, énonce le cadre de sa recherche consacrée aux aspects juridiques du capitalisme moderne : « c'est une institution nouvelle qu'il faut imaginer, une institution et non un contrat. Cette institution n'a pas encore de traits précis. Il faut essayer de les tracer. Peu à peu elle prendra corps »⁽³⁾. Il ne sera pas le seul à reprendre ainsi la pensée développée par le doyen Hauriou au début du XX^e siècle à propos de la justification de la légitimité patronale⁽⁴⁾. Le professeur Durand envisage le premier la notion d'entreprise en droit du travail en 1947⁽⁵⁾ : dans les décennies suivantes, le débat relatif à la nature contractuelle ou institutionnelle de l'entreprise suscitera de nombreuses études (Sous-section 1). Quel que soit le courant auquel le juriste adhère, un intérêt particulier, propre et commun à tout ce qui constitue l'entreprise, semble émerger (Sous-section 2).

(1) On dénombre dans la partie législative du Code du travail plus de 1 400 articles dans lesquels la locution « entreprise » est usitée.

(2) On peut notamment relever le rapport du professeur Durand publié dans les *Travaux de l'Association Henri Capitant* (1948, p. 45-60) qui a posé les bases du débat sur la notion juridique d'entreprise, et la thèse du professeur Despax intitulée *L'entreprise et le droit* (LGDJ, 1957).

(3) G. Ripert, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^e éd. 1951, spéc. n° 125, p. 278.

(4) M. Hauriou, *Principes du droit public*, Sirey, 1910.

(5) P. Durand, *La notion juridique d'entreprise*, in *Trav. Assoc. H. Capitant*, 1948.

L'affirmation de l'institution « entreprise »

36. – Si le contrat appartient au champ du juridique (§ 1), il en va différemment pour l'institution qui relève plutôt du fait sociétal⁽⁶⁾ (§ 2).

§ 1. – Une thèse contractuelle contestable

37. – Selon la thèse contractuelle, le pouvoir de l'employeur trouve son origine, d'une part, dans le droit de propriété qu'il exerce sur les moyens de production et, d'autre part, dans la somme des contrats de travail dont l'un des critères est la subordination des salariés. L'entreprise n'est pas une notion juridique autonome ; elle n'est qu'un agrégat de contrats.

38. – **L'entreprise, un groupe de contrats ?** La qualification de groupe de contrats pourrait être envisagée. Cette théorie, qui appartient au droit civil, initiée par le professeur Teyssié⁽⁷⁾, distingue deux catégories de groupes : les chaînes de contrats, lorsque ceux-ci ont un objet commun, et les ensembles de contrats, quand une seule et même cause peut être identifiée. L'entreprise, en tant que groupe de contrats, relèverait plutôt de la seconde catégorie en ce que tous sont, *a priori*, conclus en vue d'un objet économique dans le cas d'une société ou d'un objet social dans le cas d'une association.

39. – L'analyse de la finalité même de la notion de groupe de contrats et des conséquences qui résultent de cette appellation tend à l'écartier pour caractériser l'entreprise. En effet, la notion de groupe de contrats, telle qu'elle est entendue par la doctrine⁽⁸⁾, a essentiellement pour objet de « nier aux membres d'un même groupe la qualité de tiers les uns par rapport aux autres »⁽⁹⁾ : toute action en responsabilité délictuelle est alors impossible. Les tiers à un contrat, membres du même groupe contractuel, disposent à l'égard du débiteur défaillant d'une action uniquement contractuelle. Or, un salarié pourra toujours engager une action en responsabilité délictuelle contre un autre salarié, par exemple pour harcèlement moral : la notion d'entreprise ne peut donc être rattachée à celle d'ensemble de contrats. La qualification de groupe de contrats doit être écartée.

40. – **L'entreprise, système planétaire contractuel ?** L'image du système planétaire peut être utilisée pour illustrer la connexité existant entre les contrats qui

(6) Par « sociétal », il faut entendre l'ensemble des éléments rattachables à l'organisation culturelle, économique, politique de la société. L'entreprise est alors entendue comme constituant l'un des acteurs de l'évolution de la société. Une telle assertion se rencontre initialement dans la vision de l'entreprise et la place du travail développée par l'Église catholique dans deux encycliques, *Rerum Novarum* (1891) et *Laborem exercens* (1981). Elle a pu être longtemps reprise, dans la pratique, avec la figure du « patron paternaliste » où l'employeur se met dans une position dans laquelle il considère ses salariés comme des enfants. Il est alors seul juge de ce qui est bon pour eux. En certains domaines, l'État donne un véritable rôle sociétal à l'entreprise : celle-ci est alors un vecteur de l'action étatique et de la politique gouvernementale. Tel est notamment le cas, depuis quelques années, en matière d'égalité entre les hommes et les femmes.

(7) B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975.

(8) M. Bacache-Gibeili, *Les obligations – La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 2^e éd. 2012, n^{os} 103 et s., p. 108 et s.

(9) *Ibid.*, spéc. n^o 103, p. 109.

composent l'entreprise. Pour le doyen Ripert, « la notion d'entreprise consiste uniquement dans un faisceau de droits de propriété formé par l'entrepreneur pour la meilleure utilisation des biens qui lui appartiennent »⁽¹⁰⁾. L'identification de l'entrepreneur-employeur revêt alors une grande importance : il organise l'exploitation des biens dont il est propriétaire. L'acte juridique qui permet la détermination de l'employeur⁽¹¹⁾ est l'étoile du système planétaire entreprise, fixant le dénominateur commun de toutes les planètes contractuelles gravitant autour d'elle.

41. – Ces dernières représenteraient les différentes catégories de contrats qui peuvent cohabiter au sein de l'entreprise : contrats de bail, de prêt, de prestation de service, de vente ou d'achat, de travail... À chacune de ces planètes correspondrait un régime contractuel particulier : les contrats commerciaux, tels que les contrats de vente ou les contrats de distribution, ne répondent pas aux mêmes règles de validité et d'exécution que les contrats de travail ou les accords collectifs conclus au sein de l'entreprise. Pour autant, l'employeur tel que mis en lumière par l'astre – contrat de société par exemple – serait présent en tant que partie contractante dans tous ceux-ci. S'il justifie l'appartenance à un même système planétaire, le rayonnement patronal ne permet cependant pas d'expliquer ce qui contraint les différentes planètes à graviter autour de l'étoile. Il est impropre à révéler l'évolution et le mouvement des différents corps célestes⁽¹²⁾. Au-delà du « réseau de contrats dans lequel se résout juridiquement l'entreprise »⁽¹³⁾, l'avènement de la doctrine institutionnelle pourrait permettre de révéler les composants de cette force gravitationnelle.

§ 2. – Une thèse institutionnelle convaincante

42. – La vision institutionnelle de l'entreprise s'est développée en réaction à la thèse contractuelle⁽¹⁴⁾ et individualiste. L'objectif est d'expliquer l'imbrication entre le travail et le capital, d'identifier la formule mathématique de la force gravitationnelle si l'on reprend l'image précédemment évoquée, en rejetant le libéralisme économique⁽¹⁵⁾ comme le marxisme⁽¹⁶⁾.

43. – **Les origines : le début du XX^e siècle, M. Hauriou.** Le premier explorateur de la notion d'institution est le doyen Hauriou⁽¹⁷⁾. Son objet d'étude était alors l'administration publique. Dans la théorie qu'il développe, différents éléments, qui pourraient

(10) G. Ripert, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^e éd. 1951, spéc. n° 120, p. 268.

(11) Il peut s'agir du contrat de société tel que défini au premier alinéa de l'article 1832 du Code civil (« La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager les bénéfices ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ») ou des statuts d'une association.

(12) Le contrat s'inscrit dans l'instantanéité. Il fige les positions des parties à un instant donné.

(13) A. Supiot, *Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise : RTD com.* 1985, p. 621 et s., spéc. p. 623.

(14) « Institution, c'est une expression à la mode mais qui reste vague, car elle a été créée par l'opposition à l'idée de contrat », G. Ripert, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^e éd. 1951, spéc. n° 126, p. 278.

(15) Selon cette théorie, développée notamment par Adam Smith, *l'homo-economicus* est consacré en ce qu'il fonde l'intérêt de chaque individu. Au sein d'un ensemble, la somme de ses intérêts conduit à l'intérêt général. L'individualisme prime donc.

(16) Le marxisme est notamment fondé sur la lutte entre le capital et le travail : dans l'entreprise capitaliste, le travailleur est considéré comme un tiers asservi à l'entreprise en raison du lien de subordination.

(17) M. Hauriou, *Principes du droit public*, Sirey, 1910.

être disparates, sont rassemblés par l'effet de « l'idée d'œuvre ou d'entreprise »⁽¹⁸⁾. Il distingue les institutions « choses », qui correspondent à l'ensemble des règles de droit applicables à un objet déterminé⁽¹⁹⁾, et les institutions « idées, corps ou personnes », qui sont autonomes et élaborent en leur sein des règles de droit grâce au pouvoir de gouvernement interne qu'elles induisent nécessairement. C'est sous cette seconde catégorie que le doyen Hauriou aurait probablement placé l'entreprise.

44. – **L'extension : le milieu du XX^e siècle, P. Durand.** La transposition de la thèse institutionnelle à l'entreprise n'est pas le fait de son initiateur, mais du professeur Durand. En droit du travail, la relation de travail est centrale. L'examen du système planétaire « entreprise » se limite donc, essentiellement, à l'observation de la planète « contrats de travail » avec le soleil « contrat de société ». Si les relations individuelles ont pour fondement les contrats de travail, donc le droit civil, celui-ci est insuffisant pour régir les relations collectives. Dépassant l'analyse de Legal et Brèthe de la Gressaye⁽²⁰⁾ pour lesquels l'entreprise est fondée sur l'idée de « collectivité hiérarchisée dont les membres doivent se plier aux exigences imposées par la fin qui leur est commune »⁽²¹⁾, Paul Durand considère que l'entreprise procède de l'effacement des contrats de travail devant la communauté.

45. – L'entreprise est alors composée de l'entrepreneur et du personnel. Ce dernier utilise les biens mis à sa disposition par le premier afin de réaliser « l'idée d'œuvre ou d'entreprise ». Dès lors, l'entreprise « est (...) une institution, dont l'essor résulte à la fois du déclin du contrat de travail (celui-ci, dont le rôle se trouve refoulé par la réglementation de l'entreprise, cède du terrain au profit de la notion de relation de travail) et des atteintes portées au droit de propriété »⁽²²⁾. Elle est également l'illustration de la réunion des pouvoirs, tels que distingués dans la sphère publique, en une seule main : au sein de l'entreprise, l'employeur exerce à la fois le pouvoir exécutif à travers son pouvoir de direction, le pouvoir législatif lorsqu'il établit le règlement intérieur en application de l'article L. 1321-1 du Code du travail, et le pouvoir judiciaire lorsqu'il mène une procédure disciplinaire à l'encontre d'un salarié et qu'il prononce une sanction.

46. – Les membres de l'entreprise se soumettent au pouvoir de l'employeur en raison de leur appartenance à la communauté constituée. De celle-ci peut se déduire un lien qui s'impose au rapport contractuel, le lien d'entreprise⁽²³⁾. Ce dernier permet de justifier, notamment, le maintien des contrats de travail prévu à l'article L. 1224-1 du Code du travail en cas de changement dans la situation juridique de l'employeur. Dans ce cas, le lien d'entreprise prime sur le lien contractuel

(18) L'institution est ainsi définie par Hauriou : « 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 » (M. Hauriou, *Théorie de l'institution et de la fondation*, in *Cahiers de la nouvelle journée*, 1925, n° 4, p. 96).

(19) Tel est le cas de la propriété ou du mariage.

(20) A. Legal et J. Brèthe De La Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, LGDJ, 1938.

(21) N. Catala, *L'entreprise*, Dalloz, 1980, spéc. n° 140, p. 146.

(22) N. Catala, *L'entreprise*, Dalloz, 1980, spéc. n° 140, p. 147.

(23) A. Brun, *Le lien d'entreprise* : JCP 1962, doct. 1719.

puisque la partie cocontractante commune à tous les contrats de travail est modifiée par l'effet de la loi afin de maintenir l'emploi. Dès lors, certains auteurs ont pu avancer l'idée de doter l'entreprise de la personnalité morale afin de donner une assise au lien d'entreprise.

47. – De l'hypothétique naissance d'un sujet de droit à la critique de la thèse institutionnelle, de Despax à aujourd'hui. Aux termes de la théorie développée par le professeur Despax⁽²⁴⁾, l'entreprise, « en voie d'évolution, de développement, est un sujet de droit naissant »⁽²⁵⁾. S'inscrivant dans la thèse institutionnelle en ce qu'il fonde son raisonnement sur la distinction entre l'entreprise et l'entrepreneur⁽²⁶⁾, il aspire à une certaine ascension pour son objet d'étude : elle « passe de la condition d'objet de droit à la dignité de personne juridique »⁽²⁷⁾, devenant alors titulaire de droits et d'obligations.

48. – Cette consécration de la communauté de travail en tant qu'organisation dont se détache une volonté collective tombe sous le coup de la principale critique adressée à la thèse institutionnelle. Reconnaisant l'existence d'une communauté unissant le personnel et le chef d'entreprise, elle est rejetée par une partie de la doctrine qui considère que l'affirmation « qu'il existe une sorte d'harmonie préétablie à la fois entre les intérêts des associés et ceux de la collectivité (consommateurs, pouvoirs publics), et entre les intérêts des associés et ceux des travailleurs salariés »⁽²⁸⁾ n'est qu'une « mystification, inconsciente ou consciente, tendant à atténuer l'acuité des luttes sociales et à faire oublier aux salariés leurs véritables intérêts »⁽²⁹⁾. Mais cette condamnation de la thèse institutionnelle ne s'accompagne pas d'un système doctrinal permettant de caractériser l'entreprise : les auteurs de ce jugement sans appel ne s'aventurent pas dans la construction de celui-ci, se limitant à exprimer leur opposition aux propositions avancées par d'autres qu'eux.

49. – La notion d'entreprise, ou à tout le moins sa définition, semble ne plus susciter les mêmes envolées passionnées. Les termes du débat conduisent à mettre en exergue certains éléments dont le poids variera en fonction du contexte. L'entreprise ne peut être enfermée dans une théorie, et il n'est peut-être pas nécessaire de lui donner la personnalité morale, qualité dont elle n'a probablement pas besoin⁽³⁰⁾. La personnification, proposée pour l'institution par le professeur Hauriou⁽³¹⁾, pourrait

(24) M. Despax, *L'entreprise et le droit*, LGD, 1957.

(25) N. Catala, *L'entreprise*, Dalloz, 1980, spéc. n° 143, p. 151.

(26) Ce distinguo se justifie notamment lorsque l'analyse tend à reconnaître une communauté composée de l'entrepreneur et de l'ensemble des salariés.

(27) C. Champaud, *Les fondements sociétaux de la « doctrine de l'entreprise »*, in *Aspects organisationnels du droit des affaires : Mél. J. Paillusseau*, Dalloz, 2003, p. 157.

(28) G. et A. Lyon-Caen, *La doctrine de l'entreprise*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p. 601 et s., spéc. p. 620.

(29) G. Lambert, *Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise*, in *Mél. P. Kayser*, PUAM, 1979, t. II, p. 77 et s., spéc. p. 93.

(30) L'absence de personnalité morale de l'entreprise n'empêche ni le législateur ni le juge d'en faire un sujet du droit sur lequel reposent un certain nombre d'obligations. Cette « reconnaissance implicite de la personnalité de l'entreprise » (M. Despax, *L'évolution du droit de l'entreprise*, in *Les orientations sociales du droit contemporain : Mél. J. Savatier*, PUF, 1992, p. 177 et s., spéc. note 6, p. 179) lui confère une souplesse qu'une reconnaissance explicite lui enlèverait.

(31) L'institution est l'« organisme social dans lequel ceux qui détiennent le pouvoir se soumettent à l'idée qui anime l'entreprise ; c'est-à-dire s'attachent à accomplir leur fonction au lieu d'user de leur idée pour des fins égoïstes. Cette soumission des dirigeants à l'idée mère de l'entreprise a pour résultat de donner à l'organisation sociale considérée une unité et une autonomie pouvant aller de la simple individualité juridique jusqu'à la personnalité. De plus, à l'intérieur

être étendue à l'entreprise. Elle traduit l'existence d'une volonté collective caractérisée au sein de cette dernière qui nécessite la détermination d'un intérêt collectif propre, distinct des intérêts particuliers, celui de l'entreprise.

S O U S - S E C T I O N 2

L'émergence de l'intérêt de l'entreprise

50. – Comme la notion d'entreprise, celle d'intérêt de l'entreprise ne bénéficie pas d'une définition légale ou jurisprudentielle claire. C'est à travers son utilisation que le juriste doit en discerner les contours. En France, des acteurs institutionnels tels que le Conseil national du patronat français ont participé à la caractérisation de l'intérêt de l'entreprise avec comme angle d'attaque l'intérêt social. Il « peut ainsi se définir comme l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de celles de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt général commun qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise »⁽³²⁾.

51. – C'est cet intérêt général commun, envisagé comme supérieur, qui justifie la réunion et donc l'évanouissement, à son profit (§ 2), des différents intérêts individuels (§ 1).

§ 1. – L'effacement des intérêts nés du contrat

52. – En matière contractuelle, l'intérêt des parties est « ce que chacun poursuit dans une opération et que chacun doit respecter chez l'autre »⁽³³⁾. Dans l'appréhension de la force gravitationnelle qui contraint la planète « contrats de travail » à tourner autour du soleil « contrat de société », il est nécessaire de caractériser les différents intérêts individuels au sein de ces deux catégories de contrats. Le noyau solaire est alors constitué de l'intérêt social entendu de manière restrictive (I), l'intérêt individuel de chacun des salariés pouvant constituer une part du noyau planétaire (II).

I. – L'intérêt social

53. – La notion d'intérêt social a donné lieu à des débats doctrinaux à compter des années 1970. Aujourd'hui, elle n'est pas clairement définie, ouvrant la voie à des interrogations, notamment sur les différents sens dans lesquels elle est entendue ou sur son caractère collectif. Un point ne semble toutefois pas souffrir de doute : l'intérêt social est intimement lié à l'idée de profit.

de l'institution, la situation juridique des dirigeants et des membres est réglée en tenant compte non seulement des droits en présence mais aussi de l'intérêt supérieur du groupe et de l'idée d'entreprise qui l'anime » (M. Hauriou, *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, 1943, p. 25).

(32) Rapport conjoint du CNPF et de l'AFEP sur le conseil d'administration des sociétés cotées en bourse de juillet 1995, dit « Viénot 1 », p. 8.

(33) G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd. 2014, spéc. p. 563, V^o *Intérêt des parties, des tiers*.

54. – Un intérêt polymorphe ? Selon certains auteurs, l'intérêt social peut revêtir plusieurs formes⁽³⁴⁾ : parfois restreint au seul intérêt des associés, il pourrait également être l'intérêt de l'entreprise dans son ensemble en tant qu'institution, regroupant les intérêts des associés et ceux des cocontractants de la société, personne morale, tels que les salariés. Cette seconde signification doit, ici, être écartée, la vision restrictive étant retenue. En effet, considérant qu'il trouve son origine dans le contrat de société, « l'intérêt social fait référence au caractère collectif de ce contrat, mais le contrat collectif reste un contrat »⁽³⁵⁾. Il pourra être entendu comme la somme des intérêts des actionnaires, considérés comme convergents, celui de chacun d'eux pouvant être distingué. L'article 1833 du Code civil éclaire le propos : « toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ».

55. – Un intérêt collectif ? L'illusion d'un intérêt collectif doit être dissipée. « L'intérêt commun est l'intérêt de chacun des associés, identique pour tous, tel qu'il est défini dans l'acte de société ; c'est un intérêt personnel mais objectivé par son inscription dans le pacte social ; il se définit par référence à la cause du contrat de société, à savoir l'enrichissement de l'ensemble des parties contractantes par la réalisation de l'objet social »⁽³⁶⁾. L'intérêt social reflète la « volonté de tous » et non une « volonté générale » au sens où les entend Jean-Jacques Rousseau⁽³⁷⁾. Ainsi, bien que concernant l'ensemble des actionnaires, la notion d'intérêt social est utilisée par le juge presque exclusivement dans des cas où un seul d'entre eux peut être touché, par exemple en raison d'un abus de majorité, les actionnaires majoritaires votant une résolution contraire à l'intérêt social, à leur seul profit, donc au détriment du ou des actionnaires minoritaires⁽³⁸⁾.

56. – Un intérêt tourné vers la recherche du profit. Les associés vont avant tout chercher à s'enrichir à travers la réalisation de l'objet social : « la société a pour objet la réalisation du plus important bénéfice social dans le seul intérêt des associés »⁽³⁹⁾. La première raison de la réunion des volontés des associés est leur enrichissement personnel. Dès lors, à partir du moment où ils y consentent, les associés « sont libres de décider du sort de la société, par exemple en décidant sa dissolution alors même qu'elle serait économiquement viable »⁽⁴⁰⁾. L'atteinte de l'objectif de partage des bénéfices doit être conforme aux règles légales et réglementaires ; elle ne doit pas se faire au détriment des obligations de la société à l'égard de tiers au contrat de société, tels les salariés⁽⁴¹⁾.

(34) V. not. J. Mestre, *Lamy Sociétés commerciales* 2012, n° 1486.

(35) A. Viandier, *La notion d'associé*, LGD, 1978, spéc. n° 137.

(36) M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 25^e éd. 2012, spéc. n° 394.

(37) Dans *Du contrat social aux principes de droit politique*, Rousseau distingue la « volonté de tous » qui est une somme d'intérêts individuels alors que la « volonté générale » renvoie à l'intérêt commun.

(38) Cass. com., 18 avr. 1961 : *Bull. civ.* 1961, III, n° 175. L'atteinte à l'intérêt social est l'une des deux conditions exigées par la Cour de cassation pour caractériser un abus de majorité. La seconde est la décision en filigrane de laquelle apparaîtrait le dessein de favoriser les actionnaires majoritaires.

(39) D. Schmidt, *De l'intérêt social* : JCP E 1995, 488.

(40) M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 25^e éd. 2012, spéc. n° 394.

(41) L'intérêt social est alors « un impératif de conduite, une règle déontologique, voire morale, qui impose de respecter un intérêt supérieur à son intérêt personnel » (M. Cozian et A. Viandier, *Droit des sociétés*, Litec, 11^e éd. 1998, spéc. n° 466).

II. – L'intérêt du salarié

57. – La recherche de l'intérêt qui pousse chaque salarié à mettre sa personne au service de l'employeur conduit à s'interroger sur les raisons qui mènent l'individu vers le travail. Celui-ci « constituerait un élément fondamental de la condition humaine, en ce qu'il est nécessaire pour la grande majorité des êtres humains, en vue de survivre matériellement et socialement, et en ce qu'il engendre la reconnaissance par la cité du droit du sujet d'y vivre dans la dignité »⁽⁴²⁾.

58. – **Un intérêt pour la « vie matérielle », intérêt économique.** La notion de travail vient du latin *tripalium*, instrument initialement utilisé dans l'Antiquité par le maréchal-ferrant pour attacher les animaux afin de les ferrer, également employé pour punir les esclaves. L'étymologie du terme induit l'idée d'une certaine souffrance inhérente à l'action même de travailler⁽⁴³⁾. L'intérêt premier du travail pour l'individu est souvent d'assurer sa subsistance et par là même le maintien de sa force de travail. Le corps du travailleur devient alors un élément essentiel pour la conclusion et l'exécution du contrat de travail : « il ne suffit pas de faire en sorte que le travailleur sorte indemne de la relation de travail ; il faut aussi qu'il y trouve les moyens de perpétuer sa force de travail, c'est-à-dire les moyens de vivre et de faire vivre les siens »⁽⁴⁴⁾.

59. – Dès lors, le salaire peut être considéré comme le moyen qui permet au salarié de vivre au quotidien. Défini de façon extensive par l'Organisation internationale du travail (OIT)⁽⁴⁵⁾, ce pilier du contrat de travail ne peut donner lieu à saisie, du moins pour la partie « jugée nécessaire pour assurer l'entretien du travailleur et de sa famille »⁽⁴⁶⁾. S'il le peut, le salarié a intérêt à exiger, au temps de la négociation du contrat de travail, pour sa force de travail en ce qu'elle est une marchandise, le plus haut prix⁽⁴⁷⁾. La rémunération constitue plus qu'un minimum vital, dont l'appréciation même serait extrêmement difficile : elle doit assurer au salarié une existence décente⁽⁴⁸⁾. Elle n'a plus aujourd'hui pour référentiel « les exigences biologiques de la reproduction de la force de travail, mais les exigences sociales résultant de l'état général de richesses de la société à laquelle appartient le travailleur »⁽⁴⁹⁾. Le seul intérêt alimentaire du travail apparaît en ce cas dépassé. Le contrat conclu

(42) A. Cieslar, A. Nayer et B. Smeesters, *Le droit à l'épanouissement de l'être humain au travail : métamorphoses du droit social*, Bruylant, 2007, p. 115.

(43) Ainsi, on retrouve la notion de travail pour qualifier les contractions d'une femme lors de l'accouchement, les douleurs de l'enfantement.

(44) A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 2^e éd. 2007, p. 74.

(45) Conv. OIT n° 95 sur la protection du salaire, 1949, art. 1^{er} : « Le terme salaire signifie, quels qu'en soient la dénomination ou le mode de calcul, la rémunération ou les gains susceptibles d'être évalués en espèces et fixés par accord ou par la législation nationale, qui sont dus en vertu d'un contrat de louage de services, écrit ou verbal, par un employeur à un travailleur, soit pour le travail effectué ou devant être effectué, soit pour les services rendus ou devant être rendus ».

(46) Conv. OIT n° 95 sur la protection du salaire, 1949, art. 10.

(47) Pour autant, il n'est pas en situation de force pour négocier le contrat : il est poussé par le besoin alors que l'employeur dispose, en général de tout son temps, ou, en tout cas de plus de temps. C'est à partir de ce constat que se développent les thèses selon lesquelles le contrat de travail ne serait en réalité qu'un contrat d'adhésion proposé par l'employeur.

(48) Aux termes de l'article 23, 3^e de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, « quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu'à sa famille une existence conforme à la dignité humaine (...) ».

(49) A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 2^e éd. 2007, p. 76.

par le salarié trouve son origine dans d'autres raisons, même si la première n'est pas perdue de vue.

60. – Un intérêt pour la « vie sociale », source de reconnaissance. Dans la doctrine de l'Église catholique, le travail est également le fondement sur lequel s'édifie la vie familiale : il est la « condition qui rend possible la fondation d'une famille puisque celle-ci exige les moyens de subsistance que l'homme acquiert normalement par le travail »⁽⁵⁰⁾. Or, la famille peut être considérée comme la cellule de base de la société⁽⁵¹⁾. Historiquement, le travailleur, utile à sa famille en ce qu'il lui permettait de vivre, l'était également à la société. Du travail découlait ainsi une « citoyenneté sociale »⁽⁵²⁾. C'est pourquoi, jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, les vagabonds et autres mendiants avaient un statut peu enviable en ce qu'ils ne travaillaient pas et vivaient d'une aide sociale à la constitution de laquelle ils ne participaient pas : inutiles à la société, ils étaient traités comme des êtres nuisibles⁽⁵³⁾.

61. – Pourtant le travail n'était pas obligatoire pour toutes les composantes de la société ; seul le tiers état y était contraint⁽⁵⁴⁾. Au sein de celui-ci, l'abbé Sieyès⁽⁵⁵⁾ distingue ceux qui exécutent des tâches manuelles⁽⁵⁶⁾ de ceux qui ont des activités plus nobles. Les premiers ne bénéficient d'aucune reconnaissance sociale, réduits à la qualité d'instruments de production alors même qu'ils revêtent une utilité non négligeable pour la société. Puisqu'il n'est pour eux que le moyen d'assurer leur survie, non un outil au service d'un enrichissement personnel, leur travail est dévalorisé.

62. – À compter de la moitié du XIX^e siècle, la révolution industrielle conduit à une évolution des mentalités sur ce point. Le travail « est désormais conçu dans son essence et rêvé comme épanouissement de soi et moyen de développement de toutes les facultés humaines »⁽⁵⁷⁾. Un glissement de la finalité du travail se produit. Il devient le lieu d'expression de l'individu, lui permettant de « s'accomplir pleinement »⁽⁵⁸⁾. Le salarié exerce une « activité publique collective »⁽⁵⁹⁾, ce qui lui permet d'espérer une certaine reconnaissance de la part de ceux qui l'entourent, de ses contemporains. S'il gagne sa place par son travail dans la société, cette dernière y

(50) Encyclique *Laborem Exercens*, 1981, pt 10.

(51) La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, en son article 16, 3^e, l'érige en principe : « La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État ». Tel est également le cas en France. En atteste l'existence d'une médaille de la famille française inscrite aux articles D. 215-7 et suivants du Code de l'action sociale et des familles.

(52) R. Castel, *Travail et utilité au monde*, in *Le travail en perspectives*, LGDJ, 1998, p. 15.

(53) Définis à l'article 270 du Code pénal, applicable jusqu'au 1^{er} mars 1994, comme « ceux qui n'ont ni domicile certain, ni moyens de subsistance, et qui n'exercent habituellement ni métier, ni profession », leur condition même constituait un délit puni, aux termes de l'article 271, de trois à six mois d'emprisonnement.

(54) Le clergé et la noblesse en étaient dispensés. Cette exemption se justifiait par le fait que les activités occupant ces deux corps sociaux ne pouvaient être qualifiées de travail économique alors même qu'elles revêtaient une certaine utilité pour la société.

(55) E.-J. Sieyès, *Écrits politiques*, Éditions des archives contemporaines, 1985.

(56) Il parle pour ceux-ci « d'instruments bipèdes, sans liberté, sans moralité, ne possédant que des mains peu gagnantes et une âme absorbée » (E.-J. Sieyès, *Écrits politiques*, Édition des archives contemporaines, 1985, p. 81).

(57) D. Méda, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Champs-Flammarion, 1998, p. 124.

(58) A. Cieslar, A. Nayer et B. Smeesters, *Le droit à l'épanouissement de l'être humain au travail : métamorphoses du droit social*, Bruylant, 2007, p. 122 et s. : les auteurs expliquent l'évolution de la conception qu'ont les jeunes du travail à travers leurs désirs et volonté d'autoréalisation qui leurs permettent d'avoir le sentiment de se donner totalement dans l'activité qu'ils exercent.

(59) R. Castel, *Travail et utilité au monde*, in *Le travail en perspectives*, LGDJ, 1998, p. 20.

trouve un certain bénéfice⁽⁶⁰⁾. La transformation du rapport salarial depuis la fin du XIX^e siècle s'est accompagnée d'un changement de regard sur les travailleurs, quels qu'ils soient : « le travail est (...) dignifié, dans la mesure où il est devenu support de droits »⁽⁶¹⁾. L'acquisition de ces droits⁽⁶²⁾ s'explique non seulement par la nécessité de protéger les travailleurs contre certains événements, mais aussi par l'émergence d'intérêts collectifs.

§ 2. – L'apparition d'intérêts au-delà du contrat

63. – Au sein de l'entreprise, les intérêts issus de la sphère contractuelle que sont l'intérêt des associés et l'intérêt des salariés sont transcendés par deux ordres d'intérêts collectifs : le premier est unique et indivisible ; il s'agit de l'intérêt de l'entreprise (II). Le second correspond aux intérêts intermédiaires qui peuvent exister (I), dominant les intérêts individuels mais simple composante de l'intérêt de l'entreprise.

I. – Les intérêts intermédiaires

64. – Au sein de l'entreprise peuvent s'exprimer des « intérêts collectifs intermédiaires, c'est-à-dire non réductibles aux intérêts individuels ou à l'intérêt de l'entreprise »⁽⁶³⁾. La notion de collectivité semble pouvoir être utilisée pour caractériser le groupe d'individus au sein duquel les intérêts de chacun ont vocation à s'exprimer, une synthèse de ceux-ci étant opérée et des arbitrages effectués en son sein permettant de dégager des intérêts dits « intermédiaires ».

65. – **La qualification professionnelle, critère fédérateur.** Une collectivité de salariés apparaît en de nombreuses situations. Elle peut trouver son origine dans les corporations telles que constituées sous l'Ancien Régime. Ensembles formés de tous ceux qui exercent un même métier, elles sont le lieu d'élaboration de règles applicables à tous aux fins de l'organisation économique et sociale de la profession. La qualification professionnelle, l'aptitude à exercer certaines tâches, conduit alors à relever d'un ensemble normatif. Interdites par la loi Le Chapelier et le décret d'Allarde⁽⁶⁴⁾, les corporations ne disparaissent pas complètement. L'esprit de corps subsiste. Aujourd'hui encore, ce dernier subsiste comme le prouve l'importance des réseaux professionnels développés par les entités qui délivrent certains diplômes⁽⁶⁵⁾

(60) « L'homme lie son identité humaine la plus profonde à l'appartenance à sa nation, et il voit aussi dans son travail un moyen d'accroître le bien commun élaboré avec ses compatriotes, en se rendant compte ainsi que, par ce moyen, le travail sert à multiplier le patrimoine de toute la famille humaine, de tous les hommes vivant dans le monde » (Encyclique *Laborem Exercens*, 1981, pt. 10).

(61) R. Castel, *Travail et utilité au monde*, in *Le travail en perspectives*, LGDJ, 1998, p. 20.

(62) A. Bevort, A. Jobert, M. Lallement et A. Mias, *Dictionnaire du travail*, PUF, 2012, définition du salariat, p. 703 et s., spéc. p. 706 : « Le salariat devient une condition, c'est-à-dire un socle de ressources et de droits donnant au salarié et à ses ayants droit les conditions de base d'une certaine autonomie économique et sociale ».

(63) P.-Y. Verkindt, *L'entreprise*, in *Les notions fondamentales du droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 43 et s., spéc. n° 77, p. 54.

(64) La loi Le Chapelier, promulguée le 14 juin 1791, proscribit la constitution des corporations, interdites et dissoutes quelques mois auparavant par le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791.

(65) Il s'agit en premier lieu des écoles d'ingénieurs et des écoles de commerce, mais également de certains diplômes d'université qui développent ces réseaux professionnels d'anciens diplômés. Dans ceux-ci, tout membre se sent concerné à un degré plus ou moins fort par la situation individuelle d'un autre membre de la collectivité ainsi constituée.

ou celle de « l'ordre » qui régit diverses professions libérales⁽⁶⁶⁾. Au sein de l'entreprise, l'exercice d'un même métier peut créer des liens particuliers entre les salariés, voire justifier l'application de dispositions spécifiques du Code du travail⁽⁶⁷⁾.

66. – La classification professionnelle, facteur de division ? D'autres critères peuvent permettre d'identifier une collectivité de salariés. Tel est le cas des catégories professionnelles définies par les conventions collectives, parmi lesquelles les ouvriers, employés, techniciens, agents de maîtrise, ingénieurs et cadres. Cet ordonnancement, qui a pour objet premier la détermination des collèges électoraux pour les élections professionnelles, conduit à l'apparition d'intérêts catégoriels. L'existence d'organisations syndicales ayant vocation à ne représenter que certaines catégories de salariés en vertu de leurs statuts illustre la diversité des intérêts en présence. Au sein de l'entreprise, divers statuts collectifs peuvent ainsi trouver application en fonction de l'appartenance à l'une ou l'autre des catégories professionnelles rassemblées.

67. – Le lieu de travail, facteur d'identité. De la même façon, l'exécution de la prestation de travail dans un lieu déterminé permet d'identifier une collectivité de salariés en raison des contraintes qui pèsent sur eux compte tenu de sa situation. Le cadre socioéconomique qui s'impose aux salariés justifie la définition d'un périmètre au sein duquel des intérêts collectifs pouvant être qualifiés d'intermédiaires sont susceptibles d'apparaître⁽⁶⁸⁾. Un sentiment d'appartenance pourra s'y manifester, des liens particuliers, notamment de solidarité, s'y développer entre salariés. Même si le site géographique ne devient un cadre de la négociation collective qu'en certains cas⁽⁶⁹⁾, il est souvent le creuset dans lequel se forme une collectivité de salariés.

68. – Le statut contractuel, indice de l'existence d'une collectivité. Les salariés dont le contrat de travail est à durée indéterminée appartiennent sans nul doute à une collectivité en ce qu'ils peuvent organiser la défense de leurs intérêts dans le temps. Il n'est pas permis d'en dire autant des salariés qui n'ont pas vocation à rester de manière durable dans l'entreprise, tels ceux recrutés pour une durée déterminée en raison d'un surcroît temporaire d'activité⁽⁷⁰⁾ ou de la nécessité de remplacer un salarié⁽⁷¹⁾. En revanche, la question de l'existence d'une collectivité constituée par les travailleurs saisonniers⁽⁷²⁾ peut être posée : des dispositions particulières sont susceptibles d'être prévues pour les salariés embauchés dans ces conditions⁽⁷³⁾. Lorsque leurs revendications

(66) Tel est le cas pour les médecins ou les avocats notamment.

(67) Les journalistes professionnels (C. trav., art. L. 7111-1 et s.), les artistes du spectacle (C. trav., art. L. 7121-1 et s.), les mannequins (C. trav., art. L. 7123-1 et s.) ou les employés de maison (C. trav., art. L. 7221-1 et s.) notamment sont traités spécifiquement dans le Code du travail.

(68) La présence du site dans un bassin d'emploi déterminé peut justifier l'existence d'un statut collectif particulier en raison du peu d'attractivité de celui-ci ou, au contraire, à cause du coût de la vie qui y est très élevé.

(69) V. *infra*, n° 242 et s.

(70) C. trav., art. L. 1242-2, 2°.

(71) C. trav., art. L. 1242-2, 1°.

(72) C. trav., art. L. 1242-2, 3°.

(73) Ainsi l'article 9 de l'accord professionnel du 28 mars 2007 relatif aux objectifs, aux priorités et aux moyens de la formation professionnelle dans l'hôtellerie, la restauration et les activités connexes prévoit des modalités particulières d'accès à la formation pour les travailleurs saisonniers. De plus, l'article 14 de la convention collective des hôtels, cafés, restaurants décide notamment que la conclusion pendant trois années consécutives d'un contrat saisonnier avec un salarié établit avec celui-ci une relation à durée indéterminée. Il ne fait pas de doute que cette transformation de la relation contractuelle avait fait l'objet de revendications des représentants des travailleurs saisonniers qui y avaient un intérêt commun ; ils constituent donc, *a priori*, une collectivité à part entière.

sont portées par certains d'entre eux, il ne fait pas de doute qu'une collectivité existe quand bien même leur expression dans le temps n'est pas continue en raison de la nature de l'emploi occupé. Des intérêts communs peuvent être identifiés.

69. – L'insuffisance du lien contractuel, les collectivités au-delà du salariat. Si la plupart des collectivités de travailleurs identifiables au sein de l'entreprise sont constituées de salariés de l'employeur, il existe également des collectivités composées de travailleurs qui n'ont pas de lien contractuel avec ce dernier. Ainsi, le recours au travail temporaire peut, lorsque plusieurs salariés temporaires exécutent leur prestation dans une même entreprise utilisatrice, permettre de distinguer de nouvelles collectivités de travail. En effet, les salariés temporaires sont liés par un contrat de travail à l'entreprise de travail temporaire. Ils bénéficient à ce titre⁽⁷⁴⁾ du statut collectif en vigueur dans celle-ci. En outre, en application de l'article L. 1251-21 du Code du travail, une partie des dispositions légales et conventionnelles applicables dans l'entreprise utilisatrice leur est applicable⁽⁷⁵⁾. En découle le bénéfice de certains droits collectifs au sein de l'entreprise d'accueil : les intéressés peuvent faire porter leurs réclamations par les délégués du personnel élus au sein de cette dernière⁽⁷⁶⁾.

70. – De la même façon, les salariés mis à disposition, qui eux non plus n'ont pas de lien contractuel avec l'employeur, ont sous certaines conditions une option pour être électeurs et éligibles dans l'entreprise utilisatrice⁽⁷⁷⁾. Il est alors indéniable, lorsqu'ils font le choix de voter dans cette dernière, qu'ils constituent une collectivité de travailleurs en son sein dotée d'intérêts propres. Mais leur appartenance à une autre entreprise ne peut pas, pour autant, être niée. Toutefois, comme le démontre la nécessité pour le salarié mis à disposition de choisir l'entreprise dans laquelle il souhaite exercer son droit de vote, s'il est possible d'appartenir à plusieurs collectivités de travail, le salarié ne peut appartenir qu'à une seule communauté. Celle-ci est guidée par l'intérêt de l'entreprise.

II. – L'intérêt de l'entreprise

71. – Le concept d'intérêt de l'entreprise, dont l'existence relève du débat doctrinal sur la notion d'entreprise puisqu'il s'inscrit plutôt dans une vision institutionnelle de celle-ci, permet de justifier les actions de divers agents en son sein (A). Son élaboration et sa délimitation le mettent également au service des composantes de l'entreprise (B).

(74) Seuls les salariés entrent dans le champ d'application des accords collectifs d'entreprise. Cette évidence a toutefois été rappelée par la Cour de cassation (Cass. soc., 6 févr. 2013, n° 11-19.382 : *Bull. civ.* 2013, V, n° 30 ; *RJS* 4/2013, n° 326 ; *JCP S* 2013, 1142, note T. Tauran ; *D.* 2013, p. 441 ; *JurisData* n° 2013-001564).

(75) L'article L. 1251-20 du Code du travail énonce limitativement les domaines dans lesquels ces dispositions doivent s'appliquer : celles qui sont relatives à la durée du travail, au travail de nuit, au repos hebdomadaire et aux jours fériés, à la santé et à la sécurité au travail, au travail des femmes, des enfants et des jeunes travailleurs. Par ailleurs, aux termes de l'article L. 1251-43, 6° du même code, le salarié temporaire doit recevoir « la rémunération avec ses différentes composantes, y compris, s'il en existe, les primes et accessoires du salaire que percevrait dans l'entreprise utilisatrice, après période d'essai, un salarié de qualification équivalente occupant le même poste de travail ». Dès lors, ils profiteront notamment des primes conventionnellement prévues dans les accords collectifs de l'entreprise d'accueil.

(76) C. trav., art. L. 2313-4.

(77) C. trav., art. L. 2314-18-1 pour les délégués du personnel, art. L. 2324-17-1 pour les élus au comité d'entreprise, pour les élus au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (V. Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 09-60.454 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 196 ; *RJS* 11/2010, n° 893 ; *JCP S* 2010, 1472, note J.-B. Cottin ; *Dr. soc.* 2012, p. 1262 et s., note F. Petit ; *JurisData* n° 2010-016566).

A. – L'intérêt de l'entreprise, standard juridique

72. – « En droit français, les références à l'intérêt de l'entreprise se sont multipliées, notamment en jurisprudence. L'intérêt de l'entreprise est devenu un standard incontournable du droit »⁽⁷⁸⁾. Si son existence ne peut être contestée (1°), il prête le flanc aux critiques en raison de la difficulté de sa perception (2°) malgré sa fréquente utilisation.

1° Une appréhension difficile

73. – L'intérêt est « ce qui importe : considération d'ordre moral ou économique qui, dans une affaire, concerne, attire, préoccupe une personne (ce qui lui importe) »⁽⁷⁹⁾. Il ne fait aucun doute que l'entreprise est le lieu où convergent de multiples intérêts. Dès lors, la question de l'unicité ou de la pluralité d'intérêts ne peut être éludée. Existe-t-il un intérêt ou des intérêts de l'entreprise ?

74. – **Unicité de l'intérêt.** Dans le premier cas, est admise l'idée que « l'entreprise a un intérêt propre qui transcende tous les intérêts catégoriels pris isolément, réunis ou combinés »⁽⁸⁰⁾. Dès lors qu'elle est envisagée comme le lieu d'une lutte, d'un affrontement entre différents intérêts, la création d'un intérêt commun apparaît comme la seule façon de les dépasser. Une telle conception aurait des effets bénéfiques puisque « la mise en exergue d'un intérêt commun bien compris atténue l'individualisme et l'antagonisme pour laisser place à l'interdépendance et à la collaboration »⁽⁸¹⁾. Il assurerait la protection des éléments matériels⁽⁸²⁾ et immatériels⁽⁸³⁾ constituant l'entreprise. Mais considérer qu'existe un unique intérêt, commun à tous ceux qui travaillent dans l'entreprise et gravitent autour d'elle, sans liens particuliers avec les intérêts catégoriels, en dehors de leur coexistence dans un même espace, rend délicate la justification de sa prééminence dans ce périmètre. Si l'intérêt de l'entreprise préexiste, intérêt personnel d'une entité sans personnalité, il ne peut qu'avoir la même valeur que les intérêts intermédiaires avec lesquels un effort de conciliation est nécessaire.

75. – **Un intérêt pluriel.** Au contraire, en dépassant l'éventuel abus de langage qui conduit à utiliser le singulier pour recouvrir le standard que constitue l'intérêt de l'entreprise, considérer qu'il est multiple donne toute légitimité aux différents intérêts intermédiaires. Sans être la fusion de ceux-ci, rendue impossible par le bien-fondé de chacun⁽⁸⁴⁾, le standard⁽⁸⁵⁾ ne peut être considéré comme entretenant

(78) A. Bennini, *L'intérêt de l'entreprise, faux débats et vraies questions*, in *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, Dalloz, 2012, p. 49 et s., spéc. p. 50.

(79) G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd. 2014, p. 562, V° Intérêt.

(80) G. Couturier, *L'intérêt de l'entreprise*, in *Les orientations sociales du droit contemporain : Mél. J. Savatier*, PUF, 1992, p. 143 et s., spéc. p. 149.

(81) Y. Pagnerre, *L'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, 2011, spéc. n° 108, p. 68.

(82) C'est-à-dire les membres de l'entreprise ainsi que tous ses biens, moyens de production...

(83) L'image et la réputation véhiculées par l'entreprise sont des éléments primordiaux aujourd'hui. Leur altération peut justifier une action pour atteinte à l'intérêt de l'entreprise.

(84) Leur fusion conduirait alors nécessairement à négliger, pour partie, chacun des intérêts intermédiaires en ce qu'il est inconciliable avec les autres.

(85) Entendu en tant que « norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, critère directif qu'il appartient au juge, en vertu du renvoi implicite de la loi, d'appliquer espèce par espèce, à la lumière de données

des liens avec d'autres intérêts puisqu'il est en réalité l'appréhension d'un équilibre, souvent instable, constaté à un instant donné. Cette opération, qui tient compte des intérêts catégoriels en présence au passé, au présent et au futur, justifie à la fois la prééminence du standard qui constitue un intérêt à part et l'impossibilité de le systématiser compte tenu de son adaptation perpétuelle au contexte. Unique mais pluriel, l'intérêt de l'entreprise est la clé de voûte de « l'institution-entreprise », la formule mathématique par laquelle les équations à plusieurs inconnues, interactions inconciliables entre les intérêts intermédiaires, sont résolues. L'intérêt de la communauté de travail est donc le fruit du consensus, de l'arbitrage : il ne retire ni n'ajoute aux intérêts intermédiaires qui subsistent. Cette vision pourrait facilement être qualifiée de naïve ou inutile.

2° Une critique facile

76. – En raison des valeurs morales qu'il porte nécessairement, le standard d'intérêt de l'entreprise prête le flanc à la critique alors que « le terme même est neutre en ce qu'il ne dicte pas le contenu de ces valeurs, ne postule pas un bien ou un mal, un bon et un mauvais »⁽⁸⁶⁾.

77. – **Un standard empreint d'idéologie ?** La première critique qui émerge est celle tenant à la dimension idéologique que certains attachent à l'intérêt de l'entreprise⁽⁸⁷⁾. Partant du principe que l'existence de relations de travail induit obligatoirement le conflit, toute concertation entre des centres d'intérêts ouvrant la voie à un arbitrage entre ceux-ci est impossible. La lutte prime. Ce reproche a cours parmi les défenseurs de la « partie faible » au contrat de travail qui voient, dans l'intérêt de l'entreprise, l'intérêt de l'entrepreneur qui doit être rapproché de l'intérêt social. Cette assimilation ne peut toutefois être retenue. De la même façon, les partisans d'un libéralisme débridé peuvent voir dans l'intérêt de l'entreprise la justification d'actes de gestion dont la licéité et la moralité sont discutables⁽⁸⁸⁾. L'approche idéologique de l'intérêt de l'entreprise doit être évitée sans quoi il perd toute pertinence, subissant une influence qui atteint sa neutralité en des lieux où l'objectivité est nécessaire.

78. – **Un standard à géométrie variable.** S'il n'existe « aucune instance d'arbitrage interne à l'entreprise, apte à faire prévaloir cet intérêt de l'entreprise en soi, sur les tensions antagonistes »⁽⁸⁹⁾, refuser à la communauté de travail la faculté de s'autosaisir pour rechercher un consensus condamne l'entreprise en tant que telle. L'institution se verrait alors privée de la détermination de sa destinée : « capital et travail doivent trouver dans l'entreprise une satisfaction, mais de natures différentes, et si l'entreprise

extralégales ou même extrajuridiques, occasion d'adapter la règle à la diversité des situations et à l'évolution de la société, en la pérennisant » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd. 2014, p. 986, V^o Standard).

(86) Y. Pagnerre, *L'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, 2011, spéc. n^o 105, p. 64.

(87) Il s'agit des mêmes auteurs qui critiquent une vision institutionnelle de l'entreprise dont découle, à leur sens, la « doctrine de l'entreprise » (V. not. G. et A. Lyon-Caen, *La doctrine de l'entreprise*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p. 601 et s., spéc. p. 620).

(88) Le caractère abusif et liberticide de la recherche continue des bénéfices n'a pas à être démontré.

(89) G. et A. Lyon-Caen, *La doctrine de l'entreprise*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p. 601 et s., spéc. p. 620.

ne peut la leur fournir, elle n'est pas digne de vivre »⁽⁹⁰⁾. Sous prétexte du caractère insaisissable et de la trop grande variabilité de ce standard, certains auteurs remettent en cause la possibilité d'y faire référence⁽⁹¹⁾ alors que, sans cristalliser pour autant les rapports de pouvoir au sein de l'entreprise⁽⁹²⁾, l'intérêt de l'entreprise est et doit pouvoir être déterminé en son sein. Variant en fonction du contexte et des intérêts en présence, il devient un outil juridique utile à la vie de l'entreprise.

B. – L'intérêt de l'entreprise, outil juridique

79. – En ce qu'il est autant au service de l'une des parties que de l'autre, l'intérêt de l'entreprise permet de sortir d'une vision manichéenne des relations de travail. Aux mains des composantes de l'entreprise mais également du juge, il est à la fois l'instrument de la limitation (1°) et de la légitimation (2°) de droits.

1° Un outil de limitation

80. – L'intérêt de l'entreprise est, en son sein, un instrument majeur de régulation des droits et libertés des uns et des autres. Il joue le rôle d'un rempart (a). Aux mains du pouvoir politique et de l'administration, son dévoiement occasionnel atteint l'entreprise dans son ensemble (b).

a) Un rempart

81. – L'intérêt de l'entreprise fait rempart aux excès des salariés (1) et aux détournements de pouvoir de l'employeur (2).

1) Un rempart face aux excès des salariés

82. – « Des droits et libertés du salarié, la limitation naturelle est l'abus. Les relations de travail faisant naître une obligation de confiance, l'intérêt de l'entreprise semble le paradigme idéal pour dessiner la frontière dont le dépassement caractérise un exercice abusif »⁽⁹³⁾. Confronté à certains agissements de salariés, l'intérêt de l'entreprise justifie les restrictions apportées lorsqu'elles trouvent leur origine dans « la nature de la tâche à accomplir et [sont] proportionnées au but recherché »⁽⁹⁴⁾. Puisqu'il s'agit d'atteindre les travailleurs dans le domaine très sensible des droits et devoirs dont ils disposent, d'aucuns tentent à cette occasion d'assimiler l'intérêt de l'employeur à celui de l'entreprise, usant d'une rhétorique partisane selon laquelle tout ce qui est fait au détriment des salariés est nécessairement et implicitement accompli au bénéfice à l'employeur⁽⁹⁵⁾. Pourtant, dans quelques situations,

(90) G. Ripert, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^e éd. 1951, spéc. n° 126, p. 279.

(91) G. Couturier, *L'intérêt de l'entreprise*, in *Les orientations sociales du droit contemporain* : Mél. J. Savatier, PUF, 1992, p. 143 et s., spéc. p. 148 et s. – A. Bennini, *L'intérêt de l'entreprise, faux débats et vraies questions*, in *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, Dalloz, 2012, p. 49 et s., spéc. p. 54 et s.

(92) Une cristallisation est en vérité impossible puisque l'intérêt de l'entreprise étant déterminé à un moment donné, il n'est pas envisageable de diviser durablement la communauté de travail.

(93) Y. Pagnerre, *L'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, 2011, spéc. n° 146, p. 96.

(94) C. trav., art. L. 1321-2, 2°.

(95) On peut regretter la rédaction de certains arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation dans lesquels il est fait référence aux intérêts de l'employeur alors même que c'est celui de l'entreprise qui est en jeu (V. not. Cass.

la protection contractuelle des individus plie et rompt en raison des violations de l'intérêt de l'entreprise.

83. – Intérêt de l'entreprise et liberté d'expression. La liberté d'expression est l'un des droits fondamentaux dont dispose tout individu. Des restrictions à celle-ci peuvent toutefois être tolérées lorsque son exercice crée un préjudice à l'entreprise. Procède donc d'une cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié ayant adressé au président et au conseil d'administration de la société une lettre dans laquelle il met en cause la direction et les orientations suivies, démontrant une tentative de déstabilisation de celle-ci⁽⁹⁶⁾ : un abus de la liberté d'expression est caractérisé. De même, le salarié qui adresse à des tiers des courriers dans lesquels il « jette le discrédit sur l'entreprise en des termes excessifs et injurieux »⁽⁹⁷⁾ outre-passe sa liberté d'expression, ce qui justifie la rupture immédiate du contrat de travail. L'intérêt de l'entreprise est, dans ces décisions, sous-jacent, le juge n'y faisant pas explicitement référence. Il est cependant présent. L'usage abusif de la liberté d'expression peut avoir un impact important sur l'activité économique de l'entreprise, mettant en jeu la stabilité et l'existence de la communauté de travail.

84. – Intérêt de l'entreprise et trouble objectif au fonctionnement. De la même façon, un licenciement peut être justifié en raison du trouble objectif caractérisé causé par le comportement d'un salarié. L'intérêt de l'entreprise devient alors « source d'extension de la vie professionnelle »⁽⁹⁸⁾ : « si, en principe, il ne peut être procédé au licenciement d'un salarié pour une cause tirée de sa vie privée, il en est autrement lorsque le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière »⁽⁹⁹⁾. Ainsi, peut être licencié pour faute grave l'agent de surveillance qui commet un vol à l'étalage, dans une entreprise cliente de son employeur, en dehors de l'exécution de son travail⁽¹⁰⁰⁾. Il en est de même pour celui qui, cadre commercial d'une banque, tenu d'une obligation particulière de probité, est poursuivi pour sa participation à une affaire de vol et de trafic de véhicules⁽¹⁰¹⁾.

85. – Intérêt de l'entreprise et intention de nuire du salarié. La faute grave doit être distinguée de la faute lourde. Cette dernière naît de l'intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise⁽¹⁰²⁾. Porte atteinte aux intérêts de celle-ci le salarié qui

soc., 26 nov. 2002, n° 00-42.401 : *Bull. civ.* 2002, V, n° 352 ; *RJS* 2/2003, n° 149 ; *Dr. soc.* 2003, p. 225 et s., note J. Savatier ; *JurisData* n° 2002-016588. – Cass. soc., 4 mars 1970, n° 69-40.168 : *Bull. civ.* 1970, V, n° 155 ; *JurisData* n° 1970-096155).

(96) Cass. soc., 15 oct. 1996, n° 94-42.911 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 327 ; *RJS* 11/1996, n° 1158 ; *D.* 1996, p. 239 ; *JurisData* n° 1996-003766.

(97) Cass. soc., 15 déc. 2009, n° 07-44.264 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 284 ; *RJS* 3/2010, n° 233 ; *JCP S* 2010, 1172, note B. Bossu ; *D.* 2010, p. 156 ; *JurisData* n° 2009-050802.

(98) Y. Pagnerre, *L'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, 2011, spéc. n° 143, p. 95.

(99) Cass. soc., 20 nov. 1991, n° 89-44.605 : *Bull. civ.* 1991, V, n° 512 ; *RJS* 1/1992, n° 3 ; *D.* 1992, p. 25 ; *JurisData* n° 1991-003219.

(100) Cass. soc., 20 nov. 1991, n° 89-44.605 : *Bull. civ.* 1991, V, n° 512 ; *RJS* 1/1992, n° 3 ; *D.* 1992, p. 25 ; *JurisData* n° 1991-003219. Les répercussions du vol sur la réputation de l'entreprise portent atteinte tant à la situation de l'employeur qu'à celle des collègues de travail du salarié dont l'image est écornée.

(101) Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 04-44.918 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 66 ; *RJS* 4/2006, n° 404 ; *Dr. soc.* 2006, p. 848 et s., note C. Mathieu-Géniaut ; *JurisData* n° 2006-031809.

(102) Cass. soc., 29 nov. 1990, n° 88-40.618 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 599 ; *RJS* 1/1991, n° 17 ; *Dr. soc.* 1991, p. 99, note J. Savatier ; *JurisData* n° 1990-703378.

contraint son employeur à avoir recours aux services d'un tiers pour reconstituer des documents détruits, dont il connaissait l'importance, sans lesquels toute activité est impossible⁽¹⁰³⁾. L'impact des agissements du salarié sur la communauté de travail est fort ; son exclusion immédiate sans quelque indemnité que ce soit semble parfaitement justifiée puisqu'il met en péril l'existence même de l'entreprise en atteignant sa fonction économique. De même, le salarié qui excède le cadre de ses fonctions de directeur d'une société et transmet de mauvais renseignements sur celle-ci aux établissements bancaires alors qu'il envisage de créer une entreprise concurrente manifeste une volonté certaine de nuire à son employeur même dans l'hypothèse où il avait un intérêt personnel à la bonne marche de l'entreprise⁽¹⁰⁴⁾. L'atteinte à l'intérêt de cette dernière justifie un licenciement pour faute lourde. Mais, au-delà des agissements individuels susceptibles de caractériser l'intention de nuire, il est également des situations où un collectif de salariés nuit à l'ensemble de la communauté.

86. – Intérêt de l'entreprise et intention de nuire d'un collectif de salariés. Le droit de grève a fait l'objet d'une reconnaissance constitutionnelle⁽¹⁰⁵⁾. À ce titre, il doit être concilié avec d'autres principes de même valeur lorsqu'il entre en conflit avec ceux-ci. Au sein de l'entreprise, différentes atteintes à la communauté de travail peuvent être enregistrées : à la liberté du travail des non-grévistes, au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre de l'employeur. Quand l'exercice du droit de grève est illicite ou abusif et qu'un préjudice est infligé à l'intérêt de l'entreprise, un licenciement pour faute lourde peut être envisagé. Tel est le cas lorsque des salariés ferment les accès à l'entreprise et font obstacle à toute entrée ou sortie de véhicules⁽¹⁰⁶⁾ ou procèdent pendant deux heures, « par rétention des clés de contact, au blocage de véhicules destinés à un service d'ambulance chargé du transport d'urgence de blessés ou au ramassage scolaire de handicapés physiques »⁽¹⁰⁷⁾. Tout manquement à « l'éthique de la grève »⁽¹⁰⁸⁾ mérite sanction.

87. – L'atteinte portée par un salarié à l'intérêt de l'entreprise justifie le bannissement immédiat de la communauté de travail. Il ne peut en être de même pour l'employeur, son exclusion étant impossible. Mais ses prérogatives, parfois, peuvent être limitées.

2) Un rempart face aux détournements de pouvoir

88. – L'employeur doit exercer les pouvoirs qu'il détient guidé par l'intérêt de l'entreprise. Un contrôle de « la fidélité de l'exercice à la finalité de l'investissement »⁽¹⁰⁹⁾

(103) Cass. soc., 11 juill. 2001, n° 99-43.099 : *JurisData* n° 2001-010963.

(104) Cass. soc., 5 avr. 1990, n° 88-40.245 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 175 ; *D.* 1990, p. 113 ; *JurisData* n° 1990-001128.

(105) CE, 7 juill. 1950, n° 01645 : *Rec. CE* 1950, p. 426.

(106) Cass. soc., 30 juin 1993, n° 91-44.824 : *Bull. civ.* 1993, V, n° 185 ; *RJS* 8-9/1993, n° 856 ; *JurisData* n° 1993-001276. Il en est de même lorsque, sans qu'il soit établi qu'ils aient été victimes de provocations, les salariés font obstacle au déchargement des camions, bloquent les accès à l'entreprise, bousculent le directeur de celle-ci et commettent des voies de fait sur des salariés non grévistes. – Cass. soc., 13 janv. 1993, n° 90-45.760 : *Bull. civ.* 1993, V, n° 7 ; *D.* 1993, p. 30 ; *JurisData* n° 1993-000226.

(107) Cass. soc., 25 févr. 1988, n° 85-45.262 : *Bull. civ.* 1988, V, n° 134 ; *JurisData* n° 1988-000127.

(108) Y. Pagnerre, *L'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, 2011, spéc. n° 149, p. 99.

(109) G. Cornu, préf. in E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p. 4.

est donc implicitement admis. Il s'agit pour le juge, n'en déplaise à certains⁽¹¹⁰⁾, d'examiner la conformité de la décision, et plus particulièrement des intentions qui ont guidé son auteur, et non de se prononcer sur son opportunité.

89. – Intérêt de l'entreprise et individualisation de la sanction. S'il est interdit à l'employeur de pratiquer une discrimination, « il lui est permis, dans l'exercice de son pouvoir d'individualisation des mesures disciplinaires et dans l'intérêt de l'entreprise, de sanctionner différemment des salariés qui ont participé à une même faute »⁽¹¹¹⁾. L'employeur peut donc, parce que l'ensemble de la communauté de travail en bénéficie, choisir de licencier un salarié et d'en mettre à pied un autre pour une même faute : le second conserve son emploi en raison du rôle qu'il joue dans l'entreprise. Un contrôle de l'intérêt de l'entreprise peut être opéré par le juge afin de vérifier que l'individualisation ne « procédait pas d'autres considérations tenant à la protection d'intérêts purement personnels tels que l'assouvissement d'une vengeance ou l'élimination d'un salarié qui aurait cessé de plaire »⁽¹¹²⁾.

90. – Intérêt de l'entreprise et changement des conditions de travail. Le changement des conditions de travail d'un salarié s'impose à celui-ci lorsqu'il est décidé dans l'intérêt de l'entreprise. La jurisprudence admet ainsi un changement d'affectation temporaire justifié par la nature des fonctions exercées et par l'intérêt de l'entreprise⁽¹¹³⁾. De même, il est possible d'exiger l'exécution d'heures supplémentaires en raison des nécessités de l'activité de l'entreprise⁽¹¹⁴⁾ : la demande doit être fondée sur des motifs licites tels que l'exercice du droit de grève par d'autres salariés ou des compétences particulières⁽¹¹⁵⁾. En outre, imposer un changement d'horaires à un salarié du fait d'une réorganisation consécutive à l'augmentation de l'effectif de l'entreprise peut être justifié par l'intérêt de l'entreprise⁽¹¹⁶⁾. Des motifs économiques et éventuellement le bon fonctionnement de l'entreprise légitiment la prééminence de son intérêt sur l'intérêt individuel de chacun.

91. – Intérêt de l'entreprise et modification du contrat de travail. Lorsqu'une modification du contrat de travail est refusée par un salarié, une alternative se présente à l'employeur : soit la situation reste en l'état, soit il décide de licencier le salarié. Dans le second cas, si la modification du contrat est justifiée par l'intérêt de l'entreprise, le licenciement sera fondé sur une cause réelle et sérieuse. Dès lors, le refus par un salarié d'une mutation, décidée dans l'intérêt personnel d'un autre salarié qui revendiquait le poste occupé par le premier en raison de son âge et de

(110) Quelques auteurs regrettent que le juge ne s'immerge pas dans l'appréciation que fait l'employeur de ce qui est conforme ou non à l'intérêt de l'entreprise (V. not. A. Lyon-Caen, *D.* 1978, p. 353, et G. et A. Lyon-Caen, *La doctrine de l'entreprise*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p. 601 et s., spéc. p. 610).

(111) Cass. soc., 15 mai 1991, n° 89-42.270 : *Bull. civ.* 1991, V, n° 236 ; *Dr. soc.* 1991, p. 619 et s., note P. Waquet ; *JurisData* n° 1991-001525.

(112) P. Franck, *La sanction doit-elle être la même pour tous les auteurs d'une même faute ?* : *Dr. soc.* 1991, p. 621 et s.

(113) Cass. soc., 22 janv. 2003, n° 00-43.826 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 15 ; *RJS* 3/2003, n° 313 ; *Dr. soc.* 2003, p. 433, note J. Savatier ; *JurisData* n° 2003-017336.

(114) Cass. soc., 9 mars 1999, n° 96-43.718 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 103 ; *RJS* 4/1999, n° 524 ; *Dr. soc.* 1999, p. 630, note P.-H. Antonmattei ; *JurisData* n° 1999-000975. Elles doivent toutefois s'inscrire dans la limite du contingent.

(115) Cass. soc., 21 mars 2000, n° 97-44.851 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 109 ; *RJS* 5/2000, n° 501 ; *Dr. soc.* 2000, p. 651, note J. Mouly ; *JurisData* n° 2000-001099.

(116) Cass. soc., 22 févr. 2000, n° 97-44.339 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 67 ; *RJS* 4/2000, n° 374 ; *Dr. soc.* 2000, p. 776, note J.-E. Ray ; *JurisData* n° 2000-000576.

son ancienneté, ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement⁽¹¹⁷⁾ ; il en est de même pour le voyageur-représentant-placier qui refuse la modification de son secteur d'activité lorsqu'elle ne trouve pas son origine dans l'intérêt de l'entreprise⁽¹¹⁸⁾. Le standard devient « un instrument de sauvegarde de la situation des salariés »⁽¹¹⁹⁾. Sa présence peut également être reconnue en des lieux où les normes sont élaborées : les communautés de travail dont la protection est recherchée.

b) Un garde-fou

92. – « Le but de l'entreprise n'est pas uniquement la production du profit, mais l'existence même de l'entreprise comme communauté de personnes qui, de différentes manières, recherchent la satisfaction de leurs besoins fondamentaux et qui constituent un groupe particulier au service de la société toute entière »⁽¹²⁰⁾. L'intervention de l'État est justifiée en ce qu'elle répond à l'intérêt de l'entreprise « dont la présence est vitale pour tous (à commencer pour les salariés) »⁽¹²¹⁾. Pouvoir législatif et pouvoir exécutif peuvent entrer dans l'entreprise : les auteurs d'atteintes à son intérêt risquent alors de ne pas être exclusivement ses membres.

93. – **Intérêt de l'entreprise et pouvoir législatif.** La méfiance à l'égard de l'employeur de certaines des majorités parlementaires qui se sont succédé depuis le début des années 1980 les a conduites à adopter⁽¹²²⁾ ou à envisager l'adoption⁽¹²³⁾ de textes affectant l'intérêt de l'entreprise. Le Conseil constitutionnel s'érige dans certains cas en défenseur de celui-ci, invoquant les atteintes à la liberté d'entreprendre⁽¹²⁴⁾ ou à « la liberté personnelle de l'employeur et des salariés en leur imposant la fréquentation, sur les lieux de travail, des auteurs d'actes dont ils ont été victimes »⁽¹²⁵⁾. On peut regretter que l'intérêt de l'entreprise, sous couvert de la défense des intérêts de ses composantes, ne soit garanti par le Conseil constitutionnel que dans les cas où les atteintes portées sont flagrantes.

94. – **Intérêt de l'entreprise et pouvoir exécutif.** Gouvernement et administration peuvent se voir opposer l'intérêt de l'entreprise par le Conseil d'État, leur intrusion dans l'appréciation de ce qui est bon pour elle étant sanctionnée. Ainsi, le refus par un préfet de conclure une convention prévoyant l'attribution d'une allocation spéciale à des salariés faisant l'objet d'un licenciement pour motif économique, car la suppression des postes perturberait le bon fonctionnement de l'entreprise est entaché d'erreur de droit en ce que le préfet s'est immiscé dans la gestion de l'entreprise, appréciant les intérêts de celle-ci⁽¹²⁶⁾. De la même façon, en matière d'autorisation

(117) Cass. soc., 27 mars 1991, n° 89-42.511.

(118) Cass. soc., 17 janv. 1995, n° 91-40.002 ; *JurisData* n° 1995-000385.

(119) B. Teyssié, *L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail* : D. 2004, p. 1684.

(120) Encyclique *Centesimus annus*, 1991, pt 35.

(121) B. Teyssié, *L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail* : D. 2004, p. 1681.

(122) On peut citer la prolifération des obligations de négocier qui pèsent sur l'employeur mais également sur la partie salariée (V. *infra*, nos 588 et s.).

(123) V. par ex., la proposition de loi déposée à l'Assemblée nationale le 28 février 2012, tendant à garantir la poursuite de l'activité des établissements viables notamment lorsqu'ils sont laissés à l'abandon par leur exploitant.

(124) Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC : JO 18 janv. 2002, p. 1053 et s. ; *RJS* 3/2002, n° 255 ; *Dr. soc.* 2002, p. 258 et s., note A. Lyon-Caen.

(125) Cons. const., 20 juill. 1988, n° 88-244 DC : JO 21 juill. 1988, p. 9448 et s. ; *JurisData* n° 1988-605372.

(126) CE, 13 nov. 1995, n° 136426 ; *Rec. CE* 1995 ; *RJS* 1/1996, n° 57 ; *JurisData* n° 1995-050909.

administrative pour le licenciement de salariés protégés, le Conseil d'État vérifie si le refus de l'inspecteur du travail ne nuit pas de façon excessive aux intérêts de l'entreprise⁽¹²⁷⁾. Un arrêté ministériel peut aussi être suspendu si son exécution porte une atteinte grave et immédiate aux intérêts de l'entreprise⁽¹²⁸⁾. Le juge administratif tranche en pesant les intérêts en présence. Lui seul peut s'immiscer, à la marge, dans la gestion de l'entreprise en appréciant, compte tenu du contexte, ce standard.

95. – L'intérêt de l'entreprise est également le standard qui permet de justifier la concession de certains droits et pouvoirs.

2° Un outil de légitimation

96. – « Digne d'être pris en considération, non seulement comme conforme aux exigences de la légalité ou aux règles de droit, mais comme fondé sur des données tenues pour normales relativement à un certain état moral et social »⁽¹²⁹⁾, l'intérêt de l'entreprise justifie, dans le cercle de la communauté de travail, l'exercice du pouvoir de direction par l'employeur (a) et le principe de participation des salariés (b).

a) Légitimation du pouvoir de direction

97. – **Le pouvoir de direction, pouvoir singulier.** L'entreprise ne peut être imaginée sans organes de décision. Dans la majorité des cas, et de façon évidente dans les plus petites entreprises, ceux-ci ne sont en réalité qu'un, l'employeur. La séparation des pouvoirs n'ayant pas cours dans l'entreprise, son dirigeant peut réunir le pouvoir réglementaire, le pouvoir disciplinaire et le pouvoir de direction. S'ils peuvent tous être rattachés à l'intérêt de l'entreprise, seul le dernier y trouve sa légitimité. En effet, aux termes du Livre troisième de la Première partie du Code du travail, pouvoirs réglementaire et disciplinaire sont dévolus à l'employeur par le législateur⁽¹³⁰⁾. Le pouvoir de direction, uniquement soumis au contrôle de proportionnalité prévu à l'article L. 1121-1 du Code du travail, doit être distingué des deux premiers qui relèvent d'une « conception normativiste du pouvoir »⁽¹³¹⁾ : ils doivent être utilisés dans l'intérêt de l'entreprise mais n'y trouvent pas leur source.

98. – **Le pouvoir de direction, expression de l'autorité.** L'analyse de l'entreprise et plus particulièrement de son activité économique conduit à remettre le pouvoir entre les mains de ceux sur qui pèse le risque. L'employeur, organe investi de ce pouvoir, détient l'autorité⁽¹³²⁾. Légitimée par la loi dans le domaine disciplinaire,

(127) CE, 12 mars 1982, n° 17666 : *Rec. CE* 1982 ; *JurisData* n° 1982-040785. – CE, 6 janv. 1989, n° 84757 : *Rec. CE* 1989, p. 5 ; *RJS* 4/1989, n° 359 ; *Dr. soc.* 1989, p. 376 et s., note D. Chelle et X. Prétot ; *JurisData* n° 1989-640060.

(128) CE, 29 juin 2001 : *Dr. ouvrier* 2001, p. 409.

(129) G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd. 2014, p. 602, V° *Légitime*.

(130) L'article L. 1321-1 du Code du travail décide notamment que « le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe » un certain nombre de règles de conduite au sein de l'entreprise. Parmi celles-ci, il doit définir « les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur ». De plus, la Cour de cassation considère que le pouvoir disciplinaire est attaché à la qualité d'employeur (Cass. soc., 16 oct. 1980, n° 79-40.111 : *Bull. civ.* 1980, V, n° 748 ; *JurisData* n° 1980-705205).

(131) P. Lokiec, *Contrat et Pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, spéc. n° 459, p. 335.

(132) « Pouvoir de commander appartenant aux gouvernants », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd. 2014, p. 108, V° *Autorité*.

elle s'exprime sous la forme du pouvoir de direction. Une dévolution uniquement contractuelle de celui-ci doit être écartée.

99. – La Cour de cassation, dans l'arrêt *Société générale*, caractérise le pouvoir de direction par « l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné »⁽¹³³⁾. Le juge doit donc procéder à une appréciation factuelle de la situation du travailleur afin de déterminer ou non l'existence d'un lien de subordination. « L'existence d'une relation de travail salarié ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs »⁽¹³⁴⁾. La subordination juridique ne peut qu'être un rapport factuel de pouvoir ; elle ne tire pas son origine du contrat. Si ce dernier est l'un des « éléments les plus objectifs d'identification de la situation de subordination »⁽¹³⁵⁾, il ne fonde pas pour autant l'attribution à l'employeur du pouvoir de direction.

100. – **Le pouvoir de direction, pouvoir dévolu.** Autrefois caractérisé par le devoir d'obéissance, le pouvoir de direction est aujourd'hui justifié par l'appartenance à une communauté de travail, l'entreprise⁽¹³⁶⁾. Au nom de l'intérêt de celle-ci, l'employeur peut imposer aux salariés sa décision dès lors qu'elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché⁽¹³⁷⁾. L'atteinte aux libertés fondamentales constituée par une décision de l'employeur, qui peut dépasser le cadre contractuel lorsqu'elle touche à la vie privée⁽¹³⁸⁾ ou qu'elle produit ses effets alors que le contrat de travail a pris fin⁽¹³⁹⁾, est justifiée dès lors qu'elle s'inscrit dans l'intérêt de l'entreprise.

(133) Cass. soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 386 ; *RJS* 12/1996, n° 1320 ; *Dr. soc.* 1996, p. 1067 et s., note J.-J. Dupeyroux ; *JurisData* n° 1996-004273.

(134) Cass. soc., 17 avr. 1991, n° 88-40.121 : *Bull. civ.* 1991, V, n° 200 ; *D.* 1991, p. 139 ; *JurisData* n° 1991-001140 et Cass. soc., 19 déc. 2000, n° 98-40.572 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 437 ; *RJS* 3/2001, n° 275 ; *Dr. soc.* 2001, p. 227 et s., note A. Jeammaud ; *JurisData* n° 2000-007570.

(135) P. Lokiec, *Contrat et Pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, spéc. n° 472, p. 343.

(136) La jurisprudence a notamment dégagé la notion de « service organisé », l'appartenance à celui-ci étant un indice de l'existence d'un lien de subordination et d'un contrat de travail. Or, l'intégration au service organisé suppose nécessairement et implicitement l'existence de celui-ci. Puisqu'il ne peut voir le jour sans « organisateur », le pouvoir d'animation de ce service, communauté, doit forcément être concédé à l'un de ses membres, l'employeur. V. not. Cass. soc., 7 déc. 1983, n° 81-41.626 : *Bull. civ.* 1983, V, n° 592 ; *JurisData* n° 1983-702675 et Cass. soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 386 ; *RJS* 12/1996, n° 1320 ; *Dr. soc.* 1996, p. 1067 et s., note J.-J. Dupeyroux ; *JurisData* n° 1996-004273.

(137) C. trav., art. L. 1121-1. – Le « but recherché » par l'employeur doit donc être guidé par l'intérêt de l'entreprise. En conséquence, il est nécessairement licite et ne peut être confondu avec son intérêt propre.

(138) Tel est le cas d'une clause du contrat de travail qui prévoit que le salarié doit avoir son domicile familial dans la région dans laquelle il exerce sa prestation (Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 96-40.755 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 7 ; *RJS* 2/1999, n° 151 ; *Dr. soc.* 1999, p. 287, note J.-E. Ray ; *JurisData* n° 1999-000086) antérieurement à l'arrêt du 28 février 2012 qui considère que les clauses de résidence ne sont plus, sauf exception, justifiables (Cass. soc., 28 févr. 2012, n° 10-18.308 : *Bull. civ.* 2012, V, n° 78 ; *RJS* 5/2012, n° 415 ; *JCP S* 2012, 1244, note G. Loiseau ; *RDT* 2012, p. 225, note C. Varin ; *JurisData* n° 2012-003036). De même, en matière de géolocalisation et de vidéosurveillance où, sous l'influence de la CNIL, le juge recherche si le dispositif mis en place, dont l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux ne peut être contestée, est justifié par l'intérêt de l'entreprise (Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-18.036 : *Bull. civ.* 2011, V, n° 247 ; *RJS* 1/2012, n° 4 ; *JCP S* 2012, 1054, note G. Loiseau ; *RDT* 2012, p. 156, note B. Bossu et T. Morgenroth ; *JurisData* n° 2011-023703. – Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43.866 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 206 ; *RJS* 11/2006, n° 1143 ; *D.* 2006, p. 1704 ; *JurisData* n° 2006-033904).

(139) La clause de non-concurrence, par exemple, porte atteinte à la liberté du travail. Dès lors, elle doit répondre à des conditions cumulatives très strictes pour être valide : « une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une

101. – Dans l'hypothèse où l'appréciation de l'atteinte fait débat entre l'employeur et le salarié, le législateur a prévu, à l'article L. 2312-2 du Code du travail, l'intervention des délégués du personnel : ceux-ci, porteurs tant d'intérêts individuels que d'intérêts catégoriels, doivent contribuer à la détermination de l'intérêt de l'entreprise avec l'employeur. Si le désaccord persiste, le bureau de jugement du conseil de prud'hommes, statuant en la forme des référés, peut être saisi. L'existence de cette disposition illustre, notamment à travers la procédure précontentieuse ainsi instituée, la reconnaissance implicite de l'autonomie de la communauté de travail pour résoudre, au nom de l'intérêt de l'entreprise, les différends qui pourraient naître en son sein. Les salariés sont amenés à participer à la vie de l'entreprise, par d'autres biais, mais toujours dans l'intérêt de celle-ci.

b) Légitimation du principe de participation

102. – **La participation, principe pluridimensionnel.** Aux termes du 8^e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». De ce texte résultent les deux dimensions du principe de participation. La doctrine a rapidement distingué⁽¹⁴⁰⁾ la détermination collective des conditions de travail par l'institution de dispositifs de décision conjointe de « la participation qui a pour objet l'expression de l'intérêt des salariés et le contrôle des décisions de l'employeur, et celle (...) qui se traduit par la participation aux organes sociaux de l'entreprise »⁽¹⁴¹⁾. Il faut attendre la fin des années 1970 pour que le Conseil constitutionnel donne à ce texte une valeur constitutionnelle⁽¹⁴²⁾. En 1986, le Conseil d'État érige le principe de participation en principe général du droit⁽¹⁴³⁾. Largement entendue, la participation désigne aujourd'hui « toutes les procédures d'information, de dialogue, de négociation, d'association directe ou de contrôle qui entourent l'exercice du pouvoir dans l'entreprise »⁽¹⁴⁴⁾.

103. – **Un principe en expansion.** Le principe de participation trouve notamment son origine dans la démocratie économique, qui a pour objet « les relations entre les salariés et les employeurs et l'association à l'action de l'État »⁽¹⁴⁵⁾. Les multiples communautés de travail composant la société doivent participer à leur échelle et au niveau de la Nation à la poursuite de l'intérêt général⁽¹⁴⁶⁾. Lors de la rédaction

contrepartie financière » (Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 99-43.334 : *Bull. civ.* 2002, V, n° 239 ; *RJS* 10/2002, n° 1119 ; *Dr. soc.* 2002, p. 949 et s., note R. Vatinet ; *JurisData* n° 2002-015271).

(140) J. Rivero et G. Vedel, *Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule*, in *Les problèmes économiques et sociaux et la Constitution du 27 octobre 1946*, Librairie sociale et économique, coll. « Droit social », Fasc. XXXI, 1947, p. 13 et s.

(141) M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, spéc. n° 67, p. 79.

(142) Cons. const., 5 juill. 1977, n° 77-79 DC : *JO* 6 juill. 1977, p. 3560 et s. ; *JurisData* n° 1977-761197. – Cons. const., 21 juill. 1977, n° 77-83 DC : *JO* 22 juill. 1977, p. 3885 et s. – Cons. const., 18 janv. 1978, n° 77-91 DC : *JO* 19 janv. 1978, p. 423 et s.

(143) CE, 9 juill. 1986, n° 67176 : *Rec. CE* 1986 ; *JurisData* n° 1986-042620.

(144) M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, spéc. n° 457, p. 386.

(145) M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, spéc. n° 66, p. 79.

(146) L'intervention de P. Ramadier au cours des débats de l'Assemblée constituante illustre cette volonté de faire participer les travailleurs : « Nous estimons qu'au moment où sont proclamés les droits de la personne humaine, nous devons y inclure le droit de la personne humaine à ne pas aliéner son travail pour se plier à une sorte de servitude mais affirmer, au contraire, son droit de s'associer avec ceux qui sont investis de la direction technique ou de la direction générale des entreprises, en conservant un droit de regard, afin que le travail prenne une plus haute conscience des

de la Constitution de 1946, le principe de participation trouvait majoritairement à s'exprimer dans un cadre professionnel à travers les conventions collectives adoptées conformément à la loi du 24 juin 1936⁽¹⁴⁷⁾, l'État n'étant jamais acteur du dialogue. C'est cependant dans l'entreprise que la participation va pouvoir s'épanouir, au nom de l'intérêt de la communauté de travail.

104. – L'indéniable intérêt du principe de participation. Le principe de participation comporte toujours deux faces. La première résulte explicitement de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 : il s'agit de prérogatives attribuées aux travailleurs. La seconde est implicite : l'employeur, en tant que membre de la communauté de travail, bénéficie également de cette dévolution. La logique conduirait à penser que, dans le périmètre de l'entreprise, ce qui est attribué à l'un l'est nécessairement au détriment de l'autre ; en réalité, il n'en est rien. En effet, les mécanismes de participation tels que la participation aux résultats⁽¹⁴⁸⁾, la représentation des salariés⁽¹⁴⁹⁾ ou la négociation collective s'inscrivent dans l'intérêt de l'entreprise : la constitutionnalisation de ce principe agit comme un révélateur en ce qu'il est « un moyen d'introduire un élément de collaboration dans cette relation ; comme un moyen d'associer le travailleur à l'élaboration des décisions auxquelles il devra se conformer, de lui donner la responsabilité de présenter ses propres idées pour l'amélioration de la production »⁽¹⁵⁰⁾.

105. – L'intérêt de l'entreprise justifie alors le recours à la participation des travailleurs lorsque sa mise en œuvre se fait au bénéfice de l'ensemble de la communauté de travail. L'émergence d'un intérêt collectif légitime l'élaboration de normes propres à celle-ci. L'entreprise doit être envisagée comme le creuset dans lequel différents intérêts se rencontrent pour, une fois fondus dans le foyer de la négociation collective, donner naissance à un corps de règles illustrant le juste équilibre identifié par les parties.

SECTION 2

La traduction juridique de l'entreprise

106. – « La nature de l'entreprise et les réformes dont celle-ci devrait être l'objet alimentent un inépuisable débat : peu de notions ont suscité autant d'analyses magistrales, autant de propositions novatrices. Peu de notions demeurent cependant aussi floues, aussi controversées : organisme de base de la vie économique, "cellule élémentaire où s'organise la collaboration du capital et du travail", l'entreprise demeure dans

difficultés de sa tâche, comme de la valeur sociale qu'il représente, donc des obligations qu'il doit assumer à l'égard de l'ensemble du corps social », Assemblée nationale constituante, séance du 28 août 1946 : JOAN 1946, p. 3373.

(147) L. 24 juin 1936, modifiant et complétant le chapitre IV « bis » du titre II du livre 1^{er} du Code du travail : « De la convention collective de travail » : JO 26 juin 1936, p. 6698 et s.

(148) Le concept de participation a longtemps renvoyé à la participation aux résultats de l'entreprise en raison de l'utilisation de la locution présente dans l'ordonnance du 7 janvier 1959. Aujourd'hui, le dispositif existe toujours aux articles L. 3321-1 et suivants du Code du travail : il permet d'associer les salariés aux résultats financiers de l'entreprise.

(149) La représentation du personnel doit, en premier lieu, permettre d'éviter des excès et exprimer les intérêts de tous d'une seule voix.

(150) O. Kahn Freund, *Rapport général* : RID comp. oct.-déc. 1976, vol. 28, n° 4, p. 687.

l'ordre juridique, difficilement saisissable »⁽¹⁵¹⁾, les traductions qu'elle peut recevoir sur ce plan doivent cependant être identifiées. Cette recherche ne peut qu'être limitée à l'appréhension par les juristes des concepts que recouvre la notion d'entreprise et non à une stricte définition juridique de celle-ci, laquelle serait vouée à l'échec⁽¹⁵²⁾.

107. – Des conséquences juridiques importantes sont attachées à la notion d'entreprise. Il est indispensable qu'elle soit saisie dans la sphère du droit (Sous-section 1). Or, chaque branche de celui-ci tend à en « sécréter »⁽¹⁵³⁾ une acception qui lui est propre⁽¹⁵⁴⁾. Cette diversité, conjuguée à la nécessité de saisir l'entreprise, conduit à retenir de celle-ci une définition imparfaite (Sous-section 2).

S O U S - S E C T I O N 1

Une traduction nécessaire

108. – « L'entreprise, cellule de base incontestée de la société économique et sociale, est quasiment devenue la cellule de base de la vie juridique »⁽¹⁵⁵⁾. Si le droit tente de le saisir, le concept d'entreprise s'est avant tout imposé dans plusieurs domaines. Cette incursion d'une notion-réalité forgée par d'autres matières dans la science juridique s'est traduite par son utilisation par le législateur, lequel s'est bien gardé de la définir, lui permettant de conserver son polymorphisme. Parfois champ dans lequel la norme légale ou conventionnelle tend à produire ses effets (§ 1) mais aussi vecteur d'une activité (§ 2), le concept d'entreprise a été assimilé par le droit.

§ 1. – L'entreprise, périmètre d'application de la norme

109. – Si le droit ne connaît pas l'entreprise au sens strict du terme, elle est l'objet de nombreuses attentions tant dans le droit du travail qu'en dehors de celui-ci. Les différentes branches du droit la saisissent d'abord comme objet, cadre spatial dans ou sur lequel la règle juridique a vocation à se déployer.

(151) N. Catala, *L'entreprise*, Dalloz, 1980, spéc. n° 116, p. 123.

(152) Pour illustrer l'opération intellectuelle à laquelle le juriste est tenu de se livrer, V. Y. Lambert-Faivre, *L'entreprise et ses formes juridiques : RTD com.* 1968, p. 948 : « Cet insaisissable "droit de l'entreprise" n'existerait-il pas en filigrane dans l'ensemble de notre droit, où le trouve qui le recherche, renonçant à attendre plus longtemps la naissance hypothétique d'un être nouveau à la vie juridique. Cette quête exige un œil neuf qui décèle, sous les structures classiques, tous les éléments de l'entreprise dont la mise en œuvre dans le domaine du droit doit assurer prospérité et justice dans le domaine économique. (...) On peut éviter les incertitudes d'une construction juridique nouvelle par de nécessaires ajustements des conceptions classiques. Cette appréhension de notions connues, vivifiées par un esprit nouveau est une manière plus pragmatique que cartésienne d'aborder le problème de l'entreprise dans le droit. Elle permet d'éviter les constructions hasardeuses en assurant chaque étape d'évolution sur l'expérience juridique acquise ».

(153) N. Catala, *L'entreprise*, Dalloz, 1980, spéc. n° 117, p. 124.

(154) M. Despax constate que « le droit des biens (règles de droit successoral), celui des obligations tout autant que celui des personnes, le droit des sociétés mais aussi le droit du travail ou le droit fiscal tous à des titres divers et des degrés divers contribuent à constituer le manteau juridique de l'entreprise, un manteau dont la diversité même pourrait faire penser à un habit d'arlequin » (*L'évolution du droit de l'entreprise*, in *Les orientations sociales du droit contemporain* : Mél. J. Savatier, PUF, 1992, p. 177 et s., spéc. p. 181).

(155) M. Despax, *L'évolution du droit de l'entreprise*, in *Les orientations sociales du droit contemporain* : Mél. J. Savatier, PUF, 1992, p. 177 et s., spéc. p. 179.

110. – Un concept vivace hors du droit du travail. L'entreprise est au centre des préoccupations de multiples acteurs dans la société française, au premier rang desquels se trouve le législateur. Lorsque, dans les périodes de crise économique, elle est réduite à être pourvoyeuse d'emplois, son existence doit être assurée. Cette tendance peut notamment être perçue en droit des successions : l'attribution préférentielle prévue à l'article 831⁽¹⁵⁶⁾ du Code civil a pour objet d'éviter un démembrement de l'entreprise qui pourrait avoir un impact sur sa pérennité. Ce mécanisme porte en réalité sur l'unité de production⁽¹⁵⁷⁾. C'est un ensemble de biens qui suivra le même régime⁽¹⁵⁸⁾ : « le maintien de l'entreprise, malgré les avatars qui peuvent l'affecter, est un objectif prioritaire »⁽¹⁵⁹⁾.

111. – L'objectif poursuivi par le législateur en droit fiscal est autre. La notion d'entreprise a une double utilité, caractérisant le champ d'application de régimes fiscaux distincts et permettant à certains ensembles limitativement identifiés de bénéficier de dispositions fiscales avantageuses. Relèvent notamment de ce second aspect les exonérations d'impôt pour les entreprises nouvelles⁽¹⁶⁰⁾ ou celles qui sont implantées dans une zone de recherche et de développement⁽¹⁶¹⁾ ; en relève aussi le crédit d'impôt pour dépenses de recherches effectuées⁽¹⁶²⁾. Toutefois, « le terme d'entreprise est utilisé dans la loi fiscale, pour l'essentiel, aux fins d'explicitier les éléments du régime des bénéfices industriels et commerciaux, en tant que simple instrument de désignation de son lieu d'application »⁽¹⁶³⁾. Sont donc réunies sous un même vocable différentes notions juridiques dès lors qu'une activité professionnelle⁽¹⁶⁴⁾ est développée : le régime fiscal qu'elles suivront est, en droit, leur seul dénominateur commun⁽¹⁶⁵⁾.

112. – Il est un autre domaine où le concept d'entreprise est usité, celui des entreprises en difficultés. Sous cette dénomination est visé l'ancien « droit des faillites ».

(156) C. civ., art. 831, al. 1^{er} : « Le conjoint survivant ou tout héritier copropriétaire peut demander l'attribution préférentielle par voie de partage, à charge de soulte s'il y a lieu, de toute entreprise, ou partie d'entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ou quote-part indivise d'une telle entreprise, même formée pour une part de biens dont il était déjà propriétaire ou copropriétaire avant le décès, à l'exploitation de laquelle il participe ou a participé effectivement. Dans le cas de l'héritier, la condition de participation peut être ou avoir été remplie par son conjoint ou ses descendants ». À l'origine, l'attribution préférentielle, consacrée par le décret-loi du 17 juin 1938, ne portait que sur les exploitations agricoles. La loi n° 61-1378 du 19 décembre 1961 l'a étendue aux entreprises commerciales, industrielles et artisanales. Le principe d'égalité en valeur s'est substitué au principe d'égalité du partage en nature : par des réformes successives jusqu'à la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, la philosophie du partage a évolué. Désormais, l'objectif est de maintenir l'unité économique afin de garantir la continuité de l'entreprise et non plus d'assurer la conservation par la famille des biens accumulés au fil des générations.

(157) Sa définition juridique applicable en toute circonstance est impossible, V. B. Mercadal, *La notion d'entreprise*, in *Les activités et les biens de l'entreprise* : *Mél. J. Derruppé*, Litec, 1991, p. 9 et s., spéc. p. 12.

(158) « Il faudrait considérer l'ensemble des biens mobiliers ou immobiliers qui se trouvent rassemblés en une unité de production pour la réalisation de services ou de produits de caractère commercial, industriel ou artisanal » (J. Patarin : *RTD civ.* 1962, p. 433).

(159) M. Despax, *L'évolution du droit de l'entreprise*, in *Les orientations sociales du droit contemporain* : *Mél. J. Savatier*, PUF, 1992, p. 177 et s., spéc. p. 185.

(160) CGI, art. 44 sexies et s.

(161) CGI, art. 44 undecies et s.

(162) CGI, art. 244 quater B.

(163) B. Castagnède, *L'entreprise et la profession en droit fiscal* : *Dr. fisc.* 1992, p. 757 et s.

(164) Aux termes de l'article 34 du Code général des impôts, « sont considérés comme bénéfices industriels et commerciaux, pour l'application de l'impôt sur le revenu, les bénéfices réalisés par des personnes physiques et provenant de l'exercice d'une profession commerciale, industrielle ou artisanale ».

(165) En outre, en droit fiscal, la notion d'entreprise intègre également les activités professionnelles développées sous la forme sociétaire, plus faciles à appréhender et donc moins débattues : celles-ci dépendent du régime de l'impôt sur les sociétés.

Cette évolution terminologique est le reflet du changement de finalité de cette discipline. Jusqu'aux réformes opérées pendant les années 1980⁽¹⁶⁶⁾, il s'agissait de solder le passif et d'exclure le commerçant défaillant. Depuis, si cet effet est toujours recherché, il est devenu secondaire : « la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif »⁽¹⁶⁷⁾ sont recherchés. Ici encore, si la notion d'entreprise est constamment utilisée, elle ne fait l'objet d'aucune définition. Mais le domaine de la matière dépend de cette définition. Il est permis de considérer que relèvent de cette qualification les entités qui peuvent bénéficier des trois procédures collectives que sont la sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaires. Or, les articles L. 620-1, L. 631-2 et L. 640-2 du Code de commerce qui déterminent respectivement le champ d'application de chacun de ces dispositifs retiennent un unique domaine de déploiement de la norme⁽¹⁶⁸⁾ : sous un même terme sont regroupées des formes juridiques que rien ne rapproche en dehors d'un même régime applicable à certaines situations.

113. – Un concept incontournable en droit du travail. « De la notion d'entreprise, le droit du travail effectue un abondant usage »⁽¹⁶⁹⁾. L'application de nombreuses dispositions du Code du travail est liée à la notion d'effectif, car de certains seuils « dépend l'existence ou la disparition d'un droit, d'une obligation ou d'une faculté »⁽¹⁷⁰⁾. Il s'agit donc de décompter un nombre d'individus au sein d'un ensemble donné. Ce dernier peut être identifié par une caractéristique commune⁽¹⁷¹⁾ ou un cadre spatial⁽¹⁷²⁾. L'article L. 1111-2 du Code du travail fixe les modalités de calcul des effectifs en faisant référence à l'entreprise, laquelle a ainsi vocation à être le périmètre de base⁽¹⁷³⁾ au sein duquel la collectivité des travailleurs est appréciée. Le droit du travail se montre alors « indifférent aux montages opérés par emprunt aux techniques sociétaires ». Il ne se prononce pas sur le cadre dans lequel la communauté de travail doit évoluer. Néanmoins, de nombreux livres du Code du travail fixent leur champ d'application principalement par référence aux « employeurs de droit privé et à leurs salariés »⁽¹⁷⁴⁾.

114. – Pour autant, « l'employeur, pas plus que l'entreprise, ne peut suffire à définir le cadre de l'effectif, car il arrive que d'un même employeur dépendent plusieurs effectifs, ou qu'un même effectif dépende de plusieurs employeurs »⁽¹⁷⁵⁾.

(166) L. n° 84-148, 1^{er} mars 1984, relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises : JO 2 mars 1984, p. 751 et s. – L. n° 85-98, 25 janv. 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises : JO 26 janv. 1985, p. 1097 et s.

(167) L. n° 85-98, 25 janv. 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, art. 1^{er} : JO 26 janv. 1985, p. 1097.

(168) Elles sont applicables « à toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé ».

(169) B. Teyssié, *L'entreprise et le droit du travail* : Arch. phil. dr. 1997, p. 355 et s., spéc. p. 359.

(170) C. Sachs-Durand, *Les seuils d'effectif en droit du travail*, LGDJ, 1985, p. 27. Peuvent être citées l'obligation d'organiser des élections professionnelles en vue de constituer un comité d'entreprise ou une délégation du personnel, l'obligation de mettre en place la participation des salariés aux résultats de l'entreprise...

(171) Tel est par exemple le cas des salariés cadres.

(172) Tel est notamment le cas de l'établissement.

(173) « Le cadre de l'effectif le mieux adapté en droit du travail semble de prime abord devoir être l'entreprise », C. Sachs-Durand, *Les seuils d'effectif en droit du travail*, LGDJ, 1985, p. 21.

(174) C. trav., art. L. 1211-1, L. 2211-1, etc.

(175) C. Sachs-Durand, *Les seuils d'effectif en droit du travail*, LGDJ, 1985, p. 21.

L'article L. 1224-1 du Code du travail mêle cependant les deux notions : « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». Si l'employeur est le cocontractant de tous les salariés, il ne constitue pas un élément intangible de l'entreprise : il peut être remplacé par un autre lorsque l'ensemble des composantes de celle-ci, au premier rang desquelles son personnel, est transféré. La novation des contrats de travail traduit le mouvement juridique suivi par l'entreprise dont la collectivité de salariés ne peut être détachée⁽¹⁷⁶⁾ : le lien d'entreprise primerait sur le lien contractuel⁽¹⁷⁷⁾.

115. – Les notions d'employeur et d'entreprise sont également mêlées, indirectement, en matière de négociation collective. Si l'accord est négocié entre « l'employeur et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise »⁽¹⁷⁸⁾, il a vocation à produire ses effets au sein de cette dernière, quel qu'en soit le cadre légal. Peu importe la forme juridique de l'entreprise ; qu'elle soit une personne morale ou une personne physique est indifférent : elle est entendue comme une notion « générique »⁽¹⁷⁹⁾. Au contraire, la réalisation d'une activité, correspondant à l'objet de l'entreprise⁽¹⁸⁰⁾, constitue l'un des éléments indispensables à sa caractérisation.

§ 2. – L'entreprise, personne exerçant une activité économique

116. – À la croisée du droit et de l'économie, l'entreprise est, pour chacune de ces disciplines, une notion centrale. Les économistes s'en sont saisis les premiers. Leur attention se concentre sur la production de biens ou la fourniture de services, donc sur l'activité de l'entreprise (I). Elle induit un certain nombre de conséquences juridiques dont l'existence d'une personne (II).

I. – Une activité économique, une condition

117. – Dans le Code du travail, plusieurs textes font référence à « l'activité de l'entreprise »⁽¹⁸¹⁾. De ces termes peut se déduire le caractère essentiel de ce critère

(176) « Amarré à l'entreprise, le personnel en fait désormais partie intégrante, ce qui n'est point sans conséquence, sur le plan comptable notamment, où la conception purement patrimoniale et financière de l'entreprise cède peu à peu devant une conception de celle-ci où l'aspect proprement humain est désormais, comme il le mérite, pris en compte », M. Despax, *L'évolution du droit de l'entreprise*, in *Les orientations sociales du droit contemporain* : Mél. J. Savatier, PUF, 1992, p. 177 et s., spéc. p. 183. Dans certaines situations également, ce sont les salariés eux-mêmes qui constituent le patrimoine de l'entreprise dans le sens où, en l'absence de certains d'entre eux, elle ne pourrait pas fonctionner ou se développer. La collectivité des salariés peut alors être entendue comme l'un des éléments participant de la valeur marchande de l'entreprise.

(177) J. Rivero et J. Savatier, *Droit du travail*, PUF, 13^e éd. 1993, p. 107.

(178) C. trav., art. L. 2232-16.

(179) P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 4^e éd. 2012, p. 31.

(180) J. Rivero et J. Savatier, *Droit du travail*, PUF, 13^e éd. 1993, p. 168.

(181) Peuvent être notamment relevés les articles L. 1222-11 relatif au télétravail, L. 1242-2 relatif aux cas de recours au contrat à durée déterminée, L. 2323-47 et L. 2323-57 relatifs à l'information du comité d'entreprise et L. 3122-29 relatif au travail de nuit. Dans la plupart des cas, il s'agit d'ouvrir à l'entreprise la possibilité de recourir à des dispositifs exorbitants du droit commun.

en vue de reconnaître une entreprise⁽¹⁸²⁾. Trois conditions cumulatives ont pu être dégagées pour caractériser l'activité : « elle doit être exercée de façon autonome (...), consister en une répétition d'actes déterminés ; elle est un ensemble d'actes coordonnés en vue d'obtenir un résultat recherché (...), enfin, elle doit avoir un caractère économique »⁽¹⁸³⁾.

118. – Une activité. Le droit des entreprises en difficultés s'attache prioritairement, depuis le milieu des années 1980, à maintenir l'activité de l'entreprise⁽¹⁸⁴⁾ : certains éléments de définition peuvent y être trouvés. Sa pérennité est recherchée ; elle ne peut donc se résumer à une action ou à des actions épisodiques. Au contraire, l'activité induit « la réitération et la coordination d'actes de même nature, qui s'étaient dans le temps, la répétition d'actes déterminés »⁽¹⁸⁵⁾ qui tendent à la réalisation d'un objectif défini. Ainsi, « agit au titre d'une activité celui qui accomplit de fréquentes et importantes opérations de bourse alors qu'il ne justifie pas d'une autre activité ni d'une situation de fortune qui lui aurait permis de spéculer uniquement en vue de la fructification de ses capitaux »⁽¹⁸⁶⁾. L'activité peut donc être distinguée des simples actions de gestion de patrimoine⁽¹⁸⁷⁾ : elle ne peut se limiter à l'exécution d'un ouvrage déterminé⁽¹⁸⁸⁾. Elle ne saurait être retenue comme un critère permettant, en soi, de reconnaître une entreprise.

119. – Une activité économique. L'exercice de toute activité ne permet pas de caractériser une entreprise : elle doit présenter un caractère économique. Tant le juge européen⁽¹⁸⁹⁾ que le juge interne⁽¹⁹⁰⁾ retiennent cet élément. L'activité économique peut être commerciale, artisanale, agricole ou libérale dès lors qu'elle tend à produire et vendre des produits ou des services. Son caractère lucratif peut soulever des difficultés. Certains auteurs considèrent que le caractère éco-

(182) Un auteur considère ainsi que « le concept d'activité est consubstantiel à la notion d'entreprise », E. Alfandari, *La non-reconnaissance de l'entreprise par le droit des affaires*, Litec, 1993, p. 166, cité par T. Lamarche, *La notion d'entreprise* : RTD com. 2006, p. 709 et s., spéc. p. 720.

(183) B. Mercadal, *La notion d'entreprise, in Les activités et les biens de l'entreprise* : Mél. J. Derruppé, Litec, 1991, p. 9 et s., spéc. p. 13.

(184) L. n° 85-98, 25 janv. 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises puis la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises mentionnent respectivement le maintien de l'activité et sa poursuite.

(185) T. Lamarche, *La notion d'entreprise* : RTD com. 2006, p. 709 et s., spéc. p. 720.

(186) CA Paris, 5^e ch., 13 janv. 1976, note M. Boitard : JCP G 1977, 18576.

(187) La jurisprudence, essentiellement en matière fiscale, donne des exemples d'actions de gestion du patrimoine : l'exploitation de biens agricoles lorsque les revenus qui en sont tirés sont dérisoires (Cass. com., 3 juill. 1990, n° 89-11.665 : Dr. fisc. 1990, n° 42, 1956), l'achat d'un terrain et la construction d'une maison sur celui-ci sans intention spéculative (Cass. 2^e civ., 24 sept. 2009, n° 08-20.553 : *JurisData* n° 2009-049622). De même, le bailleur d'immeubles accomplit de simples actes de gestion de son patrimoine (Cass. crim., 15 oct. 1979, n° 79-90.413 : *Bull. crim.* 1979, n° 278).

(188) CJCE, 19 sept. 1995, aff. C-48/94, *Ledernes Hovedorganisation c/ Dansk Arbejdsgiverforening* : D. 1995, p. 219 : l'activité isolée et limitée dans le temps n'a, en principe, pas vocation à constituer une activité au sens de la directive n° 77/187/CEE hors le cas où elle dispose d'une certaine autonomie d'organisation.

(189) La Cour de justice de l'Union européenne retient l'existence d'une entreprise lorsqu'une activité économique est exercée, laquelle est définie comme le fait « d'offrir des biens et des services sur le marché » (CJCE, 16 juin 1987, aff. C-118/85, *Commission c/ Italie*).

(190) La Cour de cassation reconnaît une entreprise lorsqu'une activité économique est caractérisée dans le cas d'un agent d'assurance, d'une association à but non lucratif ou d'une société civile immobilière qui se livrait à certains actes (Cass. 1^{er} civ., 12 mars 2002, n° 99-12.209 : *Bull. civ.* 2002, I, n° 86). Il en est de même pour une caisse de sécurité sociale (Cass. 1^{er} civ., 3 mars 1993, n° 91-12.674 : *Bull. civ.* 1993, I, n° 92) contrairement au service juridique d'une collectivité territoriale (Cass. 1^{er} civ., 30 mars 1994, n° 92-18.764 : *Bull. civ.* 1994, I, n° 121).

nomique ne peut guère être reconnu lorsqu'aucun but lucratif n'est poursuivi⁽¹⁹¹⁾. Un autre estime toutefois qu'il « importe peu que les différentes activités soient exercées dans une intention lucrative ou avec un but désintéressé ; en dépit de la tradition encore dominante qui considère le profit comme l'essence de l'activité économique, la recherche du profit ne saurait plus être considérée comme une condition nécessaire de l'activité économique »⁽¹⁹²⁾. Le législateur a tranché en faveur de cette dernière position. En atteste la loi du 29 juillet 1983 relative au développement de certaines activités d'économie sociale⁽¹⁹³⁾. Ainsi, « il convient de distinguer l'économique du lucratif, et à côté des activités lucratives, la loi reconnaît expressément l'existence d'activités économiques qui ne le sont pas »⁽¹⁹⁴⁾. C'est donc le contenu même de l'activité qui permet de la circonscrire ; son objet et son auteur importent peu. Cependant, ce dernier doit bénéficier d'une réelle autonomie dans la poursuite de l'objectif qu'il s'est assigné.

120. – Une activité économique conduite en toute autonomie. L'autonomie financière ne peut être retenue comme critère déterminant pour caractériser une entreprise. Il reviendrait à rechercher l'indépendance économique de l'auteur de l'activité. Or, celle-ci n'existe pas dans des situations où une entreprise est reconnue⁽¹⁹⁵⁾. C'est pourquoi la Cour de justice de l'Union européenne requiert une autonomie réelle de l'entreprise dans la définition des orientations prises sur le marché⁽¹⁹⁶⁾. De même, dans l'ordre interne, le juge judiciaire⁽¹⁹⁷⁾ et le juge administratif⁽¹⁹⁸⁾ exigent que l'activité soit exercée volontairement et pour son propre compte par l'entité examinée pour que celle-ci puisse être qualifiée d'entreprise. Un « objectif propre »⁽¹⁹⁹⁾, l'activité économique caractérisée, doit pouvoir être poursuivi ; l'entreprise doit se suffire à elle-même pour parvenir à ses fins.

121. – Le critère de l'autonomie revêt un intérêt primordial. Lorsqu'il ne peut être identifié, l'entreprise présumée perd son identité, laquelle relève de l'entité qui exerce et dirige réellement l'activité. En droit du travail, son absence peut notamment se traduire par la théorie du coemploi qui conduit, lorsque cesse l'activité, à dépasser les limites de la personnalité juridique pour rechercher un responsable,

(191) Par exemple, le professeur Viandier exclut la qualification d'activité économique lorsqu'aucun but lucratif n'est poursuivi (*Actes de commerce, commerçants, activité commerciale*, PUF, 1992) ; le professeur Guyon soumet à de multiples conditions cette qualification dans une telle situation (*Droit des affaires*, Economica, 9^e éd., 2003, t. II, p. 438).

(192) B. Mercadal, *La notion d'entreprise*, in *Les activités et les biens de l'entreprise : Mél. J. Derruppé*, Litec, 1991, p. 9 et s., spéc. p. 14.

(193) L. n° 83-657, 20 juill. 1983, relative au développement de certaines activités de l'économie sociale : *JO* 21 juill. 1983, p. 2242 et s.

(194) T. Lamarche, *La notion d'entreprise : RTD com.* 2006, p. 709 et s., spéc. p. 724.

(195) Cette situation peut se rencontrer au sein de réseaux de distribution où certains partenaires sont dans un état de dépendance économique à l'égard du réseau mais peuvent être qualifiés d'entreprise (tel est le cas de nombreux franchisés). Retenir le critère de l'indépendance financière serait également difficile en ce qu'il faudrait alors être en mesure de caractériser objectivement la relation qui lie un sous-traitant à son donneur d'ordres : à partir de quand ceux-ci forment-ils une seule et même entreprise ?

(196) CJCE, 14 juill. 1972, aff. C-48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. c/ Commission*.

(197) Cass. com., 19 avr. 2005, n° 05-10.094 : *Bull. civ.* 2005, IV, n° 92 ; *D.* 2005, p. 1225 et s. ; *RTD com.* 2005, p. 541 et s., note C. Champaud et D. Danet ; *JurisData* n° 2005-028189.

(198) CE, 29 janv. 1982, n° 13660 : *Rec. CE* 1982.

(199) Locution notamment utilisée par le juge européen (CJCE, 11 mars 1997, aff. C-13/95, *Ayşe Süzen c/ Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*) ou le juge interne (Cass. soc., 30 sept. 2009, n° 08-40.846 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 212 ; *RJS* 12/2009, n° 899 ; *JCP S* 2010, 1028, note B. Bossu ; *Dr. soc.* 2010, p. 404 et s., note P. Bailly ; *JurisData* n° 2009-049701.

mais surtout un débiteur solvable⁽²⁰⁰⁾. L'entreprise est reconstituée à un autre niveau, le juge s'affranchissant de la rigueur du droit, lequel appelle l'existence d'une personne physique ou morale afin de garantir l'exercice d'une activité économique dont le caractère lucratif importe peu, conduite de manière autonome.

II. – Une personnalité juridique, une conséquence

122. – L'entreprise, entendue comme une entité produisant des biens ou des services à destination du marché, ne peut, notamment lorsque vient le temps de la vente, se soustraire à l'application de l'article 1108 du Code civil. Aux termes de celui-ci, dans sa rédaction actuelle, quatre éléments conditionnent la validité de toute convention : « le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation ». L'exercice de l'activité suppose donc la capacité à contracter, laquelle est reconnue à toute personne qui n'est pas déclarée incapable⁽²⁰¹⁾. La personnalité juridique de l'entreprise apparaît alors comme une condition impérative, mais également comme une conséquence de l'existence d'une activité.

123. – **La personnalité juridique, condition de l'exercice d'une activité.** L'activité de l'entreprise nécessite, pour être développée, des moyens matériels et humains. Ceux-ci supposent la conclusion de contrats⁽²⁰²⁾. La constitution de la collectivité de travail, par le truchement des contrats de travail, impose de relier l'entreprise à une personnalité juridique : une personne physique ou morale peut revêtir la qualité d'employeur. Cette même personne définit l'objet de l'entreprise, son activité économique.

124. – Cette dernière appelle l'élaboration de structures juridiques adaptées. Ainsi la création, en 1967, des groupements d'intérêt économique⁽²⁰³⁾ avait pour but « d'offrir aux activités économiques, entre la société et l'association, un cadre juridique intermédiaire, mieux adapté aux caractéristiques propres d'un grand nombre d'entre elles comme aux intentions de leurs promoteurs »⁽²⁰⁴⁾. Celui-ci a donc été forgé de toutes pièces par le législateur pour permettre aux petites et moyennes entreprises la mise en commun de certaines de leurs activités tout en conservant leur individualité et leur autonomie⁽²⁰⁵⁾. Par ce biais, est conférée à un organisme la capacité juridique qui correspond à l'activité exercée⁽²⁰⁶⁾.

125. – « Le régime capitaliste a construit l'entreprise sur la propriété et le contrat : la propriété des biens, le contrat avec les travailleurs »⁽²⁰⁷⁾. Certains sont donc tentés

(200) Y. Pagnerre, *L'extension de la théorie des coemployeurs, source de destruction du droit du travail* : JCP S 2011, 1423. – J.-F. Cesaro, *Le coemploi, un phénomène de paramnésie juridique* : JCP S 2013, 1081.

(201) C. civ., art. 1123.

(202) « Toute activité économique comporte nécessairement une multitude d'actes juridiques : achats, ventes, jouissance de locaux et d'immeubles, emploi du personnel, action en justice... », J. Paillusseau, *La logique organisationnelle dans le droit. L'exemple du droit des sociétés*, in *Mél. J. Béguin*, Litec, 2004, p. 567 et s., spéc. n° 50, p. 586.

(203) Ord. n° 67-821, 23 sept. 1967 sur les groupements d'intérêt économique : JO 28 sept. 1967, p. 9537 et s.

(204) Rapport au Président de la République, Ord. n° 67-821, 23 sept. 1967, sur les groupements d'intérêt économique : JO 28 sept. 1967, p. 9537 et s.

(205) C. com., art. L. 251-1 et s.

(206) Souvent constitués sous forme d'association jusqu'à l'ordonnance de 1967, les groupements d'intérêt économique souffraient de ne pas bénéficier de la pleine capacité juridique. L'article 3 de l'ordonnance du 23 novembre 1967 repris à l'article L. 251-4 du Code de commerce leur confère donc « la personnalité morale et la pleine capacité juridique ».

(207) G. Ripert, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGD, 2^e éd. 1951, spéc. n° 127, p. 280.

de confondre l'entreprise et le propriétaire des biens⁽²⁰⁸⁾, lequel bénéficie de la prestation de travail des salariés afin de produire des biens ou des services. Un tel amalgame doit être évité⁽²⁰⁹⁾. L'entreprise doit adopter une forme juridique qui lui assure une certaine autonomie à l'égard des propriétaires des biens qui sont mis à sa disposition dans l'exécution de son activité. Une difficulté réside alors dans le fait qu'il est possible d'aboutir à « un dédoublement de la personnalité de l'entrepreneur »⁽²¹⁰⁾ : il dispose d'un patrimoine personnel et d'un autre patrimoine, autonome, qui relève de la personne morale issue de l'organisme juridique créé pour développer l'activité⁽²¹¹⁾.

126. – La personnalité juridique, conséquence de l'exercice d'une activité. « Chaque fois que la loi confère des droits ou impose des obligations à une entreprise, ces droits ou ces obligations doivent être attribués à la personne physique ou morale qui a la qualité d'entrepreneur »⁽²¹²⁾. L'exercice d'une activité induit la possibilité pour les clients, les fournisseurs ou d'autres créanciers d'engager la responsabilité civile de l'entreprise⁽²¹³⁾ considérée en tant que personne. Le droit n'appréhende que cette personne. L'entreprise n'est pas personnifiée, mais elle repose sur un être ou une entité qui dispose de cette caractéristique.

127. – L'entreprise, via la personne physique⁽²¹⁴⁾ ou la personne morale⁽²¹⁵⁾ qui assure sa représentation juridique, peut voir sa responsabilité pénale engagée au titre de nombreuses infractions. En droit du travail, des sanctions pénales peuvent frapper l'entrepreneur dans le cadre de la négociation collective. Ainsi, la méconnaissance des obligations de négociateur résultant des articles L. 2242-1 et suivants du Code du travail est pénalement sanctionné⁽²¹⁶⁾. La section en cause du Code du travail vise « l'entreprise » pour définir son champ d'application. L'appréhension de la personnalité juridique de celle-ci ne peut être éludée. Puisqu'il ne peut s'agir que d'un emprunt à d'autres notions juridiques préexistantes⁽²¹⁷⁾, la perception en est nécessairement approximative.

128. – Une personnalité juridique d'emprunt. « L'entreprise ne dispose pas de la personnalité juridique, mais l'emprunte à la structure juridique sur laquelle elle

(208) Notamment G. Ripert : « Le propriétaire de l'entreprise est le seul maître chez lui en tant qu'il s'agit de la protection de la propriété », in *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^e éd. 1951, spéc. n° 127, p. 281.

(209) Si cette assimilation est compréhensible dans le cadre d'entreprises familiales où l'entrepreneur est une personne physique qui participe chaque jour au développement et à l'exercice de l'activité, elle l'est moins lorsqu'il s'agit d'une personne morale, fonds de pension, dont le seul intérêt est de réaliser une plus-value sur la revente de l'entreprise. Or, caractériser l'entreprise conduit à regrouper les uns et les autres.

(210) J. Derruppé, *L'entreprise entre le patrimoine et la personne*, in *Mél. M. Despax*, PUSS, 2002, p. 49 et s., spéc. p. 55.

(211) De la sorte, aucune entorse n'est faite au principe de l'unité du patrimoine par la création, plus ou moins artificielle, d'une personne morale.

(212) B. Mercadal, *La notion d'entreprise*, in *Les activités et les biens de l'entreprise* : *Mél. J. Derruppé*, Litec, 1991, p. 9 et s., spéc. p. 11.

(213) Celle-ci peut, classiquement, être contractuelle, engagée sur le fondement des articles 1142 et suivants du Code civil lorsqu'elle résulte de l'exécution défectueuse ou de l'inexécution d'un contrat, ou délictuelle lorsqu'elle résulte d'un dommage causé à autrui, justifiant qu'elle soit engagée sur le fondement des articles 1382 et suivants du Code civil.

(214) Par principe, la loi pénale a vocation à s'appliquer à toute personne physique qui entre dans son champ d'application tel que défini aux articles 112-1 et suivants et 113-1 et suivants du Code pénal.

(215) C. pén., art. 121-2 : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ».

(216) C. trav., art. L. 2243-1 et L. 2243-2.

(217) La création d'un droit de l'entreprise est envisageable, sans recourir à la création de notions nouvelles, par l'utilisation de concepts et de mécanismes juridiques qui existent déjà. V. Y. Lambert-Faivre, *L'entreprise et ses formes juridiques* : *RTD com.* 1968, p. 948.

s'appuie. Elle lui permet de conclure des contrats, de disposer des biens indispensables à la réalisation de son activité et demeure pour elle une nécessité. Il reste que cette personnalité juridique n'est pas celle de l'entreprise, mais celle de l'entrepreneur dans l'hypothèse d'une entreprise individuelle, ou celle de la forme juridique disposant de la personnalité morale, lorsqu'elle est ainsi organisée »⁽²¹⁸⁾. Nécessaire, ce hiatus ne peut cependant conduire qu'à une traduction imparfaite de la notion d'entreprise par la science juridique.

S O U S - S E C T I O N 2

Une traduction difficile

129. – L'entreprise doit trouver une structure d'accueil afin d'entrer dans le droit. Cellule économique et sociale, sa participation à la vie juridique ne peut être niée. Quelle que soit l'approche adoptée, elle est « un objet d'organisation juridique »⁽²¹⁹⁾ qu'il convient de doter d'une structure (§ 1). Toutefois, puisqu'elle préexiste à cette volonté de l'encadrer⁽²²⁰⁾, le canevas juridique défini ne peut coïncider parfaitement, dans toutes les situations, avec la réalité (§ 2).

§ 1. – Une technique d'encadrement

130. – Le contrat d'entreprise défini par le Code civil ne correspond pas à la notion d'entreprise. Il a un autre objet en ce qu'il tient au louage de service⁽²²¹⁾. Celui-ci est donc un contrat-échange⁽²²²⁾. L'entreprise devrait plutôt être qualifiée de contrat-organisation par lequel est instituée « une coopération entre A et B, lesquels mettent en commun des choses qui jusque-là leur étaient propres et les emploient à une activité conjointe »⁽²²³⁾ : cette dernière est l'activité économique, consubstantielle à l'entreprise. De nature particulière, le contrat qui est à son origine tend à « définir l'activité qui est son objet et (...) instituer des organes chargés d'assurer et de garantir la réalisation de cette activité selon des modes de répartition des missions et des pouvoirs qui varient selon le type d'organisation »⁽²²⁴⁾.

(218) T. Lamarche, *La notion d'entreprise* : RTD com. 2006, p. 709 et s., spéc. p. 715.

(219) J. Paillusseau, *Le droit des activités juridiques à l'aube du XXI^e siècle* : D. 2003, p. 260 et s., spéc. n° 16.

(220) L'un des premiers auteurs à envisager la recherche d'une définition juridique de l'entreprise, G. Ripert, appelait ainsi à la recherche d'un droit appelé à la régir après avoir constaté l'inexistence de celui-ci (*Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGD), 2^e éd. 1951, spéc. n° 119, p. 267).

(221) C. civ., art. 1779 et s.

(222) P. Didier définit cette catégorie de contrats comme celle où est « établi entre les parties un jeu à somme nulle en ceci que l'un des contractants gagne nécessairement ce que l'autre perd, et les intérêts des contractants y sont donc largement divergents, même s'ils peuvent ponctuellement converger » : il a « pour objet une permutation au terme de laquelle le bien de A se trouve entre les mains de B et le bien de B entre les mains de A », in *Brèves notes sur le contrat-organisation*, in *L'avenir du droit* : Mél. F. Terré, Dalloz et PUF, 1999, p. 635 et s., spéc. p. 636.

(223) P. Didier, *Brèves notes sur le contrat-organisation*, in *L'avenir du droit* : Mél. F. Terré, Dalloz et PUF, 1999, p. 635 et s., spéc. p. 636.

(224) *Ibid.*, spéc. p. 638.

131. – Le contrat de société s'est ainsi affirmé comme le contrat-organisation le plus pertinent pour saisir l'entreprise (I). Elle peut cependant exister sous la forme d'autres structures qui exercent de manière autonome une activité économique (II).

I. – Le recours au contrat de société

132. – Société et entreprise sont des notions intimement liées⁽²²⁵⁾. La première apparaît comme la traduction juridique la plus appropriée de la seconde⁽²²⁶⁾. Toutefois, l'objectif de la mise en société de l'entreprise n'est pas l'appréhension de cette organisation par le droit. En effet, « si l'on recherche, au-delà de la qualification juridique de l'entreprise, un instrument de son autonomie juridique, il faut reconnaître que le cadre sociétaire a été utilisé à cette fin et qu'il est finalement devenu le moyen de doter l'entreprise d'une personnalité juridique autonome »⁽²²⁷⁾. Plusieurs formes sociétaires peuvent être adoptées⁽²²⁸⁾. Le choix parmi celles-ci résulte des intérêts que trouve l'entrepreneur à la création de la société, qu'elle soit unipersonnelle ou pluripersonnelle.

133. – **Organisation du patrimoine.** La société trouve souvent son origine dans le « souhait des entrepreneurs de limiter leur responsabilité et le risque d'entreprise »⁽²²⁹⁾. Utilisée comme technique de séparation des patrimoines, la société dispose d'un patrimoine propre, distinct de celui des associés. Dans les sociétés à risque limité, les créanciers sociaux ne peuvent obtenir le paiement de leur créance que sur le patrimoine social⁽²³⁰⁾. Au contraire, dans les sociétés à risque illimité, les associés peuvent être tenus indéfiniment et solidairement du passif social. Dans les deux cas, il est interdit à ces derniers de disposer des biens sociaux comme le feraient des propriétaires sous peine d'abus⁽²³¹⁾.

134. – **Transmission de l'entreprise.** La mise en société de l'entreprise sous quelque forme que ce soit peut aussi être envisagée comme un moyen d'assurer sa transmission. Lors du décès d'un entrepreneur, seules ses parts sociales ou actions tombent en indivision. La gestion de l'entreprise en est facilitée et tout risque de démantèlement aux conséquences économiques et sociales néfastes peut être écarté puisqu'elle bénéficie alors de la personnalité morale. De nombreuses sociétés civiles immobilières sont créées dans le seul objectif de transmission successorale. Dans ce cas toutefois, aucune activité économique n'est exercée. Une entreprise ne peut être caractérisée.

(225) Ainsi, l'article 1832 du Code civil prévoit que « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager les bénéfices ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ». Les deux notions sont connexes, l'une contribuant à la définition de l'autre, constituant son objet.

(226) La société est « la transposition juridique la mieux adaptée de la notion d'entreprise », G. Lagarde, *De la société anonyme à l'entreprise publique, Études offertes à Georges Ripert*, t. II, LGDJ, 1950, p. 296 et s., spéc. p. 296.

(227) J. Derruppé, *L'entreprise entre le patrimoine et la personne*, in *Mél. M. Despax*, PUSS, 2002, p. 49 et s., spéc. p. 54.

(228) Le législateur impose à certaines entreprises dont l'activité est spécifique de se constituer sous des formes particulières. Tel est le cas des établissements de crédit qui doivent disposer d'un agrément pour exercer leur activité, lequel est délivré par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution qui contrôle notamment « l'adéquation de la forme juridique de l'entreprise à l'activité d'établissement de crédit » (C. monét. fin., art. L. 511-10).

(229) J. Derruppé, *L'entreprise entre le patrimoine et la personne*, in *Mél. M. Despax*, PUSS, 2002, p. 49 et s., spéc. p. 55.

(230) Si le droit prévoit cette stricte limitation de la personnalité, la réalité est autre en ce que l'entrepreneur est souvent conduit à engager ses biens personnels en tant que caution pour assurer le fonctionnement de l'entreprise.

(231) C. com., art. L. 241-3 et s.

135. – Régime fiscal de l'entreprise. Le régime fiscal particulier des sociétés est aussi l'un des éléments conduisant à l'adoption de ce cadre juridique pour mener une activité économique préexistante. « Le poids de l'impôt varie parfois dans des proportions considérables, selon que l'on adopte telle ou telle structure juridique ou tel ou tel mécanisme sociétaire »⁽²³²⁾. La mise en société de l'entreprise apparaît souvent à l'entrepreneur comme le moyen de jouir d'avantages fiscaux⁽²³³⁾.

136. – Financement de l'entreprise. La conclusion d'un contrat de société permet également à l'entreprise, dans certains cas, de disposer de capacités de financement. Celles-ci sont généralement l'apanage des sociétés pluripersonnelles et se traduisent par une ouverture du capital à d'autres associés ou par un appel public à l'épargne. Les fonds réunis seront investis dans l'activité économique et participeront à la vie de l'entreprise.

137. – Le contrat de société apparaît donc comme « la structure d'accueil par excellence »⁽²³⁴⁾ de l'entreprise par le jeu des connexions établies par le législateur⁽²³⁵⁾ entre ces deux notions et en raison du caractère central de l'activité économique dès lors qu'elles se croisent. L'exercice de cette dernière n'est cependant pas l'apanage de la seule société.

II. – Les alternatives au contrat de société

138. – Trois coupes peuvent être envisagées, hors la société, pour la confection de « l'habit juridique »⁽²³⁶⁾ que peut revêtir l'entreprise. Si les deux premières sont très proches, la troisième est à mi-chemin entre la société et l'association.

139. – Entreprise et association. « L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité, dans un but autre que de partager les bénéfices »⁽²³⁷⁾. C'est dans ce dernier élément que réside la principale différence avec la société : l'association poursuit un but non lucratif⁽²³⁸⁾. Si le partage des bénéfices est proscrit, leur recherche est possible et l'association peut exercer une activité économique⁽²³⁹⁾. Dès lors, si elle dispose de la capacité juridique prévue à l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901⁽²⁴⁰⁾ sous condition de déclaration, elle peut la développer de manière autonome et ainsi offrir un cadre à l'entreprise.

140. – Dans ces conditions, elle peut entrer en concurrence avec des sociétés : un établissement de soins ou un club sportif professionnel sont susceptibles

(232) M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 25^e éd. 2012, spéc. n° 30.

(233) L'entrepreneur qui n'envisage que ceux-ci sans prendre en considération les nombreuses conséquences attachées à la mise en société de l'entreprise s'expose toutefois à un risque juridique important (M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 25^e éd. 2012, spéc. n°s 24 et s.).

(234) J. Paillusseau, *Le droit des activités juridiques à l'aube du XXI^e siècle* : D. 2003, p. 260 et s., spéc. n° 60.

(235) V. par ex. C. monét. fin., art. L. 511-10.

(236) Y. Lambert-Faivre, *L'entreprise et ses formes juridiques* : RTD com. 1968, p. 972.

(237) L. 1^{er} juill. 1901, relative au contrat d'association, art. 1^{er} : JO 2 juill. 1901, p. 4025 et s.

(238) Celui-ci est défini par la Cour de cassation comme l'absence de partage du bénéfice, lequel « s'entend d'un gain pécuniaire ou matériel accroissant la fortune des associés » (Cass. ch. réunies, 11 mars 1914, *Caisse rurale de Manigod* : D. 1914, 1, 257).

(239) Certains textes mentionnent ainsi l'activité économique des associations. V. par ex., C. com., art. L. 612-4.

(240) L. 1^{er} juill. 1901, relative au contrat d'association : JO 2 juill. 1901, p. 4025 et s.

de développer leur activité tant sous une forme sociétaire que sous la forme associative. L'association sera assujettie à l'impôt sur les sociétés, en application de l'article 206-1 du Code général des impôts, si elle se livre à une exploitation de caractère lucratif⁽²⁴¹⁾. Elle échappera toutefois à certaines contraintes qui pèsent sur les sociétés⁽²⁴²⁾. Mais, « puisque l'association et la société sont des structures juridiques d'entreprise, s'appliquera aussi le droit commun des entreprises, qui ne fait pas de distinction selon la forme juridique adoptée par l'entrepreneur »⁽²⁴³⁾. Des relations de travail pourront y voir le jour et une communauté de travail s'y constituera.

141. – Entreprise et fondation. Il en est de même pour les fondations. Celles-ci peuvent être réparties en plusieurs catégories. Toutes résultent d'un « acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif »⁽²⁴⁴⁾. Contrairement aux fondations d'entreprise et aux fondations d'utilité publique⁽²⁴⁵⁾, les fondations visées au premier alinéa de l'article 20 de la loi du 23 juillet 1987 ne peuvent servir de cadre juridique à une entreprise puisque l'activité économique, si elle existe, ne pourra être exercée de façon autonome en raison de l'absence de personnalité juridique. Les deux premières sont susceptibles, dans la poursuite de l'objet qui leur a été assigné⁽²⁴⁶⁾, de réunir les critères permettant de caractériser une entreprise. La fondation, proche de l'association, s'en distingue par la nature de l'acte juridique qui en est à l'origine, acte unilatéral pour la première et contrat pour la seconde⁽²⁴⁷⁾.

142. – Entreprise et groupement d'intérêt économique. Créé en 1967⁽²⁴⁸⁾, le groupement d'intérêt économique « est un instrument de collaboration entre des entreprises préexistantes, plus simple que la société et plus efficace que l'association »⁽²⁴⁹⁾. Son objet est la mutualisation par plusieurs personnes physiques ou morales d'une activité commune connexe et auxiliaire. Celle-ci, souvent de nature économique, pourra être exercée de façon autonome, le groupement d'intérêt économique disposant de la personnalité morale aux termes de l'article L. 251-4 du Code de commerce. Une entreprise peut donc être caractérisée en son sein. Cela ne fait

(241) Une instruction administrative du 15 décembre 1998 (complétée par une instruction du 19 février 1999) précise les conditions dans lesquelles l'activité doit être considérée comme lucrative lorsque la gestion de l'association est intéressée, ou si elle concurrence le secteur commercial ou si elle exerce son activité dans des conditions similaires à celles d'une entreprise (produit proposé, public visé, prix pratiqué et publicité faite). Or, ces critères permettent en général également de caractériser une activité économique, laquelle emporte l'existence d'une entreprise.

(242) Les sociétaires n'encourent ainsi aucune responsabilité quant aux actions de l'association et l'organisation de cette dernière est bien plus libre que celle qu'elle aurait dû revêtir sous une forme sociétaire. Ces avantages s'accompagnent logiquement d'inconvénients. En effet, puisqu'elle ne peut s'inscrire au registre du commerce et des sociétés, l'association ne peut se prévaloir de la qualité de commerçant et se trouve donc privée des droits qui y sont attachés (tels, par ex., le renouvellement d'un bail commercial ou la mise en location-gérance d'un fonds de commerce).

(243) E. Alfandari et P.-H. Duthel, *Associations*, Dalloz Action, 2000, p. 17.

(244) L. n° 87-571, 23 juill. 1987, art. 18, sur le développement du mécénat : JO 24 juill. 1987, p. 8255 et s.

(245) Pour ces deux catégories de fondations, leur constitution répond à un certain nombre de règles particulières et notamment à l'intervention de l'administration qui lui reconnaît cette qualité et lui permet ainsi d'utiliser ce label.

(246) L'Institut Pasteur ou l'Institut du monde arabe, fondations d'utilité publique, les fondations d'entreprise EADS ou L'Oréal peuvent être amenés à exercer une activité économique dans le cadre de leur objet. Celle-ci peut se développer avec l'aide de salariés dont l'employeur sera la fondation elle-même.

(247) En effet, l'association est un groupement de personnes alors que la fondation est avant tout un groupement de biens.

(248) Ord. n° 67-821, 23 sept. 1967, sur les groupements d'intérêt économique : JO 28 sept. 1967, p. 9537 et s.

(249) M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 25^e éd. 2012, spéc. n° 1358.

aucun doute pour le législateur : l'article L. 251-16 du même code prévoit la mise en place d'institutions représentatives du personnel, indice de l'existence d'une communauté de travail.

§ 2. – La portée de l'encadrement

143. – Pour le professeur Lambert-Faivre, l'entreprise qui s'inscrit dans un cadre sociétaire possède deux faces : « une face économique, unité de production par le capital et le travail, sous la direction du chef d'entreprise ; une face juridique, la société commerciale par le truchement de laquelle les opérations économiques se soldent en droit par des obligations, des créances et des dettes assumées par une personne morale »⁽²⁵⁰⁾. Leur unité tient à une finalité commune : créer de la richesse. L'entreprise peut alors être envisagée comme l'objet du contrat de société. Cette vision semble devoir être écartée à divers titres.

144. – **Paradoxe de l'œuf et de la poule.** La structure adoptée par l'entrepreneur⁽²⁵¹⁾ doit-elle préexister au développement de l'activité économique qui permet de caractériser l'entreprise ? La conception de l'entreprise sociétaire du professeur Lambert-Faivre commanderait une naissance concomitante de l'unité de production et de la structure juridique. Bien rares, en pratique, sont les situations où l'une des faces ne préexiste pas à l'autre. À cet égard, aucun principe ne semble pouvoir être dégagé : certains entendront accomplir toutes les formalités juridiques nécessaires avant le début de leur activité alors que d'autres doteront d'une armature juridique une affaire déjà vivace⁽²⁵²⁾. L'entreprise résulte de l'exercice d'une activité économique ; peu importe qu'elle ait reçu son cadre juridique.

145. – **L'impossible réduction de l'entreprise au contrat de société.** Envisagée comme l'objet du contrat de société ou le but poursuivi par l'association, l'entreprise n'est que partiellement appréhendée. Retenir une telle proposition incline à penser qu'à une société commerciale correspond une entreprise. Or, il existe des hypothèses où l'autonomie de la société peut faire défaut alors même qu'elle exerce une activité économique : il n'est pas possible de caractériser une entreprise dans ce périmètre. La communauté de travail qui y est attachée est reconstituée dans un autre espace. C'est dans celui-ci que la négociation collective d'entreprise se tiendra⁽²⁵³⁾.

146. – De plus, la conception sociétaire de l'entreprise conduit à en exclure certains membres. En effet, le lien existant entre les salariés et l'entreprise ne peut

(250) Y. Lambert-Faivre, *L'entreprise et ses formes juridiques* : RTD com. 1968, p. 974.

(251) Société, association, fondation ou GIE notamment.

(252) Dans cette hypothèse, le droit des sociétés prévoit une alternative. Si l'immatriculation de la société est en cours ou projetée, elle sera qualifiée de société en cours de formation dans laquelle les associés ne s'engagent qu'individuellement pour les actes qu'ils accomplissent ; ils pourront éventuellement être repris, sous certaines conditions, par la société une fois sa situation éclaircie. Des accords collectifs pourraient donc être conclus très tôt dans la vie de la société, alors même que celle-ci n'existe pas encore en droit. Leur conclusion n'est toutefois pas sans risques pour l'associé-employeur dans l'hypothèse où la reprise prévue à l'article 1843 du Code civil ne se produirait pas. À l'inverse, si l'immatriculation de la société n'est pas envisagée, celle-ci sera qualifiée de société créée de fait. Aucune reprise ne peut avoir lieu et aucun accord collectif ne semble pouvoir y être conclu puisqu'il y paraît incongru que des salariés puissent y être recrutés.

(253) V. *infra*, n^{os} 302 et s.

s'inscrire dans le contrat de société⁽²⁵⁴⁾, lequel « suppose l'égalité des droits, la participation aux bénéfices, mais aussi aux pertes »⁽²⁵⁵⁾. Si des mécanismes institués par la loi permettent aux salariés de profiter d'une part des bénéfices réalisés⁽²⁵⁶⁾, « la participation aux risques de l'activité exclut tout état de subordination »⁽²⁵⁷⁾. Les qualités de salarié et d'associé doivent être distinguées lorsqu'une personne physique les possède l'une et l'autre : c'est uniquement en tant que partie au contrat de société qu'elle peut participer à la désignation du chef d'entreprise. Cette tentative d'appréhender l'entreprise est vouée à l'échec, non point en raison de l'inadéquation des formes sociétaires que le droit peut proposer, mais du fait des objectifs poursuivis.

147. – Une inadéquation originelle. « Le but du droit des sociétés n'est pas de "structurer l'entreprise", dans le sens où il viserait à la saisir dans toutes ses dimensions, à en épouser tous les contours, à l'enfermer dans une organisation unique ou, de manière imagée, à la décalquer. Il est simplement de permettre l'exercice des activités économiques en proposant aux entrepreneurs des organisations juridiques, des "structures d'accueil". Les entreprises peuvent les adopter à leur gré en fonction de leurs besoins particuliers »⁽²⁵⁸⁾. L'entreprise créée dépasse nécessairement le cadre juridique qui lui est donné, qu'il soit sociétaire ou associatif. Celui-ci n'a pour objectif que de lui conférer la personnalité morale, laquelle « n'est rien d'autre qu'une technique d'organisation juridique qui permet, par exemple, de donner une autonomie et une indépendance juridiques à l'exercice d'une activité économique (société), ou à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général (fondation), ou à l'exercice d'activités diverses ou à la mise en œuvre d'actions collectives (association) »⁽²⁵⁹⁾.

148. – La chose de tous et de personne ? Selon une partie de la doctrine, il est impossible d'envisager que l'entreprise ne soit pas « la chose des actionnaires »⁽²⁶⁰⁾. Or, le contrat de société n'est qu'un contrat parmi d'autres, la réunion de tous donnant naissance à l'entreprise. Cette dernière est autant « la chose » des salariés, de ses créanciers, de ses clients que des pouvoirs publics⁽²⁶¹⁾. L'acte qui lui donne son assise juridique possède toutefois une particularité en ce qu'il a vocation à permettre, à travers les rouages sociétaires ou statutaires, l'identification de la ou des personnes physiques qui représenteront l'entreprise. L'équilibre établi au sein de l'ensemble créé permet de dégager un intérêt supérieur, standard fédérateur, l'intérêt de l'entreprise⁽²⁶²⁾.

(254) Aucun *affectio societatis*, dans le cas d'une entreprise sociétaire, ni *affectio consociationis*, dans le cas d'une entreprise associative, ne peut être identifié à l'égard des salariés sauf dans l'hypothèse où ils sont parties au contrat qui encadre l'entreprise.

(255) G. Ripert, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGD], 2^e éd. 1951, spéc. n° 125, p. 277.

(256) C. trav., art. L. 3321-1 et s.

(257) E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, LGD], 2008, spéc. n° 156, p. 86.

(258) J. Paillusseau, *La logique organisationnelle dans le droit. L'exemple du droit des sociétés*, in *Mél. J. Béguin*, Litec, 2004, p. 567 et s., spéc. note 34, p. 586.

(259) *Ibid.*, p. 567 et s., spéc. n° 92, p. 603.

(260) V. not. G. et A. Lyon-Caen, *La doctrine de l'entreprise*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p. 601 et s., spéc. p. 618. De même, N. Catala considère qu'on « ne peut discerner dans l'entreprise une communauté : s'il existe entre apporteurs de capitaux et salariés une certaine solidarité, celle-ci n'est que partielle et précaire ; à tout moment, des divergences d'intérêts peuvent les opposer », *L'entreprise*, Dalloz, 1980, spéc. n° 142, p. 149.

(261) Pour ceux-ci, il n'est pas nécessaire qu'un contrat existe, l'entreprise ayant une certaine obligation morale à l'égard de la société civile. Sans adhérer à une idéologie selon laquelle la collectivité est propriétaire de l'entreprise, sa fermeture ne peut se faire sans un accompagnement compte tenu de son impact économique mais aussi social, souvent important au niveau local.

(262) V. *supra*, n°s 72 et s.

149. – L'accord collectif est le fruit des débats qui ont animé la négociation : sa validité suppose l'adhésion de l'employeur, mais également d'au moins une partie des représentants des salariés. L'intérêt de l'entreprise, qui préside à cet accord en ce qu'il s'y inscrit, fait donc nécessairement l'objet d'un consensus qui, s'il n'est pas unanime, est partagé par la majorité⁽²⁶³⁾.

150. – **Conclusion.** D'abord notion économique, l'entreprise a pris pied dans la vie juridique. Le législateur l'emploie pour soumettre à certaines obligations de multiples formes d'organisations : « c'est bien en tant qu'organisation autonome que [l'entreprise] participe non seulement à la vie économique mais aussi – dans une certaine mesure – à la vie juridique. Mais cette unité, qui s'affirme notamment dans les rapports de l'entreprise avec son environnement, masque une hétérogénéité profonde : à l'analyse, les composantes de l'entreprise se révèlent disparates, les droits des parties en présence inégaux et leurs intérêts partiellement divergents »⁽²⁶⁴⁾.

151. – La notion d'entreprise s'affirme comme un outil permettant de faire émerger un intérêt propre aux caractéristiques particulières. En tant que standard, celui-ci est la synthèse, à un moment donné, des différents intérêts en présence désormais fédérés⁽²⁶⁵⁾. L'absence de définition stricte de ce concept conduit à faire de l'entreprise une référence générique, permettant d'embrasser des opérateurs économiques structurés de multiples façons pour l'application d'une unique norme. Cadre de la venue au monde d'une communauté de travail par la réunion d'une activité économique et des moyens matériels et humains permettant de l'exercer, l'entreprise ne peut être ignorée ni par les pouvoirs publics ni par la société civile : son intérêt doit être pris en compte.

(263) Cette majorité est négative puisqu'elle ne porte pas sur l'engagement des organisations syndicales représentant les salariés, mais sur leur absence d'opposition, C. trav., art. L. 2232-12. V. *infra*, n^{os} 687 et s.

(264) N. Catala, *L'entreprise*, Dalloz, 1980, spéc. n^o 145, p. 154.

(265) En dehors de l'entreprise, il existe peu de cénacles où une telle opération peut également être menée.

C H A P I T R E 2

LA NÉGOCIATION COLLECTIVE DANS L'ENTREPRISE

152. – Du principe de participation découle le droit à la négociation collective. Si le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 a conduit à reconnaître un droit dont les salariés sont les détenteurs, son développement dans l'entreprise ne peut être envisagé à moins de considérer que son véritable titulaire est en réalité la communauté de travail (Section 1). Toutefois, c'est en tant que droit des salariés que le droit de la négociation collective s'est développé, la place de l'entreprise comme niveau de négociation étant renforcée au fil des réformes (Section 2).

S E C T I O N 1

La reconnaissance de l'entreprise comme niveau de négociation

153. – Consacré par le Conseil constitutionnel comme un droit des salariés, le droit à la négociation collective s'exerce effectivement au bénéfice de l'ensemble de la communauté de travail relevant de son champ d'application. Dès lors, l'envisager comme un droit exclusif des salariés (Sous-section 1) s'inscrit dans une vision restreinte qu'il faut dépasser en examinant les mécanismes qui pourraient permettre à l'employeur d'en bénéficier (Sous-section 2).

S O U S - S E C T I O N 1

Le droit des salariés à la négociation collective

154. – Aucune disposition de la Constitution du 4 octobre 1958 ne fait état d'un droit des salariés à la négociation collective. Son intégration au bloc de constitutionnalité ne pouvait donc qu'être l'œuvre du juge (§ 1). La découverte de ce « principe

particulièrement nécessaire à notre temps »⁽¹⁾ s'est accompagnée de la détermination des frontières qui le délimitent (§ 2).

§ 1. – Un droit consacré

155. – Aux termes de l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958, le Conseil constitutionnel peut se prononcer sur la conformité d'une loi à la Constitution avant sa promulgation. Ce contrôle, dont la nature devrait être uniquement juridique, s'inscrit parfois également dans un contexte politique⁽²⁾. La consécration du droit à la négociation collective résulte d'un processus (I) au cours duquel le juge, ancré dans la réalité de son temps, a mobilisé différents textes (II).

I. – Consécration

156. – **Le Conseil constitutionnel, juge du conflit de compétence.** Aux termes du troisième alinéa de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, il revient au législateur de déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et du droit de la sécurité sociale. Or, le premier alinéa de l'article 37 prévoit que « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire ». Le Conseil constitutionnel joue un rôle important dans le contrôle du respect par le législateur des limites de sa compétence : ne relèvent de son domaine que « les règles se rapportant à la situation des salariés et à leurs rapports avec leurs employeurs (...) que pour autant qu'elles touchent aux principes fondamentaux du droit du travail »⁽³⁾. L'intervention du pouvoir réglementaire a comme unique objet la mise en œuvre des dispositions édictées par la loi⁽⁴⁾. La répartition des compétences normatives nécessitait d'identifier les textes pertinents pour traiter de la matière parmi ceux qui composent le bloc de constitutionnalité. Indirectement mais assurément, cette tâche induisait la détermination des frontières de cet ensemble, notamment par la caractérisation de la valeur à attribuer aux renvois effectués dans la Constitution.

157. – **L'inclusion limitée du Préambule de 1946 dans le bloc de constitutionnalité.** Le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 faisant référence à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, au Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et à la Charte de l'environnement de 2004, la question de la constitutionnalité de ces textes a été posée : le juge devait-il s'en tenir à une conception étroite de la Constitution ou adopter une conception large⁽⁵⁾ ?

(1) Expression issue du deuxième alinéa du Préambule de 1946 utilisée par le Conseil constitutionnel pour désigner les principes dégagés dans ce texte.

(2) Cette remarque, critique, a notamment pu être formulée par des journalistes de la presse généraliste : V. par ex., A. Pouchard, *Le Conseil constitutionnel, une institution très politique* : *Le Monde* 8 janv. 2013.

(3) X. Prétot, *Les sources du droit du travail au regard du droit public*, in B. Teysié (ss dir.), *Les sources du droit du travail*, PUF, 1998, p. 150 et s., spéc. p. 155.

(4) Pour une étude plus approfondie du sujet, V. L. Hamon, *La distinction des domaines de la loi et du règlement en matière de sécurité sociale, de droit syndical et de droit du travail* : *Dr. soc.* 1964, p. 607 et s.

(5) « D'après la conception étroite, la Constitution se réduit au texte fondateur de la V^e République, en tenant compte seulement des modifications qui y ont été apportées par les révisions successives. Elle se compose d'un bref Préambule et de 89 articles (...). D'après la conception large, la Constitution comprend également les textes auxquels, selon

Ce débat a animé la doctrine⁽⁶⁾ jusqu'à ce que, dans une décision du 19 juin 1970⁽⁷⁾, le Conseil constitutionnel vise « la Constitution et notamment son préambule ». Quelques mois plus tard, de façon encore plus explicite, sous le même visa, le Conseil constitutionnel fait référence aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le Préambule de la Constitution »⁽⁸⁾.

158. – Pour autant, il n'apparaissait pas possible de considérer que tous les principes énoncés dans le Préambule de la Constitution de 1946 étaient suffisamment précis pour être invoqués : une distinction devait être opérée entre ceux qui sont l'objet d'une véritable garantie et les autres⁽⁹⁾. Le Conseil constitutionnel, en se livrant à l'identification limitative des principes à valeur constitutionnelle, conduit à considérer que seuls ceux qu'il a dégagés peuvent être reconnus comme tels. L'étendue des droits sociaux constitutionnalisés pouvait donc évoluer au gré des décisions, laissant le juriste en droit social dans l'expectative quant à la portée du huitième alinéa⁽¹⁰⁾.

159. – **L'inclusion totale du huitième alinéa du Préambule de 1946 dans le bloc de constitutionnalité.** Le pas est franchi par le Conseil constitutionnel dans une décision du 5 juillet 1977⁽¹¹⁾, alors même que le Conseil d'État y était opposé⁽¹²⁾. Ce dernier n'admettra le principe de participation au rang de principe général du droit qu'en 1986⁽¹³⁾. « Ainsi, le principe de participation a tout à la fois valeur infra-législative et supra-décrétale du point de vue du juge administratif et valeur supra-légale au regard du juge constitutionnel »⁽¹⁴⁾. La place de ce principe

l'alinéa premier du préambule, le peuple français réaffirme solennellement son attachement, c'est-à-dire la Déclaration de 1789, le Préambule de 1946 et la Charte de l'environnement de 2004 », F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 35^e éd. 2014, p. 750.

(6) Aux termes du Préambule de la Constitution de 1946, « le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 ». « Cette référence pouvait donner lieu à deux interprétations contradictoires : étaient intégrés au bloc de constitutionnalité soit l'ensemble des dispositions visées (Déclaration de 1789 et Préambule de 1946), soit les seules libertés individuelles ». N. Dauxerre, *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, PUAM, 2004, spéc. n° 44, p. 71.

(7) Cons. const., 19 juin 1970, n° 70-39 DC : JO 21 juin 1970, p. 5806 et s.

(8) Cons. const., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC : JO 18 juill. 1971, p. 7114 et s. ; *JurisData* n° 1971-200011.

(9) Deux catégories de principes peuvent être distinguées : « les principes prescriptifs, produisant des effets directs, [et les principes] programmatiques, insusceptibles de produire de tels effets à défaut d'une mise en œuvre législative ». N. Dauxerre, *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, PUAM, 2004, spéc. n° 45, p. 73. Seuls les premiers auraient une valeur juridique.

(10) Un auteur considère même que « le processus de constitutionnalisation des droits sociaux [est entouré] d'un halo autorisant les spéculations les plus contradictoires ». J.-F. Flauss, *Les droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* : *Dr. soc.* 1982, p. 645 et s., spéc. p. 647.

(11) Cons. const., 5 juill. 1977, n° 77-79 DC : JO 6 juill. 1977, p. 3560 et s. ; *JurisData* n° 1977-761197 : « Si le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958, dispose en son huitième alinéa que "tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises", l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical ; qu'ainsi c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect des principes qui sont énoncés au huitième alinéa du Préambule, les conditions de leur mise en œuvre ».

(12) À plusieurs reprises, le Conseil d'État avait refusé de reconnaître au principe de participation la qualité de principe général du droit, considérant que le Préambule de la Constitution de 1946 était dépourvu de force obligatoire et qu'aucun effet direct ne pouvait être invoqué. V. not. CE, 28 juin 1974, n° 87782 : *Rec. CE* 1974. – CE, 15 déc. 1978, n° 05242 : *Rec. CE* 1978 ; dans ces deux décisions portant, partiellement, sur le principe de participation, le Conseil d'État, sous le visa de la Constitution de 1958 et du Préambule de la Constitution de 1946, considère « qu'aucun principe général du droit ni aucune disposition [ne sont] applicables en l'espèce ».

(13) CE, 9 juill. 1986, n° 67176 : *Rec. CE* 1986 ; *JurisData* n° 1986-042620.

(14) N. Dauxerre, *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, PUAM, 2004, spéc. n° 48, p. 76.

dans l'ordre juridique ayant été identifiée, les sages de la rue de Montpensier se sont attachés à dégager les droits qu'il recouvre.

II. – De la concertation appropriée à la négociation collective

160. – Contrairement à d'autres alinéas du Préambule de la Constitution de 1946, le huitième ne consacre pas un droit précis, aisément définissable. Les termes généraux de la définition du principe de participation ont conduit le Conseil constitutionnel à élaborer une jurisprudence évolutive pour déterminer l'interprétation qui doit être retenue et révéler ainsi les droits que le principe de participation protège.

161. – **Articulation des droits au sein du principe.** Pour des commentateurs avisés du Préambule de la Constitution de 1946, le huitième alinéa réunit deux dispositions en une seule formule : « l'une s'oriente vers une profonde transformation de la structure de l'entreprise, et touche aux fondements de l'économie française ; l'autre se limite aux relations du salarié et de l'employeur et ressortit au seul domaine du droit du travail »⁽¹⁵⁾. Selon ces auteurs, le second de ces droits s'inscrit dans le prolongement du premier : la participation des salariés à la gestion, donc *in fine* la disparition du salariat, ne pouvait se concevoir sans « instituer entre le patronat et la classe ouvrière des relations d'égalité et une libre discussion, en amenant le patronat, aussi, pour justifier certaines de ses attitudes, à révéler à ses interlocuteurs quelque chose de la conduite de ses affaires »⁽¹⁶⁾.

162. – Une certaine distance peut être prise avec cette vision qui traduit une conception manichéenne des relations de travail. Au contraire, il est permis de considérer que le principe de participation et les droits qui en découlent s'inscrivent dans un processus de décision bilatérale, profitable à tous, inspiré par l'intérêt de l'entreprise. Dès lors, les différentes formes de la participation, en ce qu'elles résultent de l'appartenance à la communauté de travail, ont toutes pour objet d'élaborer les normes qui auront cours en son sein pour un fonctionnement optimal. Il ne s'agit donc pas de l'institution de « relations d'égalité »⁽¹⁷⁾, mais bien de l'aménagement de la relation de subordination pour faire émerger une « identité collective des travailleurs »⁽¹⁸⁾ au sein de la communauté de travail. Le plus souvent invoquée dans un contexte conflictuel, l'autonomie des droits inhérents au principe de participation l'est fréquemment.

163. – Lorsque la détermination de l'intérêt de l'entreprise est le lieu d'une lutte, l'association des travailleurs à l'élaboration de leurs conditions de travail, en ce qu'elle est la seule forme de participation à pouvoir être instituée dans une telle

(15) J. Rivero et G. Vedel, *Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule*, in *Les problèmes économiques et sociaux et la Constitution du 27 octobre 1946*, Librairie sociale et économique, coll. « Droit social », Fasc. XXXI, 1947, p. 13 et s., spéc. p. 25.

(16) *Ibid.*

(17) Égalité qui ne pourra jamais être atteinte dès lors que l'une des parties considère que ses relations avec l'autre sont nécessairement le lieu d'un affrontement.

(18) Cette identité collective peut être rapprochée de certains intérêts intermédiaires, notamment de celui des membres salariés de la communauté de travail. L'expression de cette identité trouve toute sa place dans l'appréciation de l'intérêt de l'entreprise, standard, « qui n'est pas la somme des intérêts particuliers mais qui suppose qu'on les évalue et qu'on les harmonise en fonction d'une hiérarchie des valeurs équilibrée et en dernière analyse d'une conception correcte de la dignité et des droits de la personne », Encyclique *Centesimus Annus*, 1991, pt 47.

« ambiance », apparaît comme un préalable nécessaire. Au contraire, si les uns et les autres faisaient primer leur qualité de membre de la communauté de travail sur leur qualité de salarié, d'actionnaire ou d'employeur, le principe de participation tel qu'il peut être largement entendu pourrait trouver à s'appliquer. L'histoire du syndicalisme en France a conduit le Conseil constitutionnel à reconnaître séparément les droits composant le principe de participation.

164. – Le temps de la concertation. En un premier temps, le Conseil constitutionnel dégage un droit à la concertation appropriée. Il accorde au législateur la possibilité, « après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte »⁽¹⁹⁾, mais ne reconnaît pas un droit à la négociation collective. Ainsi, quelques années plus tard, il indique que le principe de participation peut trouver traduction dans une concertation appropriée, celle-ci n'ayant « ni pour objet ni pour effet d'imposer que dans tous les cas cette détermination [collective des conditions de travail] soit subordonnée à la conclusion d'accords collectifs »⁽²⁰⁾.

165. – Deux interprétations, qui peuvent se conjuguer, de la définition du principe de participation ont alors été dégagées⁽²¹⁾ : 1) l'usage du terme « concertation » permettrait de viser tout à la fois la négociation collective et la consultation préalable à toute décision unilatérale⁽²²⁾ ; 2) cette formulation pourrait avoir pour objet de limiter la consécration du droit à une simple obligation de négocier, excluant toute obligation de conclure. Certains auteurs considèrent qu'un choix doit être opéré⁽²³⁾. Or, ces deux explications ne sont pas inconciliables. Au contraire, il est possible de considérer qu'en utilisant cette locution, le Conseil constitutionnel souhaitait à la fois couvrir les différentes formes de participation et laisser au législateur une certaine marge de manœuvre quant à ce qui relève ou non de ce principe.

166. – Dès lors, la vision selon laquelle la négociation englobe la concertation ne peut être retenue⁽²⁴⁾. En effet, si « l'esprit de concertation »⁽²⁵⁾ constitue une condition de la négociation collective, ce n'est pas la concertation en elle-même qui l'induit : cette

(19) Cons. const., 25 juill. 1989, n° 89-257 DC : JO 28 juill. 1989, p. 9503 et s. ; Dr. soc. 1989, p. 701 et s., note X. Prétot.

(20) Cons. const., 16 déc. 1993, n° 93-328 DC : JO 21 déc. 1993, p. 17814 et s. ; RJS 3/1994, n° 269 ; Dr. soc. 1994, p. 139 et s., note X. Prétot.

(21) V. not. V. Ogier-Bernaud, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, PUAM, 2003, p. 125 et M. Marguerite, *La représentation des salariés dans la négociation collective*, thèse Paris II, 2011, p. 61.

(22) Ainsi, le Conseil constitutionnel admet par la négative toute décision unilatérale des employeurs dès lors que les salariés y sont associés d'une manière ou d'une autre antérieurement à son entrée en vigueur.

(23) M. Marguerite, *La représentation des salariés dans la négociation collective*, thèse Paris II, 2011, p. 61. – Dans le même sens, G. Lyon-Caen, *La Constitution française et la négociation collective (commentaire de la décision 96-383 DC du Conseil constitutionnel par un esprit « non prévenu »)* : Dr. ouvrier 1996, p. 479 et s., spéc. p. 479 : « Le texte constitutionnel parle de "détermination" des conditions de travail, ce qui implique nécessairement la fixation à la suite de discussions et concessions, d'un ensemble de décisions, de caractère contraignant, dans un document conventionnel ».

(24) M. Marguerite, *La représentation des salariés dans la négociation collective*, thèse Paris II, 2011, p. 62 : les arguments apportés par cet auteur au soutien de sa position – définitions issues de dictionnaires juridiques et lecture stricte, voire détournée, d'une définition de la concertation par le professeur Verkindt – ne sont pas convaincants en ce qu'ils conduisent à distinguer la concertation et la consultation comme « modalités, non interchangeables, de participation des salariés ». Or, la concertation peut s'inscrire dans une démarche de pédagogie, d'explication d'un processus de décision unilatérale.

(25) P.-Y. Verkindt, *De la consultation à la négociation : questions de procédure* : Dr. soc. 1998, p. 321 et s., spéc. p. 322.

dernière correspond à tout mécanisme par lequel les partenaires sociaux sont mis en situation d'exprimer leurs opinions dans l'objectif, éventuel, de rapprocher leurs positions⁽²⁶⁾. « La notion de concertation englobe [la négociation collective], mais revêt une portée plus large »⁽²⁷⁾. Procédant ainsi par étapes, le Conseil constitutionnel, au fil de ses décisions, détaille l'éventail des droits que recouvre le principe de participation énoncé au huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946.

167. – Le temps de la négociation. Quatre ans plus tard⁽²⁸⁾, le Conseil constitutionnel reprend la locution « concertation appropriée » sans faire mention de la négociation collective. En 1996, à l'occasion d'une saisine sur la loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire et au développement de la négociation collective⁽²⁹⁾, est opérée, par les députés auteurs de celle-ci, l'intégration dans l'ordre constitutionnel français du principe de la négociation collective des conditions de travail⁽³⁰⁾. Cette affirmation n'est toutefois pas reprise sous cette forme par le Conseil constitutionnel. Mais il consacre explicitement, au sein du principe de participation tel qu'issu du Préambule de la Constitution de 1946, le droit à la négociation collective⁽³¹⁾. Celui-ci est une des formes de la concertation appropriée, elle-même modalité de participation. Cette référence fut réitérée dans plusieurs décisions, le juge constitutionnel fixant ainsi les contours du droit par lui dégagé.

§ 2. – Un droit délimité

168. – Le droit à la négociation collective consacré, le Conseil constitutionnel a détaillé la conception qu'il en avait, définissant ses frontières et plus particulièrement ses bénéficiaires (I) et son contenu (II).

I. – Domaine du droit à la négociation collective

169. – Par la reconnaissance du droit à la négociation collective, le Conseil constitutionnel crée un mécanisme qui n'a pas son pareil dans les autres branches du droit. Cette dévolution (A) à certains acteurs du droit du travail de prérogatives particulières est limitée aux seules conditions de travail, notion toutefois largement entendue (B).

(26) « La négociation est une procédure conventionnelle qui implique la recherche d'un accord pour définir des règles collectives, ce que toute forme de concertation appropriée ne suppose pas » ; M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, spéc. n° 461, p. 392. Ainsi, la négociation collective constitue l'une des modalités de concertation appropriée, laquelle est l'une des faces du principe de participation.

(27) V. Ogier-Bernaud, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, PUAM, 2003, p. 125.

(28) Cons. const., 16 déc. 1993, n° 93-328 DC : JO 21 déc. 1993, p. 17814 et s. ; RJS 3/1994, n° 269 ; Dr. soc. 1994, p. 139 et s., note X. Prétot.

(29) L. n° 96-985, 12 nov. 1996, relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire et au développement de la négociation collective : JO 13 nov. 1996, p. 16527 et s.

(30) Saisine par soixante députés le 10 octobre 1996 concernant la loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et groupes d'entreprises à dimension communautaire et au développement de la négociation collective, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1996/96383dc.saisine-par-60-deputes.103341.html#>.

(31) Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC : JO 13 nov. 1996, p. 16531 et s. ; RJS 12/1996, n° 1296 ; Dr. soc. 1997, p. 25 et s., note M.-L. Morin : les sixième et huitième alinéas du Préambule de 1946 « confèrent aux organisations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs ».

A. – Une dévolution du pouvoir réglementaire

170. – Justification constitutionnelle du droit à la négociation collective. En raison de la place occupée par l'accord collectif parmi les sources du droit⁽³²⁾, le rôle de la négociation collective et notamment les compétences normatives attribuées à ses acteurs ont fait l'objet d'une attention particulière de la part du Conseil constitutionnel. En effet, le mécanisme par lequel le législateur accorde aux partenaires sociaux, dans le cadre de l'article 34 de la Constitution, un pouvoir normatif afin d'assurer la mise en œuvre de la loi peut être considéré comme attentatoire au pouvoir réglementaire tel qu'il résulte de l'article 37 de la Constitution. Deux interprétations de la conception constitutionnelle de la négociation collective ont émergé.

171. – Une dévolution législative ? Pour certains, « la possibilité de mettre en application la loi par voie conventionnelle résulte du principe de participation des travailleurs, qui légitime la dévolution législative d'un pouvoir normatif aux partenaires sociaux »⁽³³⁾. Cette analyse conduit à considérer que « l'État ayant le monopole de la création du droit, c'est lui seul qui peut conférer le pouvoir d'établir des règles de droit »⁽³⁴⁾. Dès lors, cette dévolution d'un pouvoir réglementaire trouve son origine constitutionnelle, en ce qu'elle est l'œuvre de la loi, dans l'article 34 de la Constitution. Elle est nécessairement réalisée au détriment des compétences du gouvernement qui résultent de l'article 37.

172. – Une dévolution constitutionnelle ? D'autres auteurs considèrent que le Conseil constitutionnel, en ce qu'il ne sanctionne pas la pratique du législateur, attribue en réalité un rôle aux partenaires sociaux dans la création de normes réglementaires en certains domaines. « Or, il est certain que si le législateur est susceptible, avec l'assentiment du juge constitutionnel, de renvoyer à des accords négociés par des personnes privées l'exécution des lois, c'est parce que le huitième alinéa du préambule constitue le fondement direct du pouvoir de réglementation des partenaires sociaux »⁽³⁵⁾. En conséquence, la consécration constitutionnelle du droit à la négociation collective conduit à « l'inaltérabilité » de celle-ci. Puisque « l'alinéa 8 du préambule est la source directe du pouvoir normatif des partenaires sociaux »⁽³⁶⁾, ce dernier est de même valeur que le pouvoir réglementaire du gouvernement qui trouve son origine dans l'article 37 de la Constitution.

173. – Le législateur, arbitre de la compétence réglementaire ou conventionnelle. La négociation collective, en ce qu'elle est une source de normes protégée par la Constitution, ne peut être ignorée par le législateur. Différents détenteurs de la fonction réglementaire s'offrent à lui pour la fixation des modalités d'application d'une loi portant sur le droit du travail. Leur détermination peut, comme dans la

(32) V. *infra*, n°s 542 et s.

(33) J. Trémeau, note ss Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC : *RFD const.* 1997, p. 113.

(34) N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, 1980, p. 32.

(35) V. Ogier-Bernaud, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, PUAM, 2003, p. 126. Plaide également en ce sens, M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, spéc. n° 733, p. 607 : « La place et la fonction du droit à la négociation dans le système juridique résultent alors fondamentalement du principe de participation, qui permet aux salariés de concourir à la détermination des règles collectives de travail ».

(36) V. Ogier-Bernaud, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, PUAM, 2003, p. 127.

majorité des autres domaines d'action législative, faire l'objet de décrets. L'organe législatif peut aussi choisir de renvoyer à la négociation collective le soin de fixer les mesures nécessaires à l'application de la loi, évinçant ainsi le pouvoir exécutif. Le législateur peut également « prévoir qu'en l'absence de convention collective, [les] modalités d'application [de la loi] seront déterminées par décret »⁽³⁷⁾.

174. – Le Parlement demeure cependant libre de recourir ou non à la négociation collective⁽³⁸⁾, celle-ci n'étant qu'une des formes de concertation appropriée au sein du principe de participation. Son choix induit le plus souvent la dévolution du pouvoir normatif aux partenaires sociaux qui l'exerceront par le biais des accords conclus, produisant des effets réglementaires. Une systématisation n'est pas possible puisque le législateur peut envisager de leur conférer une force toute relative lorsqu'ils interviennent subsidiairement. Par cette construction jurisprudentielle, le Conseil constitutionnel permet au législateur d'opérer en matière de droit du travail un véritable « transfert du pouvoir réglementaire d'exécution de la loi »⁽³⁹⁾ mais limité aux conditions de travail car il trouve son origine dans le principe de participation⁽⁴⁰⁾.

B. – Un domaine matériel étendu

175. – **Imprecision juridique du concept de « conditions de travail ».** La détermination du domaine matériel du droit à la négociation collective nécessite un examen approfondi du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Or, celui-ci fait référence à une locution dont la définition est fort vague :

« La signification juridique du terme "conditions de travail" varie tellement dans le temps et dans l'espace, d'un pays à l'autre, voire souvent, à l'intérieur d'un même pays, d'un texte législatif ou réglementaire à l'autre, d'un ouvrage de droit à l'autre, qu'on en vient à se demander s'il existe vraiment un quelconque concept juridique de "conditions de travail" (...) »⁽⁴¹⁾.

En France, le législateur, et avant lui l'Assemblée constituante, se sont toutefois saisis de cette expression, lui donnant une existence dans le droit national⁽⁴²⁾. Aux termes de l'article L. 2221-1 du Code du travail, sont distinguées « les conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail, et les garanties sociales ». Ce texte étant ancien⁽⁴³⁾, un débat avait animé la doctrine sur le sens

(37) Cons. const., 9 déc. 2004, n° 2004-507 DC : JO 16 déc. 2004, p. 21290 ; D. 2005, p. 1133. La norme réglementaire « pure » qu'est le décret revêt alors un caractère subsidiaire en ce que le gouvernement ne pourra fixer les modalités concrètes d'application de la loi qu'en l'absence d'accord collectif. Cette solution a été réaffirmée dans le cas particulier des entreprises de transport chargées d'une mission de service public, V. Cons. const., 16 août 2007, n° 2007-556 DC : JO 22 août 2007, p. 13971 et s. ; RJS 10/2007, n° 1110 ; Dr. soc. 2007, p. 1221 et s., note V. Bernaud ; *JurisData* n° 2007-010004.

(38) De manière exceptionnelle, un recours préalable à la négociation collective est prévu pour les projets de loi aux articles L. 1 et suivants du Code du travail. Il n'existe toutefois aucune obligation pour le législateur, dans le cadre des propositions de loi, de saisir les partenaires sociaux en matière de droit du travail, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel : il n'existe pas de mécanisme de consultation préalable en ce cas (Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC : JO 14 juin 1998, p. 9033 et s.).

(39) *JCl. Administratif*, Fasc. 1443, V° *Droit constitutionnel social*, n° 41, V. Bernaud et X. Prétot.

(40) Principe qui se cantonne, eu égard à sa formulation, à la seule détermination collective des conditions de travail.

(41) G. Spyropoulos, *Conditions de travail : élargissement du concept et problématique juridique* : Dr. soc. 1990, p. 851 et s., spéc. p. 851.

(42) La notion de « conditions de travail » est omniprésente dans les conventions et recommandations émises par l'Organisation internationale du travail depuis 1919.

(43) L. n° 71-561, 13 juill. 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 n° 50-205 du 11 février

à donner à la notion⁽⁴⁴⁾. Implicitement, la place des partenaires sociaux et le rôle de l'accord collectif s'inscrivaient dans ce débat ; l'interprétation ne pouvait donc qu'être extensive, conduisant à viser tant les relations individuelles que les relations collectives de travail. Si le Conseil constitutionnel n'a retenu aucune définition du concept de « conditions de travail », il en dégage les limites en matière de condition salariale, faisant également émerger, décision après décision, son périmètre dans le domaine collectif.

176. – La délimitation du concept. Les partenaires sociaux, dans l'accord national interprofessionnel du 17 mars 1975 sur l'amélioration des conditions de travail⁽⁴⁵⁾, livrent leur vision du concept : il recouvre l'organisation du travail, l'aménagement du temps de travail, la rémunération du travail au rendement, l'hygiène, la sécurité, la prévention et le rôle de l'encadrement⁽⁴⁶⁾. Comme le montre l'évolution de la lettre de l'article 31 du Code du travail, devenu l'article L. 2221-1⁽⁴⁷⁾, le concept a été étendu par le législateur « à l'ensemble de la condition salariale (...) La participation peut porter sur la mise en place de garanties en aval, aussi bien qu'en amont, du contrat (...) qui traitent d'une façon plus large de la situation salariale »⁽⁴⁸⁾. Ne pouvant se prononcer que sur ce qui fait l'objet de sa saisine, le Conseil constitutionnel n'est pas aussi précis. C'est essentiellement en matière d'aménagement du temps de travail qu'il intervient⁽⁴⁹⁾, permettant au législateur de renvoyer à la négociation collective dans ce domaine. De la même façon, il admet le transfert du pouvoir réglementaire aux partenaires sociaux pour la qualification des éléments de rémunération pouvant être exonérés de charges sociales et fiscales⁽⁵⁰⁾. Le domaine matériel du droit à la négociation collective ne peut être limité aux seules mesures visées par le Conseil constitutionnel ; il ne fait aucun doute que la délégation aux partenaires sociaux de la mise en œuvre de tout ce qui relève des conditions de travail, entendues largement, serait jugée conforme à l'article 34 de la Constitution.

177. – L'extension limitative du concept. Il en est de même, mais de façon restrictive, en matière de relations collectives de travail. Ainsi, le Conseil constitutionnel

1950 relatives à la procédure de médiation avait introduit à l'article 31 du Code du travail devenu L. 131-1 puis L. 2221-1 cette mention des conditions de travail et des garanties sociales.

(44) P. Durand avait notamment proposé de distinguer entre une interprétation stricte, conditions dans lesquelles sont conclus les contrats de travail, et une interprétation large, conditions régissant l'organisation sociale de la profession et de l'entreprise, in *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1956, p. 400 et s.

(45) Accord modifié par avenant du 16 octobre 1984. Arrêté d'extension du 12 janvier 1996 : JO 23 janv. 1996, p. 1130.

(46) L'accord est structuré en cinq thèmes ici énoncés, son objet étant de « susciter une action volontaire et contractuelle vers de nouvelles améliorations des conditions de travail, conciliant au maximum les aspirations des hommes avec les données techniques et économiques et tenant compte de l'évolution incessante des unes et des autres ». L'identification et le regroupement des éléments composant les « conditions de travail » ont pu avoir une certaine influence et trouver un écho auprès du législateur, notamment dans les lois Auroux en 1982, ou dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

(47) À l'origine, la loi du 13 juillet 1971 limitait le droit des salariés à la négociation collective à la participation à l'élaboration de « leurs conditions de travail et de leurs garanties sociales ».

(48) M-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, spéc. n° 74, p. 87.

(49) Cons. const., 13 janv. 2000, n° 99-423 DC : JO 20 janv. 2000, p. 992 et s. ; RJS 2/2000, n° 175 ; Dr. soc. 2000, p. 257 et s., note X. Prétot. Le contrôle portait ici sur la réduction du temps de travail et notamment sur la modulation des horaires de travail sur tout ou partie de l'année. – De même, Cons. const., 29 juill. 2005, n° 2005-523 DC : JO 3 août 2005, p. 12664 et s., relative à l'un des régimes de convention de forfait. – Cons. const., 7 août 2008, n° 2008-568 DC : JO 21 août 2008, p. 13079 et s. ; RJS 11/2008, n° 1140 ; D. 2008, p. 2064 ; Dr. soc. 2009, p. 147 et s., note V. Bernaud portant notamment sur la détermination du contingent annuel d'heures supplémentaires.

(50) Cons. const., n° 2004-507 DC, 9 déc. 2004 : JO 16 déc. 2004, p. 21290 ; D. 2005, p. 1133.

valide dans une décision⁽⁵¹⁾ du 6 novembre 1996 le renvoi effectué par la loi⁽⁵²⁾ aux partenaires sociaux au niveau de la branche pour déterminer les seuils d'effectifs à partir desquels le recours à la négociation collective dérogatoire était possible. De même, le 29 avril 2004⁽⁵³⁾ a été jugée conforme la délégation aux employeurs et aux salariés de la détermination du caractère impératif d'un accord de niveau supérieur⁽⁵⁴⁾. Aux termes d'une décision du 16 août 2007⁽⁵⁵⁾, est admis le renvoi à la négociation collective pour l'aménagement du service minimum en cas de conflit collectif au sein d'une entreprise chargée d'une mission de service public⁽⁵⁶⁾. Dans ces situations, l'accord collectif revêt une véritable valeur réglementaire en ce que le décret intervient subsidiairement. Le pouvoir délégué en matière de relations collectives est important puisqu'il touche parfois aux règles qui encadrent la négociation : articulation des accords de différents niveaux, interlocuteurs compétents... Cette extension du concept de « conditions de travail », qui reste sous le contrôle du Conseil constitutionnel, a également été opérée quant aux bénéficiaires du droit à la négociation collective.

II. – Étendue du droit à la négociation collective

178. – Dès 1947, les professeurs Rivero et Vedel consacraient un titre de leur commentaire du Préambule de la Constitution de 1946 au statut du travailleur⁽⁵⁷⁾, considérant que, contrairement à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ce préambule « entend consacrer les droits de l'homme en tant que travailleur, considéré dans le cadre concret de l'entreprise, tels qu'ils furent lentement conquis au cours du XIX^e siècle ». Pour autant, ces droits ne sont pas universels dans le travail. Certains d'entre eux, en raison de leur nature, ne bénéficient qu'aux travailleurs salariés. Tel semble être le cas du principe de participation, donc, de façon incidente, du droit à la négociation collective. Plusieurs décisions du Conseil constitutionnel en ont précisé les bénéficiaires au sein du secteur privé (B) et constituent les prémices d'une extension au secteur public (A).

A. – L'affleurement d'un droit à la négociation collective dans le secteur public

179. – **Appréhension initiale du principe de participation par le juge administratif.** L'analyse du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 conduit,

(51) Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC : JO 13 nov. 1996, p. 16531 et s. ; RJS 12/1996, n° 1296 ; Dr. soc. 1997, p. 25 et s., note M.-L. Morin.

(52) L. n° 96-985, 12 nov. 1996, relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire et au développement de la négociation collective : JO 13 nov. 1996, p. 16527 et s.

(53) Cons. const., 29 avr. 2004, n° 2004-494 DC : JO 5 mai 2004, p. 7998 et s. ; RJS 7/2004, n° 853 ; D. 2004, p. 3029.

(54) L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social : JO 5 mai 2004, p. 7983 et s.

(55) Cons. const., 16 août 2007, n° 2007-556 DC : JO 22 août 2007, p. 13971 et s. ; RJS 10/2007, n° 1110 ; Dr. soc. 2007, p. 1221 et s., note V. Bernaud ; JurisData n° 2007-010004.

(56) L. n° 2007-1224, 21 août 2007, sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs : JO 22 août 2007, p. 13956 et s.

(57) J. Rivero et G. Vedel, *Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule*, in *Les problèmes économiques et sociaux et la Constitution du 27 octobre 1946*, Librairie sociale et économique, coll. « Droit social », Fasc. XXXI, 1947, p. 13 et s., spéc. p. 24 et s.

lorsqu'elle tient compte de l'intention du législateur⁽⁵⁸⁾, à en restreindre la portée aux seuls salariés du secteur privé, les fonctionnaires et agents publics en étant exclus. Le Conseil d'État avait implicitement adopté cette position dans un arrêt de 1974⁽⁵⁹⁾ en suivant le raisonnement développé par le commissaire du gouvernement selon lequel le principe de participation « vise essentiellement les salariés du secteur privé, et ne saurait (...) avoir valeur de règle de droit applicable en matière de fonctionnement des services publics »⁽⁶⁰⁾. Le litige tenait à une forme de participation précisément identifiée, la représentation de certains agents publics dans des comités paritaires, et ainsi à leur association à la prise de décision par le biais de la consultation.

180. – Une extension générale. C'est sur ce même aspect du principe de participation que le Conseil constitutionnel s'est prononcé dans une décision du 20 juillet 1977⁽⁶¹⁾, considérant qu'une disposition tenant aux retenues sur le traitement en cas de service non fait n'avait pas à être soumise au Conseil supérieur de la fonction publique puisqu'elle relevait de la réglementation de la comptabilité publique. Une interprétation *a contrario* tend donc à inclure les fonctionnaires et les agents publics dans le champ des bénéficiaires du principe de participation. Cette position a été confirmée par le Conseil, toujours en matière de consultation, le 28 janvier 2011⁽⁶²⁾.

181. – Une extension limitée ? Contrairement à l'opinion d'une partie de la doctrine⁽⁶³⁾, il semblerait toutefois que tous les travailleurs du service public ne puissent bénéficier de l'ensemble des formes de participation, notamment du droit à la négociation collective. En effet, tant le juge constitutionnel que le juge administratif ne se sont prononcés qu'en matière de consultation, qui est, au même titre que la négociation collective, une modalité de mise en œuvre de la « concertation appropriée »⁽⁶⁴⁾. De plus, la France n'a jamais ratifié la convention n° 151 de l'OIT sur les relations de travail dans la fonction publique⁽⁶⁵⁾ en raison notamment de la « situation hiérarchique »⁽⁶⁶⁾ des fonctionnaires. Aussi, le constat dressé par le professeur Bazex selon lequel « la détermination des relations du travail résulte de la décision unilatérale de l'employeur public »⁽⁶⁷⁾, semble être encore d'actualité : la fonction publique demeure exclue du champ d'application des règles de la négociation collective.

(58) L'intervention de M. Le Bail, notamment, le montre lorsqu'il parle « des droits qui sont les conquêtes de la classe ouvrière au cours du XIX^e et XX^e siècles », Assemblée nationale constituante, séance du 27 août 1946 : JOAN 1946, p. 3303.

(59) CE, 28 juin 1974, n° 87782 : Rec. CE 1974.

(60) RD sanit. soc. 1974, p. 699 et s., concl. M. Bertrand sur CE, 28 juin 1974, p. 699 et s.

(61) Cons. const., 20 juill. 1977, n° 77-83 DC : JO 22 juill. 1977, p. 3885 et s.

(62) Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-91 QPC : JO 29 janv. 2011, p. 1894 et s. ; JurisData n° 2011-014577. Il faut relever également qu'à la suite de la décision du Conseil constitutionnel de 1977, le Conseil d'État avait changé de position, s'appropriant l'interprétation de celui-ci dans un arrêt du 9 juillet 1986 (CE, 9 juill. 1986, n° 67176 : Rec. CE 1986 ; JurisData n° 1986-042620).

(63) V. M. Marguerite, *La représentation des salariés dans la négociation collective*, thèse Paris II, 2011, p. 66. – N. Dauxerre, *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, PUAM, 2004, spéc. n° 51, p. 79. – Contra M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, spéc. n° 72, p. 86 ; JCl. Administratif, Fasc. 1443, V° Droit constitutionnel social, n° 814, V. Bernaud et X. Prétot.

(64) V. supra, n° 164.

(65) Conv. OIT n° 151 adoptée le 27 juin 1978 concernant la protection du droit d'organisation et les procédures de détermination des conditions d'emploi dans la fonction publique.

(66) M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, spéc. n° 72, p. 86.

(67) M. Bazex, *Détermination unilatérale ou négociation* : Dr. soc. 1989, p. 784 et s., spéc. p. 784, l'auteur complète sa position, « soit que le droit n'autorise pas la négociation collective comme c'est le cas dans la fonction publique, soit

B. – La circonscription du droit à la négociation collective dans le secteur privé

182. – Bien que l'identification des bénéficiaires du droit à la négociation collective dans le secteur privé soit moins problématique que dans le secteur public, le Conseil constitutionnel a dû se prononcer à l'occasion de l'analyse de la situation ambiguë de certains travailleurs.

183. – **L'identification d'un critère déterminant, le contrat de travail.** Dans une décision du 20 juillet 1983, une première incertitude est dissipée. Pour bénéficier du principe de participation, le travailleur doit être « titulaire d'un contrat de travail avec l'entreprise concernée ; la suspension du contrat de travail ne rompt point les liens entre le titulaire de celui-ci et l'entreprise »⁽⁶⁸⁾. Les salariés à temps partiel entrent dans le champ du droit à la négociation collective⁽⁶⁹⁾, contrairement aux étudiants qui, ne pouvant être qualifiés de travailleurs⁽⁷⁰⁾, ne peuvent pas invoquer le principe de participation.

184. – **L'appartenance à une communauté de travail, critère subsidiaire.** De façon surprenante, la question de savoir si certains travailleurs pouvaient être privés du bénéfice du principe de participation en raison de leur nationalité a été posée au Conseil constitutionnel. Celui-ci énonce qu'il ne peut être fait de « différence de traitement entre les personnels (...) selon qu'ils sont ou non de nationalité française »⁽⁷¹⁾. Les salariés étrangers sont donc électeurs et éligibles au conseil d'administration de l'entreprise : l'appartenance à la communauté de travail conjuguée à l'existence d'un lien contractuel entraîne l'application du principe de participation et induit donc le droit à la négociation collective⁽⁷²⁾. En outre, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la loi du 20 août 2008⁽⁷³⁾, le Conseil a reconnu aux salariés mis à disposition et aux salariés temporaires un droit à la négociation collective⁽⁷⁴⁾ dans l'entreprise d'accueil⁽⁷⁵⁾ : puisqu'ils s'inscrivent dans la durée dans la vie de l'entreprise, l'absence de contrat de travail devient anecdotique au regard

encore que, même si la négociation est possible, les règles juridiques existantes ne lui permettent pas de s'exercer pleinement comme c'est le cas pour les entreprises publiques ».

(68) Cons. const., 20 juill. 1983, n° 83-162 DC : JO 22 juill. 1983, p. 2267 et s. ; *JurisData* n° 1983-607250.

(69) Cons. const., 21 janv. 1981, n° 80-128 DC : JO 24 janv. 1981, p. 332 et s. : le Conseil constitutionnel mentionne de façon incidente (puisque la question portait sur la conformité au principe d'égalité de la prise en compte des salariés à temps partiel dans les effectifs des entreprises) l'une des formes du principe de participation, à savoir la représentation du personnel ; une lecture extensive semble pouvoir en être faite.

(70) Cons. const., 17 juill. 1980, n° 80-120 DC : JO 19 juill. 1980, p. 1836 et s. : le Conseil constitutionnel effectue un contrôle spécifique de conformité de la loi, refusant ainsi implicitement d'apprécier le respect du principe de participation, donc de reconnaître aux étudiants la qualité de travailleurs.

(71) Cons. const., 6 mai 2011, n° 2011-128 QPC : JO 7 mai 2011, p. 7852 et s.

(72) Cependant, la décision du Conseil constitutionnel fait état de l'objet du scrutin. Peut-être est-il possible de considérer que l'élection et le vote de salariés étrangers ne pourraient être envisagés dans le cas où l'entreprise s'inscrirait dans un domaine régalien. Mais le critère de l'appartenance à la communauté de travail devrait alors être également écarté.

(73) L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : JO 21 août 2008, p. 13064 et s.

(74) Cons. const., 7 août 2008, n° 2008-568 DC : JO 21 août 2008, p. 13079 et s. ; RJS 11/2008, n° 1140 ; D. 2008, p. 2064 ; *Dr. soc.* 2009, p. 147 et s., note V. Bernaud : « Le droit de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à "la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises" a pour bénéficiaires, sinon la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans une entreprise, du moins tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue ».

(75) Sous condition d'ancienneté, V. C. trav., art. L. 2314-18 et L. 2314-18-1 pour les élections des délégués du personnel et C. trav., art. L. 2324-17 et L. 2324-17-1 pour les élections du comité d'entreprise.

de la place occupée dans la communauté de travail, laquelle ne peut exister sans employeur. De même en est-il pour le droit à la négociation collective. La nature de l'obligation dont bénéficie l'employeur ne peut donc être éludée.

S O U S - S E C T I O N 2

Le droit de l'employeur à la négociation collective

185. – Le droit à la négociation collective est généralement considéré comme un « droit propre aux travailleurs »⁽⁷⁶⁾. Toutefois, une autre analyse peut être proposée à la lecture de décisions du Conseil constitutionnel reprenant toutes le même considérant : « 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 »⁽⁷⁷⁾. L'usage de l'expression « aux employeurs et aux salariés » à l'aune du principe de participation dégagé dans ces décisions suppose l'existence de détenteurs distincts du droit à la négociation.

186. – Même si, à ce jour, sauf en de rares exceptions, il semble difficile d'affirmer l'existence d'un droit de l'employeur à la négociation collective, plusieurs éléments tendent à en rendre nécessaire la reconnaissance (§ 1). Si une telle analyse était retenue, un cadre devrait être proposé (§ 2).

§ 1. – La nécessaire reconnaissance d'un droit de l'employeur à la négociation collective

187. – En matière de droit à la négociation collective, les différentes obligations de négocier inscrites dans la loi depuis 1982⁽⁷⁸⁾, et leur évolution, illustrent la nécessité de reconnaître un droit à l'employeur en ce domaine. Comme le relevaient les professeurs Souriac et Borenfreund il y a quelques années, « dans le contexte actuel,

(76) M.-A. Rotschild-Souriac, *Le droit à la négociation et sa sanction* : *Dr. soc.* 1982, p. 729 et s. – De même, M.-A. Rotschild-Souriac et G. Borenfreund, *La négociation collective entre désillusions et illusions*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle* : *Mél. J.-M. Verdier*, LGDJ, 2001, p. 181 et s., spéc. p. 219 : « le droit à la négociation collective est, en droit français, unilatéral. Il est droit des salariés et non droit des employeurs » ou encore M.-L. Morin, *Des titulaires du droit à la négociation collective* : *Dr. soc.* 1988, p. 24 et s., spéc. p. 26 : « Mais qui est donc titulaire du droit à la négociation ? Les salariés qui constituent un collectif que le syndicat représente (art. L. 131-1) ? Tout salarié (Préambule de la Constitution) représenté par le syndicat personne morale collective ? Le syndicat représentatif, partie à l'accord destiné à s'appliquer à une collectivité de salariés sujets de cet accord (art. L. 132-2) ? » ; l'auteur n'envisage même pas l'hypothèse que l'employeur puisse avoir un intérêt à être titulaire du droit à la négociation, qualifié après de droit unilatéral.

(77) Cons. const., 29 avr. 2004, n° 2004-494 DC : *JO* 5 mai 2004, p. 7998 et s. ; *RJS* 7/2004, n° 853 ; *D.* 2004, p. 3029. – Cons. const., 9 déc. 2004, n° 2004-507 DC : *JO* 16 déc. 2004, p. 21290 ; *D.* 2005, p. 1133. – Cons. const., 29 juill. 2005, n° 2005-523 DC : *JO* 3 août 2005, p. 12664 et s. – Cons. const., 28 déc. 2006, n° 2006-545 DC : *JO* 31 déc. 2006, p. 20320 ; *RJS* 2/2007, n° 302 ; *Dr. soc.* 2007, p. 174 et s., note V. Bernaud. – Cons. const., 16 août 2007, n° 2007-556 DC : *JO* 22 août 2007, p. 13971 et s. ; *RJS* 10/2007, n° 1110 ; *Dr. soc.* 2007, p. 1221 et s., note V. Bernaud ; *JurisData* n° 2007-010004. La même formulation avait déjà été utilisée dans deux décisions où il était question de « concertation préalable » et non de « négociation collective » : Cons. const., 25 juill. 1989, n° 89-257 : *JO* 28 juill. 1989, p. 9503 et s. ; *Dr. soc.* 1989, p. 701 et s., note X. Prétot ; et Cons. const., 13 janv. 2000, n° 99-423 : *JO* 20 janv. 2000, p. 992 et s. ; *RJS* 2/2000, n° 175 ; *Dr. soc.* 2000, p. 257 et s., note X. Prétot.

(78) V. *infra*, n°s 587 et s.

le caractère unilatéral de l'obligation de négocier a au moins une signification ultime et presque désespérée. Le refus de négocier de la part des représentants des salariés reste en toute hypothèse un droit »⁽⁷⁹⁾. Rien dans les décisions du Conseil constitutionnel consacrant le droit à la négociation collective ne laisse supposer qu'il puisse exister au seul bénéfice des salariés, ce processus jouant un rôle important dans la régulation des relations de travail dans des domaines de plus en plus nombreux. De plus, si le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ne fait référence qu'aux travailleurs, la négociation ne peut se tenir dans l'intérêt de l'entreprise si la réalité d'un droit bilatéral⁽⁸⁰⁾ n'est pas admise.

188. – La réciprocité du droit à la négociation collective pourrait être envisagée dans plusieurs domaines, notamment dans ceux où le bénéfice d'aides est subordonné à la conclusion d'un accord collectif (I) ou lorsque l'employeur ne peut recourir à une décision unilatérale que subsidiairement (II).

I. – Des décisions unilatérales subsidiaires

189. – La mise en œuvre de différents dispositifs nécessite, de façon explicite, une négociation préalable au sein de l'entreprise (A). Parfois, le recours à la décision unilatérale devient indirectement subsidiaire (B).

A. – La subsidiarité directe

190. – **Primauté de la négociation collective et égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.** Aux termes du premier alinéa de l'article L. 2242-9 du Code du travail⁽⁸¹⁾, certaines entreprises sont redevables d'une pénalité lorsqu'elles ne sont pas couvertes par un accord ou un plan d'action relatif à l'égalité professionnelle⁽⁸²⁾. De manière explicite, le texte impose une négociation préalable. En atteste l'usage de la locution « à défaut »⁽⁸³⁾. L'employeur ne peut pas, pour s'exonérer du paiement de la pénalité, établir directement un plan d'action unilatéral. Lorsqu'il doit être établi, le contenu du procès-verbal de désaccord n'est pas défini par voie législative ou réglementaire. Il semble donc que l'employeur qui y mentionnerait avoir convoqué les organisations syndicales représentatives à une réunion de négociation sans que celles-ci s'y rendent aurait rempli son obligation.

(79) M.-A. Rotschild-Souriac et G. Borenfreund, *La négociation collective entre désillusions et illusions*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle* : Mélanges J.-M. Verdier, LGDJ, 2001, p. 181 et s., spéc. p. 221.

(80) Réalité qui est loin d'être majoritairement admise, le droit à la négociation étant le plus souvent qualifié de « droit unilatéral » : M.-L. Morin, *Des titulaires du droit à la négociation collective* : *Dr. soc.* 1988, p. 24 et s., spéc. p. 26.

(81) C. trav., art. L. 2242-9, issu de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-5-1).

(82) C. trav., art. L. 2242-9 : « Les entreprises d'au moins cinquante salariés sont soumises à une pénalité à la charge de l'employeur lorsqu'elles ne sont pas couvertes par un accord relatif à l'égalité professionnelle mentionné à l'article L. 2242-5 ou, à défaut d'accord, par les objectifs et les mesures constituant le plan d'action défini aux articles L. 2323-47 et L. 2323-57. (...) Dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, ce défaut d'accord est attesté par un procès-verbal de désaccord ».

(83) Contrairement à la position de la Direction générale du travail, développée dans la circulaire du 28 octobre 2011 (relative au champ et aux conditions d'application de la pénalité financière prévue par l'article 99 de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites), l'insertion de ce dispositif dans le chapitre relatif à la négociation obligatoire d'entreprise induisait la primauté de la négociation collective. L'adjonction par la loi n° 2012-1189 du 26 octobre 2012, pour les entreprises qui comptent au moins trois cents salariés, de l'élaboration d'un procès-verbal de désaccord ne fait qu'ajouter une formalité substantielle à la négociation.

191. – Exigence de la tenue d'une réunion de négociation et prime de partage des profits. De la même façon, la loi du 28 juillet 2011⁽⁸⁴⁾, qui instituait en son article premier la « prime de partage des profits », prévoyait la primauté de la négociation collective, s'y soustraire étant pénalement sanctionné⁽⁸⁵⁾. Si cette obligation de couverture a été supprimée au 1^{er} janvier 2015⁽⁸⁶⁾, elle revêtait un intérêt particulier puisque le législateur allait plus loin en la matière en définissant également le contenu du procès-verbal de désaccord, celui-ci devant consigner « les propositions initiales de l'employeur, en leur dernier état les propositions respectives des parties et la prime que l'employeur s'engage à attribuer unilatéralement »⁽⁸⁷⁾. Toutefois, si la négociation n'avait pu avoir lieu en raison du refus des représentants des salariés de s'y présenter, l'employeur ne pouvait s'acquitter de son obligation, s'exposant ainsi directement à des sanctions pénales⁽⁸⁸⁾.

192. – Contrat de génération : le procès-verbal de désaccord, accord qui ne dit pas son nom ? Transposant l'accord national interprofessionnel du 19 octobre 2012, la loi du 1^{er} mars 2013 institue le contrat de génération⁽⁸⁹⁾. Sa mise en œuvre suit différents régimes en fonction de l'effectif de l'entreprise⁽⁹⁰⁾. Pèse toutefois sur toutes les entreprises d'au moins cinquante salariés pourvues de délégués syndicaux une obligation de négocier avant d'élaborer un plan d'action unilatéral. Aux termes de l'article L. 5121-12 du Code du travail, le procès-verbal de désaccord, qui doit être établi en cas d'échec de la négociation préalable et sans lequel le plan d'action ne peut être déposé, « est signé par l'employeur et des délégués syndicaux (...). Il mentionne le nombre et les dates des réunions qui se sont tenues, les points de désaccord ainsi que les propositions respectives des parties ».

193. – Or, le dépôt du plan d'action conditionne l'exonération du paiement de la pénalité prévue aux articles L. 5121-8 et L. 5121-9 du Code du travail pour les entreprises d'au moins cinquante salariés et celles d'au moins trois cents salariés. À suivre la lettre du texte, le procès-verbal de désaccord doit être signé par plusieurs organisations syndicales représentatives présentes à la négociation : s'agit-il alors d'un « accord qui ne dit pas son nom » qui doit être visé par les représentants des salariés sans pour autant remplir les conditions de validité des accords collectifs de droit commun définies aux articles L. 2232-12 et suivants du même code ? Dans l'hypothèse où les organisations syndicales refuseraient de s'asseoir à la table des négociations, aucune sanction ne pèserait sur elles et l'employeur, en l'absence de couverture par un accord collectif ou un plan d'action, serait redevable de la pénalité financière. Cette situation ne peut qu'inciter à la reconnaissance d'un droit à la

(84) L. fin. rect. 2011, n° 2011-894, 28 juill. 2011 : JO 29 juill. 2011, p. 12922 et s.

(85) L. n° 2011-894, 28 juill. 2011, préc., art. 1^{er}, V : « Le fait de se soustraire à l'obligation d'engager une négociation en vue de la conclusion de l'accord prévu au III est passible des sanctions prévues à l'article L. 2243-2 du Code du travail » : JO 29 juill. 2011, p. 12922.

(86) L. n° 2014-1554, 22 déc. 2014 de financement de la sécurité sociale pour 2015, art. 19 : JO 24 déc. 2014, p. 21748 et s.

(87) L. n° 2011-894, 28 juill. 2011, préc., art. 1^{er}, III : JO 29 juill. 2011, p. 12922.

(88) Sur le plan pénal, l'employeur s'expose à des sanctions sur le fondement des articles L. 2243-2 (soustraction à l'obligation de négocier) et R. 3246-4 (méconnaissance d'une disposition légale relative aux accessoires du salaire) du Code du travail.

(89) L. n° 2013-185, 1^{er} mars 2013, portant création du contrat de génération : JO 3 mars 2013, p. 3943 et s.

(90) La loi distingue les entreprises dont l'effectif est inférieur à cinquante salariés (C. trav., art. L. 5121-7), de celles dont l'effectif est supérieur à ce seuil (C. trav., art. L. 5121-8 et L. 5121-9).

négociation collective au bénéfice du chef d'entreprise. Il en est ainsi même dans des cas où la présence de l'acte conventionnel est affichée de manière moins évidente.

B. – La subsidiarité indirecte

194. – Suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes et dépôt des accords collectifs relatifs aux salaires effectifs. La loi du 23 mars 2006⁽⁹¹⁾ a ajouté⁽⁹²⁾, pour les accords collectifs d'entreprise relatifs aux salaires effectifs, qu'ils ne peuvent être déposés « qu'accompagnés du procès-verbal d'ouverture des négociations portant sur les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes, consignnant les propositions respectives des parties. Le procès-verbal atteste que l'employeur a engagé sérieusement et loyalement les négociations ».

195. – Le législateur, qui précise ensuite ce qu'implique l'engagement sérieux et loyal des négociations⁽⁹³⁾, crée une contrainte supplémentaire : l'employeur risque de se voir refuser le dépôt d'un accord collectif sur le thème, proche, des salaires effectifs. Dans le cas où les organisations syndicales refuseraient toute négociation ou contesteraient le contenu du procès-verbal en ce qui concerne la suppression des écarts de rémunération, l'enregistrement par la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) de l'accord collectif sur les salaires effectifs serait impossible. Dans le domaine de l'égalité salariale, objet de nombreuses attentions du Parlement ces dernières années, il est regrettable que le chef d'entreprise soit seul responsable de la tenue de la négociation alors que l'ensemble de la communauté de travail est concerné : il pourrait lui aussi bénéficier d'un droit à la négociation lui permettant de s'acquitter de son obligation.

196. – Conditionnalité des allègements de charges sociales et négociation obligatoire sur les salaires effectifs. La loi du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail⁽⁹⁴⁾ institue⁽⁹⁵⁾ un mécanisme de conditionnalité des principaux allègements et exonérations de cotisations patronales de sécurité sociale entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Le montant des allègements généraux de cotisations⁽⁹⁶⁾ au titre d'une année civile donnée est réduit de 10 % lorsque l'employeur n'a pas respecté au cours de celle-ci l'obligation d'engager la négociation sur les salaires effectifs. Le bénéfice de l'exonération est supprimé lorsque la carence est relevée pendant

(91) L. n° 2006-340, 23 mars 2006, relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes : JO 24 mars 2006, p. 4440 et s.

(92) Par l'intégration dans le Code du travail d'un article L. 132-27-2, devenu L. 2242-10 puis L. 2242-7 avec la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

(93) C. trav., art. L. 2242-7, al. 2 : « L'engagement sérieux et loyal des négociations implique que l'employeur ait convoqué à la négociation les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et fixé le lieu et le calendrier des réunions. L'employeur doit également leur avoir communiqué les informations nécessaires pour leur permettre de négocier en toute connaissance de cause et avoir répondu de manière motivée aux éventuelles propositions des organisations syndicales ». Texte issu de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-10, al. 2).

(94) L. n° 2008-1258, 3 déc. 2008, en faveur des revenus du travail : JO 4 déc. 2008, p. 18488 et s.

(95) En son article 26, codifié notamment à l'article L. 241-13 du Code de la sécurité sociale.

(96) Les allègements et exonérations de cotisations de sécurité sociale visés sont : les allègements généraux de cotisations, dits « allègements Fillon », prévus à l'article L. 241-13 du Code de la sécurité sociale et les exonérations qui peuvent les remplacer dans certaines zones géographiques telles que les zones de redynamisation urbaine ou les zones de revitalisation rurale.

trois années consécutives. L'administration précise que l'employeur doit être « en mesure de justifier de l'engagement des négociations »⁽⁹⁷⁾ en produisant des documents tels que « les convocations aux réunions de négociation, un projet soumis à la négociation, des documents transmis aux négociateurs ou des propositions des organisations syndicales faites au cours des négociations ».

197. – Une décision unilatérale de l'employeur revalorisant les rémunérations ne suffit donc pas à remplir la condition posée par l'article 26 de la loi du 3 décembre 2008. Est également insuffisante, au regard des obligations légales, la production d'un accord collectif couvrant une période supérieure à l'année⁽⁹⁸⁾. Mais la production des seules convocations à la négociation semble, pour l'administration, être suffisante⁽⁹⁹⁾. En raison de l'enjeu et dans la perspective d'un renforcement de la sécurité juridique, en matière de salaires effectifs, l'employeur pourrait bénéficier d'un droit à la négociation collective au même titre que les organisations syndicales de salariés.

198. – Les dispositifs étudiés, s'ils tendent à la reconnaissance d'un droit de l'employeur à la négociation collective, peuvent aussi être mis en œuvre au moyen d'une décision unilatérale. Il n'en est pas toujours ainsi.

II. – Des accords collectifs nécessaires

199. – La notion d'avantage doit ici être entendue largement. Elle regroupe l'ensemble du profit et des gains, financiers (A) mais également « organisationnels » (B), qui peuvent résulter de la conclusion d'un accord collectif.

A. – Le contrat de génération

200. – Les entreprises de moins de trois cents salariés peuvent bénéficier, sous certaines conditions, d'une aide financière au titre du contrat de génération. Pour celles dont l'effectif est compris entre cinquante et deux cent quatre-vingt-dix-neuf salariés, une négociation préalable à l'élaboration d'un plan d'action unilatérale est nécessaire. L'employeur doit l'engager avec les délégués syndicaux ou, à défaut, les représentants élus du personnel ou, encore à défaut, des salariés mandatés par une organisation syndicale représentative au niveau de la branche⁽¹⁰⁰⁾. Si elle n'aboutit pas, un procès-verbal de désaccord est établi, « signé par l'employeur et des délégués syndicaux ou, en leur absence, par les représentants du personnel mentionnés à l'article L. 2232-21 avec lesquels une négociation a été ouverte »⁽¹⁰¹⁾.

(97) Circ. 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, pt 3.2.2.

(98) Aux termes de l'article L. 2222-4 du Code du travail, l'accord peut être à durée déterminée ou indéterminée. Dans le premier cas, cette durée ne peut être supérieure à cinq ans.

(99) Des modalités particulières ont été prévues afin de ne pas pénaliser l'entreprise qui aurait conclu un accord modifiant la périodicité des négociations obligatoires sur le fondement de l'article L. 2242-20 du Code du travail tel qu'issu de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

(100) Parfois, lorsque l'effectif de l'entreprise est d'au moins deux cents salariés, le recours à la négociation avec les représentants élus du personnel tel que prévue à l'article L. 2232-21 du Code du travail n'est pas possible, quand bien même il existerait. Or, en l'absence de procès-verbal de carence, la négociation avec des salariés mandatés ne peut être envisagée. Dès lors, dans les entreprises de deux cents à moins de trois cents salariés, en l'absence de délégués syndicaux, il n'est pas possible de négocier.

(101) C. trav., art. L. 5121-12, al. 4.

201. – Aux termes de l'article L. 5121-8, 2° du Code du travail⁽¹⁰²⁾, l'entreprise dont l'effectif est compris entre cinquante et moins de trois cents salariés ne peut bénéficier de l'aide financière en élaborant un plan d'action qu'à la condition d'attester de l'échec de la négociation par un procès-verbal de désaccord⁽¹⁰³⁾. Or, le contenu de celui-ci, notamment l'impératif de signature par les interlocuteurs représentant les salariés, conduit l'employeur à ne pas pouvoir prétendre aux avantages induits par le dispositif en cas de refus de participer à toute discussion : l'existence d'un « chantage à la signature » est envisageable. L'employeur pourrait donc aspirer à ce qu'un droit à la négociation lui soit conféré sur ce sujet, contraignant au moins les représentants des salariés à le rejoindre autour de la table⁽¹⁰⁴⁾.

B. – L'aménagement du temps de travail

202. – La loi du 20 août 2008⁽¹⁰⁵⁾ a modifié l'accès à la négociation collective dans les petites et moyennes entreprises en élargissant le recours à celle-ci en l'absence de délégués syndicaux. La condition qu'un accord de branche ait été conclu préalablement à toute négociation avec les élus du personnel ou avec des salariés mandatés au sein des entreprises a été supprimée⁽¹⁰⁶⁾. Cette disparition trouve son origine dans la volonté du législateur « de favoriser la relance de la négociation collective dans ces entreprises où, plus qu'ailleurs, la négociation collective est entravée par la présence inégale (voire l'absence) d'institutions représentatives du personnel »⁽¹⁰⁷⁾. Son champ d'application n'est cependant pas le même que celui de la négociation avec les délégués syndicaux : elle doit porter « sur des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif »⁽¹⁰⁸⁾. Celles-ci, relativement nombreuses, sont disséminées dans le Code du travail. Trois d'entre elles en particulier, liées à l'aménagement du temps de travail, pourraient inciter à la reconnaissance d'un droit de l'employeur à la négociation collective dans l'intérêt de l'entreprise, donc de la communauté de travail.

203. – **Les conventions individuelles de forfait.** L'article L. 3121-39 du Code du travail permet de conclure des conventions individuelles de forfait⁽¹⁰⁹⁾. Pour être valides, elles doivent intervenir avec l'accord du salarié, formalisé par écrit⁽¹¹⁰⁾. En

(102) Tel qu'il résulte de la loi du 1^{er} mars 2013, L. n° 2013-185, 1^{er} mars 2013, portant création du contrat de génération : JO 3 mars 2013, p. 3943 et s.

(103) Qui pourrait ici aussi être qualifié « d'accord qui ne dit pas son nom ». V. *supra*, n° 192.

(104) Dans ce cas, le bénéfice de l'aide deviendrait possible puisque les représentants des salariés ayant participé à la négociation, l'élaboration d'un procès-verbal de désaccord devient envisageable. Dans cette hypothèse, demeure le problème de leur signature.

(105) L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : JO 21 août 2008, p. 13064 et s.

(106) La loi du 4 mai 2004 avait institué aux articles L. 2232-23 et L. 2232-25 du Code du travail la possibilité que les accords de branche prévoient sur des thèmes qu'ils définissaient une négociation avec les élus du personnel ou avec des salariés mandatés par des organisations syndicales représentatives dans la branche. Très peu utilisé, seuls seize accords de branche ayant été conclus sur le sujet, ce dispositif avait été remis en cause par les partenaires sociaux dans la position commune du 9 avril 2008, inspirant la réforme opérée par le législateur.

(107) J.-F. Poisson, Rapp. AN n° 992, 25 juin 2008, fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale sur le projet de loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, p. 144.

(108) C. trav., art. L. 2232-21, al. 1^{er} et L. 2232-24, al. 1^{er}. Sur ce point, ces articles reprennent textuellement l'article 4-2-2 de la position commune du 9 avril 2008 : cette limitation, passée inaperçue en doctrine, du champ d'application de cette négociation particulière, s'inscrit dans la volonté des partenaires sociaux, et plus particulièrement des représentants des organisations syndicales de salariés, de ne créer qu'une exception au monopole syndical en la matière et non une véritable voie alternative.

(109) C. trav., art. L. 3121-39 : « La conclusion de conventions individuelles de forfait, en heures ou en jours, sur l'année est prévue par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche ».

(110) C. trav., art. L. 3321-40.

ce qu'il doit nécessairement être accepté par le salarié, le principe de ce décompte particulier du temps de travail peut être analysé comme un avantage tant du point de vue de l'employeur que de celui du travailleur. Une utilisation de ce mode d'organisation conforme à l'esprit du texte est fondée sur la confiance du chef d'entreprise envers le salarié qui dispose d'une autonomie certaine dans l'agencement de son emploi du temps. Pour autant, la volonté des parties ne suffit pas à la mise en œuvre de ce dispositif. Des organisations syndicales ou des élus du personnel ne se sentant pas concernés rendent impossible le recours aux conventions de forfait alors qu'elles peuvent apporter une certaine souplesse dans l'organisation du temps de travail de catégories particulières de salariés⁽¹¹¹⁾.

204. – La répartition de la durée du travail sur une durée supérieure à la semaine et au plus égale à l'année. De même, l'article L. 3122-2 du Code du travail permet, par voie d'accord collectif, une « répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année ». Est envisagé sous cette locution un nombre important de dispositifs qui, antérieurement, faisaient l'objet de textes qui leur étaient propres ; il s'agit notamment des cycles de travail⁽¹¹²⁾, de la modulation du temps de travail⁽¹¹³⁾ ou de l'attribution de jours de repos dans le cadre de l'année⁽¹¹⁴⁾. Participant de la volonté du législateur d'assouplir dans l'entreprise les normes juridiques de niveau supérieur pour les adapter à la situation particulière vécue en son sein, le recours à la négociation collective semble logique. Il peut s'inscrire dans l'intérêt de l'entreprise, sa survie pouvant dépendre, dans un contexte de crise économique, de la réorganisation du temps de travail pour sauvegarder l'outil de production⁽¹¹⁵⁾.

205. – Le compte épargne-temps. Institué en 1994⁽¹¹⁶⁾, le dispositif du compte épargne-temps tel qu'il résulte de la loi du 20 août 2008⁽¹¹⁷⁾ est un « mode d'aménagement du temps de travail dérogeant au principe du paiement immédiat du temps travaillé. Il permet au salarié, et dans certains cas à l'employeur, de capitaliser des temps de repos ou des éléments de salaire pour les affecter à des congés non rémunérés ou pour se constituer une épargne monétaire »⁽¹¹⁸⁾. La loi prévoit sa mise en place uniquement par accord collectif d'entreprise ou d'établissement et, à défaut, par accord de branche. Ainsi, l'absence d'interlocuteurs dans l'entreprise ou leur refus de négocier privera l'ensemble de la communauté de travail d'un dispositif que certains pourraient considérer comme avantageux.

206. – S'il est aisément concevable que l'employeur ne puisse mettre en œuvre ces dispositifs unilatéralement, en raison notamment des conséquences qu'ils emportent

(111) Une mise en œuvre par l'application d'un accord de branche permet toutefois, lorsqu'il existe, d'y recourir. Le nombre de branches couvertes par de tels accords reste cependant minime.

(112) C. trav., art. L. 3122-2 à L. 3122-5 tels qu'abrogés par la loi du 20 août 2008.

(113) C. trav., art. L. 3122-9 à L. 3122-18 tels qu'abrogés par la loi du 20 août 2008.

(114) C. trav., art. L. 3122-19 à L. 3122-22 tels qu'abrogés par la loi du 20 août 2008.

(115) En atteste, par exemple, la conclusion de l'accord de groupe « Contrat pour une nouvelle dynamique de croissance et de développement social de Renault en France » signé le 13 mars 2013 entre la direction de Renault et trois organisations syndicales de salariés, qui consacre un chapitre à l'organisation du temps de travail.

(116) L. n° 94-640, 25 juill. 1994, relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise : JO 27 juill. 1994, p. 10832 et s.

(117) L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : JO 21 août 2008, art. 25, p. 13064 et s.

(118) *Le compte épargne-temps*, Brochure UIMM, 2010, p. 3.

sur le plan des libertés individuelles des salariés, il est permis de regretter l'absence, à l'heure actuelle, de droit de l'employeur à la négociation dans ces domaines. Quelques pistes conduisant à la consécration d'un tel droit méritent d'être explorées.

§ 2. – La consécration envisageable d'un droit de l'employeur à la négociation collective

207. – En un domaine particulier, le législateur a institué un droit de l'employeur à la négociation collective. Il trouve notamment son origine dans le caractère spécifique de l'activité exercée par l'entreprise (I). Un mécanisme, empruntant en partie au droit à la négociation dans le secteur public en cas de grève, peut être proposé afin de garantir à l'employeur le droit de négocier (II).

I. – Des sources d'inspiration

208. – **Un principe, le secteur public au sens strict.** La consécration d'un droit de l'employeur à la négociation collective n'est pas nouvelle. Elle est cependant circonscrite au seul secteur public⁽¹¹⁹⁾ et son objet est limité à la prévention des conflits collectifs. Par exception au droit commun de la grève, la loi du 31 juillet 1963⁽¹²⁰⁾ a encadré l'exercice du droit de grève dans les services publics. Ce texte avait « deux buts essentiels : d'abord instituer un préavis de cinq jours, afin d'éviter les perturbations dans les services publics comme la SNCF ou la RATP, perturbations qui (...) portent un préjudice grave aux usagers (...); ensuite, ce projet tend à éviter les grèves tournantes, les grèves surprises, les grèves perlées, les grèves du zèle, et aussi qu'un petit nombre de fonctionnaires, bien placés à des postes-clés, puissent semer la perturbation dans des services qui sont avant tout à la disposition du public »⁽¹²¹⁾. La loi précisait au dernier alinéa de son article 4 que « le préavis ne met pas obstacle à la négociation en vue du conflit ».

209. – La loi du 19 octobre 1982 a modifié ce texte⁽¹²²⁾, créant une « obligation pratique de négocier »⁽¹²³⁾. La Cour de cassation, dans un arrêt du 7 juin 2006⁽¹²⁴⁾,

(119) Sont concernés « les personnels de l'État, des régions, des départements et des communes comptant plus de 10 000 habitants ; les personnels des entreprises, des organismes et des établissements publics ou privés lorsque ces entreprises, organismes et établissements sont chargés de la gestion d'un service public » (C. trav., art. L. 2512-1).

(120) L. n° 63-777, 31 juill. 1963, relative à certaines modalités de la grève dans les services publics : JO 2 août 1963, p. 7156 et s.

(121) R. Le Combe, rapporteur de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale pour le projet de loi relatif à certaines modalités de grève dans les services publics : JOAN 18 juill. 1963, p. 4194.

(122) L. n° 82-889, 19 oct. 1982, relative aux retenues pour absence de service fait par les personnels de l'État, des collectivités locales et des services publics : JO 20 oct. 1982, art. 4 : « le dernier alinéa de l'article L. 521-3 du Code du travail est remplacé par les dispositions suivantes : "Pendant la durée du préavis, les parties intéressées sont tenues de négocier" ». Cette obligation pratique de négocier existait déjà dans l'esprit du législateur en 1963 comme le relevait R. Le Combe : « Par ailleurs, les salariés ou leurs représentants ne trouvent pas, en face d'eux, pour discuter un employeur responsable. N'est-ce pas une erreur, et l'administration n'a-t-elle pas, de son côté, un effort d'organisation à faire ? Pour parler, il faut être deux. D'un côté comme de l'autre, il faut des hommes qui puissent se regarder les yeux dans les yeux et parler, et parler encore » : JOAN 18 juill. 1963, p. 4195.

(123) A. Le Pors, ministre délégué auprès du Premier ministre, chargé de la fonction publique et des réformes administratives : JOAN 7 juill. 1982, p. 4321.

(124) Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-17.116 : Bull. civ. 2006, V, n° 204 ; RJS 10/2006, n° 1111 ; JCP S 2006, 1734, note R. Vatinet ; D. 2007, p. 283 et s., note F. Debord ; JurisData n° 2006-033903.

confirme la décision des juges du fond qui avaient considéré « qu'aucun manquement à l'obligation de négocier n'était imputable au syndicat ». Dès lors, les organisations syndicales qui déposent un préavis ne peuvent refuser de participer aux réunions de négociation, sinon le juge des référés peut considérer que le mouvement constitue un trouble manifestement illicite dont la cessation sous astreinte peut être ordonnée⁽¹²⁵⁾. Doit être relevé le fait que le juge ne contraint qu'indirectement les organisations syndicales à négocier : il se prononce toujours sur la licéité de la grève et vérifie ainsi le respect des dispositions de l'article L. 2512-2 du Code du travail. Dès lors, il intervient nécessairement *a posteriori*, contrôlant le respect du préavis et de l'obligation de négocier, alors que le mouvement est en cours. Lorsque les représentants des salariés contreviennent aux règles posées, la sanction portera sur le mouvement en lui-même et ne pourra être une « suspension-régularisation »⁽¹²⁶⁾. La négociation apparaît donc comme l'accessoire du préavis, celui-ci ayant également pour objet de permettre à l'employeur de prendre les mesures qui s'imposent pour réduire l'impact de la grève sur le public.

210. – Des exceptions, le rattachement par l'exécution d'une mission de service public. La loi du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs⁽¹²⁷⁾ a partiellement étendu⁽¹²⁸⁾ et modifié⁽¹²⁹⁾ le régime de la grève dans certaines entreprises. Elle impose notamment d'engager une négociation préalable au dépôt de tout préavis de grève. De plus, aux termes de son article 2, les entreprises et les branches professionnelles entrant dans son champ d'application devaient négocier un accord organisant une procédure de prévention des conflits avant le 1^{er} janvier 2008⁽¹³⁰⁾. Son contenu, défini par le législateur, tient à la détermination des règles d'organisation et de déroulement de la négociation⁽¹³¹⁾. Celle-ci est

(125) L. Drai, *Nécessité d'un préavis dans les entreprises chargées de la gestion d'un service public* : JCP S 2007, 1208.

(126) Dans le cas où le préavis aurait été déposé en bonne et due forme mais que les organisations syndicales refusent de se rendre à la négociation, le juge des référés, saisi du litige, ne pourra pas leur ordonner sous astreinte de négocier afin de « sauver » la grève : celle-ci sera forcément qualifiée de mouvement illicite en ce qu'elle a été déclenchée en violation des dispositions de l'article L. 2512-2 du Code du travail.

(127) L. n° 2007-1224, 21 août 2007, sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs : JO 22 août 2007, p. 13956 et s.

(128) L'extension du régime concerne les quelques entreprises privées qui n'entraient pas dans le champ d'application de l'article L. 2512-2 du Code du travail mais appartiennent à celui de la loi du 21 août 2007 en ce qu'elles exercent une activité telle que des « services routiers offerts à la place dont le ou les itinéraires, les points d'arrêt, les fréquences, les horaires et les tarifs sont fixés et publiés à l'avance » (Circ. DGT n° 11, 30 nov. 2007, relative à la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, p. 7).

(129) La modification du régime concerne les communautés de travail qui entraient déjà dans le champ d'application de l'article L. 2512-2 du Code du travail et pour lesquelles la loi du 21 août 2007 crée de nouvelles obligations.

(130) La loi n° 2008-790 du 20 août 2008 instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire (JO 21 août 2008, p. 13076 et s.) impose également l'obligation de négocier préalablement au dépôt du préavis ; en revanche, la procédure de prévention ne fait pas l'objet d'une négociation d'entreprise ou de branche mais est déterminée par voie réglementaire.

(131) À défaut d'accord-cadre, conclu au niveau de l'entreprise, l'accord de branche s'applique. En l'absence de tout accord, ce sont les dispositions prévues par le décret n° 2008-82 du 24 janvier 2008 (JO 26 janv. 2008, p. 1582 et s.) qui ont vocation à régir l'organisation et le déroulement de la négociation préalable au dépôt du préavis de grève. La loi fixe les points que l'accord-cadre, l'accord de branche et le décret doivent aborder. Il s'agit notamment des conditions de notification du ou des motifs pour lesquels le dépôt d'un préavis de grève est envisagé, du délai dans lequel l'employeur doit réunir les organisations syndicales représentatives (dans la limite de trois jours), du délai dont les parties disposent pour conduire la négociation (au maximum huit jours), des informations devant être remises aux représentants des salariés pour négocier et des modalités d'élaboration du relevé de conclusions de la négociation.

enserrée dans un délai court puisqu'il est prévu que sa durée, fixée par l'accord-cadre, l'accord de branche ou à défaut par décret, ne peut excéder huit jours francs⁽¹³²⁾.

211. – Le manquement des organisations syndicales à leur obligation de négocier, et l'atteinte au droit de l'employeur à la négociation collective qu'il constitue, peut être sanctionné sur divers fondements. « Le dépôt de préavis ne peut intervenir qu'après une négociation préalable »⁽¹³³⁾ : le respect des dispositions légales, conventionnelles ou réglementaires qui la régissent est nécessaire, la validité du dépôt de préavis elle-même étant en jeu⁽¹³⁴⁾. Les organisations syndicales s'exposent à des actions en responsabilité civile⁽¹³⁵⁾ et les salariés à des poursuites disciplinaires⁽¹³⁶⁾. Les sanctions prononcées n'atteignent, ici encore, qu'indirectement le droit à la négociation collective puisque c'est l'exercice du droit de grève dans des conditions illicites qui est condamné. Par ailleurs, si un accord-cadre a été conclu⁽¹³⁷⁾, l'employeur peut également engager une action visant à obtenir son exécution par les organisations syndicales signataires⁽¹³⁸⁾ sur le fondement de l'article L. 2262-12 du Code du travail⁽¹³⁹⁾. C'est dans cette seule situation que le juge des référés pourrait contraindre le syndicat à participer à la négociation, reconnaissant ainsi implicitement le droit de l'employeur. Souffle imperceptible, eu égard au champ limité de son expression, sa consécration permettrait d'en faire un vent constant.

(132) L. n° 2007-1224, 21 août 2007, sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs : JO 22 août 2007, art. 2, II, 3°, p. 13956 et s.

(133) L. n° 2007-1224, 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs : JO 22 août 2007, art. 2, I, p. 13956 et s.

(134) R. Vatinet, *Sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres de voyageurs* (L. n° 2007-1224, 21 août 2007) : JCP S 2007, 1692. – L. Dauxerre, *Secteur public : la négociation préalable, condition de régularité du dépôt d'un préavis de grève* : JCP S 2013, 73.

(135) Cass. soc., 6 févr. 1985, n° 82-16.446 : *Bull. civ.* 1985, V, n° 82 : « L'obligation de préavis imposée par l'article L. 512-2 [L. 2512-2 nouveau] incombant aux organisations syndicales, le déclenchement d'une grève en méconnaissance des prescriptions de ce texte constitue, de la part d'un syndicat, une faute de nature à engager sa responsabilité ». En conséquence, les juges du fond pouvaient condamner le syndicat en réparation du préjudice subi du fait d'un arrêt de travail déclenché sans qu'ait été respecté le préavis.

(136) L'article L. 2512-4 du Code du travail décide que « l'inobservation des dispositions du présent chapitre entraîne l'application des sanctions prévues par les statuts ou par les règles concernant les personnels intéressés ». Sur la reconnaissance d'une faute lourde, V. Cass. crim., 10 mai 1994, n° 93-82.603 : *RJS* 10/1994, n° 1171 et Cass. soc., 5 juin 1984, n° 81-42.229 : *Bull. civ.* 1984, V, n° 229 ; *JurisData* n° 1984-701052 : une lecture *a contrario* de ces deux arrêts conduit à considérer que le fait, pour un salarié, de ne pas respecter le préavis visé à l'article L. 2512-2 du Code du travail permet à l'employeur d'invoquer à son encontre une faute lourde.

(137) Dans le cas où l'accord est conclu au niveau de la branche, l'employeur, adhérent de l'organisation patronale, pourra ainsi engager la responsabilité de l'organisation syndicale affiliée à une fédération syndicale l'ayant signé. La question de l'opposabilité de l'accord aux organisations syndicales non-signataires ou non affiliées à des signataires a été posée en doctrine (V. not. M.-A. Rotschild-Souriac et S. Nadal, *Le droit de grève dans les services publics de transport, regards sur la loi du 21 août 2007 : la place de la négociation collective* : *RDT* 2007, p. 738) : à la lecture de la loi, il semblerait qu'en présence d'un accord de branche, celui-ci « s'applique dans les entreprises de transport où aucun accord-cadre n'a pu être signé », et soit opposable à toutes les organisations syndicales représentatives.

(138) L'application subsidiaire des dispositions du décret est regrettable sur ce point. En effet, en l'absence d'accord-cadre, il sera possible de contraindre toute organisation syndicale représentative à se présenter à la négociation. À l'inverse, en la présence d'un tel accord, seules les organisations syndicales signataires pourront être visées par une action sur le fondement de l'article L. 2262-12.

(139) Aux termes de ce texte, « les personnes liées par une convention ou un accord peuvent tenter toute action visant à obtenir l'exécution des engagements contractés et, le cas échéant, des dommages-intérêts contre les autres personnes ou les organisations ou groupements, liés par la convention ou l'accord, qui violeraient à leur égard ces engagements ».

II. – Des suggestions

212. – Un équilibre en péril. La mise en œuvre d'un droit à la négociation collective est périlleuse. « Pour mériter d'être ainsi qualifiée, [la négociation] doit nécessairement être "libre" et l'affirmation de son caractère "obligatoire" peut paraître de nature à entretenir le doute sur l'existence d'une volonté présentant les caractères requis pour être le valable support d'un acte juridique, nécessairement exempt de tous vices »⁽¹⁴⁰⁾. La liberté contractuelle des parties est primordiale. Elle passe par des mesures destinées à assurer leur égalité. La reconnaissance d'un droit à l'une ou à l'autre met en danger cet équilibre. Celui-ci ne peut qu'être instable si la dévolution n'est pas symétrique. Or, la négociation collective est souvent conçue comme « un droit que les salariés ou les syndicats peuvent faire valoir à l'encontre de l'employeur »⁽¹⁴¹⁾ et non comme un droit réciproque. Son caractère univoque ne pourrait disparaître « que si l'on considère que l'égalité des parties est suffisamment assurée au niveau collectif pour permettre à la négociation de se dérouler librement »⁽¹⁴²⁾. Lorsqu'elle s'inscrit dans l'intérêt de l'entreprise, les partenaires sociaux sont placés sur un pied d'égalité. Ils tendent à faire abstraction des prérogatives dont ils disposent par ailleurs. Au nom de cet intérêt, le contexte dans lequel le droit à la négociation collective a été forgé doit être dépassé⁽¹⁴³⁾, sa réciprocité reconnue.

213. – Une porte ouverte. Le Conseil constitutionnel semble envisager la réciprocité du droit à la négociation collective. En effet, il mentionne, dans les décisions où il le consacre⁽¹⁴⁴⁾, tant les employeurs que les salariés. L'élément déterminant est la « capacité de négocier »⁽¹⁴⁵⁾. Au sein de la communauté de travail, celui qui est investi d'un mandat en ce sens, qu'il appartienne à l'une ou l'autre des parties, pourrait se voir conférer un tel droit. Si la loi consacre à l'article L. 2221-1 du Code du travail « le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que leurs garanties sociales », rien ne s'oppose à ce qu'il soit également reconnu à l'employeur. Au contraire, « les entreprises et les travailleurs ont deux systèmes de valeurs, deux rationalités bien différentes. Le droit leur fournit un langage et une technique commune. Le droit seul leur permet par sa logique propre un compromis provisoire, explicite – ou même implicite »⁽¹⁴⁶⁾. Ainsi, la reconnaissance d'un droit de

(140) M. Despax, *Les paradoxes de la négociation d'entreprise*, in *Les transformations du droit du travail* : Mél. G. Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p. 267 et s., spéc. p. 271.

(141) M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, spéc. n° 4, p. 9.

(142) M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, spéc. n° 302, p. 271.

(143) Ne peut être ignoré le fait que le droit à la négociation collective s'est avant tout construit par opposition au pouvoir unilatéral de l'employeur : « un des aspects majeurs de la négociation réside dans cette idée de partage de décision, décision infléchie dans le sens du vouloir de l'autre, c'est-à-dire des salariés, là où, au point de départ, régnait sans partage le pouvoir du capital », G. Lyon-Caen, *Critique de la négociation collective* : *Dr. soc.* 1979, p. 350 et s.

(144) Cons. const., 29 avr. 2004, n° 2004-494 DC : JO 5 mai 2004, p. 7998 et s. ; RJS 7/2004, n° 853 ; D. 2004, p. 3029. – Cons. const., 9 déc. 2004, n° 2004-507 DC : JO 16 déc. 2004, p. 21290 ; D. 2005, p. 1133. – Cons. const., 29 juill. 2005, n° 2005-523 DC : JO 3 août 2005, p. 12664 et s. – Cons. const., 28 déc. 2006, n° 2006-545 DC : JO 31 déc. 2006, p. 20320 ; RJS 2/2007, n° 302 ; *Dr. soc.* 2007, p. 174 et s., note V. Bernaud. – Cons. const., 16 août 2007, n° 2007-556 DC : JO 22 août 2007, p. 13971 et s. ; RJS 10/2007, n° 1110 ; *Dr. soc.* 2007, p. 1221 et s., note V. Bernaud ; *JurisData* n° 2007-010004.

(145) G. Lyon-Caen, *Unité de négociation et capacité de négocier* : *Dr. soc.* 1982, p. 687 et s.

(146) G. Lyon-Caen, *Critique de la négociation collective* : *Dr. soc.* 1979, p. 350 et s., spéc. p. 351.

l'employeur à la négociation collective ne se fait pas au détriment de celui qui a été reconnu aux salariés. Deux vecteurs pourraient assurer sa mise en œuvre.

214. – L'administration, partie prenante. Toute immixtion de l'administration dans le processus de la négociation collective nourrit une certaine appréhension de la part des partenaires sociaux. Elle existe au niveau des branches lorsque l'article L. 2261-20 du Code du travail permet au ministre du Travail de convoquer une commission mixte paritaire de sa propre initiative ou à la demande d'organisations syndicales d'employeurs ou de salariés représentatives. Un auteur⁽¹⁴⁷⁾, en 1979, proposait l'extension de ce mécanisme à l'entreprise par l'institution d'une négociation périodique obligatoire. La loi du 13 novembre 1982⁽¹⁴⁸⁾ lui donne gain de cause en instituant à la charge de l'employeur une obligation annuelle de négocier⁽¹⁴⁹⁾. La question de la sanction susceptible de frapper des représentants des salariés qui se déroberaient à la négociation a été éludée. Elle pourrait revêtir la forme d'une convocation des parties par l'inspecteur du travail sur saisine de l'employeur⁽¹⁵⁰⁾ ; l'échec de cette négociation sous l'égide de l'administration, dûment constaté par cette dernière, lui permettrait de prendre une décision unilatérale motivée par l'intérêt de l'entreprise dans un domaine normalement conventionnel. Cette solution, si séduisante soit-elle, paraît impraticable notamment en ce que le contrôle administratif du standard évoqué semble délicat.

215. – Peut également être proposée une extension de l'intervention de l'administration, sur le modèle de celle qui est la sienne dans le cadre de la négociation préélectorale⁽¹⁵¹⁾, à d'autres domaines limitativement déterminés par la loi. En ce qu'elle permettrait à la communauté de travail dans son ensemble de profiter de certains avantages, cette immixtion serait louable. Toutefois, l'atteinte qu'elle porterait à la liberté contractuelle des partenaires sociaux serait fâcheuse, d'autant qu'en ce cas, ce n'est point l'absence de négociation qui serait sanctionnée mais l'absence de conclusion d'un accord.

216. – La police des parties. Pourrait être plus efficiente la négociation au sein des entreprises d'un accord-cadre créant, à la charge des parties, des obligations conventionnelles permettant d'engager leur responsabilité contractuelle sur le fondement de l'article L. 2262-12 du Code du travail. Un tel accord, unanime, s'inscrirait probablement dans l'intérêt de l'entreprise. Une difficulté subsiste dans l'hypothèse où seules certaines organisations syndicales de salariés seraient signataires. Aucune action en responsabilité ne pourrait être engagée à l'encontre de celles qui n'auraient pas ratifié le texte. Néanmoins, cette solution devrait être privilégiée en ce qu'elle laisse toute liberté aux parties dans l'entreprise, consacrant ainsi la place de cette unité privilégiée de négociation collective comme lieu d'élaboration de la norme sociale.

(147) G. Lyon-Caen, *Critique de la négociation collective* : Dr. soc. 1979, p. 350 et s., spéc. p. 354.

(148) L. n° 82-957, 13 nov. 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs de travail : JO 14 nov. 1982, p. 3414 et s.

(149) V. *infra*, n° 590 et s.

(150) L'employeur serait alors demandeur à la négociation collective, ce qui ne manquera pas de susciter la perplexité d'une partie de la doctrine. V. not. M. Despax, *Les paradoxes de la négociation d'entreprise*, in *Les transformations du droit du travail* : Mél. G. Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p. 267 et s., spéc. p. 268.

(151) Plus particulièrement, l'intervention de l'autorité administrative à défaut d'accord sur la répartition dans les collèges électoraux et la répartition des sièges entre les différentes catégories de personnel telle qu'elle est prévue au second alinéa de l'article L. 2314-11 du Code du travail.

SECTION 2

Le renforcement de l'entreprise comme niveau de négociation

217. – Dès la première moitié du XIX^e siècle, les premiers accords collectifs d'entreprise voient le jour. Mais leur qualification juridique douteuse⁽¹⁵²⁾ et leur champ d'application limité ne permettent pas de reconnaître l'existence d'un régime conventionnel issu de la pratique⁽¹⁵³⁾. Apparaissent ensuite des conventions qui préfigurent celles qui sont aujourd'hui conclues au niveau des branches professionnelles : les accords sur le tarif dans la typographie⁽¹⁵⁴⁾ ou la convention d'Arras⁽¹⁵⁵⁾ réunissent la signature de représentants des salariés et de plusieurs employeurs qui exercent une activité économique identique dans une même zone géographique.

218. – À deux reprises, en 1876⁽¹⁵⁶⁾ puis en 1906⁽¹⁵⁷⁾, des textes offrant un cadre juridique aux conventions collectives sont discutés à l'Assemblée nationale sans être adoptés. Deux visions s'affrontent. Sont en cause la nature juridique de l'acte et les conséquences qu'il emporte. Pour certains, « seul l'individu peut s'engager et se dégager par un acte de volonté expresse ; (...) pour d'autres, le syndicat reconnu comme représentant objectif de la profession doit être habilité à négocier et conclure, en tant que tel, au nom de ceux qu'ils représentent sans qu'il y ait lieu à quelque ratification par les adhérents »⁽¹⁵⁸⁾. La loi du 25 mars 1919⁽¹⁵⁹⁾ est le fruit d'un rapprochement entre une logique contractuelle, civiliste, et une logique réglementaire, publiciste. Comme dans le projet de loi de 1906, la possibilité de conclure des conventions au niveau de l'entreprise est écartée⁽¹⁶⁰⁾ : l'objet de la négociation collective est avant tout de régler « les conditions auxquelles devaient satisfaire les contrats individuels de travail » au sein d'une profession afin de limiter la concurrence entre les employeurs, laquelle peut se faire au détriment des salariés. La loi du 24 juin 1936 procède à une certaine centralisation sous

(152) L'absence de cadre juridique propre a conduit les juges à considérer que « bien que législativement ce mode de contrat n'ait pas une dénomination certaine, il suffit que les conventions qu'il consacre ne soient ni contraires à l'ordre public ni contraires aux bonnes mœurs pour que le tribunal soit autorisé à en interpréter les clauses et à en examiner les effets » (T. civ. Saint-Étienne, 11 juill. 1907, in C. Appleton, *Questions pratiques de législation ouvrière*, 1908, p. 158).

(153) Sous le règne de Louis-Philippe (1830-1848), nombreuses sont les révoltes ouvrières déclenchées par le refus des employeurs de négocier ou d'appliquer le texte négocié avec les représentants des salariés sur les salaires (plusieurs insurrections des canuts lyonnais rythmeront ce règne : 1831, 1834 puis 1848). Il s'agissait le plus souvent de conventions conclues au sein d'une seule entreprise, l'employeur prenant un engagement devant ses salariés.

(154) V. par ex. la reproduction de l'accord de tarif sur la typographie du 15 septembre 1843 in J. Le Goff, *Du silence à la parole, une histoire du droit du travail*, PUR, 2004, p. 274. Le respect du tarif faisait l'objet d'un contrôle par une commission mixte. Adopté annuellement jusqu'en 1848, le tarif de la typographie ne peut être considéré comme la première convention collective en ce qu'il n'était pas négocié par un syndicat ou une association représentant les salariés.

(155) La première convention d'Arras, considérée comme la première convention collective, est signée le 29 novembre 1891, sous les auspices du préfet, entre les représentants des employeurs de cinq compagnies du bassin minier et les syndicats de salariés (la loi du 21 mars 1884, dite « Waldeck-Rousseau », permet en effet la création d'associations professionnelles ouvrières et patronales).

(156) Prop. de loi Lockroy relative à la reconnaissance légale, à l'organisation et au fonctionnement des chambres syndicales patronales et ouvrières, 4 juill. 1876.

(157) Projet de loi Doumergue sur le contrat de travail, 2 juill. 1906.

(158) J. Le Goff, *Du silence à la parole, une histoire du droit du travail*, PUR, 2004, p. 277.

(159) L. 25 mars 1919, relative aux conventions collectives de travail : JO 28 mars 1919, p. 3181 et s.

(160) Il était possible toutefois de conclure des conventions d'établissement, cf. M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Dalloz, 2^e éd. 1989, spéc. n° 26, p. 45.

le contrôle de l'État : la convention a nécessairement pour domaine « une région déterminée ou l'ensemble du territoire » et le ministre du Travail peut désormais la transformer en véritable loi professionnelle par le jeu de l'extension.

219. – Les modes d'élaboration du droit conventionnel, source à part entière du droit du travail, lié à la politique sociale mise en œuvre par les gouvernements successifs, ont évolué au fil des réformes. La reconnaissance de l'entreprise comme niveau essentiel du dispositif (Sous-section 2) s'inscrit dans un mouvement « de valorisation du droit conventionnel face au droit étatique »⁽¹⁶¹⁾ (Sous-section 1).

S O U S - S E C T I O N 1

L'entreprise, lieu de basculement normatif

220. – « **Le nécessaire contrôle de la négociation collective au nom de l'intérêt général** »⁽¹⁶²⁾. La conclusion de certains accords d'entreprise a eu un retentissement national⁽¹⁶³⁾. L'intérêt de l'entreprise, limité à la communauté de travail dans laquelle la négociation s'est tenue, doit être articulé avec l'intérêt général justifiant un certain contrôle exercé par l'État⁽¹⁶⁴⁾. La défiance du législateur⁽¹⁶⁵⁾ envers toute concurrence dans l'élaboration de la norme sociale est perceptible dans les lois de 1950⁽¹⁶⁶⁾ et de 1971⁽¹⁶⁷⁾ : au niveau de l'entreprise, « à défaut de conventions collectives nationales, régionales ou locales, les accords (...) ne peuvent porter que sur la fixation des salaires et des accessoires des salaires »⁽¹⁶⁸⁾.

221. – Afin « d'éviter une balkanisation du droit conventionnel du travail »⁽¹⁶⁹⁾, les domaines dans lesquels la négociation d'entreprise peut se tenir dépendent en

(161) A. Supiot, *Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise* : Dr. soc. 1989, p. 195 et s., spéc. p. 196.

(162) M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Dalloz, 2^e éd. 1989, spéc. n° 13, p. 26.

(163) Tel est le cas, notamment, de l'accord Renault du 15 septembre 1955, R. Jaussaud : Dr. soc. 1956, p. 16 ; de son avenant du 29 décembre 1962, F. Sellier : Dr. soc. 1963, p. 51.

(164) Certains hommes politiques voient même dans un développement trop important du droit conventionnel une menace pour la société : « Il fut un temps, en effet, où les intérêts opposés des patrons et des travailleurs salariés plaçaient l'État en position d'arbitre. Désormais, fréquemment, il n'en est plus ainsi : les deux parties, apparemment opposées, en fait s'entendent aux dépens de l'intérêt général (...). Une telle situation est désormais impossible ou inadmissible, d'autant plus qu'une convention collective peut servir de modèle et produire un effet de contagion. Ne pas intervenir, c'est laisser deux groupes d'intérêts privés, par l'exemple qu'ils donnent, provoquer comme on l'a déjà vu, et comme on peut le revoir, des mesures qui, par l'extension, déterminent aux lieux et places des pouvoirs publics, une décision orientation économique ou sociale » (M. Debré, *La Nation*, 20 juillet 1964, cité in M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Dalloz, 2^e éd. 1989, spéc. note 2, p. 27).

(165) Cette retenue se retrouve également dans l'analyse faite par des auteurs de la situation des années 1950 : « Les accords d'établissement accroissent les disparités entre les entreprises, créent du même coup, s'ils établissent au sein d'une entreprise déterminée un certain apaisement, des tensions dans d'autres secteurs ou d'autres entreprises. L'accord d'entreprise consiste à faire bande à part dans la profession et à ne pas jouer le jeu dans l'ensemble de la profession », M. Despax, *Les paradoxes de la négociation d'entreprise*, in *Les transformations du droit du travail* : Mél. G. Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p. 267 et s., spéc. p. 268.

(166) L. n° 50-205, 11 févr. 1950, relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail : JO 12 févr. 1950, p. 1688 et s.

(167) L. n° 71-561, 13 juill. 1971, modifiant certaines dispositions du chapitre IV bis du titre II du livre I^{er} du Code du travail relatives aux conventions collectives de travail ainsi que certaines dispositions du titre II de la loi n° 50-205 du 11 février 2005 modifiée, relatives à la procédure de médiation : JO 14 juill. 1971, p. 6939 et s.

(168) C. trav., art. 31n, al. 4.

(169) M. Despax, *Les paradoxes de la négociation d'entreprise*, in *Les transformations du droit du travail* : Mél. G. Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p. 267 et s., spéc. p. 269.

partie de l'existence d'une convention collective nationale de branche. Celle-ci fait l'objet d'un contrôle administratif⁽¹⁷⁰⁾ et doit répondre à des conditions définies par la loi⁽¹⁷¹⁾ pour s'imposer tant à ses signataires qu'à tous ceux qui entrent dans son champ d'application territorial et professionnel. De plus, l'accord d'entreprise ne peut avoir pour objet que d'adapter, dans un sens plus favorable, les dispositions de la convention de branche. L'intervention du pouvoir politique est plus aisée au niveau professionnel en raison du faible nombre de branches existant alors. L'organisation du système conventionnel permettait à l'État de contrôler l'ensemble du droit élaboré par les partenaires sociaux.

222. – **Le tournant de la loi de 1982.** Après 1968, se développe, essentiellement dans certains milieux socialistes, l'idée d'autogestion⁽¹⁷²⁾. Si la ligne la plus extrême de cette doctrine conduit à ce que l'État se retire afin que toute collectivité se dirige par elle-même, une vision plus modérée mène à ce que la société civile soit plus étroitement associée à la production de la norme. L'État est cantonné à « un rôle de régulateur du jeu social, et de pilotage du changement en qualité d'animateur »⁽¹⁷³⁾. C'est dans ce contexte que s'inscrit la loi du 13 novembre 1982⁽¹⁷⁴⁾, laquelle reconnaît aux conventions et accords d'entreprise la même nature juridique qu'à ceux de niveau supérieur⁽¹⁷⁵⁾. « En systématisant la négociation d'entreprise, et en admettant que les accords qui en résultent puissent en certains cas s'émanciper de la législation ou de la convention de branche, ces réformes [les lois de 1950, 1971 et 1982] ont jeté les bases d'une possible autoréglementation de l'entreprise »⁽¹⁷⁶⁾. Toutefois, cette « décentralisation de la négociation au niveau de [celle-ci] ne se traduit pas par une quelconque dilution de la réglementation du travail »⁽¹⁷⁷⁾. L'autonomie normative de la communauté de travail, bien que relative, fait de l'entreprise l'un des acteurs essentiels du dispositif conventionnel.

(170) Lors de l'extension : C. trav., art. 31j.

(171) Elle doit avoir été signée et négociée par les représentants des organisations syndicales les plus représentatives (art. 31f) et contenir un certain nombre de dispositions obligatoires (art. 31g).

(172) Développée par P.-J. Proudhon au XIX^e siècle, elle est reprise par certains auteurs tels P. Rosanvallon et par le Parti socialiste lors de la convention nationale des 21 et 22 juin 1975 au cours de laquelle est présenté le texte « Quinze thèses pour l'autogestion ». J. Delors en reprendra certains éléments lorsqu'il sera conseiller social du Premier ministre, J. Chaban-Delmas.

(173) J. Le Goff, *Du silence à la parole, une histoire du droit du travail*, PUR, 2004, p. 424.

(174) L. n° 82-957, 13 nov. 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs de travail : JO 14 nov. 1982, p. 3414 et s.

(175) Différentes analyses ont été développées sur la consécration de la négociation d'entreprise. M. Despax (in *Négociations, conventions et accords collectifs*, Dalloz, 2^e éd. 1989, spéc. n° 39, p. 64) considère par exemple que c'est la loi de 1971 qui, en faisant disparaître toute ambiguïté sémantique en ce qu'elle ne vise plus les « accords d'établissement » mais les « conventions d'entreprise ou d'établissement » l'a reconnue. Le raisonnement tenu par N. Dauvergne (in *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, PUAM, 2004, spéc. n° 253, p. 294) qui distingue deux étapes, l'insertion de l'accord d'entreprise dans la hiérarchie des normes par la loi de 1971 puis la reconnaissance de la portée juridique de celui-ci par la loi de 1982, semble plus convaincant : ce n'est qu'à partir du moment où la nature juridique de l'acte négocié est strictement définie que la réalité du niveau de négociation peut être constatée. Cette logique reprend la distinction opérée par N. Aliprantis (in *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, 1980, p. 39 et s.) entre le conditionnement des normes et la force juridique des normes.

(176) A. Supiot, *Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise* : Dr. soc. 1989, p. 195 et s., spéc. p. 196.

(177) P. Séguin, *Rôle et réalité de la négociation d'entreprise dans les relations sociales d'aujourd'hui* : Dr. soc. 1988, p. 2 et s., spéc. p. 6.

L'entreprise, lieu de déploiement de la norme

223. – L'émergence de la négociation d'entreprise en tant que source du droit du travail est le reflet de l'évolution de l'ensemble du système complexe d'où jaillit la norme sociale. « C'est aussi [l'un des points] les plus discutés tant du point de vue de l'opportunité économique et sociale que du point de vue de l'analyse juridique. En s'autoréglémentant par convention, l'entreprise est venue troubler de vénérables cohérences idéologiques et brouiller certaines catégories de la technique »⁽¹⁷⁸⁾. La reconnaissance de ce niveau de négociation (§ 2), longtemps cantonné à la seule pratique et peu encadré par la loi, apparaissait comme nécessaire en dépit de quelques réserves (§ 1).

§ 1. – Un niveau pertinent

224. – « Le choix de l'entreprise comme niveau de plein exercice puis comme niveau privilégié de la négociation collective a toujours suscité, dans l'opinion des spécialistes et des responsables patronaux et syndicaux, des impressions paradoxales, des "incertitudes" et des doutes »⁽¹⁷⁹⁾. Or, si l'État est en charge de la réglementation de la négociation collective, il ne peut ignorer les réserves exprimées par les partenaires sociaux, responsables de sa mise en œuvre.

225. – **Des réserves.** Ces réticences trouvent leur origine dans divers facteurs. Le poids de l'Histoire revêt une grande importance, notamment en raison du rôle accordé à la négociation collective. Au niveau de la branche, elle est perçue par le patronat comme le moyen d'unifier les conditions de la concurrence et par les organisations syndicales de salariés comme l'expression de la solidarité entre les travailleurs au-delà de leur appartenance à une entreprise donnée. Pour beaucoup, jusqu'à la loi du 13 novembre 1982⁽¹⁸⁰⁾, les accords collectifs d'entreprise ne pouvaient être signés « qu'à chaud », la négociation à ce niveau ayant pour objet de mettre fin à un conflit social, à une grève, et non à définir un véritable cadre normatif. Dans cette logique, l'intérêt à négocier de chacune des parties influe sur la valeur donnée à l'accord. Pour l'employeur, il s'agit avant tout d'obtenir une certaine paix sociale ; pour les représentants des salariés, la consolidation d'avantages déjà acquis, voire la conquête de nouveaux droits est à l'ordre du jour. Cette vision doit être dépassée. Tel est le cas lorsque la négociation conduit à l'élaboration de la norme sociale « à froid », dans l'intérêt de la communauté de travail.

226. – La reconnaissance de l'entreprise comme niveau de négociation à part entière faisait également craindre à certains un « émiettement conventionnel »⁽¹⁸¹⁾.

(178) Y. Chalaron, *Négociation et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, spéc. n° 1, p. 1.

(179) Y. Chalaron, *Négociation et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, spéc. n° 3, p. 2.

(180) L. n° 82-957, 13 nov. 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs de travail : JO 14 nov. 1982, p. 3414 et s.

(181) P. Séguin, *Rôle et réalité de la négociation d'entreprise dans les relations sociales d'aujourd'hui* : Dr. soc. 1988, p. 2 et s., spéc. p. 3.

Celui-ci peut être entendu de différentes façons. L'unité de l'édifice conventionnel pourrait être mise en cause, la multiplication des niveaux de négociation conduisant à une « cascade d'avantages »⁽¹⁸²⁾, l'entreprise étant envisagée comme le lieu de l'amélioration des normes préexistantes. De plus, les organisations syndicales de salariés redoutaient la difficulté, en raison du peu de contrôle qu'elles ont parfois sur leur base⁽¹⁸³⁾, d'exprimer un message cohérent ou unique sur tout le territoire⁽¹⁸⁴⁾. Une autre inquiétude s'exprimait : l'existence d'une négociation forte au sein de l'entreprise induisait nécessairement une perte d'influence de la branche et, à terme, le « dépérissement »⁽¹⁸⁵⁾ de cette dernière. Enfin, au sein de l'entreprise, la question de la représentativité était posée : elle doit correspondre à une réalité perceptible par les salariés⁽¹⁸⁶⁾ sans quoi la légitimité du texte négocié peut être remise en cause. Les acteurs de la négociation collective, sous l'impulsion du pouvoir politique dans un contexte économique particulier⁽¹⁸⁷⁾, ont dépassé ces réserves.

227. – Une nécessité. La conviction du législateur et des acteurs de la négociation collective a été forgée par de multiples considérations. Sur le terrain politique, l'affirmation de la doctrine de « l'État modeste »⁽¹⁸⁸⁾ et la tendance à la décentralisation justifiaient le renvoi aux partenaires sociaux de l'élaboration des normes qui régissent leurs relations. En outre, la fonction de la négociation collective a évolué : de protectrice, elle est devenue un outil utilisé de diverses façons en fonction de l'environnement dans lequel évolue la communauté de travail⁽¹⁸⁹⁾. Dès lors, l'entreprise apparaît comme le périmètre le plus approprié de mise au point des mesures d'adaptation de celle-ci aux changements économiques et technologiques⁽¹⁹⁰⁾.

(182) M. Despax, *La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel* : *Dr. soc.* 1988, p. 8 et s., spéc. p. 14.

(183) En atteste, par ex., l'affaire *SeaFrance* dans laquelle le bureau national de la CFDT a lancé le 19 janvier 2012 une procédure de radiation pour non-respect des valeurs confédérales de son syndicat Maritime Nord.

(184) « Alors que l'appareil syndical se montre à l'échelon national ou régional ferme sur les principes, il n'en est pas toujours de même à l'échelon de l'entreprise. Les représentants syndicaux plus proches des travailleurs et par conséquent plus sensibilisés à leurs revendications d'ordre purement matériel se heurtent aux critiques de leurs dirigeants nationaux auxquels ils apparaissent comme trop souvent enclins à abandonner dans le préambule de l'accord d'entreprise, pour un plat de lentilles salarial, le principe de la lutte des classes » (M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Dalloz, 2^e éd. 1989, spéc. n° 277 bis, p. 520).

(185) G. Béliet, *Les incertitudes de la négociation d'entreprise dans le domaine des relations sociales* : *Dr. soc.* 1988, p. 724 et s., spéc. p. 725.

(186) Relever le caractère plus lointain et plus abstrait pour les salariés de la représentativité des organisations syndicales de branche ne constitue pas ici une critique mais, jusqu'à la loi du 20 août 2008, de nombreuses remarques pouvaient être faites quant à l'appréciation de leur caractère représentatif (V. not. L. Dauxerre, *La représentativité syndicale, instrument du dialogue social*, PUAM, 2005, spéc. n° 474 et s., p. 345 et s.).

(187) Considérant que la loi de 1982 est à l'origine de cette impulsion, certains auteurs ont ainsi pu estimer que « la négociation d'entreprise, son développement important et le mouvement d'information économique qu'il a impliqué a permis à cette politique [de rigueur en matière salariale] d'être mieux comprise et acceptée par les salariés » in G. Béliet, *Les incertitudes de la négociation d'entreprise dans le domaine des relations sociales* : *Dr. soc.* 1988, p. 724 et s., spéc. p. 725.

(188) A. Suptot, *Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise* : *Dr. soc.* 1989, p. 195 et s., spéc. p. 197.

(189) « La négociation n'est plus seulement une négociation de protection ou une négociation d'avantages. Elle est aussi un outil d'adaptation des entreprises aux changements économiques et technologiques » (M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, spéc. n° 287, p. 257).

(190) Doit également être relevée la tendance selon laquelle « la politique contractuelle doit devenir la pratique privilégiée du progrès social ». Dès lors, puisque « l'entreprise constitue un centre de décision essentiel parce que c'est là que sont fixées, en définitive, les conditions concrètes de la vie professionnelle des salariés : les salaires versés, les conditions de travail et l'horaire de travail, la sécurité de l'emploi, l'avenir professionnel. Une modification profonde des rapports sociaux entre employeurs et salariés et une meilleure prise en compte des réalités économiques et sociales ne sont possibles que si toutes ces questions, jusqu'ici résolues de façon unilatérale, sont désormais systématiquement ouvertes à

228. – De plus, permettant de résoudre les problèmes qui se posent, au plus près du lieu de production, la négociation d'entreprise se révèle être la meilleure façon d'apporter des solutions optimales et acceptées par tous : c'est à ce seul niveau qu'il est possible de sélectionner les thèmes pertinents⁽¹⁹¹⁾ qu'il convient d'aborder par voie conventionnelle. De la même manière, l'instabilité du marché économique pousse les entreprises à mettre en place des mesures « d'adaptation aux changements techniques et diversifiés qui s'expriment sur [ceux-ci, ce qui] se traduit sur le plan juridique par une demande de "flexibilité" des règles d'emploi de la main d'œuvre, c'est-à-dire d'ajustement de ces règles aux impératifs de la compétitivité »⁽¹⁹²⁾. Or cette dernière suppose la valorisation du « capital humain », lequel participe à la détermination de l'intérêt de l'entreprise⁽¹⁹³⁾ et doit être envisagé comme l'une des composantes majeures de celle-ci. Ces attentes de la collectivité des travailleurs se sont renforcées à partir des années 1970.

229. – Il faut ajouter que les deux premiers chocs pétroliers ont eu un fort impact sur l'économie française, notamment sur les salaires. Le gouvernement a mené une politique de rigueur et les branches professionnelles ont vu leur marge de négociation sur ce point réduite. La décentralisation de la négociation collective a permis de chercher de nouvelles formes de rémunération adaptées à la situation de l'entreprise et de mieux informer les salariés par l'intermédiaire de leurs représentants, ceux-ci disposant d'une meilleure connaissance des réalités du terrain⁽¹⁹⁴⁾. Les temps de rigueur furent ainsi plus aisément compris et acceptés. La négociation d'entreprise a aussi pu être envisagée par les organisations syndicales comme une façon de renforcer leur implantation et de renouveler leur image à une époque où se manifestait une certaine « désaffection pour les formes traditionnelles de l'organisation syndicale »⁽¹⁹⁵⁾. Enfin, ont émergé des thèmes de négociation propres à l'entreprise qui, à eux seuls, peuvent justifier la tenue de celle-ci à ce niveau⁽¹⁹⁶⁾. Ses arguments ont conduit à la reconnaissance, maintenant majoritairement admise⁽¹⁹⁷⁾, de l'entreprise comme niveau de plein exercice de la négociation collective.

la négociation au niveau de l'entreprise » (J.-P. Murcier, *Procédures et structures de la négociation collective aux niveaux de l'entreprise et de l'établissement* : Dr. soc. 1985, p. 104 et s., spéc. p. 104).

(191) Ceux-ci peuvent aller du temps de travail aux salaires en passant par la formation professionnelle et le maintien de l'emploi.

(192) A. Supiot, *Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise* : Dr. soc. 1989, p. 195 et s., spéc. p. 196.

(193) Celui-ci, entendu comme standard (V. *supra*, n^{os} 72 et s.), préside à la négociation d'entreprise.

(194) « Plus une convention collective a un champ d'application territorial et professionnel étendu, plus elle risque de laisser indifférente une large fraction de travailleurs dans la mesure où l'action syndicale se situe par hypothèse trop au-dessus de la réalité quotidienne », *a contrario*, une négociation proche du terrain touchera plus les salariés qui se sentiront davantage concernés (M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Dalloz, 2^e éd. 1989, spéc. n^o 277 bis, p. 520).

(195) A. Supiot, *Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise* : Dr. soc. 1989, p. 195 et s., spéc. p. 197.

(196) Peuvent ici être relevés les négociations en matière de durée et d'aménagement du temps de travail, d'intéressement ou de prévoyance.

(197) « L'ouverture de nouveaux espaces à une négociation collective dont la légitimité se trouve ainsi renforcée a pourtant fait couler beaucoup d'encre. Sur ce sujet, il faut sortir des faux débats et des mauvais procès. Donner à la négociation d'entreprise la possibilité de développer des équilibres nouveaux et différents sur tel ou tel aspect, des dispositions prévues par la branche ne va pas à l'encontre des droits des salariés. Affirmer le contraire, c'est méconnaître la responsabilité des partenaires sociaux, c'est mésestimer la maturité des salariés, des entreprises et de leurs représentants, ainsi que leur capacité à régler au plus près du terrain les problèmes d'organisation du travail et de l'emploi...

§ 2. – Un niveau reconnu

230. – La construction du système conventionnel français a entraîné la création de niveaux de négociation par le législateur sans pour autant que la pratique les reconnaisse⁽¹⁹⁸⁾. Or, l'absence de conclusion d'accord collectif dans un périmètre défini par la loi aboutit à rendre celui-ci obsolète, notamment lorsque la négociation qui y est conduite n'a pas pour ferment un intérêt commun, ne correspond pas à une véritable communauté de travail.

231. – **Un niveau justifiant l'élaboration d'un nouvel outil juridique ?** Depuis 1982, « le centre de gravité de la négociation collective s'est déplacé de la branche vers l'entreprise »⁽¹⁹⁹⁾. Toutes les relations de travail peuvent être touchées. La reconnaissance du droit à la négociation dans l'entreprise doit donc être replacée dans le cadre plus général de l'évolution du droit du travail français. À la fin des années 1980, certains⁽²⁰⁰⁾ ont plaidé pour l'introduction du « contrat collectif d'entreprise » lequel était entendu comme « un instrument de nature à favoriser, au niveau de l'entreprise, une négociation de substitution, dérogatoire aux sources de droit situées en amont et de forme authentiquement contractuelle »⁽²⁰¹⁾. Cette théorie affranchit le texte signé de toute contrainte tenant aux normes d'autres niveaux telles que la loi, le statut collectif de branche, voire le contrat de travail. Il fait « disparaître l'individu au profit de la collectivité »⁽²⁰²⁾.

232. – Fortement critiquée⁽²⁰³⁾, cette position a pour effet de consacrer le droit à la négociation, nécessairement collectif, dont la collectivité de travail serait détentrice. S'il ne peut être strictement individuel, ce qui reviendrait à priver ceux qui n'appartiennent pas à une collectivité de travailleurs d'un droit constitutionnel, le titulaire ne peut pas être un groupe d'individus. Une voie médiane, cohérente avec l'existence de plusieurs niveaux de négociation, peut tenir en la reconnaissance d'un droit individuel s'exerçant collectivement et recouvrant plusieurs formes d'expression : l'appartenance à la collectivité des salariés de l'entreprise conférant au moins le droit de négocier au niveau de la branche, mais également à un niveau décentralisé lorsqu'une communauté de travail existe.

233. – **Une complémentarité nécessaire.** La consécration du « contrat collectif d'entreprise » aurait probablement conduit à un dépérissement, voire à une extinction de la négociation de branche alors même que la coexistence de

C'est tout simplement faire preuve d'un grand archaïsme » (F. Fillon, ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité : JO Sénat 4 févr. 2004, p. 1100).

(198) C'est par exemple le cas des accords d'intérêt local tels qu'ils résultent des articles L. 2234-1 et suivants du Code du travail.

(199) B. Silhol, *Branche et entreprise dans le nouveau droit de la négociation collective* : Dr. soc. 1997, p. 931 et s., spéc. p. 931.

(200) Ont notamment écrit en ce sens : J. Barthélémy, *Rapport général sur la négociation collective* : Dr. soc. 1986, p. 597 et s. – J.-C. Guibal, *Point de vue : plaidoyer pour un « contrat collectif d'entreprise »* : Dr. soc. 1986, p. 602 et s.

(201) J.-C. Guibal, *Point de vue : plaidoyer pour un « contrat collectif d'entreprise »* : Dr. soc. 1986, p. 602 et s., spéc. p. 602.

(202) A. Supiot, *Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise* : Dr. soc. 1989, p. 195 et s., spéc. p. 204.

(203) V. not. G. Lyon-Caen, *La bataille truquée de la flexibilité* : Dr. soc. 1985, p. 601 et s. – G. Béliet, *Les dérogations au droit du travail dans de nouveaux contrats d'entreprise : réflexions critiques sur certains projets* : Dr. soc. 1986, p. 49 et s. – R. Pascre, *Le « contrat collectif d'entreprise » dévastateur* : Dr. ouvrier 1986, p. 266 et s.

plusieurs niveaux de négociation correspondant à des communautés de travail de plus en plus étendues⁽²⁰⁴⁾ permet l'élaboration d'un droit adapté à différentes situations. Cette « autonomie interactionnelle » des niveaux de négociation n'est aujourd'hui plus contestée. « Sur un plan purement juridique les trois niveaux [national interprofessionnel, professionnel et entreprise] sont indépendants et alternatifs de sorte qu'une négociation sur un thème donné peut être directement menée à l'un ou l'autre de ces niveaux suivant le choix fait par les négociateurs ou imposé par le législateur »⁽²⁰⁵⁾.

234. – Une complémentarité consacrée. La prolifération d'obligations légales de négocier au niveau de l'entreprise⁽²⁰⁶⁾ illustre la façon dont est perçu l'accord collectif. Celui-ci devient un moyen de l'action de l'État, lequel en détermine plus ou moins précisément le contenu⁽²⁰⁷⁾. Ce rôle était auparavant l'apanage de la négociation collective de branche. Aujourd'hui, celle-ci a le plus souvent une fonction subsidiaire : à défaut d'accord propre à l'entreprise, celui conclu par les partenaires sociaux au niveau de la branche à laquelle elle appartient lui permettra de s'exonérer de ses obligations⁽²⁰⁸⁾ ou de bénéficier d'aides⁽²⁰⁹⁾. Une répartition des thèmes de négociation entre ces deux périmètres peut être relevée. Elle tient compte du domaine de chacun d'eux. Ainsi, s'il existe au niveau de la branche une obligation de négocier sur les salaires⁽²¹⁰⁾, notamment au sens de « salaires *minima* hiérarchiques », celle qui doit se tenir dans les entreprises porte sur les « salaires effectifs »⁽²¹¹⁾. La négociation de branche revêt également un caractère supplétif en ce qu'elle traite de ce qui ne peut l'être à un niveau inférieur⁽²¹²⁾ : elle encadre⁽²¹³⁾ et complète.

235. – L'entreprise, niveau de principe de la négociation collective d'entreprise. L'entreprise rassemble une communauté de travail composée, notamment, d'un employeur et de salariés. Les uns et les autres bénéficient d'un droit à la négociation collective dans ce périmètre afin de définir conjointement leurs propres lois, réglementant les rapports qu'ils entretiennent. L'entreprise s'est affirmée comme

(204) Ainsi, l'appartenance à la communauté de travail « ouvrier de l'établissement de Mulhouse d'Automobiles Peugeot » induit l'appartenance à la communauté de travail constituée par cet établissement qui emporte elle-même l'appartenance à la communauté de travail « entreprise Automobiles Peugeot » qui conduit à l'appartenance à la communauté de travail « groupe PSA », laquelle est intégrée à la communauté de travail constituée par toutes les entreprises de la branche de la métallurgie.

(205) ANI 31 oct. 1995, relatif aux négociations collectives, art. 1^{er}.

(206) Qu'elles soient directes, telle la négociation sur l'égalité professionnelle telle qu'elle résulte de l'article L. 2242-5 du Code du travail, ou indirectes, telle la négociation sur la prévention de la pénibilité telle qu'elle résulte de l'article L. 138-29 du Code de la sécurité sociale. V. *infra*, n^{os} 587 et s.

(207) Parfois même très précisément, cf. obligation de couverture contrats de génération.

(208) Cf. obligation de couverture prévention de la pénibilité.

(209) Cf. obligation de couverture contrats de génération.

(210) C. trav., art. L. 2241-1.

(211) C. trav., art. L. 2242-5, 1^{er}. Texte issu de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-8, 1^{er}).

(212) ANI 31 oct. 1995, relatif aux négociations collectives, art. 1.3.2 : « Elle [la négociation de branche] a également pour fonction d'insuffler une dynamique d'ensemble au sein de la branche pour régler certains problèmes lorsque les initiatives isolées de certaines entreprises sont insuffisantes pour faire face à cette ampleur ».

(213) ANI 31 oct. 1995, relatif aux négociations collectives, art. 1.3.2 : « Si la négociation de branche ne doit pas avoir pour vocation de faire obstacle à la négociation d'entreprise compte tenu du besoin d'initiative et d'adaptation des entreprises dans la détermination et la conduite de leur politique sociale, il lui appartient en revanche de préciser les limites à l'intérieur desquelles peut se dérouler la négociation d'entreprise de sorte que soient évitées des disparités de situation entre les salariés, socialement inacceptables, de même que des distorsions anormales de concurrence entre les entreprises. Elle a donc à jouer un rôle d'encadrement de la négociation d'entreprise ».

le lieu où se forge un intérêt supérieur, aspiration commune de tout membre de la communauté de travail, l'intérêt de l'entreprise. Il guide la négociation collective, laquelle tend à l'élaboration de la norme professionnelle la plus adaptée à la situation économique et sociale de l'entreprise. Ce regroupement d'individus peut sembler arbitraire ; il résulte amplement de son appréhension par la sphère juridique.

236. – L'entreprise n'est pas un sujet de droit. Elle peut toutefois, en certaines occasions, être entendue comme une cellule sociale de base dont les caractéristiques génétiques évoluent en fonction du prisme sous lequel on l'observe. Si elle ne peut recevoir de définition unique, la notion d'entreprise au sens du droit de la négociation collective peut épouser différentes formes juridiques.

237. – **Conclusion.** L'assimilation du concept d'entreprise par le droit du travail est spontanée⁽²¹⁴⁾. Sujet par excellence de l'application et du développement du droit des relations de travail, l'entreprise est devenue aujourd'hui le cadre « privilégié de la négociation collective »⁽²¹⁵⁾ après avoir été celui de la représentation du personnel. La communauté d'individus qu'elle rassemble est en mesure d'élaborer une batterie de normes conventionnelles adaptées à sa situation propre, qui tiennent compte de ses forces et de ses faiblesses. Ses contours, bien que variables, rendent possible le recensement des intérêts en présence pour parvenir à l'édiction de règles acceptées par tous. Limiter l'entreprise au seul contrat qui lui confère une assise juridique ne permet pas de saisir celle qui sert de cadre à la négociation collective. L'entreprise devient l'un des acteurs des politiques publiques. Les individus qui la composent bénéficient d'une double citoyenneté : l'une (nationale) qui les lie à la France, l'autre (sociale) qui les rattache à leur communauté de travail. L'entreprise assume un rôle qui dépasse le lien contractuel existant entre l'employeur et chacun de ses salariés⁽²¹⁶⁾ : elle constitue un « paradigme juridique. Ce paradigme désigne la situation de référence que constitue la relation entre, d'une part, un employeur, et d'autre part, une collectivité de travailleurs, sans définir la nature juridique de cette relation »⁽²¹⁷⁾.

(214) « Entité économique et sociale aux contours souvent flous... Un diabolon juridique (à en croire certains)... Des rapports complexes dont il n'est point sûr qu'ils ne se résument à une histoire de conquêtes. De conquérant et de conquis. De conquérant conquis. Mené par le droit du travail, l'assaut fut d'autant plus aisé qu'il était dans la place. N'est-il, en effet, dans l'entreprise dès l'instant où un homme ayant rang de personne concourt, sous la direction du maître de l'affaire, à l'activité de celui-ci ? », B. Teyssié, *L'entreprise et le droit du travail* : Arch. phil. dr. 1997, p. 355.

(215) A. Supiot, *Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise* : RTD com. 1985, p. 621 et s., spéc. p. 624.

(216) « Référence, paradigme, modèle, autant de termes qui expriment le rôle attribué à l'entreprise, tant par la doctrine, que par le législateur ou par les juges. L'entreprise est une référence incontestable de l'organisation. Son invocation donne à la relation (de travail) une dimension particulière que le seul recours au contrat n'aurait pas exprimée », E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, LGDJ, 2008, spéc. n° 121, p. 64.

(217) A. Supiot, *Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise* : RTD com. 1985, p. 621 et s., spéc. p. 625.

L'ENTREPRISE ÉCLATÉE

238. – La qualité de salarié s'accompagne en bien des cas de l'inclusion dans plusieurs communautés de travail. L'appartenance à chacune d'elles résulte du lien contractuel qui le rattache à une communauté « primaire », l'entreprise, qui apparaît comme « l'unité de base du système de négociation, celle à partir de laquelle peuvent se construire d'autres collectivités de négociation »⁽¹⁾. La branche professionnelle ou l'interprofession constituent des communautés « secondaires »⁽²⁾ également reconnues en tant que collectivités de négociation et dont l'importance varie au fil des réformes. Si l'existence d'une communauté de travail correspond à un état de fait, il en va différemment pour les collectivités de négociation, lesquelles nécessitent l'intervention du législateur⁽³⁾. Elle consiste dans l'identification des « entités sociales distinctes, susceptibles d'être dotées d'un statut propre en matière de représentation collective et/ou en matière de négociation collective »⁽⁴⁾.

239. – Leur appréhension n'a pas fait l'objet d'une démarche systématique en raison du rôle important joué par la pratique des relations sociales en la matière. Ainsi, avant même que l'entreprise ne soit reconnue comme unité de négociation, celle-ci a pu se tenir dans des périmètres issus de sa division « organisationnelle » tels que des ateliers ou établissements (Chapitre 1). L'organisation technique de l'entreprise a également pu aboutir à son éclatement juridique. Celui-ci se traduit par la création de compartiments plus ou moins étanches. Lorsque l'étanchéité est faible, une unité économique et sociale peut être caractérisée. Celle-ci

(1) M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, spéc. n° 325, p. 288. L'auteur y énonce les deux critères qui permettent de caractériser, à divers niveaux, une collectivité de négociation : « la condition d'engagement de l'employeur ou du groupement d'employeurs dans le lien de négociation (...) et la condition d'appartenance, les salariés doivent appartenir à une collectivité dans laquelle s'exerce leur intérêt collectif, et pour laquelle s'exerce le droit à la négociation ».

(2) L'entreprise peut être qualifiée de communauté de travail primaire en ce que le salarié y appartient du seul fait de son contrat de travail. Toutes les autres communautés de travail de niveau supérieur dans lesquelles l'entreprise est incluse seront qualifiées de secondaires. Il en est de même pour celles de niveau inférieur puisqu'elles relèvent nécessairement (qu'elles soient catégorielles ou géographiques) d'une seule et unique entreprise.

(3) Une telle affirmation doit être tempérée en ce qui concerne les branches professionnelles. Elles semblent être avant tout la création des partenaires sociaux, lesquels en définissent le périmètre ; l'intervention de l'État, qui est de nature administrative, est limitée à l'extension.

(4) Y. Chalaron, *À propos de l'établissement. Analyse juridique et valeurs en droit social* : *Mél. J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 153 et s., spéc. p. 156.

constitue une entreprise au sein de laquelle plusieurs personnes juridiquement distinctes coexistent. Au contraire, lorsque les frontières demeurent strictes, un groupe de sociétés peut être reconnu. Dans ces ensembles, l'existence d'une communauté de travail est de nature à susciter l'émergence d'une collectivité de négociation (Chapitre 2).

L'ÉCLATEMENT TECHNIQUE DE L'ENTREPRISE

240. – Longtemps, les termes « entreprise » et « établissement » ont été indifféremment utilisés. Cet amalgame trouve son origine dans la forme la plus simple de l'entreprise où l'activité économique est exercée en un seul lieu. L'absence de définition légale des notions en concours rend difficile l'identification de leurs frontières. Simple universalité de fait, l'établissement est né au droit du travail à la fin du XIX^e siècle. Lieu d'application de la réglementation, il rassemble « les usines, manufactures, mines, minières et carrières, chantiers, ateliers et leurs dépendances, de quelque nature que ce soit »⁽¹⁾. Il est défini quelques années plus tard, pour des besoins statistiques, comme « la réunion de deux ou plusieurs personnes travaillant ensemble, d'une manière permanente, en un lieu déterminé, sous la direction d'un ou plusieurs représentants d'une même raison sociale »⁽²⁾. L'Institut national de la statistique et des études économiques en retient aujourd'hui une définition plus précise : « unité de production géographiquement individualisée, mais juridiquement dépendante de l'entreprise »⁽³⁾.

241. – Sous ce vocable, économique, différentes réalités peuvent être saisies par le droit. L'établissement apparaît comme une notion polymorphe qui reçoit une acception variable en fonction du but poursuivi par la norme à appliquer (Section 1). Sous l'effet de la loi du 20 août 2008, une unification de la notion a eu lieu. Entre certaines conceptions de l'établissement, un rapprochement est opéré (Section 2).

(1) L. 2 nov. 1892, sur le travail des enfants, des filles et des femmes dans les établissements industriels. Cette définition est reprise, modifiée (« les établissements industriels et commerciaux, de quelque nature qu'ils soient... »), à l'ancien article L. 200-1 du Code du travail qui détermine le champ d'application de la réglementation du travail. Elle ne sera abrogée qu'en 2008 à l'occasion de la recodification après laquelle il n'est plus fait référence qu'aux « employeurs de droit privé ».

(2) Instr. min. 13 févr. 1896, citée in P. Durand et R. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1947, n° 33.

(3) [Http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/etablissement.htm](http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/etablissement.htm) consultée le 31 août 2015.

L'établissement : un paradoxe

242. – « Le droit du travail, très proche des faits et se modelant au maximum sur les réalités économiques, ne pouvait méconnaître la fréquente décomposition technique de l'entreprise économique et s'est saisi de l'établissement comme d'un "relais" pour réglementer de façon médiane l'entreprise »⁽⁴⁾. Notion clé pour l'application de la réglementation du travail, l'établissement ne reçoit pourtant pas de définition unique. En effet, de nombreux acteurs sont conduits à le définir en fonction de la norme dont ils assurent et contrôlent le respect (Sous-section 1). De cette pluralité d'approches résulte une multiplicité des critères ou indices permettant de le caractériser (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1

Des autorités diverses

243. – Le juge, l'administration, les partenaires sociaux sont appelés à déterminer les limites de l'établissement. L'identification de l'autorité à laquelle il revient de le définir pour l'application d'une règle ne peut faire l'objet d'une systématisation. Parfois même, celle-ci n'intervient qu'à défaut d'accord entre les partenaires sociaux lorsque ces derniers sont concernés au premier chef.

244. – **Les partenaires sociaux, acteurs primaires.** Les textes relatifs à la mise en place des institutions représentatives du personnel renvoient à la notion d'établissement : c'est dans ce périmètre, lorsqu'il est reconnu, qu'elles doivent être constituées. Ainsi, aux termes de l'article L. 2312-1 du Code du travail, « le personnel élit des délégués dans tous les établissements d'au moins onze salariés » ; la qualité d'établissement distinct est en principe reconnue au sein de l'entreprise par accord entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées⁽⁵⁾. De la même façon, des comités d'établissement peuvent être institués lorsque les partenaires sociaux considèrent que la communauté de travail présente sur un site doit être dotée d'une telle représentation⁽⁶⁾. Ce n'est que dans le cas où un accord ne peut être trouvé que l'autorité administrative est saisie pour l'identification des établissements distincts. Au contraire, pour les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, le découpage de l'entreprise revient, le plus souvent⁽⁷⁾,

(4) M. Despax, *V° Établissement : Rép. dr. trav.* Dalloz, 1980, n° 2 cité par I. Desbarats, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, LGDJ, 1994, p. 23.

(5) C. trav., art. L. 2314-31, lequel renvoie à l'article L. 2314-3-1 du même code qui définit les conditions de validité du protocole d'accord préélectoral.

(6) C. trav., art. L. 2327-7, lequel renvoie à l'article L. 2324-4-1 du même code définissant les conditions de validité du protocole d'accord préélectoral.

(7) Aux termes de l'article L. 4613-3 du Code du travail, « les contestations relatives à la délégation des représentants du personnel au comité sont de la compétence du juge d'instance ». En revanche, celles qui portent sur l'implantation des comités dans différents établissements relèvent du juge de droit commun, le tribunal de grande instance (CA Paris, 3 mai 1988 : *JCP E* 1988, II, 15276, p. 600, n° 15). De plus, l'article L. 4613-4 du Code du travail confie à l'inspecteur

au juge judiciaire lorsque l'employeur et les organisations syndicales ne sont pas parvenus à conclure un accord.

245. – L'administration, acteur parfois primaire, souvent subsidiaire. Si l'administration intervient généralement à titre subsidiaire, il est cependant des cas dans lesquels il lui revient au premier chef de se prononcer sur l'existence ou non d'un établissement. Ainsi en est-il pour l'application de l'article D. 242-6-1 du Code de la sécurité sociale, lequel prévoit la détermination du taux de la cotisation due au titre des accidents du travail et des maladies professionnelles au niveau de l'établissement : dès lors que l'entreprise est implantée dans différentes régions administratives, des établissements peuvent être reconnus par plusieurs caisses d'assurance retraite et de la santé au travail qui détermineront le classement du risque pour chacun des établissements relevant de leur champ de compétence territoriale⁽⁸⁾. L'administration a par ailleurs repris la définition de l'INSEE pour caractériser un établissement au sens des organismes de recouvrement des cotisations de sécurité sociale⁽⁹⁾. Elle a enfin précisé la définition retenue par le juge pour l'appréhension de l'établissement dans le cadre du calcul du taux minimal d'emploi de travailleurs handicapés⁽¹⁰⁾.

246. – Le juge, acteur primaire et arbitre. Les interventions du juge pour l'identification des frontières de l'établissement peuvent se déployer à titre subsidiaire, les partenaires sociaux n'ayant pu s'accorder sur le découpage de l'entreprise et celui effectué par l'administration ne convenant pas à certains d'entre eux⁽¹¹⁾. Elles peuvent aussi participer de son rôle traditionnel d'interprétation des textes. Relèvent de cette catégorie les litiges tenant à la compétence d'une juridiction spéciale : conseil de prud'hommes⁽¹²⁾ ou tribunal des affaires de sécurité sociale⁽¹³⁾. De la même manière, le juge judiciaire, à l'occasion de la contestation de désignations de délégués syndicaux d'établissement, a dégagé les critères qui permettent de caractériser un établissement au sens du droit syndical. L'administration et les partenaires sociaux ont été parfois contraints de retenir l'analyse du juge afin d'éviter des discussions, sources de contentieux.

du travail la mission de procéder au découpage de l'établissement de cinq cents salariés et plus lorsqu'aucun accord n'a été trouvé entre le comité d'entreprise et l'employeur. Il peut également imposer la constitution d'un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dans les établissements de moins de cinquante salariés lorsque cette mesure est nécessaire (C. trav., art. L. 4611-4).

(8) CSS, art. D. 242-6-22.

(9) V. Lettre-circ. ACOSS n° 2001-43, 6 mars 2001, relative aux règles d'ouverture des comptes cotisants et aux comptes du régime général hors particuliers employeurs, p. 3.

(10) V. Circ. DGEFP n° 2006-06, 22 févr. 2006, relative à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés, mutilés de guerre et assimilés du secteur privé et du secteur public à caractère industriel et commercial, p. 14.

(11) Tel est le cas pour la définition du cadre d'élection des délégués du personnel ou d'établissement nécessitant la mise en place de comités d'établissement.

(12) C. trav., art. R. 1412-1. Aux termes de ce texte, le conseil de prud'hommes territorialement compétent pour connaître des litiges qui opposent l'employeur à un salarié est celui dans « le ressort duquel est situé l'établissement où est accompli le travail ».

(13) CSS, art. R. 142-12. Le 6^e alinéa de cet article décide que le tribunal compétent « en cas de différend portant sur des questions relatives à l'affiliation et aux cotisations des travailleurs salariés » est celui dans le ressort duquel se situe l'établissement où ils exercent leur activité.

Des critères multiples

247. – « C'est en fonction de la seule prérogative à mettre en œuvre et du seul but poursuivi que doit être délimitée cette unité, ce qui signifie concrètement que la qualification d'établissement n'est pas seulement téléologique mais aussi relative »⁽¹⁴⁾. Les définitions de l'établissement varient en fonction du rôle joué par celui-ci dans l'application de la norme de droit. Des critères multiples sont sollicités (§ 1). Ils n'excluent pas la présence d'un critère central (§ 2).

§ 1. – Une notion polymorphe

248. – « Le terme d'établissement reçoit implicitement de la loi elle-même plusieurs acceptions ; et la jurisprudence, loin de lui assigner une signification constante et précise, considère qu'il s'agit là d'un concept fonctionnel dont le contenu doit être modelé en considération de la règle ou de l'institution dont le fonctionnement est en cause »⁽¹⁵⁾. La plasticité de la notion se traduit par l'émergence de critères propres à un ou plusieurs des sens qu'elle peut recouvrir. Certains sont d'ordre matériel (I), d'autres tiennent à l'organisation de l'entreprise (II).

I. – Critères matériels

249. – Certaines circonstances de fait conduisent à la reconnaissance d'un établissement. Elles tiennent à l'implantation géographique de l'unité de travail, à un effectif suffisant et à la stabilité de l'entité.

250. – **Une implantation géographique distincte.** La reconnaissance d'un établissement emporte un certain nombre de conséquences quant à la compétence territoriale de l'administration ou des juridictions. L'article R. 1412-1 du Code du travail dispose que, par principe, est compétent le conseil de prud'hommes « dans le ressort duquel est situé l'établissement où est accompli le travail ». La Cour de cassation retient en la matière une conception très large de l'établissement, considérant par exemple qu'un bureau où un salarié travaille avec l'aide d'une secrétaire⁽¹⁶⁾ ou l'agence d'une banque, lorsque le directeur est investi d'un pouvoir de représentation de l'autorité centrale⁽¹⁷⁾, peuvent être qualifiés comme tel.

251. – L'acception retenue pour la compétence *ratione loci* de l'inspection du travail est également souple : « les inspecteurs et les contrôleurs du travail ont le pouvoir et le devoir de vérifier les conditions de travail des salariés travaillant dans tous

(14) I. Desbarats, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, LGDJ, 1994, p. 18.

(15) N. Catala, *L'entreprise*, Dalloz, 1980, spéc. n° 99, p. 98.

(16) Cass. soc., 6 mars 1980, n° 79-40.062 : *Bull. civ.* 1980, V, 1980, n° 233 ; *JurisData* n° 1980-700233. En l'espèce, ce bureau était situé dans une autre société distincte de l'employeur. Il ressort donc de cet arrêt qu'il n'est pas nécessaire que l'employeur soit propriétaire ou locataire du lieu où est exécutée la prestation de travail ni qu'un de ses représentants y soit présent.

(17) Cass. soc., 12 juin 2001, n° 99-43.329 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 218 ; *RJS* 8-9/2001, n° 1054 ; *Dr. soc.* 2001, p. 897 et s., note G. Couturier ; *JurisData* n° 2001-010096.

les établissements situés dans leur ressort, que ceux-ci soient ou non autonomes et qu'ils dépendent ou non d'un autre établissement sis hors dudit ressort »⁽¹⁸⁾. Une simple implantation géographique, distincte du siège social de l'entreprise, peut être qualifiée d'établissement au sens des articles L. 8113-7 et L. 8113-10 du Code du travail. Bien que son installation dans le ressort d'un inspecteur du travail soit temporaire, un cirque a pu être considéré comme un établissement⁽¹⁹⁾. La présence de salariés, même provisoire, justifie l'intervention de l'agent auquel incombe le contrôle du respect de la législation du travail. Si le texte qui détermine sa compétence vise l'établissement, celui-ci doit recevoir une définition très flexible.

252. – L'implantation géographique est appréhendée différemment lors de la mise en place des institutions représentatives du personnel. Le juge s'attache également à circonscrire l'établissement en tenant compte de la règle qui doit s'y appliquer. Dès lors, il en retient une acception différente en fonction de l'institution en cause. L'entreprise peut être divisée en établissements distincts au sens des élections des délégués du personnel en raison du seul éloignement géographique des unités de travail⁽²⁰⁾ alors que pour le comité d'établissement le Conseil d'État ne se contente pas d'une implantation géographique distincte⁽²¹⁾. Ce n'est qu'un indice parmi d'autres de l'existence d'un établissement distinct⁽²²⁾.

253. – « Aucune condition d'ordre géographique – minimum de concentration ou minimum d'éloignement – n'est posée par le législateur pour la détermination de l'établissement distinct au sens »⁽²³⁾ de la négociation collective. Son identification ne saurait résulter du seul constat d'implantations géographiques distinctes ; des regroupements entre des unités de travail peuvent être nécessaires afin de garantir aux salariés l'exercice de leur droit à la négociation collective.

254. – **Un effectif suffisant.** L'exigence d'un effectif suffisant est un indice singulier⁽²⁴⁾. Il existe de nombreux seuils d'effectifs qui assurent « la modulation nécessaire de certains droits en fonction de la taille de la collectivité de travail »⁽²⁵⁾. Ainsi, l'article L. 1311-2 du Code du travail impose l'élaboration d'un règlement intérieur dans les entreprises ou établissements employant habituellement au moins vingt salariés⁽²⁶⁾.

(18) Cass. crim., 17 janv. 1995, n° 94-80.081 : *Bull. crim.* 1995, n° 22 ; *RJS* 4/1995, n° 414 ; *JurisData* n° 1995-000255. Où la Cour de cassation qualifie d'établissement une tour de la Défense dans laquelle les employés d'une société de nettoyage exécutaient leur prestation de travail, le siège de l'entreprise étant situé à Paris.

(19) CE, 6 mai 1996, n° 146824 : *Rec. CE* 1996 ; *RJS* 7/1996, n° 824 ; *JurisData* n° 1996-050779.

(20) Cass. soc., 26 févr. 2003, n° 01-60.941 : *RJS* 5/2003, n° 629 ; *D.* 2003, p. 737 et s. ; *JurisData* n° 2003-017942. En l'espèce, le juge a considéré que le découpage était nécessaire pour assurer aux délégués du personnel le meilleur exercice de leur mandat. De même, l'existence d'unités de travail réparties sur l'ensemble d'un département, en dépit de leur absence d'autonomie, conduit le juge à les reconnaître comme établissements distincts au sens des dispositions applicables aux délégués du personnel, V. Cass. soc., 28 avr. 1982, n° 81-60.816 : *Bull. civ.* 1982, V, n° 271 ; *JurisData* n° 1982-701553.

(21) V. not. CE, 12 juin 1995, n° 110044 : *RJS* 8-9/1995, n° 905. – CE, 6 mars 2002, n° 230225 ; *RJS* 7/2002, n° 834 ; *JurisData* n° 2002-063985.

(22) *RJS* 8-9/1996, n° 938. Comm. ss CE, 3 juill. 1996, n° 147771.

(23) I. Desbarats, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, LGDJ, 1994, p. 84.

(24) C. Sachs-Durand, *Les seuils d'effectif en droit du travail*, LGDJ, 1985, p. 158.

(25) *Ibid.*, p. 39.

(26) En pratique, lorsque l'entreprise compte plusieurs établissements d'au moins vingt salariés, le Conseil d'État admet l'élaboration d'un règlement intérieur unique dès lors que ces établissements ne présentent pas de particularités exigeant l'édiction de dispositions propres à l'un ou plusieurs d'entre eux (CE, 5 juin 1987, n° 74480 : *Rec. CE* 1987 ; *JurisData* n° 1987-606371. – CE, 5 mai 1993, n° 96676 : *Rec. CE* 1993 ; *RJS* 7/1993, n° 741 ; *JurisData* n° 1993-041316). Dès lors, le critère d'effectif ne semble pas suffisant pour caractériser un établissement au sens des articles L. 1311-1 et suivants du Code du travail.

L'effectif peut être décisif pour l'identification des unités de représentation lorsque la loi fixe des seuils au-dessus desquels les institutions représentatives du personnel doivent être constituées. Il n'est cependant pas déterminant : il n'est qu'un élément parmi d'autres en vue de la reconnaissance d'établissements distincts⁽²⁷⁾.

255. – L'article L. 2312-1 du Code du travail vise expressément les établissements d'au moins onze salariés. Les délégués du personnel ont vocation à être élus à ce niveau. Lorsque l'entreprise est composée d'unités de travail dont l'effectif est inférieur à ce seuil, afin de garantir le droit constitutionnel des salariés à la participation, il convient de les regrouper ou de les rattacher à un centre plus important déjà qualifié d'établissement distinct⁽²⁸⁾. Aucune délégation du personnel ne peut, en revanche, être constituée lorsque la collectivité de travail est composée de moins de onze salariés, sauf accord collectif plus favorable.

256. – La question se pose dans des termes différents lorsque l'institution représentative du personnel en cause est le comité d'établissement, la loi ne faisant qu'implicitement référence au seuil de cinquante salariés fixé à l'article L. 2322-1 du Code du travail. Ce renvoi résulte de la combinaison des articles L. 2327-17 et R. 2324-1 du même code. Le Conseil d'État a toutefois précisé que l'administration « peut tenir compte notamment de l'importance de l'effectif de l'établissement pour apprécier si celui-ci dispose d'une autonomie suffisante » ; elle ne peut se fonder sur le seul motif que l'effectif est inférieur au seuil légal pour refuser de reconnaître ou de maintenir un établissement distinct⁽²⁹⁾. Selon certains auteurs⁽³⁰⁾, cette jurisprudence conduit à distinguer la reconnaissance de la qualité d'établissement distinct de l'obligation de mise en place d'un tel comité. Cette analyse s'affranchit de la philosophie qui préside à l'appréhension de l'établissement selon laquelle la notion doit recevoir une définition qui est fonction de la norme à appliquer et du but visé par celle-ci.

257. – L'examen du critère tenant à l'effectif pour caractériser l'établissement au sens du droit de la négociation collective ne peut être envisagé sans prêter attention aux agents de celle-ci. Aux termes de l'article L. 2232-17 du Code du travail, le délégué syndical en est l'acteur majeur. Or, il résulte de la conjugaison des articles L. 2143-3 et L. 2143-6 du même code qu'une organisation syndicale qui démontre sa représentativité peut désigner un tel délégué dans les établissements qui servent de cadre à l'élection des délégués du personnel sous réserve que l'établissement compte cinquante salariés.

258. – **Une stabilité.** « Le terme même d'établissement implique une unité de stabilité, de permanence, de durée »⁽³¹⁾. La stabilité est indissociable de l'implanta-

(27) Cass. soc., 24 juill. 1979, n° 79-60.195 : *Bull. civ.* 1979, V, n° 659.

(28) Cass. soc., 21 mai 1986, n° 85-60.427 : *Bull. civ.* 1986, V, n° 224 ; *JurisData* n° 1986-700897. – Cass. soc., 28 févr. 1989, n° 88-60.478 : *Bull. civ.* 1989, V, n° 147 ; *RJS* 4/1989, n° 348 ; *JurisData* n° 1989-700613.

(29) CE, 15 mai 1991, n° 84840 : *Rec. CE* 1991 ; *RJS* 7/1991, n° 850 ; *Dr. soc.* 1992, p. 39 et s., note J. Savatier ; *JurisData* n° 1991-041895. – Repris notamment l'année suivant, CE, 19 oct. 1992, n° 92630 : *RJS* 12/1992, n° 1397 ; *JurisData* n° 1992-047383.

(30) Not. I. Desbarats, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, LGDJ, 1994, p. 160 ou J. Savatier, *Reconnaissance et perte de la qualité d'établissement distinct au regard du droit des comités d'entreprise* : *Dr. soc.* 1992, p. 39 et s.

(31) M. Despax, *L'application de la législation du travail dans les entreprises à chantiers multiples (Bâtiment et Travaux publics)* : *JCP* 1963, I, 1799, p. 40 et s., spéc. p. 43.

tion géographique. Son lien avec les effectifs ne peut être ignoré : de nombreuses obligations pèsent sur l'employeur lorsqu'un certain seuil est atteint au cours d'une période donnée. Cet élément, dans la main du juge, conduit à refuser la qualification d'établissement à des implantations temporaires de l'entreprise, tel un chantier⁽³²⁾. L'élection de délégués du personnel suppose une permanence⁽³³⁾.

259. – La stabilité est généralement relevée par le Conseil d'État pour caractériser l'établissement distinct accueillant un comité d'établissement⁽³⁴⁾. Elle est nécessaire à la reconnaissance de ce périmètre de représentation sans pour autant pouvoir emporter cette qualification à elle seule. Indice, non décisif, la flexibilité du critère permet de viser des unités de travail qui auraient pu être écartées lorsqu'elles sont issues de réorganisations successives de l'entreprise⁽³⁵⁾.

260. – En matière de négociation comme en d'autres domaines⁽³⁶⁾, la stabilité apparaît comme un prérequis : « il n'est pas douteux que la conclusion d'un accord à vocation normative n'est utile que dans un cadre solide et durable »⁽³⁷⁾. « Mais affirmer qu'il s'agit là d'un élément dont l'absence constitue un obstacle dirimant à la reconnaissance [d'un établissement] semble tout aussi discutable »⁽³⁸⁾ : une négociation pourrait s'engager dans une implantation éphémère de l'entreprise dans le but de mettre fin à un conflit social par la conclusion d'un accord collectif. En revanche, l'élaboration, au sein d'une unité de travail qui ne s'inscrit pas dans la durée, d'une convention collective d'établissement ne semble pas justifiée.

II. – Critères « organisationnels »

261. – De façon indirecte, l'employeur peut agir sur la caractérisation d'un établissement. Cette influence procède de décisions intéressant l'organisation de l'entreprise, emportant la présence ou non d'un représentant de l'employeur (A), bénéficiant d'une autonomie plus ou moins importante (B).

A. – Un représentant de l'employeur

262. – **Représentant de l'employeur et registre unique du personnel.** L'article L. 1221-13 du Code du travail décide que le « registre unique du personnel est tenu dans tout établissement où sont employés des salariés ». Une infraction est caractérisée dès lors que le registre du personnel est uniquement tenu au siège de

(32) Pour des exemples anciens de contentieux portant, notamment, sur l'importance du « facteur temps dans la définition de l'établissement », V. P. Bretton, *Le découpage de l'entreprise en établissements pour les élections des représentants du personnel* : *Dr. soc.* 1966, p. 92 et s., spéc. p. 100 : est qualifié d'établissement au sens de la compétence prud'homale une installation ayant fonctionné trois ans alors que cette qualification est rejetée pour une installation de trente à quarante-cinq jours en matière de police correctionnelle.

(33) *Cass. soc.*, 27 avr. 1978, n° 78-60.003 : *Bull. civ.* 1978, V, n° 298 ; *D.* 1979, p. 22, note P. Langlois. – *Contra Cass. soc.*, 30 avr. 1987, n° 86-60.371 : *Bull. civ.* 1987, V, 1987, n° 249 ; *JurisData* n° 1987-000804.

(34) CE, 27 juin 2001, n° 215970 : *RJS* 11/2001, n° 1307. – CE, 6 mars 2002, n° 230225 : *RJS* 7/2002, n° 834 ; *JurisData* n° 2002-063985.

(35) CE, 29 mars 2000, n° 211353 : *Rec. CE* 2000 ; *RJS* 5/2000, n° 547 ; *JurisData* n° 2000-060281.

(36) Peuvent notamment être cités les cas où l'établissement est le cadre de l'implantation syndicale, le critère de la compétence territoriale de l'administration du travail ou de l'application de normes particulières (statut de branche ou normes légales liés à l'activité exécutée dans l'établissement).

(37) M.-A. Rotschild-Souriac, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse Paris I, 1986, p. 185.

(38) I. Desbarats, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, LGD, 1994, p. 84.

l'entreprise⁽³⁹⁾. L'établissement ici visé suppose la présence d'un représentant de l'employeur ayant le pouvoir de recruter du personnel⁽⁴⁰⁾.

263. – Représentant de l'employeur et responsabilité pénale. La recodification opérée en 2008⁽⁴¹⁾ explicite la notion d'établissement au sens de la quatrième partie du Code du travail. L'ancien article L. 263-2 visait le chef d'établissement. Aux termes de ce texte, la responsabilité pénale liée à la violation des règles d'hygiène et de sécurité lui incombait sans qu'une délégation de pouvoir fût nécessaire ; une présomption légale était formulée. L'article L. 4741-1 du Code du travail, qui s'y est substitué, ne mentionne plus que le « délégataire » de l'employeur. Il convient d'en déduire que des établissements peuvent être caractérisés pour l'application des articles L. 4111-1 et suivants du même code dès lors qu'il existe, au sein de l'entreprise, au moins deux sites pour chacun desquels un représentant de l'employeur, qualifié de chef d'établissement, a reçu une délégation de pouvoir en matière de santé et de sécurité.

264. – Représentant de l'employeur et négociation collective. Le critère emprunté à la présence d'un représentant de l'employeur ne semble pas devoir être retenu pour définir l'établissement au sens du droit de la négociation collective, l'accord d'établissement étant négocié entre l'employeur (ou son représentant) et les représentants des salariés⁽⁴²⁾. Ce sont les seconds qui permettent la détermination du champ de l'accord, le chef d'entreprise ayant la faculté, s'il le souhaite, de déléguer au chef d'établissement ses prérogatives en matière de négociation collective⁽⁴³⁾. Il est concevable qu'il conserve ce pouvoir tout en confiant à des préposés la charge des institutions représentatives du personnel.

B. – Une autonomie de l'établissement

265. – « L'établissement n'est qu'une unité technique de production sans autonomie financière et juridique ; sa seule autonomie est d'ordre fonctionnel, c'est par l'intermédiaire de ses établissements qu'une entreprise exerce ses activités industrielles ou commerciales, activités qui ne se limitent pas d'ailleurs, et ce point est fondamental, à l'exécution, pure et simple, à l'échelon local, des tâches décidées par le siège social »⁽⁴⁴⁾. Une autonomie plus ou moins importante vis-à-vis de l'entreprise est exigée selon la norme en débat.

266. – Autonomie et convention collective de branche. Un morcellement conventionnel de l'entreprise peut se produire lorsque des établissements autonomes,

(39) Cass. crim., 29 sept. 1992, n° 91-86.851 : *Bull. crim.* 1992, n° 292 ; *RJS* 12/1992, n° 1403, note O. Godard ; *JCP E* 1993, II, 385 ; *JurisData* n° 1992-002545.

(40) Cass. crim., 17 janv. 1995, n° 93-85.078 : *Bull. crim.* 1995, n° 23 ; *RJS* 4/1995, n° 407 ; *JCP E* 1995, II, 692, note O. Godard ; *JurisData* n° 1995-000533 : en l'espèce, la Cour de cassation a précisé sa jurisprudence antérieure en considérant que les boutiques de vente au détail dépendant d'un établissement regroupant également l'unité de fabrication et les bureaux administratifs ne constituaient pas un établissement au sens de l'article L. 1221-13 du Code du travail.

(41) Ord. n° 2007-329, 12 mars 2007, ratifiée par L. n° 2008-67, 21 janv. 2008 et les décrets n°s 2008-243 et 2008-224 du 7 mars 2008, ont procédé à celle-ci.

(42) C. trav., art. L. 2232-16, L. 2232-21 et L. 2232-24.

(43) *V. infra*, n°s 378 et s.

(44) P. Bretton, *Le découpage de l'entreprise en établissements pour les élections des représentants du personnel* : *Dr. soc.* 1966, p. 92 et s., spéc. p. 100.

relevant du champ d'une convention collective de branche particulière, sont caractérisés. Celle correspondant à l'activité réelle et principale de l'entreprise⁽⁴⁵⁾ est en principe applicable à l'ensemble de celle-ci. Deux entorses à l'unité du statut collectif ont néanmoins été admises par la jurisprudence.

267. – Dans un arrêt du 4 janvier 1974, la Cour de cassation décide qu'il peut être fait échec à l'application générale de la convention collective dont relève l'entreprise dans le cas où il existe un établissement autonome⁽⁴⁶⁾. Cette exception est admise de façon restrictive⁽⁴⁷⁾ jusqu'en 1990 où la jurisprudence évolue, exigeant que soit relevée une activité nettement différenciée exercée dans un centre d'activité autonome⁽⁴⁸⁾ ; « il pourrait donc suffire que certaines activités aient une autonomie prononcée alors même qu'elles ne s'exercent pas dans des établissements distincts »⁽⁴⁹⁾. Plusieurs éléments permettent de caractériser cette autonomie. Une implantation géographique distincte semble constituer l'un des indices de celle-ci : l'exercice de deux activités différenciées sur un même site ne caractérise pas l'existence d'un centre d'activité autonome⁽⁵⁰⁾. Les autres composantes de l'autonomie, également soumises à l'appréciation souveraine des juges du fond, tiennent à la direction, l'organisation et la gestion de l'unité de travail⁽⁵¹⁾.

268. – Dans l'hypothèse où le débat porte sur l'appartenance d'une unité de travail à un autre champ géographique que le siège social, il ne fait aucun doute qu'une implantation géographique distincte soit un prérequis. Est alors en jeu l'application distributive de conventions collectives qui n'ont pas pour champ d'application l'ensemble du territoire national⁽⁵²⁾. Par un arrêt de principe, la Cour de cassation a décidé qu'une convention collective territoriale n'était pas applicable aux établissements autonomes situés hors de son champ territorial⁽⁵³⁾. L'appréciation du caractère autonome est laissée aux juges du fond. Si l'inscription au registre du commerce peut suffire⁽⁵⁴⁾, l'existence d'un simple atelier⁽⁵⁵⁾ ou la seule autonomie pour procéder à l'embauche de salariés, le paiement des salaires et des cotisations sociales⁽⁵⁶⁾ sont insuffisants pour caractériser un établissement

(45) C. trav., art. L. 2261-2, al 1^{er} : « la convention collective applicable est celle dont relève l'activité principale exercée par l'employeur ».

(46) Cass. soc., 4 janv. 1974, n° 72-40.273 : *Bull. civ.* 1974, V, n° 14 ; *JurisData* n° 1974-096014.

(47) La notion d'établissement autonome pouvait alors être rapprochée de celle d'établissement distinct au sens des institutions représentatives du personnel. V. not. Cass. soc., 4 nov. 1981, n° 79-42.494 : *Bull. civ.* 1981, V, n° 861 ; *JurisData* n° 1981-703519. – Cass. soc., 20 juill. 1982, n° 80-40.890 : *Bull. civ.* 1982, V, n° 484. – Cass. soc., 5 nov. 1987, n° 84-45.615 : *Bull. civ.* 1987, V, n° 615 ; *JurisData* n° 1987-001659.

(48) Cass. soc., 24 janv. 1990, n° 87-41.589 : *JurisData* n° 1990-000656. – Cass. soc., 21 mars 1990, n° 86-45.490 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 138 ; *RJS* 5/1990, n° 399 ; *JurisData* n° 1990-700712.

(49) G. Borenfreund : *D.* 1992, p. 296.

(50) V. not. Cass. soc., 5 oct. 1999, n° 97-16.995 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 369 ; *RJS* 11/1999, n° 1390 ; *D.* 2000, p. 94, note V. Soubise ; *JurisData* n° 1999-003358. – Cass. soc., 26 janv. 2000, n° 97-40.550 : *RJS* 3/2000, n° 304.

(51) Clairement identifiées en 1992 (l'autonomie « implique sans doute une certaine autonomie dans l'organisation, sans requérir nécessairement une gestion décentralisée du personnel au niveau du secteur considéré, ni une direction propre à ce secteur » : *D.* 1992, p. 296, G. Borenfreund), la doctrine les a précisées au fil des décisions rendues par la Cour de cassation. V. not. Cass. soc., 25 oct. 1995, n° 92-40.221 : *RJS* 1995, n° 1259. – A. Martinon, *L'unité du statut collectif indifférente à la mise à disposition* : *JCP S* 2009, 1377. – B. Teyszié, *Droit du travail. Relations collectives*, LexisNexis, 9^e éd. 2014, spéc. n° 1589, p. 836.

(52) Peuvent être relevées les conventions collectives locales, départementales ou régionales.

(53) Cass. soc., 20 nov. 1991, n° 88-43.281 : *Bull. civ.* 1991, V, n° 516 ; *RJS* 1/1992, n° 59 ; *JurisData* n° 1991-003210.

(54) Cass. soc., 20 nov. 1991, n° 88-43.281 : *Bull. civ.* 1991, V, n° 516 ; *RJS* 1/1992, n° 59 ; *JurisData* n° 1991-003210.

(55) Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-42.831 : *RJS* 6/2006, n° 756.

(56) Cass. soc., 9 déc. 2009, n° 08-41.711 : *RJS* 2/2010, n° 209.

que dans le domaine des conditions de travail⁽⁹³⁾, principalement en raison de l'intérêt collectif qui se forge en son sein mais également des prérogatives de l'interlocuteur patronal qui y est intégré. Les revendications propres à chaque collectivité doivent être identifiées, l'absence de singularité conduisant à des regroupements⁽⁹⁴⁾. Ainsi, l'existence d'implantations géographiques distinctes, comportant toutes un représentant de l'employeur, ne justifie la reconnaissance d'établissements au sens de la négociation collective que si les conditions de travail y sont différentes. À défaut, l'intérêt défendu ne légitime pas l'émergence d'une unité de négociation déconcentrée. En tout état de cause, les unités de négociation pourront être remises en question. En effet, « il serait erroné de voir dans le regroupement des salariés autour d'un intérêt commun un processus purement rationnel. Les traditions, les structures syndicales, l'environnement géographique, économique et même politique jouent un rôle non négligeable »⁽⁹⁵⁾ : leur évolution peut entraîner l'éclatement de l'unité identifiée ou son intégration à un autre ensemble dans un futur plus ou moins proche.

279. – L'identification d'intérêts particuliers portés par une collectivité de salariés, générant des réclamations et revendications spécifiques, justifie la présence dans le même cadre spatial d'un représentant de l'employeur pour y répondre. L'association de ces éléments rend possible la reconnaissance d'une communauté de travail où l'élaboration et le déploiement d'accords collectifs sont concevables. Un parallèle peut être établi avec la démarche qui préside à la mise en place des institutions représentatives du personnel où les partenaires sociaux s'accordent pour en reconnaître la nécessité auprès de telle ou telle collectivité de salariés. Les différentes acceptions de la notion d'établissement dans le domaine des relations collectives de travail relèvent d'une même logique. La réforme de la démocratie sociale intervenue en 2008⁽⁹⁶⁾ contribue également à sa rationalisation.

SECTION 2

L'établissement : une rationalisation

280. – La position commune du 9 avril 2008⁽⁹⁷⁾ ne laissait en rien supposer les évolutions de la notion d'établissement opérées par la loi qui s'en est inspirée⁽⁹⁸⁾. Ces bouleversements ne résultent pas de la modification d'une disposition législative

(93) Sauf à ce qu'il y ait une délégation pleine et entière en matière de gestion économique. Or, généralement, les décisions dans ce domaine font partie des prérogatives du chef d'entreprise.

(94) « Le principe fondamental est que l'unité de négociation doit être composée de salariés ayant une communauté d'intérêts suffisante dans les matières relevant de la négociation collective et d'une autonomie suffisante par rapport à tout autre groupe qui en serait exclu ». X. Blanc-Jouvan, cité par M.-A. Rotschild-Souriac, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse Paris I, 1986, p. 176.

(95) M.-A. Rotschild-Souriac, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse Paris I, 1986, p. 178.

(96) L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : JO 21 août 2008, p. 13064 et s.

(97) Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du paritarisme : celle-ci ne mentionne l'établissement qu'à l'article 2-1 tenant à la mesure de l'audience.

(98) L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : JO 21 août 2008, p. 13064 et s.

concordance⁽¹⁰⁷⁾, l'objectif étant de renforcer la légitimité des organisations syndicales, notamment dans l'exercice des prérogatives qui leur sont conférées par la loi. Or, au sein de l'entreprise⁽¹⁰⁸⁾, celles qui ne peuvent apporter la preuve de leur représentativité ont les mêmes droits que celles qui remplissent les critères de l'article L. 2121-1 du Code du travail à l'exception de la capacité de négocier et conclure des accords collectifs. L'article L. 2232-16 du même code détermine les conditions de validité de ces derniers. Là encore, l'audience électorale obtenue par les organisations syndicales est prise en compte⁽¹⁰⁹⁾. Elle est également mobilisée, sous une autre forme, pour identifier les « agents négociateurs » des organisations syndicales.

283. – Audience électorale personnelle. L'article L. 2232-17 du Code du travail dispose que « la délégation de chacune des organisations représentatives parties à des négociations dans l'entreprise comprend le délégué syndical de l'organisation de l'entreprise (...) ». Néanmoins, celui-ci doit, en principe, avoir été candidat au premier tour des dernières élections professionnelles dans l'entreprise et avoir recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés⁽¹¹⁰⁾. Le délégué syndical dispose d'une double légitimité dans l'exercice de son mandat, directe et personnelle puisqu'il s'est confronté aux urnes, mais aussi indirecte car il figurait sur la liste d'une organisation syndicale qui, grâce à la reconnaissance de sa représentativité, est en mesure de le désigner. Cet acte l'investit « de plein droit du pouvoir de négocier et de conclure un accord »⁽¹¹¹⁾ dans ce périmètre.

284. – Une remise en cause liée à l'articulation des notions. Le cadre d'appréciation de l'audience peut prêter à discussion. Dans les entreprises divisées en établissements distincts⁽¹¹²⁾, la mise en œuvre du principe de concordance soulève des difficultés. Si l'article L. 2122-1 du Code du travail définit de façon claire⁽¹¹³⁾ le champ dans lequel la représentativité d'une organisation syndicale est appréciée, il n'en est pas de même pour le périmètre de désignation des délégués syndicaux. La question de l'autonomie de celui-ci par rapport au cadre des élections au comité d'entreprise ne peut être éludée.

(107) Aux termes de celui-ci, « la qualité représentative d'un syndicat s'apprécie dans le cadre et à la date à laquelle il exerce une prérogative qui suppose cette condition », L. Pécaut-Rivolier et F. Petit, *Le redéploiement des forces syndicales. Enjeux et mesures de l'audience électorale* : *Dr. soc.* 2010, p. 1168 et s., spéc. p. 1168.

(108) Et à des niveaux inférieurs, tel l'établissement.

(109) C. trav., art. L. 2232-16 : « La validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli **au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel**, quel que soit le nombre de votants, et à l'absence d'opposition d'une ou de plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives **ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés à ces mêmes élections**, quel que soit le nombre de votants ».

(110) C. trav., art. L. 2143-3. D'autres conditions, notamment d'âge et d'ancienneté, figurent aux articles L. 2143-1 et suivants du Code du travail. Dans les entreprises et établissements dont l'effectif est inférieur à cinquante salariés, un délégué du personnel peut être désigné délégué syndical. La référence à l'audience électorale est implicite : son élection est une condition de sa désignation. Des tempéraments ont été apportés en l'absence de candidat remplissant les conditions fixées au premier alinéa de l'article L. 2143-3 du même code : V. not. Cass. soc., 27 févr. 2013, n° 12-18.828 : *Bull. civ.* 2013, V, n° 67 ; *RJS* 5/2013, n° 395 ; *JCP S* 2013, 1199, note C. Arandel et C. Franco ; *Dr. soc.* 2013, p. 468 et s., note F. Petit ; *JurisData* n° 2013-003214.

(111) Cass. soc., 19 févr. 1992, n° 90-10.896 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 106 ; *RJS* 4/1992, n° 472 ; *JurisData* n° 1992-000434.

(112) Entendues ici comme les entreprises où ont été définies plusieurs circonscriptions électorales tant pour l'élection des délégués du personnel que pour celle des membres des comités d'établissement.

(113) Cette clarté a toutefois nécessité l'intervention de la Cour de cassation pour interpréter la locution « à défaut » à l'article L. 2122-1 du Code du travail qui a indiqué que « l'audience recueillie par les organisations syndicales aux élections des délégués du personnel ne peut être prise en compte, pour apprécier leur représentativité, que s'il ne s'est pas tenu dans l'entreprise d'élections au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel permettant de mesurer cette audience ». Cass. soc., 13 juill. 2010, n° 10-60.148 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 176 ; *RJS* 11/2010, n° 860 ; *JCP S* 2011, 1509, note E. Jeansen ; *Dr. soc.* 2010, p. 1133 et s., note F. Petit ; *JurisData* n° 2011-020307.

Une réponse affirmative emporterait la réminiscence de la représentativité descendante⁽¹¹⁴⁾ et une entorse au principe de concordance⁽¹¹⁵⁾ ou l'élaboration d'un système permettant de déterminer dans le périmètre de désignation les suffrages exprimés en faveur des différentes organisations syndicales⁽¹¹⁶⁾. Ces solutions s'inscriraient dans l'état du droit antérieur à la loi du 20 août 2008 et ne correspondraient pas à l'esprit de celle-ci. La Cour de cassation a donc pris acte de l'évolution de la loi et des concepts, sans pour autant s'acheminer vers la réunification des unités de représentation.

S O U S - S E C T I O N 2

Une utopique réunification

285. – Par un arrêt du 18 mai 2011, la Cour de cassation a procédé à un changement de cap dans sa jurisprudence relative à la notion d'établissement au sens des délégués syndicaux : « sauf accord collectif en disposant autrement, le périmètre de désignation (...) est le même que celui retenu, lors des dernières élections, pour la mise en place du comité d'entreprise ou d'établissement »⁽¹¹⁷⁾. Cet alignement, logique en pratique et qui s'inscrit dans l'esprit de la loi, trouve sa justification dans des arguments d'opportunité. Le visa, pléthorique⁽¹¹⁸⁾, sous lequel a été rendue la décision illustre la difficulté des juges à donner une assise ferme à leur raisonnement, prêtant le flanc, sur ce point, aux critiques d'une partie de la doctrine⁽¹¹⁹⁾ qui met en exergue une périlleuse combinaison de textes (§ 1). La condamnation de cette solution trouve en réalité son origine dans les conséquences qu'elle emporte et la tendance qu'elle pourrait annoncer : la reconsidération du cadre de la désignation du délégué syndical⁽¹²⁰⁾ et de son rôle (§ 2). Une voie médiane pourrait toutefois être empruntée (§ 3).

§ 1. – Des réticences

286. – **Une perte de proximité.** Le principe retenu par la Cour de cassation dans son arrêt du 18 mai 2011⁽¹²¹⁾ ne fait pas l'unanimité. Ses opposants mettent en avant plusieurs risques qu'il fait courir à l'action du délégué syndical. Une première

(114) L'organisation syndicale reconnue représentative au niveau du comité d'établissement serait présumée l'être également au niveau des établissements distincts au sens des délégués syndicaux inclus dans ce périmètre.

(115) Des organisations syndicales représentatives au niveau du comité d'établissement pourraient négocier dans des sous-ensembles sans être représentatives dans ceux-ci, leur légitimité pouvant alors être remise en cause.

(116) Dans cette hypothèse, c'est l'ensemble du système électoral qui devrait être revu pour permettre la détermination des suffrages par sous-périmètre de désignation des délégués syndicaux.

(117) Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-60.383 : *Bull. civ.* 2011, V, n° 120 ; *RJS* 7/2011, n° 627 ; *JCP S* 2011, 1314, note L. Dauxerre ; *Dr. soc.* 2011, p. 1005, note F. Petit ; *JurisData* n° 2011-008911.

(118) « Vu les articles L. 2121-1, 5°, L. 2122-1, L. 2141-10, L. 2143-3 et L. 2232-17 du Code du travail ».

(119) V. not. G. Borenfreund, *Le périmètre de désignation des délégués syndicaux, les ressorts d'un changement de cap* : *RDT* 2011, p. 419 et s. – P. Rennes, *Le cadre de la désignation des délégués syndicaux : une combinaison téléologique* : *Dr. ouvrier* 2011, p. 577 et s. ou P. Masson, *Cadre de la désignation du délégué syndical et syndicalisme de proximité* : *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1501, p. 12 et s.

(120) P. Masson, *Entreprise et établissements : quelle mesure de la représentativité ?* : *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1455, p. 7 et s., spéc. p. 9.

(121) Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-60.383 : *Bull. civ.* 2011, V, n° 120 ; *RJS* 7/2011, n° 627 ; *JCP S* 2011, 1314, note L. Dauxerre ; *Dr. soc.* 2011, p. 1005, note F. Petit ; *JurisData* n° 2011-008911.

critique porte sur la dilution du lien entre le salarié désigné et les membres de la communauté de travail en raison de l'élargissement du cadre de désignation. Un auteur relève ainsi que « la proximité géographique demeure un élément important de solidarité entre les salariés, y compris lorsque les restructurations internes de l'entreprise font dépendre les personnels présents sur un même site de structures administratives différentes »⁽¹²²⁾. La capacité du représentant de l'organisation syndicale à organiser et développer l'action syndicale sur les différents sites couverts par son mandat peut être entravée par leur éloignement. Considérant que chacun d'eux peut être le foyer d'intérêts spécifiques, l'émergence et l'expression des revendications qui en résultent sont mises en péril.

287. – Une décision de l'employeur. Est par ailleurs attaqué l'un des effets mécaniques de l'alignement sur la définition de l'établissement distinct retenue pour le comité d'établissement qui revient à « faire dépendre, au moins pour les syndicats représentatifs, les circonscriptions d'action syndicale des décisions organisationnelles de l'employeur »⁽¹²³⁾. La jonction opérée entre ces périmètres à travers l'appropriation par le juge judiciaire des critères dégagés par le juge administratif provoque chez une partie de la doctrine des réactions désabusées⁽¹²⁴⁾, voire teintées d'amertume⁽¹²⁵⁾. Or, l'arbitrage qui était demandé à la Cour de cassation emportait nécessairement la hiérarchisation des compétences attachées au mandat de délégué syndical.

288. – Les signes annonciateurs d'une évolution ? En filigrane, il apparaît que l'anathème unanime des commentateurs syndicaux⁽¹²⁶⁾ ne tient pas uniquement à l'arrêt du 18 mai 2011⁽¹²⁷⁾. Il trouve son origine dans la tendance qui guiderait cette solution. « L'unification du périmètre d'organisation des élections et de désignation des représentants syndicaux serait la première pierre d'un édifice visant à unifier également les différentes institutions représentatives du personnel »⁽¹²⁸⁾. En effet, elle conduit à la réduction du nombre de délégués syndicaux, sauf accord collectif plus favorable, en raison du périmètre de désignation retenu, plus large que le précédent⁽¹²⁹⁾. De plus, le lien établi entre représentation élue et représentation syndicale

(122) P. Masson, *Cadre de la désignation du délégué syndical et syndicalisme de proximité : Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1501, p. 12 et s., spéc. p. 12.

(123) M.-L. Morin, *À propos du périmètre de désignation du délégué syndical : Semaine sociale Lamy* 2012, n° 1524, p. 4 et s., spéc. p. 4.

(124) « Parmi les diverses modalités de la liberté d'action syndicale dans l'entreprise, cet arrêt privilégie ainsi la négociation collective sur l'action syndicale... les décisions organisationnelles de l'employeur sur la réalité des communautés de travail ». M.-L. Morin, *À propos du périmètre de désignation du délégué syndical : Semaine sociale Lamy* 2012, n° 1524, p. 4 et s., spéc. p. 4.

(125) « Il fut un temps où les conséquences des choix unilatéraux de l'employeur sur les institutions représentatives du personnel préoccupaient davantage la chambre sociale ». P. Masson, *Cadre de la désignation du délégué syndical et syndicalisme de proximité : Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1501, p. 12 et s., spéc. p. 13.

(126) P. Masson, *Cadre de la désignation du délégué syndical et syndicalisme de proximité : Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1501, p. 12 et s. – A. Le Mire, *Le périmètre de désignation du délégué syndical : une mauvaise équation* : RPDS 2011, p. 359 et s. – D. Cauchois et L. Lourdel, *Le cadre de désignation syndicale : une liberté « bordée »* : Action juridique 2011, n° 208, p. 13 et s. – P. Rennes, *Le cadre de la désignation des délégués syndicaux : une combinaison téléologique* : Dr. ouvrier 2011, p. 577 et s.

(127) Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-60.383 : Bull. civ. 2011, V, n° 120 ; RJS 7/2011, n° 627 ; JCP S 2011, 1314, note L. Dauxerre ; Dr. soc. 2011, p. 1005, note F. Petit ; JurisData n° 2011-008911.

(128) M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier et Y. Struillou, *Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise*, Dalloz, 2^e éd. 2011, n° 213-164, p. 457.

(129) Cette réflexion doit être tempérée par le fait que le nombre de délégués syndicaux dépend également de l'effectif de l'établissement (C. trav., art. R. 2143-2 et R. 2143-3).

aboutit à vassaliser la seconde. Cette position ne serait donc que le prélude à une inexorable transformation des institutions représentatives du personnel⁽¹³⁰⁾ par une redistribution des compétences qui leur sont attribuées, voire la disparition de certaines. Elle s'inscrit pourtant dans la continuité de la loi du 20 août 2008⁽¹³¹⁾ dont le canevas a été tissé par la position commune du 9 avril 2008 signée par les organisations syndicales auxquelles appartiennent plusieurs de ces auteurs⁽¹³²⁾.

§ 2. – Une logique

289. – L'un des objectifs affirmés de la position commune du 9 avril 2008 est de développer le dialogue social. « La négociation collective ainsi que l'échange et la concertation avec les institutions représentatives du personnel [en] constituent les éléments essentiels »⁽¹³³⁾. Lorsqu'il existe dans une entreprise des organisations syndicales représentatives, l'agent de ces dernières pour mener les négociations est le délégué syndical⁽¹³⁴⁾ tout en partageant le rôle de porte-parole des salariés avec les institutions élues⁽¹³⁵⁾. À ce titre, il peut être envisagé comme un représentant de proximité. La réforme de 2008 a provoqué un arbitrage entre ces prérogatives puisque le plein exercice de l'une d'elles se fait nécessairement au détriment de l'autre. « Plutôt que de mettre en avant la proximité [du délégué syndical] avec la base électorale et syndicale, (...) la Cour de cassation a choisi de le placer au plus près des centres de décisions et de valoriser ainsi sa qualité "d'interlocuteur" de l'employeur »⁽¹³⁶⁾. L'importance accordée à la négociation collective résulte, en réalité, de la logique qui préside à ce revirement de jurisprudence⁽¹³⁷⁾. Elle trouve son origine dans plusieurs éléments.

290. – **L'éviction de toute distorsion jurisprudentielle.** Par cette solution, toute distorsion jurisprudentielle liée aux juges compétents en matière de caractérisation d'un établissement est évitée : le juge judiciaire à qui il revient de délimiter l'établissement distinct pour la désignation du délégué syndical, en s'alignant sur la position

(130) Sur ce point, V. not. G. Béliet et F. Petit, *Faut-il instaurer un canal unique de représentation dans l'entreprise ?* : RDT 2010, p. 76 et s.

(131) L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : JO 21 août 2008, p. 13064 et s.

(132) Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du paritarisme ; signée par la CFDT et la CGT pour la partie salariée.

(133) Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du paritarisme, p. 4.

(134) Aux termes des anciens articles L. 132-19 et L. 132-20 du Code du travail tels qu'issus de la loi n° 82-957 du 13 novembre 1982, les accords collectifs d'entreprise ne pouvaient être négociés que par les délégations (comprenant obligatoirement le délégué syndical) des organisations syndicales représentatives.

(135) En effet, il lui revient de porter à la connaissance de l'employeur les revendications des salariés alors que les délégués du personnel sont les vecteurs de leurs réclamations. Le délégué syndical sollicite donc l'octroi de nouveaux droits : ceux-ci peuvent parfois être concédés par décision unilatérale, mais également par accord collectif.

(136) F. Petit, *Le périmètre de désignation des délégués syndicaux : nouvelle approche jurisprudentielle* : Dr. soc. 2011, p. 1005 et s., spéc. p. 1006.

(137) En outre, les auteurs s'accordent sur le fait que revendications et négociation collective ne peuvent être dissociées : le périmètre dans lequel l'une de ces prérogatives tend à s'exercer emporte nécessairement des effets sur le champ de déploiement de l'autre (V. not. P. Masson, *Cadre de la désignation du délégué syndical et syndicalisme de proximité* : Semaine sociale Lamy 2011, n° 1501, p. 12 et s., spéc. p. 13 ou L. Pécaut-Rivolier, *La notion d'établissement distinct et le droit de la représentation du personnel* : JCP S 2012, 1305, spéc. p. 13).

retenue par le Conseil d'État pour le comité d'établissement, préserve la cohérence de la notion⁽¹³⁸⁾. S'agissant d'institutions pour lesquelles le Code du travail fixe un même seuil d'effectif, « cette nouvelle approche jurisprudentielle s'inscrit (...) dans un mouvement de simplification et d'amélioration de la qualité du droit »⁽¹³⁹⁾.

291. – **La consécration de la compétence négociatrice du délégué syndical.** Regrettée par certains⁽¹⁴⁰⁾, cette évolution trouve d'abord sa justification dans le triomphe des compétences du délégué syndical en matière de négociation, mais aussi dans le changement de conception de la négociation collective et dans le nouveau rôle conféré aux élections professionnelles⁽¹⁴¹⁾. Les critiques formulées se caractérisent souvent par le refus de la métamorphose de l'objet même de la négociation. L'élaboration d'un accord collectif traduisant l'existence d'un conflit préexistant sur les thèmes abordés, solidement ancrée dans le rapport de forces établi au moment de la négociation, l'éloignement du délégué syndical de ses électeurs et des lieux où émergent les revendications des salariés ne semble pas opportun⁽¹⁴²⁾. Cependant, la négociation collective, dont le rôle dans la résolution des conflits collectifs ne peut être éludé, tend aussi à devenir un outil de gestion de l'entreprise⁽¹⁴³⁾. De plus, en tant que cheville ouvrière de la section syndicale, l'animation de celle-ci et une composition judicieuse de la délégation syndicale pourraient permettre l'identification des revendications des salariés même si l'établissement rassemble plusieurs implantations géographiquement distinctes⁽¹⁴⁴⁾.

(138) Le contentieux relatif à la notion d'établissement distinct au sens du comité d'établissement éclate lors de la négociation du protocole d'accord préélectoral ; celui qui porte sur le périmètre de désignation des délégués syndicaux ne peut être que postérieur. La soumission du juge judiciaire est donc d'autant plus justifiée qu'elle suivrait une décision du juge administratif (sa compétence a disparu depuis la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, art. 267). Retenir une définition unique « met fin, par un effet indirect, au partage de compétence. Dès lors en effet que le périmètre de l'établissement distinct permettant la désignation d'un délégué syndical est celui qui a été déterminé pour l'élection du comité d'établissement, sauf accord collectif différent, le juge judiciaire n'aura plus à intervenir pour définir le périmètre d'un établissement distinct. Son contrôle sera cantonné au respect, par le syndicat à l'origine de la désignation, du cadre précédemment défini, soit par accord collectif, soit par l'autorité administrative saisie de la question du périmètre de l'élection du comité d'établissement ». M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier et Y. Struillou, *Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise*, Dalloz, 2^e éd. 2011, n° 213-162, p. 456.

(139) F. Petit, *Le périmètre de désignation des délégués syndicaux : nouvelle approche jurisprudentielle* : *Dr. soc.* 2011, p. 1005 et s., spéc. p. 1006.

(140) Not. G. Borenfreund, *Représentativité syndicale et négociation collective* : *Dr. soc.* 2013, p. 300 et s., spéc. p. 304. « L'action syndicale de proximité du délégué syndical paraît devoir céder le pas devant une action plus centralisée, ordonnée autour de la fonction de négociation ».

(141) « Ainsi, les élections professionnelles ont donc été placées au cœur de nouveaux enjeux, plus larges que leur vocation première qui est de mettre en place une représentation du personnel dans l'entreprise. L'objectif était de renforcer la légitimité démocratique de ceux qui allaient négocier pour et au nom des salariés pour fonder le dialogue social sur des organisations fortes et dont la légitimité est appréciée de façon périodique au plus près du niveau où les décisions s'appliquent », Rapport sur l'application des dispositions de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 relative à la démocratie sociale et de la loi n° 2010-1215 du 15 octobre 2010, présenté à la Commission nationale de la négociation collective le 16 décembre 2013, p. 72.

(142) Illustre notamment ce propos, P. Masson, *Cadre de la désignation du délégué syndical et syndicalisme de proximité* : *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1501, p. 12 et s., spéc. p. 13. « Pour la CGT, la négociation est un moment de l'action syndicale et non un processus autonome, détachable de la phase d'élaboration avec les salariés de leurs revendications, et indépendant du rapport des forces en présence. Sinon, il s'agit de régulation à froid ou d'échanges visant à faire endosser par les syndicats les conséquences de choix économiques ou de gestion qui leur échappent totalement ».

(143) Les obligations de négocier en matière de contrat de génération, de prévention de la pénibilité, d'égalité professionnelle par exemple tiennent avant tout à des politiques menées par l'administration en raison de constats valant pour la société française dans son ensemble et non à la situation de telle ou telle entreprise en fonction des revendications qui émergent de la communauté de travail qui y est constituée.

(144) L'argument selon lequel la jurisprudence conduit à une moins bonne remontée des informations vers le délégué syndical, avancé par plusieurs auteurs (V. not. G. Borenfreund, *La notion d'établissement distinct à la croisée des chemins* : *RDT* 2011, p. 24 et s., spéc. p. 29. – P. Masson, *Entreprise et établissements : quelle mesure de la représentativité ?* : *Semaine*

292. – Le renforcement de la fonction de délégué syndical. La solution retenue par la Cour de cassation permet d'échapper à une certaine dispersion et à une perte d'influence des délégués syndicaux⁽¹⁴⁵⁾. En retenant la définition du Conseil d'État, la Cour de cassation revient sur sa jurisprudence antérieure⁽¹⁴⁶⁾. La présence d'un représentant de l'employeur bénéficiant d'une délégation de pouvoir lui permettant de se prononcer sur les revendications est requise. Cette position garantit au délégué syndical de trouver face à lui un interlocuteur compétent, au fait de la situation de l'établissement⁽¹⁴⁷⁾. De la sorte, un dialogue proche du terrain peut être envisagé, chacune des parties ayant une connaissance appropriée et équivalente du périmètre dans lequel la norme élaborée aura vocation à déployer ses effets.

293. – Le rapprochement du périmètre d'implantation des deux instances est enfin justifié au regard de la consultation du comité d'établissement sur les accords conclus par les délégués syndicaux. Cette concordance s'inscrit dans une logique de simplification et d'adéquation de l'information délivrée au champ géographique couvert. En raison des réserves que cette inflexion jurisprudentielle suscite, des garanties peuvent être offertes aux plus sceptiques.

§ 3. – Un compromis

294. – Plusieurs bilans de la loi du 20 août 2008 ont été établis⁽¹⁴⁸⁾. L'un d'eux, publié en 2011, relève la perte de proximité des délégués syndicaux avec les salariés⁽¹⁴⁹⁾ consécutive à la redéfinition du lien de représentation. Le Parlement, dans

sociale Lamy 2011, n° 1455, p. 7 et s., spéc. p. 9), est symptomatique de leur refus d'envisager une évolution de la structure de la section syndicale et témoigne de la faiblesse de la concertation entre organisations syndicales et salariés dans de nombreuses entreprises qu'ils ne croient possible que dans des conditions favorables. Le principe selon lequel la section syndicale se déploie dans le même périmètre que celui de la désignation du délégué syndical n'empêche pas, en pratique, un « maillage » serré des différents sites constituant l'établissement.

(145) « Réduire le nombre des représentants du personnel répond à un objectif de rationalité et d'efficacité et non d'affaiblissement de la représentation du personnel. Bien au contraire, à la réduction du nombre peut répondre un renforcement des pouvoirs pour favoriser un dialogue social et économique coopératif pour être constructif », V. Cottereau : *JCP S* 2012, 1306, spéc. n° 35.

(146) Cass. soc., 24 avr. 2003, n° 01-60.876 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 141 ; *RJS* 7/2003, n° 908 ; *Dr. soc.* 2003, p. 780, note J. Savatier ; *JurisData* n° 2003-018778.

(147) L'employeur lui-même est compétent pour se rendre à un niveau inférieur à l'entreprise et y négocier un accord collectif ; mais sa connaissance de l'éventuel champ d'application y est alors moins précise que celle de son représentant dans ce même périmètre.

(148) Ils étaient prévus par la loi (l'article 16 de la loi du 20 août 2008 décidait en son premier alinéa qu'un rapport sur l'application des dispositions modifiées en matière de représentativité syndicale et de négociation collective devait être présenté au Parlement par le gouvernement. Celui-ci a été soumis à la Commission nationale de la négociation collective le 16 décembre 2013 pour avis avant présentation au Parlement). Ont été commandés par le ministère du Travail deux rapports publiés en 2011 et 2013 : *La loi du 20 août 2008 et ses implications sur les pratiques syndicales en entreprise : sociologie des appropriations pratiques d'un nouveau dispositif juridique* (http://hal.archives-ouvertes.fr/index.php?halsid=4pdjfq0jdfa7pl99s3k8vc3la1&view_this_doc=hals00609506&version=1) ; *Quand la loi entre dans les mœurs, le nouveau droit de la représentativité syndicale : la loi du 20 août 2008 et ses implications dans les entreprises et les branches professionnelles* (http://hal.archives-ouvertes.fr/index.php?halsid=4pdjfq0jdfa7pl99s3k8vc3la1&view_this_doc=hal00830449&version=1)).

(149) « Dans bien des cas, l'application des nouvelles règles de représentativité interagit avec un processus de redéfinition du périmètre des Institutions Représentatives du Personnel (IRP). La concentration des CE contribue alors à une profonde reconfiguration du lien de représentation, avec parfois la perte d'une proximité avec les salariés ou avec certaines catégories de salariés. De ce point de vue, l'entrée dans le nouveau régime de représentativité ne semble pas dissociable, dans nombre d'entreprises, d'un processus plus large de renégociation des accords de droit syndical et du périmètre des IRP qui vient profondément bousculer les repères existants. La tendance à la centralisation et/ou à la "verticalisation" des IRP semble de ce point de vue contredire le discours accompagnant la loi sur un resserrement

la loi relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale du 5 mars 2014, procède à « une série d'ajustements en vue de clarifier, simplifier et, le cas échéant, adapter au regard des insuffisances identifiées, les dispositions actuellement en vigueur. Les ajustements proposés visent principalement à garantir une meilleure sécurité juridique pour les représentants syndicaux des salariés et pour les entreprises en intégrant notamment les réponses apportées par la jurisprudence »⁽¹⁵⁰⁾. Un alinéa est ajouté à l'article L. 2143-3 du Code du travail, relatif à la désignation du délégué syndical. Il dispose « qu'elle 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 »⁽¹⁵¹⁾. Cette adjonction appelle plusieurs commentaires.

295. – Un retour en arrière ? Par ce texte, le législateur procède pour la première fois à la définition de l'établissement au sens de l'une des instances représentatives du personnel. Cependant, les termes retenus sont ceux qu'utilisait déjà la Cour de cassation pour identifier le périmètre de désignation du délégué syndical avant la réforme de la représentativité⁽¹⁵²⁾. Or, il ressort de l'exposé des motifs que cette disposition doit permettre « la désignation d'un délégué syndical sur un périmètre différent de celui sur lequel est organisée l'élection sur laquelle se fonde la mesure de la représentativité, pour permettre en particulier une désignation du délégué syndical au plus près des salariés »⁽¹⁵³⁾.

296. – La lettre du texte ne semble pas permettre d'atteindre cet objectif sans recourir à l'intervention du juge pour définir la communauté de travail en fonction des faits qui lui seront exposés : en certains cas, elle sera fixée au niveau d'implantation des délégués du personnel, alors que dans d'autres son périmètre coïncidera avec celui du comité d'établissement. Cette évolution législative conduit donc à une certaine insécurité juridique alors que la position dégagée en 2011 par la Cour de cassation, bien que prêtant le flanc à la critique d'une partie de la doctrine, avait le mérite d'énoncer une règle intangible en l'absence d'accord collectif.

297. – L'occasion, ratée, d'une évolution. D'autres solutions se présentaient afin de délimiter le périmètre de désignation du délégué syndical. Toutes consacrent le principe selon lequel il coïncide avec le cadre défini pour l'élection du comité d'établissement. Elles diffèrent toutefois sur les ajustements à opérer.

attendu du lien entre les salariés et leurs représentants. Elle encourage en effet une "professionnalisation" du métier syndical qui se comprend à la fois dans le sens d'une technicisation accrue de l'activité et d'une coupure croissante entre le "corps" des syndicalistes et le reste des salariés », *La loi du 20 août 2008 et ses implications sur les pratiques syndicales en entreprise : sociologie des appropriations pratiques d'un nouveau dispositif juridique*, p. 3 (http://hal.archives-ouvertes.fr/index.php?halsid=4pdjfq0jdfa7pl99s3k8vc3la1&view_this_doc=halshs00609506&version=1).

(150) Exposé des motifs, p. 18, L. n° 2014-288, 5 mars 2014, relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale : JO 6 mars 2014, p. 4848 et s.

(151) Art. 30, XIX, 3°, L. n° 2014-288, 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale : JO 6 mars 2014, p. 4848 et s.

(152) V. not. Cass. soc., 24 avr. 2003, n° 01-60.876 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 141 ; *RJS* 7/2003, n° 908 ; *Dr. soc.* 2003, p. 780, note J. Savatier ; *JurisData* n° 2003-018778.

(153) Exposé des motifs, p. 19, L. n° 2014-288, 5 mars 2014, relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale : JO 6 mars 2014, p. 4848 et s.

298. – Une solution pourrait être d'augmenter le nombre de délégués syndicaux⁽¹⁵⁴⁾. Il reviendrait aux organisations syndicales représentatives de procéder à des désignations de façon rationnelle afin d'avoir un mandataire dans le plus grand nombre de sites possible lorsque l'établissement en compte plusieurs. Une modification de l'article R. 2143-2 du Code du travail, qui ne nécessite pas l'intervention du législateur, serait requise. Face aux réticences d'employeurs peu enclins à admettre la charge que représenterait une multiplication des mandats syndicaux, un compromis pourrait être trouvé par la seule augmentation du nombre d'heures de délégation pour les délégués syndicaux désignés dans un établissement couvrant plusieurs implantations géographiques distinctes⁽¹⁵⁵⁾. Cette voie aurait l'avantage de faire coïncider l'établissement au sens de la négociation collective à celui de la représentation syndicale. Cependant, dans l'hypothèse d'un établissement regroupant un nombre important de sites, l'activité syndicale de proximité du salarié désigné s'exercerait aux dépens de son activité professionnelle au service de l'employeur.

299. – Un auteur formule une proposition alternative : « créer une obligation de négocier sur la division de l'entreprise »⁽¹⁵⁶⁾. Celle-ci pourrait prendre trois formes : négociation *ad hoc*⁽¹⁵⁷⁾, thème à aborder lors de la négociation du protocole d'accord préélectoral⁽¹⁵⁸⁾ ou obligation périodique distincte⁽¹⁵⁹⁾. La deuxième solution pourrait faire l'objet d'un consensus puisqu'elle ne s'accompagne pas de nouvelles obligations. Au contraire, elle contribuerait à une rationalisation de la notion d'établissement, laquelle serait avant tout déterminée par la voie conventionnelle en tenant compte des prérogatives exercées par chaque institution. Cependant, la négociation collective d'établissement ne pourrait se tenir que dans le cadre dans lequel le critère de l'audience des organisations syndicales est apprécié soit, au moins, celui de mise en place du comité d'établissement. Des difficultés pourraient survenir dans la composition de la délégation syndicale, l'existence d'un délégué syndical central d'établissement devant être écartée⁽¹⁶⁰⁾.

300. – **Conclusion.** Si les acteurs physiques de la négociation collective peuvent être désignés dans un sous-périmètre de l'établissement au sens du comité d'établissement, c'est ce cadre qui semble devoir être retenu pour vérifier que l'ensemble des conditions de validité d'un accord collectif est réuni. Les critères qui permettent de

(154) M.-L. Morin, *À propos du périmètre de désignation du délégué syndical : Semaine sociale Lamy* 2012, n° 1524, p. 4 et s., spéc. p. 7.

(155) L'article L. 2143-13 du Code du travail devrait être amendé.

(156) M.-L. Morin, *À propos du périmètre de désignation du délégué syndical : Semaine sociale Lamy* 2012, n° 1524, p. 4 et s., spéc. p. 7.

(157) Il s'agirait de négocier sur le périmètre d'action syndicale, lequel pourrait être inférieur à celui où se tiennent les élections des membres du comité d'établissement, le juge judiciaire étant seul compétent en cas de litige.

(158) Le thème ajouté tiendrait à la délimitation des établissements distincts pour l'exercice du droit syndical. Ceux-ci pourraient correspondre au périmètre retenu pour les comités d'établissement ou à un périmètre moindre. En l'absence d'accord, M.-L. Morin plaide pour une unification des compétences entre juge administratif et juge judiciaire.

(159) Cette obligation de négocier qui pèserait à la fois sur les organisations syndicales et sur l'employeur devrait être remplie préalablement à la négociation du protocole d'accord préélectoral. Elle aurait toutefois pour effet de vider en partie cette seconde négociation de sa substance puisque les partenaires sociaux y aborderaient la division de l'entreprise tant pour les instances élues que pour les instances syndicales qui font l'objet d'une désignation. Le contentieux sur ce point, lié aux élections, relèverait uniquement du juge judiciaire.

(160) Il semble en effet inenvisageable de créer des niveaux intermédiaires de désignation entre les délégués d'établissement et les délégués syndicaux centraux.

le caractériser ne figurent pas dans la loi, mais font l'objet d'une jurisprudence ferme du Conseil d'État⁽¹⁶¹⁾. Son autonomie, et plus particulièrement la présence en son sein d'un représentant de l'employeur disposant d'une délégation de pouvoir, est déterminante. Le représentant de l'employeur doit notamment avoir la capacité de négocier avec les organisations syndicales représentatives dans son établissement.

301. – La fragmentation technique de l'entreprise entraîne la reconnaissance de communautés de travail à des niveaux inférieurs qui peuvent constituer des collectivités de négociation. L'organisation de l'entreprise conduit parfois à sa division sur le plan juridique, laquelle peut aboutir à une multiplication des espaces de négociation.

(161) V. *supra*, nos 248 et s.

L'ÉCLATEMENT JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE

302. – La réalité n'est que partiellement saisie par le raisonnement selon lequel la traduction juridique de l'entreprise est une société. En effet, elle est historiquement assimilée à l'activité économique développée par un entrepreneur. Pour la doctrine, au XIX^e siècle, « des relations juridiques ne se formaient qu'entre le chef d'entreprise et chacun des apporteurs de capitaux ou de services envisagés isolément »⁽¹⁾. La théorie de l'entreprise a conduit⁽²⁾ à identifier ses frontières au-delà du périmètre défini par le droit commercial. « On assiste à une dissociation progressive (...) reconnue au niveau du droit entre deux notions : l'entreprise, collectif de travail (...) et la société, notion juridique »⁽³⁾.

303. – Différents processus peuvent conduire au morcellement juridique de l'entreprise. Elle peut, dès l'origine, être constituée sous la forme d'une seule entité qui donne ensuite naissance à plusieurs structures juridiquement distinctes. À l'inverse, son développement peut se traduire par l'acquisition de sociétés tierces conservant parfois leur personnalité juridique. Un mélange de ces techniques, dans des proportions plus ou moins importantes, peut être opéré. Quel que soit le motif de cette construction, elle a pour conséquence la désagrégation d'une éventuelle collectivité de salariés. Cette division a pu trouver sa source dans la volonté de l'employeur de priver la communauté de travail de certains droits attachés au jeu des seuils d'effectif⁽⁴⁾. Une telle fraude est sanctionnée, l'entreprise étant fictivement reconstituée sous forme d'unité économique et sociale. Aujourd'hui, cette requalification n'est plus exclusivement attachée à un fractionnement artificiel (Section 1). Structure d'intégration, l'unité économique et sociale doit être distinguée du groupe de sociétés, structure de domination⁽⁵⁾, consacré comme niveau de négociation (Section 2).

(1) P. Durand, *La notion juridique d'entreprise*, in *Trav. Assoc. H. Capitant*, 1948, p. 45 et s., spéc. p. 47.

(2) V. not. P. Durand, *La notion juridique d'entreprise*, in *Trav. Assoc. H. Capitant*, 1948, p. 45 et s. – M. Despax, *L'entreprise et le droit*, LGD, 1957. – G. et A. Lyon-Caen, *La doctrine de l'entreprise*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p. 601 et s.

(3) J. Magaud, *L'éclatement juridique de la collectivité de travail : Dr. soc.* 1975, p. 525 et s., spéc. p. 529.

(4) Cass. crim., 23 avr. 1970, n° 68-91.333 : *Bull. crim.* 1970, n° 144.

(5) X. Blanc-Jouvan, *L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise : Dr. soc.* 2005, p. 68 et s., spéc. p. 77.

La neutralisation des constructions juridiques

304. – La découverte, dans les années 1970, de l'unité économique et sociale par la Cour de cassation relève de l'idée selon laquelle « il ne faut pas figer l'entreprise et lui interdire l'adaptation de ses structures afin d'obtenir une meilleure compétitivité mais les salariés ne doivent pas en être les victimes »⁽⁶⁾. Notion qui « sert en vérité [au juge] à combler un vide juridique »⁽⁷⁾, le champ qu'elle recouvre et ses composantes ont fait l'objet d'un examen approfondi (Sous-section 1). Les conséquences de sa reconnaissance demeurent, en revanche, en partie inexplorées (Sous-section 2).

S O U S - S E C T I O N 1

L'unité économique et sociale, territoire exploré

305. – « La notion d'unité économique et sociale permet une meilleure protection des salariés, par une prise en compte des réalités économiques et sociales voilées par la complexité des structures juridiques »⁽⁸⁾. L'existence de l'unité économique et sociale neutralise les effets des montages sociétaires et assure la reconstitution de l'entreprise en gommant les frontières tracées par le droit des sociétés⁽⁹⁾. Dégagé par la jurisprudence, le concept bénéficie d'une malléabilité dont il n'aurait pu profiter s'il avait fait l'objet d'une définition légale. Après avoir initialement pris racine dans la fraude, l'unité économique et sociale peut aujourd'hui être reconnue dans d'autres circonstances (§ 1). L'unité sociale s'affirme comme le pivot de cette évolution (§ 2).

§ 1. – Une « optimisation organisationnelle »

306. – La notion d'unité économique et sociale résulte d'une opération de requalification née de la volonté du juge de répondre à l'intention frauduleuse de quelques-uns. L'unité économique et sociale a fait l'objet d'une véritable politique jurisprudentielle (I) parfois canalisée, voire remise en question par le législateur (II).

(6) R. de Lestang, *La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes* : Dr. soc. 1979, n° spécial, p. 5 et s., spéc. p. 6.

(7) R. de Lestang, *La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes* : Dr. soc. 1979, n° spécial, p. 5 et s., spéc. p. 12 : « La notion d'unité économique et sociale n'étant pas un concept légal et abstrait mais un moyen pragmatique de justifier certains résultats souhaitables, on ne recherche pas d'abord systématiquement et objectivement son existence éventuelle pour ensuite en tirer les conséquences : au contraire, sinon dans la démonstration apparente du moins dans la motivation véritable, on suit une démarche inverse et c'est en fonction de la solution que l'on veut consacrer dans le litige pour l'institution représentative en cause afin d'assurer la constitution et le fonctionnement de celle-ci qu'à défaut d'autre possibilité juridique on a recours à cette notion pour fonder la décision ». Il faut noter ici le franc-parler de l'auteur, alors conseiller à la Cour de cassation, qui donne une clé de lecture utilisable encore aujourd'hui pour un certain nombre de décisions judiciaires.

(8) J.-C. Javillier, *Droit du travail*, LGDJ, 1^{re} éd. 1978, p. 223.

(9) « La notion d'unité économique et sociale n'est donc pas une revanche de la réalité de l'entreprise sur les abstractions juridiques, mais elle est elle-même une construction juridique destinée à limiter sur certains points les effets de celle qu'a élaborée le capital », A. Supiot, *Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise* : RTD com. 1985, p. 621 et s., spéc. p. 629.

I. – Une construction jurisprudentielle

307. – Initialement envisagée pour sanctionner une fraude (A), l'unité économique et sociale est désormais mobilisée en d'autres situations dégagées par le juge (B).

A. – Un point de départ limité

308. – **Une fraude.** Le 23 avril 1970, la chambre criminelle de la Cour de cassation, soucieuse de briser la fraude construite, sanctionne « la création et la juxtaposition de plusieurs sociétés commerciales n'ayant pas d'activités spécialisées propres », simple « façade juridique dissimulant la continuité d'une même entreprise » afin de contourner des dispositions légales applicables aux délégués du personnel et au comité d'entreprise⁽¹⁰⁾. Une fraude à la loi ayant été constatée⁽¹¹⁾, plusieurs sanctions pouvaient être envisagées⁽¹²⁾. La voie empruntée est celle d'une certaine autonomie du droit du travail par rapport au droit des sociétés⁽¹³⁾. La Cour de cassation distingue « le but économique légitime et l'utilisation sociale illégitime »⁽¹⁴⁾, reprochant aux juges du fond de ne pas avoir vérifié si les « personnes morales constituaient, au regard du droit du travail, des entreprises distinctes »⁽¹⁵⁾. « L'entreprise » est susceptible d'être composée de plusieurs personnes morales distinctes⁽¹⁶⁾.

B. – Un point d'arrivée étendu

309. – **Une notion distincte de celle « d'entreprise ».** Deux ans plus tard, la chambre sociale de la Cour de cassation est saisie d'une affaire née de la décision du dirigeant de deux sociétés de répartir de façon arbitraire le personnel entre celles-ci afin qu'aucune n'ait un effectif imposant la mise en place d'un comité d'entreprise⁽¹⁷⁾. Les juges vont alors forger la notion « d'unité économique et sociale ». Elle n'est pas assimilée à l'entreprise et ne relève donc pas des dispositions légales qui la visent. Une telle création impose l'élaboration d'un régime spécifique à l'entité nouvellement reconnue⁽¹⁸⁾.

310. – **L'émancipation de la notion.** Sitôt créée, la notion d'unité économique et sociale évolue. Le lien qui la rattachait à la fraude est tranché⁽¹⁹⁾. Elle ne constitue plus

(10) Cass. crim., 23 avr. 1970, n° 68-91.333 : *Bull. crim.* 1970, n° 144.

(11) « Acte régulier en soi (ou en tout cas non sanctionné d'inefficacité) accompli dans l'intention d'éluder une loi impérative ou prohibitive et qui, pour cette raison, est frappé d'inefficacité par la jurisprudence ou par la loi », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd. 2014, p. 480, V° *Fraude à la loi*.

(12) Parce que « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice » (C. civ., art. 4), une construction juridique devait être élaborée afin de trancher le litige.

(13) Un auteur ayant participé à la construction de la notion dressera ce constat quelques années plus tard : « l'apparition de cette notion est caractéristique de l'autonomie du droit social en particulier par rapport au droit commercial » (R. de Lestang, *La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes* : *Dr. soc.* 1979, n° spécial, p. 5 et s., spéc. p. 11).

(14) D. 1970, p. 444 ; comm. ss Cass. crim., 23 avr. 1970.

(15) Cass. crim., 23 avr. 1970, n° 68-91.333 : *Bull. crim.* 1970, n° 144.

(16) Peut être posée la question de savoir ce qui aurait été jugé si l'ordonnance n° 45-280 du 22 février 1945 avait fait référence au « comité de société », lequel aurait été institué dans les sociétés d'au moins cinquante salariés.

(17) Cass. soc., 8 juin 1972, n° 71-12.860 : *Bull. civ.* 1972, V, n° 418 ; *JurisData* n° 1972-099418.

(18) Une approche strictement juridique conduit à déplorer cette construction qui, en principe, ne peut relever du juge. Il s'arrogé ici un pouvoir créateur qui n'appartient en principe qu'au législateur.

(19) Cass. soc., 19 déc. 1972, n° 72-60.088 : *Bull. civ.* 1972, V, n° 710 ; *JurisData* n° 1972-000710. – Cass. soc., 19 déc. 1972, n° 72-60.063 : *Bull. civ.* 1972, V, n° 711 ; *JurisData* n° 1972-000711.

« un élément nécessaire et l'unité a été admise quand la division juridique ne correspondait pas à la réalité économique et sociale quels que fussent les motifs souvent légitimes de cette division »⁽²⁰⁾. La finalité de l'unité économique et sociale a changé⁽²¹⁾. Une partie de la doctrine le regrette⁽²²⁾. Elle devient un instrument d'organisation de l'entreprise. Est révélatrice de cette transformation⁽²³⁾ la possibilité pour l'employeur d'agir en reconnaissance de l'unité économique et sociale⁽²⁴⁾, de la même manière qu'une organisation syndicale⁽²⁵⁾, un comité d'entreprise⁽²⁶⁾, voire un salarié⁽²⁷⁾.

II. – Une assimilation légale

311. – La conquête de la notion. Issu de la loi du 28 octobre 1982⁽²⁸⁾, l'article L. 2322-4 du Code du travail décide que « lorsqu'une unité économique et sociale regroupant au moins cinquante salariés est reconnue par convention ou par décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, la mise en place d'un comité d'entreprise commun est obligatoire »⁽²⁹⁾. La consécration légale de l'unité économique et sociale, qui illustre un travers du législateur reprenant un concept dégagé par la jurisprudence sans le définir pour autant⁽³⁰⁾, révèle également une certaine audace. Un droit de l'unité économique et sociale reconnue est institué⁽³¹⁾, marqué par la présence dans ce périmètre d'institutions représentatives du personnel⁽³²⁾.

312. – En outre, la reconnaissance de l'unité économique et sociale peut désormais être le fait des partenaires sociaux et non plus uniquement d'une décision judiciaire. De nombreuses unités économiques et sociales ont ainsi été reconnues par voie

(20) R. de Lestang, *La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes* : *Dr. soc.* 1979, n° spécial, p. 5 et s., spéc. p. 11.

(21) Si la fraude n'est plus nécessaire à la reconnaissance de l'unité économique et sociale, elle n'a pas complètement disparu pour autant. Une fonction lui est conférée : lorsqu'elle est constatée, les juges sont dispensés de rechercher les critères permettant de caractériser l'unité économique et sociale (Cass. soc., 29 avr. 1985, n° 84-60.694 : *Dr. soc.* 1986, p. 19). L'adage *fraus omnia corrumpit* reçoit alors une application plus habituelle.

(22) « Parfaitement justifiée lorsque l'écheveau organisé à la fraude pour raison d'être – tant il est vrai que la fraude corrompt tout – elle est exposée à la critique dans le cas contraire, le droit du travail privant partiellement d'effet des constructions régulièrement édifiées au regard du droit commercial », B. Teyssié, *Droit du travail. Relations collectives*, LexisNexis, 9^e éd. 2014, spéc. n° 258, p. 138.

(23) « Ayant fait le choix de créer des structures différentes, il aurait pu être considéré comme irrecevable à venir réclamer que ces entités soient sur certains (...) aspects admises comme étant une entité unique », L. Pécaut-Rivolier, *L'unité économique et sociale, quel avenir ?* : *Dr. soc.* 2012, p. 974 et s., spéc. p. 975.

(24) V. not. Cass. soc., 4 mars 1976, n° 75-60.154 : *Bull. civ.* 1976, V, n° 142.

(25) V. not. Cass. soc., 30 mars 1978, n° 78-60.060 : *Bull. civ.* 1978, V, n° 247.

(26) Cass. soc., 29 janv. 2003, n° 01-60.848 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 33 ; D. 2003, p. 530 ; *JurisData* n° 2003-017522.

(27) Cass. soc., 22 oct. 1984, n° 83-61.208 : *Bull. civ.* 1984, V, n° 394. – Cass. soc., 12 sept. 2007, n° 06-60.198 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 129 ; *RJS* 11/2007, n° 1189 ; *JCP S* 2007, 1817, note L. Dauxerre ; *JurisData* n° 2007-040347. Si l'intérêt à agir d'un salarié est reconnu, il en va différemment pour le salarié licencié, « personne étrangère à la collectivité de travail dont il s'agit d'assurer la représentation » (Cass. soc., 16 nov. 2010, n° 09-40.555 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 261 ; *RJS* 2/2011, n° 150 ; *JCP S* 2011, 1156, note B. Bossu ; D. 2010, p. 2845 ; *JurisData* n° 2010-021331).

(28) L. n° 82-915, 28 oct. 1982, relative au développement des institutions représentatives du personnel : *JO* 29 oct. 1982, p. 3255 et s.

(29) C. trav., art. L. 431-1 anc.

(30) Tel est également le cas, notamment, pour l'établissement, V. *supra*, nos 248 et s.

(31) Il doit être distingué du droit de la reconnaissance de l'unité économique et sociale, lequel tient aux conditions qui permettent de la mettre en lumière.

(32) La Cour de cassation a admis l'application du concept d'unité économique et sociale pour la désignation de délégués syndicaux (Cass. soc., 3 juill. 1985, n° 85-60.060 : *Bull. civ.* 1985, V, n° 401 ; *JurisData* n° 1985-702125) ou l'élection des délégués du personnel (Cass. soc., 6 nov. 1985, n° 84-60.751 : *Bull. civ.* 1985, IV, n° 510 ; *JurisData* n° 1985-703051).

conventionnelle⁽³³⁾. Les conditions dans lesquelles est conclu semblable accord suscitent des interrogations⁽³⁴⁾, notamment en raison du caractère paradoxal qu'il revêt⁽³⁵⁾.

313. – L'unité économique et sociale, cadre de nouveaux droits. Si les conditions de la reconnaissance d'une unité économique et sociale sont encore imprécises, les droits qui ont vocation à se déployer dans ce périmètre sont clairement identifiés. En effet, les lois « Aubry » de 1998⁽³⁶⁾ et 2000⁽³⁷⁾ visent l'unité économique et sociale pour fixer la date d'entrée en vigueur des « 35 heures ». De même, l'unité économique et sociale devient en 2001, au même titre que l'entreprise, un cadre de mise en place de la participation aux résultats⁽³⁸⁾. Elle est utilisée à plusieurs reprises en matière de licenciement pour motif économique, directement en ce qu'elle constitue le champ dans lequel le juge mènera ses investigations en cas de contestation de la validité d'un plan de sauvegarde de l'emploi⁽³⁹⁾, indirectement lorsque la loi se réfère à « une entreprise ou un établissement assujetti à la législation sur les comités d'entreprise »⁽⁴⁰⁾.

314. – Le pouvoir réglementaire s'est également saisi de l'unité économique et sociale pour en faire l'un des champs où un service de santé autonome peut être organisé⁽⁴¹⁾. De même, l'administration, dans plusieurs circulaires, utilise cette notion pour soumettre l'unité économique et sociale à divers dispositifs⁽⁴²⁾. Si la

(33) Certains auteurs considèrent toutefois qu'elle est plus souvent « établie en justice. Et cela d'autant plus que même lorsque les partenaires sociaux se mettent d'accord sur le principe de mise en place d'une unité économique et sociale, ils s'adressent malgré tout très souvent aux tribunaux pour préciser son contour ou simplement pour obtenir une homologation de l'accord » ; M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier et Y. Struillou, *Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise*, Dalloz, 2^e éd. 2011, n° 212-41, p. 402.

(34) En considérant, dans un arrêt du 14 novembre 2013 (Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 13-12.712 : *Bull. civ.* 2013, V, n° 266), que « la reconnaissance ou la modification conventionnelle d'une unité économique et sociale ne relève pas du protocole d'accord préélectoral mais de l'accord collectif signé, aux conditions de droit commun, par les syndicats représentatifs au sein des entités faisant partie de cette UES », la Cour de cassation crée toutefois une situation marquée du sceau de l'insécurité juridique notamment en raison des difficultés liées à l'application du régime des accords collectifs de droit commun en matière de mise en cause, dénonciation ou révision.

(35) En effet, cet accord, ayant pour objectif de permettre à la communauté de travail de bénéficier d'un certain nombre de droits collectifs, sa reconnaissance résulte de l'exercice de l'un d'eux. Ce paradoxe est particulièrement fort depuis la loi du 20 août 2008 puisque, quel que soit le niveau où il est conclu, l'accord collectif doit être, au minimum, signé par des organisations syndicales ayant recueilli un certain nombre de suffrages aux dernières élections professionnelles. Or, l'objet même de l'unité économique et sociale est de permettre la tenue de celles-ci dans le périmètre où la représentativité des organisations syndicales sera appréciée (« la reconnaissance d'une unité économique et sociale (...) fixe le cadre dans lequel la représentation du personnel va être organisée ainsi que la mesure de la représentativité des organisations syndicales », J. Grangé et J. Crédoz-Rosier, *La reconnaissance de l'UES : des interrogations après la loi du 20 août 2008* : JCP S 2012, 1268).

(36) L. n° 98-461, 13 juin 1998, art. 1^{er}, d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail : JO 14 juin 1998, p. 9029 et s. ; « (...) Elle est fixée à trente-cinq heures par semaine à compter du 1^{er} janvier 2000 pour les entreprises dont l'effectif est de plus de vingt salariés ainsi que pour les unités économiques et sociales de plus de vingt salariés reconnues par convention ou décidées par le juge (...) ».

(37) L. n° 2000-37, 19 janv. 2000, art. 1^{er}, II, relative à la réduction négociée du temps de travail : JO 20 janv. 2000, p. 975 et s. ; « La durée prévue à l'article L. 212-1 du Code du travail est applicable à compter du 1^{er} janvier 2000 pour les entreprises dont l'effectif à cette date est de plus de vingt salariés ainsi que pour les unités économiques et sociales de plus de vingt salariés reconnues par convention ou par décision de justice (...) ».

(38) L. n° 2001-152, 19 févr. 2001 sur l'épargne salariale, art. 6 : JO 20 févr. 2001, p. 2774 et s. ; il insère à l'ancien article L. 442-1 devenu l'article L. 3322-2 un alinéa aux termes duquel les unités économiques et sociales d'au moins cinquante salariés entrent dans le champ d'application des articles L. 3321-1 et suivants du Code du travail.

(39) C. trav., art. L. 1233-57-3, al. 2 : « 1^o les moyens dont disposent l'entreprise, l'unité économique et sociale et le groupe ». Ce texte est issu de la loi de sécurisation de l'emploi. Une disposition très proche figurait antérieurement à l'article L. 1235-10 du Code du travail, anciennement L. 321-4-1 créé sous cette forme par la loi du 17 janvier 2002 (L. n° 2002-73, 17 janv. 2002 de modernisation sociale : JO 18 janv. 2002, p. 1008 et s., spéc. art. 112, II).

(40) C. trav., art. L. 1233-26.

(41) C. trav., art. D. 4622-1.

(42) Peuvent notamment être citées la circulaire du 25 octobre 1983 relative à l'application de la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel (qui précise que la

conception qu'elle retient est fluctuante, l'objectif ne varie pas : étendre les effets de la loi à des communautés de travail non initialement visées.

§ 2. – Une communauté de travail

315. – Pour être reconnue, l'unité économique et sociale doit être constatée aussi bien du côté de l'employeur que de celui des salariés. Les deux critères sont cumulatifs⁽⁴³⁾. Si leur imbrication est indéniable, la caractérisation d'une unité sociale est l'élément clé de la différenciation avec le groupe. Pour la Cour de cassation, sa recherche ne doit être envisagée qu'à la condition que soit identifiée une unité économique entre des entités juridiquement distinctes⁽⁴⁴⁾.

316. – **Une unité économique, prérequis.** La jurisprudence a évolué sur les éléments permettant de retenir l'unité économique. L'imbrication des capitaux n'est plus exigée : l'organisation sociétaire des composantes de l'unité économique et sociale ne peut, à elle seule, la caractériser⁽⁴⁵⁾. Au contraire, deux séries d'indices, qui ont vocation à faire apparaître une concentration interne des pouvoirs de direction⁽⁴⁶⁾ et une similarité ou complémentarité d'activités⁽⁴⁷⁾, sont recherchées. À défaut de l'une d'elles, l'unité économique ne peut être retenue⁽⁴⁸⁾. La Cour de cassation s'est attachée à livrer aux juges du fond une grille de lecture pour la révéler⁽⁴⁹⁾.

jurisprudence antérieure n'est pas remise en cause), la circulaire du 3 janvier 1992, relative à l'application de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 sur la participation financière des salariés, modifiée par la loi n° 90-102 du 7 novembre 1990 (qui reconnaît la conclusion d'un accord avec le comité d'entreprise commun), la circulaire DRT n° 94-9 du 21 juin 1994, relative au développement des institutions représentatives du personnel (qui ouvre la faculté de constituer une délégation unique du personnel), la circulaire DGEFP/DRT/DSS n° 2002/1 du 5 mai 2002, relative à la mise en œuvre des articles 93 à 123 de la loi de modernisation sociale, volet licenciement pour motif économique (qui étend à l'unité économique et sociale l'obligation de proposer un congé de reclassement), la 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 (qui distingue les accords de groupe et ceux conclus au niveau de l'unité économique et sociale), la circulaire DGT n° 08 du 28 octobre 2011, relative aux accords et plans d'action en faveur de la prévention de la pénibilité prévus à l'article L. 138-29 du Code de la sécurité sociale (qui précise les modalités de calcul des effectifs au regard de l'obligation en la matière), et la circulaire DGT n° 01 du 18 mars 2014, relative à la base de données économiques et sociales (qui permet la mise en place de celle-ci au niveau de l'unité économique et sociale).

(43) Cass. soc., 29 avr. 1981, n° 80-60.374 : *Bull. civ.* 1981, V, n° 360. – Cass. soc., 15 mai 1990, n° 89-61.521 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 221 ; *JurisData* n° 1990-701387.

(44) Cass. soc., 5 déc. 1985, n° 84-60.994 : *Bull. civ.* 1985, V, n° 574 ; *JurisData* n° 1985-703310 : « ayant ainsi caractérisé l'absence d'unité économique entre ces entreprises, le tribunal d'instance n'avait dès lors pas à rechercher s'il existait entre elles une unité sociale ».

(45) Cet indice de l'unité économique, découvert en 1982 (Cass. soc., 4 févr. 1982, n° 81-60.884), n'a plus été repris par la Cour de cassation depuis 1999 (Cass. soc., 14 avr. 1999, n° 98-60.147). Ainsi, l'appartenance à un même groupe ne suffit pas à la caractériser (Cass. soc., 15 mai 2001, n° 00-60.048 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 173 ; *Dr. soc.* 2001, p. 777, note J. Savatier ; *JurisData* n° 2001-009571).

(46) L'unité économique suppose l'existence en droit ou en fait d'une direction unique que le juge doit faire apparaître. Celle-ci est caractérisée lorsque les mêmes personnes se retrouvent aux postes de direction (Cass. soc., 27 juin 1990, n° 89-60.033 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 322 ; *RJS* 11/1990, n° 872 ; *JurisData* n° 1990-702865. – Cass. soc., 2 juin 2004, n° 03-60.135 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 157 ; *RJS* 8-9/2004, n° 936 ; *Dr. soc.* 2004, p. 913 et s., note J. Savatier ; *JurisData* n° 2004-023932). Celle-ci doit être présente à l'intérieur du périmètre examiné (Cass. soc., 3 mars 1988, n° 86-60.507 : *Bull. civ.* 1988, V, n° 164 ; *JurisData* n° 1988-000472. – Cass. soc., 23 mai 2000, n° 98-60.212 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 201 ; *RJS* 7-8/2000, n° 823 ; *Dr. soc.* 2000 ; p. 852 et s., note P. Lyon-Caen ; *JurisData* n° 2000-002130).

(47) Il n'est pas nécessaire que les activités exercées soient identiques. Leur complémentarité (Cass. soc., 9 janv. 1985, n° 84-60.417 : *Bull. civ.* 1985, V, n° 20 ; *JurisData* n° 1985-000153) ou leur connexité (Cass. soc., 17 déc. 2003, n° 02-60.445 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 319 ; *Dr. soc.* 2004, p. 323 et s., note J. Savatier ; *JurisData* n° 2003-021546) peuvent suffire.

(48) Cass. soc., 24 mars 1988, n° 87-60.211 : *Bull. civ.* 1988, V, n° 214 ; *JurisData* n° 1988-000493.

(49) En effet, la Cour de cassation considère qu'il lui faut édicter des directives à l'adresse des juges du fond. Cette réflexion est compréhensible en ce qu'elle ne peut, lorsqu'elle est saisie, se prononcer que sur l'application aux faits, sélectionnés en première et deuxième instances, de règles de droit. Il est donc impératif pour elle d'indiquer quels sont ceux qui sont pertinents

317. – Une unité sociale, conséquence. Seconde composante indispensable à l'identification du concept, l'unité sociale résulte d'un faisceau d'indices et non de critères précis. Les éléments relevés par le juge pour la caractériser dépendent de chaque espèce. Certains sont toutefois récurrents et permettent de rapprocher les notions d'unité sociale et de communauté de travail. En effet, sont recherchées les similitudes entre le statut social de chacune des collectivités de salariés, l'existence de conditions de travail identiques, lesquelles peuvent permettre la permutableté des travailleurs au-delà des frontières tracées par le droit des sociétés. L'unité sociale est ainsi constituée lorsque « les conditions de travail, le règlement intérieur, la convention collective, la politique sociale étaient identiques dans toutes les entreprises qui bénéficiaient d'une gestion sociale commune »⁽⁵⁰⁾ ou par « l'application d'une même convention collective, l'existence de permutations et la présence de services et d'avantages communs aux salariés des différentes sociétés »⁽⁵¹⁾.

318. – De même, l'existence d'accords collectifs communs, notamment en matière d'intéressement et de prévoyance⁽⁵²⁾, constitue un signe susceptible de révéler l'unité sociale. La conviction du juge ne peut toutefois être emportée par ce seul élément : l'harmonisation du régime social de l'ensemble des salariés par un accord de méthode unique et la mutation de quelques cadres ne la caractérisent pas⁽⁵³⁾. Aucun de ces indices n'est indispensable⁽⁵⁴⁾ ou suffisant ; seule leur association permet de révéler une communauté de travail suffisamment intégrée⁽⁵⁵⁾.

319. – Une corrélation manifeste. L'interdépendance des critères de l'unité économique et sociale est indéniable : l'existence de l'un favorise l'émergence de l'autre. Pour autant, en raison de l'objet de la notion (permettre une représentation optimale de la communauté de travail)⁽⁵⁶⁾, la définition de l'unité sociale est fondamentale. En son absence, la reconnaissance de ce périmètre est dépourvue de cause. Notamment fondée sur des éléments d'ordre sociologique, tels le sentiment d'appartenance à un ensemble ou la perception d'une permutableté, elle ne semble pas pouvoir être appréhendée si l'unité économique ne peut être préalablement démontrée. Cette dernière se prouve par des faits concrets intangibles et

et doivent être relevés. V., en ce sens, M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolière et Y. Struillou, *Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise*, Dalloz, 2^e éd. 2011, n° 212-122, p. 411 : « le contrôle se fait donc au niveau des conséquences juridiques données par les juges du fond aux éléments qui leur ont été soumis ».

(50) Cass. soc., 14 mai 1987, n° 86-60.443 : *Bull. civ.* 1987, V, n° 327 ; *JurisData* n° 1987-000871.

(51) Cass. soc., 13 juill. 2004, n° 03-60.425 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 219 ; *RJS* 10/2004, n° 1057 ; *Dr. soc.* 2004, p. 944 et s., note J. Savatier ; *JurisData* n° 2004-024700.

(52) Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-60.935 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 142 ; *RJS* 8-9/2004, n° 754 ; *Dr. soc.* 2004, p. 915 et s., note J. Savatier ; *JurisData* n° 2004-023820.

(53) Cass. soc., 5 mai 2004, n° 03-60.057 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 126 ; *RJS* 7/2004, n° 824 ; *Dr. soc.* 2004, p. 944 et s., note J. Savatier ; *JurisData* n° 2004-023508.

(54) Cass. soc., 8 avr. 1992, n° 91-60.241 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 268 ; *RJS* 6/1992, n° 757 ; *JurisData* n° 1992-000978.

(55) Le degré d'intégration revêt une importance particulière pour distinguer la communauté de travail de groupe de celle d'une unité économique et sociale. En effet, dans la seconde, les intérêts partagés tiennent directement à des conditions de travail sur lesquelles l'employeur a la main alors que dans le groupe, une distance plus grande existe avec l'instance dirigeante. L'éloignement conduit alors à la défense d'intérêts plus généraux, globaux. Au contraire, la communauté de travail qui doit être identifiée pour caractériser l'unité sociale doit révéler des intérêts aussi proches que ceux qui peuvent se manifester dans une entité juridique ayant à sa tête un unique employeur.

(56) But clairement affirmé lorsque la Cour de cassation considère qu'un ancien salarié ne peut agir en reconnaissance de l'unité économique et sociale, cette action étant réservée aux salariés appartenant « à la collectivité de travail dont il s'agit d'assurer la représentation » (Cass. soc., 16 nov. 2010, n° 09-40.555 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 261 ; *RJS* 2/2011, n° 150 ; *JCP S* 2011, 1156, note B. Bossu ; *D.* 2010, p. 2845 ; *JurisData* n° 2010-021331).

indiscutables devant le juge. Ainsi, lorsque l'existence d'une unité économique et sociale est niée, l'unité économique est souvent incontestable⁽⁵⁷⁾ ; les requérants cherchent avant tout à mettre en exergue l'absence d'unité sociale⁽⁵⁸⁾.

320. – Périmètre d'identification de la communauté de travail. À plusieurs reprises, celle-ci a été alléguée afin de justifier l'exclusion de holdings sans personnel du périmètre de l'unité économique et sociale. La communauté de travail reconstituée est alors incomplète. L'employeur n'est que partiellement saisi. L'absence de certaines sociétés peut faire obstacle à la reconnaissance de l'unité économique⁽⁵⁹⁾. Exiger leur présence est logique puisque « l'entreprise que [l'unité économique et sociale] ne fait que redécouvrir suppose une cohérence institutionnelle entendue comme la présence (...) d'un seul pouvoir de direction, normatif et disciplinaire, sans laquelle les [institutions représentatives du personnel] concernées ne disposeraient pas d'un unique interlocuteur répondant à la manière dont sont définies leurs attributions ». Si la Cour de cassation semble s'attacher uniquement à la finalité de l'unité économique et sociale en permettant aux salariés d'exercer pleinement les droits issus de sa reconnaissance⁽⁶⁰⁾, ne peut être écartée l'idée selon laquelle c'est l'existence même de l'unité sociale ou plus précisément de la communauté de travail qui est contrôlée. Cette dernière caractérisée, l'unité économique et sociale apparaît comme un terrain favorable au déploiement de nouveaux droits.

S O U S - S E C T I O N 2

L'unité économique et sociale, territoire à conquérir

321. – La notion d'unité économique et sociale est utilisée par le législateur avec parcimonie. Il la cantonne, pour l'essentiel, à l'implantation des institutions représentatives du personnel. La jurisprudence et la pratique lui permettent de s'en émanciper et de l'appliquer au droit de la négociation collective. La reconnaissance de l'adéquation de l'unité économique et sociale à l'organisation des rapports collectifs conventionnels semble inéluctable (§ 1). L'absence de cadre légal constitue néanmoins un frein (§ 2).

§ 1. – Une nécessaire négociation d'unité économique et sociale

322. – « Reconnaître une unité économique et sociale vise à retisser la relation entre un centre de direction et une collectivité de salariés ; autant dire à

(57) Tel est souvent le cas dans les groupes de sociétés où ce critère est préconstitué.

(58) V. not. Cass. soc., 13 juill. 2004, n° 03-60.425 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 219 ; *RJS* 10/2004, n° 1057 ; *Dr. soc.* 2004, p. 944 et s., note J. Savatier ; *JurisData* n° 2004-024700. – Cass. soc., 31 janv. 2001, n° 99-60.432 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 33 ; *D.* 2001, p. 750 ; *JurisData* n° 2001-007976.

(59) « L'unité économique nécessite en son sein l'entité juridique qui exerce le pouvoir de direction sur l'ensemble des salariés inclus dans l'unité sociale », Cass. soc., 23 mai 2000, n° 98-60.212 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 201 ; *RJS* 7-8/2000, n° 823 ; *Dr. soc.* 2000, p. 852 et s., note P. Lyon-Caen ; *JurisData* n° 2000-002130.

(60) Cass. soc., 21 janv. 1997, n° 95-60.833 : *Bull. civ.* 1997, V, n° 28 ; *RJS* 3/1997, n° 300 ; *Dr. soc.* 1997, p. 347 et s., note J. Savatier ; *JurisData* n° 19987-000223. – Cass. soc., 24 nov. 2004, n° 03-60.329 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 297 ; *RJS* 2/2005, n° 170 ; *JurisData* n° 2004-025825.

reconstruire l'entreprise dont l'unité avait été démantelée par le morcellement des capitaux »⁽⁶¹⁾. Les composantes de la communauté de travail d'entreprise sont rassemblées. Le principe de participation, issu du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, a vocation à produire ses effets dans ce champ.

323. – Le comité d'entreprise, tête de pont ? Ce principe reçoit une première expression dans l'obligation légale de mettre en place un comité d'entreprise quand ce périmètre est identifié. Jusqu'en 2004, et plus généralement en 2008, les conséquences de cette institution au regard de la négociation collective demeuraient limitées. Or, l'article L. 2232-21 du Code du travail, issu de la loi du 20 août 2008⁽⁶²⁾, décide que le comité d'entreprise peut, sous certaines conditions⁽⁶³⁾, négocier et conclure des accords collectifs. Limiter aux seuls comités constitués au sein d'une unique entité juridique l'application de ce texte ne correspond ni à sa lettre ni à son esprit. Une négociation collective doit pouvoir se tenir au sein de l'unité économique et sociale. Son champ est cependant plus restreint que celui qu'elle peut recouvrir dans une entreprise « classique ». Elle est limitée dans les thèmes qui peuvent être abordés aux « mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif ».

324. – Un délégué syndical d'unité économique et sociale aux prérogatives limitées ? Pour que la négociation puisse se tenir dans le cadre des articles L. 2322-21 et suivants du Code du travail, est préalablement requise l'absence de délégués syndicaux. Or, la jurisprudence admet leur désignation dans le cadre d'une unité économique et sociale déjà reconnue dont l'effectif est d'au moins cinquante salariés⁽⁶⁴⁾. Le délégué syndical est investi par l'organisation syndicale délégataire d'une mission de représentation auprès de l'employeur⁽⁶⁵⁾. En relève sa présence obligatoire dans la délégation qui prend part à la négociation collective au sein de l'entreprise⁽⁶⁶⁾. Considérer qu'elle ne puisse se tenir au niveau de l'unité économique et sociale alors qu'un ou plusieurs délégués syndicaux ont été désignés dans ce périmètre reviendrait à les priver d'une prérogative inhérente à leur fonction.

325. – La Cour de cassation a consenti, de manière incidente, à la conclusion d'accords collectifs ayant pour champ d'application l'unité économique et sociale⁽⁶⁷⁾. Elle est reconnue comme étant « l'entreprise ». La négociation au sein des entités juridiques qui la composent n'est plus possible sauf à ce qu'elles constituent des établissements au sens de la représentation du personnel. Cette reconnaissance

(61) E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, LGDJ, 2008, spéc. n° 219, p. 121.

(62) L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : JO 21 août 2008, p. 13064 et s.

(63) V. *infra*, n° 487 et s.

(64) Cass. soc., 3 juill. 1985, n° 85-60.060 : *Bull. civ.* 1985, V, n° 401 ; *JurisData* n° 1985-702125. – Cass. soc., 29 mai 2013, n° 12-60.262 : *Bull. civ.* 2013, V, n° 141 ; *Dr. soc.* 2013, p. 653 et s., note F. Petit ; *JurisData* n° 2013-010803. Si la désignation d'un délégué syndical dans le cadre de l'unité économique et sociale est possible depuis l'origine de la notion, depuis la loi du 20 août 2008 elle ne peut plus être antérieure à sa reconnaissance (« il ne peut être procédé à la désignation d'un délégué syndical au sein d'une unité économique et sociale que lorsque des élections permettant de déterminer la représentativité des syndicats et l'audience des candidats ont été organisées dans ce périmètre », Cass. soc., 29 mai 2013, préc.).

(65) C. trav., art. L. 2143-3.

(66) C. trav., art. L. 2232-17.

(67) Cass. soc., 2 déc. 2003, n° 01-47.010 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 310 ; *RJS* 2/2004, n° 241 ; *Dr. soc.* 2004, p. 107, note J. Savatier ; *JurisData* n° 2003-021235.

n'emporte pas d'effets sur le statut conventionnel propre à chacune d'elles. Les accords conclus antérieurement n'ont pas « vocation à déborder le périmètre de leur application »⁽⁶⁸⁾ et ne sont ni mis en cause, ni frappés de caducité. Ils ne pourront toutefois plus être révisés en raison de l'absence d'interlocuteurs syndicaux compétents⁽⁶⁹⁾. L'harmonisation du statut collectif de l'ensemble de la communauté de travail nécessitera leur dénonciation⁽⁷⁰⁾ et la négociation au niveau de l'unité économique et sociale d'un accord collectif commun aux entités la composant⁽⁷¹⁾. Lorsqu'elle n'est pas divisée en établissements distincts, l'unité économique et sociale constitue le seul cadre où la négociation collective peut se développer. Les délégués syndicaux désignés dans ce périmètre doivent pouvoir y exercer l'un des droits qu'ils tiennent de leur mandat.

326. – L'accord collectif d'unité économique et sociale, un outil nécessaire. La reconnaissance de l'existence d'une négociation d'unité économique et sociale peut « avoir pour intérêt de fournir des solutions concrètes aux difficultés particulières suscitées par l'assemblage de différentes sociétés »⁽⁷²⁾. Admis en matière de participation aux résultats⁽⁷³⁾, un accord collectif de travail conclu dans ce périmètre peut créer un certain nombre de droits qui font l'objet d'un consensus au sein de la communauté de travail reconstituée tels que ceux intéressant la mobilité interne⁽⁷⁴⁾ ou la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences⁽⁷⁵⁾. L'adéquation de ces thèmes et de l'unité économique et sociale comme champ d'application est d'autant plus forte que la permutableté du personnel constitue l'un des critères permettant de la caractériser. L'accord collectif devient un outil de gestion.

327. – Le but poursuivi, s'il participe de la même approche, est différent lorsque « la conclusion d'un accord [à ce niveau] permet non seulement de rationaliser les dispositions en vigueur mais aussi de donner un fondement aux éventuelles différences de traitement instaurées [en son sein] »⁽⁷⁶⁾ à condition qu'elles soient justifiées par des raisons objectives et pertinentes. Il y a là une voie d'harmonisation des conditions de travail, positive pour le climat social dans l'unité économique et sociale puisqu'elle associe par la négociation les représentants du personnel à la conduite du changement.

(68) F. Duquesne, *Autonomie du statut collectif d'entreprise au sein de l'unité économique et sociale* : JCP E 2004, 428.

(69) En matière de révision d'accords d'entreprise, un parallélisme des formes est exigé : le périmètre dans lequel l'avenant est négocié doit être le même que celui dans lequel l'accord initial a été conclu. Or, la reconnaissance de l'unité économique et sociale conduit à la disparition du cadre dans lequel ces accords ont été négociés. Il a été dissous dans un ensemble plus grand. V. *infra*, n^{os} 541 et s.

(70) N. Dauxerre et G. Laferrière, *Unité économique et sociale et négociation collective* : JCP S 2006, 1775, spéc. n^o 15.

(71) L'arrêt du 2 décembre 2003 soulève une question sur ce point (Cass. soc., 2 déc. 2003, n^o 01-47.010 : *Bull. civ.* 2003, V, n^o 310 ; *RJS* 2/2004, n^o 241 ; *Dr. soc.* 2004, p. 107, note J. Savatier ; *JurisData* n^o 2003-021235). Sa rédaction laisse supposer que les accords propres à chaque société conservent leur champ d'application respectif en l'absence d'accord collectif commun. Dès lors, la conclusion au niveau de l'unité économique et sociale d'un accord collectif unique conduirait à la mise en cause des accords préexistants de niveau inférieur.

(72) I. Desbarats, *La notion d'unité économique et sociale en droit du travail*, in *Mél. M. Despax*, PUSS, 2002, p. 77 et s., spéc. p. 88.

(73) Par la combinaison des articles L. 3322-2 et L. 3322-6 du Code du travail.

(74) C. trav., art. L. 2242-17 et s., textes issus de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée aux articles L. 2242-21 et s.).

(75) C. trav., art. L. 2242-13 et s., textes issus de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée aux articles L. 2242-15 et s.).

(76) N. Dauxerre et G. Laferrière, *Unité économique et sociale et négociation collective* : JCP S 2006, 1775, spéc. n^o 15.

328. – La conclusion d'accords collectifs relatifs au fonctionnement des institutions représentatives du personnel doit également être préconisée⁽⁷⁷⁾. La majorité des textes qui portent sur celles-ci ne font pas mention de l'unité économique et sociale et ne tiennent donc pas compte des particularités de cet ensemble. La création jurisprudentielle qu'elle constitue se heurte à des textes qui ne prévoient pas son existence alors qu'en toute logique elle a vocation à s'appliquer⁽⁷⁸⁾. Les difficultés pratiques et l'insécurité juridique que suscitent leur institution et leur fonctionnement favorisent la tenue d'une négociation sur ce thème. Les modalités d'accès des représentants du personnel à l'information et aux sites des différentes entités juridiques composant l'unité économique et sociale pourront être aménagées⁽⁷⁹⁾.

329. – **L'accord collectif d'unité économique et sociale, un impératif.** Le recours à la négociation collective peut également être obligatoire dans le cadre de l'unité économique et sociale lorsque les textes indiquent qu'elle se tient dans le périmètre où est implanté le comité d'entreprise préalablement à toute décision unilatérale. La détermination du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi élaboré en cas de « grand » licenciement pour motif économique doit faire l'objet d'une telle négociation⁽⁸⁰⁾. Il ne peut être fixé par un document unilatéral de l'employeur « qu'à défaut d'accord »⁽⁸¹⁾. Cette logique prévaut également pour les entreprises de plus de cinquante et de moins de trois cents salariés qui souhaitent échapper à la pénalité financière liée au « contrat de génération »⁽⁸²⁾. De même, la base de données économiques et sociales que l'employeur doit mettre à la disposition du comité d'entreprise⁽⁸³⁾ peut être enrichie uniquement par voie conventionnelle. Enfin, la dérogation à la loi, notamment en matière de durée et d'aménagement du temps de travail⁽⁸⁴⁾, n'est possible que par la conclusion d'un accord collectif.

330. – L'impossibilité pour les entités juridiques constituant une unité économique et sociale de négocier au niveau de celle-ci serait justifiée dans l'hypothèse

(77) J. Daniel et A. Teissier, *Unité économique et sociale et instances de représentation du personnel* : JCP S 2006, 1774, spéc. n° 28.

(78) À titre d'exemple, peuvent être cités les articles L. 2143-20 et L. 2325-11 du Code du travail, respectivement relatifs aux déplacements des délégués syndicaux et des représentants au comité d'entreprise dans celle-ci, ou les articles L. 2323-47 et L. 2323-55 du même code qui prévoient la remise annuelle au comité d'entreprise d'un rapport sur la situation économique de l'entreprise.

(79) En effet, ils doivent être considérés pour les prérogatives résultant de leur mandat comme des salariés de l'entreprise au sens large et non uniquement de l'entité juridique autonome avec laquelle un lien contractuel existe. C'est ainsi qu'ils relèvent du premier alinéa de l'article L. 1232-4 du Code du travail et peuvent assister tout salarié compris dans l'unité économique et sociale (Cass. soc., 8 juin 2011, n° 10-14.650 : *Bull. civ.* 2011, V, n° 140 ; *RJS* 8-9/2011, n° 672 ; *JCP S* 2011, 1484, note C. Puigelier ; *D.* 2011, p. 1692 ; *JurisData* n° 2011-010947).

(80) C. trav., art. L. 1233-24-1.

(81) C. trav., art. L. 1233-24-4. Plusieurs auteurs, et l'administration, considèrent ici que la locution « à défaut » doit se lire « ou » (V. not. P. Morvan : *JCl. Travail Traité*, Fasc. 31-3, pt 61 : « la locution "à défaut" employée par le texte n'exprime pas une idée de subsidiarité impérative. Le législateur n'a pas entendu subordonner la rédaction du document unilatéral à la négociation préalable ou à l'impossibilité de conclure un accord majoritaire »). Aucun argument décisif ne permet d'écarter une interprétation plus habituelle de cette expression (Cass. soc., 13 juill. 2010, n° 10-60.148 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 176 ; *RJS* 11/2010, n° 860 ; *JCP S* 2011, 1509, note F. Petit ; *Dr. soc.* 2010, p. 1133 et s., note E. Jeansen ; *JurisData* n° 2011-020307).

(82) C. trav., art. L. 5121-8.

(83) C. trav., art. L. 2323-7-2.

(84) Tel est, notamment, le cas du remplacement de tout ou partie des heures supplémentaires et des majorations afférentes par un repos compensateur équivalent (C. trav., art. L. 3121-24), de la mise en place de conventions individuelles de forfait, en heures ou en jours, sur l'année (C. trav., art. L. 3121-39) ou de la modification de la période de référence pour les congés payés (C. trav., art. L. 3141-11, al. 2).

où seule une fraude permettrait sa reconnaissance, la privation de cette faculté étant partie intégrante de la sanction prononcée. Cette analyse doit être écartée à deux titres. D'abord, la négociation collective constitue un droit partagé par l'employeur et la collectivité des salariés. Le comportement illicite du premier ne devrait pouvoir priver la seconde de l'exercice de ce droit. Ensuite, la reconnaissance d'une unité économique et sociale est aujourd'hui détachée de l'existence d'une fraude. Un paradoxe peut être relevé : périmètre de représentation du personnel institué par accord collectif, sa définition conduit à annihiler pour l'avenir le processus juridique qui lui a permis de voir le jour. Ainsi, la consécration d'un niveau de négociation en son sein est nécessaire. Tant que subsistera le manque de base légale, l'anathème sera envisageable.

§ 2. – Une difficile négociation d'unité économique et sociale

331. – Le droit de la négociation collective s'est construit au fil des années. Son expansion et l'émergence de niveaux pertinents de négociation résultent avant tout de la pratique des partenaires sociaux. Le législateur intervient dans ce domaine pour « sécuriser » des situations existantes et donner une assise juridique à un outil qui a déjà fait ses preuves⁽⁸⁵⁾. Ce cap est franchi pour l'unité économique et sociale. L'action du législateur est souhaitable à plus d'un titre. Lorsque des sanctions pénales existent (II), l'inconstance de l'administration (I) et les interrogations sur la réalité juridique de l'accord d'unité économique et sociale (III) créent un contexte peu propice à la stabilité de l'ensemble.

I. – L'instabilité de la doctrine administrative

332. – **Le clair.** L'appréciation portée par l'administration sur la négociation d'unité économique et sociale n'est pas intangible. Sa position évolue. Dans la circulaire du 22 mai 2004, elle estime de manière explicite que les accords collectifs négociés et conclus dans ce cadre relèvent du régime des conventions et accords d'entreprise⁽⁸⁶⁾. Elle énonce également qu'un « accord peut également être conclu avec le comité d'entreprise commun obligatoirement mis en place⁽⁸⁷⁾ et portant sur la totalité de son champ de représentativité »⁽⁸⁸⁾. À cette date, la notion d'unité économique et sociale est donc clairement assimilée à une « entreprise au sens des relations collectives de travail ».

(85) La consécration législative de l'accord de groupe par la loi du 4 mai 2004 (L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social : JO 5 mai 2004, p. 7983 et s.) illustre tout particulièrement ce processus d'élaboration de la loi.

(86) « Les accords collectifs négociés et conclus, au sein d'une unité économique et sociale reconnue, par les organisations syndicales représentatives ayant procédé à la désignation d'un délégué syndical dans ce cadre, sont soumis au régime des conventions et accords d'entreprise, ainsi qu'à leurs conditions de validité », Circ. DRT, 22 sept. 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, fiche n° 5, pt 1 : BO Travail 5 nov. 2005, n° 2004-20 ; JO 31 oct. 2004.

(87) Dans les conditions prévues à l'article L. 2322-4 du Code du travail.

(88) Circ. DRT, 22 sept. 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, fiche n° 6, pt 1.3 : BO Travail 5 nov. 2005, n° 2004-20 ; JO 31 oct. 2004.

333. – L'indécis. Un changement de position est perceptible en 2011. Par deux circulaires signées le même jour, qui précisent les modalités d'application de dispositifs faisant obligation aux entreprises d'être couvertes par un accord collectif ou un plan d'action sur des thèmes déterminés, l'administration infléchit sa doctrine. Elle considère, en n'y faisant pas référence, que l'accord relatif à l'égalité professionnelle, négocié au niveau de l'unité économique et sociale, ne permet pas aux entreprises la composant de s'exonérer du paiement de la pénalité financière⁽⁸⁹⁾. En revanche, elle l'admet en matière de prévention de la pénibilité⁽⁹⁰⁾. Cette contradiction pourrait trouver son origine dans l'assimilation de l'accord d'unité économique et sociale à l'accord de groupe⁽⁹¹⁾. Suivant le régime de l'accord d'entreprise pour sa négociation et sa conclusion, il ne produirait pas les mêmes effets que celui-ci.

334. – Le téléologique. Un revirement est de nouveau opéré en 2013 à propos de la mise en œuvre des contrats de génération⁽⁹²⁾. Là encore, l'accord d'unité économique et sociale n'est pas mentionné et apparaît donc comme inopérant pour exonérer les entreprises de plus de trois cents salariés ou appartenant à un groupe de plus de trois cents salariés à la pénalité de 1 %. Une explication de ce silence peut être trouvée dans la volonté du ministère du Travail d'étendre le champ des bénéficiaires du dispositif. En effet, en considérant que les effectifs s'apprécient au niveau de chaque entité juridique et non de l'unité économique et sociale, le nombre de ceux qui peuvent prétendre à l'aide⁽⁹³⁾ est augmenté. Une incohérence est perceptible puisque l'accord peut être négocié dans les conditions prévues à l'article L. 2232-21 du Code du travail, soit potentiellement avec le comité d'entreprise commun.

335. – L'ambigu. Enfin, dans la circulaire du 18 mars 2014 relative à la base de données économiques et sociales, l'administration énonce qu'un accord conclu au niveau de l'unité économique et sociale peut l'enrichir alors qu'il n'était pas mentionné par la loi⁽⁹⁴⁾. Cette affirmation, logique quant à l'objectif poursuivi par la règle⁽⁹⁵⁾, s'inscrit en porte à faux avec la tendance selon laquelle les notions ne peuvent être confondues en matière de négociation collective. La place de l'unité économique et sociale en tant qu'unité de négociation doit encore être déterminée ; l'administration en fait un niveau à géométrie variable. Cette incertitude porte préjudice au développement de la négociation dans ce périmètre. Elle pose problème lorsque cette dernière revêt un caractère obligatoire.

(89) Circ. DGT/DGCS, 28 oct. 2011, relative au champ et aux conditions d'application de la pénalité financière prévue par l'article 99 de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites.

(90) Circ. DGT n° 08, 28 oct. 2011, relative aux accords et plans d'action en faveur de la prévention de la pénibilité prévus à l'article L. 138-29 du Code de la sécurité sociale, p. 4 : *BO Travail* 30 nov. 2011, n° 2011-11.

(91) En matière de prévention de la pénibilité, l'accord de groupe permettait d'exonérer les entreprises appartenant à celui-ci. Ce n'est pas le cas s'agissant de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

(92) Circ. DGEFP/DGT n° 2013-07, 15 mai 2013, relative au contrat de génération.

(93) Peuvent seules bénéficier d'une aide au titre de ce dispositif, les entreprises de moins de trois cents salariés qui appartiennent à un groupe de moins de trois cents salariés (C. trav., art. L. 5121-7 et L. 5121-8).

(94) C. trav., art. L. 2323-7-2.

(95) La base de données économiques et sociales a été instituée afin de permettre une meilleure information des institutions représentatives du personnel ; il aurait été contraire à l'esprit des textes que les comités d'entreprise constitués au niveau des unités économiques et sociales ne disposent pas des mêmes facultés d'adaptation que ceux qui existent dans des entités juridiques uniques.

II. – La confrontation de l'unité économique et sociale et de la négociation obligatoire

336. – Une assimilation problématique. Aux termes du premier alinéa de l'article L. 2242-1 du Code du travail, « dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur engage » une négociation sur des thèmes limitativement énumérés. La désignation au niveau de l'unité économique et sociale d'un délégué syndical par une organisation syndicale représentative, laquelle suppose l'existence dans le même périmètre d'une section syndicale, fait apparaître des difficultés d'articulation. Si l'unité économique et sociale se confond avec l'entreprise, les articles L. 2242-1 et suivants du Code du travail pourraient s'y appliquer⁽⁹⁶⁾. Des problèmes propres à la négociation obligatoire se font jour dans ce champ. Le niveau auquel elle doit se tenir n'est pas explicitement déterminé par les textes. La Cour de cassation a précisé les conditions qui doivent être cumulativement réunies pour que l'employeur puisse l'engager par établissement ou groupe d'établissements⁽⁹⁷⁾. Or, l'unité économique et sociale peut être divisée en établissements au sein desquels des institutions représentatives du personnel sont constituées, coiffées par un comité central mis en place au niveau de l'unité économique et sociale. Plusieurs situations doivent être distinguées en fonction de la configuration de l'ensemble.

337. – Structure simple, appréhension complexe. Dans le cas où l'unité économique et sociale est constituée d'un seul établissement, les organisations syndicales ne peuvent apporter la preuve de leur représentativité que dans ce périmètre. Les délégués syndicaux sont désignés dans ce champ. Par conséquent, il n'existe pas, en droit, de sections syndicales d'organisations représentatives dans les différentes entités juridiques composant l'unité économique et sociale : comme le comité d'entreprise, elles sont communes⁽⁹⁸⁾. Elles constituent le critère d'assujettissement à la négociation obligatoire. Entendue comme une entreprise au sens des articles L. 2322-1 et suivants du Code du travail⁽⁹⁹⁾, il n'est pas possible d'affirmer avec certitude qu'il en est de même pour les articles L. 2242-1 et suivants du même code.

338. – L'obstacle principal à cette reconnaissance tient au concept d'obligation de négocier. Il induit l'existence d'au moins une sanction dans le cas où l'une des parties ne s'en acquitte pas. Ont été prévues des sanctions pénales aux articles L. 2243-1

(96) Plusieurs auteurs prônent cette assimilation. V. not. M. Cloitre, *L'unité économique et sociale*, thèse Rennes I, 2013, p. 278. – B. Boubli, *L'unité économique et sociale à l'état des vœux. État des lieux et souhaits de réforme : Semaine sociale Lamy* 2004, n° 1156, p. 6 et s., spéc. p. 10. – C. Capmas-Benoist, *La portée de la reconnaissance d'une UES : Semaine sociale Lamy* 2005, n° 1205, p. 5 et s., spéc. p. 9).

(97) Deux conditions cumulatives sont exigées par la jurisprudence : aucune des organisations syndicales représentatives dans l'établissement où elle doit s'ouvrir ne doit s'y opposer et elle doit être menée dans tous les établissements (Cass. soc., 21 mars 1990, n° 88-14.794 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 139 ; RJS 5/1990, n° 400 ; *Dr. soc.* 1990, p. 603 et s., note P. Langlois – Cass. crim., 4 déc. 1990, n° 89-83.283 : *Bull. crim.* 1990, n° 416 ; RJS 2/1991, n° 225 ; D. 2003, p. 25 ; *JurisData* n° 1990-003905).

(98) Le périmètre de désignation du représentant de section syndicale est identique à celui du délégué syndical (Cass. soc., 14 déc. 2010, n° 10-60.221 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 292 ; RJS 2/2011, n° 152 ; JCP S 2011, 1116, note B. Gauriau ; D. 2011, p. 169 ; *JurisData* n° 2010-023839). Il faut en déduire que le périmètre de désignation du délégué syndical et celui de la section syndicale coïncident.

(99) V. not. Cass. soc., 25 sept. 2012, n° 10-26.224 : *Bull. civ.* 2012, V, n° 234 ; RJS 12/2012, n° 960, note H. Guyot ; JCP S 2012, 1500, note D. Boulmier ; *Dr. soc.* 2012, p. 1074 et s., *JurisData* n° 2012-021479.

et suivants du Code du travail. Leur principe suppose l'identification d'un débiteur à qui l'infraction sera imputée. Le Code pénal connaît deux catégories de personnes dont la responsabilité peut être recherchée, physiques ou morales. L'unité économique et sociale, groupement de plusieurs entités juridiques, n'est pas dotée de la personnalité morale⁽¹⁰⁰⁾. La position selon laquelle elle échappe, comme les structures qu'elle rassemble, à l'application des articles L. 2242-1 et suivants du Code du travail peut être soutenue⁽¹⁰¹⁾.

339. – Structure complexe, appréhension parfois simplifiée. Dans le cas où l'unité économique et sociale est composée de plusieurs établissements, différentes hypothèses doivent être envisagées.

340. – Le découpage réalisé lors de la négociation du protocole préélectoral peut conduire à ce que les établissements, distincts au sens des normes gouvernant les délégués syndicaux, ne correspondent pas, en tout ou partie, avec les sociétés que rassemble l'unité économique et sociale. Le lien contractuel qui unit l'employeur à un salarié subsiste en dépit de la reconnaissance d'une communauté de travail plus étendue⁽¹⁰²⁾ et de sa désignation pour exercer un mandat dans ce champ. Dès lors, les délégués syndicaux pourraient être inégalement répartis parmi les structures qui résultent du droit des sociétés, certaines pouvant en être dépourvues. De plus, la mesure de la représentativité des organisations syndicales au sein de chacune d'elles est impossible en l'état des textes. Cette configuration doit être rapprochée de celle où un seul établissement existe. Son appartenance au champ d'application de la négociation obligatoire d'entreprise peut être débattue dans les mêmes termes.

341. – Inversement, une correspondance entre les établissements et les entités juridiques peut exister. Des délégués syndicaux peuvent être désignés au sein de chacune des personnes morales⁽¹⁰³⁾ ; la représentativité des organisations syndicales peut y être calculée. L'analyse de la situation de ces établissements est paradoxale. S'il existe en leur sein au moins une section syndicale et un délégué syndical, la qualification de la communauté de travail représentée est ambiguë ; elle peut être rattachée à la fois à un établissement et à une entreprise. Chacun d'eux est assujéti, à ce titre, à la négociation obligatoire. Or, en principe, elle doit se tenir au niveau central, ici celui de l'unité économique et sociale⁽¹⁰⁴⁾. Les délégués syndicaux d'établissement, désignés au sein d'entités juridiques intégrées à un ensemble plus large, peuvent toutefois être considérés comme les créanciers dans chacune d'elles d'un droit à négocier. « Il n'est pas certain que l'ensemble des organisations syndicales

(100) Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.875 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 255 ; *RJS* 3/2009, n° 254, note S. Béal ; *JCP E* 2009, 1149 ; *Dr. soc.* 2009, p. 500 et s., note J. Savatier ; *JurisData* n° 2008-046307.

(101) Cette position est confortée par des arguments juridiques. Toutefois, dans la pratique, le refus par l'employeur d'engager une négociation sur les thèmes normalement obligatoires n'est pas sans risques sur le terrain social et est partiellement contraire à la philosophie qui préside à l'élaboration du concept d'unité économique et sociale. De plus, il ne semble pas cohérent lorsque la reconnaissance de l'unité économique et sociale a été opérée par voie conventionnelle.

(102) L'unité économique et sociale ne peut devenir, quand bien même les parties le souhaiteraient et le prévoiraient, l'employeur des salariés. Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.875 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 255.

(103) Ils sont toutefois désignés en tant que délégués syndicaux d'établissement ; les délégués syndicaux centraux le sont au niveau de l'unité économique et sociale.

(104) *V. infra*, n°s 569 et s.

[par l'intermédiaire de leur mandataire désigné] soient prêtes à y renoncer au profit d'une négociation conduite à un niveau plus élevé »⁽¹⁰⁵⁾. Il n'est donc pas exclu que deux négociations coexistent sur des matières identiques⁽¹⁰⁶⁾, mais dans des périmètres différents.

342. – En outre, une interrogation demeure quant à la faculté, pour les employeurs que réunit l'unité économique et sociale, de s'exonérer de leurs obligations de négocier par l'existence de discussions au seul niveau central. La réponse à cette question dépend notamment de la nature juridique de l'accord collectif conclu dans ce cadre.

III. – L'incertaine nature de l'accord collectif d'unité économique et sociale

343. – **Un rapprochement incertain.** De multiples personnes morales constituent la partie patronale à l'accord collectif conclu dans une unité économique et sociale. Le Code du travail ne l'exclut pas en principe.

« La convention ou l'accord est conclu entre :

- d'une part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord ;
- d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs, ou toute autre association d'employeurs, ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement »⁽¹⁰⁷⁾.

En revanche, l'accord d'entreprise ne peut être négocié qu'avec un employeur⁽¹⁰⁸⁾. L'assimilation à laquelle procède l'administration dans la circulaire du 22 septembre 2004 est contraire à ce que prévoient les textes. Cette confusion résulte du fait que l'unité économique et sociale peut être analysée, à certains égards, comme une entreprise à établissements multiples. La pluralité de personnes morales la composant n'empêche pas la consolidation dans son périmètre des résultats des élections professionnelles pour identifier les organisations syndicales représentatives et leur poids lors de la signature de l'accord. Mais elle s'oppose à l'existence d'un *instrumentum* unique.

344. – **Une construction inachevée.** L'analyse selon laquelle il s'agirait en réalité d'une somme d'accords collectifs d'entreprise conclus à l'issue d'une négociation interentreprises qui, au sein d'un seul acte juridique, fait coexister autant de *negotia* qu'il y a de personnes morales, peut permettre de donner un cadre juridique à cette pratique. Les conditions de validité des accords doivent, dans ces conditions, être appréciées société par société⁽¹⁰⁹⁾. Leur vérification n'est possible que dans le cas où des comités d'établissement sont mis en place au sein de chacune des entités composant l'unité économique et sociale. Le champ d'application figurant

(105) N. Dauxerre et G. Laferrrière, *Unité économique et sociale et négociation collective* : JCP S 2006, 1775, spéc. n° 13.

(106) Visées aux articles L. 2242-1 et suivants du Code du travail. Textes issus de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

(107) C. trav., art. L. 2231-1, al. 1^{er}.

(108) C. trav., art. L. 2232-16.

(109) L'accord interentreprises s'oppose ici à l'accord d'entreprise pour lequel il n'est pas nécessaire que les signataires remplissent les conditions de validité au niveau de chaque établissement.

dans l'accord peut ne pas correspondre à la réalité juridique⁽¹¹⁰⁾. Cette difficulté est écartée si l'unanimité est exigée lors de sa signature, les conditions de validité des accords d'entreprise étant forcément réunies.

345. – Ces conditions sont d'ordre public absolu⁽¹¹¹⁾. Les partenaires sociaux ne peuvent en prévoir d'autres lors de la reconnaissance de l'unité économique et sociale. Seule la loi pourrait le faire. La possibilité de consolider les résultats des élections dans le but d'identifier les organisations syndicales représentatives et leur poids au moment de la signature d'un accord dans l'unité économique et sociale est le préalable à son affirmation comme niveau de négociation. L'accord négocié et conclu dans ce périmètre relèverait d'un régime propre tenant compte de ses caractéristiques particulières⁽¹¹²⁾, panachage de ceux qui existent pour l'entreprise au sens strict⁽¹¹³⁾ et pour le groupe⁽¹¹⁴⁾.

346. – **Une évolution attendue.** La mise en place des institutions représentatives du personnel dans le cadre de l'unité économique et sociale invite à la considérer comme un « périmètre ouvert à la négociation collective »⁽¹¹⁵⁾. Sa conquête et son développement nécessitent l'élaboration d'un régime garantissant une plus grande sécurité juridique tant dans la négociation et la conclusion que dans l'application de l'accord. De telles menées peuvent découler de la pratique et du contentieux qui en résulte. La liberté d'entreprendre et les droits des salariés doivent cohabiter en bonne intelligence. « La séparation des structures, librement choisie par l'employeur, ne doit pas nuire aux droits collectifs des salariés, ni constituer une source d'abus pour l'employeur »⁽¹¹⁶⁾.

347. – « Assimilée à une entreprise, alors qu'elle est nécessairement composée de plusieurs personnes morales prises dans leur ensemble, l'unité économique et sociale est appelée à transposer en son sein des règles adoptées pour des personnes morales uniques »⁽¹¹⁷⁾. Si cette adaptation peut être exécutée par le juge, il serait préférable que le législateur y procède. Les interventions successives de ces deux acteurs pour consacrer un niveau « parallèle »⁽¹¹⁸⁾ de négociation peuvent également être envisagées. Un cheminement identique a conduit à la reconnaissance de la négociation de groupe.

(110) Dans une unité économique et sociale divisée en deux établissements distincts dont le périmètre coïncide avec les deux sociétés qui la composent, une négociation est engagée. Dans l'établissement 1, les organisations syndicales A et B sont représentatives avec des audiences de 60 et 40 % des suffrages exprimés. Dans l'établissement 2, le syndicat B a obtenu 29 % des suffrages et le syndicat C, 71 % (le nombre de suffrages exprimés dans chaque établissement est considéré comme identique). Or, seuls A et B signent l'accord à l'issue de la négociation. Il remplit donc les conditions de validité pour la société 1 (100 %) mais pas pour la société 2 (29 %) : il ne peut entrer en vigueur dans cette dernière. Le champ d'application spécifié doit être restreint. En revanche, si les résultats des deux entités juridiques étaient consolidés, les organisations syndicales signataires de l'accord réuniraient 64,5 %.

(111) Cass. soc., 4 févr. 2014, n° 12-35.333 : *Bull. civ.* 2014, V, n° 47 ; *RJS* 4/2014, n° 3 ; *JCP S* 2014, 1218, note E. Jeansen ; *Dr. soc.* 2014, p. 483 et s., note F. Petit ; *JurisData* n° 2014-001545.

(112) Doit également être relevé le fait que l'unité de négociation ainsi reconnue ne s'inscrit pas dans la durée puisque, lors de chaque scrutin (donc au plus tous les quatre ans), le périmètre et la composition de l'unité économique et sociale peuvent être débattus (Cass. soc., 31 mars 2009, n° 08-60.494 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 96 ; *RJS* 6/2009, n° 559 ; *JCP S* 2009, 1475, note J.-S. Lipski ; *D.* 2009, p. 1147 et s. ; *JurisData* n° 2009-047681).

(113) *C. trav.*, art. L. 2232-11 et s.

(114) *C. trav.*, art. L. 2232-30 et s.

(115) L. Pécaut-Rivolier, *L'unité économique et sociale, quel avenir ?* : *Dr. soc.* 2012, p. 974 et s., spéc. p. 978.

(116) *Ibid.*

(117) J. Daniel et A. Teissier, *Unité économique et sociale et instances de représentation du personnel* : *JCP S* 2006, 1774, spéc. n° 2.

(118) Au sens où la négociation d'unité économique et sociale pourrait avoir vocation à se substituer à la négociation d'entreprise.

La consécration d'un niveau de négociation

348. – Forme d'organisation économique de l'entreprise, le groupe est un lieu de rencontre de plusieurs branches du droit. Hyde dont les juristes ne parviennent à dompter qu'une tête à la fois, le concept de groupe de sociétés entretient des relations particulières avec le droit du travail⁽¹¹⁹⁾. « Empreint d'une forte rationalité matérielle »⁽¹²⁰⁾, il procède à l'appréhension de la notion sans occulter le fait qu'il s'agit d'un « phénomène économique perturbateur de l'ordre juridique »⁽¹²¹⁾. Différentes entités « sont intégrées dans une organisation économique plus vaste, le groupe, dont l'organisation interne a pour effet de les soumettre à une unité de décision économique »⁽¹²²⁾.

349. – Deux phénomènes sont susceptibles de donner naissance à un groupe. Il peut résulter d'une croissance externe⁽¹²³⁾ ou d'une segmentation interne⁽¹²⁴⁾. Lorsqu'il naît du démembrement d'une entreprise sous la forme de plusieurs sociétés, le groupe devient le périmètre dans lequel les négociations sont habituellement menées. Au-delà de cette hypothèse particulière, la question de l'existence de la négociation collective de groupe, quel que soit le processus qui en est à l'origine, doit être posée. Les liens qui existent entre groupe et entreprise soulèvent la question de son émancipation de la négociation déjà consacrée au sein de cette dernière sous la forme d'une entreprise à établissements multiples. Au-delà de sa reconnaissance, c'est le degré d'autonomie qui lui est conféré qui doit être précisé : le groupe constitue-t-il un niveau de plein exercice de la négociation collective ou doit-il être rattaché à celui consacré pour l'entreprise ? En tout état de cause, le fait qu'il puisse constituer un périmètre efficace de déploiement d'un accord collectif ne pouvait être ignoré (Sous-section 1). De nombreux obstacles juridiques rendaient toutefois difficile l'édification d'un régime (Sous-section 2).

(119) « Réalité économique fuyante, fluctuante, diversifiée, les groupes de sociétés ressemblent à des hydres dont le droit ne semble pouvoir saisir qu'une tête à la fois », M.-A. Moreau, *La mobilité des salariés dans les groupes de dimension communautaire : quelques réflexions à partir d'une analyse comparée* : Travail et emploi 1992, n° 53, p. 58.

(120) M. Kocher, *La notion de groupes d'entreprises en droit du travail*, LGDJ, 2013, spéc. n° 13, p. 10 ; citant F. Ost et M. Van de Kerchove, l'auteur poursuit, « le droit matériel tient compte des éléments non-juridiques ou extra-juridiques, dans la mesure où le droit n'est pas au service de sa propre logique abstraite et de sa cohérence idéale, mais à celui des exigences de la société historique complète dont il régleme l'ordre ».

(121) M. Kocher, *La notion de groupes d'entreprises en droit du travail*, LGDJ, 2013, spéc. n° 13, p. 10.

(122) *Ibid.*, spéc. n° 7, p. 5.

(123) La croissance externe se définit comme le « processus par lequel l'entreprise s'agrandit par regroupement avec d'autres entreprises préexistantes dont elle prend le contrôle » (A. Beitone, A. Cazorla, C. Dollo et A.-M. Drai, *Dictionnaire de sciences économiques*, Armand Colin, 2001, p. 116) et « se caractérise par la persistance des cellules économiques de base, les entreprises, et par leur intégration à des unités plus vastes, dont les organes imposent à l'ensemble une direction économique unitaire » (C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962, p. 4).

(124) Une seule entité juridique peut, pour des raisons fiscales, comptables ou de limitation des risques, être divisée en plusieurs sociétés. L'intégration à l'entreprise préexistante n'a pas à être démontrée. La concentration du pouvoir conduit parfois à la reconnaissance d'une unité économique et sociale.

S O U S - S E C T I O N 1

Une consécration exigée

350. – Le groupe appartient à « la géographie du droit du travail »⁽¹²⁵⁾. Il constitue « un cadre d'application et d'appréciation de la règle de droit au même titre que l'entreprise, l'établissement, [ou] l'unité économique et sociale »⁽¹²⁶⁾. L'identification d'une communauté de travail est possible (§ 1). En toute logique, le principe de participation tend à y produire ses effets. La pratique de la négociation collective y a précédé l'élaboration du cadre juridique pertinent (§ 2).

§ 1. – Une communauté révélée

351. – Régulièrement circonscrit à une entité juridique, le périmètre de l'entreprise et de la communauté de travail qui s'y inscrit ne prête pas le flanc à la critique. Il en va différemment du groupe où la constatation de l'existence d'un ensemble de salariés, détenteurs d'un droit, et la reconnaissance de la possibilité d'exercer ce droit dans un nouveau champ sont discutables⁽¹²⁷⁾. Est incertaine la réalité d'une communauté de travail qui pourrait « traverser plusieurs entités juridiques et conduire alors à la mise en œuvre de règles juridiques propres à l'entreprise »⁽¹²⁸⁾.

352. – **Un pouvoir de direction.** La caractérisation d'un groupe implique la domination ou le contrôle d'une société sur d'autres. L'autonomie des filiales y est relative. « Il y a un hiatus entre la structure juridique et la réalité économique. Le pouvoir économique se situe au niveau du groupe, même si les droits et obligations à l'égard des tiers naissent au niveau de chacune des sociétés dotées d'une personnalité juridique qui n'appartient pas au groupe »⁽¹²⁹⁾. La représentation des salariés qui requiert la concordance de ces deux éléments en est ébranlée. Les institutions fondées en ce sens, dans le cadre de l'entreprise, deviennent partiellement inutiles, voire sans objet. En effet, l'existence du groupe conduit à s'interroger sur « l'espace d'appréciation des droits nécessaires à l'organisation des relations professionnelles, en particulier le droit à l'information »⁽¹³⁰⁾. Lorsque des liens capitalistiques sont établis entre plusieurs sociétés juridiquement distinctes et qu'une organisation hiérarchique en résulte, l'unité du pouvoir de direction se dessine. Le groupe bénéficie du dessaisissement décisionnel, plus ou moins important et contraint, des dirigeants des sociétés qui le composent.

(125) A. Lyon-Caen, *Géographie du droit du travail : Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1140, p. 16.

(126) M. Kocher, *La notion de groupes d'entreprises en droit du travail*, LGDJ, 2013, spéc. n° 776, p. 295.

(127) « Est-ce à dire que l'idée de représentation va jusqu'à faire naître le groupe [de personnes], celui-ci pouvant être perçu comme un construit social, mis en forme par le représentant ? N'est-il pas plus justifié d'admettre que le groupe repose sur une communion naturelle d'intérêts et précède sa naissance à la vie juridique par le canal de la représentation, celle-ci constituant uniquement la manifestation visible, la forme vitale du groupe ? », G. Borenfreund, *La représentation des salariés et l'idée de représentation : Dr. soc.* 1991, p. 685 et s., spéc. p. 687.

(128) P.-Y. Verkindt, *La collectivité de travail ou « la belle inconnue » : Dr. soc.* 2012, p. 1006 et s., spéc. p. 1010.

(129) J. Savatier, *Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail*, in *Études de droit du travail : Mél. A. Brun*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 527 et s., spéc. p. 529.

(130) E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, LGDJ, 2008, spéc. n° 232, p. 129.

353. – Un intérêt collectif commun. Dans le but de limiter l'impact de l'organisation capitaliste du groupe pour les salariés⁽¹³¹⁾, la loi du 28 octobre 1982 a créé une instance d'information à ce niveau, structure de représentation adaptée⁽¹³²⁾. Bien que liés à des employeurs différents et appartenant à des communautés de travail d'entreprise distinctes, les salariés du groupe possèdent les mêmes représentants dans une institution représentative unique à travers le comité de groupe. L'existence d'un intérêt commun peut être supposée. Cette présomption est érigée en certitude par la Cour de cassation lorsqu'elle considère que la mise en place d'un comité de groupe dans un périmètre donné induit la défense par celui-ci de l'intérêt collectif des salariés⁽¹³³⁾. C'est pour cette raison que la personnalité morale lui est conférée.

354. – Un intérêt de groupe. La communauté de travail qu'abrite le groupe, mise en lumière par la reconnaissance d'une instance qui a vocation à la représenter, doit être distinguée des communautés de travail des entreprises qui la composent, lesquelles s'expriment notamment par la voix de leur comité d'entreprise. Ainsi, l'intérêt de groupe se conçoit sur le même modèle que l'intérêt de l'entreprise. Il constitue également un standard⁽¹³⁴⁾ et n'est donc pas la somme des intérêts de niveau inférieur. À certains égards, il peut revêtir les caractéristiques du plus grand dénominateur commun. Comme tel, son champ est plus réduit⁽¹³⁵⁾ que celui qui existe dans les entreprises. Dès lors, il ne peut être assimilé à celui qui se forge au sein d'une unité économique et sociale⁽¹³⁶⁾. L'incompatibilité des instances affirmée par le juge s'inscrit dans cette logique⁽¹³⁷⁾. Le groupe exprime une conception hiérarchique⁽¹³⁸⁾ où l'unité sociale fait l'objet d'une intégration plus ou moins limitée alors que l'unité économique et sociale regroupe ce qui est fictivement séparé par le droit des sociétés. « Les deux espaces de représentation ne procèdent pas d'une même construction »⁽¹³⁹⁾. Le développement du principe de participation en leur sein entraîne des effets proches.

§ 2. – Une pratique camouflée

355. – Des germes. Conçu comme un « réceptacle d'informations, [le comité de groupe] se comporte, en fait, comme un organe de consultation »⁽¹⁴⁰⁾. Rapidement,

(131) « Implantées dans le cadre de l'entreprise ou de l'établissement, les institutions légales ne permettent pas, alors, aux représentants des travailleurs de se faire entendre des véritables détenteurs du pouvoir de décision », N. Catala, *L'entreprise*, Dalloz, 1980, spéc. n° 767, p. 882.

(132) L. n° 82-915, 28 oct. 1982, art. 38, relative au développement des institutions représentatives du personnel : JO 29 oct. 1982, p. 3255 et s.

(133) Cass. soc., 23 janv. 1990, n° 86-14.947 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 20 ; *RJS* 2/1990, n° 133 ; *D.* 1990, p. 44 ; *JurisData* n° 1990-700149. – V. également CA Paris, 10 juin 1986 : *JCP G* 1986, II, 20678, note B. Teyssié et A. Viandier.

(134) *V. supra*, n° 72 et s.

(135) Dans un groupe où la direction de la société dominante se limite à des directives économiques et ne prend pas part aux décisions de gestion du personnel de ses filiales, l'intérêt de groupe sera cantonné à la vie économique du groupe.

(136) La communauté de travail reconnue dans ce périmètre doit être rapprochée de celle des entreprises, *V. supra*, n° 315 et s.

(137) Cass. soc., 20 oct. 1999, n° 98-60.398 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 391 ; *RJS* 1/2000, n° 68 ; *D.* 2000, p. 385 et s., note A. Arseguet ; *JurisData* n° 1999-003595.

(138) En attestent les références opérées par le législateur à « l'influence dominante », « la société dominante »...

(139) E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, LGDJ, 2008, spéc. n° 226, p. 126.

(140) CA Paris, 10 juin 1986 : *JCP G* 1986, II, 20678, note B. Teyssié et A. Viandier, spéc. n° 5. – Dans le même sens, M.-A. Rotschild-Souriac, *Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques* : *Dr. soc.* 1991, p. 491 et s., spéc. p. 492 :

la pratique a contribué à l'extension des attributions du comité de groupe⁽¹⁴¹⁾. Or, cette institution porte en elle les germes de la négociation collective. En effet, aux termes de l'article L. 2333-5 du Code du travail, « le comité de groupe est constitué à l'initiative de l'entreprise dominante, dès que la configuration du groupe est définie, (...) soit à la suite d'un accord des parties intéressées, soit, à défaut, par une décision de justice »⁽¹⁴²⁾. Cette obligation de négocier, dont l'inexécution est pénalement sanctionnée⁽¹⁴³⁾, doit être entendue de façon extensive. Elle va au-delà de la seule reconnaissance du groupe et de son périmètre. Le nombre de sièges⁽¹⁴⁴⁾, la durée des mandats⁽¹⁴⁵⁾, la répartition des sièges entre collègues et organisations syndicales font l'objet d'aménagements conventionnels. Les accords de configuration sont donc régulièrement suivis de la négociation d'accords de constitution. D'autres sujets, comme les modalités de fonctionnement et notamment l'attribution de moyens au comité de groupe, ont pu être abordés par accord collectif. Dès l'origine, la reconnaissance de la communauté de travail par l'institution du comité de groupe portait en elle l'ébauche d'une négociation collective certes circonscrite, mais bien réelle.

356. – En 2001, une nouvelle étape est franchie. Le législateur permet la mise en place au niveau d'un groupe d'un dispositif d'intéressement ou de participation ou d'un plan d'épargne d'entreprise⁽¹⁴⁶⁾, lesquels peuvent résulter d'un accord collectif⁽¹⁴⁷⁾. Cette possibilité est justifiée par l'étroite relation qu'entretiennent les mécanismes de participation financière avec la notion de groupe où, par principe, des liens financiers et économiques existent⁽¹⁴⁸⁾. Là encore, une communauté de travail partageant un intérêt commun dans ce domaine, peut être identifiée : elle tend à s'y organiser⁽¹⁴⁹⁾.

357. – **Une mauvaise herbe ?** Logiquement, c'est en matière de représentation du personnel que les premiers accords de groupe ont été conclus, se livrant à l'expérimentation en raison de l'absence de cadre fixé par la loi⁽¹⁵⁰⁾ : « comité de groupe dérogatoire au cadre légal, comités de branche, coordinations syndicales de groupe »⁽¹⁵¹⁾. D'autres, où l'innovation sociale est encore plus poussée, tendent à harmoniser les statuts ou à mettre en place une gestion de l'emploi et des politiques

« la loi créait une dynamique et des conditions propices au dépassement de la simple information ou même de la consultation ».

(141) C. trav., art. L. 2332-1 et L. 2332-2.

(142) C. trav., anc. art. L. 439-5.

(143) C. trav., art. L. 2335-1.

(144) Dans la limite de trente représentants du personnel (C. trav., art. D. 2332-2).

(145) C. trav., art. L. 2333-3, al. 2.

(146) L. n° 2001-152, 19 févr. 2001, art. 4, sur l'épargne salariale : *JO* 20 févr. 2001, p. 2774 et s.

(147) C. trav., art. L. 3312-5 et L. 3322-6. La circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale le confirme (dossier intéressement, fiche 1, II) : *JO* 1^{er} nov. 2005, p. 17179 et s.

(148) C. trav., art. L. 3344-1, al. 1^{er}.

(149) « Si les travailleurs des diverses entreprises prennent conscience de ce que leur sort dépend autant des décisions prises au niveau du groupe que de celles prises dans les sociétés dont ils sont salariés, ils auront naturellement tendance à s'organiser pour négocier avec les véritables titulaires du pouvoir, c'est-à-dire avec les dirigeants du groupe », J. Savatier, *Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail*, in *Études de droit du travail* : Mél. A. Brun, Librairie sociale et économique, 1974, p. 527 et s., spéc. p. 535.

(150) « De l'accord de groupe, la pratique n'hésite pas à faire également usage en marge de la loi. Les accords conclus au sein de groupes de dimension communautaire pour la mise en place d'instances européennes de représentation du personnel le démontrent », B. Teysié, *L'entreprise et le droit du travail* : Arch. phil. dr. 1997, p. 355 et s., spéc. 365.

(151) G. Couturier, *Négociation(s) de groupe*, in *La négociation collective*, éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 53 et s., spéc. p. 54.

de formation. La licéité de telles démarches a été battue en brèche : la négociation d'une convention collective de groupe est périlleuse, car les accords qui en résultent ne peuvent contenir de dispositions moins favorables que celles des différentes conventions de branche applicables dans chacune des sociétés du groupe. Confrontée à cette pratique, la doctrine s'est longtemps interrogée : « en l'état actuel [en 1991], les accords de groupe ont-ils une existence juridique ? Le droit français leur donne-t-il ne serait-ce qu'une assise textuelle minimum ou doit-on leur dénier toute valeur voire les refouler parmi ces accords que l'on dit parfois atypiques et dont la nature demeure enveloppée d'un peu rassurant mystère ? »⁽¹⁵²⁾.

358. – Un texte livre un début de réponse et confère au résultat de la négociation de groupe une base légale : l'article L. 2231-1 du Code du travail décide que l'accord est conclu entre « d'une part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord ; d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs, ou toute autre association d'employeurs, ou **un ou plusieurs employeurs pris individuellement** ». La place de la négociation de groupe a été débattue : l'accord de groupe doit-il être assimilé à une catégorie préexistante d'accords collectifs ou doit-il être reconnu en tant que tel ? Si la première branche de l'alternative est retenue, il convient de le rapprocher de la négociation d'entreprise plutôt que de la négociation de branche⁽¹⁵³⁾. Un parallèle peut être établi dans ce cadre entre le groupe et une entreprise à établissements multiples⁽¹⁵⁴⁾.

359. – **Un jardinier progressiste et réaliste.** Ces mêmes doutes ont habité la Cour de cassation lorsqu'elle a été appelée à prendre position. Dans un premier temps, dans l'arrêt *Mutuelles du Mans*⁽¹⁵⁵⁾, elle a considéré que la négociation devait s'analyser comme « un rassemblement d'accords d'entreprise conclus par les différentes sociétés du groupe ou conclus en leur nom par quelqu'un qui les représente »⁽¹⁵⁶⁾. L'appartenance au groupe est ignorée. Somme d'accords d'entreprise, l'accord de groupe consiste, selon cette approche, en un unique *instrumentum* regroupant plusieurs *negotia*⁽¹⁵⁷⁾. Respectueuse de l'autonomie des sociétés membres du groupe,

(152) M.-A. Rotschild-Souriac, *Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques* : Dr. soc. 1991, p. 491 et s., spéc. p. 492.

(153) Plusieurs éléments plaident en ce sens, notamment le fondement même de l'existence d'une branche professionnelle qui se constitue afin que la concurrence entre les employeurs exerçant une même activité ne se fasse pas au détriment de leurs salariés (V. not. G. Vachet, *La négociation collective dans les groupes de sociétés*, in *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 1999, p. 105 et s., spéc. p. 105). De plus, « l'hypothèse d'une négociation au niveau du groupe se rattache à la négociation collective par la nature de l'intérêt collectif que les salariés y trouvent », Y. Chalaron, *La conduite de la négociation* : Dr. soc. 1990, p. 584 et s., spéc. p. 586.

(154) « L'absence d'indépendance réelle d'une société faisant partie d'un groupe la place, au moins potentiellement, dans une situation équivalente à celle d'un simple établissement. Sur le plan économique, l'un et l'autre ne sont que des subdivisions de l'entreprise organisée sur le plan juridique en groupe de société », H.-J. Legrand, *Accords collectifs de groupe et d'unité économique et sociale : une clarification inachevée* : Dr. soc. 2008, p. 60 et s., spéc. p. 64.

(155) Cass. soc., 29 juin 1994, n° 91-18.640 : Bull. civ. 1994, V, n° 219 ; RJS 8-9/1994, n° 1022 ; JCP G 1994, n° 43, IV, 2169 ; Dr. soc. 1995, p. 43 et s., note J. Savatier ; *JurisData* n° 1994-001421 : « s'agissant d'une négociation qui avait été engagée, non par une organisation d'employeurs, mais par plusieurs employeurs pris individuellement, peu important, à cet égard, que leurs entreprises aient ou non constitué un groupe, la cour d'appel a pu décider que cette négociation, qui n'avait pour objet que de conclure un accord au niveau de chacune des entreprises en cause, et non pas au niveau de la branche professionnelle, était une négociation d'entreprise soumise aux dispositions des articles L. 132-18 à L. 132-29 [L. 2232-11 à L. 2232-29] du Code du travail ».

(156) G. Couturier, *Nouveaux contrats : conventions et accords de groupe*, in *Le nouveau droit de la négociation collective [loi n° 2004-391 du 4 mai 2004]*, éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 79 et s., spéc. p. 81).

(157) « Le modèle de l'accord d'entreprise se retrouve dans l'accord de groupe, en autant d'exemplaires qu'il y a de sociétés employeurs tenues par l'accord », G. Couturier, *Nouveaux contrats : conventions et accords de groupe*, in *Le nouveau droit de la négociation collective (loi n° 2004-391 du 4 mai 2004)*, éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 79 et s., spéc. p. 82).

cette vision pose problème à plus d'un titre. Elle ne tient compte ni de la spécificité du périmètre dans lequel l'accord tend à produire ses effets ni de l'existence d'une communauté de travail dans ce champ, distinct de ceux qui peuvent être identifiés en deçà. De plus, sur le plan juridique, refuser à l'accord de groupe la qualité d'acte juridique unique emporte un lot de conséquences⁽¹⁵⁸⁾. Ainsi, en présence de plusieurs employeurs, est applicable le seul régime de la négociation collective d'entreprise sauf dans le cas où la preuve de la présence d'une unité économique et sociale peut être apportée. En l'absence de cadre légal, le juge avait donc fait jouer celui qui en est le plus proche, aux dépens d'une démarche tenant compte de la volonté des parties.

360. – Quelques années plus tard, la voie de l'innovation est empruntée. Consacrant la pratique, s'inscrivant dans les pas de la position commune du 16 juillet 2001⁽¹⁵⁹⁾, la Cour de cassation reconnaît « l'accord de groupe », consacrant en même temps la communauté de travail qu'il peut recouvrir⁽¹⁶⁰⁾. Elle trouve son origine dans les « sujets d'intérêt commun aux personnels des entreprises concernées du groupe ». L'accord n'est pas envisagé comme « la somme d'une pluralité d'accords d'entreprise. Ce serait détruire ce qui fait la justification même d'une telle négociation : prendre en compte une dimension collective au-delà de l'individualité plus ou moins affirmée des entreprises qui composent le groupe »⁽¹⁶¹⁾. Les nombreux accords de groupe conclus, en matière de droit syndical notamment⁽¹⁶²⁾, trouvent leur justification dans l'émergence de l'intérêt de groupe. Dans le même temps, l'administration ouvre de nouveaux champs de négociation. Ainsi, un accord-cadre de méthode peut être négocié au niveau du groupe pour définir les modalités d'information et de consultation en matière de licenciement pour motif économique⁽¹⁶³⁾. Malgré les obstacles rencontrés, la négociation de groupe s'est affirmée comme une nécessité. Sa consécration législative, parachevant plus de trente ans d'utilisation d'un dispositif dépourvu de fondements certains, nécessitait une certaine audace.

S O U S - S E C T I O N 2

Une consécration exigeante

361. – Aux termes de la loi du 4 mai 2004⁽¹⁶⁴⁾, le législateur fait du groupe un nouveau lieu d'exercice du droit des salariés à la négociation collective. L'élévation de ce

(158) Il importe alors de vérifier dans chaque entreprise si les conditions de validité de l'accord sont réunies ; l'ensemble des organisations représentatives dans chacune d'elles ont dû participer à la négociation sans quoi un risque de nullité de l'accord existe.

(159) La position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective commence ainsi : « Les organisations syndicales et patronales signataires souhaitent donner un nouvel élan à la négociation collective au sein d'un système (...) adapté à une économie diversifiée et ouverte sur le monde ».

(160) Cass. soc., 30 avr. 2003, n° 01-10.027 ; *Bull. civ.* 2003, V, n° 155 ; *RJS* 7/2003, n° 916 ; *Dr. soc.* 2003, p. 732 et s., note B. Gauriau ; *JurisData* n° 2003-018815.

(161) A. Mazeaud, *Le groupe : Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1140, p. 60 et s., spéc. p. 62.

(162) Par ex., Accord Elf-Aquitaine du 29 avril 1977 sur la coordination syndicale de groupe : *Liaisons soc.* 1977, C3, n° 6001. – Accord Péchiney sur le droit syndical : *Liaisons soc.* 1978, C3, n° 6376.

(163) Circ. DGEFP/DRT, 26 févr. 2003, relative à la mise en œuvre de la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, II, pt 2.2.

(164) L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social : *JO* 5 mai 2004, p. 7983 et s.

périmètre en niveau de négociation devait tenir compte de la pratique existante et des règles organisant déjà ce processus d'élaboration de la loi professionnelle dans l'entreprise ou la branche. L'édification du régime (§ 2), si elle emprunte le chemin déjà partiellement tracé par la jurisprudence, comportait un certain nombre de risques (§ 1).

§ 1. – Des embûches à surmonter

362. – **Le groupe, bernard-l'ermite**⁽¹⁶⁵⁾ ? Attendue par la doctrine, la reconnaissance de la négociation de groupe aurait pu se produire une vingtaine d'années plus tôt. Lors des débats parlementaires précédant le vote de la loi du 13 novembre 1982⁽¹⁶⁶⁾, la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale avait présenté un amendement faisant du groupe un cadre dans lequel un accord d'entreprise pouvait être négocié au même titre que l'établissement ou le groupe d'établissements⁽¹⁶⁷⁾. Invoquant l'introduction récente du groupe dans la législation, le ministre du Travail s'y était opposé⁽¹⁶⁸⁾. Ce refus, suivi lors du vote, s'explique par la crainte que la négociation de groupe, une fois reconnue, ne se substitue à la négociation d'entreprise tout juste promue à un rang éminent⁽¹⁶⁹⁾. Ses détracteurs considèrent que le groupe vide l'entreprise de sa substance, mettant en danger l'exercice du principe de participation des salariés à son niveau⁽¹⁷⁰⁾.

363. – Il s'agit cependant de deux notions distinctes, à condition de reconnaître l'existence de communautés de travail différentes. Les thèmes de négociation ne peuvent être confondus. Certains d'entre eux gagnent à être traités au niveau le plus élevé et d'autres au plus près des salariés. La négociation de groupe ne pouvait être envisagée comme un succédané à la négociation d'entreprise, mais tout au plus comme un complément. La superposition des niveaux, requise par la Cour de cassation en 2003 dans l'arrêt AXA, devait être garantie⁽¹⁷¹⁾ : seule une « distribution des tâches »⁽¹⁷²⁾ était concevable.

(165) « Le bernard-l'ermite est ce gastéropode qui décide d'investir, au besoin en la vidant de son habitant, la coquille convenant à son bon plaisir », R. Mehdi, *Les crises institutionnelles*, in *L'Union Européenne et les crises*, Bruylant, 2011, p. 121 et s., spéc. p. 139.

(166) L. n° 82-957, 13 nov. 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs de travail : JO 14 nov. 1982, p. 3414 et s.

(167) Amendement n° 20 défendu lors de la deuxième séance du 11 juin 1982 par J. Oehler : JOAN 12 juin 1982, p. 3274.

(168) J. Auroux, ministre du Travail : « La notion de groupe a été introduite dans la législation il y a quelques jours. Par ailleurs, nous souhaitons que la vie conventionnelle se développe le plus rapidement possible. Il est donc pour le moins prématuré de légiférer sur ce point » : JOAN 12 juin 1982, p. 3274.

(169) Ce refus de légiférer a été dicté « par le souci de ne rien faire qui puisse compromettre la promotion de la négociation d'entreprise *stricto sensu*. Il ne fallait pas que la négociation de groupe puisse, dans cette phase, faire écran à la négociation directe, au plus près des salariés et des réalités concrètes », M.-A. Rotschild-Souriac, *Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques* : Dr. soc. 1991, p. 491 et s., spéc. p. 492.

(170) « Un peu à l'image de la problématique européenne, il y aurait une négociation décentralisée, l'établissement (région), et une négociation fédérative au niveau du groupe (Union Européenne), l'entreprise perdant son autonomie et sa raison d'être (nation) », A. Mazeaud, *Le groupe : Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1140, p. 60 et s., spéc. p. 60.

(171) Cass. soc., 30 avr. 2003, n° 01-10.027 : Bull. civ. 2003, V, n° 155 ; RJS 7/2003, n° 916 ; Dr. soc. 2003, p. 732 et s., note B. Gauriau ; *JurisData* n° 2003-018815. Les négociations de groupe sont possibles à condition qu'elles « ne se substituent pas à la négociation d'entreprise » et que les accords auxquels elles donnent lieu ne fassent « pas obstacle à la conclusion d'accords d'entreprise ».

(172) P. Rodière, *La branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi « Fillon » sur le dialogue social : Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1148, p. 4 et s., spéc. p. 10.

364. – Le groupe, hippocampéléphantocamélos⁽¹⁷³⁾ ? Un second écueil devait être évité lors de la consécration de la négociation de groupe, celui d'une définition inadéquate. En effet, le groupe constitue « une réalité économique qui se laisse mal appréhender en droit. C'est une réalité protéiforme »⁽¹⁷⁴⁾. À cette question s'attache un véritable enjeu, la caractérisation du groupe fixant « les limites maximales d'application de l'accord conclu »⁽¹⁷⁵⁾. De plus, la présence potentielle d'une unité économique et sociale dans le même périmètre gêne son appréhension⁽¹⁷⁶⁾. Le législateur, dans un numéro d'équilibriste, était tenu de circonscrire le groupe⁽¹⁷⁷⁾ tout en prenant en compte les multiples formes qu'il peut revêtir sans pour autant empiéter sur des concepts préexistants. Il convenait également, par une rigidité formelle, de ne pas frapper d'insécurité les accords déjà conclus. Pour saisir la communauté de travail de groupe, une alternative existait : « soit le groupe est une notion objective déterminée par la loi ou le juge, soit le groupe est une notion subjective et peut être modelé par les parties »⁽¹⁷⁸⁾. La solution de facilité consistait dans un alignement sur la définition déjà dégagée à l'article L. 2331-1 du Code du travail pour la mise en place d'un comité de groupe. Le législateur a cependant préféré assurer le développement de « la négociation de groupe sur le fondement du droit commun de la négociation collective selon lequel les accords fixent eux-mêmes leur champ d'application »⁽¹⁷⁹⁾.

§ 2. – Une consolidation à opérer

365. – La loi du 4 mai 2004⁽¹⁸⁰⁾ a d'abord posé les fondations de l'assise légale des accords de groupe. Celle du 20 août 2008⁽¹⁸¹⁾ a réformé l'ensemble du droit syndical et donc, incidemment, la négociation de groupe. Est née de l'analyse de ces textes une déception⁽¹⁸²⁾. Elle a cédé la place à des interrogations qui portent à la fois sur les critères permettant de caractériser le groupe (I) et sur la place à donner à la négociation qui y est conduite (II).

(173) Animal imaginaire, créé par l'adjonction de plusieurs mots existants, cité par Cyrano de Bergerac dans la tirade « du nez ». E. Rostand, *Cyrano de Bergerac*, Acte I, scène IV, Folio 1991, p. 73.

(174) A. Mazeaud, *Le groupe* : *Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1140, p. 60 et s., spéc. p. 60.

(175) J.-F. Cesaro, *La négociation collective dans les groupes de sociétés* : *Dr. soc.* 2010, p. 780 et s., spéc. p. 781.

(176) Ces deux notions doivent être distinguées : le groupe est une structure de domination alors que l'unité économique et sociale est une structure d'intégration.

(177) Des indications sur sa délimitation étaient nécessaires. Une définition trop souple du groupe aurait eu pour conséquence le développement d'un contentieux de son existence ; un minimum est requis. « L'établissement d'une corrélation entre les niveaux d'exercice du pouvoir patronal et les niveaux de représentation des salariés suppose que soit établi d'une part un lien juridique entre ces entités juridiquement distinctes, et d'autre part un lien correspondant entre les instances représentatives des diverses collectivités de travail englobées dans le groupe », A. Supiot, *Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise* : *RTD com.* 1985, p. 621 et s., spéc. p. 637.

(178) J.-F. Cesaro, *La négociation collective dans les groupes de sociétés* : *Dr. soc.* 2010, p. 780 et s., spéc. p. 781.

(179) J.-P. Anciaux, rapporteur de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales pour le projet de loi relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social : *JOAN* 18 déc. 2003, p. 12506.

(180) L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social : *JO* 5 mai 2004, p. 7983 et s.

(181) L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : *JO* 21 août 2008, p. 13064 et s.

(182) V. not. P.-H. Antonmattei, *La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations* : *Dr. soc.* 2004, p. 601 et s. et B. Teyssié, *Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe* : *Dr. soc.* 2005, p. 643 et s.

I. – L'identification du groupe

366. – Le triomphe de la domination. « Le législateur a réussi la performance de semer le doute sur le périmètre du groupe dans le cadre duquel ont vocation à être conclus les conventions et accords du même nom »⁽¹⁸³⁾. Lors de la discussion de la loi du 4 mai 2004, la référence au comité de groupe⁽¹⁸⁴⁾ est abandonnée. L'article L. 2232-30 du Code du travail décide que « la convention ou l'accord de groupe fixe son champ d'application constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe »⁽¹⁸⁵⁾. Sont donc « concernés tous les rassemblements d'entreprises dans lesquels sont relevés les éléments de base d'un groupe, caractérisé par la présence d'une entreprise dominante et d'entreprises dominées, quelles que soient l'origine et l'ampleur du rapport de domination »⁽¹⁸⁶⁾. L'existence d'un comité de groupe ne constitue donc qu'un indice de l'existence de la communauté de travail légitimant la tenue d'une négociation collective dans ce cadre. Celui-ci procède d'une « détermination conventionnelle »⁽¹⁸⁷⁾. Cette logique peut être rapprochée de celle qui donne naissance, au niveau supérieur, à une branche professionnelle : la reconnaissance du périmètre résulte de la rencontre de la volonté des partenaires sociaux. Certains ensembles qui auraient été exclus du champ d'application des articles L. 2232-30 et suivants du Code du travail pourront être le lieu de la négociation et de la conclusion d'accords de groupe⁽¹⁸⁸⁾. L'existence d'une entreprise dominante suffit à sa délimitation.

367. – Un triomphe contesté. L'administration⁽¹⁸⁹⁾, suivie par certains auteurs⁽¹⁹⁰⁾, retient néanmoins du groupe la définition résultant de l'article L. 2331-1 du Code du travail. Cette position, contraire à l'esprit du texte, ne vaut que pour l'obligation de négocier qui découle de l'article L. 2242-13 du même code⁽¹⁹¹⁾, créée quelques mois plus tard⁽¹⁹²⁾. En la matière, il était nécessaire que les groupes assujettis soient clairement identifiables et que leur entrée dans le champ d'application de cette disposition ne puisse souffrir aucune contestation. Dans les autres cas, la liberté

(183) B. Teyssié, *Les groupes de sociétés et le droit du travail* : Dr. soc. 2010, p. 735 et s., spéc. p. 736.

(184) C. trav., anc. art. L. 439-1 devenu C. trav., art. L. 2331-1.

(185) C. trav., anc. art. L. 132-19-1, al. 1^{er}.

(186) B. Teyssié, *Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe* : Dr. soc. 2005, p. 643 et s., spéc. p. 644. – Dans le même sens, V. R. Vatinet, *Négociation d'entreprise et négociation de groupe* : JCP S 2012, 1238, spéc. n° 9.

(187) A. Lemetteur, *L'organisation des instances représentatives du personnel – Essai sur un cadre évolutif*, thèse Paris II, 2012, spéc. n° 247, p. 125.

(188) Est exclue « toute référence aux contours restrictifs du groupe tel qu'ils ont été définis pour la constitution du comité de groupe, comme il a exclu toute référence au droit des sociétés. Il suffit, pour que la négociation de groupe soit autorisée, de pouvoir identifier une entreprise dominante et des entreprises sur lesquelles une "influence dominante" est exercée. Ainsi, certains réseaux contractuels pourront-ils servir de cadre à des négociations de groupe », R. Vatinet, *Négociation d'entreprise et négociation de groupe* : JCP S 2012, 1238, spéc. n° 9.

(189) Circ. DRT 22 sept. 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, fiche 5 : *BO Travail* 5 nov. 2005, n° 2004-20 ; *JO* 31 oct. 2004 : « si le législateur n'a donné aucune définition du groupe, le nouvel article L. 132-19-1 [nouv. L. 2232-30 et s.] fait cependant explicitement référence à la notion d'entreprise dominante, renvoyant de la sorte à la définition prévue à l'article L. 439-1 du Code du travail [nouv. L. 2331-1] qui dispose qu'un groupe est formé par une entreprise dominante et des entreprises qu'elle contrôle ou sur lesquelles elle exerce une influence dominante ».

(190) V. not. P.-H. Antonmattei, *La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations* : Dr. soc. 2004, p. 601 et s., spéc. p. 602.

(191) Texte issu de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-15).

(192) L. n° 2005-32, 18 janv. 2005 de programmation pour la cohésion sociale : *JO* 19 janv. 2005, p. 864 et s., spéc. art. 72.

contractuelle prime. Au-delà de l'identification des limites du groupe, la circulaire du 22 septembre 2004 illustre « la difficulté de saisir la complexité organisationnelle du groupe »⁽¹⁹³⁾ et soulève la question de l'existence d'un nouveau niveau de négociation.

II. – La négociation de groupe

368. – Louvolement. En conférant à la négociation de groupe une base juridique, le législateur ne pouvait s'exempter d'en encadrer le résultat. La solution adoptée caractérise un manque d'audace. Il trouve principalement son origine dans l'absence de vision claire des parlementaires dans ce domaine, mise en lumière par leurs tergiversations. Le rapporteur au Sénat, après avoir indiqué, dans la présentation générale de la loi, qu'elle « consacre en droit le niveau du groupe pour la négociation collective »⁽¹⁹⁴⁾, affirme dans ses observations sur l'article qui l'institue que le groupe ne constitue pas « un niveau supplémentaire de négociation »⁽¹⁹⁵⁾. La circulaire du 22 septembre 2004 est le reflet⁽¹⁹⁶⁾ de cet « embarras des pouvoirs publics à affirmer clairement l'existence d'un nouveau niveau de négociation »⁽¹⁹⁷⁾. La place dans la hiérarchie des normes de l'accord collectif négocié dans ces conditions reste en suspens. Les textes existants ne permettent pas de dissiper cette incertitude.

369. – Nouveau cap. En 1974, un auteur relevait que « le droit des groupes est encore dans l'enfance. Il s'engagerait dans une voie sans issue si l'on voulait confondre le groupe et l'entreprise »⁽¹⁹⁸⁾. Il n'a pas été exaucé. La confusion est présente en matière de négociation collective. L'article L. 2232-33 du Code du travail décide que « la convention ou l'accord de groupe emporte les mêmes effets que la convention ou l'accord d'entreprise ». De plus, aux termes de l'article L. 2232-31 du même code, l'appréciation de la représentativité des organisations syndicales, condition de leur participation aux négociations au-delà de l'entreprise, est effectuée par consolidation des audiences obtenues au sein de celles qui composent le groupe. Ces textes sonnent le glas de la mutualisation de la négociation dans les groupes de sociétés où « le relais conventionnel d'entreprise »⁽¹⁹⁹⁾ était nécessaire. Ils paraissent également entériner l'éventuel caractère « substitutif » de la négociation de groupe. Néanmoins, celui-ci n'est que partiel. L'indication à l'article L. 2242-16 du Code du travail⁽²⁰⁰⁾ que la conclusion d'un accord de groupe

(193) M. Kocher, *La notion de groupes d'entreprises en droit du travail*, LGDJ, 2013, spéc. n° 839, p. 323.

(194) J. Chérioux, rapp. n° 179, t. II, 28 janv. 2004, sur le projet de loi relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, p. 32.

(195) *Ibid.*, p. 94.

(196) Elle indique d'abord que le nouveau texte « fait du groupe (...) un niveau de négociation à part entière, au même titre que l'entreprise ou l'établissement » avant de préciser qu'il « ne fait pas du groupe un nouveau niveau de négociation en tant que tel qui se situerait dans la hiérarchie des accords entre l'accord de branche et l'accord d'entreprise », Circ. DRT, 22 sept. 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, pt 1.3 et fiche 5 : *BO Travail* 5 nov. 2005, n° 2004-20 ; *JO* 31 oct. 2004.

(197) M. Kocher, *La notion de groupes d'entreprises en droit du travail*, LGDJ, 2013, spéc. n° 839, p. 323.

(198) J. Savatier, *Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail*, in *Études de droit du travail*, Mélanges A. Brun, Librairie sociale et économique, 1974, p. 527 et s., spéc. p. 546.

(199) P.-H. Antonmattei, *La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations* : *Dr. soc.* 2004, p. 601 et s., spéc. p. 601.

(200) Texte issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-18).

permet aux entreprises comprises dans son périmètre de s'exonérer de l'obligation de négocier résultant de l'article L. 2242-13 du même code⁽²⁰¹⁾ induit, en l'absence de précision légale, l'exclusion de toute suppléance de la négociation de groupe⁽²⁰²⁾.

370. – Une navigation de conserve. La proximité établie entre accord de groupe et accord d'entreprise rend difficilement perceptible l'articulation entre ces deux normes conventionnelles. Il ne fait aucun doute que le premier nommé a vocation à supplanter les usages et engagements unilatéraux des entreprises qui entrent dans son champ d'application⁽²⁰³⁾. Il n'est pas possible de l'affirmer avec la même certitude lorsque le concours concerne des dispositions négociées : il « ne peut se résoudre par application d'un quelconque principe hiérarchique »⁽²⁰⁴⁾. Au contraire, admettre la subordination de l'accord d'entreprise à l'accord de groupe pourrait entraîner une perte d'égalité entre les entités appartenant à un tel ensemble et celles jouissant d'une totale autonomie⁽²⁰⁵⁾. Cette sujétion est contre-productive : les accords de groupe ne traiteraient que de thèmes sur lesquels la dérogation à l'accord de niveau supérieur est impossible ou peu souhaitable sur le plan social. Le conflit de normes trouve sa solution dans l'application du principe de faveur⁽²⁰⁶⁾. Si l'accord de groupe ne peut réviser un accord d'entreprise, il semble qu'il puisse constituer un accord d'adaptation lorsque celui-ci cesse de s'appliquer en raison d'une dénonciation ou d'une mise en cause⁽²⁰⁷⁾. Enfin, en l'absence dans l'entreprise de dispositions ayant le même objet que l'accord, il y produit directement ses effets.

371. – Conclusion. Aujourd'hui, le groupe constitue un niveau de négociation où, par renvoi, la plupart des règles relatives à l'accord d'entreprise s'appliquent. Les similitudes entre les communautés de travail qui peuvent être identifiées dans le cadre de l'entreprise et du groupe justifient le partage d'un même modèle. La comparaison des deux niveaux fait cependant apparaître que le groupe n'est pas le siège d'une négociation « de plein exercice ». Une première limite résulte de l'autonomie juridique des entités qui composent le groupe, lesquelles peuvent, en droit, se refuser à appartenir au champ de l'accord négocié en retirant de manière explicite à l'employeur de l'entreprise dominante le mandat dont il semble disposer

(201) Texte issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-15).

(202) Cette substitution est également envisagée en matière de contrats de génération (C. trav., art. L. 5121-8 et L. 5121-9).

(203) Cass. soc., 8 avr. 2010, n° 08-43.599 ; *Bull. civ.* 2010, V, n° 94 ; *RJS* 6/2010, n° 536 ; *JCP S* 2010, 1274, note F. Dumont ; *JurisData* n° 2010-003374.

(204) B. Teyssié, *Droit du travail. Relations collectives*, LexisNexis, 9^e éd. 2014, spéc. n° 1548, p. 815.

(205) Aux termes de l'article L. 2232-35 du Code du travail, « la convention ou l'accord de groupe ne peut comporter des dispositions dérogatoires à celles applicables en vertu de conventions de branche ou d'accords professionnels dont relèvent les entreprises ou établissements appartenant à ce groupe, sauf disposition expresse de ces conventions de branche ou accords professionnels ». Par conséquent, si la soumission de l'accord d'entreprise à l'accord de groupe était retenue, les entreprises appartenant au champ d'application d'un accord de groupe ne pourraient négocier un accord d'entreprise dérogeant à l'accord de branche. Cette contrainte ne pèse normalement pas sur elles.

(206) « Lorsque l'accord de groupe porte sur des domaines déjà traités par des accords d'entreprise, les clauses de l'accord de groupe ne peuvent prévaloir sur les stipulations des accords d'entreprise antérieurs ayant le même objet que si elles sont plus favorables pour les salariés », *Circ. DRT*, 22 sept. 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, fiche 5 ; *BO Travail* 5 nov. 2005, n° 2004-20 ; *JO* 31 oct. 2004. Un doute est créé par l'affirmation de l'administration qui ne vise que le cas où l'accord d'entreprise a été conclu antérieurement à l'accord de groupe. Une interprétation *a contrario* de la circulaire conduit à penser qu'un accord d'entreprise conclu postérieurement ne peut qu'améliorer les stipulations de l'accord de groupe : le principe hiérarchique ressurgit.

(207) Sur les concepts de révision, dénonciation, mise en cause et accord d'adaptation, V. *infra*, n°s 695 et s.

aux termes de l'article L. 2232-31 du Code du travail. Dans l'absence d'unité sociale, inhérente à la notion de groupe, une seconde limite peut être identifiée. Elle conduit à réduire le champ sur lequel une négociation de groupe peut s'engager aux sujets d'intérêt commun⁽²⁰⁸⁾ et à faire intervenir celle-ci en complément de la négociation qui se tient au niveau de l'entreprise.

372. – Les difficultés rencontrées par le législateur pour placer l'accord de groupe dans la hiérarchie des normes conventionnelles trouvent leur origine dans la notion de niveau de négociation. Celle-ci peut revêtir plusieurs acceptions. Lorsqu'elle constitue le renvoi à un périmètre déterminé dont la qualification dépend de critères définis par ailleurs (niveau secondaire), sont visés l'établissement, l'entreprise ou le groupe. Elle peut également avoir un sens plus large et englober un tout cohérent qui rassemble à la fois un champ d'application potentiel et le régime juridique applicable aux conventions et accords négociés en son sein (niveau primaire). Quand les parlementaires indiquent que le groupe n'est pas un nouveau niveau de négociation⁽²⁰⁹⁾, c'est cette seconde acception qui est visée. Trois niveaux primaires peuvent être identifiés en matière de négociation collective : l'interprofession, la branche et l'entreprise. À ce dernier, peuvent être rattachés deux niveaux secondaires, l'établissement et le groupe, voire un troisième, l'unité économique et sociale.

373. – La place de l'entreprise dans le système conventionnel français est inégalable. Depuis sa consécration en 1982, elle rayonne sur la négociation collective. Société commerciale, association, fondation, groupement d'intérêt économique, établissement public à caractère industriel et commercial peuvent tous être le lieu de l'exercice du « 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 »⁽²¹⁰⁾. Au-delà de la multiplicité des formes juridiques qui peuvent accueillir une entreprise, les règles applicables au niveau primaire de négociation qu'elle constitue irradient d'autres ensembles où une communauté de travail est caractérisée. Les ressemblances entre celle-ci et celle existant au sein d'une entreprise peuvent justifier un socle normatif commun. Néanmoins, certaines adaptations ont pu s'avérer et s'avèrent encore nécessaires afin de garantir un minimum de sécurité juridique aux partenaires sociaux. Le cadre de la négociation collective d'entreprise n'est pas figé. Ainsi, des évolutions ont-elles affecté les parties concernées.

(208) Si la référence aux « sujets d'intérêt commun », condition posée par la jurisprudence dans l'arrêt du 30 avril 2003 (Cass. soc., 30 avr. 2003, n° 01-10.027 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 155 ; *RJS* 7/2003, n° 916 ; *Dr. soc.* 2003, p. 732 et s., note B. Gauriau ; *JurisData* n° 2003-018815) à la négociation de groupe, ne figure pas dans la loi, leur existence est requise en pratique. En effet, la communauté de travail ne peut être identifiée qu'en leur présence. S'ils font défaut, il est difficile d'envisager l'émergence de l'intérêt du groupe.

(209) J. Chérioux, rapp. n° 179, t. II, 28 janv. 2004, sur le projet de loi relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, p. 94.

(210) C. trav., art. L. 2221-1.

LE PROCESSUS DE NÉGOCIATION

374. – « Conduire c’est accompagner et guider un mouvement qui possède son dynamisme propre. Le mot “conduire” convient parfaitement à la négociation d’entreprise. Il en exprime avec justesse le particularisme. Dans l’entreprise, en effet, la négociation sociale est tout à la fois un mouvement très naturel et un processus juridique très encadré »⁽¹⁾. Dans les relations sociales menées dans les entreprises, la négociation occupe une place particulière : 1) des tensions importantes peuvent y opposer les membres de la communauté de travail mais également y être résolues ; 2) elle mobilise différents mécanismes afin qu’un petit nombre s’engage au nom de l’ensemble du personnel ; 3) elle permet l’élaboration de normes adaptées au cadre dans lequel elles ont vocation à déployer leurs effets, tenant compte des spécificités de la situation de la communauté de travail. La négociation collective d’entreprise est donc l’objet d’évolutions législatives régulières liées à son importance dans le fonctionnement du dialogue social dans son ensemble.

375. – Le processus de négociation peut être divisé en deux étapes qui sont complémentaires. Dans un premier temps, lorsque le niveau de négociation a été défini, il convient d’identifier les personnes compétentes et habilitées dans ce champ. Il revient souvent à l’employeur de s’y livrer alors même que des doutes peuvent exister quant à sa qualité pour y procéder. La mise en présence du négociateur patronal et du négociateur salarial permet de créer un lien qui peut conduire à la conclusion d’un accord collectif de travail (Titre 1). L’établissement de ce contact et la reconnaissance réciproque des parties permettent à ces dernières de préparer puis d’engager la négociation (Titre 2).

(1) Dans le même sens, Y. Chalaron, *La conduite de la négociation : Dr. soc.* 1990, p. 584 et s., spéc. p. 584.

TITRE 1

LE LIEN DE NÉGOCIATION

376. – Les liens de filiation entre droit de la négociation collective et droit civil – plus particulièrement le droit des obligations – ne peuvent être niés. N'est pas inadéquat l'établissement d'un parallèle entre les conventions et accords collectifs de travail et les contrats tels qu'ils sont conclus selon les modalités prévues aux articles 1101 et suivants du Code civil.

377. – La négociation d'un accord collectif suppose, comme un contrat, une rencontre de volontés, une discussion, au moins un employeur (Chapitre 1) et des représentants des salariés (Chapitre 2) dans le champ d'application envisagé.

LE NÉGOCIATEUR PATRONAL

378. – Au fil des années, le législateur a doté la collectivité de travail d'une faculté d'expression. Aux termes du principe de participation, les salariés, par la voix de leurs représentants, participent à la conception de certaines normes qui s'appliquent dans l'entreprise. Ces délégués, auxquels est conférée la faculté de représenter l'ensemble du personnel, doivent avoir un interlocuteur pour mener à bien leur mission. Son identification peut paraître facile puisqu'il « n'est point d'entreprise viable sans autorité suprême investie du pouvoir de direction, interlocuteur de l'ensemble des salariés »⁽¹⁾. Elle l'est beaucoup moins lorsque l'entreprise revêt une structure complexe se traduisant par un organigramme difficile à lire.

379. – Le législateur et le juge ne facilitent pas son appréhension, utilisant de manière indifférente les locutions « employeur » et « chef d'entreprise ». L'identification de l'interlocuteur patronal est délicate. Elle rend nécessaire la délimitation de ces notions (Section 1). Une fois définies, leur articulation peut être envisagée (Section 2).

S E C T I O N 1

Identification théorique du négociateur patronal

380. – La dilution des responsabilités due à la taille et à l'organisation de l'entreprise brouille les pistes. Il peut être difficile d'identifier ses véritables dirigeants. Un obstacle supplémentaire réside dans la relativité de l'identification de l'interlocuteur patronal qui dépend du droit que les salariés exercent. La négociation d'un accord collectif de travail peut être le fait de plusieurs au sein de l'entreprise. Le détenteur du pouvoir de négocier peut revêtir de multiples apparences (Sous-section 2). Préalablement à son identification, il convient de déterminer les fondements de la capacité de l'employeur à négocier (Sous-section 1).

(1) B. Teysié, *L'interlocuteur des salariés* : Dr. soc. 1982, p. 41 et s., spéc. p. 41.

L'employeur, détenteur du pouvoir de négociier

381. – Le pouvoir de l'employeur occupe une place de choix dans l'étude des relations de travail. Pour certains, il est à l'origine de l'élaboration du droit du travail, lequel tend à l'encadrer, voire à le limiter. Si la légitimité de l'employeur à négocier un accord collectif semble incontestable, les sources de sa capacité à le faire sont plus obscures. D'elles résultent toutefois des frontières qu'il doit respecter.

382. – **Une prérogative consubstantielle à l'existence de l'entreprise.** Une première analyse permet de conclure que l'employeur tient son pouvoir de la loi et plus particulièrement, dans l'entreprise, de l'article L. 2232-16 du Code du travail. Un examen plus poussé conduit à s'interroger sur la source même du pouvoir de l'employeur. Il pourrait constituer l'un des effets du contrat de travail en permettant de caractériser l'existence du lien de subordination⁽²⁾ inhérent à celui-ci. Peut également être défendue l'idée qu'il trouve son origine dans l'entreprise elle-même qui « est organisée au moyen d'un certain nombre de pouvoirs : un pouvoir législatif, manifesté par un règlement intérieur, un pouvoir exécutif, que traduit le droit de direction du chef d'entreprise, un pouvoir disciplinaire qui permet de réprimer les manquements aux lois internes de l'institution »⁽³⁾. Une telle conception de l'entreprise, dite « institutionnelle », fait de l'employeur « le détenteur naturel d'un pouvoir »⁽⁴⁾ sur ceux qui la composent. Pour certains, admettre que l'entreprise soit la source du pouvoir de l'employeur réduit le contrat de travail et la loi à l'état de norme recognitive de celui-ci⁽⁵⁾. Toutefois puisqu'il est consubstantiel à la notion même d'entreprise, « cellule sociale orientée vers la production, [qui] ne peut vivre que si une autorité la dirige »⁽⁶⁾, ce sont les modalités de son exercice qui sont encadrées par le législateur.

383. – **Une prérogative exercée dans l'intérêt de l'entreprise.** Si sa reconnaissance découle directement de l'existence de l'entreprise, l'attribution du pouvoir, prérogative singulière, à un membre de celle-ci, l'employeur, résulte nécessairement de la loi. Son exercice révèle un objectif atypique, déterminant pour le distinguer des droits subjectifs. « Le pouvoir est orienté vers un but, il est tout entier ordonné à la satisfaction d'un intérêt qui ne se confond jamais totalement avec celui de son titulaire. Cela suppose que la loi ou la jurisprudence ait subordonné l'usage d'une telle prérogative à la poursuite d'un but déterminé »⁽⁷⁾. Par la loi du 4 août 1982, « une répartition *ratione materiae* des règles patronales »⁽⁸⁾ est opérée. Sont déterminées les matières dans lesquelles l'employeur exerce son pouvoir sans partage. En relèvent

(2) La Cour de cassation le définit par « l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné », Cass. soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187 ; *Bull. civ.* 1996, V, n° 386 ; *RJS* 12/1996, n° 1320 ; *Dr. soc.* 1996, p. 1067 et s., note J.-J. Dupeyroux ; *JurisData* n° 1996-004273.

(3) P. Durand, *La notion juridique d'entreprise*, in *Trav. Assoc. H. Capitant*, 1948, p. 45 et s., spéc. p. 56.

(4) A. Fabre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, 2010, spéc. n° 8, p. 4.

(5) A. Fabre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, 2010, spéc. n° 14, p. 6. – V. également P. Lokiec, *Contrat et Pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, spéc. n° 562, p. 408 et s.

(6) N. Catala, *L'entreprise*, Dalloz, 1980, spéc. n° 44, p. 43.

(7) E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, spéc. n° 235, p. 150.

(8) A. Supiot, *La réglementation patronale de l'entreprise : Dr. soc.* 1992, p. 215 et s., spéc. p. 216.

notamment la santé, la sécurité et la discipline⁽⁹⁾. Tout le reste dépend en principe du « droit des salariés à la négociation de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que leurs garanties sociales »⁽¹⁰⁾. La réglementation conventionnelle qui en est issue ne constitue qu'un abandon limité et partiel par l'employeur de son pouvoir puisque, hormis dans certaines circonstances et matières, il peut prendre des décisions unilatérales⁽¹¹⁾. Membre de la communauté de travail, il doit cependant agir dans l'intérêt de l'entreprise⁽¹²⁾.

384. – Une responsabilité importante pèse sur lui : il doit participer à l'expression d'un intérêt au moins partiellement distinct du sien pour élaborer une norme qui s'imposera à tous les salariés de l'entreprise. Il doit s'y tenir, sans quoi son cocontractant, représentant des salariés, est instrumentalisé. Sa participation à la détermination de l'intérêt de l'entreprise est alors illusoire, l'accord collectif n'étant conclu que dans l'intérêt de l'employeur. La négociation collective d'entreprise ainsi entendue ne peut prospérer. Forme d'expression et d'édition de règles par la communauté de travail, aucune des parties, même si elle se trouve initialement en position dominante, ne peut imposer à l'autre ses vues. La négociation collective doit être envisagée comme le dessaisissement par l'employeur d'une partie de son pouvoir, qui est alors coexercé⁽¹³⁾. Dans cette situation, il doit faire abstraction de son intérêt exclusif. Ce sacrifice peut être difficile à accepter lorsque le risque d'entreprise est important, l'employeur étant le seul à le supporter⁽¹⁴⁾. Il n'est que temporaire : une action unilatérale reste envisageable dans la majorité des cas. La négociation d'un accord peut néanmoins constituer un avantage non négligeable pour l'employeur en ce qu'il permet de rechercher la responsabilité *in solidum* des partenaires sociaux⁽¹⁵⁾ et non uniquement la sienne. En outre, l'implication des salariés favorise l'élaboration de règles adaptées à la communauté de travail dans une démarche « gagnant-gagnant ». Un intérêt supérieur à ceux, antagonistes, défendus par les parties y préside⁽¹⁶⁾. Considérant qu'il s'agit d'une prérogative importante conférée par le législateur conjointement à l'employeur et aux représentants des salariés, le juge pourrait contrôler le bon usage qu'ils en font et la conformité des accords signés à l'intérêt de l'entreprise⁽¹⁷⁾. L'identification de l'interlocuteur patronal qui participe à la négociation, détenteur du pouvoir d'engager l'employeur, doit être menée.

(9) C. trav., art. L. 1321-1.

(10) C. trav., art. L. 2221-1.

(11) Selon certains auteurs, l'employeur, aux termes de la loi du 4 août 1982, ne pouvait plus prendre de décisions unilatérales dans d'autres domaines que dans ceux relevant du règlement intérieur. La pratique a démontré qu'il n'en était rien. Pour une illustration du débat qui a animé la doctrine, cf. M. Véricel, *Sur le pouvoir normateur de l'employeur* : *Dr. soc.* 1991, p. 120 et s., spéc. p. 121.

(12) Pour des exemples de cas où ce concept est défini comme le but poursuivi, V. *supra*, n° 72 et s.

(13) Au contraire, il exerce pleinement et unilatéralement dans les matières déterminées par la loi son « pouvoir législatif » par l'édition du règlement intérieur.

(14) V. not. Cass. soc., 2 juill. 2002, n° 00-13.111 : *Bull. civ.* 2002, V, n° 229 ; *RJS* 10/2002, n° 1076 ; *Dr. soc.* 2002, p. 998 et s., note C. Radé ; *JurisData* n° 2002-015107.

(15) Y. Pagnerre, *Responsabilité des partenaires sociaux du fait des conventions et accords collectifs* : *JCP S* 2012, 1001, spéc. n° 13.

(16) En ce sens, V. C. Lecœur, *La notion d'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, thèse Aix-Marseille, 2013, p. 185 et s. : « au niveau de la négociation d'entreprise, l'intérêt de l'entreprise guide l'action des partenaires sociaux vers la recherche d'un équilibre entre la protection des travailleurs (fonction sociale de la négociation collective) et la gestion de l'entreprise (fonction organisationnelle) ».

(17) Il y procède déjà plus ou moins dans le cadre d'accords particuliers tels que les accords de maintien dans l'emploi. Cette vérification demeure toutefois résiduelle.

L'employeur, détenteur d'un pouvoir de négociateur partagé

385. – Deux locutions sont régulièrement utilisées tant par le législateur que par le juge ou la doctrine pour désigner l'interlocuteur des salariés. Dans les entreprises constituées sous forme individuelle, employeur et chef d'entreprise coïncident. La première de ces notions revêt un caractère abstrait lorsqu'elle renvoie à une personne morale. La dissociation des deux qualités visées est alors inéluctable. Elles constituent les deux dimensions d'un même concept⁽¹⁸⁾. Leur imbrication rend difficile leur distinction. Elles ne peuvent vivre l'une sans l'autre. Toutefois, l'entreprise ne peut exister en l'absence d'un employeur (§ 1) alors qu'elle peut se maintenir (au moins temporairement) à défaut de chef d'entreprise (§ 2).

§ 1. – L'employeur, élément indispensable

386. – **Partie au contrat de travail.** L'existence du contrat de travail confère aux parties les qualités d'employeur et de salarié⁽¹⁹⁾. Ce dernier adhère à l'entreprise en tant qu'institution. L'employeur s'insère dans la communauté de travail et la compose avec l'ensemble des salariés. Les cocontractants doivent disposer de la personnalité juridique sans laquelle ils ne disposent pas de la capacité à s'engager. Critère du contrat de travail, un lien de subordination est établi. Le salarié concède sa soumission au pouvoir d'autrui. Il y trouve une contrepartie dans la rémunération qui lui est due.

387. – **Difficultés d'identification.** L'identification de l'employeur peut faire l'objet de discussions. De nombreuses situations conduisent à ce que des travailleurs exécutent leur prestation pour le compte d'une entreprise qui n'est pas celle à laquelle ils sont contractuellement liés. En cas de détachement, si une convention tripartite est signée, une coexistence d'employeurs peut être caractérisée, le contrat de travail initial étant suspendu. Un second contrat est conclu. La survenance du terme du détachement met fin à ce dernier⁽²⁰⁾ et lève la suspension du premier. Est aussi envisageable l'hypothèse de « la coexistence de deux ou plusieurs employeurs dans une relation individuelle avec un salarié »⁽²¹⁾. Tous sont débiteurs à l'égard de ce dernier des obligations qui découlent du contrat de travail.

388. – **L'employeur, acteur essentiel des relations de travail.** La notion d'employeur renvoie donc à une personne morale ou à une personne physique qui se trouve

(18) I. Vacarie, *L'employeur*, Sirey, 1979, p. 1.

(19) « C'est donc la conclusion même du contrat de travail qui crée l'employeur, en même temps que le salarié », G.-H. Camerlynck, *Le contrat de travail*, Dalloz, 1982, p. 93.

(20) Une alternative se présente alors. Soit le contrat conclu avec le second employeur était un contrat à durée déterminée qui répond à des règles précises (C. trav., art. 1241-1 et s.), soit il s'agit d'un contrat à durée indéterminée auquel il est mis fin du commun accord des parties. Dans ce cas, une nouvelle convention tripartite conduira à une nouvelle novation du contrat de travail.

(21) B. Gauriau, *Le coemployeur* : *Dr. soc.* 2012, p. 995 et s., spéc. p. 995.

juridiquement engagée par les contrats conclus avec chacun des salariés intégrés à la communauté de travail. Elle tend à embrasser aussi bien « le propriétaire de l'entreprise commerciale, industrielle ou agricole – individu ou société – que l'association à but désintéressé, et le particulier embauchant un employé de maison ou même un travailleur subordonné de manière épisodique »⁽²²⁾. En le visant, le législateur lui impose l'application d'un certain nombre de règles dans les relations qu'il entretient avec ses salariés. L'employeur a, conjointement avec les organisations syndicales représentatives, la qualité de cosignataire de l'accord collectif. Lorsqu'il s'agit d'une personne physique, il peut apposer lui-même sa signature sur l'acte. Il en va différemment lorsque l'employeur est une personne morale : la disjonction entre l'employeur et son agent, le chef d'entreprise, est inéluctable⁽²³⁾.

§ 2. – Le chef d'entreprise, élément remplaçable

389. – La qualité de chef d'entreprise. Doit être identifiée « la personne physique qui détient, au plus haut niveau, le pouvoir de décision, détermine les lignes de l'action quotidienne, en contrôle l'exécution, sanctionne les défaillances, a vocation à dialoguer et négocier avec les représentants des salariés et assumer le poids des infractions à la législation sociale constatées »⁽²⁴⁾. Au nom et pour le compte de l'employeur, cette personne incarne « l'autorité suprême »⁽²⁵⁾ dans l'entreprise. Elle en conçoit, élabore et décide la politique générale en toute autonomie⁽²⁶⁾ ce qui exclut, *a priori*, qu'elle ait la qualité de salarié. Sa désignation doit être recherchée dans les statuts lorsque l'employeur est une personne morale. Lorsque l'entreprise appartient à une personne morale, « la qualité de chef d'entreprise revient (...) de manière générale à la personne qui, à titre originaire, détient la plénitude des pouvoirs de direction sur le personnel et les biens affectés à l'activité »⁽²⁷⁾. De cette investiture résultent des obligations pour la personne physique ainsi désignée. Elle doit veiller à ce que l'ensemble des composantes de l'entreprise respecte la législation, sa responsabilité pouvant être engagée en cas de violation de celle-ci.

390. – Le chef d'entreprise, dirigeant de droit. Le droit des sociétés facilite la détermination du chef d'entreprise. Dans les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés en nom collectif ou en commandite, cette qualité est reconnue au gérant unique ou aux gérants nommés par les associés⁽²⁸⁾. Au sein des sociétés par actions simplifiées, cette charge incombe en principe au président, sauf si les statuts prévoient l'existence d'un directeur général ou d'un directeur général délégué exerçant les pouvoirs qui lui sont normalement confiés⁽²⁹⁾. Plusieurs cas de figure peuvent se présenter dans les sociétés

(22) G.-H. Camerlynck, *Le contrat de travail*, Dalloz, 1982, p. 93.

(23) B. Teyssié, *L'interlocuteur des salariés : Dr. soc.* 1982, p. 41 et s., spéc. p. 51.

(24) B. Teyssié, *L'interlocuteur des salariés : Dr. soc.* 1982, p. 41 et s., spéc. p. 52.

(25) N. Catala, *L'entreprise*, Dalloz, 1980, spéc. n° 54, p. 51.

(26) I. Vacarie, *L'employeur*, Sirey, 1979, p. 245.

(27) A. Cœuret et E. Fortis, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^e éd. 2012, spéc. n° 251, p. 150.

(28) C. com., art. L. 223-18 pour la SARL ; C. com., art. L. 221-3 pour la société en nom collectif et en commandite simple ; C. com., art. L. 226-2 pour la société en commandite par actions.

(29) C. com., art. L. 227-6.

anonymes. Si un conseil d'administration préside aux destinées de la société, la qualité de chef d'entreprise appartient au président de cette instance⁽³⁰⁾. Au contraire, la direction est collégiale⁽³¹⁾ lorsqu'un directoire est constitué. Chacun de ses membres doit être regardé comme le chef d'entreprise dans les décisions qu'il prend⁽³²⁾. En cas d'infraction, la coresponsabilité pourra être écartée à condition qu'existe une « distribution des rôles (...) certaine, permanente et précise »⁽³³⁾. Chacun endossera la qualité de chef d'entreprise dans un domaine donné.

391. – Le chef d'entreprise, dirigeant de fait. Dans un arrêt ancien, la Cour de cassation confère à un dirigeant la qualité de « chef de fait de l'entreprise »⁽³⁴⁾. Cette décision illustre le contrôle de la concomitance de l'attribution et de l'exercice effectif du pouvoir de direction de l'entreprise auquel procède le juge. Trois conditions cumulatives permettent de caractériser un dirigeant de fait : il accomplit des actes positifs de gestion, déploie une activité de direction, et ce en toute indépendance et liberté⁽³⁵⁾. À ce titre, il doit être distingué des exécutants en ce qu'il s'émancipe, au moins partiellement s'il est salarié, d'un éventuel lien de subordination. Titulaire effectif du pouvoir dans l'entreprise, c'est sur lui que pèseront les obligations mises à la charge du chef d'entreprise par le législateur. Pour autant, la reconnaissance d'un dirigeant de fait n'exonère pas systématiquement le dirigeant de droit de sa responsabilité. Tous deux peuvent bénéficier de la qualité de chef d'entreprise⁽³⁶⁾. Celle-ci n'est pas exclusive : elle peut être partagée. Le dirigeant de fait peut éventuellement être un tiers à l'entreprise. Tel est le cas lorsque la société appartient à un groupe dans lequel le chef de l'entreprise dominante se comporte en fait comme l'employeur dans chacune de ses filiales⁽³⁷⁾. L'exercice du pouvoir par une personne peut rencontrer plusieurs limites qui conduisent à ce que l'interlocuteur patronal varie en fonction de la matière ou de l'espace concerné.

392. – Le chef d'établissement, chef d'entreprise décentralisé. L'expression « chef d'établissement »⁽³⁸⁾ illustre une répartition spatiale de la qualité de chef d'entreprise. La loi met parfois directement à la charge du chef d'établissement des obligations qui supposent implicitement sa capacité à exercer le pouvoir dans le champ pour lequel cette qualité lui est reconnue. Au sein de celui-ci, il lui revient de déterminer les conditions d'exécution du travail. Cette prérogative justifie que des salariés d'entreprises extérieures puissent présenter des réclamations individuelles ou collectives par l'intermédiaire des délégués du personnel de l'entreprise utilisatrice⁽³⁹⁾.

(30) C. com., art. L. 225-51-1.

(31) C. com., art. L. 225-64.

(32) N. Catala, *L'entreprise*, Dalloz, 1980, spéc. n° 54, p. 52.

(33) *Ibid.*

(34) Cass. crim., 16 mars 1971, n° 70-92.539 : *Bull. crim.* 1971, n° 88.

(35) J.-L. Rives-Lange, *La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens* : D. 1974, p. 40 et s.

(36) Cass. crim., 12 sept. 2000, n° 99-88.011 : *Bull. crim.* 2000, n° 268 ; *RJS* 4/2001, n° 554 ; *Dr. soc.* 2000, p. 1075 et s., note P. Morvan ; *JurisData* n° 2000-006246.

(37) Une unité économique et sociale peut être alors reconnue. L'unité économique semble pouvoir être caractérisée. Seule l'unité sociale devra être démontrée.

(38) Utilisée près de quarante fois dans le Code du travail, cette locution vise, outre les chefs d'établissement ici appréhendés, les personnes à la tête d'entités telles que les établissements d'enseignement (C. trav., art. R. 4153-38) ou les établissements de santé, sociaux et médico-sociaux (C. trav., art. R. 4615-6 et s.).

(39) C. trav., art. L. 2313-3.

De même, la répartition des compétences effectuée par l'article L. 2327-2 du Code du travail entre le comité central d'entreprise et les comités d'établissement pré-suppose l'exercice de certains pouvoirs par les chefs d'établissement⁽⁴⁰⁾. Ils sont présumés avoir une meilleure connaissance de l'environnement de travail que le chef d'entreprise, ce qui justifie la primauté de leur compétence pour identifier les mesures de sécurité adéquates⁽⁴¹⁾.

393. – Détenteur d'une fraction du pouvoir patronal, le chef d'établissement est le plus souvent un salarié. Toutefois, son assimilation au chef d'entreprise dans l'établissement est telle qu'il ne peut y être élu représentant du personnel⁽⁴²⁾. De la même façon, il figure dans le collège des employeurs pour l'élection des conseillers prud'hommes⁽⁴³⁾. Des obligations pèsent sur lui en vertu de la loi alors qu'il n'est normalement compétent que pour exercer les prérogatives qui lui ont été déléguées par le chef d'entreprise. Il est un dirigeant de droit : pour que l'établissement soit caractérisé, est exigée la présence en son sein d'un représentant de l'employeur disposant de pouvoirs plus ou moins étendus⁽⁴⁴⁾. Doit être recherchée la détention d'une autorité exercée au nom de l'employeur auprès de la communauté de travail à laquelle appartient son délégué. Placé à la tête d'une unité de production, le chef d'établissement « apparaît comme un délégué naturel du chef d'entreprise et nonobstant sa qualité de salarié assume une part des responsabilités liées à l'exercice des prérogatives patronales »⁽⁴⁵⁾. Le mécanisme juridique qui tend à les lui conférer doit être examiné. Il participe de l'appréhension fonctionnelle de l'interlocuteur patronal.

SECTION 2

Identification fonctionnelle du négociateur patronal

394. – En principe, la partie patronale à l'accord collectif d'entreprise est facilement identifiable : il s'agit de l'employeur, détenteur de droit de la capacité à négocier et signer un accord collectif⁽⁴⁶⁾. Son agent, le chef d'entreprise, peut se

(40) La caractérisation de l'établissement pour implanter une telle institution du personnel requiert une autonomie (V. *supra*, nos 265 et s.). De la même façon, la compétence de principe du comité central d'entreprise lorsque la décision excède les pouvoirs des chefs d'établissement est affirmée en matière de licenciement pour motif économique (C. trav., art. L. 1233-9 et L. 1233-36). La nouvelle rédaction de l'article L. 2327-2 issue de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi en fait également état.

(41) V. not. C. trav., art. R. 4226-8.

(42) Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 05-60.158 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 39 ; *RJS* 4/2006, n° 469 ; *JurisData* n° 2006-031814. – Cass. soc., 12 juill. 2006, n° 05-60.300 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 260 ; *RJS* 11/2006, n° 1200 ; *Dr. soc.* 2006, p. 869 et s., note G. Borenfreund ; *JurisData* n° 2006-034617. – De même, sa désignation par une organisation syndicale comme délégué syndical, représentant syndical au comité d'entreprise ou représentant de section syndicale est exclue, Cass. soc., 1^{er} févr. 2006, n° 05-60.163 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 50 ; *RJS* 4/2006, n° 469 ; *JurisData* n° 2006-032088. – Cass. soc., 29 avr. 2008, n° 07-60.382 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 92 ; *RJS* 6/2008, n° 693 ; *JCP S* 2008, 1369, note D. Allix et J.-Y. Kerbourc'h ; *JurisData* n° 2008-043675.

(43) C. trav., art. L. 1441-4, 2° : « cadres détenant sur un service, un département ou un établissement de l'entreprise une délégation particulière d'autorité, établie par écrit, permettant de les assimiler à un employeur ».

(44) Au sens des délégués du personnel, il importe peu qu'il puisse se prononcer sur les réclamations qui lui seraient communiquées. Au contraire, au sens du comité d'établissement, il rassemble sur sa tête l'autonomie de gestion du personnel permettant la mise en place de cette instance dans un tel périmètre. Sur ces questions, V. *supra*, n° 269.

(45) N. Catala, *L'entreprise*, Dalloz, 1980, spéc. n° 55, p. 54.

(46) C. trav., art. L. 2232-16.

trouver dans l'incapacité d'exercer seul l'ensemble des pouvoirs qui lui incombent. L'entreprise peut être dotée d'une organisation conférant à d'autres personnes la qualité d'interlocuteur patronal (Sous-section 1) appelé à choisir ceux qui composeront la délégation patronale (Sous-section 2).

S O U S - S E C T I O N 1

La qualité d'interlocuteur patronal

395. – Chef d'entreprise, chef d'établissement, directeur des ressources humaines, directeur des affaires sociales ont potentiellement la capacité à négocier un accord collectif d'entreprise et à engager l'employeur par leur signature. Plusieurs figures juridiques permettent l'attribution de la qualité d'interlocuteur patronal (§ 1). Certaines semblent cohabiter (§ 2).

§ 1. – Une base juridique à identifier

396. – L'identification de l'employeur en tant que partie à un accord collectif d'entreprise donne lieu à peu de contentieux. De même, la doctrine s'est peu interrogée sur le procédé juridique qui permet à son agent d'agir en son nom. Lui est tour à tour donnée la qualité de délégataire (I), de mandataire ou de représentant (II). Les conséquences qu'emportent ces appellations ne sont pourtant pas identiques.

I. – L'interlocuteur patronal, délégataire ?

397. – **Une construction jurisprudentielle.** La délégation de pouvoir participe de l'organisation de l'administration en France. Elle permet le renforcement de la continuité du service public, notamment lorsqu'un fonctionnaire est absent. La Cour de cassation a adopté ce concept au début du xx^e siècle⁽⁴⁷⁾. L'employeur peut s'exonérer de sa responsabilité en apportant « la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires »⁽⁴⁸⁾. Si son utilisation dans les entreprises n'a fait que croître, la délégation de pouvoir souffre aujourd'hui encore de l'absence de base légale puisqu'elle n'est qu'implicitement admise⁽⁴⁹⁾. Le juge en a progressivement défini les critères et le régime, « l'absence de formalités [risquant] d'entraîner une dilution du pouvoir patronal et d'obscurcir les pouvoirs des membres de la hiérarchie »⁽⁵⁰⁾.

398. – **Une construction adaptée en droit pénal du travail.** Pour mener à bien la mission qui lui est confiée, le délégataire doit être conscient de la substance de

(47) Cass. crim., 28 juin 1902 : *Bull. crim.* 1902, n° 237 ; *D.* 1903, p. 585 et s.

(48) Cass. crim., 11 mars 1993, n° 91-83.655 : *Bull. crim.* 1993, n° 112 ; *JurisData* n° 1993-000886.

(49) Le législateur s'est même déjà refusé à légiférer sur ce point, considérant qu'il est préférable de laisser au juge la vérification au cas par cas de la validité de chaque délégation de pouvoir plutôt que de lui donner un cadre légal : *JOAN* 13 mai 1976, p. 2991. L'article L. 1253-15 du Code du travail la mentionne toutefois, en reconnaissant ainsi explicitement l'existence dans l'entreprise.

(50) F. Marmoz, *La délégation de pouvoir*, Litec, 2000, spéc. n° 630, p. 217.

celle-ci. Une formation peut s'avérer nécessaire pour lui permettre de prendre les décisions dans son champ de compétence en connaissance de cause⁽⁵¹⁾. Partant, il doit avoir la possibilité de les imposer à d'autres salariés par les ordres qu'il peut leur donner sans immixtion de l'employeur. Pour que la délégation de pouvoir puisse être invoquée, le délégataire doit bénéficier d'une réelle autonomie dans la prise de décision⁽⁵²⁾, celle-ci ne devant pas faire systématiquement l'objet d'un compte-rendu auprès du délégant⁽⁵³⁾. De plus, l'identification du délégataire ne doit faire l'objet d'aucune discussion : la publicité de la délégation de pouvoir est nécessaire à l'égard des salariés appelés à se soumettre au délégataire⁽⁵⁴⁾. Celui-ci doit, en outre, être le détenteur exclusif de l'autorité dans le domaine délégué⁽⁵⁵⁾. L'accomplissement de ses fonctions suppose également qu'il dispose des moyens nécessaires, donc d'une fraction du pouvoir de direction⁽⁵⁶⁾. La délégation de pouvoir, pour des raisons probatoires, fait souvent l'objet d'un écrit qui peut prendre la forme d'un avenant au contrat de travail⁽⁵⁷⁾. Il met en exergue la nécessité de rechercher l'acceptation du délégataire⁽⁵⁸⁾. Des subdélégations peuvent être envisagées, si elles ont été prévues par l'acte initial. Sont alors mises en œuvre plusieurs délégations de pouvoir, en cascade⁽⁵⁹⁾.

399. – Une construction tripartite. Par la délégation, « une personne titulaire de droits subjectifs, voit ses droits mis en œuvre volontairement ou involontairement par une seconde personne, qui dès lors devient titulaire d'un pouvoir. Cette seconde personne, au lieu d'exercer elle-même demande à une troisième, en son nom mais pour le compte de la première, d'exercer ce pouvoir en tout ou partie »⁽⁶⁰⁾. Le détenteur du pouvoir demeure l'employeur. Son exercice est le fait du chef d'entreprise qui n'en est pas titulaire pour autant. Ce dernier peut habiliter un des salariés à l'exercer dans l'intérêt de l'entrepreneur.

400. – Une construction parfois fragile. L'existence d'une délégation de pouvoir a pu être mise en doute afin de rendre un accord collectif inopposable aux salariés en raison du défaut de partie patronale⁽⁶¹⁾. Dans l'affaire visée, sa validité était

(51) V. not. Cass. crim., 8 févr. 1983, n° 82-92.644. – Cass. crim., 26 mai 1994, n° 93-83.179 : *Bull. crim.* 1994, n° 208 ; *RJS* 11/1994, n° 1275 ; *JurisData* n° 1994-002892.

(52) Cass. crim., 21 juin 1983, n° 82-93.874. – Cass. crim., 21 nov. 2000, n° 98-45.420 : *Bull. crim.* 2000, n° 384 ; *RJS* 2/2001, n° 175 ; *Dr. soc.* 2001, p. 209 et s., note J. Savatier ; *JurisData* n° 2000-006954.

(53) L'indépendance du délégataire est souverainement appréciée par les juges du fond, l'immixtion de l'employeur dans le domaine qui fait l'objet de la délégation de pouvoir rend celle-ci inopposable. V. not. Cass. crim., 7 juin 2011, n° 10-84.283 : *RJS* 12/2011, n° 1025 ; *Dr. soc.* 2011, p. 1196 et s., note F. Duquesne ; *JurisData* n° 2011-014293.

(54) Une publicité particulière peut également être requise lorsque l'entreprise revêt une forme sociétaire particulière telle une société par actions simplifiée. Sur cette question, un débat a animé la doctrine et la jurisprudence récemment, V. J.-M. Albiol et E. Boucaya, *Admission de la délégation de pouvoir dans les SAS* : *JCP S* 2010, 1515. – J.-M. Albiol et C. Gallon, *Admission réitérée de la délégation du pouvoir de licencier dans la SAS* : *JCP S* 2011, 1229.

(55) Cass. crim., 23 nov. 2004, n° 04-81.601 : *Bull. crim.* 2004, n° 295 ; *RJS* 3/2005, n° 330 ; *JurisData* n° 2004-026043.

(56) Par moyens, il faut entendre tout à la fois la capacité à acquérir des matériaux notamment et donc à disposer d'un budget, mais aussi la possibilité d'accéder à certaines informations.

(57) Le retrait d'une délégation de pouvoir constitue une modification du contrat de travail, il est donc plus prudent de contractualiser son existence. V. not. Cass. soc., 26 oct. 2011, n° 10-19.001 : *Bull. civ.* 2011, V, n° 241 ; *RJS* 1/2012, n° 9 ; *JCP S* 2011, 1572, note C. Puigelier ; *Dr. soc.* 2012, p. 303 et s., note J. Mouly ; *JurisData* n° 2011-023243.

(58) Cass. crim., 23 mai 2007, n° 06-87.590 : *Bull. crim.* 2007, n° 138 ; *JurisData* n° 2007-039452. – V. également N. Ferrier, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, 2005, spéc. n° 191, p. 271.

(59) Là encore, le caractère exprès de la délégation doit être recommandé. Cf. F. Marmoz, *La délégation de pouvoir*, Litec, 2000, spéc. n° 631, p. 218.

(60) F. Marmoz, *La délégation de pouvoir*, Litec, 2000, spéc. n° 284, p. 95.

(61) Cass. soc., 13 mai 2008, n° 07-40.002 : *RJS* 7/2008, n° 810 ; *JurisData* n° 2008-044049.

contestée en raison du changement de la personne du délégant. Usant d'un visa énigmatique⁽⁶²⁾, la Cour de cassation considère que la délégation de pouvoir peut être impersonnelle et que ses « effets (...) sont indépendants de la personne du délégant et du délégataire ». Cette solution suscite plusieurs remarques. Son application à l'ensemble des délégations de pouvoir dans l'entreprise ne semble pas conforme à l'état de la jurisprudence en matière de droit pénal du travail⁽⁶³⁾ : les caractères fonctionnel et impersonnel qui y sont dégagés ne correspondent pas à ce que le juge exige, notamment quant à l'acceptation par le délégataire de cette charge. De plus, ne sont pas distingués le pouvoir de négocier un accord collectif et celui de le signer. Bien qu'intimement liés, chacun d'eux peut, en principe, faire l'objet de délégations de pouvoir distinctes. S'il est possible d'imaginer que le rôle de négociateur soit attaché à la fonction de responsable des relations sociales, il est plus difficile de faire de même quant à la signature d'un accord, laquelle engage directement l'employeur⁽⁶⁴⁾. La rigidité de la délégation de pouvoir ne paraît pas être en phase avec la pratique des entreprises. Elle nécessite d'envisager d'autres opérations juridiques qui permettent de conférer la qualité d'interlocuteur patronal.

II. – L'interlocuteur patronal, mandataire ?

401. – Le 13 mai 2008, la Cour de cassation a rendu un arrêt sous le visa des articles 1984 et 2003 du Code civil, lesquels sont relatifs au mandat. Il est, pour de nombreux auteurs, le support de la délégation de pouvoir⁽⁶⁵⁾. D'autres contestent cet amalgame⁽⁶⁶⁾.

402. – **Une incompatibilité d'objet entre délégation de pouvoir et mandat.** Les tenants de l'assimilation considèrent que rien dans leur objet ne permet de séparer délégation de pouvoir et mandat. Le mandat se résume alors à la représentation. Cette technique permet « à une personne (le représentant) d'accomplir un acte qui produira directement ses effets à l'égard d'une autre personne (le représenté). Impliquant l'accomplissement d'un acte produisant des effets de droit, son objet se limite aux actes juridiques, à l'exclusion des actes matériels »⁽⁶⁷⁾. Par ce mandat particulier⁽⁶⁸⁾, le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant. Par le mandat, la titularité d'un droit est transférée, créant au bénéfice du mandataire un pouvoir. La délégation de pouvoir, en revanche, a pour objet le transfert de l'exercice

(62) « Vu les principes généraux du droit applicables en matière de délégation de pouvoir, ensemble les articles 1984 et 2003 du Code civil ». Les deux articles cités sont relatifs au contrat de mandat lequel fait l'objet de développement ci-après, V. *infra*, n° 401 et s.

(63) V. *supra*, n° 398. Un tempérament est apporté dans un arrêt du 25 juin 1991 (Cass. crim., 25 juin 1991, n° 90-83.846 : RJS 10/1991, n° 1099).

(64) Peut être proposée une distinction entre la délégation de pouvoir et la délégation de signature, laquelle est opérée par le droit public. V. J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 24^e éd. 2012, p. 419 et s. – F. Marmoz, *La délégation de pouvoir*, Litec, 2000, spéc. n° 297 et s., p. 100 et s.

(65) V. not. Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés*, LGDJ, 5^e éd. 2002, p. 406. – N. Ferrier, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, 2005, spéc. n° 63 et s., p. 89 et s.

(66) F. Marmoz, *La délégation de pouvoir*, Litec, 2000, spéc. n° 216 et s., p. 75 et s.

(67) N. Ferrier, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, 2005, spéc. n° 66, p. 95.

(68) La représentation ne constitue qu'un élément potentiel du mandat, il ne lui est pas essentiel. La question de l'omniprésence du lien entre ces deux techniques juridiques s'est longtemps posée. Plusieurs auteurs ont pu démontrer l'existence de mandats sans représentation, survivance du droit romain. – P. Didier, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000, spéc. n° 39 et s., p. 28 et s. – F. Marmoz, *La délégation de pouvoir*, Litec, 2000, spéc. n° 239 et s., p. 81 et s.

du pouvoir⁽⁶⁹⁾. Une incompatibilité entre ces deux techniques juridiques peut être relevée sur ce point : par l'une le pouvoir est créé alors que, par l'autre, il préexiste et fait l'objet d'une dévolution.

403. – Une incompatibilité renforcée au regard de la représentation. Par la représentation, un lien important est établi avec le patrimoine du représenté. Les effets juridiques de l'acte accompli par le représentant se produiront exclusivement sur celui-ci. Au contraire, « le délégataire n'a aucune emprise sur le patrimoine du délégant ». Dès lors le délégataire ne peut représenter le délégant. Il use du pouvoir de celui-ci, lequel constitue une prérogative juridique extrapatrimoniale.

404. – Une incompatibilité structurelle. L'obstacle le plus important est d'ordre structurel. La délégation de pouvoir est tripartite, qualité dont ne dispose pas le mandat. En effet, il n'unit que le sujet de droit, titulaire de la prérogative, et le sujet d'imputation de l'acte juridique. Une confusion est relevée, aggravée lorsqu'employeur et chef d'entreprise coïncident, ce qui est le cas en présence d'un entrepreneur individuel. S'appuyant sur cet argument, un auteur en déduit qu'il n'existe pas d'incompatibilité entre délégation de pouvoir et mandat puisque, dans une telle situation, deux rôles sont tenus par une même personne⁽⁷⁰⁾. Une telle analyse, conforme aux apparences de la situation de fait, ne paraît pas exacte sur le plan du droit où les qualités d'employeur et de chef d'entreprise coexistent⁽⁷¹⁾.

405. – Une incompatibilité confuse ? L'utilisation par la Cour de cassation des deux notions entretient une certaine confusion. Dans un arrêt du 23 mai 1994⁽⁷²⁾, la question de l'application de l'article L. 2231-2 du Code du travail pour identifier l'interlocuteur patronal dans l'entreprise lui était posée. Pour contester la validité d'un accord collectif, était invoqué le fait que le chef du personnel n'était pas muni d'un mandat spécial écrit. La chambre sociale a considéré que, le salarié bénéficiant d'une délégation de pouvoir, un mandat apparent pouvait être caractérisé⁽⁷³⁾.

§ 2. – Une base juridique identifiée

406. – La négociation d'un accord collectif d'entreprise comporte plusieurs temps. Des actes préparatoires peuvent être accomplis par le détenteur d'une

(69) « La substitution parfaite du délégataire au chef d'entreprise impliquerait un véritable transfert de la fonction directoriale et, corrélativement, de la qualité de chef d'entreprise. Cette situation ne correspond, ni à la technique, ni à l'économique de la délégation de pouvoir. D'abord, la délégation se borne à associer le délégataire à l'exercice du pouvoir délégué, sous l'autorité du délégant. Techniquement, elle n'emporte aucun transfert de la titularité du pouvoir du délégant vers le délégataire », N. Ferrier, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, 2005, spéc. n° 319, p. 461.

(70) N. Ferrier, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, 2005, spéc. n° 65, p. 91.

(71) Le professeur Ferrier poursuit, considérant que dans la situation où ces qualités peuvent être distinguées il s'agit en réalité du recours à un mandataire substitué, lequel se voit confier par le mandataire principal la titularité du droit qui lui avait été confié par le mandant. Il semblerait dans un tel cas, compte tenu de l'importance de la personne du mandataire auquel est donnée une mission avec un *intuitus personae* certain, que deux contrats de mandat successifs coexistent, le second pouvant être qualifié de sous-mandat (sur ce point, V. F. Marmoz, *La délégation de pouvoir*, Litec, 2000, spéc. n°s 252 et s., p. 85 et s.).

(72) Cass. soc., 23 mars 1994, n° 91-45.705 : *RJS* 5/1994, n° 583 ; *Dr. soc.* 1994, p. 518 et s.

(73) Celui-ci a été reconnu dans le cas de transaction (Cass. soc., 12 janv. 2010, n° 08-44.321 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 3 ; *RJS* 4/2010, n° 343 ; *D.* 2010, p. 1328 et s. ; *JurisData* n° 2010-051074) ou de licenciement (Cass. soc., 2 avr. 1992, n° 88-45.565 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 243 ; *RJS* 5/1992, n° 602 ; *JurisData* n° 1992-000966).

délégation de pouvoir ; la conclusion de l'acte appartient au titulaire d'un mandat avec représentation.

407. – Le temps de la négociation, un délégataire. Au cours de la négociation *stricto sensu*, l'interlocuteur patronal mène les travaux, au nom de l'employeur, afin de parvenir à la rédaction d'un texte. Il revient au chef d'entreprise, pour le compte de l'employeur, de convoquer les organisations syndicales représentatives, de leur assurer une information suffisante et de formuler l'offre patronale⁽⁷⁴⁾. Une délégation de pouvoir peut ainsi donner au directeur des ressources humaines ou des relations sociales cette responsabilité. Le délégataire pourra être personnellement poursuivi si des infractions sont constituées. Tel sera le cas si les dispositions relatives à la négociation annuelle obligatoire ne sont pas respectées⁽⁷⁵⁾ ou si une entrave à l'exercice du droit syndical est identifiée⁽⁷⁶⁾. À aucun moment au cours des réunions, l'intérêt de l'employeur n'entre en ligne de compte.

408. – Le temps de la conclusion, un mandataire. Quand vient le temps de la signature, l'interlocuteur patronal agit par représentation. Un mandat lui donne pouvoir pour signer l'accord au nom de l'employeur. Il doit prendre en compte les intérêts qui lui ont été confiés ; il est donc à même de procéder à des arbitrages. Une fois l'accord signé, seule la responsabilité de l'employeur peut être engagée du fait de celui-ci. Son patrimoine pouvant être mis en jeu, la délégation de pouvoir doit être écartée au bénéfice du mandat.

409. – Conséquences pratiques. Une telle construction présente un avantage dans les entreprises à établissements multiples. Le chef d'établissement dispose d'une délégation de pouvoir qui lui confère la capacité de mener la négociation dans le périmètre qui lui a été confié. L'accord collectif ayant pour champ d'application l'établissement pourra être indifféremment signé par le chef d'entreprise ou le chef d'établissement⁽⁷⁷⁾. Chacun d'eux bénéficie dans ce cadre d'un mandat avec représentation de l'employeur. Il peut être exprès. Il peut également être apparent et résulter des fonctions exercées.

410. – Dans les unités économiques et sociales, le salarié de l'une des sociétés la composant peut signer l'accord collectif au nom et pour le compte de tous les employeurs. Il est lié à ces derniers par un mandat avec représentation⁽⁷⁸⁾. Il n'est pas nécessaire que chacun d'eux l'investisse d'une délégation de pouvoir. Celle-ci peut néanmoins être requise pour mener les négociations et éventuellement justifier

(74) En droit civil, elle « se présente comme une manifestation unilatérale de volonté qui se destine, par le seul fait de son acceptation, à la conclusion d'un contrat », J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, t. I, LGDJ, 4^e éd. 2013, spéc. n° 840, p. 617.

(75) C. trav., art. L. 2243-1 et L. 2243-2.

(76) C. trav., art. L. 2146-1.

(77) Selon le professeur Vacarie (*L'employeur*, Sirey, 1979, p. 254), pour la présidence du comité d'établissement, cette alternative n'existe pas, celle-ci appartenant de droit au chef d'établissement et non au chef d'entreprise en raison de la délégation qui fixe la « limite des pouvoirs confiés aux chefs de ces établissements » (C. trav., art. L. 2327-15). Au contraire, considérant qu'il s'agit là aussi d'un mandat avec représentation, la présidence de l'instance peut tout à la fois être exercée par l'un ou l'autre.

(78) Pour des raisons probatoires, il est préférable que ce mandat fasse l'objet d'un écrit. L'invocation d'un mandat apparent est possible en théorie, mais est plus difficile à démontrer que dans le cadre de l'entreprise.

de leur ouverture lorsqu'une obligation pèse sur l'employeur en la matière⁽⁷⁹⁾. De même, dans le groupe, l'article L. 2232-31 du Code du travail reconnaît à l'employeur de la société dominante un mandat légal pour engager l'ensemble des employeurs du groupe ou une partie d'entre eux⁽⁸⁰⁾. Indirectement, est ici reconnu le fait que la capacité à signer l'accord collectif ne peut faire l'objet d'une délégation de pouvoir. En l'espèce, compte tenu des rapports que les sociétés du groupe entretiennent entre elles, l'établissement d'un tel lien de droit serait troublant en raison de la qualité particulière du tiers ainsi investi. La participation d'une personne étrangère à une négociation d'entreprise peut toutefois être envisagée en tant que membre de la délégation patronale.

S O U S - S E C T I O N 2

Les contours de la délégation patronale

411. – Si l'article L. 2232-17 du Code du travail définit la composition de la délégation salariale dans les entreprises pourvues d'un ou plusieurs délégués syndicaux, il n'existe pas de texte analogue pour encadrer la constitution de la délégation patronale. Seul l'article L. 2232-16 du même code y fait allusion.

412. – **Le représentant de l'employeur, membre de droit.** Une interprétation littérale du texte conduit à affirmer que la délégation patronale est composée du seul employeur. Dans les entreprises où une personne physique revêt cette qualité, ce principe peut faire l'objet d'une mise en pratique. Au contraire, dès lors que l'employeur est une personne morale, des tempéraments doivent être apportés : celui qui détient un mandat avec représentation dans un périmètre déterminé en sera la cheville ouvrière. Ainsi, le chef d'entreprise, un chef d'établissement, le directeur des ressources humaines ou le responsable des relations sociales peuvent être l'interlocuteur patronal compétent. Il semble cependant « peu conforme à l'esprit et à la pratique d'une négociation qu'une partie à la négociation ne peut être représentée que par une seule personne physique et que l'autre partie peut être représentée par six, huit ou dix personnes physiques »⁽⁸¹⁾. Le chef de la délégation devrait donc pouvoir se faire assister par d'autres, la délégation patronale se constituant autour de lui.

413. – **Les auxiliaires du représentant de l'employeur, cadre général.** Les délégations syndicales peuvent être complétées, aux côtés du délégué syndical membre de droit, de salariés de l'entreprise. Le nombre de personnes composant la délégation patronale est au plus égal au nombre de membres de la délégation salariale. Faut-il en outre exiger que chacun d'eux possède un lien avec l'entreprise ? La présence de membres extérieurs à celle-ci est, en principe, exclue sauf accord collectif ou usage

(79) C. trav., art. L. 2242-1, texte issu de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

(80) B. Teyssié, *Droit du travail. Relations collectives*, LexisNexis, 9^e éd. 2014, spéc. n° 1520, p. 804.

(81) J. Pélissier, *La négociation sur les salaires : problèmes juridiques* : Dr. soc. 1984, p. 678 et s., spéc. p. 681.

plus favorable⁽⁸²⁾. Un raisonnement par analogie conduirait à retenir la même analyse pour la composition de la délégation patronale, son chef de file ne pouvant se faire assister par un avocat, un représentant de l'organisation professionnelle à laquelle il appartient ou un expert extérieur à l'entreprise. Selon un auteur, « le législateur a entendu que les négociations se déroulent seulement entre membres de l'entreprise. Ce qui vaut pour les syndicalistes vaut également pour la direction »⁽⁸³⁾. Au contraire, d'autres considèrent que « cette interprétation est, cependant, difficilement conciliable avec la lettre d'un texte législatif qui, ne disant mot de l'appel, au sein de la délégation patronale, à des personnes extérieures à l'entreprise, laisse intacte cette faculté »⁽⁸⁴⁾. En tout état de cause, afin de ne pas nuire au climat social dès le début de la négociation, la recherche d'un accord avec les organisations syndicales sur ce point est souhaitable. Celui-ci trouve pleinement sa place dans l'accord de programmation prévu à l'article L. 2232-20 du Code du travail⁽⁸⁵⁾ qui prévoit la détermination de « l'objet et de la périodicité des négociations ainsi que les informations nécessaires à remettre préalablement aux délégués syndicaux de l'entreprise ou de l'établissement ».

414. – Les auxiliaires du représentant de l'employeur dans les structures complexes. La condition d'appartenance revêt un caractère particulier dans les entreprises à établissements multiples : des salariés rattachés à d'autres établissements peuvent-ils composer la délégation constituée en vue d'une négociation ? Rien ne permet de l'exclure, d'autant que le critère retenu est l'appartenance à l'entreprise et non à l'établissement. Dès lors, l'interlocuteur patronal et les membres de sa délégation peuvent relever de l'un quelconque des établissements. Ce point est également essentiel dans les unités économiques et sociales où les membres de la délégation peuvent appartenir à des entités juridiques distinctes. Dans une telle situation, les délégués syndicaux étant désignés dans ce cadre, l'unité économique et sociale peut être assimilée à l'entreprise au sens de l'article L. 2232-17 du Code du travail. Les membres de la délégation patronale peuvent donc indifféremment appartenir à l'une ou l'autre des sociétés composant l'unité économique et sociale⁽⁸⁶⁾.

415. – Conclusion. L'accord collectif ne peut être envisagé sans partie patronale. Son identification, au niveau de l'entreprise, ne fait pas l'objet des mêmes débats que ceux qui peuvent voir le jour à des niveaux supérieurs où il est fait appel à la notion de représentativité. Dans l'exercice du pouvoir inhérent à sa qualité, son chef de file peut revêtir de multiples apparences : employeur, chef d'entreprise, chef d'établissement... Sa participation à la négociation et sa signature induisent le recours à des techniques juridiques issues du droit civil : la délégation de pouvoir et le mandat. Leur articulation est fonction des caractéristiques de chacune

(82) Cass. soc., 19 oct. 1994, n° 91-20.292 : *Bull. civ.* 1994, V, n° 281 ; *RJS* 12/1994, n° 1413 ; *D.* 1995, p. 370, note G. Borenfreund ; *JurisData* n° 1994-001919. – V. *infra*, n° 539.

(83) J. Pélissier, *La négociation sur les salaires : problèmes juridiques* : *Dr. soc.* 1984, p. 678 et s., spéc. p. 681.

(84) B. Teyssié, *Droit du travail. Relations collectives*, LexisNexis, 9^e éd. 2014, spéc. n° 1334, p. 729.

(85) V. *infra*, nos 538 et s.

(86) Pour certains, chacune des personnes morales doit être représentée dans la délégation patronale (G. Keszenbaum et S. Béal, *Négociation collective dans l'entreprise*, Delmas, 2009, p. 162).

d'elles. Autour du représentant de l'employeur, peuvent être rassemblés des salariés dont les compétences seront utiles, voire des personnes extérieures à l'entreprise⁽⁸⁷⁾. Chacun participera à la définition puis à l'expression de l'intérêt de l'employeur, lequel est confronté aux intérêts des salariés, le tout afin de parvenir à dégager l'intérêt de l'entreprise.

(87) À condition que leur présence ne porte pas atteinte au bon déroulement de la négociation, notamment sur le plan social.

LE NÉGOCIATEUR SALARIAL

416. – L'identification des parties compétentes pour négocier et signer une convention ou un accord collectif répond à des critères qui ont évolué avant même le développement de la négociation collective d'entreprise. De 1950 à 1971, seules les organisations syndicales les plus représentatives pouvaient signer les conventions et accords collectifs susceptibles d'être étendus⁽¹⁾. Entre 1971 et 1982, la condition de représentativité a été généralisée à l'ensemble des textes négociés⁽²⁾. Lors de la consécration, en 1982, de l'entreprise comme niveau de négociation⁽³⁾, le législateur a précisé que « la convention ou, à défaut, les accords d'entreprise sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise »⁽⁴⁾. Une négociation entre l'employeur et un « collectif de salariés » ne peut déboucher sur la conclusion d'un accord collectif sauf si le « collectif » s'est constitué en syndicat professionnel rattaché à une organisation syndicale représentative⁽⁵⁾. Cette condition subsiste, au premier alinéa de l'article L. 2232-16 du Code du travail.

417. – « Le véritable titulaire du droit à la négociation collective n'est [cependant] qu'une collectivité de salariés ayant des intérêts communs »⁽⁶⁾. Les conventions de l'OIT font pourtant référence aux « organisations de travailleurs »⁽⁷⁾ pour constituer la partie salariale. Le raisonnement qui conduit à ce que les organisations syndicales en soient l'agent doit être établi et l'importance du monopole syndical être démontrée (Section 1). D'année en année, ce principe a supporté de multiples accros. Initialement ces atteintes ont été cantonnées à des sujets strictement délimités – l'épargne salariale et la prévoyance – avant d'être généralisées (Section 2).

(1) C. trav., anc. art. 31-A, 31-J et 31-K.

(2) C. trav., anc. art. 31-A mod.

(3) L. n° 82-957, 13 nov. 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs de travail : JO 14 nov. 1982, p. 3414 et s.

(4) C. trav., anc. art. L. 132-19.

(5) C. trav., art. 2132-2, al. 1^{er} : « les organisations de salariées constituées en syndicats professionnels sont seules admises à négocier les conventions et accords collectifs de travail ».

(6) Y. Chalaron, *Négociation et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, spéc. n° 42, p. 36.

(7) V. not. Conv. OIT n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1^{er} juill. 1949, ratifiée par la France le 26 octobre 1951.

L'affirmation du principe du monopole syndical

418. – De la combinaison des articles L. 2132-2 et L. 2232-16 du Code du travail résulte le monopole syndical dans l'entreprise. Pour autant, toutes les organisations syndicales n'en bénéficient pas. Pour en disposer, elles doivent faire la preuve de leur représentativité dans le périmètre de négociation. Elles y sont agents du droit à la négociation collective, lequel appartient à la collectivité de travail (Sous-section 1). Mais elles ne sont pas en mesure de l'exercer directement ; elles ont nécessairement recours à un agent qui leur est propre, le délégué syndical (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1

Les organisations syndicales représentatives, agents du droit à la négociation collective

419. – La corrélation entre niveau de négociation et représentation syndicale est particulièrement importante au sein de l'entreprise. En effet, dans le cadre d'une négociation de branche, sont autour de la table des organisations d'employeurs et des organisations syndicales de salariés attachées à élaborer la « loi professionnelle ». En raison de la pluralité d'entreprises concernées, il est logique que les salariés soient tenus de se regrouper dans une structure dont l'objet est la défense de leurs intérêts. Au sein de la communauté de travail, ce raisonnement peut être contesté. Exiger le recours à une structure extérieure à l'entreprise pour représenter les salariés lors de la négociation conduite au sein de celle-ci peut sembler inopportun. Cet impératif, qui trouve son origine dans l'histoire du syndicalisme et de la négociation collective, a reçu une justification sur le plan juridique (§ 1). Mais, pour prétendre négocier, une organisation syndicale doit réunir un certain nombre de qualités, et en premier lieu être représentative des salariés qui composent la collectivité de travail concernée (§ 2).

§ 1. – La capacité à négocier d'une entité extérieure à l'entreprise

420. – « Selon la tradition française, seuls les syndicats représentatifs peuvent être parties à la négociation »⁽⁸⁾. Interdits par le décret d'Allarde⁽⁹⁾ et la loi Le Chapelier⁽¹⁰⁾ en 1791, les groupements professionnels ont, moins d'un siècle plus tard, fait l'objet d'une reconnaissance légale⁽¹¹⁾. La faculté de s'organiser « a été

(8) L. Dauxerre, *La représentativité syndicale, instrument du dialogue social*, PUAM, 2005, spéc. n° 239, p. 174.

(9) Décret des 2 et 17 mars 1791.

(10) Loi promulguée le 14 juin 1791.

(11) La loi du 21 mars 1884, dite « Waldeck-Rousseau », consacre la liberté de constitution, la liberté d'organisation et la liberté de détermination du cadre professionnel et territorial des syndicats.

ressentie très tôt par les travailleurs comme le meilleur moyen de défense de leurs intérêts. Cette nécessité sociale du groupement explique qu'en matière syndicale le fait ait toujours devancé la loi »⁽¹²⁾. De la confrontation des intérêts vont très tôt résulter des compromis, préfiguration de futurs accords collectifs. Si la capacité à négocier des organisations syndicales n'a donné lieu à aucun débat (I), l'assise juridique de cette faculté doit cependant être précisée (II).

I. – Une capacité historique

421. – Le temps de la prohibition. Depuis la Révolution, l'employeur avait la responsabilité d'élaborer le règlement intérieur qui a longtemps constitué l'essentiel du droit applicable dans l'entreprise. Le « patron » n'était-il pas le mieux à même de connaître les conditions ? N'était-il pas le plus compétent pour les organiser et les encadrer⁽¹³⁾ ? L'existence d'un droit du travail extérieur aux fabriques, établissements et ateliers ne pouvait être envisagée ; le développement de groupements permettant aux travailleurs de traiter d'égal à égal avec leurs employeurs était proscrit. L'évolution de la situation sociale et le changement d'approche de la relation de travail ont favorisé l'émergence d'intérêts communs ouvrant notamment la voie au développement des aspects collectifs de la relation de travail⁽¹⁴⁾.

422. – Le temps de la reconnaissance limitée. La loi du 25 mai 1864 abroge le délit de coalition. Pour autant, ne sont consacrés ni la liberté d'association ni le droit de grève⁽¹⁵⁾. Cette loi constitue cependant la première étape de la reconnaissance des relations collectives de travail, les prémices du développement de l'action collective. La loi du 21 mars 1884 permet aux salariés de s'organiser en syndicats. Le dépôt des statuts en mairie leur assure une place sur la scène juridique. Sont consacrés la liberté syndicale individuelle et le principe de spécialité du syndicat qui revêtent un caractère particulier au regard de la négociation collective⁽¹⁶⁾. Le syndicat n'est cependant pas reconnu au rang d'interlocuteur par la majorité des employeurs⁽¹⁷⁾. Il n'est que rarement admis à intervenir dans l'entreprise ; il est cantonné au niveau de la branche professionnelle. C'est dans ce cadre que les premiers accords collectifs sont négociés⁽¹⁸⁾. Le refus par le patronat de légaliser le groupement syndical dans l'entreprise constituera pendant longtemps un frein au développement de la

(12) P. Lanquetin, *La liberté d'organisation syndicale dans l'entreprise*, thèse Strasbourg, 1979, p. 30.

(13) M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, spéc. n° 192, p. 184.

(14) J. Le Goff, *Du silence à la parole, une histoire du droit du travail*, PUR, 2004, p. 140 et s.

(15) Dans son rapport présenté au nom de la commission du corps législatif, M. Ollivier précise ainsi que « pour déconsidérer les coalitions on affecte en général de les confondre avec les grèves, comme pour les défendre on s'obstine à les assimiler aux associations. Aucune de ces affirmations n'est exacte. La grève est sans doute l'un des effets possibles de la coalition mais elle n'est pas la coalition. (...) La coalition n'est pas non plus l'association. On s'associe pour poursuivre, à l'aide d'une action commune continuée pendant un certain temps, la réalisation d'une affaire ou d'une idée ; on se coalise pour obtenir par une action commune d'une durée restreinte un changement des conditions de travail » : D. 1864, p. 61, spéc. n° 7.

(16) Par application de la liberté syndicale individuelle, les salariés sont libres d'adhérer ou de ne pas adhérer à une organisation syndicale. Dès lors, les accords conclus ne pouvaient s'appliquer aux seuls adhérents. De plus, en vertu du principe de spécialité, les syndicats doivent défendre un intérêt professionnel, lequel est le plus souvent attaché à un métier ou à une industrie déterminée. Le développement de la négociation collective, d'abord au niveau de la branche professionnelle, se comprend d'autant mieux.

(17) L'exemple du conflit dans l'usine Schneider au Creusot illustre ce refus d'acceptation du fait syndical (cf. P. Lanquetin, *La liberté d'organisation syndicale dans l'entreprise*, thèse Strasbourg, 1979, p. 43 et s.).

(18) V. *supra*, n° 220 et s.

négociation collective dans ce périmètre⁽¹⁹⁾. Si la constitution des délégations du personnel est parfois favorisée, celles-ci ne peuvent qu'être internes à l'entreprise, ce qui permet à l'employeur d'exercer un certain contrôle sur leur action alors que l'organisation syndicale échappe au pouvoir du chef d'entreprise⁽²⁰⁾.

423. – Le temps de la reconnaissance générale. Après la Seconde Guerre mondiale, les organisations syndicales, dès que l'occasion leur en est donnée, « revendiquent, de façon systématique, les moyens d'exercer leur activité au sein des entreprises »⁽²¹⁾. L'ordonnance du 22 février 1945⁽²²⁾ et la loi du 16 avril 1946⁽²³⁾ réservent aux syndicats représentatifs la possibilité de présenter des candidats au premier tour des élections professionnelles. Leur présence dans l'entreprise est admise « sous réserve, (...) de leur "naturalisation" dans les habits de délégué du personnel ou de membre du comité »⁽²⁴⁾. Le contrôle patronal subsiste. Les conflits sociaux survenus en 1968 constituent l'élément déclencheur de la reconnaissance légale du groupement syndical en tant que forme d'organisation des travailleurs dans l'entreprise. À la suite du protocole de Grenelle⁽²⁵⁾ et de la loi du 27 décembre 1968⁽²⁶⁾, le syndicat est légalement reconnu comme l'interlocuteur privilégié de l'employeur dans l'entreprise. Il est doté d'un agent qui appartient nécessairement aux effectifs pour le représenter dans ce champ, le délégué syndical.

424. – Le temps de la consécration. Mais la transcription de l'annexe au protocole de Grenelle relative au droit syndical dans l'entreprise n'avait pas été intégrale. La loi du 13 juillet 1971⁽²⁷⁾ reprend les prérogatives qui avaient été imaginées pour les organisations syndicales en matière de négociation collective⁽²⁸⁾. Même si leur droit de signer des accords collectifs demeure restreint⁽²⁹⁾, le principe du monopole syndical est affirmé. Il sera consacré en 1982. Il figure aujourd'hui à l'article L. 2132-2 du Code du travail : les « organisations de salariés constituées en syndicats professionnels » sont les seuls groupements admis « à négocier les conventions et accords collectifs de travail ». Ils sont les seuls à même de représenter les intérêts de tous les salariés qui constituent l'objet même de l'action syndicale. Les syndicats ne négocient pas dans le seul intérêt de leurs adhérents ; ils exercent un droit qui appartient à la collectivité de travail.

(19) Peu avouable, cet argument est noyé parmi d'autres, V. *supra*, n° 226.

(20) « Même s'il s'en tient parfois à ce cadre là, le syndicat de salariés se constitue hors de l'entreprise. Il en est indépendant, non seulement en droit, mais aussi en fait, par la libre fixation de ses contours : professionnel, local, départemental, régional ou national. Cette indépendance a longtemps été accompagnée d'un éloignement de l'entreprise qui n'a cessé qu'avec la reconnaissance des sections syndicales et l'institution du délégué syndical », V. Bonnin, *Le choix de l'organe de représentation des salariés lors de la conclusion d'un accord collectif* : *Dr. ouvrier* 1998, p. 340 et s., spéc. p. 347.

(21) P. Lanquetin, *La liberté d'organisation syndicale dans l'entreprise*, thèse Strasbourg, 1979, p. 55.

(22) Ord. n° 45-280, 22 févr. 1945, portant sur l'institution de comités d'entreprises : *JO* 23 févr. 1945, p. 954 et s.

(23) L. n° 46-730, 26 avr. 1946, fixant le statut des délégués du personnel dans les entreprises : *JO* 17 avr. 1946, p. 3224 et s.

(24) J. Le Goff, *Du silence à la parole, une histoire du droit du travail*, PUR, 2004, p. 373.

(25) Ce texte a été négocié entre le gouvernement Pompidou, les représentants patronaux et syndicaux du 25 au 27 mai 1968 (*Dr. soc.* 1968, p. 448 et s.).

(26) L. n° 68-1179, 27 déc. 1968, relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises : *JO* 31 déc. 1968, p. 12403 et s.

(27) L. n° 71-561, 13 juill. 1971, modifiant certaines dispositions du chapitre IV bis du titre II du livre I^{er} du Code du travail relatives aux conventions collectives de travail ainsi que certaines dispositions du titre II de la loi n° 50-205 du 11 février 2005 modifiée, relatives à la procédure de médiation : *JO* 14 juill. 1971, p. 6939 et s.

(28) « Ses missions sont celles du syndicat dans l'organisation sociale, notamment la discussion et la conclusion d'avenant d'entreprise ».

(29) V. *supra*, n° 225 et s.

II. – Une capacité juridique

425. – Unique interlocuteur de l'employeur dans le cadre de la négociation collective, l'organisation syndicale tient son pouvoir de l'État (A). Celui-ci en assure l'habillage juridique (B).

A. – La source du pouvoir de représentation des organisations syndicales

426. – **Un dessaisissement.** La représentation syndicale ne peut exister contre la volonté de l'État. En effet, parmi les prérogatives qui lui sont concédées figure la participation à l'élaboration de la « loi professionnelle ». « La représentation des salariés apparaît alors comme le moyen d'organiser la démocratie dans la démocratie, et d'assurer la promotion collective du monde du travail, en rompant avec la logique individualiste du contrat. Les pouvoirs publics concèdent ce faisant que la représentation parlementaire est insuffisante sinon inadéquate pour capter et traduire la volonté des salariés face aux employeurs »⁽³⁰⁾. Partielle en 1950, cette concession fut élargie en 1971. Le droit des salariés à la négociation collective est affirmé⁽³¹⁾.

427. – **Un pouvoir et non un droit.** Du contrat de travail naissent la nécessité et la possibilité pour le salarié de participer à l'élaboration des normes gouvernant ses conditions de travail dans les termes fixés par le Préambule de la Constitution de 1946. Droit individuel dont l'expression ne peut être que collective, le droit à la négociation collective appartient à chacun des salariés qui composent la collectivité⁽³²⁾. Les organisations syndicales peuvent être comparées à un catalyseur sans lequel la négociation collective ne peut se tenir. Elles détiennent un pouvoir⁽³³⁾ d'origine légale et non un droit. « Ce pouvoir a une double dimension. C'est un pouvoir d'expression de l'intérêt de la collectivité de travail, mais c'est aussi, et surtout, un pouvoir de conclure pour définir les règles qui s'imposeront au contrat de travail. C'est donc un pouvoir de réglementation. Ce pouvoir, le syndicat en dispose seul »⁽³⁴⁾. L'intérêt qui le guide n'est donc pas le sien ; il doit faire prévaloir celui des salariés qu'il a vocation à représenter, qu'ils soient adhérents ou non.

428. – Voix des salariés, les syndicats ont la fonction de porte-parole et de créateurs de droit.

(30) G. Borenfreund, *La représentation des salariés et l'idée de représentation* : Dr. soc. 1991, p. 685 et s., spéc. p. 686.

(31) L. n° 71-561, 13 juill. 1971, modifiant certaines dispositions du chapitre IV bis du titre II du livre I^{er} du Code du travail relatives aux conventions collectives de travail ainsi que certaines dispositions du titre II de la loi n° 50-205 du 11 février 2005 modifiée, relatives à la procédure de médiation : JO 14 juill. 1971, p. 6939 et s.

(32) Au contraire, pour J. Grimaldi D'esdra, « la négociation ou la détermination collective des conditions de travail est transférée comme attribut ou mission aux représentants des travailleurs ». Ce droit ne peut donc « garder un soubassement individuel avec mandat de délégation à des représentants » (*La représentation du personnel dans l'entreprise*, thèse Montpellier I, 1993, p. 124).

(33) Entendu dans le sens où « le pouvoir est la prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt, au moins partiellement distinct du sein, par l'émission d'actes unilatéraux contraignants pour autrui », E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, spéc. 4), p. 232.

(34) M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, spéc. n° 389, p. 331.

B. – La théorie du pouvoir de représentation des organisations syndicales

429. – Les organisations syndicales peuvent exercer différentes prérogatives, écho de droits ou libertés fondamentaux différents. De ces sources distinctes découlent des fondements variés. Fortement inspirée de la représentation de droit civil, la représentation syndicale dans la négociation des conventions et accords collectifs lui emprunte de nombreuses caractéristiques. Elle assure une représentation d'intérêts (1°), ceux du groupement représenté (2°).

1° Une représentation d'intérêts

430. – **Le mandat, « arbre qui cache la forêt ».** Pendant longtemps, le mandat est apparu comme le vecteur le plus abouti de représentation⁽³⁵⁾. Selon cette théorie, le patrimoine du représenté est engagé par les actes du représentant qui trouvent leur origine dans la volonté du premier. Réduite au mandat, la représentation ainsi entendue ne correspond pas à l'ensemble des formes qu'elle peut revêtir. Ainsi, la raison d'être de la représentation des incapables, mineurs ou majeurs protégés⁽³⁶⁾, réside dans leur impossibilité d'exprimer leur volonté ; l'élu local ou le parlementaire qui « représente » sa circonscription tient son « mandat » du vote d'une majorité d'électeurs...

431. – **Représentation de volonté et représentation des intérêts d'autrui.** Selon le doyen Ripert, il conviendrait de distinguer les cas dans lesquels « le représenté peut exprimer sa volonté (la représentation de volonté) »⁽³⁷⁾ de ceux où c'est impossible. Dans cette dernière hypothèse, « le représentant conclut le contrat avec la même liberté et la même indépendance que s'il s'agissait de la défense de ses propres intérêts. Il n'a pas à se préoccuper de la volonté du représenté, puisque par hypothèse, cette volonté n'existe pas au moment où il contracte. Il lui faut simplement prendre en compte les intérêts dont on lui a confié ou dont il a volontairement assumé la charge »⁽³⁸⁾.

432. – **Structure commune aux types de représentation.** La représentation des intérêts d'autrui n'est pas sans risque puisqu'elle pourrait conduire à admettre qu'une personne peut être représentée sans qu'elle l'ait voulu, voire s'y est opposée⁽³⁹⁾. La représentation des intérêts d'autrui suppose une habilitation légale. Celle-ci acquise, elle présente la même structure que la représentation de la volonté⁽⁴⁰⁾.

433. – **La représentation par les organisations syndicales, une représentation d'intérêts.** Transposée à la négociation collective d'entreprise, la typologie de la représentation conduit à s'interroger sur le point de savoir si les organisations syndicales

(35) Pour une approche critique, V. E. Gaillard, *La représentation et ses idéologies en droit privé français* : Droits 1987, p. 91 et s.

(36) C. civ., art. 488.

(37) P. Didier, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000, spéc. n° 13, p. 7.

(38) G. Ripert cité par P. Didier, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000, spéc. n° 13, p. 7.

(39) P. Didier, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000, spéc. n° 13, p. 8.

(40) Dans la représentation des intérêts d'autrui, l'habilitation légale permet l'expression de l'intérêt qui commande l'action du représentant. Dans la représentation par la volonté, l'intérêt trouve son origine dans la volonté du représenté qui reste maître de l'habilitation.

représentent les intérêts des salariés ou directement les salariés eux-mêmes. Retenir la première éventualité revient à considérer que les salariés et le groupement qu'ils composent ne sont pas en mesure d'exprimer leur volonté, l'existence de celle-ci pouvant être mise en doute. Selon un auteur, « la négociation collective 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. Il y a pour le moins comme une obligation dans ce cas que le représentant n'ait pas outrepassé ses pouvoirs »⁽⁴¹⁾. Sont cependant confondus les modalités d'accomplissement de l'acte juridique et ses effets. Le pouvoir résultant d'une habilitation légale, le contrôle de l'usage qui en est fait ne peut relever des salariés. Le lien de représentation qui les unit à leur représentant ne peut donc être qualifié de mandat, lequel est révocable à tout moment.

434. – La représentation de personnes pourrait-elle valoir pour les seuls salariés adhérents, lesquels sont à même de déterminer les objectifs que doit poursuivre le syndicat ? Le développement de la négociation collective à partir du milieu du xx^e siècle illustre « le passage d'une représentation interne au groupement à une représentation d'un collectif de personnes plus vaste que le cercle des adhérents »⁽⁴²⁾. Encore faut-il que l'organisation syndicale remplisse un certain nombre de critères⁽⁴³⁾, lesquels renvoient notamment à ses statuts. Selon l'article L. 2131-1 du Code du travail, le syndicat a pour objet « l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts ». Le fait que ce soit « la loi et non la manifestation de volonté des travailleurs qu'on trouve à l'origine de la capacité des syndicats représentatifs à représenter »⁽⁴⁴⁾ permet d'écarter définitivement la qualification de représentation de personnes au profit de celle de représentation d'intérêts.

2° Identification de l'intérêt

435. – Les organisations syndicales doivent « prendre en compte, non pas seulement les intérêts d'une collectivité, mais ceux des individus qui la composent »⁽⁴⁵⁾. Plusieurs mécanismes permettent d'expliquer l'origine et l'objet de ce pouvoir.

436. – **L'organisation syndicale, représentant d'un agrégat d'intérêts individuels ?** L'organisation syndicale pourrait constituer « un simple instrument d'agrégation des liens individuels. Elle [serait] le réceptacle d'un phénomène collectif qui n'est que la démultiplication d'un phénomène individuel. Les individus se [regrouperaient] pour faire collectivement ce qu'ils ne pourraient faire individuellement »⁽⁴⁶⁾.

(41) G. Borenfreund, *Propos sur la représentativité syndicale* : Dr. soc. 1988, p. 476 et s., spéc. p. 479.

(42) G. Borenfreund, *Propos sur la représentativité syndicale* : Dr. soc. 1988, p. 476 et s., spéc. p. 479.

(43) C. trav., art. L. 2122-1.

(44) G. Borenfreund, *Propos sur la représentativité syndicale* : Dr. soc. 1988, p. 476 et s., spéc. p. 479. Cet auteur considère qu'il n'est pas possible de soutenir que la volonté du représenté, la collectivité de salariés, n'existe pas dans l'acte de représentation qu'exécute l'organisation syndicale lors de la négociation collective. Malgré la réforme de la représentativité opérée en 2008, il ne semble pas possible d'adhérer à cette position. Les combats menés récemment par des organisations syndicales contre les quelques accords de compétitivité signés en sont une illustration (V. not. G. Desmoulin et P. Dentraygues, *Concours de normes et principe de faveur : les limites de l'expression de la volonté des partenaires sociaux* : JSL 2014, n° 360, p. 25 et s.).

(45) F. Petit, *La notion de représentativité dans les relations collectives de travail*, LGDJ, 2000, spéc. n° 15, p. 15.

(46) P. Didier, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000, spéc. n° 496, p. 357.

Ainsi, la négociation collective fut « organisée, dès son origine, pour pallier les inconvénients et les insuffisances de la négociation individuelle »⁽⁴⁷⁾. L'action individuelle est mutualisée et acquiert, par la superposition d'actions identiques exécutées au même moment, un poids plus important. Elle reste toutefois tributaire de l'agencement des intérêts exprimés par les membres du groupement. S'ils sont antagonistes, il n'y aura point d'intérêt commun. Dans cette hypothèse, seuls les travailleurs membres de l'organisation syndicale sont représentés ; seuls leurs intérêts ont vocation à être défendus.

437. – L'organisation syndicale, représentant d'un intérêt supérieur. Peut aussi être soutenue l'idée selon laquelle l'organisation syndicale défend un intérêt supérieur. Elle serait « le médium par lequel s'exprime l'idée abstraite dont elle a entrepris la défense. Ce faisant, son rôle n'est plus limité au cercle, nécessairement restreint, des membres du groupement. (...) Elle se positionne ainsi dans une double dimension : d'une part, comme la voix du groupe constitué par les sympathisants de la cause et, d'autre part, comme instrument de promotion de la cause »⁽⁴⁸⁾. L'intérêt exprimé naît de la synthèse des intérêts individuels. Tel est bien le rôle des organisations syndicales de « créer et de façonner les aspirations de cette collectivité qui, sans leur intervention, ne pourraient exister qu'à l'état brut, puis d'associer le plus grand nombre de ceux qui la composent aux décisions prises »⁽⁴⁹⁾. Leur objet consiste à faire émerger cet intérêt supérieur.

438. – Le législateur confère aux syndicats la mission d'assurer l'expression de l'intérêt collectif des salariés, adhérents ou non. Mais une sélection est opérée. Les syndicats sont soumis à une « labellisation » qui consacre l'aptitude de certains à négocier au nom et pour le compte de la collectivité de travail.

§ 2. – La preuve de la représentativité de l'entité dans l'entreprise

439. – D'abord interdites, puis admises dans la vie économique et sociale, les organisations syndicales occupent aujourd'hui une place importante dans la Cité. « Cet élargissement du rôle des syndicats, qui les conduit à chercher un équilibre entre les fonctions de revendication et de participation, s'est traduit en France comme dans d'autres pays par la nécessité de désigner la ou les organisations authentiquement qualifiées pour représenter les travailleurs, pour promouvoir leurs intérêts »⁽⁵⁰⁾. Érigée en condition de fond pour l'exercice de nombreuses prérogatives, dont la participation à la négociation collective, la reconnaissance de la représentativité (ou son absence) permet de traiter différemment les organisations syndicales en fonction de leur capacité de représentation des salariés (I). Les éléments nécessaires à cette reconnaissance du caractère représentatif sont fixés par le législateur dont le regard a évolué (II).

(47) F. Petit, *La notion de représentativité dans les relations collectives de travail*, LGDJ, 2000, spéc. n° 18, p. 18.

(48) P. Didier, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000, spéc. n° 497, p. 357.

(49) A. Arseguel, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, thèse Toulouse I, 1976, p. 644.

(50) G. Borenfreund, *Propos sur la représentativité syndicale : Dr. soc.* 1988, p. 476 et s., spéc. p. 476.

I. – La représentativité, notion essentielle

440. – La représentativité, facteur de structuration d'un groupe latent. La collectivité de travail constitue, à certains égards, un groupe latent : « Il est possible d'identifier un ensemble de personnes que l'on peut fédérer sous un intérêt collectif, ce qui permet de parler d'un groupe ; mais ce groupe n'est pas organisé, il n'est pas structuré. En particulier, il n'a pas de possibilité d'expression »⁽⁵¹⁾. Dans le domaine de la négociation collective, l'absence de constitution d'un groupe structuré ne permet pas aux salariés d'exercer leurs droits. Ceux-ci demeurent potentiels tant que les membres du groupe ne se sont pas dotés d'une organisation. Envisagé comme une association représentative, le syndicat devrait « apparaître tout autant catalyseur du groupe que constructeur de celui-ci »⁽⁵²⁾. La structuration du groupe est facilitée par un sentiment d'appartenance à une collectivité, résultant de la qualité de salarié⁽⁵³⁾.

441. – La représentativité, facteur de structuration de la collectivité de travail. Entendue largement, la représentativité constitue « une technique garantissant l'éclosion des syndicats qui bénéficient d'une influence réelle et de l'écoute la plus grande auprès des travailleurs »⁽⁵⁴⁾. L'attribution de cette qualité confère à l'organisation syndicale la légitimité nécessaire pour exercer les prérogatives qui y sont attachées⁽⁵⁵⁾. Une discrimination est effectuée à l'égard de celles qui n'en bénéficient pas et des associations qui ne revêtent pas la forme syndicale. L'État procède (ou tente de procéder) à une concentration de la représentation des salariés sur ceux qu'il considère comme « des interlocuteurs responsables dans le cadre global des relations sociales »⁽⁵⁶⁾. Il lutte contre l'éparpillement syndical qui nuirait à l'expression collective des salariés⁽⁵⁷⁾. En établissant un lien entre la représentativité et l'exercice par les organisations syndicales de certains droits dont les salariés sont titulaires, le législateur les invite à s'organiser selon des formes d'association qui ont fait leurs preuves et dont les modalités de fonctionnement peuvent être encadrées.

442. – La représentativité, facteur d'inversion du lien de représentation. La représentativité ne relève pas d'une logique d'acquisition : elle est reconnue ou, lorsqu'elle est débattue, elle est constatée par le juge⁽⁵⁸⁾. Dès lors, le lien de représentation subit, sous l'influence de la représentativité, un renversement : « d'ordinaire, on

(51) P. Didier, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000, spéc. n° 500, p. 359.

(52) *Ibid.*, spéc. n° 501, p. 361.

(53) Dès lors, l'étape de structuration du groupe par laquelle il faut susciter « chez les personnes que l'on cherche à recruter, le sentiment qu'elles partagent l'intérêt du groupe, autrement dit qu'elles appartiennent au groupe », est simplifiée : la seule existence du contrat de travail dispense de rechercher puis de développer l'intérêt collectif du groupe qui préexiste.

(54) G. Borenfreund, *Propos sur la représentativité syndicale* : *Dr. soc.* 1988, p. 476 et s., spéc. p. 477.

(55) Une double légitimité peut être reconnue : « légitimation, d'abord, parce que la reconnaissance juridique apparaît comme la validation du travail réalisé. Légitimation, ensuite, parce que les moyens nouveaux semblent garantir une efficacité plus grande », P. Didier, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000, spéc. n° 506, p. 363.

(56) G. Borenfreund, *Propos sur la représentativité syndicale* : *Dr. soc.* 1988, p. 476 et s., spéc. p. 479.

(57) « Cette exigence "tempère" le pluralisme syndical en opérant une certaine sélection parmi les syndicats, donc en réduisant le nombre de ceux qui sont "habilités" ; c'est parce qu'elle le rend "viable", qu'elle est une condition *sine qua non* de sa "praticabilité" », J.-M. Verdier, *Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales* : *Dr. soc.* 1991, p. 5 et s., spéc. p. 5.

(58) En ce sens, V. M.-L. Morin, *Des titulaires du droit à la négociation collective* : *Dr. soc.* 1988, p. 24 et s., spéc. p. 30.

considère que c'est le représenté qui choisit le représentant – le mouvement se faisant de bas en haut – la représentation n'étant assurée que si le représentant est l'image fidèle du représenté. Dans la représentation des intérêts professionnels par les syndicats les plus représentatifs, ne peut-on pas prétendre que le représenté, c'est celui que le représentant dit être tel ? »⁽⁵⁹⁾. Le simple fait pour une organisation syndicale de faire une déclaration de principe dans laquelle elle s'engage à défendre les intérêts d'une collectivité de travail déterminée lui permet de porter sa voix, sous réserve d'une habilitation délivrée par le législateur ou l'administration. En résulte la capacité à exprimer la volonté des salariés représentés. Une telle logique justifie également l'effet *erga omnes* des accords collectifs. L'inversion du lien de représentation constitue alors « un moyen de corriger les dangers d'une représentativité uniquement établie dans la collectivité de négociation considérée ; car, si elle est plus proche de la collectivité de négociation, cette dernière ne donne aucune garantie sur la prise en compte des conséquences de la négociation sur d'autres collectivités »⁽⁶⁰⁾. Une vision collective et générale des conditions de travail l'emporte sur une approche purement individuelle.

II. – La représentativité, notion évolutive

443. – Représentativité des organisations syndicales et négociation collective ont toujours été liées. La loi du 24 juin 1936 réservait ainsi la capacité à négocier les conventions collectives susceptibles d'extension⁽⁶¹⁾ aux organisations syndicales les plus représentatives. Cette qualité n'était pas définie pour autant. C'est la loi du 11 février 1950 qui en précise les critères⁽⁶²⁾. Le contexte dans lequel elle a été élaborée en a influencé la rédaction. L'évolution du paysage syndical et des mentalités a rendu nécessaire une actualisation du texte (A). Son application n'est pas uniforme, elle dépend de l'espace dans lequel la représentativité a vocation à produire ses effets (B).

A. – Une adaptation temporelle

444. – Tout texte législatif s'inscrit dans une époque. Ceux relatifs à la représentativité des organisations syndicales en témoignent, qu'ils aient été pris au lendemain de la Seconde Guerre mondiale (1°) ou à l'époque contemporaine (2°).

1° Des critères apparus en 1945

445. – **Syndicalisme majoritaire ou pluralisme ?** Dans l'entre-deux-guerres, certains soutenaient que, dans un périmètre donné, seul le syndicat majoritaire devait être reconnu représentatif. Au soutien de leur position, ils « invoquaient surtout le caractère impraticable du pluralisme, cause de paralysie des institutions aux-

(59) A. Arseguet, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, thèse Toulouse I, 1976, p. 644.

(60) M.-L. Morin, *Des titulaires du droit à la négociation collective : Dr. soc.* 1988, p. 24 et s., spéc. p. 31.

(61) L. 24 juin 1936, modifiant et complétant le chapitre IV « bis » du titre II du livre 1^{er} du Code du travail : « De la convention collective de travail » : JO 26 juin 1936, p. 6698 et s.

(62) L. n° 50-205, 11 févr. 1950, relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail : JO 12 févr. 1950, p. 1688 et s. Ces critères ont été dégagés dans la circulaire du 23 mai 1945 relative à l'appréciation du caractère représentatif des organisations syndicales : JO 28 juin 1945, p. 1688 et s.

quelles les syndicats sont appelés à participer, de compétition et de surenchère entre eux »⁽⁶³⁾. D'autres considéraient que, le pluralisme étant bénéfique, devaient être reconnues représentatives toutes les organisations syndicales répondant à une batterie de critères dans un périmètre déterminé.

446. – La voie du pluralisme est consacrée par le Préambule de la Constitution de 1946, car seul le pluralisme limite « les atteintes portées aux principes de la liberté syndicale que la notion de représentativité a pour conséquence de créer »⁽⁶⁴⁾. La reconnaissance de la représentativité résulte alors de la combinaison de cinq critères : les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté du syndicat, l'attitude patriotique pendant l'Occupation. « Prépondérants mais non déterminants ou suffisants »⁽⁶⁵⁾, les effectifs constituent une indication de la confiance que le syndicat inspire aux salariés qu'il a vocation à représenter. Mais aucun seuil n'est fixé. La référence à l'expérience et l'ancienneté du syndicat contribue au développement du pluralisme en garantissant le sérieux d'organisations qui doivent démontrer qu'elles ne sont pas « un mouvement éphémère susceptible de s'effondrer en quelques semaines ou en quelques mois »⁽⁶⁶⁾. Le critère des cotisations prolonge le précédent. Celui de l'indépendance est consubstantiel à l'idée même de syndicat dont il constitue une condition d'authenticité.

447. – **La représentativité par affiliation, talon d'Achille du pluralisme.** « Quand un syndicat bénéficie d'une représentativité par affiliation, il n'a pas à la prouver dans le champ d'application de la convention collective »⁽⁶⁷⁾. Le syndicalisme organisé sur le plan national et ayant fait la preuve de sa représentativité à ce niveau en est renforcé mais, au sein de l'entreprise, un décalage entre représentants et représentés peut être constaté. La présomption irréfragable de représentativité née d'une simple adhésion⁽⁶⁸⁾ a suscité des critiques, notamment en ce qu'elle constitue un obstacle au principe de concordance et fige de façon arbitraire le paysage syndical⁽⁶⁹⁾. La représentativité d'emprunt a conduit à la remise en cause du système dans son ensemble. Un retour au premier plan du principe de concordance a été voulu par la loi du 20 août 2008⁽⁷⁰⁾.

(63) J.-M. Verdier, *Syndicats et droit syndical*, t. I., Dalloz, 2^e éd. 1987, spéc. n° 168, p. 480.

(64) A. Arseguel, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, thèse Toulouse I, 1976, p. 194.

(65) A. Arseguel, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, thèse Toulouse I, 1976, p. 160.

(66) J. Fontanet, ministre du Travail, de l'Emploi et de la Population, séance du 14 mai 1971 : JOAN 15 mai 1971, p. 1912. Ainsi, il faut « qu'une organisation ait fait preuve d'un minimum de capacité de durée pour apporter la démonstration d'une représentativité suffisamment permanente dans la vie sociale, dans la conscience des salariés ».

(67) A. Arseguel, *Réflexions sur la théorie de la représentativité syndicale*, in *Mél. M. Despax*, PUSS, 2002, p. 401 et s., spéc. p. 404.

(68) Sur le débat de qualification de la présomption de simple ou irréfragable, V. J.-M. Verdier, *Syndicats et droit syndical*, t. I., Dalloz, 2^e éd. 1987, spéc. n° 173 bis, p. 526. – M. Despax, *Observations sur la représentativité des organisations syndicales au regard du droit des conventions collectives : Dr. soc.* 1979, p. 259 et s., spéc. p. 263.

(69) En effet, les organisations syndicales affiliées à une organisation représentative au niveau national ne peuvent voir leur représentativité contestée alors que celles qui souhaitent s'implanter dans l'entreprise doivent apporter la preuve de celle-ci. L'affiliation est donc encouragée. Les cinq « syndicats historiques » se voient « conférer une sorte de mission quasi officielle dans la négociation collective (...) au risque, ont fait observer certains, d'une certaine intégration de ceux-ci dans l'appareil de l'État » (J.-M. Verdier, *Syndicats et droit syndical*, t. I., Dalloz, 2^e éd. 1987, spéc. n° 173 bis, p. 524).

(70) L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : JO 21 août 2008, p. 13064 et s.

2° Des critères enrichis en 2008

448. – **Actualisation des critères.** Comme le prévoyait la position commune du 9 avril 2008⁽⁷¹⁾, le critère de l'attitude patriotique pendant l'Occupation est retiré de l'article L. 2121-1 du Code du travail. Ceux de l'activité et de l'expérience sont regroupés en ce qu'ils permettent en partie de caractériser l'influence. Au contraire, les exigences liées à l'indépendance du syndicat, à son ancienneté et à un nombre suffisant d'adhérents s'acquittant de leurs cotisations demeurent. Est créée une obligation de transparence financière assurée par des comptes certifiés annuels⁽⁷²⁾. En outre, le respect des valeurs républicaines, lequel constitue en réalité une condition de licéité de la constitution du syndicat⁽⁷³⁾, est requis. Tous exigés, certains de ces critères⁽⁷⁴⁾ « doivent être satisfaits de manière autonome et permanente » alors que les autres⁽⁷⁵⁾ font l'objet, pour toute la durée du cycle électoral, d'une évaluation globale⁽⁷⁶⁾.

449. – **Émergence d'un critère déterminant, l'audience.** Le critère de l'audience, nouvellement introduit, n'est apprécié, en principe, qu'une fois tous les quatre ans au sein de l'entreprise. Aux termes de l'article L. 2122-1 du Code du travail, il suppose que le syndicat ait « recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants ». Le but est de renforcer la légitimité des représentants des salariés. Les conséquences de l'affiliation sont renversées : une organisation syndicale sera représentative au niveau national grâce à la myriade de celles qui lui sont affiliées dans les entreprises. De la même façon, dans les entreprises à établissements distincts, une consolidation des résultats des élections dans ces derniers permet d'établir la liste des organisations syndicales représentatives au niveau central. Le salarié est véritablement « citoyen » dans l'entreprise : est reconnue à la représentation « une coloration démocratique (...) tout en repoussant celui qui s'y oppose dans les ténèbres de l'archaïsme »⁽⁷⁷⁾. L'entreprise ne devient pas pour autant « un lieu de démocratie appliquée »⁽⁷⁸⁾ ; si la collectivité de travail peut élire ses représentants, ceux-ci ne dirigent pas l'entreprise mais exercent les droits qu'ils tiennent du principe de participation.

450. – Auparavant descendante, la représentativité devient ascendante. Cette modification révèle un changement de logique qui place au cœur de l'exercice de chaque prérogative syndicale, et plus particulièrement de la négociation collective, le principe de concordance.

(71) Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du paritarisme, art. 1^{er}.

(72) *Ibid.*, art. 1.5.

(73) B. Gauriau, *La rénovation de la démocratie sociale – Loi n° 2008-789 du 20 août 2008* : JCP S 2008, 1448, spéc. n° 8. – P.-H. Antonmartei, *Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008* : Dr. soc. 2008, p. 771 et s., spéc. p. 772.

(74) Le respect des valeurs républicaines, l'indépendance et la transparence financière.

(75) L'influence est prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience, les effectifs et les cotisations, l'ancienneté et l'audience.

(76) Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 12-29984 : Bull. civ. 2013, V, n° 268 ; RJS 2/2014, n° 147 ; JCP S 2013, 472 ; Dr. soc. 2014, p. 84 et s., note C. Radé ; JurisData n° 2013-002551.

(77) B. Gauriau, *La position commune du 9 avril 2008 : première lecture sur la représentativité syndicale* : JCP S 2008, 197.

(78) *Ibid.*

B. – Une adaptation spatiale

451. – Le critère de l'audience est fixé à des valeurs différentes selon le niveau auquel l'organisation syndicale entend apporter la preuve de sa représentativité. Elle conditionne la participation à la négociation collective. Les organisations syndicales doivent en principe la démontrer dans l'ensemble du périmètre où elles entendent exercer une prérogative qui la requiert (1°) sous réserve de la situation de celles qui n'ont vocation à représenter que certaines catégories de salariés (2°).

1° Norme générale de mesure de la représentativité

452. – « D'une manière générale, les critères et conditions de représentativité doivent être appliqués et appréciés dans le cadre territorial et professionnel qui est celui de la question pour laquelle la représentativité syndicale est requise. Il s'agit là de ce qu'on peut appeler la règle de concordance »⁽⁷⁹⁾. L'application de ce principe dans l'entreprise est renforcée en matière de négociation collective : la participation à celle-ci est réservée aux organisations syndicales représentatives, donc remplissant les critères définis à l'article L. 2121-1 du Code du travail, notamment celui de l'audience, fixée à 10 % à ce niveau⁽⁸⁰⁾. Le périmètre dans lequel elle est mesurée (a) et le moment auquel elle est appréciée ont dû être précisés (b) par la jurisprudence.

a) Mesure géographique de l'audience

453. – **Une élection.** L'élection de référence pour calculer l'audience est le premier tour des élections des membres titulaires du comité d'entreprise, que le quorum ait été atteint ou non. Deux scrutins peuvent être identifiés : l'un permet de déterminer les membres élus du comité d'entreprise, l'autre conduit à l'établissement d'une liste d'organisations syndicales justifiant de l'audience nécessaire pour être représentatives si elles satisfont également aux autres critères. Le recours à l'élection des délégués du personnel pour mesurer l'audience des organisations syndicales n'est admis qu'à défaut d'élection d'un comité d'entreprise⁽⁸¹⁾. Les conditions d'appréciation de l'audience sont d'ordre public : un accord collectif, *a fortiori* une décision unilatérale de l'employeur, ne peut réduire le nombre de suffrages requis ni fixer un autre périmètre de mesure⁽⁸²⁾.

454. – **Une liste syndicale.** Opérée à l'issue du premier tour des élections professionnelles, la mesure de l'audience suppose que l'organisation syndicale y présente une liste de candidats, ce qui suppose qu'elle entre dans les prévisions des premier et deuxième alinéas de l'article L. 2324-4 du Code du travail⁽⁸³⁾. Mais il n'est pas nécessaire qu'elle ait présenté des candidats dans tous les collèges : « l'audience se mesure

(79) J.-M. Verdier, *Syndicats et droit syndical*, t. I., Dalloz, 2^e éd. 1987, spéc. n° 173, p. 515.

(80) C. trav., art. L. 2122-1.

(81) Cass. soc., 13 juill. 2010, n° 10-60.148 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 176 ; *RJS* 11/2010, n° 860 ; *JCP S* 2011, 1509, note E. Jeansen ; *Dr. soc.* 2010, p. 1133 et s., note F. Petit ; *JurisData* n° 2011-020307. – Cass. soc., 14 déc. 2010, n° 10-14.751 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 291 ; *RJS* 2/2011, n° 153 ; *JCP S* 2011, 1116, note B. Gauriau ; *JurisData* n° 2010-023830.

(82) Cass. soc., 10 nov. 2010, n° 09-72.856 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 257 ; *RJS* 1/2011, n° 55 ; *JCP S* 2011, 1116, note B. Gauriau ; *RDT* 2011, p. 24 et s., note G. Borenfreund ; *JurisData* n° 2010-020684. – Cass. soc., 6 janv. 2011, n° 10-18.205 : *Bull. civ.* 2011, V, n° 9 ; *RJS* 3/2011, n° 248 ; *JCP S* 2011, 1116, note B. Gauriau ; *RDT* 2011, p. 255 et s., note I. Odoul-Asorey ; *JurisData* n° 2011-000017.

(83) C. trav., art. L. 2324-22, al. 2. Pour l'élection des délégués du personnel, cf. C. trav., art. L. 2314-24.

tous collèges confondus, peu important l'absence de candidat dans un collège »⁽⁸⁴⁾. Si une liste commune est présentée par plusieurs organisations syndicales, il y a lieu de répartir entre elles les suffrages exprimés afin de déterminer leur audience électorale et leur éventuelle représentativité⁽⁸⁵⁾. Le nombre de suffrages exprimés au profit de chaque liste est retenu sans qu'il y ait lieu, en principe, de tenir compte d'éventuelles ratures de noms de candidats⁽⁸⁶⁾.

455. – Plusieurs établissements, plusieurs mesures. Dans les entreprises et les unités économiques et sociales à structure complexe, le périmètre du comité d'établissement constitue l'unité de base pour mesurer l'audience des syndicats. Leur représentativité est appréciée au sein de chacun des établissements reconnus dans le cadre du protocole d'accord préélectoral ; elle l'est au niveau de l'entreprise par consolidation des suffrages localement exprimés en faveur de chacune d'elles. L'accession à la représentativité dans un établissement n'emporte donc pas automatiquement celle-ci au niveau central. Lors de la négociation d'un accord d'établissement, seules y participent les organisations qui sont reconnues représentatives⁽⁸⁷⁾.

456. – Dès lors que des comités d'établissement ont été institués, il est exclu de calculer l'audience au niveau d'établissements spécialement identifiés pour l'élection des délégués du personnel⁽⁸⁸⁾. La désignation d'un délégué syndical dans ce périmètre ne suffit pas à en faire le périmètre de négociation d'un accord collectif.

457. – Un groupe d'établissements, une mesure ? L'article L. 2232-16 du Code du travail envisage la négociation d'accords collectifs au niveau d'un groupe d'établissements. Quels sont les syndicats aptes à la mener ? La réponse dépend de celle apportée à une question : la négociation doit-elle conduire à un accord ou à plusieurs accords signés à l'issue d'une unique discussion entre partenaires sociaux ? Une lecture littérale du texte suggère qu'est conclu un seul accord collectif : la négociation est consolidée et non mutualisée. Seules les organisations syndicales ayant apporté la preuve de leur représentativité dans le champ couvert peuvent participer à la négociation. La négociation d'un accord collectif dans un groupe d'établissements n'est pas sans risque : elle peut être dévoyée pour diluer l'audience recueillie par certains syndicats ; son utilisation par l'employeur dans ce but pourrait révéler un abus de droit.

b) Mesure temporelle de l'audience

458. – Première mesure de l'audience. Dès lors que l'entreprise est découpée en établissements et que les élections ne s'y tiennent pas à la même date, se pose le

(84) Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 10-10.678 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 195 ; *RJS* 11/2010, n° 861 ; *JCP S* 2010, 1459, note J.-Y. Kerbourc'h ; *D.* 2010, p. 2297 ; *JurisData* n° 2010-016563.

(85) Cette répartition est effectuée sur la base indiquée par les organisations syndicales lors du dépôt de la liste. À défaut d'indications, les suffrages exprimés sont répartis à parts égales. Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 09-60.208 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 6 ; *RJS* 3/2010, n° 279 ; *JCP S* 2010, 1066, note B. Gauriau ; *RDT* 2010, p. 242 et s., note S. Nadal ; *JurisData* n° 2010-051083. – Cass. soc., 14 janv. 2014, n° 12-28.929 : *Bull. civ.* 2014, V, n° 11 ; *JCP S* 2014, 1242, note Y. Pagnierre ; *Dr. soc.* 2014, p. 485 et s., note F. Petit ; *JurisData* n° 2014-000248.

(86) Cass. soc., 6 janv. 2011, n° 10-60.168 : *Bull. civ.* 2011, V, n° 11 ; *RJS* 3/2011, n° 247 ; *JCP S* 2011, 1246, note B. Bossu ; *D.* 2011, p. 245 et s. ; *JurisData* n° 2011-000020.

(87) C. trav., art. L. 2232-16, al. 2.

(88) Cass. soc., 13 juill. 2010, n° 10-60.148 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 176 ; *RJS* 11/2010, n° 860 ; *JCP S* 2011, 1509, note E. Jeansen ; *Dr. soc.* 2010, p. 1133 et s., note F. Petit ; *JurisData* n° 2011-020307. – Cass. soc., 14 déc. 2010, n° 10-14.751 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 291 ; *RJS* 2/2011, n° 153 ; *JCP S* 2011, 1116, note B. Gauriau ; *JurisData* n° 2010-023830.

problème de l'identification du moment auquel les organisations syndicales accèdent à la représentativité⁽⁸⁹⁾. Une circulaire du 13 novembre 2008 précise les conditions du premier calcul de l'audience dans ce cas :

« Le point de départ est celui de l'établissement qui organise les élections en premier (pour la première mesure, à compter de la première réunion du protocole d'accord préélectoral postérieure à la loi). Le point d'arrivée est constitué par la dernière élection d'établissement permettant de connaître l'ensemble des suffrages pour la détermination de la représentativité sur l'ensemble de l'entreprise »⁽⁹⁰⁾.

459. – La consécration du cycle électoral. Mais une fois le « brevet » de représentativité acquis, « combien de temps dure-t-il ? Faut-il attendre un nouveau cycle complet dans l'entreprise ou la représentativité peut-elle évoluer au fil de chacune des élections ? »⁽⁹¹⁾. La lettre du texte de la position commune du 9 avril 2008⁽⁹²⁾ conduit à prendre en compte les résultats des élections « au fil de l'eau », ce qui peut être source d'instabilité dommageable en matière de négociation collective. Une autre méthode, d'emblée retenue par l'administration⁽⁹³⁾, conduit à raisonner par « cycle électoral » donc en principe par séquences de quatre ans. S'exerce pendant cette période une forme de « présomption de représentativité à durée déterminée »⁽⁹⁴⁾ qui peut induire un décalage entre la réalité et la représentativité affichée mais « présente l'avantage d'assurer [la] stabilité [des] acteurs de la représentation et de la négociation »⁽⁹⁵⁾.

460. – Cette méthode a été retenue par la Cour de cassation⁽⁹⁶⁾ : « la représentativité des organisations syndicales est établie pour toute la durée du cycle électoral ». Ont été privilégiées « la stabilité et la sécurité ». Si l'accueil réservé à cette solution par les partenaires sociaux fut favorable⁽⁹⁷⁾, il n'en fut pas toujours de même pour la doctrine : « déclarer que la stabilité des mandats passe avant l'expression de la collectivité des travailleurs, c'est faire primer le moyen (la représentation) sur la finalité (la communauté) »⁽⁹⁸⁾. La consécration du cycle électoral constitue une entorse à l'objectif de garantir la légitimité des représentants des salariés. En

(89) Le problème se pose dans les mêmes termes lorsque, conformément aux articles L. 2314-7 et L. 2324-10 du Code du travail, des élections partielles sont organisées.

(90) Circ. DGT n° 20, 13 nov. 2008, relative à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, Fiche 1, pt 1.2.2.

(91) J.-F. Cesaro, *La négociation dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux* : *Dr. soc.* 2009, p. 658 et s., spéc. p. 661.

(92) Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du paritarisme, art. 3-2 (« cette appréciation intervient à chaque nouvelle élection dans l'entreprise »).

(93) « Par la suite, s'ouvre un nouveau cycle d'élections dans les établissements permettant la mesure de la représentativité au sein de l'entreprise », Circ. DGT n° 20, 13 nov. 2008, relative à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, Fiche 1, pt 1.2.2.

(94) F. Favennec-Héry, *L'accès à la représentativité* : *JCP S* 2012, 1234, spéc. n° 9.

(95) M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier et Y. Struillou, *Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise*, Dalloz, 2^e éd. 2011, n° 122-71, p. 368.

(96) Cass. soc., 13 févr. 2013, n° 12-18.098 : *Bull. civ.* 2013, V, n° 42 ; *RJS* 4/2013, n° 295 ; *JCP S* 2013, 1164, note E. Jeansen et Y. Pagnerre ; *Dr. soc.* 2013, p. 374, note F. Petit ; *JurisData* n° 2013-001862. – Cass. soc., 19 févr. 2014, n° 13-20.069 : *Bull. civ.* 2014, V, n° 61 ; *RJS* 5/2014, n° 412 ; *JCP S* 2014, 103, note L. Dauxerre ; *RDT* 2014, p. 272 et s., note M. Grévy ; *JurisData* n° 2014-002749.

(97) V. not. F. Petit, *La représentativité acquise pour toute la durée d'un cycle électoral* : *Dr. soc.* 2013, p. 374 et s. – F. Favennec-Héry, *L'accès à la représentativité* : *JCP S* 2012, 1234. – J. Crédoz-Rosier et J. Grangé, *Jusqu'où la stabilité syndicale peut-elle primer sur la légitimité syndicale ? : Semaine sociale Lamy* 2013, 1584, p. 4 et s. – E. Jeansen et Y. Pagnerre, *Mesure de la représentativité : peu importe les résultats des élections partielles* : *JCP S* 2013, 1164.

(98) E. Jeansen et Y. Pagnerre, *Mesure de la représentativité : peu importe les résultats des élections partielles* : *JCP S* 2013, 1164.

cas de restructuration, la solution adoptée peut conduire à mettre sérieusement en doute la légitimité des représentants de la communauté de travail.

2° Norme spéciale de mesure de la représentativité

461. – Des organisations syndicales spécifiques. L'existence des syndicats de métiers⁽⁹⁹⁾, comme le syndicat national des journalistes, les syndicats de pilotes de ligne ou les syndicats de personnel navigant technique⁽¹⁰⁰⁾, est assez peu critiquée, notamment en raison des caractéristiques des fonctions occupées par leurs adhérents et de leur nombre. Le débat est plus vif en ce qui concerne les organisations syndicales qui ont vocation à porter les intérêts de catégories professionnelles présentes dans la plupart des entreprises. La plus importante d'entre elles, la CFE-CGC, a pour objectif la défense des intérêts matériels et moraux de l'encadrement, « terme qui regroupe les salariés occupant des fonctions de commandement et/ou ont acquis ou suivi une formation leur permettant d'exercer une expertise technique, exigeant initiatives et responsabilités »⁽¹⁰¹⁾. Ces salariés ont une spécificité justifiant leur représentation par une organisation particulière⁽¹⁰²⁾.

462. – Une détermination spécifique de la représentativité. L'existence de syndicats catégoriels perturbe l'appréciation de la représentativité. Dans un même périmètre, peuvent cohabiter des organisations syndicales au champ d'action professionnel plus ou moins étendu.

463. – L'article L. 2122-2 du Code du travail tel qu'issu de la loi du 20 août 2008 décide que « dans l'entreprise ou dans l'établissement, sont représentatives à l'égard des personnels relevant des collèges électoraux dans lesquels leurs règles **statutaires** leur donnent vocation à présenter des candidats les organisations syndicales catégorielles affiliées à une organisation syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale qui satisfont aux critères de l'article L. 2121-1 et qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages » au premier tour des dernières élections professionnelles. Une organisation syndicale, tenue à la fois par le principe de spécialité⁽¹⁰³⁾ et par la rédaction de ses statuts, ne peut, en principe, présenter des candidats dans des collèges qui n'appartiennent pas à son champ statutaire. Pour bénéficier des modalités particulières de calcul de son audience, l'organisation syndicale qui se prétend catégorielle doit être affiliée à une confédération catégorielle interprofessionnelle nationale et avoir adopté des statuts qui sont le reflet de la qualité revendiquée⁽¹⁰⁴⁾. En pratique,

(99) Ils constituent d'une certaine manière une résurgence des corporations.

(100) C. transports, art. L. 6524-3.

(101) G. Artero, *Doit-on maintenir des règles particulières pour les syndicats catégoriels ? Un maintien souhaitable* : RDT 2010, p. 556 et s., spéc. p. 557.

(102) Pour un plaidoyer en faveur du rôle des syndicats de l'encadrement, V. G. Artero, *Doit-on maintenir des règles particulières pour les syndicats catégoriels ? Un maintien souhaitable* : RDT 2010, p. 556 et s., spéc. p. 557 et s.

(103) Aux termes duquel les activités de la personne morale sont limitées aux domaines et objets en vue desquels elle a été créée.

(104) Cass. soc., 27 mars 2013, n° 12-22.733 : Bull. civ. 2013, V, n° 93 ; RJS 6/2013, n° 463 ; JCP S 2013, 1241, note B. Gauriau ; Dr. soc. 2013, p. 463 et s., note F. Petit ; JurisData n° 2013-005604. Sur ce point, la Cour de cassation est revenue sur sa jurisprudence antérieure à la loi du 20 août 2008. Elle admettait qu'une organisation syndicale catégorielle puisse faire la preuve d'une représentativité intercatégorielle. V. not. Cass. soc., 7 nov. 1990, n° 89-10.483 : Bull. civ. 1990, V, n° 525 ; RJS 12/1990, n° 1004 ; Dr. soc. 1991, p. 292 et s., note M. Despax ; JurisData n° 1990-703666. – Cass. soc., 24 juin 1998, n° 97-11.281 : Bull. civ. 1998, V, n° 346 ; RJS 8-9/1998, n° 1030 ; D. 1998, p. 183 ; JurisData n° 1998-003123.

ce dispositif ne concerne actuellement que les organisations syndicales membres de la CFE-CGC et celles fondées sur une logique de métier.

464. – Une spécificité contestée. La norme spécialement établie au profit des organisations catégorielles a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité en raison d'une éventuelle méconnaissance de la liberté syndicale, du principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et du principe d'égalité devant la loi⁽¹⁰⁵⁾. Le Conseil constitutionnel a néanmoins considéré que « le législateur [avait] institué une différence de traitement en lien direct avec l'objet de la loi »⁽¹⁰⁶⁾. L'esprit de celle-ci, soucieuse de démocratie sociale, a été préservé. Mais l'indispensable affiliation à une organisation catégorielle interprofessionnelle d'envergure nationale offre une situation de monopole à la CFE-CGC. Cette rupture d'égalité trouve son origine dans « la volonté (plusieurs fois affichée) d'éviter la dispersion syndicale, de décourager les tentations corporatistes et d'empêcher que s'aggrave le risque de fragmentation des organisations syndicales »⁽¹⁰⁷⁾.

S O U S - S E C T I O N 2

Le délégué syndical, agent du droit à la négociation collective dans l'entreprise

465. – Aux termes de l'article L. 2142-1 du Code du travail, certaines organisations syndicales peuvent constituer dans l'entreprise « une section syndicale qui assure la représentation des intérêts matériels et moraux de ses membres ». Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, l'un d'entre eux peut recevoir un mandat d'une organisation syndicale afin de la représenter auprès de l'employeur : délégué syndical lorsque le syndicat procédant à la désignation est représentatif, représentant de section syndicale dans le cas contraire. Ce dernier « bénéficie des mêmes prérogatives que le délégué syndical, à l'exception du pouvoir de négociier des accords collectifs »⁽¹⁰⁸⁾, attribution majeure du délégué syndical (§ 1). À la lecture de l'article L. 2232-17 du Code du travail, il est permis de considérer que la négociation ne peut se tenir en son absence et qu'il est un membre indispensable à la constitution de la délégation syndicale (§ 2).

§ 1. – Le délégué syndical, détenteur d'un mandat syndical

466. – Les articles L. 2143-1 et suivants du Code du travail énumèrent les conditions de fond et de forme qui encadrent la désignation d'un délégué syndical par

(105) Cass. ass. plén., 8 juill. 2010, n° 10-60.189 : *RJS* 10/2010, n° 787 ; *JCP S* 2010, 1354, note B. Gauriau ; *D.* 2010, p. 2264 et s., note V. Bernaud et F. Petit ; *JurisData* n° 2010-013441.

(106) Cons. const., 7 oct. 2010, n° 2010-42 QPC.

(107) A. Martinon, *La représentativité des syndicats catégoriels* : *JCP S* 2012, 1235, spéc. n° 27.

(108) C. trav., art. L. 2242-1-1, al. 2.

une organisation syndicale représentative. L'exercice de ce mandat syndical s'inscrit dans un cadre.

467. – Cadre spatial. Le délégué syndical étant désigné pour un périmètre donné, la disparition de celui-ci met fin à son mandat. Tel est le cas lorsque la fermeture d'un établissement est prononcée⁽¹⁰⁹⁾ ou qu'une unité économique et sociale est reconnue, imposant la mise en place d'institutions représentatives du personnel à ce niveau⁽¹¹⁰⁾. De même, lorsque le délégué syndical fait l'objet d'un transfert au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail, son mandat prend fin à moins qu'il ne soit transféré avec l'ensemble de la communauté de travail auprès de laquelle il avait été désigné⁽¹¹¹⁾.

468. – Dans les entreprises composées de plusieurs établissements d'au moins cinquante salariés chacun, chaque syndicat représentatif peut désigner un délégué syndical central d'entreprise. Lorsque l'effectif de l'entreprise est inférieur à deux mille salariés, il s'agit nécessairement d'un des délégués syndicaux d'établissement qui cumule donc les deux fonctions. Le délégué syndical est désigné par l'organisation syndicale pour « la représenter auprès de l'employeur »⁽¹¹²⁾. Se pose donc la question de la mission de représentation du délégué syndical d'établissement : est-il en mesure d'agir au nom du syndicat au niveau de l'entreprise lorsqu'il existe un délégué syndical central ? En droit civil, les termes du mandat en définissent le cadre. Or, le périmètre de désignation est une mention obligatoire à la validité de cette dernière. Par conséquent, seul le délégué syndical central serait en mesure d'engager l'organisation syndicale au niveau de l'entreprise. Toutefois, quel que soit son champ d'action, plusieurs dispositions légales⁽¹¹³⁾ renvoient à la section syndicale pour définir les attributions du délégué syndical. Démembrement de l'organisation syndicale dans l'entreprise, la section syndicale ne dispose pas de la personnalité juridique et est forcément unique. Il n'existe pas une section syndicale d'un même syndicat pour chaque établissement. Dès lors, quand le délégué syndical agit, quel que soit le niveau, il engage uniquement l'organisation syndicale elle-même : « représenter la section, c'est, en fait, traduire les aspirations de celle-ci et, en droit, représenter le syndicat »⁽¹¹⁴⁾. Peut donc être allégué le fait que le délégué syndical d'établissement qui signe un accord collectif d'entreprise, s'il n'en avait pas directement le droit, bénéficiait d'un mandat apparent. Tout doute sur sa capacité d'engagement peut être levé par l'existence d'un mandat spécial délivré par l'organisation syndicale⁽¹¹⁵⁾.

469. – Cadre matériel. Pour mener à bien sa mission, le délégué syndical bénéficie d'heures de délégation dont le nombre varie en fonction de l'effectif de la

(109) Cass. soc., 27 nov. 2013, n° 12-26.155 : *Bull. civ.* 2013, V, n° 289 ; *RJS* 2/2014, n° 143 ; *JCP S* 2014, 1142, note R. Chiss et A. Lemettré ; *JurisData* n° 2013-027228.

(110) Cass. soc., 29 avr. 2009, n° 07-19.880 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 117 ; *RJS* 7/2009, n° 644 ; *JCP S* 2009, 1365, note A.-B. Voloir et F. Aknin ; *JurisData* n° 2009-047976.

(111) C. trav., art. L. 2143-10.

(112) C. trav., art. L. 2143-3, al. 1^{er}.

(113) Par ex., C. trav., art. L. 2143-16 ; C. trav., art. L. 2142-8 ;

(114) P. Salvage, *La compétence générale du délégué syndical* : *Dr. soc.* 1976, p. 396 et s., spéc. p. 400.

(115) Sur la possibilité pour les organisations syndicales d'avoir recours à de tels mandats en matière de négociation collective, V. *infra*, n° 472 et s.

communauté de travail à laquelle il est rattaché⁽¹¹⁶⁾. Lorsque plusieurs délégués syndicaux sont désignés pour une même section syndicale, l'article L. 2143-14 du Code du travail leur permet de répartir entre eux le temps dont ils disposent collectivement, à condition d'en informer l'employeur. Dans cette hypothèse, le crédit d'heures global semble appartenir à la section syndicale. Cette impression est renforcée par l'article L. 2143-16 du même code qui prévoit l'existence d'un crédit supplémentaire attribué à la section syndicale « au profit de son ou ses délégués syndicaux et des salariés de l'entreprise appelés à négocier la convention ou l'accord d'entreprise, en vue de la préparation de la négociation ». La rédaction de ce texte paraît lier le crédit d'heures à la négociation d'un seul accord. Dès lors, dans le cas où plusieurs négociations se tiendraient au cours de la même année, le nombre d'heures prévu doit-il être multiplié par le nombre d'accords négociés ? Deux indices permettent d'écarter cette solution. D'une part, l'article L. 2143-16 du Code du travail fait appel à la notion de crédit global attribué à la section syndicale. D'autre part, le crédit d'heures est fixé par an. Ces deux indications laissent également supposer que, lorsqu'à l'issue de la première négociation de l'année ce crédit supplémentaire n'a pas été utilisé intégralement, le solde peut l'être ultérieurement. Dans un arrêt du 2 juin 2004, la Cour de cassation a confirmé ces interprétations : le crédit est « alloué globalement et annuellement quel que soit le nombre d'accords conclus dans l'entreprise au cours de la même année »⁽¹¹⁷⁾.

470. – D'autres textes procèdent de la même manière, attribuant à la section syndicale des moyens qui seront utilisés par les délégués syndicaux qui ont été désignés pour la représenter. Ainsi, le local syndical mis à disposition par l'employeur dans les entreprises ou établissements d'au moins deux cents salariés contribue au bon exercice par les délégués syndicaux de leur mission⁽¹¹⁸⁾. De même, le délégué syndical peut réunir une fois par mois autour de lui les adhérents de la section syndicale dans l'enceinte de l'entreprise. Au cours de celle-ci, il pourra définir les prochaines actions à conduire et prendre position sur les éventuelles négociations à venir. Les revendications des membres de l'organisation syndicale peuvent lui être présentées dans ce cadre. Il bénéficie toutefois, en tant que délégué syndical, d'une liberté de déplacement dans le périmètre où il a été désigné pour « y prendre tous contacts nécessaires à l'accomplissement de [sa] mission, notamment auprès d'un salarié à son poste de travail, sous réserve de ne pas apporter de gêne importante à l'accomplissement du travail des salariés »⁽¹¹⁹⁾. L'utilisation d'heures de délégation n'est pas forcément requise. Le délégué syndical peut également se déplacer en dehors de ses heures habituelles de travail pour aller à la rencontre des membres de la communauté de travail.

471. – Outre les informations qu'il récolte auprès des salariés, un accès à celles qui sont fournies par l'employeur lui est permis, notamment par l'intermédiaire de la

(116) C. trav., art. L. 2143-13.

(117) Cass. soc., 2 juin 2004, n° 01-44.474 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 160 ; *RJS* 11/2004, n° 1165 ; *D.* 2004, p. 2088 ; *JurisData* n° 2004-023934.

(118) C. trav., art. L. 2142-8.

(119) C. trav., art. L. 2143-20, al. 2.

base de données économiques et sociales que toutes les entreprises d'au moins cinquante salariés doivent avoir mise à la disposition de leurs institutions représentatives du personnel⁽¹²⁰⁾. De plus, dans les entreprises de moins de trois cents salariés, le délégué syndical est destinataire des informations adressées au comité d'entreprise ou d'établissement en tant que représentant syndical dans cette instance. En outre, aux termes de l'article L. 2242-2 du Code du travail, de nombreuses informations lui sont remises, ainsi qu'aux autres membres de la délégation syndicale, au début de la négociation obligatoire.

§ 2. – Le délégué syndical, membre de la délégation syndicale

472. – Le délégué syndical, titulaire du mandat de négociateur. L'article L. 2232-17 du Code du travail précise que « la délégation de chacune des organisations représentatives parties à des négociations dans l'entreprise comprend le délégué syndical de l'organisation dans l'entreprise ou, en cas de pluralité de délégués, au moins deux délégués syndicaux ». Il est vrai que le pouvoir de négocier des conventions et accords collectifs d'entreprise est une prérogative qui n'appartient en principe qu'aux délégués syndicaux⁽¹²¹⁾.

473. – Ce monopole de représentation des organisations syndicales pourrait résider dans l'article L. 2231-2 du Code du travail qui réserve cette capacité aux personnes désignées en vertu d'une stipulation statutaire, d'une délibération spéciale ou de mandats spéciaux écrits donnés individuellement par tous les adhérents de cette organisation. La Cour de cassation écarte cette analyse. Elle s'appuie sur l'actuel article L. 2143-3 du Code du travail pour décider que « le délégué syndical désigné (...) pour représenter son organisation syndicale auprès du chef d'entreprise est, par cette désignation, investi de plein droit du pouvoir de négociateur et de conclure un accord d'entreprise »⁽¹²²⁾. Si une organisation syndicale entend empêcher un délégué syndical par elle désigné de signer un accord collectif, il lui revient – si elle ne le révoque pas – de suspendre son mandat soit de manière générale, soit pour une négociation déterminée et d'en informer en temps utile les autres parties. À défaut, si le délégué syndical signe l'accord, le syndicat est engagé : l'accord lui est opposable⁽¹²³⁾.

474. – Un élargissement. La délégation syndicale peut être complétée par des salariés de l'entreprise dont le nombre est fixé par accord entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives. À défaut d'accord, le nombre de salariés

(120) C. trav., art. L. 2323-7-2. – *Adde* L. n° 2013-504, 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, art. 8, IV (JO 16 juin 2013, p. 9958 et s).

(121) C. trav., art. L. 2142-1-1, al. 2 : « le représentant de la section syndicale exerce ses fonctions dans le cadre des dispositions du présent chapitre. Il bénéficie des mêmes prérogatives que le délégué syndical, à l'exception de pouvoir négocier des accords collectifs ». Si le représentant de la section syndicale en est privé, c'est bien qu'il s'agit d'une prérogative inhérente au mandat de délégué syndical.

(122) Cass. soc., 19 févr. 1992, n° 90-10.896 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 106 ; *RJS* 4/1992, n° 472 ; *JurisData* n° 1992-000434.

(123) Cass. soc., 19 févr. 1992, n° 90-10.896 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 106 ; *RJS* 4/1992, n° 472 ; *JurisData* n° 1992-000434.

la complétant est au plus égal, par délégation, à celui des délégués syndicaux. Par exception, dans les entreprises où un seul délégué syndical a été désigné⁽¹²⁴⁾, deux salariés peuvent lui être adjoints. Ils ne bénéficient pas d'une protection particulière à ce titre. Par accord de l'ensemble des organisations syndicales participant à la négociation ou par voie d'usage, le nombre de personnes composant la délégation syndicale peut être accru, y compris avec des personnes étrangères à l'entreprise⁽¹²⁵⁾.

475. – La question de la portée de l'article L. 2232-17 du Code du travail s'est posée lorsque nul élargissement conventionnel ou coutumier des délégations n'a été opéré. Ce texte limite chaque délégation à quatre personnes : deux délégués syndicaux et deux salariés. Lorsque plus de deux délégués syndicaux par organisation ont été nommés, peut-il y avoir encore place pour deux salariés ordinaires ? Selon la Cour de cassation, « la délégation de chaque organisation est légalement composée de deux [délégués syndicaux], et éventuellement complétée par un nombre égal de salariés »⁽¹²⁶⁾. Selon certains, cette décision ne s'oppose pas à ce que les deux salariés complétant la délégation syndicale soient des délégués syndicaux qui ne seraient pas envoyés en tant que tels à la négociation⁽¹²⁷⁾. Il est cependant permis de tirer de la lecture de l'article L. 2232-17 du Code du travail une conclusion inverse. L'existence de leur mandat l'emporte sur leur qualité de membre de la communauté de travail⁽¹²⁸⁾.

476. – **Un élargissement du pouvoir de négocier.** Un membre de la délégation syndicale, simple salarié, peut-il bénéficier d'un mandat spécial donné par son organisation syndicale ? Une telle pratique constitue un désaveu pour le délégué syndical, privé d'une prérogative essentielle par l'organisation qui la lui a confiée. Cette situation peut se présenter lorsque le délégué syndical est dans l'impossibilité matérielle de se rendre à la négociation et que l'organisation syndicale ne souhaite pas lui retirer son mandat, donc le révoquer. Le débat surgit avec une particulière acuité à la lecture de l'article L. 2232-17 du Code du travail selon lequel « la délégation de chacune des organisations représentatives parties à des négociations dans l'entreprise comprend le délégué syndical de l'organisation dans l'entreprise ». Faut-il en déduire que l'absence du délégué syndical ne permet pas à la délégation de se constituer valablement ? Pour l'application de ce texte, le champ de désignation du délégué syndical importe peu⁽¹²⁹⁾ : un délégué syndical central peut remplacer le

(124) Une seule organisation syndicale a procédé à une telle désignation. Une interprétation stricte de la dernière phrase de l'article L. 2232-17, confirmée par la circulaire DRT n° 15 du 25 octobre 1983, pt 3.2.2., permet de retenir cette analyse.

(125) Cass. soc., 19 oct. 1994, n° 91-20.292 : *Bull. civ.* 1994, V, n° 281 ; *RJS* 12/1994, n° 1413 ; *D.* 1995, p. 370, note G. Borenfreund ; *JurisData* n° 1994-001919.

(126) Cass. soc., 5 janv. 2011, n° 09-69.732 : *Bull. civ.* 2011, V, n° 6 ; *RJS* 3/2011, n° 259 ; *JCP S* 2011, 1110, note Y. Pagnerre ; *D.* 2011, p. 246 ; *JurisData* n° 2011-000014.

(127) M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Dalloz, 2^e éd. 1989, spéc. n° 285, p. 540. – Y. Pagnerre, *Négociation d'entreprise : composition de la délégation syndicale* : *JCP S* 2011, 1110 ; *RJS* 3/2011, n° 259.

(128) Dans le même sens, V. E. Labrousse, *Négociations et accords d'entreprise : composition de la délégation syndicale* : *JCP S* 2011, 1253.

(129) Le champ d'exercice des prérogatives dont il dispose, tel qu'il est défini par le périmètre de désignation, pourrait être invoqué pour exclure la possibilité que le délégué syndical d'établissement signe l'accord au niveau central. Pour autant, il convient de distinguer son rôle de représentation de l'organisation syndicale, qu'il peut exercer à tout niveau de l'entreprise dès lors que l'organisation syndicale est reconnue représentative dans ce périmètre, et son rôle de représentant de la communauté de travail qu'il ne peut exercer que dans le cadre dans lequel celle-ci se déploie.

délégué syndical d'établissement, et inversement⁽¹³⁰⁾. À défaut de tout délégué syndical en mesure de participer à la négociation, le risque d'annulation de l'accord, s'il ne peut être écarté de manière certaine⁽¹³¹⁾, est limité dès lors qu'un mandat exprès est donné à l'un des salariés de la délégation afin de négocier et de conclure un accord collectif⁽¹³²⁾.

SECTION 2

Les atteintes au principe du monopole syndical

477. – L'article L. 2231-1 du Code du travail énonce le principe selon lequel la convention ou l'accord collectif de travail est conclu entre une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans son champ d'application et une ou plusieurs organisations d'employeurs ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement. Cette règle vaut pour tous les niveaux de négociation. Elle supporte néanmoins des exceptions justifiées par l'objet particulier de la négociation (Sous-section 2) ou l'absence d'organisations syndicales (Sous-section 1).

SOUS-SECTION 1

Les atteintes liées à une défaillance syndicale

478. – Lors des travaux parlementaires qui ont précédé la loi du 13 novembre 1982, des amendements avaient été introduits pour permettre la négociation d'accords collectifs, en l'absence d'organisation syndicale, entre l'employeur et le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel⁽¹³³⁾, mais aussi pour que les salariés, par référendum sur proposition de l'employeur, puissent se doter d'un statut collectif⁽¹³⁴⁾. Le ministre du Travail y était défavorable, craignant l'affaiblissement, voire la disparition des organisations syndicales⁽¹³⁵⁾. Depuis lors, la question de l'exer-

(130) La circulaire DRT n° 15 du 25 octobre 1983, relative à la nouvelle législation de la négociation collective précise ainsi que « le délégué syndical central peut évidemment être désigné pour faire partie de la délégation comme délégué syndical, mais la loi n'en fait pas obligation » : JONC 10 janv. 1984, p. 293. Il faut relever que la désignation pour intégrer la délégation syndicale ne doit pas être entendue au sens juridique du terme (son formalisme n'a pas à être respecté lors de chaque négociation).

(131) Le 25 janvier 1995, la Cour de cassation a décidé que « dans les entreprises où les délégués syndicaux peuvent être légalement désignés, ceux-ci sont seuls habilités à négocier et à signer les accords d'entreprise », Cass. soc., 25 janv. 1995, n° 90-45.796 : *Bull. civ.* 1995, V, n° 40 ; *RJS* 3/1995, n° 279, note P. Pochet ; *D.* 1995, p. 593 et s. ; *Juris-Data* n° 1995-000133.

(132) Le non-respect de la composition de la délégation syndicale n'est pas sanctionné par la nullité de l'accord conclu (Cass. soc., 12 oct. 2006, n° 05-15.069 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 305 ; *RJS* 12/2006, n° 1298 ; *JCP S* 2007, 1008, note B. Gauriau ; *RDT* 2007, p. 186 et s., note M.-A. Rotschild-Souriac ; *JurisData* n° 2006-035407. – Cass. soc., 10 oct. 2007, n° 06-42.721 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 156 ; *RJS* 12/2007, n° 1315 ; *JCP S* 2007, 488, note N. Léger ; *RDT* 2008, p. 188 et s., M.-A. Rotschild-Souriac ; *JurisData* n° 2007-040743).

(133) Amendement n° 110 : JOAN 11 juin 1982, p. 3244.

(134) Amendement n° 113 : JOAN 11 juin 1982, p. 3245.

(135) « La négociation (...) a toujours été fondée – parce que cela est dans la nature des choses, parce qu'il faut qu'elle ait lieu avec des personnes qui soient responsables devant le suffrage universel – sur la délégation de pouvoir et sur la

cice du droit à la négociation collective dans les entreprises où les organisations syndicales représentatives sont absentes a reçu des réponses parcellaires (§ 1), avant qu'un régime supposé pérenne ne soit établi en 2008 (§ 2).

§ 1. – Un système subsidiaire

479. – Dès 1982, les difficultés de mise en œuvre du principe de participation et plus particulièrement du droit à la négociation collective des salariés dans les entreprises dépourvues d'organisations syndicales représentatives, donc de délégué syndical, ont été relevées, conduisant à « la recherche d'agents alternatifs de négociation »⁽¹³⁶⁾.

480. – **Une construction jurisprudentielle.** La Cour de cassation, dans un arrêt du 25 janvier 1995, a admis que des « accords [collectifs] 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 »⁽¹³⁷⁾. Une lecture souple de l'article L. 2232-17 du Code du travail est retenue : celui-ci ne s'applique qu'à condition qu'un délégué syndical ait été désigné. À défaut, conformément à l'article L. 2231-2 du même code, un salarié de l'entreprise peut recevoir un mandat d'une organisation syndicale. Cette forme de mandatement peut exister dans toutes les entreprises de moins de cinquante salariés dépourvues de délégué du personnel pouvant être désigné délégué syndical et dans les entreprises de cinquante salariés et plus où aucune organisation syndicale représentative n'est implantée.

481. – La solution retenue par la Cour de cassation pour augmenter « potentiellement le nombre de cas où les résultats des négociations menées dans l'entreprise pourront être qualifiées d'accords collectifs de travail » altère le monopole de négociation des délégués syndicaux, mais renforce celui des organisations syndicales représentatives puisqu'il peut emprunter deux voies⁽¹³⁸⁾. La portée de cette solution doit cependant être exactement mesurée : elle naît d'une simple interprétation des textes, toujours fragile, et n'empêche pas création de modalités particulières de négociation. Celles-ci ne peuvent procéder que de la loi.

482. – **Une proposition des partenaires sociaux transcrite dans la loi.** Quelques mois plus tard, le 31 octobre 1995, les partenaires sociaux ont admis⁽¹³⁹⁾ qu'un accord d'entreprise puisse être conclu avec les représentants élus du personnel⁽¹⁴⁰⁾, sous réserve d'une validation par une commission paritaire de branche, ou avec un

médiation par le négociateur. Tout processus qui tendrait à établir un lien direct avec les salariés en laissant la seule initiative à l'une des parties – c'est-à-dire au chef d'entreprise –, se traduirait par un affaiblissement, voire par une disparition du fait syndical ».

(136) A. Mazeaud, *La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégué syndical* : Dr. soc. 2009, p. 669 et s., spéc. p. 671.

(137) Cass. soc., 25 janv. 1995, n° 90-45.796 : Bull. civ. 1995, V, n° 40 ; RJS 3/1995, n° 279 ; D. 1995, p. 593 et s., note P. Pochet ; *JurisData* n° 1995-000133.

(138) P. Pochet : D. 1995, p. 593 et s., spéc. p. 595.

(139) ANI 31 oct. 1995, relatif aux négociations collectives.

(140) Ceux-ci pouvaient dès l'origine apparaître comme des interlocuteurs de choix : « le niveau de l'entreprise est assurément le moins propice au strict respect [du monopole syndical]. La collectivité des salariés y est en fait très proche du déroulement de la négociation et surtout cette collectivité dispose d'institutions élues chargées de l'expression de

ou plusieurs salariés mandatés par une organisation syndicale représentative, et ce à titre expérimental et à condition qu'un accord de branche le prévoie⁽¹⁴¹⁾.

483. – La loi du 12 novembre 1996⁽¹⁴²⁾ donne toute sa vigueur au dispositif précé- dent⁽¹⁴³⁾. Son article 6 le reprend fidèlement, y compris son caractère expérimental et temporaire⁽¹⁴⁴⁾. Elle ne précise pas le cadre dans lequel doit s'apprécier le caractère représentatif des organisations syndicales mandantes et crée une source de contentieux en ne reprenant pas la définition retenue par l'accord national inter- professionnel de la nature du contrôle exercé par la commission paritaire⁽¹⁴⁵⁾. Le sys- tème n'a pas eu les résultats escomptés en raison de son caractère expérimental, de la brièveté de l'expérience et de son assujettissement à la conclusion préalable d'ac- cords de branche⁽¹⁴⁶⁾.

484. – **L'organisation par la loi du recours à la négociation subsidiaire⁽¹⁴⁷⁾ pour un thème déterminé.** Deux lois, en 1998⁽¹⁴⁸⁾ et 2000⁽¹⁴⁹⁾, ont permis le recours à la négociation sub- sidiaire afin de parvenir à une réduction du temps de travail. La première a admis qu'un accord collectif puisse être « conclu par un ou plusieurs salariés expressément manda- tés par une ou plusieurs organisations syndicales reconnues représentatives sur le plan national ou départemental pour ce qui concerne les départements d'outre-mer ». La négociation avec des représentants élus du personnel, en revanche, n'est pas envisa-

ses intérêts en plus des institutions syndicales », Y. Chalaron, *Négociation et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, spéc. n° 44, p. 38.

(141) Celui-ci fixe également le seuil d'effectif à compter duquel la négociation subsidiaire peut être appliquée dans l'entreprise : il s'agit d'un choix laissé aux partenaires sociaux en fonction de la structure de la branche à laquelle ils appartiennent.

(142) L. n° 96-985, 12 nov. 1996, relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective : JO 13 nov. 1996, p. 16527 et s.

(143) Le législateur, qui bénéficiait d'une certaine latitude pour retranscrire l'accord, n'a pris que peu de distances avec celui-ci. Il faut relever qu'à l'époque, les articles L. 1 à L. 3 du Code du travail n'existaient pas. Certains considèrent tou- tefois que « la loi se borne à recopier l'accord du 31 octobre 1995 » (J.-M. Olivier, *Nouveaux acteurs : élus du personnel et salariés mandatés*, in *Le nouveau droit de la négociation collective (loi n° 2004-391 du 4 mai 2004)*, éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 61 et s., spéc. p. 64), qu'il s'agit d'une « loi duplicative » (B. Sihol, *Branche et entreprise dans le nouveau droit de la négociation collective : Dr. soc.* 1997, p. 931 et s., spéc. p. 936).

(144) Il doit s'agir d'accord à durée déterminée, laquelle ne peut être supérieure à trois ans, conclu avant le 31 octobre 1998. Le dispositif adopté ne pouvait donc légalement s'appliquer que jusqu'au 31 octobre 2001. L'accord national interprofessionnel du 8 avril 1999 avait prolongé le délai prévu jusqu'au 14 novembre 1999. Puisque la loi s'affranchis- sait déjà de la volonté des partenaires sociaux, le fait qu'elle n'ait pas donné une « espérance de vie » plus importante à ce dispositif peut être regretté.

(145) L'accord national interprofessionnel prévoyait ainsi que la commission paritaire de branche a « pour attribution de contrôler [que les textes qui lui sont soumis] n'enfreignent ni les dispositions légales en vigueur ni les dispositions conventionnelles dans le cadre desquelles ils s'inscrivent ».

(146) Le 8 avril 1999, seuls vingt-sept accords de branche avaient été signés pour traduire la volonté des partenaires sociaux de développer le dialogue social et la négociation collective (ANI 8 avr. 1999 portant renouvellement de l'ac- cord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 relatif aux négociations collectives). Quarante puis soixante-treize accords d'entreprise ont été signés avec des élus du personnel en 1997 et en 1998 d'après les données de l'adminis- tration (*Bilan annuel de la négociation collective 1997*, Doc. fr., p. 40 et *Bilan annuel de la négociation collective 1998*, Doc. fr., p. 45).

(147) Certains auteurs utilisent l'expression de « négociation atypique » (M. Morand, *Les nouveaux acteurs de la négo- ciation collective d'entreprise : une négociation atypique : TPS* févr. 1997, p. 7), de « négociation dérogatoire » (E. Jeansen et Y. Pagnerre, *La négociation dérogatoire : JCP S* 2009, 1572) ou de « négociation alternative » (A. Mazeaud, *La négo- ciation des accords d'entreprise en l'absence de délégué syndical : Dr. soc.* 2009, p. 669 et s., spéc. p. 671). L'expression de négociation subsidiaire (empruntée à J.-M. Olivier, *Nouveaux acteurs : élus du personnel et salariés mandatés*, in *Le nou- veau droit de la négociation collective [loi n° 2004-391 du 4 mai 2004]*, éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 61 et s., spéc. p. 65) paraît plus opportune en ce qu'elle ne peut recouvrir d'autres réalités que celle décrite, contrairement aux deux autres locutions.

(148) L. n° 98-461, 13 juin 1998, d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, art. 3 : JO 14 juin 1998, p. 9029 et s.

(149) L. n° 2000-37, 19 janv. 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail, art. 19 : JO 20 janv. 2000, p. 975 et s.

gée. Elle est réintroduite partiellement par la loi du 19 janvier 2000 : dans les entreprises de moins de cinquante salariés dépourvues de délégués syndicaux, lorsqu'aucun salarié n'a été mandaté dans le délai qui suit l'information des organisations syndicales, la négociation peut être conduite avec les délégués du personnel sans contrôle *a priori* des organisations syndicales puisque la mise en œuvre de cette négociation n'est pas subordonnée à l'autorisation préalable d'un accord de branche⁽¹⁵⁰⁾.

485. – La création d'un régime pérenne. Après avoir institué un dispositif expérimental puis un dispositif attaché à un thème particulier, le législateur a inséré dans le Code du travail un régime de négociation subsidiaire qui se voulait pérenne. La loi du 4 mai 2004⁽¹⁵¹⁾, qui s'inspire de la position commune du 16 juin 2001⁽¹⁵²⁾, permet, à certaines conditions, la négociation d'accords collectifs dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux. Un accord de branche étendu est nécessaire pour permettre aux entreprises qui entrent dans son champ d'application d'avoir recours à la négociation subsidiaire ; il fixe les thèmes ouverts à ce mode de négociation. Au contrôle des partenaires sociaux auxquels il revient de décider de la mise en place du dispositif, s'ajoute un contrôle de l'administration au stade de l'extension. Le tout constitue un frein au développement de la négociation subsidiaire⁽¹⁵³⁾. En l'absence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, attestée par un procès-verbal de carence, les organisations syndicales représentatives peuvent mandater un salarié de l'entreprise pour une négociation déterminée. Mais, entre 2004 et 2008, seuls seize accords de branche (dont quatorze ont été étendus)⁽¹⁵⁴⁾ ont ouvert la voie à l'application des dispositions précédentes, de sorte que la « négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux est largement restée lettre morte »⁽¹⁵⁵⁾. Le régime institué ne pouvait subsister en l'état.

§ 2. – Un système perfectible

486. – Les partenaires sociaux, dans la position commune du 9 avril 2008⁽¹⁵⁶⁾, ont adopté des pistes d'évolution du régime de la négociation subsidiaire. La loi du 20 août 2008⁽¹⁵⁷⁾ a repris ces propositions, élargissant et précisant « le cadre régissant la

(150) « Il convenait de partager le temps de travail à tout prix par la conclusion d'accords d'entreprise ARTT notamment aidés », A. Mazeaud, *La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégué syndical* : *Dr. soc.* 2009, p. 669 et s., spéc. p. 672.

(151) L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, art. 47 : JO 5 mai 2004, p. 7983 et s.

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

(153) À un double titre, soit que le point de vue des organisations syndicales de salariés de refuser l'accès à la négociation dans certaines unités de la branche soit utilisé comme une contrepartie de négociation, soit que la convention de branche ne réponde pas à toutes les conditions fixées par l'article L. 2261-22 du Code du travail pour son extension.

(154) J.-F. Poisson, Rapp. n° 992 du 25 juin 2008 fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale sur le projet de loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, p. 39.

(155) A. Mazeaud, *La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégué syndical* : *Dr. soc.* 2009, p. 669 et s., spéc. p. 672.

(156) Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du paritarisme.

(157) L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : JO 21 août 2008, p. 13064 et s.

négociation avec les représentants du personnel ou les salariés mandatés afin de développer le dialogue social dans les petites entreprises »⁽¹⁵⁸⁾. Partiellement modifié par la loi du 17 août 2015⁽¹⁵⁹⁾, le régime créé⁽¹⁶⁰⁾, qui s'inscrit dans la lignée de ceux qui l'ont précédé, a rendu plus complexe l'identification du représentant des salariés (I). Sa complexité participe de la difficulté à atteindre l'objectif initialement poursuivi (II).

I. – Une identification complexe

487. – Le manque de clarté des dispositions qui ont vocation à permettre le développement de la négociation dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, principalement celles de petite taille, constitue un premier frein à leur application. En effet, en fonction de deux critères identifiés par la loi (B), divers interlocuteurs sont compétents pour prendre place à la table des négociations (A).

A. – La recherche de l'interlocuteur

488. – **Représentants élus du personnel mandatés par une organisation syndicale.** L'article 21 de la loi du 17 août 2015⁽¹⁶¹⁾ est à l'origine de l'ajout récent d'un interlocuteur qui combine les qualités de deux autres interlocuteurs potentiels. Avant de pouvoir négocier avec les élus, l'employeur doit désormais se tourner vers les organisations syndicales représentatives au niveau de la branche ou au niveau national et interprofessionnel pour qu'elles donnent mandat à un ou plusieurs représentants élus. Dans ce cas, le champ de la négociation n'est pas limité, mais l'accord doit faire l'objet d'une approbation à la majorité des suffrages exprimés. Il peut entrer en vigueur sans être soumis à une quelconque commission paritaire.

489. – **Représentants élus du personnel.** L'article L. 2232-22⁽¹⁶²⁾ du Code du travail autorise la conclusion d'accords collectifs d'entreprise ou d'établissement avec « les représentants élus du personnel au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel ou à l'instance mentionnée à l'article L. 2391-1 ou, à défaut, les délégués du personnel ». Une lecture littérale tend à exclure de la table des négociations les représentants syndicaux désignés conformément à l'article L. 2324-2 du même code⁽¹⁶³⁾. Ce texte semble permettre aux élus, tant titulaires que suppléants, de participer à la négociation, mais l'article L. 2232-22 ne vise que les membres titulaires. Les suppléants ont, au mieux, voix consultative lors de la négociation : ils ne peuvent pas prendre part à la conclusion de l'accord. Seuls les titulaires bénéficiant d'heures de délégation⁽¹⁶⁴⁾ et des informations remises préalablement à la négociation⁽¹⁶⁵⁾, certains en déduisent

(158) Exposé des motifs de la loi, pt 1.2.

(159) L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi : JO 18 août 2015, p. 14346 et s.

(160) Entré en vigueur le 1^{er} janvier 2010, l'article 14 de la loi avait maintenu dans leur état antérieur les dispositions modifiées jusqu'au 31 décembre 2009. Seule la négociation avec le représentant de section syndicale était possible dès le 22 août 2008.

(161) L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi : JO 18 août 2015, p. 14346 et s.

(162) Dans sa rédaction issue de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

(163) Cette exclusion ne concerne que les entreprises d'au moins trois cents salariés puisque dans celles dont l'effectif est inférieur à ce seuil, le représentant syndical au comité d'entreprise est le délégué syndical de plein droit (C. trav., art. L. 2143-22). Or, par principe, le recours à la négociation subsidiaire implique l'absence d'un tel délégué dans l'entreprise.

(164) C. trav., art. L. 2232-23.

(165) C. trav., art. L. 2232-27-1, al. 6.

qu'ils ont seuls vocation à participer à la négociation⁽¹⁶⁶⁾. Cette position paraît conforme à la volonté du législateur et des auteurs de la position commune du 9 avril 2008 qui envisageaient un « accord au sein du comité d'entreprise ou de la majorité des élus titulaires de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel »⁽¹⁶⁷⁾. La formulation retenue, qui vise les élus, entraîne l'exclusion d'une négociation avec l'instance elle-même. Le champ d'application de l'accord est cependant limité par sa compétence, notamment dans les entreprises à établissements multiples qui comprennent plusieurs comités d'établissement et un comité central d'entreprise. Aucune alternative n'est possible entre les instances lorsqu'elles ont été constituées. Les délégués du personnel ne sont compétents qu'à défaut de comité d'entreprise.

490. – Salariés mandatés. Aux termes de l'article L. 2232-24 du Code du travail, dans certains cas, un ou plusieurs salariés expressément mandatés peuvent être désignés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche afin de négocier un accord collectif d'entreprise. La loi ne retient que la qualité de salarié comme prérequis. Il revient au mandant de sélectionner celui qui portera le mieux ses idées dans la négociation. Tout salarié ne peut toutefois être mandaté : il ne doit pas pouvoir être assimilé au chef d'entreprise ou y être apparenté⁽¹⁶⁸⁾ afin que son indépendance soit garantie⁽¹⁶⁹⁾. De même, il est logique qu'un salarié sur lequel pèse une interdiction, déchéance ou incapacité relative à ses droits civiques, ne puisse recevoir mandat⁽¹⁷⁰⁾. Chaque organisation syndicale ne peut mandater qu'un salarié. La délégation syndicale a dès lors une taille réduite compte tenu de celle qui pourrait être la sienne si un délégué syndical avait pu être désigné. De plus, un salarié ne peut cumuler le mandat de plusieurs organisations syndicales. En revanche, la loi du 20 août 2008 ne fait pas mention de la limitation du mandat à une négociation déterminée. Le mandat peut être général et ne pas délimiter son objet, à l'opposé des règles énoncées par le Conseil constitutionnel à l'occasion du contrôle de la loi du 6 novembre 1996⁽¹⁷¹⁾. Afin de renforcer sa légitimité, l'accord négocié avec un salarié mandaté est soumis à l'approbation, à la majorité des suffrages exprimés, des membres de la collectivité de travail. Le référendum organisé permet à cette dernière de « s'approprier » la norme négociée.

491. – Représentant de section syndicale. Avec la loi du 20 août 2008, la représentation du personnel dans l'entreprise s'est enrichie, au profit des organisations

(166) B. Teyssié, *Droit du travail. Relations collectives*, LexisNexis, 9^e éd. 2014, spéc. n° 1362, p. 743. – E. Jeansen et Y. Pagnerre, *La négociation dérogatoire* : JCP S 2009, 1572, spéc. n° 18.

(167) Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du paritarisme, pt 4-2-4. L'accord au sein du comité d'entreprise doit ici être entendu comme une résolution de celui-ci, laquelle implique un vote à la majorité des membres présents pouvant voter, soit les titulaires ; C. trav., art. L. 2325-18.

(168) C. trav., art. L. 2232-26.

(169) Celle-ci constitue l'une des règles que doit respecter la négociation, visées à l'article L. 2232-27-1 du Code du travail.

(170) Aux termes des articles L. 2314-15 et L. 2324-14, le salarié ne peut dans ce cas être électeur dans son entreprise ; il ne peut accéder à des fonctions de représentation.

(171) L. n° 96-985, 12 nov. 1996, relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective : JO 13 nov. 1996, p. 16527. Le Conseil constitutionnel prévoyait qu'il comporte « les modalités de désignation du salarié [et] la fixation précise par le mandant des termes de la négociation », Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC : JO 13 nov. 1996, p. 16531 et s. ; RJS 12/1996, n° 1296 ; Dr. soc. 1997, p. 25 et s., note M.-L. Morin.

syndicales qui n'ont pu faire la preuve de leur représentativité en son sein, du représentant de section syndicale. Ses prérogatives sont définies par référence au délégué syndical : il bénéficie de l'intégralité de ses attributions « à l'exception du pouvoir de négocier des accords collectifs »⁽¹⁷²⁾, hormis des circonstances particulières visées à l'article L. 2143-23 du Code du travail⁽¹⁷³⁾. La formulation retenue par le législateur soulève des interrogations sur la nature du mandat susceptible de lui être donné. Peut-il être général et conférer au représentant de section syndicale la capacité de négocier pour toute la durée de son mandat syndical ? Le huitième alinéa du Préambule de la Constitution du 17 octobre 1946 impose que l'objet et la durée du mandat soient fixés⁽¹⁷⁴⁾. Contrairement au salarié mandaté, le représentant de section syndicale ne peut recevoir un mandat pour négocier que de l'organisation syndicale qui l'a nommé, qui doit elle-même être une organisation syndicale de salariés affiliée à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel⁽¹⁷⁵⁾ alors que le salarié mandaté reçoit son mandat d'une organisation syndicale représentative dans la branche⁽¹⁷⁶⁾. Aux termes de la loi du 17 août 2015, par le jeu des renvois, sa faculté d'intervention est réduite à néant.

B. – Les critères à combiner

492. – Les acteurs précédemment identifiés ne peuvent intervenir conjointement. Leur compétence est fixée en fonction de deux critères factuels qu'il convient de croiser. Les conditions dans lesquelles représentants élus du personnel et salariés mandatés sont appelés à siéger à la table de négociation sont déterminées aux articles L. 2232-21, L. 2232-22 et L. 2232-24 du Code du travail. En revanche, le domaine d'intervention du représentant de section syndicale doit être défini à la lumière de l'article L. 2143-23 et d'une disposition légale non codifiée⁽¹⁷⁷⁾.

493. – Un effectif. Antérieurement à l'adoption de la loi du 17 août 2015, une première condition figurait à l'article L. 2232-21 du Code du travail. La négociation subsidiaire avec les représentants du personnel n'était admise que dans les entreprises de moins de deux cents salariés, les modalités d'appréciation de ce seuil n'étant pas précisées. Devait-elle avoir lieu au jour de l'ouverture de la négociation, de la signature de l'accord ou à une autre date⁽¹⁷⁸⁾ ? Ni la loi ni la circulaire n'apportaient de réponse claire. Des termes de l'article L. 2232-21, il pouvait être déduit que la

(172) C. trav., art. L. 2142-1-1, al. 2.

(173) Il faut ajouter l'exclusion de cette disposition lorsque les articles L. 2232-21 à L. 2232-29 du Code du travail peuvent être appliqués : le représentant de section syndicale n'est compétent que dans les hypothèses où ni les représentants élus du personnel ni un salarié mandaté ne sont en mesure de négocier.

(174) La réserve posée par le Conseil constitutionnel dans le considérant 18 de sa décision sur la loi du 6 novembre 1996 s'applique également à ce type de mandat, Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC : JO 13 nov. 1996, p. 16531 et s. ; RJS 12/1996, n° 1296 ; Dr. soc. 1997, p. 25 et s., note M.-L. Morin.

(175) Soit, aux termes de l'arrêté du 30 mai 2013 fixant la liste des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel : la CGT, la CFDT, la CGT-FO, la CFE-CGC et la CFTC : JO 1^{er} juin 2013, p. 9202 et s.

(176) Or, dans certaines branches, dès 2013, sont apparues certaines organisations syndicales supplémentaires tel le GSEA (Métallurgie Moselle, texte n° 25 : JO 13 août 2013) ou Solidaires (Métallurgie Calvados, texte n° 40 : JO 9 juill. 2013).

(177) L. n° 2008-789, 20 août 2008, art. 6, III, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : JO 21 août 2008, p. 13064 et s.

(178) Par ex. celle du jour où la commission paritaire de validation se prononce sur l'accord.

condition d'effectif devait être vérifiée lors de la négociation de l'accord. Mais plusieurs accords de branche relatifs au fonctionnement de la commission paritaire de validation se contentent d'exiger que celle-ci soit informée de l'effectif de l'entreprise au jour de la signature de l'accord⁽¹⁷⁹⁾.

494. – L'effectif devait faire l'objet d'une vigilance particulière dans les entreprises à établissements multiples. Si la négociation au sein de chacun d'eux était possible, ce n'était qu'à condition que l'effectif total fût inférieur à deux cents salariés. La lettre du texte semblait permettre que la négociation se tienne dans un établissement appartenant à une entreprise où des organisations syndicales sont représentatives au niveau central et dans d'autres établissements dès lors qu'aucun délégué syndical n'avait pu être désigné en son sein. La tenue d'une négociation dans ce cadre aurait néanmoins été contraire à l'esprit de la loi et probablement difficile à accepter pour les organisations syndicales présentes dans l'entreprise⁽¹⁸⁰⁾. Pouvait également se présenter la situation dans laquelle une entreprise est divisée en établissements pour l'élection des délégués du personnel alors qu'un seul comité est constitué. Un accord d'entreprise aurait nécessairement été négocié avec le comité du même nom, des accords d'établissement pouvant l'être avec les délégués du personnel⁽¹⁸¹⁾.

495. – Se posait enfin la question des modalités de décompte à retenir et de la prise en considération des salariés visés au 2° de l'article L. 1111-2 du Code du travail⁽¹⁸²⁾. Dans le silence de la loi, le droit commun du calcul des effectifs devait être appliqué. En ce qui concerne la période de référence à prendre en compte, une alternative existe : soit retenir une date, celle de la signature de l'accord, par exemple, soit opter pour un délai plus important, comme c'est le cas pour la mise en place des instances⁽¹⁸³⁾. Cette dernière solution permettait à des entreprises qui ont fait l'objet d'une récente, et parfois éphémère, augmentation d'effectif de « lisser » celui-ci afin de pouvoir accéder à la négociation subsidiaire. Elle avait toutefois l'inconvénient d'en exclure l'usage dans les entreprises qui ont une activité saisonnière importante au moins quatre mois par an⁽¹⁸⁴⁾.

(179) V. not. Accord 26 avr. 2010, relatif aux voies et moyens du dialogue social dans la Métallurgie, art. 9, étendu le 18 octobre 2010 : *JO* 27 oct. 2010, p. 19308 et s. ; Annexe n° 2 de l'avenant n° 20 du 7 novembre 2011 à la convention collective nationale des entreprises de la publicité et assimilées portant création de la commission paritaire de validation des accords dérogatoires d'entreprise, étendu le 5 novembre 2012 : *JO* 10 nov. 2012, p. 17857 et s.

(180) Un accord d'entreprise avec un champ d'application restreint à cet établissement pourrait alors être négocié avec le ou les délégués syndicaux désignés au niveau central.

(181) Une telle situation peut apparaître comme contradictoire avec le principe selon lequel les délégués du personnel ne peuvent intervenir qu'à défaut de comité d'entreprise. Elle résulte des différentes définitions de l'établissement qui dépend de l'instance ou de la prérogative exercée. V. *supra*, n°s 247 et s.

(182) Aux termes de ce texte, « les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée, les salariés titulaires d'un contrat de travail intermittent, les salariés mis à la disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure qui sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis au moins un an, ainsi que les salariés temporaires, sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise à due proportion de leur temps de présence au cours des douze mois précédents ». Or, l'ensemble des accords collectifs négociés dans l'entreprise utilisatrice ne seront pas appliqués aux salariés temporaires par exemple mais uniquement ceux relatifs aux conditions d'exécution du travail conformément à l'article L. 1251-21 du Code du travail. La question de leur décompte se présente donc avec une acuité certaine.

(183) C. trav., art. L. 2143-3, al. 3 ; C. trav., art. L. 2312-2 ; C. trav., art. L. 2322-2, al. 1^{er} : le seuil d'effectif visé doit être atteint pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes.

(184) Le silence de la loi sur la période de référence de calcul de l'effectif peut être critiqué en ce qu'il crée un risque de rupture d'égalité selon la méthode retenue par les commissions paritaires de branche : appartenir au ressort de l'une ou l'autre ne sera pas sans conséquences.

496. – Un procès-verbal de carence. Lorsqu'un procès-verbal de carence établit l'absence de représentants élus⁽¹⁸⁵⁾, l'article L. 2232-24 du Code du travail admet la négociation d'accords d'entreprise ou d'établissement avec un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives, quel que soit l'effectif de l'entité visée⁽¹⁸⁶⁾. Toutefois, un procès-verbal de carence ne pouvant être dressé que si l'entreprise est tenue d'organiser des élections, sont exclues du champ de la négociation subsidiaire (sauf instances conventionnelles)⁽¹⁸⁷⁾ celles dont l'effectif est inférieur à onze salariés⁽¹⁸⁸⁾.

497. – De la rédaction ambiguë de l'article L. 2232-24 du Code du travail peut résulter une confusion. L'intervention des salariés mandatés est concevable tant au niveau de l'entreprise que de l'établissement, ce qui suppose qu'un parallèle soit établi avec les divisions de l'entreprise retenues pour l'élection des représentants du personnel. Une concurrence de compétences peut alors surgir entre salarié mandaté et représentant du personnel « lorsqu'une entreprise est composée de plusieurs établissements distincts où les délégués du personnel ont été élus et que l'élection des membres du comité d'entreprise a donné lieu à un procès-verbal de carence »⁽¹⁸⁹⁾. L'identité de l'interlocuteur de l'employeur qui souhaite négocier un accord d'entreprise ne peut se déduire directement de la lecture des textes. Dès lors qu'à un niveau déterminé un procès-verbal de carence a été dressé, le recours à un salarié mandaté semble s'imposer. De plus, la capacité à négocier des délégués du personnel devrait se limiter à l'établissement dans lequel ils ont été élus. Cependant, « la légitimité sociale des élus et le caractère infiniment subsidiaire du mandatement »⁽¹⁹⁰⁾ contraignent, à notre sens, l'employeur à convoquer l'ensemble des délégués du personnel pour négocier au niveau de l'entreprise. En effet, l'esprit de la loi est de ne permettre le recours au salarié mandaté qu'à défaut d'élu ; en outre, l'interprétation selon laquelle il faudrait admettre la possibilité de tenir une négociation subsidiaire dans l'entreprise dès lors qu'au moins un procès-verbal de carence aurait été établi est très extensive⁽¹⁹¹⁾.

(185) Depuis la loi du 20 août 2008, l'établissement d'un procès-verbal de carence pour toutes les institutions de représentation du personnel a pour corollaire l'absence d'organisation syndicale représentative, donc l'impossibilité de désigner un délégué syndical.

(186) C'est-à-dire dans 40 % des établissements de onze salariés et plus qui existent en France (V. DARES Analyses, *Les représentants du personnel, quelles ressources pour quelles actions ?*, nov. 2014, p. 10).

(187) Un comité d'entreprise peut être constitué dans les entreprises de moins de cinquante salariés par voie conventionnelle (C. trav., art. L. 2322-3). De même, des délégués du personnel conventionnels peuvent être institués dans les établissements de moins de onze salariés (C. trav., art. L. 2312-4). Ceux-ci pourraient, si l'accord qui permet leur élection le prévoit, négocier des accords collectifs sur le fondement de l'article L. 2232-21.

(188) Rien dans les travaux parlementaires ne permet d'indiquer que la volonté du législateur était d'exclure ces entreprises du champ de la négociation subsidiaire.

(189) E. Jeansen et Y. Pagnerre, *La négociation dérogatoire* : JCP S 2009, 1572, spéc. n° 24.

(190) E. Jeansen et Y. Pagnerre, *La négociation dérogatoire* : JCP S 2009, 1572, spéc. n° 24.

(191) Un procès-verbal de carence est établi lorsqu'une instance n'a pu être constituée ou renouvelée (C. trav., art. L. 2314-5 pour les délégués du personnel et C. trav., art. L. 2324-8 pour le comité d'entreprise ou d'établissement). Il serait contraire aux prescriptions légales que, dans une entreprise comportant un nombre important d'établissements, une seule de ces instances faisant l'objet d'un procès-verbal de carence, l'article L. 2232-24 du Code du travail soit appliqué. Une lecture extensive de la condition posée par ce texte doit être faite : pour qu'il soit possible de recourir à la négociation subsidiaire avec un salarié mandaté, toutes les élections ayant eu lieu doivent avoir donné lieu à l'établissement d'un procès-verbal de carence.

II. – Un régime inadapté

498. – Des freins. Selon les auteurs du rapport sur l'application de la loi du 20 août 2008⁽¹⁹²⁾, ses dispositions ne permettent pas d'atteindre l'objectif, et ce, d'abord, parce que les entreprises concernées par le champ de la négociation subsidiaire n'ont pas forcément les moyens financiers et humains pour déterminer l'interlocuteur compétent en leur sein. En outre, pour les accords conclus avec les représentants élus du personnel ou avec un salarié mandaté, la procédure à suivre après leur signature peut paraître lourde et complexe. Ainsi, l'accord négocié avec le comité d'entreprise ou les délégués du personnel dont les élus ne sont pas mandatés par une organisation syndicale doit être soumis à une commission paritaire de validation constituée au niveau de la branche à qui il revient de contrôler la conformité de l'accord aux dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles applicables⁽¹⁹³⁾. Lorsque l'accord a été conclu avec un salarié mandaté⁽¹⁹⁴⁾, il doit être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés⁽¹⁹⁵⁾, ce qui suppose l'organisation d'un référendum par essence coûteux et toujours aléatoire⁽¹⁹⁶⁾.

499. – Un autre frein à la négociation subsidiaire tenait à son domaine. Hormis les situations où le représentant de section syndicale avait la capacité de négocier, les accords ne pouvaient contenir que des mesures « dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif »⁽¹⁹⁷⁾, donc essentiellement des dispositions relatives à la durée du travail, la répartition et l'aménagement du temps de travail⁽¹⁹⁸⁾. Or, en ces matières, une action rapide est souvent nécessaire : la lourde procédure qui suit la négociation de l'accord y fait obstacle⁽¹⁹⁹⁾. La loi du 17 août 2015 a créé une première brèche, les représentants élus mandatés par une organisation syndicale de branche ou, à défaut, nationale et interprofessionnelle peuvent désormais négocier sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation. Ils deviennent une sorte d'ersatz de délégués syndicaux.

500. – Une évolution nécessaire. La situation des entreprises de moins de onze salariés doit être revue. Leur incorporation au champ de la négociation subsidiaire peut être envisagée⁽²⁰⁰⁾. Une leur d'espoir peut être vue dans la disparition avec la loi du 17 août 2015 de la limitation du recours aux élus aux seules entreprises de moins de deux cents salariés, fondée sur la crainte de la disparition du fait syndical

(192) Rapport sur l'application des dispositions de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 relative à la démocratie sociale et de la loi n° 2010-1215 du 15 octobre 2010 les complétant, Commission nationale de la négociation collective, 16 déc. 2013, p. 82.

(193) C. trav., art. L. 2232-22, al. 1^{er}.

(194) Au sens des articles L. 2232-21 (tel qu'il résulte de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi) et L. 2232-24 du Code du travail.

(195) C. trav., art. L. 2232-27.

(196) C. trav., art. D. 2232-8.

(197) En sont toutefois exclus les accords de méthode négociés dans des hypothèses de « grand » licenciement pour motif économique (C. trav., art. L. 1233-21).

(198) Peuvent être notamment citées la mise en place de conventions de forfait en heures ou en jours sur l'année (C. trav., art. L. 3121-39) ou la mise en place d'un décompte du temps de travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année (C. trav., art. L. 3122-1).

(199) D'autant que certaines branches permettent aux entreprises de se prévaloir d'accords de branche leur permettant d'accéder à un résultat proche. V. not. Accord 28 juill. 1998, sur l'organisation du travail dans la métallurgie, modifié par avenant du 29 janvier 2000, étendu le 31 mars 2000 : JO 1^{er} avr. 2000, p. 5060 et s.

(200) D'autant que leur exclusion de celui-ci ne semble pas avoir été voulue.

organisée par l'employeur : à défaut de délégué syndical, les représentants du personnel peuvent négocier, quelle que soit la taille de l'entreprise. Par conséquent, le représentant de section syndicale n'est plus en mesure de négocier ce qui, au regard de sa faible légitimité dans l'entreprise, ne semble pas inconvenant. Le renforcement de la mainmise syndicale sur la négociation peut être débattu.

S O U S - S E C T I O N 2

Les atteintes liées à l'objet de la négociation

501. – Sur certains sujets, les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise peuvent n'être qu'un protagoniste parmi d'autres de la négociation collective. Ces entorses au principe du monopole syndical se rencontrent dans des négociations « sous pression » (§ 1) et des négociations où un choix peut être effectué parmi des acteurs concurrents (§ 2).

§ 1. – Les négociations contraintes

502. – La pression qui s'exerce sur l'employeur pour qu'il accepte de s'asseoir à la table des négociations peut être d'ordre légal (I) ou social (II).

I. – La contrainte juridique

503. – **Un objet spécifique.** Toute entreprise qui compte au moins onze salariés, seuil au-dessus duquel une délégation du personnel est mise en place⁽²⁰¹⁾, est le lieu de la négociation préélectorale⁽²⁰²⁾. Au cours de celle-ci, sont définies « les modalités d'exercice d'une liberté publique dans l'entreprise »⁽²⁰³⁾. Dès l'institution d'une représentation du personnel, une obligation de négocier a été édictée. Elle trouve son origine dans l'indispensable détermination des règles qui encadreront les élections. Cette nécessité est sortie renforcée de la loi du 20 août 2008⁽²⁰⁴⁾, les élections professionnelles devenant le passage obligé des organisations syndicales pour accéder au label de représentativité⁽²⁰⁵⁾.

504. – **Un régime spécial.** Les actuels articles L. 2314-3 et L. 2324-4 du Code du travail dressent une liste exhaustive des organisations syndicales qui peuvent participer à la négociation préélectorale. Elles peuvent être classées en quatre grandes catégories. Celles qui prennent part aux négociations soumises au droit commun des conventions et accords collectifs de travail en font logiquement partie⁽²⁰⁶⁾. Elles

(201) C. trav., art. L. 2312-1.

(202) C. trav., art. L. 2314-3.

(203) A. Supiot, *Les accords préélectorales* : Dr. soc. 1988, p. 115 et s., spéc. p. 115.

(204) L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : JO 21 août 2008, p. 13064 et s.

(205) Doit être relevée l'inversion provoquée par la loi du 20 août 2008. Auparavant, la représentativité était une condition d'accès au scrutin ; elle en est devenue une conséquence.

(206) Les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ou l'établissement où a lieu la négociation, ayant désigné un délégué syndical ou non.

peuvent, dans cette hypothèse particulière, composer leur délégation sans respecter l'article L. 2232-17 : elle peut comporter des personnes extérieures à l'entreprise et le délégué syndical en être absent⁽²⁰⁷⁾. Doivent également être invités les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel⁽²⁰⁸⁾. Dans la pratique, ces deux catégories d'organisations syndicales sont très proches de celles qui étaient parties à la négociation du protocole d'accord préélectoral avant l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008. Les nouvelles venues sont des organisations syndicales de salariés qui ne sont pas représentatives et qui ont comme objectif de le devenir, en premier lieu dans l'entreprise. Certaines y sont déjà implantées *via* une section syndicale qu'elles ont créée : leur identification est aisée. Il en va différemment pour celles qui couvrent le champ de représentation dans lequel s'inscrit l'entreprise ou l'établissement : elles ont vocation à devenir représentatives dans celui-ci et doivent donc être associées au processus électoral. Elles sont informées, « par tout moyen »⁽²⁰⁹⁾ lorsque celui-ci va débiter. Elles doivent respecter trois des sept critères de représentativité énoncés à l'article L. 2121-1 du Code du travail⁽²¹⁰⁾. Leur convocation en bonne et due forme est primordiale. À défaut, le protocole d'accord préélectoral peut être annulé⁽²¹¹⁾. La participation de ces organisations syndicales à la négociation et la qualité de partie qui leur est conférée par la loi illustrent le caractère particulier du protocole d'accord préélectoral qui ne s'inscrit que partiellement dans le cadre fixé aux articles L. 2232-16 et suivants du Code du travail. Ce parallèle avec le régime de la négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise est renforcé par le juge qui qualifie sans le nommer l'article L. 2232-17, fixant la composition de la délégation syndicale, de « disposition générale du Code du travail » pour limiter le nombre de membres représentant chaque organisation syndicale dans la négociation préélectorale⁽²¹²⁾. Le délégué syndical ou le représentant de section syndicale n'en sont pas forcément membres ; les organisations syndicales qui en disposent ne sont pas contraintes de se faire représenter par ces titulaires naturels du droit de les engager⁽²¹³⁾.

505. – De la nature singulière des interlocuteurs de l'employeur résulte la possible présence de personnes extérieures à l'entreprise dans les délégations syndicales⁽²¹⁴⁾. Ainsi, une organisation syndicale solidement implantée dans l'entreprise peut être représentée par des permanents syndicaux maîtrisant mieux le sujet.

(207) Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 11-16.049 : *Bull. civ.* 2012, V, n° 40 ; *RJS* 4/2012, n° 371 ; *JCP S* 2012, 1169, note A. Barège ; *D.* 2012, p. 507 ; *JurisData* n° 2012-001263.

(208) Leur liste est fixée tous les quatre ans par arrêté (V. A. 30 mai 2013, fixant la liste des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel : *JO* 1^{er} juin 2013).

(209) C. trav., art. L. 2314-3. L'ordonnance du 26 juin 2014 a modifié les modalités d'information des organisations syndicales, laquelle prenait naguère la forme d'un affichage.

(210) Il s'agit du respect des valeurs républicaines, de l'indépendance et de l'ancienneté de deux ans dans le champ géographique et professionnel de l'entreprise ou de l'établissement concerné.

(211) Cass. soc., 14 févr. 2007, n° 06-60.106 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 26 ; *RJS* 5/2007, n° 637 ; *JCP S* 2007, 1446, note B. Gauriau ; *D.* 2007, p. 801 ; *JurisData* n° 2007-037373.

(212) Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 11-16.049 : *Bull. civ.* 2012, V, n° 40 ; *RJS* 4/2012, n° 371 ; *JCP S* 2012, 1169, note A. Barège ; *D.* 2012, p. 507 ; *JurisData* n° 2012-001263.

(213) Le délégué syndical est alors dispensé de justifier d'un mandat spécial (Cass. soc., 13 févr. 2003, n° 01-60.904 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 52 ; *RJS* 4/2003, n° 488 ; *D.* 2003, p. 664 ; *JurisData* n° 2003-017597). Par extension, il est probable qu'il en soit de même pour le représentant de section syndicale.

(214) Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 11-16.049 : *Bull. civ.* 2012, V, n° 40 ; *RJS* 4/2012, n° 371 ; *JCP S* 2012, 1169, note A. Barège ; *D.* 2012, p. 507 ; *JurisData* n° 2012-001263.

Ils devront être en mesure d'apporter la preuve de l'existence d'un mandat spécial⁽²¹⁵⁾. Si cette entorse au droit de la négociation collective est compréhensible pour les organisations syndicales qui ne sont pas encore établies dans l'entreprise, son extension à l'ensemble des représentants des salariés est regrettable. Elle tend à faire primer le caractère technique de la négociation préélectorale sur le lien avec la communauté de travail dont les négociateurs doivent en principe pouvoir exciper. L'aménagement des modalités d'organisation et de déroulement des élections aux caractéristiques particulières du cadre où elles vont se tenir ne peut être correctement opéré par des personnes qui n'ont pas de lien avec ceux qui y évoluent.

II. – La contrainte sociale

506. – Les conflits collectifs peuvent susciter l'entrée en négociation des membres de la communauté de travail. Ils « présentent de tels dangers pour l'entreprise qui les subit (...), de tels inconvénients pour les salariés, privés en principe de toute rémunération pendant la durée de la cessation d'activité »⁽²¹⁶⁾ qu'un terrain d'entente est souvent recherché entre l'employeur et les représentants des salariés. L'appréhension par le droit de ces mouvements spontanés n'est pas aisée. « De même que les conflits internationaux appartiennent à un ordre juridique qui n'est pas celui de l'État, il n'est pas interdit de penser que les conflits sociaux... dépendent d'un ordre juridique sur lequel l'État a bien tenté de mordre, mais sur lequel il n'a finalement pas de prise »⁽²¹⁷⁾. Une procédure légale de règlement des conflits est instituée. Fréquemment jugée inadaptée, les partenaires sociaux l'écartent pour des modes de résolution issus de la pratique.

507. – **Une procédure légale peu adaptée.** Les articles L. 2521-1 et suivants du Code du travail organisent trois procédures de règlement des conflits collectifs : la conciliation, la médiation et l'arbitrage. Une certaine subsidiarité les relie⁽²¹⁸⁾. Toutes trois font intervenir un tiers au conflit qui peut être un organe collectif⁽²¹⁹⁾ ou une personne reconnue pour ses compétences particulières⁽²²⁰⁾. Il lui revient de discerner, après avoir entendu les parties concernées, ce sur quoi elles s'entendent. Les points d'accord font l'objet d'un écrit qui, après dépôt⁽²²¹⁾, a les mêmes effets qu'une convention ou un accord collectif de travail⁽²²²⁾. Ainsi, l'audition des parties permet à la commission de conciliation, au médiateur ou à l'arbitre d'établir un acte qui pourra avoir une valeur normative. En principe, « les parties comparaissent en personne (...) ou, en cas d'empêchement grave, se font représenter par une personne

(215) Cass. soc., 21 juill. 1986, n° 85-60.543 : *Bull. civ.* 1986, V, n° 412 ; *JurisData* n° 1986-001395.

(216) B. Teyssié, *Droit du travail. Relations collectives*, LexisNexis, 9^e éd. 2014, spéc. n° 1948, p. 1001.

(217) G. Lyon-Caen, *Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du travail*, in *Mél. P. Horion*, 1972, Faculté de droit de Liège, p. 173 et s., spéc. p. 176, cité in R. de Quenaudon, *Des protocoles de fin de conflit dans le secteur privé : Dr. soc.* 1981, p. 401 et s., spéc. p. 402.

(218) Le recours à la médiation n'est possible qu'après une conciliation ayant échoué (ou sur saisine de l'autorité administrative ; C. trav., art. L. 2523-1) ; l'arbitrage n'intervient qu'en cas d'échec de la médiation (C. trav., art. L. 2524-2).

(219) Dans la procédure de conciliation intervient une commission de conciliation qui peut être nationale ou régionale ; (C. trav., art. L. 2522-7).

(220) Comme le médiateur (C. trav., art. L. 2523-3) ou l'arbitre (C. trav., art. L. 2524-1 et L. 2524-2).

(221) Dans les conditions fixées par l'article L. 2231-6 du Code du travail (C. trav., art. L. 2324-5).

(222) C. trav., art. L. 2522-5, L. 2523-6 et L. 2524-4.

ayant pouvoir pour négocier et conclure un accord »⁽²²³⁾. L'identification du représentant de l'employeur ne pose pas de difficultés. Devant la commission de conciliation ou le médiateur, les salariés peuvent être représentés par l'un d'entre eux ; ils ont également la faculté de constituer une association pour cette occasion, mais sa qualité de partie au conflit peut alors être débattue⁽²²⁴⁾ ; l'intervention des organisations syndicales est possible au nom de leur fonction naturelle de représentation des salariés, adhérents ou non, et alors même qu'elles ne sont pas directement impliquées dans le conflit.

508. – Selon l'article L. 2523-6 du Code du travail, « l'accord des parties sur la recommandation du médiateur lie celles qui ne l'ont pas rejetée, dans les conditions déterminées par le livre II relatif aux conventions et accords collectifs de travail ». De même, l'article L. 2522-11 décide que l'accord établi à l'issue de la conciliation engage les parties. Dans ces deux hypothèses⁽²²⁵⁾, l'employeur et les salariés qui y ont souscrit⁽²²⁶⁾ ont la qualité de parties à l'accord de fin de conflit qui, s'il relève de conditions spécifiques de formation, suit le même régime que les conventions et accords collectifs de travail. Mais l'usage de ces procédures reste limité⁽²²⁷⁾.

509. – **Des pratiques à la portée juridique incertaine.** La rigidité des procédures légales de règlement des conflits n'est pas adaptée à leur objet : « dans la fièvre d'une grève susceptible d'être dénouée au moyen d'un accord de reprise de travail laborieusement négocié avec des interlocuteurs réunis de manière informelle en comité de grève, faut-il s'embarrasser d'un juridisme étroit et sourcilieux qui risque de briser net la préoccupation des partenaires de mettre un terme immédiat et pacifique à leurs affrontements antérieurs ? »⁽²²⁸⁾. Peuvent alors surgir des accords de fin de conflit conclus hors du périmètre des procédures de règlement légalement établies. Lorsque des organisations syndicales représentatives sont présentes, l'accord de fin de conflit pourra être qualifié d'accord collectif de travail pour autant que toutes celles qui sont présentes dans le champ qu'il couvre aient été invitées à la négociation⁽²²⁹⁾. Mais, dans de nombreux cas, l'accord est négocié avec un comité de grève qui n'a pas d'existence légale⁽²³⁰⁾ ou avec les membres des institutions représentatives du personnel. Les interlocuteurs de l'employeur varient d'un conflit à l'autre. Sa marge de manœuvre est réduite : ils s'imposent à lui. Il est en effet difficile

(223) C. trav., art. L. 2522-3. Ce texte porte uniquement sur la conciliation, mais il y est renvoyé en cas de médiation (C. trav., art. L. 2523-4). L'arbitre reprend les pièces établies dans le cadre des procédures précédentes (C. trav., art. L. 2524-3).

(224) En effet, si le deuxième alinéa de l'article L. 2522-3 du Code du travail décide que « tout personne morale partie au conflit nomme un représentant dûment mandaté et ayant pouvoir pour négocier et conclure un accord », l'association n'est pas directement partie au conflit ; les salariés le sont individuellement.

(225) Il n'existe pas de disposition analogue en matière d'arbitrage. En effet, la sentence arbitrale s'apparente à une décision de justice (l'arbitrage d'un conflit collectif relève d'un régime spécial : le dépôt de la sentence la rend applicable). Les personnes en conflit ne peuvent en être les parties au sens contractuel du terme.

(226) Ils peuvent être directement parties à l'accord, avoir donné mandat à un représentant ou être légalement représentés par une organisation syndicale.

(227) En 1998, le Conseil économique et social considérait qu'elles étaient tombées en désuétude (avis adopté le 11 février 1998 sur la prévention et la résolution des conflits de travail, p. 9).

(228) C. Freyria, *Les accords d'entreprise atypiques* : Dr. soc. 1988, p. 43 et s., spéc. p. 45.

(229) Cass. soc., 15 janv. 1997, n° 94-44.914 : *Bull. civ.* 1997, V, n° 20 ; *RJS* 2/1997, n° 191 ; *D.* 1997, p. 47 ; *JurisData* n° 1997-000112.

(230) Lequel peut s'être constitué spontanément au début du mouvement de grève, rassemblant des salariés qui n'ont pas forcément de fonctions électives ou de mandat syndical.

à l'employeur de procéder à une sélection parmi les personnes qui se présentent à la table des négociations. Au mieux, il peut inviter les représentants des organisations syndicales représentatives qui seraient absents pour que l'accord puisse être négocié dans des conditions lui permettant d'être qualifié d'accord collectif de travail. Dans ce cas, la présence d'interlocuteurs incompetents ne prête pas à conséquences, leur éventuelle signature étant jugée superfétatoire⁽²³¹⁾.

510. – À défaut, l'accord est qualifié d'accord atypique ; il est « disqualifié » en tant qu'accord collectif d'entreprise⁽²³²⁾. Il revêt alors une double nature puisqu'il constitue un contrat soumis au droit commun des obligations entre les parties qui l'ont conclu, mais aussi un engagement unilatéral de l'employeur pour les dispositions plus favorables aux salariés qu'il contient⁽²³³⁾. « De tels accords présentent donc un intérêt essentiellement tactique ou politique, mais ils ne peuvent avoir qu'une portée juridique très réduite »⁽²³⁴⁾.

§ 2. – Les négociations alternatives

511. – Certains sujets de négociation peuvent revêtir une importance particulière et être l'objet d'une politique de développement dont la loi est le vecteur. Tel est le cas des dispositifs d'épargne salariale (I) et de protection sociale complémentaire (II).

I. – Les dividendes du travail

512. – Plusieurs dispositifs ont pour objet d'associer capital et travail. L'intéressement qui permet d'associer les salariés aux résultats et aux performances de l'entreprise⁽²³⁵⁾ et la participation qui garantit collectivement aux salariés le droit de participer aux résultats⁽²³⁶⁾ sont les plus répandus⁽²³⁷⁾. Quatre modes de mise en place sont prévus par la loi : convention ou accord collectif de travail, accord entre l'employeur et les représentants d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, accord conclu au sein du comité d'entreprise, ratification à la majorité des deux tiers du personnel d'un projet de contrat proposé par l'employeur⁽²³⁸⁾. Ces modalités sont alternatives ; l'employeur peut privilégier l'une ou l'autre. Une obligation de négocier un accord collectif sur le sujet existe cependant dans les entreprises assujetties à la négociation obligatoire⁽²³⁹⁾. Dans trois cas sur quatre, le

(231) Cass. soc., 8 nov. 1988, n° 87-60.236 : *Bull. civ.* 1988, V, n° 576. Rendue à propos d'un protocole d'accord préélectoral, la solution semble pouvoir être transposée aux conventions et accords collectifs de travail.

(232) Cass. soc., 7 mai 1998, n° 96-41.020 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 237 ; *RJS* 10/1998, n° 1255 ; *Dr. soc.* 1998, p. 730 et s., note G. Couturier ; *JurisData* n° 1998-002067.

(233) Cass. soc., 19 nov. 1997, n° 95-43.945 : *Bull. civ.* 1997, V, n° 387 ; *Dr. soc.* 1998, p. 89 et s., note G. Couturier ; *JurisData* n° 1997-004671.

(234) R. Vatinet, *La négociation au sein du comité d'entreprise* : *Dr. soc.* 1982, p. 675 et s., spéc. p. 677.

(235) C. trav., art. L. 3312-1.

(236) C. trav., art. L. 3322-1.

(237) Une obligation de mise en place existe dans les entreprises d'au moins cinquante salariés (C. trav., art. L. 3322-2).

(238) C. trav., art. L. 3312-5 et L. 3322-6.

(239) C. trav., art. L. 2242-5, 3°, texte issu de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-12). *V. infra*, nos 587 et s.

dispositif donne lieu à une négociation formelle entre l'employeur et des représentants des salariés, le quatrième pouvant faire l'objet d'une négociation informelle. Le premier d'entre eux correspond à une négociation collective au sens des articles L. 2232-12 et suivants du Code du travail. Il ne constitue pas une dérogation au monopole de négociation des délégués syndicaux dans l'entreprise.

513. – Négociation avec les représentants d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. Afin de « favoriser la diffusion de l'intéressement, de la participation et des plans d'épargne d'entreprise »⁽²⁴⁰⁾, les dispositifs d'épargne salariale peuvent être institués par accord entre l'employeur et les représentants d'organisations syndicales représentatives mandatés spécialement à cet effet. La preuve de la représentativité était initialement exigée au niveau de la branche, le salarié mandaté devant alors être membre du personnel de l'entreprise⁽²⁴¹⁾. Depuis 1986, la représentativité de l'organisation syndicale doit être prouvée dans l'entreprise, mais elle peut donner mandat à une personne extérieure à celle-ci⁽²⁴²⁾. Le texte du mandat doit être joint à l'accord lors de son dépôt⁽²⁴³⁾. Une telle négociation doit être distinguée de la négociation collective de droit commun, qu'elle soit menée avec le délégué syndical ou, dans les entreprises qui en sont dépourvues, avec un salarié mandaté⁽²⁴⁴⁾. L'une des conséquences de cette autonomie est que les organisations syndicales peuvent être différentes de celles qui sont compétentes pour négocier un accord de droit commun, par exemple lorsque l'accord négocié a pour champ d'application un établissement ou un groupe d'établissements. De plus, le mandataire diffère. Ces modalités particulières de négociation permettent éventuellement aux organisations syndicales, lorsque l'entreprise appartient à un groupe, de mandater un représentant qui appartient à une autre société du groupe ; est ainsi permise une même « approche » de la question traitée dans l'ensemble de celui-ci.

514. – L'accord conclu dans ces conditions a-t-il la qualité d'accord collectif de travail ? Dans certains cas, les parties ne sont pas celles visées à l'article L. 2231-1 du Code du travail⁽²⁴⁵⁾. La rédaction des articles L. 3312-5 et L. 3322-6 du même code tend à distinguer l'accord conclu selon ces modalités de la convention ou de l'accord collectif de travail⁽²⁴⁶⁾. En fonction de ses signataires, il peut être qualifié comme

(240) J.-S. Lipski, *Contribution à l'étude des dispositifs de la participation financière*, LexisNexis, coll. « Planète Social », 2012, p. 158.

(241) Ord. n° 59-126, 7 janv. 1959, tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise, art. 1^{er} (JO 9 janv. 1959, p. 641 et s.).

(242) Ord. n° 86-1134, 21 oct. 1986, relative à l'intéressement et à participation aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat salarié, art. 1^{er} et 16 (JO 23 oct. 1986, p. 12771 et s.).

(243) C. trav., art. D. 3345-1, 1^o.

(244) En application de l'article L. 2232-24 du Code du travail. Une telle analyse conduirait à restreindre le champ de la négociation sur ce thème avec un salarié mandaté aux seules entreprises où un procès-verbal de carence a été établi. De plus, l'organisation syndicale mandante ne doit pas faire la preuve de sa représentativité au même niveau : branche pour l'article L. 2232-24, entreprise pour l'article L. 3312-5. Le recours à la négociation subsidiaire ne peut s'inscrire dans ce cadre (*contra*, J.-S. Lipski, *Contribution à l'étude des dispositifs de la participation financière*, LexisNexis, coll. « Planète Social », 2012, p. 158).

(245) Lorsque l'accord est un accord d'établissement, il sera pourtant négocié avec les organisations syndicales représentatives au niveau de l'entreprise.

(246) Cette différenciation est plus flagrante encore à l'article D. 3345-1 du Code du travail qui retient des modalités particulières de dépôt pour les accords d'intéressement et de participation « conclus autrement que dans le cadre d'une convention ou d'un accord collectif de travail ».

tel ou envisagé comme engagement unilatéral de l'employeur. De cette qualification dépendent notamment les modalités de la révision.

515. – Négociation avec le comité d'entreprise. La conclusion d'un accord « au sein du comité d'entreprise » est un mode de mise en place des dispositifs d'épargne salariale très utilisé⁽²⁴⁷⁾. La négociation a lieu lors de réunions ordinaires ou extraordinaires du comité ; une résolution de celui-ci autorise la signature de l'accord. Tous les membres de l'instance, titulaires et suppléants, peuvent donc participer à la négociation. Mais seuls les titulaires⁽²⁴⁸⁾ ont voix délibérative. Il leur est permis de mandater l'un ou plusieurs d'entre eux pour signer l'accord au nom du comité d'entreprise⁽²⁴⁹⁾. L'entorse que constitue cette modalité alternative de négociation au monopole syndical en matière de négociation peut « inciter des élus, délibérant collectivement sous la présidence du chef d'entreprise, à adopter des positions peut-être différentes de celles préconisées par leurs organisations syndicales ; c'est privilégier, conformément à l'esprit de la participation, l'idée de convergence d'intérêts, au sein de la communauté d'entreprise, sur celle de conflit d'intérêts entre travailleurs salariés et entrepreneur capitaliste »⁽²⁵⁰⁾. En effet, la délégation du personnel au comité d'entreprise peut être composée d'élus qui figuraient sur des listes syndicales ou non syndicales. Lorsque l'accord est négocié selon cette modalité, la collectivité de travail est directement représentée par ceux qui composent la délégation du personnel. Le choix de cette modalité peut participer de la volonté de l'employeur d'inscrire le dispositif d'épargne salariale dans le seul cadre de l'entreprise, mais également du souhait d'écartier les organisations syndicales du débat.

516. – La nature de l'accord négocié ne fait pas l'unanimité. Certains considèrent qu'il « revêt la nature d'accord collectif de droit commun »⁽²⁵¹⁾ ; d'autres estiment qu'il s'agit d'un accord atypique⁽²⁵²⁾. Au soutien de la première qualification, est principalement invoquée « la volonté du législateur de développer la négociation collective dans les entreprises, au détriment du monopole syndical »⁽²⁵³⁾. Cet argument est insuffisant pour plusieurs raisons. D'abord, les dispositifs d'épargne salariale, qui peuvent être mis en œuvre par la ratification par le personnel d'une décision unilatérale de l'employeur, n'entrent pas dans le champ d'application de la négociation subsidiaire⁽²⁵⁴⁾. Puis, ne peut se déduire de la compétence spéciale donnée par la loi au comité d'entreprise dans ce domaine, la nature de l'accord conclu. L'utilisation par les articles L. 3312-5 et L. 3322-6 du Code du travail de la locution « au sein

(247) J. Savatier, *Les accords collectifs d'intéressement et de participation* : Dr. soc. 1988, p. 89 et s., spéc. p. 92. – V. également, DARES, *La négociation collective en 2013*, p. 619 et s.

(248) Ou le suppléant qui remplace un titulaire.

(249) Circ. 14 sept. 2005, relative à l'épargne salariale, Dossier intéressement, fiche 3, I ; Dossier participation, fiche 2, I : JO 1^{er} nov. 2005, p. 17179 et s.

(250) J. Savatier, *Les accords collectifs d'intéressement et de participation* : Dr. soc. 1988, p. 89 et s., spéc. p. 92.

(251) J.-S. Lipski, *Contribution à l'étude des dispositifs de la participation financière*, LexisNexis, coll. « Planète Social », 2012, p. 160.

(252) G. Bordier : *JCl. Travail Traité*, Fasc. 27-20, pt 111. – J.-P. Lieutier, *L'intervention des syndicats et des institutions représentatives du personnel en matière d'épargne salariale et d'actionnariat salarié* : Dr. soc. 2014, p. 754 et s., spéc. p. 756.

(253) J.-S. Lipski, *Contribution à l'étude des dispositifs de la participation financière*, LexisNexis, coll. « Planète Social », 2012, p. 160.

(254) Lequel, hormis le cas où des représentants du personnel sont mandatés par une organisation syndicale (C. trav., art. L. 2232-21), est circonscrit aux mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif (C. trav., art. L. 2232-22).

du » est révélatrice : le comité d'entreprise est le lieu de la concertation ; la résolution adoptée permet la conclusion d'un contrat de droit civil qui le lie à l'employeur, lequel s'engage vis-à-vis des membres de la collectivité de travail à les faire bénéficier du dispositif établi.

517. – Ratification par le personnel d'un projet d'accord. L'accord d'intéressement ou de participation peut aussi naître d'une « ratification, à la majorité des deux tiers du personnel, d'un projet d'accord proposé par l'employeur »⁽²⁵⁵⁾. Il revient en principe à ce dernier d'élaborer le texte sur lequel la collectivité de travail doit se prononcer. Lorsqu'il existe un comité d'entreprise ou qu'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives sont présentes, la ratification fait l'objet d'une demande conjointe. Le caractère unilatéral du projet d'accord devient formel ; il doit en réalité faire l'objet d'un consensus entre l'employeur et les représentants élus ou les représentants désignés pour être soumis à référendum. « Toutefois, rien ne garantit que cette "demande conjointe" aboutisse à une véritable négociation, non pas seulement sur le principe de recours au référendum, mais sur le contenu même du projet. Or la médiation est indispensable à la discussion préalable qui, seule, permet une évolution des positions en présence »⁽²⁵⁶⁾. La nécessité de cette concertation met en lumière la nature particulière du référendum dans ce domaine, laquelle a des conséquences sur la nature de l'accord adopté⁽²⁵⁷⁾. Il ne peut être relégué au rang de décision unilatérale de l'employeur. Un parallèle peut être établi avec les accords relatifs à la réduction du temps de travail conclus avec les délégués du personnel⁽²⁵⁸⁾ qui devaient également faire l'objet d'une approbation à la majorité des salariés.

518. – Cette technique de mise en place d'un dispositif d'épargne salariale, qui passe outre le monopole de négociation des organisations syndicales, peut être envisagée comme un moyen supplémentaire de les affaiblir. En effet, en cas de blocage avec les organisations syndicales, soumettre le projet à la ratification par le personnel permet « de leur opposer le vote de la collectivité des travailleurs »⁽²⁵⁹⁾. Dans le domaine de l'épargne salariale, de l'expression des volontés individuelles peut résulter un dispositif qui bénéficie d'une force normative à l'égard de tous lorsqu'il recueille la majorité des suffrages. En matière d'intéressement, cette logique se comprend puisque le dispositif, qui est facultatif, ne peut qu'apporter des avantages supplémentaires aux salariés ; elle est moins convaincante pour la participation puisque l'employeur assujéti peut, par l'accord, réduire les sommes reversées⁽²⁶⁰⁾.

(255) C. trav., art. L. 3312-5.

(256) F. Petit, *La notion de représentativité dans les relations collectives de travail*, LGDJ, 2000, spéc. n° 422, p. 508.

(257) « Le référendum ne peut prendre la forme – c'est la faiblesse de la méthode – que de l'approbation ou du rejet d'un texte. Pour que celui-ci soit un projet d'accord et pas seulement un projet de décision unilatérale de l'employeur, il faut qu'interviennent, dans sa conception, le comité d'entreprise ou les syndicats dans le cadre d'une concertation préalable. (...) L'esprit de la loi exige, en conséquence, qu'une concertation soit engagée au sein du comité d'entreprise, à défaut avec des mandataires *ad hoc*, de sorte que l'expression projet d'accord ait concrètement un sens. À défaut, au demeurant, le référendum ne serait qu'une condition suspensive d'applicabilité d'une décision unilatérale de l'employeur ». J. Barthélémy, *Le référendum en droit social : Dr. soc.* 1993, p. 89 et s., spéc. p. 94.

(258) Sur le fondement du VII de l'article 19 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail : JO 20 janv. 2000, p. 975 et s. Seules les entreprises de moins de cinquante salariés ne disposant pas de délégués syndicaux pouvaient y avoir recours.

(259) J. Savatier, *Les accords collectifs d'intéressement et de participation : Dr. soc.* 1988, p. 89 et s., spéc. p. 92.

(260) Les salariés peuvent toutefois y avoir un intérêt lorsque l'entreprise est en difficultés financières. Un tel dispositif pourrait s'inscrire dans le cadre d'un accord dit « de compétitivité ».

II. – La protection sociale complémentaire

519. – La négociation, une possibilité parmi d'autres. L'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale prévoit trois modes alternatifs de mise en place d'un régime de protection sociale complémentaire : une convention ou un accord collectif de travail ; une ratification à la majorité des salariés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise ; une décision unilatérale de l'employeur. Les règles de la négociation collective s'appliquent à la conclusion d'un accord instituant des garanties collectives ou de prévoyance. Il s'agit, lorsque cette voie est choisie, d'un accord de droit commun. Il en va différemment de « l'accord référendaire ». Contrairement aux dispositifs d'épargne salariale, il n'est pas requis qu'il fasse l'objet d'une demande conjointe des organisations syndicales représentatives ou du comité d'entreprise. Le projet d'accord n'est donc pas issu d'une concertation : la seule manière pour les salariés de le faire évoluer est de voter majoritairement contre son adoption. Ainsi, il est permis de considérer que la collectivité de travail participe, sous cette forme, à l'élaboration du régime de « complémentaire santé » auquel les salariés devront ensuite cotiser. Leur qualité de partie à l'accord ne peut cependant être établie, sauf à retenir la personnalité morale de la collectivité de travail⁽²⁶¹⁾, celle-ci lui permettant d'être partie au contrat conclu avec l'employeur. L'accord référendaire constitue en réalité « une décision de l'employeur approuvée par les salariés »⁽²⁶²⁾ ; elle « revêt la force juridique d'un engagement unilatéral qui doit donc faire l'objet d'un écrit remis à chacun des intéressés »⁽²⁶³⁾. Hormis le cas où le régime de protection sociale complémentaire fait l'objet d'un accord collectif de droit commun, les salariés ne sont pas, directement ou par l'intermédiaire de leurs représentants, parties à l'acte qui l'institue. La pratique de l'accord référendaire leur permet toutefois, par le jeu du rejet, de participer à son élaboration.

520. – Conclusion. Les représentants des salariés à la négociation d'une convention ou d'un accord collectif d'entreprise peuvent prendre diverses apparences. L'une d'elles prédomine avec la présence remarquée du délégué syndical, chef de file de la délégation, dans les entreprises qui en disposent. La volonté des pouvoirs publics de généraliser la pratique de la négociation collective au-delà des entreprises où des organisations syndicales représentatives sont présentes se traduit, à ce jour, par un système complexe, peu opérationnel, de négociation subsidiaire en dehors des thèmes où la négociation avec les représentants des organisations syndicales n'est qu'une alternative.

(261) Celle-ci est envisagée par certains auteurs. V. J. Barthélémy, *Le référendum en droit social* : *Dr. soc.* 1993, p. 89 et s., spéc. p. 91. – B. Serizay, *Droit du travail et protection sociale complémentaire* : *Dr. soc.* 1998, p. 1023 et s., spéc. p. 1025.

(262) B. Serizay, *Droit du travail et protection sociale complémentaire* : *Dr. soc.* 1998, p. 1023 et s., spéc. p. 1025.

(263) F. Wismer et J. de Calbiac : *JCl. Protection sociale Traité*, Fasc. 820, pt 21.

TITRE 2

LA CONDUITE DE LA NÉGOCIATION

521. – La conduite de la négociation fait l'objet de nombre de dispositions du Code du travail, comme si la réglementation des conditions dans lesquelles le texte négocié peut être qualifié d'accord collectif constituait un gage de qualité de ce dernier. L'identification des parties n'est que la première étape, au sein de l'unité de négociation, de l'élaboration de l'accord. Celui-ci est le fruit d'un processus dont la durée peut varier en fonction des difficultés rencontrées par les parties pour identifier le champ de négociation qui leur est ouvert et trouver un terrain d'entente (Chapitre 1) évitant une clôture de la négociation sur un constat d'échec (Chapitre 2).

LE DÉROULEMENT DE LA NÉGOCIATION

522. – Avant même l'ouverture formelle d'une négociation, celle-ci, déjà, a souvent commencé par le jeu d'échanges informels permettant d'apprécier l'opportunité de discussions « officielles » et les chances de parvenir à un accord (Section 1). Cette étape franchie peut venir le temps des débats spécialement visés – et réglés – par le législateur (Section 2).

S E C T I O N 1

La négociation envisagée

523. – Selon M. Aliprantis, dans la ligne de la doctrine normativiste kelsenienne⁽¹⁾, la question de la nature juridique des conventions et accords collectifs de travail « est partiellement sans objet »⁽²⁾. Ce constat tient notamment au fait qu'il se place uniquement sur le terrain de leurs effets sans envisager les conditions de leur élaboration. La thèse de la nature dualiste des conventions et accords collectifs de travail, développée par Durand⁽³⁾, n'a pas été remise en cause par les réformes successives du droit de la négociation collective.

524. – Avant 1919, donc en l'absence de toute norme légale spécifique, le cadre qui régissait les conventions et accords collectifs était nécessairement contractuel, ce qui avait conduit la Cour de cassation à décider « qu'aucun principe du droit ne s'oppose à ce qu'un patron et un employé appartenant à des syndicats signataires d'un contrat collectif n'y dérogent par une convention individuelle »⁽⁴⁾. Avec la loi du 25 mars 1919⁽⁵⁾, ces conventions et accords acquièrent une facette

(1) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^e éd. 1962. Dans cet ouvrage, l'auteur expose sa conception de l'ordre juridique lequel est constitué d'un système de normes « 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 », H. Kelsen, in N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, 1980, p. 14.

(2) N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, 1980, p. 72.

(3) P. Durand, *Le dualisme de la convention collective de travail* : RTD civ. 1939, p. 353 et s.

(4) Cass. civ., 16 déc. 1908 : D. 1909, p. 76.

(5) L. 25 mars 1919, relative aux conventions collectives de travail : JO 28 mars 1919, p. 3181 et s.

réglementaire. Ils comportent « dans une proportion variable l'élément contractuel et l'élément réglementaire »⁽⁶⁾. Leur élaboration subit l'influence de chacun d'eux, même si le volet contractuel (Sous-section 1) a vocation à l'emporter sur le volet réglementaire (Sous-section 2).

S O U S - S E C T I O N 1

Une influence contractuelle

525. – Les premiers accords collectifs, conclus hors de tout cadre législatif, étaient souvent perçus comme des « [monstres juridiques], au corps de contrat et à l'âme de loi »⁽⁷⁾. Manifestant la volonté des organisations syndicales de participer à la détermination des conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail des salariés qu'elles représentent, la négociation d'un accord collectif constitue, dans le même temps, pour les parties « une aliénation volontaire de liberté »⁽⁸⁾. Participant du jeu de la liberté contractuelle (§ 1), elle s'insère néanmoins dans un cadre précisément défini (§ 2).

§ 1. – La liberté contractuelle

526. – Après avoir décidé, le 3 août 1994⁽⁹⁾, « qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle », le Conseil constitutionnel l'a consacré le 19 décembre 2000⁽¹⁰⁾ puis le 13 juin 2013⁽¹¹⁾. Pilier du droit des contrats (I), l'application de ce principe au droit des accords collectifs de travail semble, *a priori*, naturelle (II).

I. – L'appropriation d'un principe

527. – **Existence du principe.** Le principe de la liberté contractuelle traduit une délégation partielle, par le législateur, de son pouvoir créateur. Consentie aux parties, celle-ci suppose qu'elles soient en mesure de s'exprimer librement. Ainsi, est entaché de nullité la convention ou l'accord collectif de travail signé dans des conditions de nature à empêcher l'expression de la libre volonté des négociateurs⁽¹²⁾.

(6) M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Dalloz, 2^e éd. 1989, spéc. n° 47, p. 79.

(7) M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Dalloz, 2^e éd. 1989, spéc. n° 42, p. 73.

(8) J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil*, t. I, *La formation du contrat*, LGDJ, 4^e éd. 2013, spéc. n° 171, p. 137.

(9) Cons. const., 3 août 1994, n° 94-348 DC : JO 6 août 1994, p. 11482 et s. ; RJS 10/1994, n° 1194 ; JCP G 1994, II, 22404, note Y. Broussole ; D. 1995, p. 344, note F. Mélin-Soucramanien.

(10) Cons. const., 19 déc. 2000, n° 2000-437 DC : JO 24 déc. 2000, p. 20576 et s. ; RJS 2/2001, n° 232 ; Dr. soc. 2001, p. 270 et s., note X. Prétot.

(11) Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC : JO 16 juin 2013, p. 9976 et s. ; RJS 8-9/2014, n° 638 ; JCP S 2013, 1308, note G. Briens.

(12) La simple menace du déclenchement d'une grève ne peut emporter la nullité de l'accord puisqu'il s'agit d'un moyen de pression légalement admis. Cependant, si la conclusion de l'accord est extorquée par la violence, l'accord pourra être annulé. V. T. civ. Nantes, 6 janv. 1956 : Dr. soc. 1956, p. 87. – Cass. soc., 8 nov. 1984, n° 82-14.816 : Bull. civ. 1984, V, n° 423 ; RTD civ. 1985, p. 368 et s. ; JurisData n° 1984-701858.

528. – La liberté contractuelle ne peut en outre se déployer sans considérer les deux paramètres que sont la justice et l'utilité, l'un et l'autre présents dans le régime des conventions et accords collectifs de travail. Ils contribuent à fixer les bornes entre lesquelles se manifeste la théorie de l'autonomie de la volonté. L'autonomie consentie aux négociateurs des conventions et accords collectifs peut être qualifiée de « tempérée »⁽¹³⁾, « le législateur [restant] le “maître du jeu”, le chef d'orchestre »⁽¹⁴⁾.

II. – Les applications du principe

529. – Le principe de la liberté contractuelle concerne le lien créé (A), le choix de l'interlocuteur (B) et celui de l'objet du contrat (C).

A. – Le lien contractuel

530. – **Liberté de nouer des liens.** Les prémices d'un lien contractuel naissent de l'ouverture d'une négociation. En principe, chacun est libre de s'y joindre, aucune obligation de contracter ne pèse sur les parties. À défaut d'accord, la responsabilité délictuelle de l'une ou l'autre peut être engagée non pour sanctionner l'absence de signature, mais pour réprimer une attitude déloyale au cours des pourparlers. Le lien contractuel suppose l'acceptation par l'une de l'offre de l'autre. Hormis dans certaines situations particulières⁽¹⁵⁾, la négociation des conventions et accords collectifs de travail se tient dans ces conditions. Le fait qu'une organisation syndicale catégorielle ne puisse signer seule un accord s'appliquant à l'ensemble du personnel⁽¹⁶⁾ peut être relu à l'aune des règles précédentes.

531. – **Liberté de dénouer ou de renouer des liens.** De la liberté contractuelle procède également le droit reconnu aux parties de modifier le contrat ou d'y mettre fin, d'un commun accord ou, le cas échéant, unilatéralement. Ainsi, les signataires d'une convention ou d'un accord collectif – mais eux seuls – peuvent le réviser... ce qui peut être source de difficultés lorsqu'ils n'ont plus de représentants dans l'entreprise⁽¹⁷⁾. L'adhésion d'un tiers⁽¹⁸⁾ peut néanmoins constituer une issue pour sortir de la situation de blocage parfois constatée. La faculté de résiliation unilatérale vaut aussi dès lors que la convention ou l'accord collectif est à durée indéterminée : chacune des parties est en droit de le dénoncer. Une rupture d'un commun accord peut aussi être décidée, que le contrat collectif ait été conclu pour une durée déterminée ou indéterminée.

(13) Par opposition à l'autonomie liberté qui n'existe que dans le cadre international. C. Fourcade, *L'autonomie collective des partenaires sociaux, essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, LGD, 2006, spéc. n° 99, p. 74.

(14) C. Fourcade, *L'autonomie collective des partenaires sociaux, essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, LGD, 2006, spéc. n° 99, p. 74.

(15) V. *infra*, n°s 587 et s.

(16) Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-14.622 ; *Bull. civ.* 2014, V, n° 170 ; *RJS* 10/2014, n° 716 ; *JCP S* 2014, 1447, note Y. Pagnerre ; *RDT* 2014, p. 1503 et s., note G. Borenfreund ; *JurisData* n° 2014-014967.

(17) Tel est le cas lorsque l'ensemble des organisations syndicales signataires ont perdu leur représentativité dans l'entreprise et que l'interlocuteur de l'employeur dans l'entreprise pour négocier un accord collectif est le comité d'entreprise.

(18) C. trav., art. L. 2261-3 et s.

B. – Le cocontractant

532. – Liberté menacée. La liberté de contracter emporte celle de choisir le cocontractant. Ce principe supporte toutefois des restrictions en matière de négociation collective. Elles sont de plusieurs ordres : 1) l'accord collectif ne peut être élaboré qu'au sein d'une communauté de travail dont la délimitation emporte une première réduction du nombre de cocontractants potentiels⁽¹⁹⁾ ; 2) seules ont accès à la négociation les organisations syndicales représentatives dans le champ de la convention ou de l'accord ; 3) dans l'entreprise, la partie patronale est immuable puisqu'il s'agit toujours de l'employeur.

533. – Liberté unilatéralement exercée. Le choix d'un niveau de négociation peut constituer un moyen indirect d'opérer une sélection des éventuels cocontractants : dans de nombreuses entreprises à structure complexe, les organisations syndicales ne sont pas toutes présentes au niveau central ou à celui des établissements. Plus directement, l'employeur n'est pas tenu, lorsque la signature d'une seule organisation syndicale garantit la validité de l'accord, de chercher à aller au-delà *via* de nouvelles concessions⁽²⁰⁾.

C. – Le contenu du contrat

534. – Liberté de déterminer l'objet. Dans le champ déterminé par l'article L. 2221-1 du Code du travail, les partenaires sociaux sont libres de négocier sur les thèmes qu'ils souhaitent et dans les formes qu'ils désirent. Afin de créer une véritable « loi professionnelle » spécifique à la communauté de travail visée, une convention collective traitant de l'ensemble des domaines ouverts à la négociation peut être conclue dans l'entreprise. Le choix d'une pluralité d'accords collectifs, chacun traitant d'un ou plusieurs objets particuliers, peut aussi être fait. Au cours d'une négociation, les parties peuvent décider de diviser le résultat de celle-ci en plusieurs accords juridiquement autonomes les uns par rapport aux autres.

535. – Les parties peuvent aussi s'engager dans la négociation d'accords spécifiques⁽²¹⁾ soumis à un corps de règles particulières, tels ceux relatifs à l'intéressement ou à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise.

536. – Liberté de déterminer la cause. La négociation d'une convention ou d'un accord collectif, comme souvent en matière contractuelle, est le lieu d'affrontements

(19) C. trav., art. L. 2231-1.

(20) Dans l'hypothèse où deux organisations syndicales, A et B, sont représentatives dans le champ de l'accord et qu'elles ont obtenu le même nombre de voix lors des dernières élections professionnelles, l'employeur est libre de choisir l'offre de A ou de B. Cette possibilité « traduit concrètement l'initiative que le système juridique reconnaît aux parties afin de régler au mieux, dans leur intérêt qu'ils apprécient librement, la satisfaction de leurs besoins » (J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil*, t. I, *La formation du contrat*, LGDJ, 4^e éd. 2013, spéc. n° 246, p. 185).

(21) « Ainsi la négociation peut porter sur les conditions de travail comme la définition du salaire, de la qualification de la durée du travail, des jours fériés et des congés, etc., c'est-à-dire les droits ou avantages dont peut se prévaloir individuellement le salarié. Mais elle peut aussi porter sur les relations entre l'employeur et le salarié qui résultent du pouvoir de gestion et d'organisation du chef d'entreprise ; la négociation peut alors définir des garanties procédurales ou des droits substantiels pour le salarié, mais aussi mettre à sa charge des obligations (licenciement, mobilité, changement technologique, organisation du travail, comme le travail en équipe, etc.). La négociation peut, enfin, traiter des relations collectives (exercice de la liberté syndicale, mise en place de procédure de participation) », M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, spéc. n° 126, p. 130.

mais aussi de conciliation d'intérêts contradictoire. De l'engagement de chacun, la cause⁽²²⁾ est différente même s'il est un point sur lequel tous doivent – ou devraient – se retrouver : l'intérêt de l'entreprise.

§ 2. – La liberté maîtrisée

537. – Si le principe de liberté contractuelle trouve application en matière de négociation collective, des contraintes pèsent néanmoins sur les partenaires sociaux, tantôt de leur propre fait (I), tantôt en raison de l'environnement dans lequel elle s'insère (II).

I. – Un contrôle endogène

538. – **L'encadrement voulu par les parties : l'accord de programmation.** La négociation collective d'entreprise suppose d'abord celle d'un accord de méthode ou de programmation⁽²³⁾. L'article L. 2232-20 du Code du travail dispose que « l'objet et la périodicité des négociations ainsi que les informations nécessaires à remettre préalablement aux délégués syndicaux de l'entreprise ou de l'établissement sont fixés par accord entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ». Cet accord doit permettre une « gestion prévisionnelle de la vie conventionnelle »⁽²⁴⁾. S'il est envisagé uniquement dans les entreprises où la négociation se tient avec des délégués syndicaux, son élaboration n'est pas proscrite lorsque les interlocuteurs de l'employeur sont les représentants du personnel. Cet accord, véritable contrat de négociation, formalise et contractualise les obligations auxquelles les parties souhaitent s'obliger dans la conduite de leurs discussions. Il ne constitue cependant pas un avant-contrat qui engagerait les parties à aller au-delà : il ne confère ni à l'une ni à l'autre un droit de créance en vue de la conclusion d'une convention ou d'un accord collectif⁽²⁵⁾. Une clause emportant obligation de conclure est exclue. Le document établi ne concerne que les modalités de la négociation, voire son contenu.

539. – L'article L. 2232-20 du Code du travail donne notamment comme objet à l'accord de programmation la détermination de la périodicité des négociations et des informations qui doivent être fournies aux délégations syndicales. Mais d'autres questions peuvent être abordées, telles que la tenue de réunions de préparation de la négociation au profit de chaque organisation syndicale⁽²⁶⁾, la faculté donnée à chacune des délégations d'avoir recours à un salarié expert afin de lui fournir des

(22) Ne peut être ignoré le fait que cette notion disparaît dans l'avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations soumis à une consultation publique par le ministère de la Justice lors du premier semestre de l'année 2015.

(23) Cette seconde appellation sera préférée. La première entretient la confusion avec l'accord prévu à l'article L. 1233-21 du Code du travail.

(24) M.-A. Rotschild-Souriac, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse Paris I, 1986, p. 461.

(25) Rapp. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil*, t. I, *La formation du contrat*, LGDJ, 4^e éd. 2013, spéc. n° 713, p. 516.

(26) Accord 30 nov. 2011 pour un nouveau dialogue social dans l'entreprise, art. 6, signé au sein de la société Renault. – Accord 8 janv. 2013 sur l'évolution des relations syndicales et sociales, art. 6.3.1, signé au sein de la société Michelin.

conseils techniques⁽²⁷⁾, la composition des délégations⁽²⁸⁾, les modalités de l'audition des délégués syndicaux des entreprises extérieures⁽²⁹⁾... Des principes généraux sont parfois énoncés. Ainsi les partenaires sociaux peuvent-ils s'engager à s'inscrire dans une démarche de recherche d'un compromis excluant toute attitude statique qui se traduirait par une position unique figée, ou à ne revenir sur des concessions faites antérieurement que si un motif sérieux le justifie. Peuvent aussi être apportés des aménagements ou des limitations à la communication des parties auprès du personnel durant la négociation⁽³⁰⁾, au rôle des institutions représentatives du personnel, notamment à l'information ou à la consultation de certaines d'entre elles⁽³¹⁾, à la procédure de conclusion de l'accord⁽³²⁾... Les parties peuvent introduire des restrictions aux droits qu'elles tiennent de la loi lorsque la négociation est en cours, par exemple en imposant lors d'une négociation qui ne relève pas, en principe de cette règle, le respect de l'interdiction faite à l'employeur de prendre des décisions unilatérales lors de la négociation annuelle obligatoire, ou en excluant tout appel à la grève de la part des organisations syndicales⁽³³⁾. Conçu sous cette forme, l'accord de programmation est le « support d'obligations destinées à préserver les intérêts de chacun des protagonistes pendant le cours de la négociation et/ou à l'issue de celle-ci »⁽³⁴⁾.

540. – L'accord précédent peut en outre déterminer le contenu des négociations à venir en définissant les thèmes qui devront, sur une période plus ou moins étendue, être abordés, ce qui le rapproche d'un accord de principe. L'accord de programmation donne naissance à « une obligation d'engager la négociation sur l'objet de l'accord, qui est de résultat, et une obligation de mener cette négociation loyalement, qui est de moyens »⁽³⁵⁾. La politique conventionnelle de l'entreprise y

(27) Accord 2 juill. 2007 relatif au dialogue social, art. 58, signé au sein de la société LCL. L'article 3 de l'accord du 30 novembre 2011 pour un nouveau dialogue social, signé au sein de la société Renault, envisage l'intervention de personnes ayant une compétence particulière dans le processus de négociation lors de la phase où elle se tient sous forme de groupe de réflexion paritaire. L'article 5 de ce même accord prévoit, en cas de blocage, de faire intervenir un médiateur pour « rétablir une communication plus sereine et se donner une dernière chance d'aboutir dans les échanges ».

(28) Accord 12 nov. 2012 sur le développement du dialogue social, art. 4, signé au sein du CEA. – Accord 8 janv. 2013 sur l'évolution des relations syndicales et sociales, art. 6.3.2, signé au sein de la société Michelin.

(29) En principe, aux termes de l'article L. 2232-19 du Code du travail, cette audition intervient à la demande des délégués syndicaux des organisations syndicales représentatives dans les entreprises extérieures. L'accord peut systématiser cette audition.

(30) Accord 2 juill. 2007 relatif au dialogue social, art. 60, signé au sein de la société LCL.

(31) L'accord de méthode au sens de l'article L. 1233-21 du Code du travail peut, sous cet aspect, être assimilé à un accord de programmation en ce qu'il prévoit des modalités particulières d'information et de consultation des institutions représentatives du personnel dans le cadre d'un « grand » licenciement pour motif économique lequel peut, depuis la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, s'accompagner de la négociation d'un plan de sauvegarde de l'emploi (C. trav., art. L. 1233-24-1). Le lien entre ces deux accords conduit à attribuer au premier la nature d'accord de programmation dans cette matière.

(32) Accord 2 juill. 2007 relatif au dialogue social, art. 61, signé au sein de la société LCL. Sur l'intérêt d'envisager par voie conventionnelle le cadre dans lequel la négociation peut être close, V. *infra*, nos 673 et s.

(33) La Cour de cassation proscrie la présence dans une convention ou un accord collectif de travail de dispositions ayant pour effet de limiter ou de réglementer l'exercice du droit de grève (Cass. soc., 7 juin 1995, n° 93-46.448 : *Bull. civ.* 1995, V, n° 180 ; *RJS* 8-9/1995, n° 93 ; *D.* 1996, p. 75, note B. Mathieu ; *Dr. soc.* 1996, p. 37 et s., note C. Radé ; *JurisData* n° 1995-001398. – Cass. soc., 12 mars 1996, n° 93-41.670 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 88 ; *RJS* 4/1996, n° 439). Une telle clause peut toutefois être incluse dans un accord de programmation dès lors que l'obligation stipulée pèse uniquement sur les organisations syndicales parties à la négociation ; les limites apportées à leur droit d'appeler à la grève n'affectent pas celui des salariés.

(34) J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil*, t. I, *La formation du contrat*, LGDJ, 4^e éd. 2013, spéc. n° 715, p. 517.

(35) J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil*, t. I, *La formation du contrat*, LGDJ, 4^e éd. 2013, spéc. n° 720, p. 522.

est arrêtée conjointement, sans préjudice des articles L. 2242-1 et suivants du Code du travail relatifs à la négociation obligatoire. À cette fin, certains accords fixent les modalités de définition du calendrier, abandonnées à une décision unilatérale de l'employeur⁽³⁶⁾ ou relevant d'une réunion de négociation sans pour autant donner lieu à un accord collectif⁽³⁷⁾. D'autres procèdent à la répartition des thèmes à aborder entre les différents niveaux de négociation⁽³⁸⁾ afin de donner aux parties un maximum de « visibilité » en ce qui concerne les chantiers à mener⁽³⁹⁾. L'accord de programmation peut, dans le prolongement du propos précédent, contribuer à la planification des négociations tendant à l'harmonisation des statuts collectifs lorsque celle-ci, notamment après une fusion ou l'acquisition d'une nouvelle entité, est souhaitée. Le qualifier d'accord-cadre est alors concevable⁽⁴⁰⁾.

541. – Formalisme contractuel et révision. Accord à exécution successive, l'accord collectif de travail doit être régulièrement adapté aux évolutions du contexte financier, économique, social et technologique dans lequel évolue l'entreprise. Il appartient à l'accord lui-même de prévoir « les formes selon lesquelles et le délai au terme duquel il pourra être renouvelé ou révisé »⁽⁴¹⁾. L'absence de clause de révision est néanmoins fréquente. Elle n'exclut pas pour autant l'engagement d'une procédure de révision, mais avec le consentement de l'ensemble des signataires⁽⁴²⁾. Cette règle – qui ne vaut que pour l'ouverture de la procédure de révision – peut conduire à un blocage qu'il est sans doute préférable d'éviter depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008⁽⁴³⁾, l'une des organisations syndicales signataires ayant perdu sa représentativité et ne pouvant donc plus consentir classiquement à l'ouverture de la procédure de révision. Reste, pour éviter cette paralysie, à admettre – ce qui est concevable – que sa signature est « neutralisée » et que l'unanimité nécessaire est appréciée sans tenir compte d'elle.

II. – Un contrôle exogène

542. – L'accord collectif d'entreprise n'est qu'une norme parmi d'autres dont l'objet est d'encadrer les relations de travail. Il s'intègre à un système juridique qui lui donne force et réalité : « la volonté des parties ne peut être que l'exercice d'un pouvoir délégué et réglementé, ce qui signifie que les normes qu'elles édictent sont subordonnées aux normes qui leur sont supérieures dans le système juridique »⁽⁴⁴⁾, qu'elles résultent de la loi (A) ou de conventions ou accords collectifs de niveau supérieur (B).

(36) Accord 9 sept. 2010 relatif au rôle, aux moyens et à la carrière des représentants du personnel, art. 10.2.1, signé au sein de la société Dassault Aviation.

(37) Accord 8 janv. 2013 sur l'évolution des relations syndicales et sociales, art. 6.3.1, signé au sein de la société Michelin. – Accord 30 nov. 2011 pour un nouveau dialogue social dans l'entreprise, art. 5, signé au sein de la société Renault.

(38) Accord 2 juill. 2007 relatif au dialogue social, art. 56, signé au sein de la société LCL.

(39) Le respect du calendrier et de la répartition des thèmes de négociation permet de garantir le traitement de chacun d'eux.

(40) V. *infra*, n° 553 et s.

(41) C. trav., art. L. 2222-5.

(42) Cass. soc., 11 mai 2004, n° 02-14.844 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 130 ; *RJS* 7/2004, n° 834 ; *TPS* 2004, n° 230 ; *D.* 2004, p. 1770 ; *JurisData* n° 2004-023644. – Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 07-42.481 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 224 ; *RJS* 2/2009, n° 199 ; *JCP S* 2009, 1116, note J.-Y. Kerbourc'h ; *D.* 2008, p. 3090 ; *JurisData* n° 2008-045810.

(43) L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : *JO* 21 août 2008, p. 13064 et s.

(44) J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil*, t. I, *La formation du contrat*, LGDJ, 4^e éd. 2013, spéc. n° 171, p. 136.

A. – Un contrôle exercé par une norme légale

543. – La liberté en principe reconnue aux parties lors de la négociation d'un accord collectif de travail est parfois exclue par le législateur (1°) ou ne subsiste que pour aller au-delà de la norme légale (2°), voire, dans certains cas, pour l'écartier (3°).

1° L'ordre public absolu

544. – **Ordre public absolu et droit du travail.** Aux termes de l'article L. 2251-1 du Code du travail, les conventions et accords collectifs de travail « ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ». Ce texte fait écho à l'article 6 du Code civil selon lequel on « ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». L'édiction de normes d'ordre public absolu réduit d'autant le champ de la liberté contractuelle. Elles constituent « le rocher sur lequel s'édifie la société. Base d'une société de droit, il atteste que, dans tout système juridique, il existe un ordre de valeurs supérieures qui est placé hors des atteintes des conventions particulières »⁽⁴⁵⁾. En restreignant la liberté contractuelle, il peut contribuer à protéger la liberté individuelle⁽⁴⁶⁾ et, en matière contractuelle, à assurer la protection de la « partie faible ».

545. – **Ordre public absolu et relations collectives de travail.** L'ordre public, en droit du travail, ne concerne pas l'ensemble de la matière et ne touche pas de la même manière les relations individuelles et les relations collectives. Les droits garantis à la communauté de travail reçoivent une protection particulière excluant qu'un salarié en dispose individuellement⁽⁴⁷⁾.

546. – **Ordre public absolu et négociation collective.** Une distinction a été mise au jour entre ordre public de direction et de protection⁽⁴⁸⁾. Elle est parfois critiquée⁽⁴⁹⁾, en raison de son caractère quelquefois artificiel en matière économique et sociale⁽⁵⁰⁾, au point de rendre difficile l'identification du périmètre de chacun. Ainsi l'appartenance à l'une ou l'autre rubrique des règles relatives à la durée maximale du travail ou au salaire minimum interprofessionnel de croissance est incertaine⁽⁵¹⁾.

(45) Y. Lequette, *Ouverture (les mutations de l'ordre public contractuel)* : RDC 2012, p. 262 et s., spéc. p. 262.

(46) J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, Sirey, 16^e éd. 2014, p. 300.

(47) Ainsi, un salarié ne peut renoncer individuellement à un droit qu'il tient d'un accord collectif (Cass. soc., 13 nov. 2001, n° 99-42.709 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 344 ; *RJS* 1/2002, n° 60 ; *JCP G* 2001, IV, 3081 ; *D.* 2001, p. 3585 et s. ; *JurisData* n° 2001-011616). De même, les salariés protégés ne peuvent renoncer au bénéfice du statut protecteur, celui-ci ayant « été institué non dans leur seul intérêt, mais dans celui de l'ensemble des salariés » (Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-40.301 : *Bull. civ.* 2002, V, n° 249 ; *RJS* 11/2002, n° 1255 ; *JCP G* 2002, IV, 2589 ; *JurisData* n° 2002-015188. – Cass. soc., 16 mars 2005, n° 02-45.293 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 98 ; *RJS* 5/2005, n° 533 ; *TPS* 2005, n° 146 ; *D.* 2005, p. 915 ; *JurisData* n° 2005-027595. – Cass. soc., 12 avr. 2005, n° 02-46.323 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 130 ; *JurisData* n° 2005-028035.).

(48) J. Carbonnier, *Droit civil. Les obligations*, PUF, 1998, p. 141. L'ordre public de protection a pour but de protéger la partie économiquement la plus faible. L'ordre public de direction participe de la politique économique de l'État.

(49) G. Couturier, *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une veille notion neuve*, in *Mél. J. Flour*, LGDJ, 2014, p. 95 et s. – R. Vatinet, *L'ordre public*, in *Les notions fondamentales du droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 89 et s., spéc. n° 165, p. 101.

(50) R. Vatinet, *L'ordre public*, in *Les notions fondamentales du droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 89 et s., spéc. n° 165, p. 101.

(51) « Les dispositions sur la réglementation du temps de travail (...) ont certes pour objectif premier la protection de la santé et de la sécurité du salarié, mais elles permettent également la reconstitution d'une force de travail nécessaire à la nation. Il en est de même à propos des mesures relatives au salaire minimum légal. Il est vrai que ce dernier vise davantage à protéger les salariés qu'à diriger l'économie. Toutefois, il est incontestable que, tout en assurant au salarié la perception d'un salaire minimum, la réglementation relative au SMIC se préoccupe aussi de ses répercussions sur le

Quelles que soient les difficultés que sa mise en œuvre peut susciter, cette distinction présente toutefois le mérite d'offrir une ligne de partage entre deux aspects de l'ordre public. Ainsi l'ordre public de protection est mobilisé par la Cour de cassation lorsqu'elle considère que certaines stipulations d'un accord collectif sont illicites, telles celles subordonnant l'application de certaines dispositions de l'accord à une signature unanime⁽⁵²⁾ ou modifiant les conditions dans lesquelles les organisations syndicales apportent la preuve de leur représentativité en substituant au critère de l'audience un système de reconnaissance volontaire et mutuelle⁽⁵³⁾.

547. – Ordre public absolu : domaine de la protection. Selon l'article 34 de la Constitution, « la loi détermine les principes fondamentaux (...) du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ». Une délégation de pouvoir à destination des partenaires sociaux n'est pas exclue pour autant que le Parlement a « exercé pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution en définissant de manière précise les principes légaux à mettre en œuvre et en les assortissant de garanties suffisantes »⁽⁵⁴⁾. En droit du travail, le champ offert au législateur est limité à l'essentiel, à savoir la « part irréductible d'ordre public venant nécessairement encadrer la liberté contractuelle (...) destinée à préserver les équilibres sociaux fondamentaux »⁽⁵⁵⁾. La liberté des partenaires sociaux est, pour le même motif, réduite. Ainsi, le protocole d'accord préélectoral ne peut supprimer le collège réservé aux cadres lorsque les conditions de sa constitution sont réunies⁽⁵⁶⁾. De même, ni la composition⁽⁵⁷⁾ des institutions représentatives du personnel ni la répartition de leurs compétences⁽⁵⁸⁾ ne peuvent être modifiées par accord. Il est également exclu de décider par voie conventionnelle que l'excédent de la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise peut être utilisé pour financer des activités sociales et culturelles⁽⁵⁹⁾.

fonctionnement de l'économie nationale (relance par la demande, risque d'inflation induite) », F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, 2007, spéc. n° 16, p. 6.

(52) Cass. soc., 4 févr. 2014, n° 12-35.333 : *Bull. civ.* 2014, V, n° 47 ; *RJS* 4/2014, n° 3 ; *JCP S* 2014, 1218, note E. Jeansen ; *Dr. soc.* 2014, p. 483 et s., note F. Petit ; *JurisData* n° 2014-001545.

(53) Cass. soc., 10 mars 2010, n° 09-60.282 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 63 ; *RJS* 5/2010, n° 442 ; *JCP S* 2010, 164, note N. Léger ; *Dr. soc.* 2010, p. 602 et s., note F. Petit ; *JurisData* n° 2010-001515. – Cass. soc., 6 janv. 2011, n° 10-18.205 : *Bull. civ.* 2011, V, n° 9 ; *RJS* 3/2011, n° 248 ; *JCP S* 2011, 33, note S. Miara ; *D.* 2011, p. 245 et s. ; *JurisData* n° 2011-000017. – Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-60.406 : *Bull. civ.* 2011, V, n° 116 ; *RJS* 7/2011, n° 624 ; *JCP S* 2011, 1404, note J.-Y. Kerbourc'h ; *D.* 2011, p. 1492 ; *JurisData* n° 2011-008909. V. not. Rapport mensuel du droit du travail n° 21, 2011, p. 31 : « Les modalités du vote sont d'ordre public absolu, le verdict des électeurs l'est aussi et ne peut être méconnu par un arrangement entre employeur et syndicats ».

(54) R. Vatinet, *L'ordre public*, in *Les notions fondamentales du droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 89 et s., spéc. n° 172, p. 108, à propos de deux décisions du Conseil constitutionnel. – V. Cons. const., 16 août 2007, n° 2007-556 DC : *JO* 22 août 2007, p. 13971 et s. ; *RJS* 10/2007, n° 1110 ; *Dr. soc.* 2007, p. 1221 et s., note V. Benaud ; *JurisData* n° 2007-010004. – Cons. const., 7 août 2008, n° 2008-568 DC : *JO* 21 août 2008, p. 13079 et s. ; *RJS* 11/2008, n° 1140 ; *D.* 2008, p. 2064 ; *Dr. soc.* 2009, p. 147 et s., note V. Benaud.

(55) R. Vatinet, *L'ordre public*, in *Les notions fondamentales du droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 89 et s., spéc. n° 172, p. 109.

(56) Cass. soc., 13 oct. 2004, n° 03-60.275 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 258 ; *RJS* 12/2004, n° 1305 ; *TPS* 2004, n° 368 ; *Dr. soc.* 2005, p. 111 et s., note J. Savatier ; *JurisData* n° 2004-025212.

(57) Cass. crim., 16 mars 1993, n° 92-81.168 : *Bull. crim.* 1993, n° 117 ; *RJS* 6/1993, n° 623 ; *JCP G* 1993, IV, 1754 ; *Dr. soc.* 1993, p. 653 et s., note M. Cohen ; *JurisData* n° 1993-001356. En l'espèce, un accord entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives prévoyait la présence de principe d'un membre de la direction en sus du président de ce comité, laquelle doit normalement être autorisée à la majorité de ses membres.

(58) Cass. soc., 30 juin 1993, n° 90-14.895 : *Bull. civ.* 1993, V, n° 191 ; *RJS* 8-9/1993, n° 887 ; *JCP G* 1993, IV, 2225 ; *Dr. soc.* 1993, p. 754 et s., note P. Waquet ; *JurisData* n° 1993-001279. Dans cet arrêt, la Cour de cassation censure la décision par laquelle la cour d'appel a considéré que les comités d'établissement pouvaient être privés du paiement de la subvention patronale pour les activités sociales et culturelles lorsque celles-ci sont exercées par le comité central d'entreprise.

(59) Cass. soc., 10 juill. 2001, n° 99-19.588 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 259 ; *RJS* 10/2001, n° 1155 ; *JCP G* 2001, IV, 2694 ; *Dr. soc.* 2001, p. 1014 et s., note M. Cohen ; *JurisData* n° 2001-010584.

2° L'ordre public social

548. – Une amélioration conventionnelle de la loi. Au sein de l'ordre public de protection, coexistent ordre public absolu et ordre public social. Cette distinction, introduite dans la loi dès 1950⁽⁶⁰⁾, est présente dans un avis du Conseil d'État du 22 mars 1973⁽⁶¹⁾ : « les dispositions législatives et réglementaires prises dans le domaine [du droit du travail] présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux, lesquels ne peuvent, en aucun cas, être supprimés ou réduits, mais ne font pas obstacle à ce que des garanties ou avantages non prévus par des dispositions législatives ou réglementaires soient institués par voie conventionnelle ». Les règles d'ordre public absolu cohabitent avec des « normes-plancher »⁽⁶²⁾, éléments d'un ordre public social, à propos desquelles la liberté de négocier existe sous réserve qu'elle s'exerce dans un sens favorable aux salariés.

549. – Un champ d'application inconstant. Entre ordre public absolu et ordre public social, les frontières peuvent bouger. Leurs sphères sont sujettes à « des mouvements de flux et de reflux »⁽⁶³⁾, parfois sous l'influence du juge. Le premier recule au profit du second lorsqu'est admise la limitation par voie d'accord du nombre de cas dans lesquels l'employeur peut exercer son pouvoir de procéder à un licenciement pour motif personnel⁽⁶⁴⁾. De même en est-il lorsqu'il est admis que les négociateurs du protocole d'accord préélectoral conviennent d'une augmentation du nombre de membres des institutions représentatives du personnel⁽⁶⁵⁾ ou que, par application d'un accord collectif de droit commun, soit mise en place une instance de représentation du personnel dans des cas où elle n'est pas obligatoire⁽⁶⁶⁾, soient assouplies les conditions d'électorat et d'éligibilité⁽⁶⁷⁾, soit accru le nombre d'heures de délégation attribuées aux élus⁽⁶⁸⁾ ou soient accordés aux organisations syndicales des représentants supplémentaires⁽⁶⁹⁾.

(60) C. trav., art. 31 a, al. 2 : « la convention peut mentionner des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles des lois et règlements en vigueur. Elle ne peut déroger aux dispositions d'ordre public définies par ces lois et règlements ». Introduite par la loi n° 50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail (JO 12 févr. 1950, p. 1688 et s.), cette disposition successivement reprise en 1971 et 1982 figure aujourd'hui à l'article L. 2251-1 du Code du travail.

(61) CE, 22 mars 1973, avis n° 310108 : *Rec. CE* 1973 ; *Dr. soc.* 1973, p. 514. – M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Dalloz, 2^e éd. 1989, spéc. n° 57 bis et s., p. 97 et s.

(62) G. Couturier, *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, in *Mél. J. Flour*, LGDJ, 2014, p. 95 et s., spéc. n° 17, p. 112.

(63) M.-A. Rotschild-Souriac, *Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs* : *Dr. soc.* 1996, p. 395 et s., spéc. p. 396.

(64) Cass. soc., 3 févr. 1993, n° 91-42.409 : *Bull. civ.* 1993, V, n° 33 ; *RJS* 3/1993, n° 252 ; *JCP G* 1993, IV, 851 ; *D.* 1993, p. 305, note M.-A. Rotschild-Souriac ; *JurisData* n° 1993-000187. – Cass. soc., 7 nov. 1995, n° 92-40.157 : *Bull. civ.* 1995, V, n° 289 ; *RJS* 12/1995, n° 1233 ; *JCP G* 1995, IV, 2749 ; *D.* 1996, p. 18 ; *JurisData* n° 1995-002862. – Cass. soc., 25 oct. 2005, n° 02-45.158 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 301 ; *RJS* 1/2006, n° 62 ; *JCP E* 2005, n° 1761 ; *JurisData* n° 2005-030453. – Cass. soc., 29 sept. 2009, n° 07-43.431 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 208 ; *RJS* 12/2009, n° 907 ; *JCP S* 2009, 505, note L. Dauxerre ; *JurisData* n° 2009-049696. Il est aussi des accords qui limitent la durée des contrats à durée déterminée à six mois au lieu de dix-huit (Cass. soc., 24 janv. 2001, n° 99-41.124 : *JSL* 2001, n° 77, p. 27 et s.).

(65) Cette possibilité figure depuis 2008 dans le Code du travail à l'article L. 2324-1 pour le comité d'entreprise. Pour les délégués du personnel, l'augmentation conventionnelle peut s'inscrire dans le protocole d'accord préélectoral, mais aussi dans un accord de droit commun (Cass. soc., 20 juin 2000, n° 99-60.153 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 239 ; *RJS* 11/2000, n° 1108 ; *JCP G* 2000, IV, 2399 ; *D.* 2000, p. 195 ; *JurisData* n° 2000-002506).

(66) La loi en prévoit le principe (V. C. trav., art. L. 2312-4 et L. 2322-3).

(67) Cass. soc., 20 janv. 1977, n° 76-60.217 : *Bull. civ.* 1977, V, n° 44 ; *JurisData* n° 1977-096044.

(68) Cass. soc., 23 juin 1999, n° 96-44.717 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 302 ; *JCP G* 1999, IV, 2531 ; *D.* 1999, p. 191 et s. ; *JurisData* n° 1999-002651. Pour une application, V. not. Accord 9 sept. 2010, relatif au rôle, aux moyens et à la carrière des représentants du personnel, art. 4.2.1 et 7.2.1, signé au sein de la société Dassault Aviation. – Accord 2 juill. 2007, relatif au dialogue social, art. 38.1, signé au sein de la société LCL.

(69) Pour des illustrations, V. Accord 2 juill. 2007 relatif au dialogue social, art. 25, signé au sein de la société LCL. – Accord 30 nov. 2011 pour un nouveau dialogue social dans l'entreprise, art. 6, signé au sein de la société Renault (qui fait référence au DSC Adjoint).

550. – Un principe d'ordre législatif. Dès lors qu'une norme relève de l'ordre public social, les partenaires sociaux peuvent contribuer à sa construction. Contrairement à l'ordre public absolu, les intéressés sont incités à élaborer un ordre public de protection. Cette faculté, consacrée par le Conseil d'État, constitue un principe général du droit⁽⁷⁰⁾ doté d'une valeur législative ou, pour la Cour de cassation, un principe fondamental du droit du travail⁽⁷¹⁾ dont elle en fait une application étendue et d'où elle tire le principe de faveur⁽⁷²⁾. Le Conseil constitutionnel lui a, en revanche, refusé valeur constitutionnelle⁽⁷³⁾, l'exposant du même coup aux dérogations conventionnelles mais aussi légales. L'évolution de son champ demeure tributaire des modifications de la loi.

3° L'ordre public relatif

551. – La possibilité de faire autrement. L'autonomie des partenaires sociaux trouve à s'exercer lorsque le législateur les autorise à « substituer une disposition conventionnelle à une disposition légale impérative »⁽⁷⁴⁾. La loi acquiert, vis-à-vis des accords collectifs, un caractère supplétif ; elle ne conserve valeur impérative qu'à l'égard des contrats de travail. Les premiers peuvent « écarter des dispositifs légaux pour y substituer des dispositifs conventionnels ni plus ni moins “favorables” aux salariés, différents des prévisions légales tout en étant équivalents dans la protection, réalisant une adaptation des normes à la situation particulière »⁽⁷⁵⁾. Modèle et valeur refuge⁽⁷⁶⁾, la norme supplétive autorise les membres de la communauté de travail à s'en écarter par voie d'accord collectif⁽⁷⁷⁾, ce qui peut se traduire par l'adoption de normes que la loi n'aurait pu imposer⁽⁷⁸⁾.

552. – Une possibilité à préciser. Initialement cantonné au domaine du temps de travail et de l'épargne salariale, le champ de la liberté conventionnelle s'étend peu à peu. Le rapport Robineau⁽⁷⁹⁾, rendu en mars 1997, a participé à sa promotion,

(70) CE, 22 mars 1973, avis n° 310108 : *Rec. CE* 1973 ; *Dr. soc.* 1973, p. 514. – CE, 8 juill. 1994, n° 105471 : *Rec. CE* 1994 ; *RJS* 12/1994, n° 1386 ; *JCP G* 1994, IV, 2151 ; *JurisData* n° 1994-044808.

(71) Cass. soc., 25 nov. 1992, n° 90-43.112 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 573 ; *RJS* 1/1993, n° 83 ; *JCP G* 1993, IV, 295 ; *JurisData* n° 1992-002611.

(72) Il n'est plus alors question d'ordre public au sens strict puisqu'est en cause l'application de l'accord, notamment à l'occasion de conflits de normes, et non son élaboration.

(73) A. Bugada, *L'avantage acquis en droit du travail*, PUAM, 1999, p. 205 et s.

(74) Circ. n° 1/87, 30 juin 1987, sur l'application des dispositions de la loi n° 87-423 du 19 juin 1987 relative à la durée et à l'aménagement du temps de travail : *JO* 20 août 1987, p. 9566 et s., spéc. p. 9572.

(75) R. Vatinet, *L'ordre public*, in *Les notions fondamentales du droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 89 et s., spéc. n° 174, p. 110.

(76) Ainsi l'article L. 3121-22 du Code du travail détermine le taux de majoration des heures supplémentaires à défaut d'accord.

(77) Cette fonction incitative peut être relevée lorsque le dispositif supplétif est peu opérant (V. not. C. trav., art. L. 3122-2 sur les modalités d'aménagement du temps de travail et la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année ou les articles D. 3121-7 du même code sur la contrepartie obligatoire en repos aux heures supplémentaires).

(78) « Le législateur pouvant difficilement imposer aux organisations syndicales un allègement des procédures de licenciement pour motif économique, pas plus qu'il ne peut imposer au patronat une négociation des plans sociaux, s'est borné à lever les contraintes de l'ordre public en autorisant une négociation d'ensemble des unes et des autres, ou chaque partie peut trouver son compte », R. Vatinet, *L'ordre public*, in *Les notions fondamentales du droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 89 et s., spéc. p. 110. La remarque de cet auteur a gagné en force depuis la loi du 14 juin 2013 qui en a inscrit explicitement le principe à l'article L. 1233-24-1 du Code du travail (V. R. Vatinet, *Les accords relatifs au plan de sauvegarde de l'emploi* : *JCP S* 2014, 1188).

(79) Rapport Robineau, *Étude respective de la loi et de l'accord collectif dans l'élaboration du droit du travail*, Doc. fr., 1997.

notamment au profit de l'accord d'entreprise⁽⁸⁰⁾. Dès lors qu'un niveau équivalent de droits doit être maintenu aux salariés, est promu un principe d'équivalence : est reconnue « une catégorie particulière de dérogations à la loi, celles qui lui substituent un niveau de protection équivalent »⁽⁸¹⁾. Si ce principe est inscrit dans certains textes⁽⁸²⁾, ni son contenu, ni les critères permettant d'en fixer les contours ne sont déterminés alors « que ce travail de précision devrait incomber au législateur, puisque lui seul est capable d'apprécier quelle règle est susceptible d'instituer un niveau de protection équivalent aux dispositions qu'il a lui-même édictées »⁽⁸³⁾. L'intervention du juge est nécessaire... avec son lot d'incertitudes. Les dernières applications faites⁽⁸⁴⁾ de ce mécanisme n'ont pas donné de résultats probants comme en atteste le faible nombre d'accords de maintien de l'emploi conclus sur le fondement de l'article L. 5121-1 du Code du travail⁽⁸⁵⁾.

553. – Une possibilité à maîtriser. L'introduction de mesures d'ordre public relatif offre une autonomie plus importante aux partenaires sociaux ; mais une utilisation trop importante du mécanisme dérogatoire pourrait emporter le risque d'une remise en cause de l'ordre public social alors que l'objectif de protection des salariés « pourrait aussi bien être atteint par l'octroi de facultés optionnelles, avec définition d'un socle incompressible de garanties accordées aux salariés »⁽⁸⁶⁾. La position dans laquelle se trouve le législateur limite cette tendance : l'acte de dérogation ne peut exister sans la délégation qui l'encadre. L'élargissement du champ offert aux partenaires sociaux comporte, par ailleurs, un autre risque : celui que s'accroissent les inégalités constatées d'une entreprise à l'autre dans un même secteur d'activité.

554. – Une possibilité à étendre ? Pour l'heure, la liberté offerte aux partenaires sociaux dans l'entreprise est circonscrite à certains domaines, notamment à celui du temps de travail. C'est dans cette matière qu'ont été créées, en 1982, les premières facultés de dérogation⁽⁸⁷⁾, élargies depuis lors⁽⁸⁸⁾, singulièrement en matière

(80) Y est prôné le recours à « un mode d'évolution du droit du travail fondé sur la faculté de conclure des accords dérogatoires au niveau de l'entreprise » (Rapp. Robineau, *Étude respective de la loi et de l'accord collectif dans l'élaboration du droit du travail*, Doc. fr., 1997, p. 7). Cette participation, effective depuis la loi du 4 mai 2004, a suscité des critiques chez certains auteurs (V. P. Rodière, *La branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi « Fillon » sur le dialogue social : Semaine sociale Lamy 2003*, n° 1148, p. 4 et s., spéc. p. 6. – M.-L. Morin, *La loi ou la négociation collective : concurrence ou complémentarité ? : Dr. soc.* 1998, p. 413 et s., spéc. p. 429).

(81) Rapport Robineau, *Étude respective de la loi et de l'accord collectif dans l'élaboration du droit du travail*, Doc. fr., 1997, p. 17. L'assimilation par la doctrine de ce principe est incontestable (V. M.-A. Rotschild-Souriac et G. Borenfreund, *La négociation collective entre désillusions et illusions*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle : Mél. J.-M. Verdier*, LGD), 2001, p. 181 et s., spéc. p. 185 : « si la faculté leur est ainsi offerte de faire "autrement" que le législateur, sans être tenus d'améliorer le minimum légal, n'est-ce pas, en vérité, parce que la dérogation est principalement conçue comme donnant naissance à des règles porteuses d'une protection supposée équivalente pour le salarié ? »).

(82) C. trav., art. L. 2352-18 et C. trav., art. L. 3324-2.

(83) F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, 2007, spéc. n° 838, p. 439.

(84) Hormis les cas précédemment évoqués, le principe d'équivalence ne figure pas dans le texte. Il peut cependant être parfois identifié de façon sous-jacente (V. F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ), 2007, spéc. n° 839, p. 440).

(85) Institués par la loi du 14 juin 2013 (L. n° 2013-504, relative à la sécurisation de l'emploi : JO 16 juin 2013, p. 9958 et s.), ces accords « donnant-donnant » peuvent faire l'objet de contestations sur l'équivalence des contreparties consenties, la lettre du texte n'y faisant pas allusion. Considérer que le maintien de l'emploi auquel s'engage l'employeur équivaut à tout sacrifice fait par les salariés permettrait de « sécuriser » ces accords.

(86) F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, 2007, spéc. n° 840, p. 441.

(87) L. n° 82-957, 13 nov. 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits de travail : JO 14 nov. 1982, p. 3414 et s.

(88) Y ont notamment contribué : L. n° 86-280, 28 févr. 1986, modifiant le Code du travail et relative à la négociation collective sur l'aménagement du temps de travail : JO 1^{er} mars 1986, p. 3208 et s. – L. n° 87-423, 19 juin 1987, relative

d'information ou de consultation du comité d'entreprise⁽⁸⁹⁾. Mais, en ce qu'il comporte un risque de déréglementation, l'ordre public relatif, qui doit participer d'une démarche d'autoréglementation⁽⁹⁰⁾, ne peut être déployé qu'avec prudence. Le choix des thèmes à propos desquels la loi affirme son caractère supplétif ne doit pas résulter d'une recherche d'effets d'annonce. Une recherche rationnelle s'impose⁽⁹¹⁾.

B. – Un contrôle exercé par une norme conventionnelle

555. – Plusieurs niveaux de négociation coexistent dans le système français de relations professionnelles. Les normes produites à chacun d'eux entrent en interaction avec celles produites aux autres. L'entreprise, cellule de base, est exposée à une limitation de la liberté consentie aux négociateurs par les accords conclus à des niveaux supérieurs. Elle peut cependant adapter (1°), ajouter (2°) ou substituer (3°).

1° La négociation d'adaptation

556. – **La source : un accord-cadre.** Deux dispositions du Code du travail visent la négociation d'adaptation. L'article L. 2253-1, alinéa 1^{er} du Code du travail pose le principe général selon lequel « une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement peut adapter des stipulations des conventions de branche ou des accords professionnels ou interprofessionnels applicables dans l'entreprise aux conditions particulières de celle-ci ou des établissements considérés ». L'article L. 2253-2 du même code envisage la situation dans laquelle « une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel vient à s'appliquer dans l'entreprise postérieurement à la conclusion de conventions ou d'accords d'entreprise ou d'établissement ». Ces derniers peuvent alors être l'objet d'une négociation d'adaptation. Tel est le cas, le plus souvent, en présence d'un accord-cadre conclu lorsqu'il apparaît impossible, « au niveau général, de définir précisément les droits dont bénéficieront *in fine* les salariés »⁽⁹²⁾ en raison de la diversité des communautés de travail concernées. L'accord-cadre fixe la marge de manœuvre dont disposeront les négociateurs des accords d'adaptation en posant des « normes d'orientation, [qui] constituent des "standards", des directives synthétiques qui renvoient à des décisions d'application »⁽⁹³⁾.

557. – **Les effets : une liberté dirigée.** La portée des effets de l'accord-cadre dépend de son contenu. Ainsi, des obligations conventionnelles de négocier peuvent être

à la durée et à l'aménagement du temps de travail : JO 20 juin 1987, p. 6648 et s. – L. n° 96-502, 11 juin 1996, tendant à favoriser l'emploi par l'aménagement et la réduction conventionnelle du temps de travail : JO 12 juin 1996, p. 8719 et s. – L. n° 98-461, 13 juin 1998, d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail : JO 14 juin 1998, p. 9029 et s. – L. n° 2000-37, 19 janv. 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail : JO 20 janv. 2000, p. 975. – L. n° 2005-296, 31 mars 2005, de réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise : JO 1^{er} avr. 2005, p. 5858 et s. – L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : JO 21 août 2008, p. 13064 et s.

(89) C. trav., art. L. 1233-28 et s. ; C. trav., art. L. 1233-38 et s. ; C. trav., art. 1233-61 et s.

(90) Sur ces notions de « déréglementation » et « d'autoréglementation », V. A. Supiot, *Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise* : Dr. soc. 1989, p. 195 et s.

(91) Les accords de maintien dans l'emploi, encadrés par la loi du 14 juin 2013, n'ont pas eu le succès escompté, notamment en raison de la rigidité du dispositif imaginé. Au 11 avril 2014, seuls deux accords avaient été conclus (V. F. Favennec-Héry, *Les accords de maintien de l'emploi* : JCP S 2014, 1186).

(92) M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, spéc. n° 512, p. 433.

(93) *Ibid.*, spéc. n° 512, p. 434.

créées, des clauses-types être imposées (que les parties sont libres de reprendre en l'état). L'accord-cadre peut donc déterminer « la façon dont telle ou telle décision pourra être prise au niveau inférieur »⁽⁹⁴⁾ où la substance de celle-ci devra être respectée. Il n'en demeure pas moins « imparfait »⁽⁹⁵⁾ en ce que, à défaut d'accord au niveau inférieur, il est dépourvu d'effets à l'égard des salariés. Si l'accord d'entreprise est enfermé dans un cadre, il n'en est pas moins indispensable pour donner application aux principes arrêtés au niveau supérieur. Ces derniers « n'accéderont à la réalité juridique que grâce à des accords décentralisés qui leur donneront la consistance technique nécessaire »⁽⁹⁶⁾. Une mécanique similaire peut, dans certains cas, être observée dans le périmètre de l'entreprise. Tel est le cas en matière électorale. Lorsque l'entreprise est divisée en établissements distincts, il arrive qu'un premier protocole soit signé au niveau central. Il procède au découpage en établissements distincts, à la répartition des sièges et pose quelques principes généraux⁽⁹⁷⁾. La répartition du personnel dans les collèges et les modalités du vote sont ensuite déterminées dans chaque établissement. Le même schéma est susceptible de se rencontrer au sein d'un groupe de sociétés, un accord de groupe fixant des principes ensuite déclinés par accord d'entreprise.

2° La négociation d'addition

558. – Deux voies. La négociation d'entreprise a longtemps été perçue comme une négociation d'addition, ajoutant aux droits reconnus aux salariés par les accords de niveau supérieur⁽⁹⁸⁾. Même si un chemin opposé peut être emprunté, hormis sur certains points, en application de la loi du 4 mai 2004⁽⁹⁹⁾, demeure le principe selon lequel « une convention ou un accord peut également comporter des stipulations nouvelles ou des stipulations plus favorables aux salariés »⁽¹⁰⁰⁾. La liberté d'améliorer le statut collectif résultant d'accords de niveau supérieur (ou de la loi) comporte donc deux versants : 1) l'adoption de dispositions visant à combler certaines lacunes ; 2) l'élaboration de dispositions majorant les droits déjà attribués aux salariés.

559. – Une direction. Lorsque les accords collectifs de niveau supérieur délaissent certaines matières, la liberté des parties dans l'entreprise peut s'exercer uniquement dans les limites fixées par le législateur⁽¹⁰¹⁾. Ainsi en est-il dans le domaine du droit syndical où les accords d'entreprise ont eu parfois un rôle précurseur, par exemple en prévoyant la constitution d'une instance européenne de dialogue social avant

(94) M.-L. Morin et F. Teyssier, *L'accord-cadre* : Dr. soc. 1988, p. 741 et s., spéc. p. 749.

(95) M.-A. Rotschild-Souriac, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse Paris I, 1986, p. 1468. – Y. Chalaron, *Négociation et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, spéc. n° 345, p. 358.

(96) Y. Chalaron, *Négociation et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, spéc. n° 345, p. 358.

(97) C. trav., art. L. 2327-7.

(98) Chaque niveau de négociation est alors conçu comme permettant d'améliorer les droits des salariés qui résultent du niveau supérieur. Il s'agit de la facette la plus connue et la moins contestée de la négociation d'entreprise. V. not. M.-A. Rotschild-Souriac, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse Paris I, 1986, p. 1331 et s. – M.-A. Rotschild-Souriac, *L'articulation des niveaux de négociation* : Dr. soc. 2004, p. 579 et s. – F. Saramito, *Le nouveau visage de la négociation collective* : Dr. ouvrier 2004, p. 445 et s.

(99) L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social : JO 5 mai 2004, p. 7983 et s.

(100) C. trav., art. L. 2253-1.

(101) V. *supra*, nos 548 et s.

que ne soit imposée la création d'un comité d'entreprise européen⁽¹⁰²⁾. La négociation d'addition peut également trouver place en présence d'accords de niveau supérieur. Des avantages supplémentaires peuvent être stipulés, étant précisé que « les avantages ayant le même objet ou la même cause ne peuvent, sauf stipulations contraires, se cumuler, le plus favorable d'entre eux pouvant seul être accordé »⁽¹⁰³⁾. La comparaison est effectuée par référence à la situation de l'ensemble des salariés concernés, non à la situation particulière de tel ou tel d'entre eux⁽¹⁰⁴⁾. Une limite à la négociation d'addition peut, en tout état de cause, résulter de la situation économique de l'entreprise. Elle peut exclure d'ajouter aux avantages déjà prévus par les accords de niveau supérieur⁽¹⁰⁵⁾.

3° La négociation de substitution

560. – Supplétivité recherchée. Si la « subordination » de l'accord d'entreprise aux accords de niveau supérieur est la règle, ces derniers peuvent l'exonérer de cette contrainte à certaines conditions. Cette exonération peut être prévue par la loi. Ainsi, selon l'article L. 2253-4 du Code du travail, « les clauses salariales d'une convention ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement peuvent prévoir des modalités particulières d'application des majorations salariales décidées par les conventions de branche ou les accords professionnels ou interprofessionnels applicables dans l'entreprise », dispositif susceptible de conduire à une modulation des augmentations décidées au niveau de la branche selon les catégories. Ce « droit de dissidence reconnu à l'accord d'entreprise »⁽¹⁰⁶⁾ ne peut toutefois être exercé que sous une double réserve tenant au respect du taux global de majoration stipulé au niveau de la branche et aux salaires *minima* hiérarchiques.

561. – Supplétivité concédée. La supplétivité des accords de niveau supérieur avait été envisagée dès 1982⁽¹⁰⁷⁾. Les parties auraient pu décider de doter leur accord d'un tel caractère par le jeu d'une clause jugée naguère « acceptable, à condition, peut-être, qu'elle soit très explicite et désigne nettement l'autre niveau de négociation collective dont la liberté s'en trouvera accrue »⁽¹⁰⁸⁾. Son introduction, jusqu'en 2004, était néanmoins exclue. Admise par la loi du 4 mai 2004⁽¹⁰⁹⁾, elle est inscrite au second alinéa

(102) La création par la loi de l'obligation de mettre en place, dans certaines conditions, le comité d'entreprise européen avait été précédée d'accords les instituant. V. not. A.-L. Francis, *Les instances internationales de représentation du personnel*, LexisNexis, coll. « Planète Social », 2012, p. 14.

(103) Cass. ass. plén., 18 mars 1988, n° 84-40.083 : *Bull. civ.* 1988, ass. plén., n° 3 ; *JCP G* 1988, IV, 191 ; *D.* 1989, p. 221, note J.-P. Chauchard ; *Dr. ouvrier* 1988, p. 518, note S. Ballet ; *JurisData* n° 1988-703303. – Cass. ass. plén., 24 oct. 2008, n° 07-42.799 : *Bull. civ.* 2008, ass. plén., n° 4 ; *RJS* 12/2008, n° 1200 ; *Dr. soc.* 2009, p. 38 et s., note J. Duplat ; *RDT* 2009, p. 43 et s., note M. Véricel ; *JurisData* n° 2008-045566.

(104) Cass. soc., 11 janv. 1962, n° 60-40.224 : *Bull. civ.* 1962, IV, n° 54. – Cass. soc., 25 janv. 1984, n° 81-41.609 : *Bull. civ.* 1984, V, n° 33 ; *JurisData* n° 1984-700334. – Pour plus de précisions, V. F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, LGD, 2007, spéc. n° 320 et s., p. 153 et s.

(105) Bien que l'impact en soit tempéré par le non-cumul des avantages ayant la même cause ou le même objet, le processus à l'œuvre dans la négociation d'addition peut « aboutir sur le plan économique à des résultats désastreux pour les entreprises, écrasées par l'addition de charges », M. Despax, *La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel* : *Dr. soc.* 1988, p. 8 et s., spéc. p. 12.

(106) M.-A. Rotschild-Souriac, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse Paris I, 1986, p. 1351 et s.

(107) P. Rodière, *Accord d'entreprise et convention de branche ou interprofessionnelle. Négociation indépendante, subordonnée, « articulée » ?* : *Dr. soc.* 1982, p. 711 et s., spéc. p. 714.

(108) Y. Chalaron, *Négociation et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, spéc. n° 239, p. 244.

(109) L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social : *JO* 5 mai 2004, p. 7983 et s.

de l'article L. 2253-3 du Code du travail. Le pouvoir des partenaires sociaux au niveau de la branche en ressort grandi, comme leur responsabilité. L'éviction du principe de faveur en matière conventionnelle dans le champ couvert par l'accord de branche est un levier sur lequel ils peuvent jouer. Son utilisation, qui reste aujourd'hui encore trop ténue, n'est pas sans risques, l'unité de la branche pouvant être mise en péril par une généralisation mal contrôlée de la faculté de dérogation.

S O U S - S E C T I O N 2

Une influence réglementaire

562. – Des contraintes légales, d'ordre spatial (§ 1), thématique (§ 2) et temporel (§ 3), peuvent être imposées par le législateur aux négociateurs des accords collectifs d'entreprise.

§ 1. – Des contraintes spatiales

563. – La négociation d'un accord collectif d'entreprise doit parfois se tenir dans un cadre géographique imposé, que le législateur procède à une sélection des interlocuteurs (I) ou fixe le niveau de négociation (II).

I. – Un interlocuteur imposé

564. – **Une sélection liée au périmètre du comité d'entreprise.** Si l'employeur est nécessairement le négociateur patronal d'un accord collectif d'entreprise, le jeu est plus ouvert du côté salarial. Il s'agit, en principe, *via* leurs délégués syndicaux, des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ou dans l'établissement⁽¹¹⁰⁾. Dès lors, la définition de l'établissement distinct, en tant que périmètre de désignation de délégués syndicaux revêt un intérêt particulier.

565. – Si la loi du 5 mars 2014⁽¹¹¹⁾ permet la désignation de délégués syndicaux au sein d'établissements déterminés selon les critères applicables à l'élection de délégués du personnel⁽¹¹²⁾, ces délégués ne pourront négocier qu'au niveau de l'entreprise où un comité éponyme aura été constitué. La négociation n'a, à ce jour⁽¹¹³⁾, pas vocation à se tenir dans des établissements qui n'ont pas cette qualité au sens de l'article L. 2327-1 du Code du travail. Le risque de dispersion des unités de négociation au sein de l'entreprise est ainsi évité.

566. – **Une sélection par le vote.** L'habilitation des délégués syndicaux est double. Ils tiennent leur monopole de négociation de la loi. Depuis 2008, ils doivent

(110) C. trav., art. L. 2232-16. – V. *supra*, n° 451 et s.

(111) L. n° 2014-288, 5 mars 2014, relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale : JO 6 mars 2014, p. 4848 et s.

(112) V. *supra*, n° 295 et s.

(113) Rien ne permet d'affirmer avec certitude que le juge, saisi d'un contentieux sur la question, ne dégagerait pas des règles spéciales de validation des accords dans ces conditions afin de garantir au délégué syndical sa capacité à négocier.

également être adoués par la communauté de travail, collectivement à travers l'acquisition par l'organisation syndicale mandataire de l'audience nécessaire à la reconnaissance de sa représentativité, et individuellement en se soumettant à l'épreuve des urnes. La place du vote des salariés dans le processus de négociation dans l'entreprise est accrue. Atteste de l'importance qu'il revêt le fait qu'il soit avancé pour justifier que, par voie d'accord collectif, puissent être introduites des différences de traitement en fonction des catégories professionnelles⁽¹¹⁴⁾. Participent également de cette dynamique les modalités de négociation subsidiaire avec les élus du personnel, qu'ils soient mandatés ou non, ou un salarié mandaté. Le rôle des salariés, sujets de l'accord, s'exprime, selon les cas, *a priori*⁽¹¹⁵⁾ ou *a posteriori*⁽¹¹⁶⁾.

II. – Un niveau imposé

567. – « Il existe nécessairement une certaine contradiction, ouverte ou latente, entre l'idée d'un niveau imposé par l'employeur et la notion même de négociation »⁽¹¹⁷⁾. Cette dissonance demeure cependant théorique : les représentants des salariés peuvent refuser de négocier et ainsi contraindre l'employeur à ouvrir la négociation dans un autre cadre. Dans certaines situations, les partenaires sociaux n'ont d'autre choix que de négocier à un niveau déterminé. Tel est notamment le cas de la négociation obligatoire (A). Il peut aussi être suggéré, ce qui revient à le prédéterminer (B).

A. – La négociation obligatoire

568. – La rédaction des textes relatifs au niveau auquel doit se tenir la négociation obligatoire impose un effort d'interprétation (1°). Celle retenue par la Cour de cassation prête le flanc à la critique (2°).

1° Une interprétation nécessaire

569. – **Une ambiguïté.** Aux termes de l'article L. 2242-1 du Code du travail, « dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur engage chaque année une négociation sur les matières prévues par le présent chapitre ». Il est en outre précisé que « dans les entreprises (...) comportant des établissements ou des groupes d'établissements distincts, cette négociation peut avoir lieu au niveau de ces établissements ou groupes d'établissements ».

(114) Cass. soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179 : à paraître au bulletin ; RJS 3/2015, n° 172 ; JCP S 2015, 1054, note J. Daniel ; Dr. soc. 2015, p. 237 et s., note A. Fabre ; *JurisData* n° 2015-000848 : « les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés 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 ».

(115) Dans les conditions prévues aux articles L. 2232-21 et suivants du Code du travail, l'employeur peut négocier avec les représentants élus du personnel. Ils puisent leur capacité à négocier dans le vote des salariés aux dernières élections professionnelles.

(116) Lorsque la négociation a lieu sur le fondement des articles L. 2232-24 et suivants du Code du travail, l'accord ne peut exister qu'à la condition d'avoir été approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés (C. trav., art. L. 2232-27) ; à défaut il est réputé non écrit. Les salariés bénéficient donc d'un véritable droit de veto.

(117) M.-A. Rotschild-Souriac, *Les incertitudes juridiques de la négociation d'entreprise – quelques illustrations* : Dr. soc. 1988, p. 731 et s., spéc. p. 735.

Dans les entreprises à structure complexe, est expressément offerte une liberté de choix du niveau de négociation. Il est donc possible de pencher pour une négociation centralisée ou de préférer sa décentralisation⁽¹¹⁸⁾. En résultent des interrogations quant aux titulaires du droit de choisir et au niveau à retenir en cas d'absence de choix. Deux lectures de l'ancien article L. 132-27 du Code du travail pouvaient être retenues. Selon certains, le législateur aurait cherché à affirmer « la primauté de l'entreprise », alors que d'autres considéraient qu'était instituée « l'équivalence des deux niveaux » de négociation⁽¹¹⁹⁾.

570. – La position administrative. L'administration a, dès la circulaire du 5 mai 1983, prise en application de la loi du 13 novembre 1982, considéré que le législateur avait entendu privilégier « le niveau de l'entreprise comme lieu de négociation et non l'établissement »⁽¹²⁰⁾. Elle a posé comme condition à sa décentralisation l'existence d'un accord entre toutes les parties. L'origine de cette position peut être trouvée dans les travaux parlementaires⁽¹²¹⁾ : lors de la discussion du projet de loi à l'Assemblée nationale, le ministre du Travail avait indiqué que « le gouvernement souhaite que la négociation ait lieu au niveau de l'entreprise. Mais il peut être décidé par accord qu'elle aura lieu au niveau de l'établissement »⁽¹²²⁾. Un début de réponse est ainsi livré : le niveau de principe serait l'entreprise. Toutefois, le choix semble appartenir à tout le monde et à personne en même temps. « Ce n'est, dans cette conception, ni par l'employeur ni par les syndicats, quand bien même seraient-ils unanimes, qu'une négociation décentralisée peut être imposée ; un accord de tous les partenaires sociaux est en fait nécessaire pour qu'une négociation à caractère obligatoire puisse, à bon droit, s'engager à un niveau décentralisé »⁽¹²³⁾. Que l'une ou l'autre des parties, employeur ou salarié, refuse d'accepter que la négociation soit menée au niveau des établissements entraîne automatiquement son ouverture dans le cadre de l'entreprise.

571. – Des critiques doctrinales. Certains se sont élevés contre la solution restrictive préconisée par l'administration⁽¹²⁴⁾, considérant que le texte ne permet en rien de dégager une hiérarchie des niveaux de négociation. Une autre interpréta-

(118) Cette faculté est également aménagée pour l'obligation de négocier sur les modalités du droit d'expression directe et collective des salariés. La rédaction de l'article L. 2281-10 du Code du travail permet de considérer qu'une équivalence des niveaux de négociation est instituée, l'employeur ayant la possibilité de choisir l'un ou l'autre.

(119) I. Desbarats, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, LGDJ, 1994, p. 328.

(120) Circ. DRT n° 8, 5 mai 1983, relative à l'application des dispositions de la loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 concernant l'obligation annuelle de négocier dans les entreprises : JO 3 juill. 1983, p. 6153 et s.

(121) Leur interprétation est délicate, comme l'a relevé la cour d'appel de Versailles dans un arrêt du 7 mars 1988 : « le recours aux travaux préparatoires d'un texte ne se justifie que si son interprétation est nécessaire ; on ne peut, sous prétexte d'interprétation, ajouter à un texte des dispositions qui manifestement n'ont pas été prévues, à plus forte raison lorsque leur transgression est pénalement répréhensible » : D. 1988, inf. rap. p. 107.

(122) J. Auroux, ministre du Travail : JOAN 11 juin 1982, p. 3275.

(123) I. Desbarats, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, LGDJ, 1994, p. 329.

(124) M. Despax, *Négociation annuelle obligatoire, choix du niveau de négociation dans les entreprises à établissements multiples* : RJS 1988, étude p. 275 et s. – J. Péliissier, *La négociation sur les salaires : problèmes juridiques* : Dr. soc. 1984, p. 678 et s. – F. Humbert, *La mise en œuvre des dispositions de la loi du 13 novembre 1982 relatives à l'obligation de négocier dans les entreprises à établissements multiples* : Dr. soc. 1984, p. 625 et s. – M.-A. Rotschild-Souriac, *Les incertitudes juridiques de la négociation d'entreprise – quelques illustrations* : Dr. soc. 1988, p. 731 et s. – J.-P. Murcier, *Procédures et structures de la négociation collective aux niveaux de l'entreprise et de l'établissement* : Dr. soc. 1985, p. 104 et s. – A. Chouraqui et A.-M. Gautier, *Les accords d'entreprise : de quel niveau parle-t-on ?* : Dr. soc. 1988, p. 17 et s.

tion des propos du ministre du Travail est proposée⁽¹²⁵⁾ : il n'énonçait pas un ordre de priorité, mais tenait à ce qu'aucun établissement ne soit exclu du champ de la négociation lorsque celle-ci se tient de manière décentralisée. En effet, il ne pouvait ignorer la « liberté de négociation à chaque niveau »⁽¹²⁶⁾, principe fondamental du droit du travail, au sens de l'article 34 de la Constitution, énoncé par le Conseil d'État⁽¹²⁷⁾. Or, retenir la prééminence de l'entreprise et n'admettre de dérogation que par accord tendrait à freiner de manière importante la tenue de la négociation dans le cadre de l'établissement. L'équivalence des niveaux de négociation permettrait à l'employeur qui, aux termes de l'article L. 2242-1 du Code du travail, a l'initiative de l'ouverture de la négociation et est débiteur de l'obligation de négocier, d'imposer aux représentants des salariés le niveau auquel il entend mener les discussions⁽¹²⁸⁾. Il serait le seul titulaire de ce choix qui touche aux « conditions d'exécution de son obligation »⁽¹²⁹⁾.

572. – Plusieurs éléments viennent au soutien de cette opinion. La place centrale que l'administration avait conférée aux organisations syndicales est difficilement conciliable avec les prérogatives patronales : c'est « porter atteinte à l'unicité du pouvoir de direction de l'employeur que de lui imposer, faute d'accord unanime des syndicats concernés, une négociation et donc une gestion du personnel centralisées au niveau de l'entreprise »⁽¹³⁰⁾. La création des obligations de négocier ne doit pas mettre en péril le pouvoir de direction. Laisser le choix à l'employeur est une contrepartie à la contrainte pesant désormais sur lui. Cette solution s'impose d'autant plus que la négociation d'entreprise ne peut être entendue comme un outil de gestion au service de la communauté de travail qu'à la condition que la détermination de son champ soit libre. Dans les entreprises dont les établissements relèvent de différentes conventions collectives de branche, il est impératif que la négociation puisse se tenir au sein de chacun d'entre eux, sans quoi serait indirectement imposée une homogénéisation du statut collectif⁽¹³¹⁾. La décentralisation de la négociation ne doit être exclue que dans deux cas : 1) l'ensemble des établissements ne peuvent en être le cadre⁽¹³²⁾ ; 2) toutes les organisations syndicales présentes dans l'un d'entre eux refusent d'y tenir la négociation⁽¹³³⁾.

(125) F. Humbert, *La mise en œuvre des dispositions de la loi du 13 novembre 1982 relatives à l'obligation de négocier dans les entreprises à établissements multiples* : *Dr. soc.* 1984, p. 625 et s., spéc. p. 628, note 15. Va également dans ce sens l'intervention à l'Assemblée nationale de P. Séguin à la suite du ministre du Travail (JOAN 11 juin 1982, p. 3275).

(126) I. Desbarats, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, LGDJ, 1994, p. 329.

(127) CE, 21 juill. 1970, n° 72780 : *Rec. CE* 1970 ; *Dr. soc.* 1971, p. 112 et s., note J.-C. Venezia. – Pour une lecture « relativiste » de cette décision, V. M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, spéc. n° 336, p. 295.

(128) *Contra*, P. Langlois, *La définition du cadre de la négociation collective annuelle obligatoire dans les entreprises* : *Dr. soc.* 1990, p. 603 et s., spéc. p. 604 : « Il n'est alors pas possible de lui [l'employeur] laisser purement et simplement la faculté de choisir les modalités pouvant se traduire par la contrainte la plus faible possible ».

(129) M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, spéc. n° 337, p. 295.

(130) I. Desbarats, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, LGDJ, 1994, p. 330. – Dans le même sens, J. Pélessier, *La négociation sur les salaires : problèmes juridiques* : *Dr. soc.* 1984, p. 678 et s., spéc. p. 680 : « Obliger l'employeur à négocier chaque année (...) et lui interdire en même temps d'ouvrir les négociations au niveau de chaque établissement sans l'accord de tous les syndicats représentatifs, c'est pratiquement lui imposer une gestion centralisée et lui retirer un choix qui constitue un des attributs essentiels du pouvoir de direction ».

(131) V. *infra*, n° 548 et s.

(132) Un regroupement des établissements pourrait permettre d'éviter cette situation de blocage.

(133) À « l'unanimité positive » imposée par l'administration serait substituée une « unanimité négative ».

573. – Une réponse judiciaire. Plusieurs contentieux ont donné l'occasion à la Cour de cassation, chambre sociale⁽¹³⁴⁾ puis chambre criminelle⁽¹³⁵⁾, de se prononcer au cours de l'année 1990. La première a décidé qu'en « principe, la négociation annuelle doit être engagée au niveau de l'entreprise, (...) l'employeur ne peut exercer la faculté de l'engager par établissements qu'autant qu'aucune des organisations syndicales représentatives dans l'établissement ou le groupe d'établissements où la négociation doit s'ouvrir ne s'y oppose ». La chambre criminelle a précisé, dans le prolongement de la ligne précédente, qu'en « l'absence [de représentants des organisations syndicales représentatives] dans certains établissements, la négociation ne peut être engagée qu'au niveau de l'entreprise ». La chambre criminelle relève toutefois que si le choix appartient à l'employeur, il partage cette faculté avec toutes les organisations syndicales représentatives dans chaque établissement. La liberté de l'employeur est donc dénuée de contenu puisque l'assentiment des syndicats est nécessaire. Cette jurisprudence impose en principe à tous les employeurs dont l'entreprise compte au moins cinquante salariés une gestion centralisée de la négociation⁽¹³⁶⁾.

2° Une interprétation critiquable

574. – Une cohérence jurisprudentielle incertaine. La solution retenue par la Cour de cassation trouve son origine dans le « souci de limiter les hypothèses où s'opère, dans une entreprise à établissements multiples, une décentralisation des négociations à caractère obligatoire ; de restreindre, par conséquent, autant que faire se peut, les cas où tous les salariés d'une même entreprise ne bénéficient pas du même accord en raison de leur appartenance à des établissements dans lesquels s'établissent des règles destinées aux seules collectivités sociales qu'ils réunissent »⁽¹³⁷⁾. Les arrêts rendus en ce sens, qui tendent à éviter la coexistence dans les entreprises à structure complexe d'une pluralité de statuts collectifs, s'insèrent dans une jurisprudence avec laquelle elle n'est pas nécessairement cohérente. En effet, il est admis que dans le cas où les activités exercées⁽¹³⁸⁾ dans les établissements ou leur implantation géographique⁽¹³⁹⁾ excluent qu'ils relèvent du champ d'application de la même convention collective de branche, plusieurs s'appliquent dans l'entreprise.

575. – Si la négociation obligatoire doit, selon le juge, se tenir au niveau de l'entreprise en vue de permettre « l'adoption de règles uniformes dans l'entreprise afin d'instaurer un statut juridique unitaire pour tout le personnel salarié »,

(134) Cass. soc., 21 mars 1990, n° 88-14.794 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 139 ; *RJS* 5/1990, n° 400 ; *Dr. soc.* 1990, p. 603 et s., note P. Langlois.

(135) Cass. soc., 4 déc. 1990, n° 89-83.283 : *Bull. crim.* 1990, n° 416 ; *RJS* 2/1991, n° 225 ; *D.* 2003, p. 25 ; *JurisData* n° 1990-003905.

(136) M.-A. Rotschild-Souriac, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse Paris I, 1986, p. 241.

(137) I. Desbarats, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, LGDJ, 1994, p. 334.

(138) Lorsqu'une activité nettement différenciée est exercée dans un établissement autonome, la convention collective de branche dont elle relève s'applique aux salariés de cet établissement, peu important que l'activité principale de l'entreprise relève du champ professionnel d'une autre convention collective (V. Cass. soc., 21 mars 1990, n° 86-45.490 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 138 ; *RJS* 5/1990, n° 399 ; *JurisData* n° 1990-700712. – Cass. soc., 13 nov. 1996, n° 94-40.938 ; *RJS* 3/1997, n° 311).

(139) Lorsqu'un établissement autonome peut être caractérisé et qu'il relève du champ géographique d'une autre convention collective de branche que celle applicable au siège social, la première doit s'appliquer en droit (V. Cass. soc., 20 nov. 1991, n° 88-43.281 : *Bull. civ.* 1991, V, n° 516 ; *RJS* 1/1992, n° 59 ; *JurisData* n° 1991-003210).

les spécificités de chaque établissement ne peuvent cependant être méconnues. L'employeur doit en effet composer avec les différentes conventions collectives de branche applicables⁽¹⁴⁰⁾. L'élaboration d'une unique convention d'entreprise emporte une harmonisation qui se réalisera par l'adoption des clauses les plus favorables de chacune, ce qui risque d'avoir de lourdes conséquences économiques⁽¹⁴¹⁾. La position de l'administration et des juges à l'égard des entreprises comprenant plusieurs établissements met en lumière soit la méconnaissance de leur fonctionnement quotidien, soit une conception de la négociation collective qui ne peut plus être retenue⁽¹⁴²⁾. La position de la Cour de cassation est en outre porteuse d'une contradiction selon que l'établissement est considéré en tant qu'unité de négociation ou unité de représentation alors qu'il a dans les deux cas le même périmètre⁽¹⁴³⁾. Elle égratigne au passage le pouvoir de l'employeur que la loi ménageait initialement puisqu'elle ne lui imposait pas « l'obligation de négocier un accord d'entreprise » mais l'obligeait « à négocier dans l'entreprise »⁽¹⁴⁴⁾.

576. – Un droit de veto discutable. L'inadéquation du système élaboré par le juge est renforcée par le choix de faire de l'accord unanime au niveau des établissements le seul moyen de déroger au principe de la négociation centralisée⁽¹⁴⁵⁾. Est instituée une « dictature de la minorité » puisqu'il suffit qu'un seul s'oppose pour que le retour au principe soit imposé à tous. Cette « dictature » peut être envisagée comme la « conséquence audacieuse mais logique tant du pouvoir de négociation reconnu aux syndicats dans l'intérêt des salariés que du pluralisme syndical »⁽¹⁴⁶⁾. L'employeur ne peut décider unilatéralement du niveau de la négociation ; le pouvoir des organisations syndicales est, dans le même temps, réduit pour certaines et amplifié pour d'autres. Il est « déconnecté » du poids de chacune dans les relations sociales. Retenir l'unanimité permet à une organisation syndicale « d'imposer des modalités qui ne correspondent pas à la véritable répartition des pouvoirs dans l'entreprise »⁽¹⁴⁷⁾. Les syndicats sont même encouragés dans leur opposition, leur action ne pouvant s'exercer qu'en rejet de la négociation d'établissement. Le fait de retenir l'unanimité est également contestable quant à la portée symbolique que cette condition ajoutée à la loi emporte. Le législateur ne la prévoit habituellement que dans des situations où les organisations syndicales doivent être conscientes qu'elles accomplissent un acte important. Tel est le cas pour la suppression d'une instance

(140) Auxquelles peuvent s'ajouter celles dont il fait une application volontaire.

(141) J. Pélissier, *La négociation sur les salaires : problèmes juridiques* : Dr. soc. 1984, p. 678 et s., spéc. p. 680.

(142) V. *supra*, n°s 558 et s.

(143) Sur l'identité de périmètre, V. *supra*, n°s 564 et s. La reconnaissance d'un établissement au sens du comité d'établissement requiert une gestion décentralisée de l'entreprise. L'autonomie de celui-ci et ses spécificités par rapport aux autres ensembles composant l'entreprise est ainsi reconnue. Pour autant, pour la Cour de cassation, il ne semble être qu'un niveau de négociation accessoire.

(144) J. Pélissier, *La fonction syndicale dans l'entreprise après les lois Auroux* : Dr. soc. 1984, p. 41 et s., spéc. p. 44, note 9.

(145) Certains auteurs, s'appuyant sur la solution de principe retenue par la Cour de cassation dans son arrêt du 21 mars 1990, considèrent qu'en réalité, « le chef d'entreprise n'a pas à rechercher l'accord de toutes les organisations syndicales représentatives [mais] il ne peut passer outre le désaccord de l'une d'elles ». La condition pour qu'il y ait décentralisation ne serait donc pas l'unanimité mais l'absence d'opposition syndicale. V. C. Nicod, *L'obligation de négocier dans les relations collectives du travail*, thèse Lyon 2, 1999, p. 348.

(146) M.-A. Rotschild-Souriac, *Les incertitudes juridiques de la négociation d'entreprise – quelques illustrations* : Dr. soc. 1988, p. 731 et s., spéc. p. 735.

(147) P. Langlois, *La définition du cadre de la négociation collective annuelle obligatoire dans les entreprises* : Dr. soc. 1990, p. 603 et s., spéc. p. 604.

ou de mandats⁽¹⁴⁸⁾ ou la modification du nombre ou de la composition des collèges électoraux pour les élections professionnelles⁽¹⁴⁹⁾. En posant la règle d'unanimité, la Cour de cassation semble prendre « moins en compte le point de vue des agents d'exercice d'un droit des salariés qu'elle n'impose d'elle-même une solution uniforme en choisissant, en dernier recours, à la place des négociateurs, le niveau de l'entreprise »⁽¹⁵⁰⁾.

577. – La légitimité contestable des titulaires du choix. La chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît aux organisations syndicales représentatives dans l'établissement ou le groupe d'établissements la faculté d'imposer l'ouverture de la négociation au niveau de l'entreprise⁽¹⁵¹⁾. Cette « solution (...) aboutit à une situation dans laquelle l'ouverture de négociations au niveau des établissements de l'entreprise peut être remise en cause par la volonté d'une seule organisation syndicale, même si sa représentativité ne s'étend pas à l'ensemble de l'entreprise »⁽¹⁵²⁾. Elle a, de surcroît, l'inconvénient de donner à une organisation syndicale présente dans un seul établissement une participation excessive à la décision⁽¹⁵³⁾. La ligne retenue, égalitaire, ne peut se justifier qu'à condition que le pouvoir reconnu à chaque syndicat soit utilisé dans le but de servir l'intérêt des salariés et non l'intérêt propre du syndicat.

578. – Une évolution souhaitée. Bien que prêtant le flanc à la critique, l'interprétation de l'article L. 2242-1 du Code du travail par la Cour de cassation permet de dissiper les difficultés d'application liées à sa rédaction. Le niveau de principe de la négociation est l'entreprise et les titulaires du choix sont identifiés. Les effets indésirables de la solution retenue par la Cour peuvent être évités. Une pratique plus conforme aux intérêts de la communauté de travail consiste à insérer des dispositions relatives au niveau de tenue de la négociation obligatoire dans l'accord de programmation prévu à l'article L. 2232-20 du Code du travail⁽¹⁵⁴⁾. Elles pourraient être renégociées au début de chaque cycle électoral afin de recueillir le consentement des organisations syndicales qui auraient accédé à la représentativité. L'unité de négociation varierait en fonction de son adéquation aux thèmes abordés. Un

(148) C. trav., art. L. 2322-7 (suppression du comité d'entreprise), C. trav., art. L. 2143-11 (suppression des mandats de délégués syndicaux).

(149) C. trav., art. L. 2314-10 (pour les élections des délégués du personnel), C. trav., art. L. 2324-12 (pour les élections des membres du comité d'entreprise). Requièrent également l'unanimité la tenue des élections hors du temps de travail (C. trav., art. L. 2314-22 et L. 2324-20), l'augmentation du nombre de membres du comité central d'entreprise (C. trav., art. D. 2327-1) et du nombre de salariés dans chaque délégation syndicale pour la négociation d'un accord (C. trav., art. L. 2232-17).

(150) M.-A. Rotschild-Souriac, *Les incertitudes juridiques de la négociation d'entreprise – quelques illustrations* : Dr. soc. 1988, p. 731 et s., spéc. p. 736.

(151) Cass. soc., 21 mars 1990, n° 88-14.794 : Bull. civ. 1990, V, n° 139 ; RJS 5/1990, n° 400 ; Dr. soc. 1990, p. 603 et s., note P. Langlois.

(152) C. Nicod, *L'obligation de négocier dans les relations collectives du travail*, thèse Lyon 2, 1999, p. 348.

(153) Depuis la loi du 20 août 2008, une telle situation a moins de chance de se présenter. Auparavant pouvait être envisagé le fait « qu'en raison du refus d'un syndicat pourtant dépourvu de toute influence réelle dans l'établissement mais bénéficiant d'une représentativité d'emprunt, un employeur souhaitant engager la négociation au niveau de chaque établissement en soit empêché ; de même est-il possible que la manifestation de volonté d'une seule organisation syndicale représentative au niveau d'un établissement mais peut être, dans ce cadre, tout à fait détachée de la collectivité réelle des salariés, suffise à priver toutes les autres organisations syndicales d'une négociation d'établissement que, pourtant, elles souhaitent », I. Desbarats, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, LGDJ, 1994, p. 338, note 63.

(154) En faveur d'un accord déterminant le niveau acceptable, V. I. Desbarats, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, LGDJ, 1994, p. 339 et s.

tel accord, conclu au niveau de l'entreprise, ne remplirait pas toujours la condition d'unanimité fixée par la jurisprudence, celle-ci devant être recueillie au sein de chacun des établissements. Cependant, en cas de contentieux, le juge serait contraint de la moduler afin de respecter l'intérêt de l'entreprise tel que défini par les partenaires sociaux. L'employeur ne devrait pas être sanctionné sur le fondement de l'article L. 2243-1 du Code du travail pour avoir appliqué l'accord conclu.

B. – Des négociations imposées multipliées

579. – Le degré de contrainte exercée sur les partenaires sociaux pour que la négociation se tienne à un niveau donné est variable. Il est parfois impossible d'y déroger (1°) ; il ne constitue dans d'autres cas qu'une suggestion (2°).

1° Un niveau prescrit

580. – **Un niveau impératif.** Certains dispositifs ne peuvent être mis en place qu'au niveau de l'entreprise. La négociation d'un accord de participation se tient impérativement dans ce cadre. « La participation des travailleurs doit être fondée sur l'expansion des entreprises. Le principe implique que la réserve de participation soit calculée à partir des résultats globaux de l'entreprise. En conséquence, elle doit résulter (...) d'un calcul effectué au niveau de l'entreprise (ce qui exclut les calculs faits au niveau d'un établissement, d'un service ou d'un atelier) »⁽¹⁵⁵⁾. Dès lors, contrairement à ce qui peut être fait en matière d'intéressement, la conclusion d'accords d'établissement sur ce thème est exclue⁽¹⁵⁶⁾. Par ricochet, l'institution de la prime de partage des profits⁽¹⁵⁷⁾, supprimée depuis le 1^{er} janvier 2015⁽¹⁵⁸⁾, ne pouvait être envisagée qu'au niveau de l'entreprise. La restriction à la liberté contractuelle dans le choix du niveau se justifie par la philosophie de ces dispositifs où l'intérêt de l'entreprise est expressément placé au-dessus des intérêts catégoriels⁽¹⁵⁹⁾. Logiquement, l'accord ne peut exclure de son champ d'application l'un ou l'autre des établissements⁽¹⁶⁰⁾.

581. – L'article L. 2253-2 du Code du travail impose aussi strictement un niveau de négociation aux parties. Ce texte prévoit l'adaptation des stipulations des accords d'entreprise ou d'établissement lorsqu'ils se révèlent contraires à celles d'une convention de branche, d'un accord professionnel ou interprofessionnel conclu postérieurement. Cette modification prend la forme d'une révision encadrée par les articles L. 2261-7 et suivants du Code du travail et par les éventuelles clauses conventionnelles qui sont consacrées à cette question. Le niveau de négociation dépend alors de celui auquel l'accord qui doit être modifié avait été conclu.

(155) G. Bordier : *JCl. Travail Traité*, Fasc. 27-20, pt 86.

(156) En atteste le fait que l'administration envisage dans la circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale (JO 1^{er} nov. 2005, p. 17179 et s.) la conclusion d'accords d'établissement portant sur l'intéressement (Dossier intéressement, fiche 3, I) alors qu'elle l'ignore pour la participation (Dossier participation, fiche 2, I).

(157) L. fin. rect. 2011, n° 2011-894, 28 juill. 2011, art. 1^{er} : JO 29 juill. 2011, p. 12922 et s.

(158) L. n° 2014-1554, 22 déc. 2014 de financement de la sécurité sociale pour 2015, art. 19 : JO 24 déc. 2014, p. 21748 et s.

(159) « Le général de Gaulle eut la volonté de réconcilier la France avec elle-même et de créer les conditions d'un dialogue équitable et constructif entre les différents acteurs de l'entreprise. L'association du capital et du travail doit assurer la convergence des intérêts des actionnaires et des salariés : la participation va naître » (J.-S. Lipski, *Contribution à l'étude des dispositifs de la participation financière*, LexisNexis, coll. « Planète Social », 2012, p. 8).

(160) Cass. soc., 24 janv. 2006, n° 03-43.073 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 20 ; *RJS* 4/2006, n° 480 ; *Dr. soc.* 2006, p. 454, note J. Savatier ; *JurisData* n° 2006-031806.

Le cadre dans lequel la représentativité des organisations syndicales avait été appréciée lors de la négociation de l'accord initial et qui avait permis de définir son champ d'application s'impose pour sa révision⁽¹⁶¹⁾.

582. – Un niveau liminaire. Le découpage de l'entreprise en établissements distincts où se tiendra l'élection des instances représentatives du personnel est effectué par un accord de nature électorale⁽¹⁶²⁾. L'équivalence des niveaux de négociation ne peut matériellement pas être retenue ; une hiérarchie est instituée. La négociation du protocole d'accord préélectoral central constitue le prérequis à toute discussion au sein des établissements puisqu'il lui revient de les délimiter⁽¹⁶³⁾. Y sera également abordée la question de la répartition des sièges au comité central d'entreprise « entre les différents établissements et les différentes catégories »⁽¹⁶⁴⁾. Cet accord peut relever du groupe des accords-cadres⁽¹⁶⁵⁾. Les éventuels protocoles d'accord préélectoraux négociés dans les établissements prédéterminés ne peuvent revenir sur les choix déjà effectués. La négociation d'établissement se borne à adapter les normes existantes à la situation particulière du site où elle se déroule.

583. – Un niveau parfois inadapté. Lorsque le licenciement pour motif économique de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours est envisagé par l'employeur, la négociation d'un accord déterminant les modalités d'information et de consultation des instances représentatives du personnel dérogeant au droit commun est autorisée. L'article L. 1233-21 du Code du travail détermine le niveau auquel cet accord peut être négocié : l'entreprise, le groupe ou la branche. Ces « accords de méthode »⁽¹⁶⁶⁾ ont « vocation à articuler les procédures de consultation de plusieurs instances de représentation du personnel »⁽¹⁶⁷⁾ : comité central d'entreprise, délégation unique du personnel, comités d'établissement et comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Leur objet impose leur négociation au niveau central. Pour autant, lorsque le licenciement pour motif économique ne concerne qu'un établissement, l'accord, négocié au niveau de l'entreprise comme la loi le prévoit, pourrait avoir un champ d'application restreint lorsque la décision de licencier relève du seul chef d'établissement, le comité central d'entreprise étant alors incompetent.

584. – Dans un contexte proche, en cas de graves difficultés économiques conjoncturelles, « un accord d'entreprise peut, en contrepartie de l'engagement de la part de

(161) Il s'agit d'une application du parallélisme des formes qui, bien que ne figurant pas expressément dans les textes, est incontestable. Sur ce principe, V. S. Becqué-Ickowicz, *Le parallélisme des formes en droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 368 et s.

(162) Cass. soc., 10 juin 1997, n° 96-60.200 : *Bull. civ.* 1997, V, n° 215 ; *RJS* 7/1997, n° 843 ; *Dr. soc.* 1997, p. 987, note G. Borenfreund ; *JurisData* n° 1997-002679. – V. C. trav., art. L. 2314-31 (pour les délégués du personnel) et L. 2327-7 (pour les comités d'établissement).

(163) « L'accord doit être conclu au niveau de l'entreprise : un accord d'établissement ne peut à lui seul ni reconnaître ni faire perdre à une unité de travail la qualité d'établissement distinct car cela pourrait retentir sur toute la structure de la représentation dans l'entreprise », B. Bossu : *JCl. Travail Traité*, Fasc. 13-10, pt 66.

(164) C. trav., art. L. 2327-7.

(165) V. *supra*, nos 538 et s.

(166) V. not. A. Teissier, *Point de vue pratique : les accords de méthode* : *JCP S* 2013, 1205. – L. Marquet de Vasselot et A. Martinon, *Les accords relatifs au temps de la consultation des représentants du personnel et de l'expertise* : *JCP S* 2014, 1183. – P.-H. Antonmattei, *Accord de méthode, génération 2005, la « positive attitude »* : *Dr. soc.* 2005, p. 399 et s. – F. Gaudu, *Les accords de méthode* : *Dr. soc.* 2008, p. 915 et s. – G. Couturier, *Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs* : *Dr. soc.* 2013, p. 814 et s.

(167) A. Teissier, *Point de vue pratique : les accords de méthode* : *JCP S* 2013, 1205, spéc. n° 5.

l'employeur de maintenir les emplois pendant la durée de validité de l'accord, aménager, pour les salariés occupant ces emplois, la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que la rémunération (...) »⁽¹⁶⁸⁾. Là encore, la négociation centralisée est imposée par le législateur. L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, à l'origine de cette disposition, n'envisageait pas la conclusion d'accords d'établissement ou de groupe sur ce sujet⁽¹⁶⁹⁾. Les situations dans lesquelles il est prévu peuvent justifier ces restrictions⁽¹⁷⁰⁾. Toutefois, lorsqu'un seul établissement est concerné, une inadéquation entre le cadre de négociation ainsi que l'appréciation de ses conditions de validité et le champ d'application de l'accord est constatée. Or, l'article L. 5125-1 du Code du travail décide expressément qu'il peut ne viser que certains emplois, donc éventuellement un champ territorial limité au sein de l'entreprise⁽¹⁷¹⁾. Les organisations syndicales sollicitées ne sont pas toujours celles qui l'auraient été si l'accord avait été négocié au niveau de l'établissement. La légitimité renforcée de l'accord de maintien de l'emploi peut n'être qu'un leurre ; le principe de concordance est enfreint.

2° Un niveau suggéré

585. – Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. « Dans les entreprises et les groupes d'entreprises au sens de l'article L. 2331-1 d'au moins trois cents salariés, ainsi que dans les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire au sens des articles L. 2341-1 et L. 2341-2 comportant au moins un établissement ou une entreprise de cent cinquante salariés en France »⁽¹⁷²⁾, l'employeur est tenu d'engager tous les trois ans une négociation qui porte notamment sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et la prévention des conséquences des mutations économiques⁽¹⁷³⁾. Sur ces thèmes, le législateur ne précise pas le niveau auquel la négociation doit s'ouvrir. À la différence d'autres matières, comme les salaires effectifs⁽¹⁷⁴⁾ ou l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes⁽¹⁷⁵⁾, l'assujettissement d'un employeur à l'obligation de négocier peut résulter de l'appartenance de son entreprise à un groupe. Il est donc logique que la conclusion d'un accord de groupe puisse exonérer de la négociation visée les entreprises comprises dans son champ d'application⁽¹⁷⁶⁾. Apparaît alors en filigrane une

(168) C. trav., art. L. 5125-1.

(169) ANI 11 janv. 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés, art. 18 : « Possibilité de conclure des accords d'entreprise ».

(170) Son élaboration n'est possible qu'à la suite d'un diagnostic partagé avec les organisations syndicales représentatives.

(171) Plus généralement, sur ce sujet, V. G. Loiseau, *Les accords de maintien de l'emploi* : JCP S 2013, 1260. – F. Favennec-Héry, *Les accords de maintien de l'emploi* : JCP S 2014, 1186. – J. Daniel, *L'accord de maintien de l'emploi, un mélange détonnant de complexité et d'insécurité* : JCP S 2014, 1187. – E. Jeansen, *L'insertion de l'accord de maintien dans l'emploi dans le tissu conventionnel* : JCP S 2014, 1327. – G. Couturier, *Accords de maintien de l'emploi* : Dr. soc. 2013, p. 805 et s.

(172) C. trav., art. L. 2242-13, texte issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-15).

(173) C. trav., art. L. 2242-13 et s., textes issus de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée aux articles L. 2242-15 et s.).

(174) C. trav., art. L. 2242-5, 1^o, texte issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-8, 1^o).

(175) C. trav., art. L. 2242-8, 2^o, texte issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-5).

(176) C. trav., art. L. 2242-16, texte issu de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-18). Cette faculté a été créée en même temps que

incitation législative à élaborer une politique de groupe qui, lorsqu'il existe, semble être le niveau le plus pertinent⁽¹⁷⁷⁾.

586. – Contrat de génération et prévention de la pénibilité. Le mécanisme en œuvre pour les obligations de négociation relatives au contrat de génération⁽¹⁷⁸⁾ et à la prévention de la pénibilité⁽¹⁷⁹⁾ est similaire. Des entreprises peuvent entrer dans le champ de ces obligations lorsqu'elles font partie d'un groupe. Tel est le cas de celles dont l'effectif est inférieur à cinquante salariés qui appartiennent à un groupe qui en compte plus. L'appréciation de la proportion de salariés exposés à des facteurs de pénibilité ou affectés à l'activité principale, laquelle peut exempter l'entreprise de toute négociation lorsqu'un accord de branche la couvre, a toutefois lieu au sein de chaque entité juridique autonome. La situation, en ce qui concerne chacun des deux thèmes évoqués, est différente. En effet, l'article L. 2242-14 du Code du travail décide que la négociation prévue à l'article L. 2242-13 sur la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences peut également porter sur le contrat de génération qui s'intègre pleinement à une démarche en ce sens. Le groupe apparaît alors comme un niveau de négociation suggéré. Au contraire, la prévention de la pénibilité fait l'objet d'une négociation autonome⁽¹⁸⁰⁾ mais le dispositif ayant été calqué sur celui relatif à l'emploi des seniors⁽¹⁸¹⁾ auquel s'est substitué le contrat de génération⁽¹⁸²⁾, l'exonération par un accord de groupe a été reprise sans débats. La concentration des moyens au niveau du groupe et la possible mise en œuvre de mesures concertées justifient sa négociation dans ce cadre.

§ 2. – Des contraintes thématiques

587. – Depuis 1982 et l'instauration des premières obligations de négociation au niveau de l'entreprise, celles-ci se sont multipliées. Leur existence « s'appuie sur le double postulat que l'obligation faite aux acteurs des relations sociales de se rencontrer périodiquement débouche au minimum sur un apprentissage du dialogue social et que de cette obligation naîtront nécessairement soit immédiatement soit ultérieurement des accords collectifs »⁽¹⁸³⁾. La négociation contrainte a également pris la forme d'obligations de couverture par un accord ou un plan d'action. L'imbrication de ces deux catégories d'obligations est telle qu'il est parfois diffi-

l'obligation de négociation. L. n° 2005-32, 18 janv. 2005, de programmation de la cohésion sociale, art. 72, I : JO 19 janv. 2005, p. 864 et s.

(177) « Les salariés, me semble-t-il, ont tout à gagner à une négociation qui s'instaure à l'échelon du groupe, lorsque la stratégie de développement est définie à ce niveau », M.-T. Hermange, *Discussion sur l'amendement n° 541 sur la loi du 18 janvier 2005*, Sénat, séance 5 nov. 2004.

(178) C. trav., art. L. 5121-8 et L. 5121-9.

(179) C. trav., art. L. 4163-2 et s.

(180) L'article L. 2242-12 tel qu'il est issu de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 la rattache même à une négociation annuelle prévue à l'article L. 2242-8 portant sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail.

(181) L. n° 2008-1330, 17 déc. 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009, art. 87, III : JO 18 déc. 2008, p. 19291 et s.

(182) L. n° 2013-185, 1^{er} mars 2013, portant création du contrat de génération : JO 3 mars 2013, p. 3943 et s. – L. Dauxerre, *Le contrat de génération : l'alliance des âges* : JCP S 2013, 1119.

(183) F. Canut et P.-Y. Verkindt, *Négociation sous la contrainte, un nouveau visage de la négociation collective en France ?*, in *Droits du travail, Emploi, Entreprise* : Mél. F. Gaudu, IRJS, 2014.

cile de les distinguer au point qu'il est nécessaire de les envisager simultanément. Depuis 1982, chaque nouveau thème de négociation obligatoire venait s'ajouter purement et simplement aux précédents (I). La loi du 17 août 2015 marque une rupture ; est tentée une rationalisation (II).

I. – Une prolifération

588. – L'obligation périodique de négocier dans l'entreprise a été considérée comme l'apport essentiel de la loi du 13 novembre 1982⁽¹⁸⁴⁾ : toute entreprise où a été constituée une section syndicale par une organisation syndicale représentative doit être le lieu d'une négociation. Chaque obligation de négocier laisse subsister la liberté de conclure ou de ne pas conclure, donc d'être couvert ou non par une norme conventionnelle sur un thème donné. La dynamique à l'œuvre depuis 2009 a conduit à contraindre à négocier selon des rythmes intangibles (A) ou variables (B).

A. – Un rythme intangible de négociation

589. – Sont imposées dans l'entreprise des négociations annuelles (1°) et triennales (2°).

1° La contrainte annuelle

590. – Deux thèmes ont, dès l'origine, fait l'objet d'une obligation annuelle de négocier : les salaires effectifs ainsi que la durée effective et le temps de travail. La justification du rythme retenu tient à l'intérêt qu'ils revêtent pour la communauté de travail. Il s'agit par ailleurs de deux des piliers du socle contractuel sur lequel est fondée la relation de travail⁽¹⁸⁵⁾ : des décisions annuelles sur ces sujets peuvent se justifier pour tenir compte de l'évolution de l'environnement économique et social dans lequel évolue l'entreprise. Ces thèmes constituent, *a priori*, le cœur de l'activité conventionnelle dans l'entreprise. La loi du 17 août 2015⁽¹⁸⁶⁾ a créé de nouveaux thèmes avec une périodicité annuelle qui s'applique par défaut. Sa modulation, qui existait pour certains thèmes en cas de conclusion d'un accord, a également été supprimée.

591. – **Salaires effectifs.** L'article L. 2242-5, 1° du Code du travail⁽¹⁸⁷⁾ ne définit pas la notion de salaires effectifs. L'administration a toutefois, dans deux circulaires adoptées en 1983, précisé que la négociation doit porter sur tous les éléments de rémunération dont la source est de nature collective⁽¹⁸⁸⁾, mais également sur la part que les éventuelles augmentations individuelles représentent par rapport à l'ensemble⁽¹⁸⁹⁾. L'enveloppe globale attribuée aux salariés doit donc, chaque année, faire l'objet d'une discussion avec leurs représentants.

(184) M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, spéc. n° 548, p. 463.

(185) F. Favennec-Héry et P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, LGDJ, 4^e éd. 2014, spéc. n° 590, p. 410.

(186) L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi : JO 18 août 2015, p. 14346 et s.

(187) Texte issu de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-8, 1°).

(188) Circ. DRT n° 8, 5 mai 1983, relative à l'application des dispositions de la loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 concernant l'obligation annuelle de négocier dans les entreprises : JO 3 juill. 1983, p. 6153 et s.

(189) Circ. DRT n° 15, 25 oct. 1983, relative à la nouvelle législation de la négociation collective : JO 10 janv. 1984, p. 293 et s.

592. – La Cour de cassation a ajouté que toute modification de la structure de la rémunération comme celle des plans de commissionnement entre dans le champ de cette négociation⁽¹⁹⁰⁾. N'en sont donc exclues que les mesures purement individuelles. Il arrive qu'un accord collectif prévoyant un gel des salaires pour une période déterminée de plusieurs années ait été conclu. L'employeur n'est alors pas dispensé de l'obligation d'ouvrir annuellement la négociation⁽¹⁹¹⁾ même si celle-ci échouera probablement rapidement afin de respecter l'accord précédent. Les deux circulaires adoptées en 1983 invitent à une négociation catégorielle. Mais une catégorie de salariés ne peut en être écartée : la situation de tous les salariés de l'entreprise doit être abordée⁽¹⁹²⁾. Des mesures salariales différentes peuvent en revanche être adoptées selon les catégories professionnelles⁽¹⁹³⁾.

593. – **Durée effective et organisation du temps de travail.** Les notions qui figurent à l'article L. 2242-5, 2° du Code du travail⁽¹⁹⁴⁾ imposent une négociation annuelle sur de nombreux dispositifs qui ont tous trait au temps de travail. La première, la durée effective du temps de travail, définie à l'article L. 3121-1, correspond au « temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ». Doivent être abordés tous les éléments qui permettent d'apprécier quantitativement la durée de la prestation de travail⁽¹⁹⁵⁾. La seconde notion, l'organisation du temps de travail, revêt une place particulière dans le droit de la négociation collective. En effet, toutes les formes d'aménagement du temps de travail sont concernées⁽¹⁹⁶⁾, et celles-ci nécessitent souvent, pour être mises en œuvre, un accord collectif. Ainsi en est-il d'une répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année⁽¹⁹⁷⁾ ou de la conclusion de conventions individuelles de forfait sur l'année⁽¹⁹⁸⁾.

594. – La périodicité ici retenue se révèle, en pratique, excessive, peu d'entreprises modifiant la durée et l'organisation du temps de travail en vigueur en leur sein tous les ans⁽¹⁹⁹⁾.

595. – **Une réforme mal maîtrisée.** L'article L. 2242-1 du Code du travail tel qu'il résulte de la loi du 17 août 2015⁽²⁰⁰⁾ a vocation à reprendre sous la forme de trois

(190) Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-15.594 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 398.

(191) TGI Paris, 22 juin 1999, n° 98-24801 : *RJS* 11/1999, n° 1384.

(192) Cass. crim., 28 mars 1995, n° 92-80.694 : *Bull. crim.* 1995, n° 130 ; *RJS* 10/1995, n° 1033 ; *JCP G*, n° 25, IV, 1634 ; *JurisData* n° 1995-000986.

(193) La branche de la métallurgie, par exemple, négocie chaque année des salaires *minima* différents selon que le salarié est cadre (niveau national) ou non-cadre (niveau territorial).

(194) Texte issu de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-8, 2°).

(195) Y seront notamment traitées les durées quotidiennes, hebdomadaires ou mensuelles du travail, les heures supplémentaires et toutes les périodes en lien avec le travail : temps de trajet, d'astreinte, d'habillage ou de déshabillage, etc.

(196) Cass. soc., 7 nov. 1990, n° 89-10.483 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 525 ; *RJS* 12/1990, n° 1004 ; *Dr. soc.* 1991, p. 292 et s., note M. Despax ; *JurisData* n° 1990-703666. Dans la branche de la métallurgie, toute décision envisagée en matière d'organisation du temps de travail doit faire l'objet d'une négociation lorsqu'un délégué syndical a été désigné dans l'entreprise (Accord national du 23 février 1982 sur la durée du travail, étendu le 5 avril 1982, art. 24 : *JO* 23 avr. 1982).

(197) C. trav., art. L. 3122-2.

(198) C. trav., art. L. 3121-39 et s.

(199) De nombreux accords issus des lois Aubry de 1998 et 2000 sont encore applicables.

(200) L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi : *JO* 18 août 2015, p. 14346 et s.

grandes « négociations » l'ensemble des obligations de négocier qui existaient auparavant. Pourtant, de nouvelles obligations ont été créées, relatives à l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle des salariés⁽²⁰¹⁾ et aux mesures permettant de lutter contre toute discrimination en matière de recrutement, d'emploi et d'accès à la formation professionnelle⁽²⁰²⁾ ; elles sont annuelles et emportent, à ce titre, une charge supplémentaire pour les partenaires sociaux. En outre, une obligation à périodicité modulée, portant sur l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés, devient annuelle alors même qu'elle pouvait être portée à trois ans auparavant⁽²⁰³⁾. Enfin, l'obligation de négocier sur l'exercice du droit d'expression directe et collective fait désormais l'objet d'une rédaction ambiguë. L'article L. 2242-8, 6° du Code du travail, qui énumère des thèmes à aborder annuellement dans le cadre de la négociation⁽²⁰⁴⁾ sur « l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail »⁽²⁰⁵⁾, renvoie aux articles L. 2281-1 et suivants qui n'ont pas été modifiés. Or, il résulte de ces textes qu'en cas d'accord collectif sur le sujet visé, l'employeur n'est tenu de réunir les organisations syndicales représentatives pour en examiner les résultats que tous les trois ans⁽²⁰⁶⁾. S'opposent donc une obligation de négocier créée par la loi du 17 août 2015 et une obligation en sommeil préexistante. Éviter tout risque pénal, à défaut d'accord de programmation sur ce point, suppose d'aborder le domaine évoqué tous les ans comme le prévoit l'article L. 2242-8, 6° du Code du travail⁽²⁰⁷⁾.

2° La contrainte triennale

596. – Une grande négociation autour de l'emploi. Lorsque l'entreprise compte au moins trois cents salariés, une négociation doit y être engagée tous les trois ans sur le thème de la gestion des emplois et des parcours professionnels⁽²⁰⁸⁾. Son domaine est vaste puisqu'il couvre notamment la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences⁽²⁰⁹⁾, le contrat de génération⁽²¹⁰⁾, les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne⁽²¹¹⁾, les grandes orientations de la formation professionnelle dans l'entreprise et les objectifs du plan

(201) C. trav., art. L. 2242-8, 1° issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

(202) C. trav., art. L. 2242-8, 3° issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

(203) C. trav., art. L. 2242-8, 4° issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-13).

(204) C. trav., art. L. 2242-8, 6° issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

(205) C. trav., art. L. 2242-1, 2° issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

(206) C. trav., art. L. 2281-7.

(207) C. trav., art. L. 2242-8, 6° issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

(208) C. trav., art. L. 2242-1, 3° issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

(209) C. trav., art. L. 2242-13, 1° issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-15, 1°).

(210) C. trav., art. L. 2242-14 issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-19).

(211) C. trav., art. L. 2242-13, 2° issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-15, 2°).

de formation⁽²¹²⁾, le déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions⁽²¹³⁾.

597. – Une négociation « au service » de la communauté de travail. Cette négociation doit être menée en vue d'élaborer les outils nécessaires à l'adaptation de la collectivité de travail aux évolutions économiques et technologiques. C'est pour cette raison qu'elle a pour point de départ les orientations stratégiques soumises à l'avis du comité d'entreprise⁽²¹⁴⁾. Compte tenu de l'ampleur de son objet, cette négociation peut être segmentée ; en outre, les partenaires sociaux ne sont pas tenus d'aborder l'ensemble des thèmes qui en relèvent⁽²¹⁵⁾. Pour autant, une réflexion sur ces domaines n'est pas inutile : une gestion judicieuse des emplois et des compétences au service d'une stratégie clairement définie et partagée par tous les membres de la communauté de travail ne peut qu'être profitable à l'entreprise.

B. – Un rythme variable de négociation

598. – Il est deux catégories de thèmes pour lesquels la contrainte peut être considérée comme variable. Certains continuent de faire l'objet d'une obligation périodique (1°) alors que d'autres n'y seront exposés qu'à défaut d'accord ou de décision unilatérale couvrant la communauté de travail (2°).

1° Obligations modulées

599. – Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Les obligations à périodicité modulée sont tant des obligations de couverture que des obligations de négocier. L'une d'entre elles se présente sous ces deux formes : l'égalité professionnelle et salariale entre les femmes et les hommes⁽²¹⁶⁾. Ce thème doit faire l'objet d'une négociation annuelle qui devient triennale si un accord est conclu. En cas d'échec des négociations, une décision unilatérale faisant l'objet d'un dépôt auprès de l'administration du travail doit être adoptée. La liberté laissée aux partenaires sociaux en ce qui concerne cette obligation est fort limitée : le contenu de l'accord ou de la décision unilatérale est déjà prédéterminé⁽²¹⁷⁾, ne laissant que peu de place à une véritable négociation. Il est possible en ce domaine de parler de « négociation administrée » puisqu'à défaut de négociation l'employeur encourt une sanction pénale⁽²¹⁸⁾ et qu'à défaut de dispositif couvrant l'entreprise il sera redevable d'une pénalité financière qui peut atteindre 1 % des gains et rémunérations versés aux salariés⁽²¹⁹⁾.

(212) C. trav., art. L. 2242-13, 3° issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-15, 3°).

(213) C. trav., art. L. 2242-13, 6° issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-20).

(214) C. trav., art. L. 2242-13, al. 1^{er} issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-15, al. 1^{er}).

(215) La circulaire DGEFP-DRT n° 2005/47 du 30 décembre 2005, relative à l'anticipation et à l'accompagnement des restructurations admet qu'un accord ne traite que de certaines questions. La négociation peut donc ne porter que sur certains thèmes.

(216) Sous ce vocable doivent être entendues l'obligation de négocier et l'obligation de couverture figurant aux articles L. 2242-8, 2° et L. 2242-9, issus de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée aux articles L. 2242-5 et L. 2242-5-1).

(217) C. trav., art. L. 2323-47, L. 2323-57, R. 2242-2 pour l'égalité professionnelle et salariale entre les femmes et les hommes.

(218) C. trav., art. L. 2243-2. – *V. infra*, n° 641 et s.

(219) C. trav., art. L. 2242-9, issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-5-1).

600. – Contrat de génération et prévention de la pénibilité. Il en va de même en ce qui concerne les obligations de couverture relatives au contrat de génération⁽²²⁰⁾ et à la prévention de la pénibilité⁽²²¹⁾. Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, ces thèmes doivent faire l'objet d'un accord collectif ou d'une décision unilatérale. La conclusion d'un accord est de nature à permettre à l'employeur de s'exonérer de son obligation pour une durée de trois ans. À défaut d'accord ou de décision unilatérale⁽²²²⁾, il est exposé au paiement d'une pénalité financière dont le montant est déterminé par l'administration⁽²²³⁾.

2° Obligations en sommeil

601. – Deux thèmes font l'objet d'une obligation de négocier neutralisée tant que l'entreprise est couverte par un accord. Il s'agit d'abord de la définition d'un régime de prévoyance et d'un régime de remboursements complémentaires de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident⁽²²⁴⁾. Or, l'instauration d'un tel régime devient obligatoire dans le cadre de la généralisation – qui doit être terminée le 1^{er} janvier 2016 – de la couverture santé⁽²²⁵⁾. À compter de cette date, peu d'entreprises, hormis celles qui se créeront, seront donc concernées par cette obligation de négocier. Ensuite, est imposée la mise en place d'un dispositif d'épargne salariale. L'existence d'un seul d'entre eux a pour effet d'exonérer l'employeur de l'obligation de négocier qui résulte des articles L. 2242-1, 1^o et L. 2242-5, 3^o du Code du travail⁽²²⁶⁾. Or, il faut relever que l'instauration de la participation des salariés aux résultats de l'entreprise est obligatoire dès lors que l'entreprise emploie au moins cinquante salariés. Cette règle entraîne souvent l'adoption d'un plan d'épargne d'entreprise afin de bénéficier d'exonérations notamment fiscales. La mise en place de ce dispositif emporte deux obligations de négocier successives, la première sur la mise en place d'un plan d'épargne pour la retraite collectif ou un régime de retraite supplémentaire obligatoire à cotisations définies⁽²²⁷⁾, la seconde sur l'affectation d'une partie des sommes collectées et l'acquisition de parts des fonds solidaires⁽²²⁸⁾. Ainsi, l'entrée dans le champ de l'obligation de négocier a pour conséquence d'imposer aux partenaires sociaux de négocier sur un nombre de sujets qui s'est multiplié.

II. – Une réorganisation

602. – Selon l'exposé des motifs de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, l'article 19 « rationalise les obligations de négocier au niveau

(220) C. trav., art. L. 5121-8 et L. 5121-9.

(221) C. trav., art. L. 4163-2.

(222) Là encore, leur contenu est envisagé de façon précise par le législateur : C. trav., art. L. 5121-11 et R. 5121-28 pour le contrat de génération ; C. trav., art. D. 4163-3 pour la prévention de la pénibilité.

(223) C. trav., art. L. 5121-14, al. 3 pour le contrat de génération ; C. trav., art. L. 4163-2 pour la prévention de la pénibilité.

(224) C. trav., art. L. 2242-8, 5^o C. trav., art. L. 2242-8, 4^o issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-11).

(225) CSS, art. L. 911-7.

(226) Texte issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-12).

(227) C. trav., art. L. 3334-3.

(228) C. trav., art. L. 2242-5, 3^o issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-12).

de l'entreprise en les regroupant dans trois négociations portant respectivement sur (i) la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée, (ii) la qualité de vie au travail et (iii) la gestion des emplois et des parcours professionnels »⁽²²⁹⁾. Cet objectif de simplification n'a pas été atteint. Pire, de nouvelles contraintes ont été créées.

603. – Une multiplication des négociations. La nouvelle rédaction de l'article L. 2242-1 du Code du travail, compte tenu de l'objectif poursuivi d'alléger la contrainte pesant sur les partenaires sociaux, révèle la mauvaise connaissance qu'ont les pouvoirs publics de la pratique de la négociation obligatoire. En effet, étaient antérieurement énoncées aux articles L. 2242-5 et suivants les obligations de négocier qui s'imposaient dans l'entreprise. L'employeur avait ensuite toute latitude pour remplir son obligation. Il pouvait traiter les thèmes visés de concert ou séparément. Les thèmes qui n'avaient pas été évoqués lors d'une négociation étaient considérés comme tacitement écartés. Désormais, il résulte de la loi du 17 août 2015⁽²³⁰⁾ qu'au moins deux négociations doivent être engagées tous les ans et une tous les trois ans. Les articles L. 2242-5, L. 2242-8 et L. 2242-13 du Code du travail déterminent les thèmes qui doivent être abordés au cours de chacune d'elles⁽²³¹⁾, qui doivent *a priori* faire l'objet d'une convocation puis de discussions distinctes. En cas de désaccord, plusieurs procès-verbaux doivent être dressés.

604. – Une addition de thèmes. La loi du 4 août 2014⁽²³²⁾ avait opéré un rapprochement entre la négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et celle portant sur la suppression des écarts de rémunération. Si le dispositif était encore perfectible, il n'aura vécu qu'un peu plus d'un an puisque ces deux thèmes sont à nouveau séparés, se trouvant l'un et l'autre au menu de chacune des négociations annuelles. Cette « volte-face » illustre le caractère avant tout politique qu'ils revêtent. Une approche globale de la question, nécessaire, est contrariée. Alors qu'il n'était question que de rationalisation, donc de modification à droit constant, la négociation obligatoire est alourdie de deux thèmes supplémentaires à l'article L. 2242-8, 1^{er} et 3^o du Code du travail⁽²³³⁾ : l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle des salariés et les mesures permettant de lutter contre la discrimination dans l'entreprise. Le premier aurait mérité, compte tenu de l'importance que la durée et l'organisation du temps de travail y revêtent, d'être traité au cours de la négociation visée à l'article L. 2242-5 du Code du travail⁽²³⁴⁾.

605. – Une division et une soustraction espérées. Si la place de la négociation collective d'entreprise dans le fonctionnement de cette dernière apparaît toujours essentielle, il existe d'autres voies que celle retenue par les pouvoirs publics pour la rendre efficiente et en faire un véritable instrument de gestion de l'entreprise. En premier lieu, la négociation relative aux salaires effectifs, en raison de sa place

(229) Exposé des motifs p. 14, L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi.

(230) L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi : JO 18 août 2015, p. 14346 et s.

(231) Textes issus de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

(232) Issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

(233) Issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

(234) Issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

particulière et de son objet, source, souvent, de vifs débats, devrait être érigée en obligation autonome de négocier avec une périodicité annuelle. Elle seule nécessiterait l'élaboration d'un procès-verbal de désaccord en cas d'échec. Trois « grandes » négociations seraient par ailleurs tenues alternativement sur l'emploi⁽²³⁵⁾, la qualité de vie au travail⁽²³⁶⁾ et l'association des salariés à la performance de l'entreprise⁽²³⁷⁾. L'article L. 2242-20 du Code du travail, tel qu'issu de la loi du 17 août 2015, permet un tel réaménagement ; mais il suppose la conclusion d'un accord majoritaire.

§ 3. – Des contraintes temporelles

606. – D'une contrainte imposée à une contrainte négociée. En fonction des thèmes de négociation, la périodicité peut varier. Dans l'entreprise, coexistent principalement des obligations annuelles et triennales. Peut également être entendue comme telle l'obligation, en principe quadriennale, de négocier le protocole d'accord pré-électoral⁽²³⁸⁾. La loi du 17 août 2015⁽²³⁹⁾ donne un caractère supplétif à la majorité des dispositions relatives à ces rencontres périodiques. L'article L. 2242-20 du Code du travail⁽²⁴⁰⁾ permet, dans les entreprises à jour de leur obligation de couverture en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, la conclusion d'un accord modifiant « 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 ». Mais, pour être valable, l'accord conclu en ce sens doit être signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections professionnelles. La négociation sur les salaires effectifs reçoit toutefois un traitement particulier : au cours de la période définie par l'accord, une organisation signataire peut demander qu'elle soit engagée.

607. – Le décompte de la périodicité. Le deuxième alinéa de l'article L. 2242-1 du Code du travail⁽²⁴¹⁾ décide qu'à « défaut d'une initiative de l'employeur depuis plus de douze mois, pour chacune des deux négociations annuelles, et depuis plus de trente-six mois, pour la négociation triennale, suivant la précédente négociation (...), cette négociation s'engage obligatoirement à la demande d'une organisation

(235) Elle comprendrait tout ce qui a trait à la négociation triennale, mais également à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés.

(236) Elle comprendrait les thèmes relatifs à la durée et l'organisation du temps de travail (incluant l'articulation de la vie personnelle et de la vie professionnelle), à l'égalité professionnelle et salariale entre les femmes et les hommes (incluant la suppression des écarts de rémunération), aux mesures permettant de lutter contre la discrimination, à la mise en place d'un régime de prévoyance et d'un régime de remboursements complémentaires de frais occasionnés par la maladie, la maternité ou un accident, à l'exercice du droit d'expression directe et collective des salariés, à la prévention de la pénibilité.

(237) Elle porterait principalement sur les différents dispositifs d'épargne salariale dont l'articulation devrait être réexaminée. Y serait également abordé ce qui a trait à la rémunération variable des salariés qui n'a pas vocation à être discutée annuellement dans le cadre de la négociation annuelle sur les salaires.

(238) C. trav., art. L. 2314-26 et L. 2324-24.

(239) L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi : JO 18 août 2015, p. 14346 et s.

(240) Issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

(241) Issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

syndicale représentative ». Une lecture stricte des textes laisse à penser que sont établis non pas un, mais deux délais : l'un correspond à la période pendant laquelle la négociation doit s'engager ; l'autre fixe la période à l'issue de laquelle l'ouverture de la négociation peut être sollicitée⁽²⁴²⁾.

608. – Quel qu'il soit, le point de départ du délai nécessite toujours d'être déterminé. Seul l'article L. 2281-8, alinéa 3 du Code du travail relatif à l'obligation de négocier sur le droit d'expression directe et collective des salariés apporte une précision : doit être retenue la date d'ouverture de la précédente négociation. Mais faut-il se placer, pour la déterminer, à la date à laquelle l'employeur a convoqué les organisations syndicales représentatives à la négociation, premier acte préparatoire de celle-ci, ou à la date de la première réunion ? La doctrine est partagée⁽²⁴³⁾. L'administration a naguère envisagé qu'en pareil cas soit retenue la date de fin de la négociation précédente⁽²⁴⁴⁾. En effet, lors de son engagement, ne peut être définie la date à laquelle elle s'achèvera. Une telle logique permet d'espacer les négociations et de garantir leur effet utile.

609. – Une autre locution fait l'objet de divergences d'interprétation : les termes « chaque année » renvoient-ils à une négociation tous les douze mois ou toutes les années civiles ? La nouvelle formulation de l'article L. 2242-1 du Code du travail mêle ces deux acceptions. Il est vrai que deux circulaires avaient réussi, en 1982 et en 1983, à retenir tour à tour l'une et l'autre⁽²⁴⁵⁾. Une lecture combinant les deux peut être proposée : « l'employeur est tenu d'engager une négociation dans le cadre de chaque année civile, ce qui lui permettra notamment de choisir le moment de la négociation, par rapport aux négociations de branche. Douze mois après la conclusion de la dernière négociation, les syndicats ont la faculté de demander l'ouverture de ces négociations. Cette interprétation donne aux syndicats une latitude pour exercer leur pouvoir indépendamment de l'employeur »⁽²⁴⁶⁾. Cette solution, qui allie souplesse et conformité aux textes, semble préférable pour éviter tout contentieux.

610. – **L'engagement à la demande d'une organisation syndicale.** En effet, un risque pénal existe lorsque l'employeur n'a pas pris l'initiative de la négociation dans le

(242) La formulation de l'article L. 2243-1 met en évidence ces deux hypothèses en identifiant deux agissements pénalement répréhensibles : 1) le fait de se soustraire à l'obligation de négocier notamment en refusant de convoquer les organisations syndicales à la suite de la demande de l'une d'elles ; 2) le fait de n'avoir pas négocié périodiquement. Ce raisonnement ne fait pas l'unanimité. Il est développé par le professeur Pélissier (*La négociation sur les salaires : problèmes juridiques* : Dr. soc. 1984, p. 678 et s., spéc. p. 680) mais rejeté par le professeur Puech (*L'obligation, au regard du droit pénal, d'engager une négociation annuelle dans les entreprises* : Dr. soc. 1984, p. 49 et s., spéc. p. 50). V., sur l'identification des deux délais, C. Nicod, *L'obligation de négocier dans les relations collectives de travail*, thèse Lyon II, 1999, p. 328.

(243) Certains retiennent la date de la convocation à la première réunion (M.-A. Rotschild-Souriac, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse Paris I, 1986, p. 455. – A. Le Mire : *RPDS* 1997, p. 348). D'autres semblent plus réservés (C. Nicod, *L'obligation de négocier dans les relations collectives de travail*, thèse Lyon II, 1999, p. 329).

(244) Circ. DRT n° 2/1985, 19 avr. 1985, relative aux modifications apportées à la loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 concernant la négociation collective et le règlement des conflits du travail, par les lois n° 84-575 du 9 juillet 1984 et n° 85-10 du 3 janvier 1985 portant diverses dispositions d'ordre social : *BO Travail* n° 23-24. Plusieurs auteurs retiennent une telle analyse (B. Teyssié, *La négociation collective [loi n° 82-957 du 13 novembre 1982]* : *JCP G* 1984, 1465. – M. Puech, *L'obligation, au regard du droit pénal, d'engager une négociation annuelle dans les entreprises* : Dr. soc. 1984, p. 49 et s. – Y. Chalaron, *Négociation et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, spéc. n° 99, p. 85).

(245) Il fallait d'abord retenir l'année civile (Circ. DRT n° 8, 5 mai 1983, relative à l'application des dispositions de la loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 concernant l'obligation annuelle de négocier dans les entreprises : *JO* 3 juill. 1983, p. 6153 et s.) ; une période de douze mois fut ensuite privilégiée (Circ. DRT n° 15, 25 oct. 1983, relative à la nouvelle législation de la négociation collective : *JO* 10 janv. 1984, p. 293 et s.).

(246) M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, spéc. n° 556, p. 468. – Dans le même sens, Y. Chalaron, *Négociation et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, spéc. n° 99, p. 85.

délai fixé. Elle doit alors être engagée si l'une des organisations syndicales représentatives en formule la demande. Aucune demande conjointe émanant de plusieurs syndicats n'est imposée. Lorsque l'employeur reçoit une telle demande, elle doit être transmise aux autres organisations syndicales dans les huit jours⁽²⁴⁷⁾. Toutes doivent être convoquées dans les quinze jours qui suivent la demande⁽²⁴⁸⁾ à une réunion de négociation sur les thèmes visés. Cette demande, proche d'une injonction, est applicable tant à la négociation annuelle que triennale.

S E C T I O N 2

La négociation exécutée

611. – Le législateur s'est peu préoccupé d'encadrer les conditions dans lesquelles la négociation d'entreprise doit se tenir. Certaines dispositions les déterminent expressément dans des hypothèses où la négociation est contrainte⁽²⁴⁹⁾. L'absence de directive générale n'interdit pas l'identification du comportement que les parties doivent adopter (Sous-section 1) ni des moyens dont elles doivent disposer (Sous-section 2).

S O U S - S E C T I O N 1

Une attitude

612. – La négociation collective menée dans l'entreprise est conduite dans un cadre déterminé. L'attitude des parties est influencée par les devoirs qui leur incombent (§ 1). Leur violation est sanctionnée (§ 2).

§ 1. – Des devoirs

613. – Aux termes de l'article L. 1222-1 du Code du travail, « le contrat de travail est exécuté de bonne foi ». En est issue l'obligation de loyauté figurant notamment à l'article L. 1222-5 du même code à la charge des salariés⁽²⁵⁰⁾. L'application de ce principe de droit civil (I) n'est pas cantonnée aux seules relations individuelles du travail ; il vaut aussi lors de la négociation d'un accord d'entreprise (II).

I. – La loyauté, application du principe de bonne foi

614. – **Un principe.** Aux termes de l'article 1134 du Code civil, une obligation de bonne foi s'impose aux parties dans l'exécution du contrat qu'elles ont conclu.

(247) C. trav., art. L. 2242-1, al. 3.

(248) C. trav., art. L. 2242-1, al. 4.

(249) V. *supra*, n°s 587 et s.

(250) Cass. soc., 21 nov. 2012, n° 10-17.978 : *Bull. civ.* 2012, V, n° 299 ; *RJS* 2/2013, n° 169 ; *JCPS* 2013, 1113, note Y. Pagnerre ; *JurisData* n° 2012-026457.

La jurisprudence a toutefois « progressivement consacré et développé des applications de cette exigence de bonne foi et de loyauté au moment de la formation du contrat »⁽²⁵¹⁾. L'avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations entérine cette extension⁽²⁵²⁾. Cette notion est « susceptible de deux acceptions. La première s'attache à l'intégrité de l'intention, l'ignorance légitime, la droiture du regard. La seconde, au contraire, se réfère à la finalité et à l'économie de la relation juridique, et se traduit par le devoir de ne pas abuser du droit »⁽²⁵³⁾. Quel que soit le sens retenu, la bonne foi constitue une limite à la liberté contractuelle, justifiée par les effets de son introduction : elle permet de sanctionner des comportements que la morale réprouve⁽²⁵⁴⁾. Le comportement des parties doit permettre au cocontractant « de déterminer avec confiance sa propre conduite »⁽²⁵⁵⁾. L'édiction du principe de bonne foi poursuit deux objectifs : 1) garantir l'expression d'un consentement éclairé ; 2) protéger les pourparlers. Lors de la négociation, sont mis « en présence des intérêts contraires, que chacune des parties entend bien défendre et servir, mais qui convergent ponctuellement »⁽²⁵⁶⁾.

615. – Un devoir. La méfiance qui, à des degrés divers, caractérise souvent la relation qu'entretiennent, à l'origine, les parties à la négociation, est atténuée par le devoir de loyauté qui leur est imposé. Il implique de ne pas tromper l'autre partie et de ne pas exploiter son éventuelle faiblesse ou infériorité. « L'exigence de loyauté dans les relations contractuelles oblige [donc] à communiquer à son partenaire toutes les informations dont on dispose qui seraient de nature à éclairer son consentement »⁽²⁵⁷⁾. C'est sur ce terrain qu'elle va principalement jouer, « l'ignorance étant l'une des principales causes d'infériorité de l'une des parties par rapport à l'autre, le droit positif impose à cette dernière de rétablir l'égalité dans la procédure contractuelle »⁽²⁵⁸⁾. La confiance, nécessaire à la négociation, ne peut s'établir et se maintenir que si l'intention de s'engager est réelle. L'entretien par l'une des parties de faux espoirs de succès ne sera pas sans influence sur de futurs échanges.

616. – Le devoir de loyauté garantit également le bon déroulement des pourparlers et les conditions dans lesquels ils peuvent être rompus. La liberté de rompre varie selon le degré d'avancement de la négociation. Plus celle-ci est avancée, plus les motifs permettant de l'exercer seront appréciés strictement par les juges⁽²⁵⁹⁾. Le respect du principe de bonne foi et de sa déclinaison, le devoir de loyauté, est une exigence permanente.

(251) Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Les obligations*, Sirey, 14^e éd. 2014, p. 380.

(252) Avant-projet, art. 1103 : « Les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi ».

(253) L. Aynès, *L'obligation de loyauté* : *Arch. phil. dr.* 2000, p. 195 et s., spéc. p. 198.

(254) « La bonne foi assure d'abord une meilleure adéquation du droit à la règle morale », elle permet à cette dernière « d'accéder à la vie juridique », P. Jourdain, *Rapport français sur la bonne foi*, in *Trav. Assoc. H. Capitant*, 1992, p. 121 et s., spéc. p. 121. La locution elle-même peut être rattachée à l'idée de morale : « le mot, composé d'un substantif d'allure religieuse, auquel est accolé un qualificatif d'appréciation morale, risque fortement d'induire en erreur », G. Lyon-Caen, *De l'évolution de la notion de bonne foi* : *RTD civ.* 1946, p. 75 et s., spéc. p. 76.

(255) L. Aynès, *L'obligation de loyauté* : *Arch. phil. dr.* 2000, p. 195 et s., spéc. p. 197.

(256) *Ibid.*, p. 195 et s., spéc. p. 200.

(257) P. Jourdain, *Rapport français sur la bonne foi*, in *Trav. Assoc. H. Capitant*, 1992, p. 121 et s., spéc. p. 124.

(258) J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil*, t. I, *La formation du contrat*, LGDJ, 4^e éd. 2013, spéc. n° 482, p. 354. Du devoir de loyauté résulte l'obligation précontractuelle d'information qui, lorsqu'elle est violée, constitue une réticence dolosive. V., dans le même ouvrage, n° 1516, p. 1254.

(259) Sur l'ensemble de ces points, V. C. Nicod, *L'obligation de négocier dans les relations collectives de travail*, thèse Lyon II, 1999, p. 432 et s.

II. – La loyauté, élément de la négociation collective

617. – La place de la loyauté dans le droit de la négociation collective est débattue (A). Mais les effets de sa présence peuvent être constatés en tout état de cause (B).

A. – Une transposition débattue

618. – **L'incapacité du juge à prendre position.** L'application au droit de la négociation collective du concept de bonne foi, donc du devoir de loyauté, suscite quelques controverses. Il est parfois reproché au concept de bonne foi « d'être porteur d'une subjectivité particulièrement inopportune dans le domaine des relations collectives ». « Les résonances morales de la bonne foi [risquent d'embarasser] le contrôle de la négociation de considérations idéologiques fort éloignées des conceptions de certains, si ce n'est, pour des raisons diverses, de l'ensemble des interlocuteurs »⁽²⁶⁰⁾. Cette défiance n'est pas partagée par tous⁽²⁶¹⁾. Rien ne s'oppose à ce que ceux qui ont la charge de ce contrôle se prononcent comme ils le font ou le feraient pour tout contrat civil qui leur est ou leur serait soumis. Refuser leur intervention sur ce point conduit à extraire l'accord collectif du contexte dans lequel il est négocié et conclu, notamment de la lutte de pouvoir dont il peut émerger. Il ne s'agit pas de vérifier en opportunité si la négociation devait être engagée et si telle ou telle disposition méritait d'être discutée, mais d'examiner le comportement des participants à la négociation afin que celle-ci ne soit pas feinte. La subjectivité dont ferait preuve l'institution judiciaire pourrait contribuer à la protection de la communauté de travail par la sanction de pratiques inappropriées. L'impartialité dont sait faire preuve le juge civil n'a nulle raison de cesser lorsqu'est abordée la matière sociale.

619. – **Des rapports conflictuels avec le droit de grève.** Un autre obstacle à l'application du devoir de loyauté dans le droit de la négociation collective tiendrait au droit de grève dont disposent les salariés au nom desquelles s'expriment les organisations syndicales parties à la négociation. Dès lors, certains considèrent que « l'exigence de bonne foi issue du droit civil s'accommode mal du droit de grève, car elle postule l'interdiction de nuire »⁽²⁶²⁾ ; or « les salariés peuvent à tout moment préférer le conflit à la négociation, interrompre brutalement les négociations pour se lancer dans l'épreuve de force »⁽²⁶³⁾. En est déduite une incompatibilité entre devoir

(260) M.-A. Rotschild-Souriac, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse Paris I, 1986, p. 518. – V., dans le même sens, M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, spéc. n° 629, p. 519 (« La notion de bonne foi implique une appréciation subjective du comportement des parties sur le fond même de la négociation ; or, les règles de la négociation qui résultent de l'article L. 131-1 reposent sur la définition des conditions objectives de la négociation. Les textes ne mentionnent pas la bonne foi »). – C. Nicod, *L'obligation de négocier dans les relations collectives du travail*, thèse Lyon 2, 1999, p. 434 (« Le contrôle de la bonne foi dans les négociations par le juge suppose ainsi une appréciation subjective des comportements des protagonistes. Cette subjectivité est manifeste lorsque le juge doit apprécier le détail des propositions et contre-propositions réciproques, afin d'apprécier si leurs auteurs avaient véritablement l'intention de parvenir à un accord »).

(261) M. Puech, *L'obligation, au regard du droit pénal, d'engager une négociation annuelle dans les entreprises* : *Dr. soc.* 1984, p. 49 et s., spéc. p. 52. – B. Teysié, *Les aspects juridiques de la négociation collective dans l'entreprise* : *JCP E* 1985, n° 8, p. 7 et s., spéc. p. 17.

(262) C. Nicod, *L'obligation de négocier dans les relations collectives du travail*, thèse Lyon 2, 1999, p. 439.

(263) J. Pélissier, *La loyauté dans la négociation collective* : *Dr. ouvrier* 1997 ; p. 496 et s., spéc. p. 497.

de loyauté des organisations syndicales et exercice du droit de grève par les salariés qu'elles ont vocation à représenter. Le propos ne saurait être admis. Il oublie que : 1) organisations syndicales et salariés ne se confondent pas ; rien n'exclut d'exiger des premières un comportement loyal tout en laissant aux salariés la possibilité de se mettre en grève, d'autant qu'en France, hormis dans le secteur public, nul préavis syndical n'est requis ; 2) lorsqu'un mouvement de grève est déclenché, l'obligation de loyauté n'est pas pour autant mise entre parenthèses, ni à l'égard de ceux qui y sont associés, ni de ceux qui l'ont suscitée ou encouragée ; les sanctions prononcées ou susceptibles d'être prononcées à l'encontre de ceux qui se livrent à des pratiques abusives ou la provoquent en témoignent. Reste qu'il pourrait être « souhaitable d'envisager une articulation de la négociation avec la grève, en considérant qu'il y a une dynamique qui conduit de l'une à l'autre : ce qui permet de sortir de la grève par la négociation, et de faire arbitrer un désaccord à l'issue de la négociation par la grève. Ceci imposerait une réglementation du droit de grève qui assurerait l'efficacité du système de négociation : la grève n'étant alors que la poursuite de la négociation par d'autres moyens »⁽²⁶⁴⁾.

620. – Il peut aussi être envisagé de donner place à un accord de programmation comportant une disposition limitant la faculté d'appel à la grève des syndicats⁽²⁶⁵⁾. Sa méconnaissance serait de nature à justifier le prononcé de sanctions à l'encontre des organisations syndicales, voire à frapper d'illicéité la grève suivie par les salariés. Le contrôle par le juge des raisons pour lesquelles la négociation, préalable à la grève, a finalement conduit à son déclenchement revêtirait une grande importance.

621. – **L'obstacle de la situation d'inégalité.** Pour exclure l'application des concepts de bonne foi et de loyauté en matière de négociation collective, un ultime argument est avancé : « en droit commun, la bonne foi se justifie notamment parce qu'elle s'impose à toutes les parties à la négociation »⁽²⁶⁶⁾ ; la négociation collective, conçue comme un droit des salariés, et d'eux seuls, ne saurait accorder place à de tels concepts qu'à l'égard des employeurs⁽²⁶⁷⁾. Cette analyse, si elle était retenue, conduirait à une complète « déresponsabilisation » des organisations syndicales et de ceux au nom desquels elles ont vocation à s'exprimer. Une telle situation peut être d'autant moins admise que l'article L. 2242-4 du Code du travail prévoit qu'en cas d'échec de la négociation annuelle obligatoire, un procès-verbal de désaccord doit être établi mentionnant notamment, « en leur dernier état, les propositions respectives des parties », ce qui implique que les organisations syndicales ne soient pas cantonnées à une simple attitude de refus mais aient manifesté leur volonté de parvenir à un accord, donc aient fait preuve de loyauté.

622. – En bref, l'exigence de loyauté, corollaire de l'obligation de bonne foi, vaut pour chacune des parties à la négociation d'un accord collectif et sa méconnaissance

(264) D. Corrigan-Carsin, *Loyauté et droit du travail*, in *Mél. H. Blaise*, Economica, 1995, p. 125 et s., spéc. n° 20, p. 135.

(265) V. *supra*, nos 538 et s.

(266) C. Nicod, *L'obligation de négocier dans les relations collectives du travail*, thèse Lyon 2, 1999, p. 439.

(267) M.-A. Rotschild-Souriac, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse Paris I, 1986, p. 518. – M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, spéc. n° 629, p. 519. – J. Pélissier, *La loyauté dans la négociation collective : Dr. ouvrier* 1997, p. 496 et s., spéc. p. 497. – C. Nicod, *L'obligation de négocier dans les relations collectives du travail*, thèse Lyon 2, 1999, p. 439.

peut justifier le prononcé de sanctions quel que soit l'auteur du manquement relevé. Si ce dernier n'était constaté qu'après la signature de l'accord, le vice qui en résulterait, né du dol perpétré et de l'erreur commise par celui qui en aurait été victime, serait même de nature à justifier l'annulation du contrat collectif intervenu.

B. – Des effets reconnus

623. – La notion de loyauté est connue des relations collectives de travail. Elle est inscrite à l'article L. 3122-36 du Code du travail relatif à la négociation préalable à la mise en place du travail de nuit. Selon ce texte, l'engagement sérieux et loyal de la négociation « implique pour l'employeur d'avoir : 1° convoqué à la négociation les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et fixé le lieu et le calendrier des réunions ; 2° communiqué les informations nécessaires leur permettant de négocier en toute connaissance de cause ; 3° répondu aux éventuelles propositions des organisations syndicales ». La loyauté est également présente à l'article L. 2242-10 du Code du travail. Il apparaît au bout du compte que si des obligations ne pèsent que sur l'employeur (1°), d'autres sont à la charge de tous (2°).

1° Des obligations incombant à l'employeur

624. – Le devoir de loyauté incombant au seul employeur au temps de la négociation d'un accord collectif comporte deux déclinaisons majeures, tenant en un double interdit de l'unilatéral (a) et de l'instrumentalisation (b).

a) L'interdiction de l'unilatéral

625. – **Une limitation.** Aux termes de l'article L. 2242-3 du Code du travail, « tant que la négociation est en cours (...) L'employeur ne peut, dans les matières traitées, arrêter de décisions unilatérales concernant la collectivité des salariés, sauf si l'urgence le justifie ». Le champ de cette interdiction, qui pèse sur le seul employeur, est circonscrit à la négociation résultant des articles L. 2242-1 et suivants du Code du travail, ce que confirme la Cour de cassation⁽²⁶⁸⁾. Pour autant, et sans aller jusqu'à prétendre que « la prise de décision unilatérale par l'employeur est incompatible avec la négociation » et « en est la négation même »⁽²⁶⁹⁾, l'employeur a intérêt à être vertueux et à éviter de manière générale, sur les thèmes soumis à négociation, de prendre des décisions unilatérales. Une clause d'un éventuel accord de programmation pourrait le prévoir expressément⁽²⁷⁰⁾.

626. – **Un champ limité.** En tout état de cause, la renonciation temporaire de l'employeur à l'adoption de décisions unilatérales pendant le cours de la négociation ne vaut que pour les mesures à caractère collectif. Ainsi, l'attribution à un salarié d'une augmentation de salaire ou la conclusion, avec lui, d'une convention de forfait en jours sur l'année n'ont pas à être différées alors même qu'est engagée la négociation annuelle sur les salaires et le temps de travail. Mais la multiplication de

(268) Cass. soc., 29 juin 1994, n° 91-18.640 : *Bull. civ.* 1994, V, n° 219 ; *RJS* 8-9/1994, n° 1022 ; *JCP G* 1995, n° 43, IV, 2169 ; *Dr. soc.* 1995, p. 43 et s., note J. Savatier ; *JurisData* n° 1994-001421.

(269) J. Pélessier, *La loyauté dans la négociation collective : Dr. ouvrier* 1997 ; p. 496 et s., spéc. p. 502.

(270) *V. supra*, n°s 538 et s.

décisions individuelles au sein d'un service pourrait sombrer dans l'illégalité si elle dissimulait une décision collective. Ce mécanisme vise à sanctionner l'employeur qui doit aussi se garder, en amont, de tenter de vider de son contenu une négociation à venir en prenant par avance des décisions sur des thèmes qui avaient vocation à faire l'objet de celle-ci, ce qui reviendrait à tenter de faire obstacle au droit des salariés à la négociation collective⁽²⁷¹⁾.

627. – Une période limitée. Mais de l'interdit, quelles sont les « bornes temporelles » ? Le point de départ doit être placé au jour de la convocation de la première réunion de négociation et non à la date où elle se tient. La Cour de cassation n'hésite pas à sanctionner l'employeur qui prend une décision unilatérale alors que les organisations syndicales ont été convoquées à la négociation ; peu importe qu'une première réunion n'ait pas encore eu lieu⁽²⁷²⁾ ; un tel comportement traduit un manquement à l'obligation de bonne foi. Qu'en est-il de la date à laquelle l'interdit prend fin ? Si les parties ont, à l'ouverture de la négociation, établi un calendrier des réunions, la dernière prévue constituera ce terme. À défaut, et en l'absence d'accord, l'établissement du procès-verbal de désaccord permet de fixer la date ici visée⁽²⁷³⁾.

628. – Une exception. L'interdiction évoquée subit enfin une limite générale tenant à la survenance d'une situation d'urgence. Reconnaître celle-ci peut être le fruit d'un accord avec les organisations syndicales. À défaut, la saisine du juge selon une procédure d'urgence peut se révéler pertinente : la nécessité de protéger les biens de l'entreprise ou de sauvegarder sa situation économique peuvent caractériser l'urgence invoquée⁽²⁷⁴⁾. Prendre une décision unilatérale ne traduit pas ici un manquement à l'obligation de loyauté. Elle est imposée, dans l'intérêt de tous, par des événements imposant d'agir vite pour sauvegarder l'outil économique et l'emploi.

b) L'interdiction de l'instrumentalisation

629. – Une instrumentalisation vouée à l'échec. L'employeur tenté par l'adoption de décisions unilatérales dans des circonstances où elles lui sont interdites en raison de l'ouverture de la négociation d'un accord collectif, ne saurait espérer une quelconque légitimation de son attitude parce qu'il aurait consulté les instances de représentation du personnel compétentes. S'appuyer sur leur consultation pour essayer d'éviter que soit condamné le manquement à l'obligation de loyauté à l'égard des organisations syndicales est voué à l'échec.

2° Des obligations incombant à tous

630. – Inviter toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise à la négociation semble n'imposer d'obligation qu'à l'employeur. Une analyse plus nuancée, toutefois, doit être privilégiée (a). Plus nettement imposées à tous sont les obligations relatives à la préparation et au déroulement de la négociation (b).

(271) Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-19.594 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 298 ; *RJS* 2/2001, n° 212 ; *Dr. soc.* 2001, p. 212 et s., note C. Radé ; *JurisData* n° 2000-007129.

(272) Cass. soc., 29 juin 1994, n° 91-18.640 : *Bull. civ.* 1994, V, n° 219 ; *RJS* 8-9/1994, n° 1022 ; *JCP G*, n° 43, IV, 2169 ; *Dr. soc.* 1995, p. 43 et s., note J. Savatier ; *JurisData* n° 1994-001421.

(273) *V. infra*, n°s 705 et s.

(274) S. Mraouahi, *La règle de droit saisie par l'urgence*, thèse Strasbourg, 2014, p. 256.

a) Une invitation

631. – L'employeur doit inviter toutes les organisations représentatives dans l'entreprise⁽²⁷⁵⁾. Cette obligation a un corollaire : les « négociations séparées » sont prohibées.

632. – **Une exigence collective.** Le caractère collectif de l'invitation à négocier vaut pour toute négociation, y compris celle d'un avenant de révision⁽²⁷⁶⁾.

633. – D'abord imposée à l'employeur, cette obligation ne demeure pas sans effet à l'égard des syndicats. Ainsi ne sauraient-ils exiger des négociations séparées⁽²⁷⁷⁾, refuser la présence d'une personne dans une délégation syndicale concurrente, demander à bénéficier d'un plus grand nombre de représentants que les autres. Céder à ce type de sollicitation exposerait l'employeur à être condamné en raison de l'atteinte au droit syndical ; mais l'exercice de semblables poursuites à l'encontre de l'auteur des dites sollicitations ne saurait être exclu. Sur le plan civil, ce dernier et l'employeur pourraient avoir à subir une condamnation à dommages-intérêts. Le tout ne saurait, en outre, faire oublier, si la négociation s'était néanmoins déroulée et si un accord avait été conclu, les risques courus en ce qui concerne la validité de ce dernier.

634. – L'obligation d'inviter l'ensemble des organisations syndicales représentatives peut conduire à des situations singulières. Tel est le cas lorsqu'est négocié un accord ne concernant qu'une catégorie professionnelle déterminée relevant d'un collège électoral⁽²⁷⁸⁾, aucune concordance n'ayant été établie entre le périmètre de négociation et le périmètre d'appréciation de la représentativité syndicale. Ainsi, un syndicat de cadres doit être convoqué alors même que seuls les ouvriers et employés sont visés par le projet d'accord.

635. – **L'exclusion du séparatisme.** Pendant le cours de la négociation d'un accord d'entreprise, la conduite de négociations séparées avec un ou plusieurs syndicats est exclue. Mais la difficulté tient parfois au flou qui entoure la frontière *a priori* tracée entre négociation séparée – qui est bannie – et discussion bilatérale, entre l'employeur et une organisation syndicale, qui est une pratique fréquente en cours de négociation, et est licite. Distinguer suppose de mesurer, ce qui est nécessairement fort complexe, voire impossible, la portée réelle de pareilles discussions. S'il est, sur le principe, incontestable que « la loyauté dans la négociation implique que tous les acteurs de la négociation reçoivent les mêmes informations, les mêmes propositions, les mêmes contre-propositions, entendent les mêmes argumentations émanant d'une même personne »⁽²⁷⁹⁾, la pratique peut nourrir des situations assez éloignées des préceptes formulés sans que les manquements intervenus puissent être démontrés.

b) Une coopération

636. – **Une obligation d'information.** Lorsqu'une négociation est ouverte, il est important que les syndicats présents disposent d'informations complètes, remises

(275) La négociation préélectorale fait l'objet d'une disposition spécifique. Les organisations syndicales à inviter sont celles qui sont intéressées (C. trav., art. L. 2314-3 et L. 2324-3).

(276) Cass. soc., 10 mai 1995, n° 92-43.822 : *RJS* 6/1995, n° 676 ; *JurisData* n° 1995-001990.

(277) Cass. soc., 13 juill. 1988, n° 86-16.302 : *Bull. civ.* 1988, V, n° 454.

(278) C. trav., art. L. 2232-13.

(279) J. Péliissier, *La loyauté dans la négociation collective : Dr. ouvrier* 1997 ; p. 496 et s., spéc. p. 498.

par l'employeur, sur les thèmes en débat. La qualité de ce dernier mais aussi, plus profondément, la loyauté des discussions, en dépendent. Au titre de la négociation obligatoire, l'article L. 2242-2, 2° du Code du travail précise ainsi qu'elles doivent notamment « permettre une analyse comparée de la situation des hommes et des femmes concernant les emplois et les qualifications, les salaires payés, les horaires effectués et l'organisation du temps de travail ». Il ne saurait être question de se borner – même si beaucoup d'informations y figurent – à remettre aux membres de chaque délégation le rapport relatif à la situation économique de l'entreprise⁽²⁸⁰⁾ ou le bilan social et le rapport de situation comparée des femmes et des hommes⁽²⁸¹⁾.

637. – Connu du droit civil, le lien entre information et bonne foi est également présent dans le droit de la négociation collective. En attestent l'article L. 2232-20 du Code du travail qui fait de l'information l'un des thèmes à aborder dans l'accord de programmation et l'article L. 2242-10 qui lie l'engagement sérieux et loyal de la négociation à la communication des informations nécessaires à la conduite d'échanges menés en connaissance de cause. Cette communication doit intervenir suffisamment tôt avant l'ouverture des négociations pour permettre l'assimilation par les représentants des salariés des données qui leur sont transmises. Le tout participe à la création d'un « climat de coopération [contribuant] à réduire les a priori et les méfiances respectives »⁽²⁸²⁾. Si des demandes complémentaires peuvent être présentées par les organisations syndicales, elles doivent être raisonnables, leur auteur devant avoir conscience des contraintes qui pèsent sur l'employeur⁽²⁸³⁾.

638. – La base de données économiques et sociales dont doivent disposer toutes les entreprises où est constitué un comité d'entreprise pourrait-elle constituer le vecteur de cette transmission ? Les dispositions légales qui aujourd'hui la gouvernent n'inclinent pas à l'admettre *a priori* ; mais un accord en ce sens, conclu avec l'ensemble de ceux appelés à négocier l'accord collectif envisagé, pourrait ouvrir la voie à pareille formule.

639. – **Une attitude positive.** Au-delà des communications d'informations précédemment évoquées, qui valent surtout pour l'employeur mais sont aussi requises des syndicats s'ils détiennent des informations utiles pour les autres parties à la négociation, celle-ci implique un devoir général de coopération qui suppose, entre autres, de savoir consentir à des concessions pour qu'elle progresse de manière positive. L'article L. 2242-10 du Code du travail participe d'un tel devoir lorsqu'il impose à l'employeur de répondre de manière motivée aux propositions des organisations syndicales, condition d'une négociation sérieuse et loyale. L'opposition permanente d'une délégation syndicale serait aussi répréhensible qu'un éventuel comportement déloyal de l'employeur. La loyauté vaut pour tous...

(280) C. trav., art. L. 2323-47.

(281) C. trav., art. L. 2323-68 et L. 2323-57.

(282) D. Corrigan-Carsin, *Loyauté et droit du travail*, in *Mél. H. Blaise*, *Economica*, 1995, p. 125 et s., spéc. n° 19, p. 134.

(283) Celui-ci ne peut, par exemple, faire état d'informations individuelles. Le degré de précision des informations en dépend parfois. V. not. CA Versailles, 1^{er} ch., 1^{er} sect., 27 mai 1993, n° 3422/92.

§ 2. – Des sanctions

640. – Lorsque des obligations de négocier ont été créées par le législateur, elles ont été souvent assorties d'une sanction pénale afin d'en assurer l'effectivité (I). Sur le plan civil, certains agissements peuvent être condamnés par le juge (II). En d'autres hypothèses, des sanctions administratives, généralement pécuniaires, peuvent être prononcées (III).

I. – Sanctions pénales

641. – **Sanction du manquement à l'obligation de négocier.** Le manquement de l'employeur à l'obligation de négocier est d'abord sanctionné sur le fondement de l'article L. 2243-1 du Code du travail. Est uniquement condamné le refus d'entrer en négociation lorsque l'employeur n'a pas pris l'initiative de l'engager et refuse en outre de convoquer les organisations syndicales représentatives alors que l'une d'elles l'a demandé⁽²⁸⁴⁾. Ni l'absence d'initiative, ni un comportement ouvertement hostile à la négociation ne sont, en soi, répréhensibles⁽²⁸⁵⁾. Sur le même modèle, l'obligation de négocier sur les modalités d'exercice du droit d'expression des salariés fait l'objet d'une contrainte pénale⁽²⁸⁶⁾. Par ailleurs, le délit d'entrave à la désignation des délégués du personnel⁽²⁸⁷⁾ ou à la constitution du comité d'entreprise⁽²⁸⁸⁾ peut être constitué lorsque l'employeur se refuse à organiser les élections professionnelles dans l'entreprise. Or, cette organisation se traduit d'abord par l'invitation des syndicats intéressés à la négociation du protocole d'accord préélectoral⁽²⁸⁹⁾.

642. – Si l'employeur est le seul débiteur de ces différentes obligations, la sanction pénale ne pèse, logiquement, que sur lui. Tel est le cas lorsqu'il lui revient d'engager la négociation sur les thèmes dits « obligatoires ». Il est ainsi directement ou implicitement visé aux articles L. 2243-1 et L. 2283-1 du Code du travail. Cette contrainte a l'ambition d'assurer l'effectivité du droit des salariés à la négociation collective sur des thèmes sélectionnés par le législateur. La situation est différente

(284) N'est ainsi incriminé que le respect de « l'obligation formelle d'organiser des réunions avec les délégations syndicales. Peu importe que l'employeur se soit refusé à toute proposition au cours de ces réunions » (J. Savatier, *L'obligation de négociation annuelle dans l'entreprise : quelle sanction ?* : Dr. soc. 1990, p. 154). En outre, contrairement à ce que certains auteurs avaient pu envisager (M. Puech, *L'obligation, au regard du droit pénal, d'engager une négociation annuelle dans les entreprises* : Dr. soc. 1984, p. 49 et s., spéc. p. 50 et M.-A. Rotschild-Souriac, *Le droit à la négociation et sa sanction* : Dr. soc. 1982, p. 729 et s., spéc. p. 733), l'employeur ne peut être sanctionné pour n'avoir pas pris l'initiative de la négociation ; seul son refus de l'ouvrir est susceptible de l'être.

(285) Si la question de la sanction pénale susceptible de frapper l'employeur qui négocie de mauvaise foi a été posée lors de la création des obligations de négocier, une telle sanction ne pouvait être adoptée. En effet, « l'obligation de loyauté ne peut peser sur une seule des parties (l'employeur) ; toutes les parties engagées y sont soumises. Dès lors, si l'on voulait s'engager dans la voie de la répression, la mauvaise foi devait être sanctionnée d'où qu'elle vint, de droite comme de gauche (*brevitatis causae*). Inutile de dire qu'on aurait assisté à une belle levée de boucliers... Quant à n'édicter de sanction qu'à l'encontre des employeurs, c'eût été inélégant et contraire au principe d'égalité devant la loi pénale. Somme toute, le législateur a bien fait de ne rien faire » (M. Puech, *L'obligation, au regard du droit pénal, d'engager une négociation annuelle dans les entreprises* : Dr. soc. 1984, p. 49 et s., spéc. p. 52).

(286) C. trav., art. L. 2283-1.

(287) C. trav., art. L. 2316-1 qui sanctionne la non-exécution de l'article L. 2314-3.

(288) C. trav., art. L. 2328-1 qui sanctionne la non-exécution de l'article L. 2324-4.

(289) L'employeur est exposé à une sanction pénale lorsqu'il refuse, alors que les conditions de sa constitution sont réunies, d'engager la négociation afin d'instituer un comité de groupe (C. trav., art. L. 2335-1) ou un comité d'entreprise européen (C. trav., art. L. 2346-1).

pour la négociation du protocole d'accord préélectoral où l'auteur éventuel de l'infraction ne transparait pas à la lecture du texte. Il peut s'agir de l'une ou l'autre des parties, mais aussi d'un tiers à la négociation. Le droit protégé se singularise du précédent : l'objectif est de garantir aux salariés leur représentation au sein de la communauté de travail.

643. – Sanction du manquement aux obligations relatives au contenu de la négociation. Aux termes de l'article 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 € »⁽²⁹⁰⁾. La négociation triennale obligatoire visée aux articles L. 2242-13 et suivants du même code fait son retour dans le champ pénal. Si l'article L. 2242-19, alors relatif à la négociation sur l'emploi des salariés âgés, était initialement cité, la loi du 1^{er} mars 2013⁽²⁹¹⁾, l'avait retiré de la liste précédente, dans le prolongement de la position retenue par la Cour de cassation⁽²⁹²⁾. L'ensemble des négociations annuelles et triennales relèvent, à compter du 1^{er} janvier 2016, du texte d'incrimination. Le manquement aux obligations relatives au contenu de la négociation est entendu largement : le caractérise le refus d'inclure une catégorie professionnelle dans le champ de la discussion⁽²⁹³⁾ ou de traiter d'une question qui relève de l'un des thèmes obligatoires. En outre, du renvoi à l'article L. 2242-1 du Code du travail⁽²⁹⁴⁾ qui définit de manière large le contenu des négociations, se déduit l'éventuelle constitution du délit d'entrave lorsque certaines informations font défaut. Seul débiteur des obligations, l'employeur est seul exposé à un risque pénal.

644. – Sanction de la violation de l'interdiction de prendre des décisions unilatérales. Ni l'article L. 2243-1 ni l'article L. 2243-2 du Code du travail ne visent l'interdiction faite à l'employeur de prendre des décisions unilatérales au cours de la négociation prévue à l'article L. 2242-3. Cet agissement est cependant contraire à l'existence d'une obligation de négocier, laquelle « revêt un double aspect : entamer la négociation et, celle-ci engagée, négocier réellement »⁽²⁹⁵⁾. S'il n'est point d'obligation de résultat en ce qui concerne l'obtention d'un accord, la tenue de la négociation semble relever de cette qualification. Ainsi, l'obligation de moyen relative à la conclusion de l'accord se traduit par l'obligation de résultat de mener

(290) Texte tel qu'il résulte de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

(291) L. n° 2013-185, 1^{er} mars 2013, portant création du contrat de génération : JO 3 mars 2013, p. 3943 et s.

(292) Cass. crim., 7 déc. 2010, n° 10-83.902 : *Bull. crim.* 2010, n° 198 ; JCP S 2011, 1226, note A. Stocki ; *JurisData* n° 2010-025688. Lorsque la chambre criminelle s'est prononcée, l'article L. 2243-2 visait l'article L. 2242-19 relatif à la négociation sur l'emploi des salariés âgés. De manière étonnante, la Cour de cassation, tirant argument de la recodification et d'une mauvaise rédaction du nouveau texte, a considéré que la négociation triennale échappait à toute sanction pénale. Le législateur s'est pourtant rangé à cette position qui, si elle est favorable aux employeurs, fait peu de cas de la rigueur juridique. Certains auteurs considèrent que la violation de l'obligation triennale de négocier pourrait être sanctionnée sur le fondement du délit d'entrave à l'activité syndicale (X. Delassault et A.-L. Dodet, *L'obligation triennale de négociation dans l'entreprise est-elle dépourvue de sanctions pénales ? : Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1489, p. 7 et s., spéc. p. 9).

(293) Cass. crim., 28 mars 1995, n° 92-80.694 : *Bull. crim.* 1995, n° 130 ; RJS 10/1995, n° 1033 ; JCP G 1995, n° 25, IV, 1634 ; *JurisData* n° 1995-000986.

(294) Texte tel qu'il résulte de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

(295) M. Puech, *L'obligation, au regard du droit pénal, d'engager une négociation annuelle dans les entreprises : Dr. soc.* 1984, p. 49 et s., spéc. p. 50.

la négociation. Par conséquent, le fait de prendre des décisions unilatérales alors que cette dernière est ouverte, s'il constitue un manquement au devoir de loyauté, pourrait également être sanctionné pénalement en raison d'une entrave à l'exercice du droit syndical. En effet, l'article L. 2146-1 du Code du travail renvoie notamment à l'article L. 2143-3 qui traite de la désignation du délégué syndical, lequel a pour mission de représenter son syndicat auprès de l'employeur. La négociation collective relève de son mandat. Dès lors, un comportement inadapté à l'exercice de ce droit pourrait constituer un obstacle à la bonne exécution de sa mission de représentation, donc un délit sanctionné pénalement aux termes de l'article L. 2146-1 du Code du travail. La lecture extensive de ce texte ici proposée, si elle augmente le risque pénal pour l'employeur, peut également permettre de sanctionner l'organisation syndicale ou le tiers qui ferait obstacle au bon déroulement de la négociation⁽²⁹⁶⁾.

II. – Sanctions civiles

645. – Injonction. Droit de la communauté de travail, le droit à la négociation collective reçoit parfois l'appui du juge, soucieux de son effectivité. Ainsi, lorsque l'une des parties à la négociation refuse d'engager une négociation obligatoire ou de s'y présenter, le président du tribunal de grande instance peut le lui ordonner en référé. Les organisations syndicales qui considèrent que les informations que l'employeur leur a remises sont insuffisantes sont également susceptibles d'agir sur ce fondement pour qu'elles leur soient adressées. Cette injonction de communication peut s'accompagner d'une astreinte⁽²⁹⁷⁾. De même, le juge est en mesure de suspendre, en procédure d'urgence, l'application de décisions unilatérales tant que celles-ci n'ont pas fait l'objet de la négociation obligatoire en méconnaissance de laquelle elles ont été prises⁽²⁹⁸⁾. De telles sanctions visent avant tout à ce que le droit méconnu reçoive rapidement traduction.

646. – Responsabilité. Loi professionnelle, l'accord de branche revêt une qualité particulière en ce qu'il peut réglementer la négociation dans les entreprises qui appartiennent à son champ d'application. Ainsi, l'accord du 23 février 1982 sur la durée du travail conclu dans la branche de la métallurgie prévoit à son article 24 une obligation conventionnelle de négocier sur le temps de travail⁽²⁹⁹⁾ ; la remise d'informations aux délégations syndicales doit intervenir au moins deux semaines avant la première réunion. La responsabilité contractuelle des parties peut être engagée lorsque, comme dans la situation ici évoquée, un accord de niveau supérieur ou un accord antérieur imposait des contraintes particulières et qu'elles sont méconnues. Cette situation justifie l'application de la clause pénale parfois insérée et, en tout

(296) Peuvent être citées les situations où certaines organisations syndicales, qui ont quitté la table des négociations, font pression sur les autres pour qu'elles ne les poursuivent pas, ou celles dans lesquelles des salariés s'opposent à ce que leurs représentants puissent accéder à la réunion de négociation.

(297) Cass. soc., 13 juill. 1988, n° 86-16.302 : *Bull. civ.* 1988, V, n° 454.

(298) Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-19.594 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 398 ; *RJS* 2/2001, n° 212 ; *Dr. soc.* 2001, p. 212 et s., note C. Radé ; *JurisData* n° 2000-007129.

(299) Cette obligation a rapidement perdu de son intérêt lorsque la loi du 13 novembre 1982 a introduit dans le Code du travail le texte qui correspond aujourd'hui à l'article L. 2242-8. Elle subsiste cependant.

état de cause, une action en exécution forcée de la convention. Elle trouve son fondement dans les articles 1134 et 1147 du Code civil et dans l'article L. 2262-4 du Code du travail.

647. – La responsabilité délictuelle de l'employeur et des organisations syndicales peut aussi être engagée, les exposant à condamnation au paiement de dommages-intérêts lorsque des prescriptions légales ont été transgressées et qu'un préjudice en résulte pour autrui. Peuvent notamment ouvrir droit à indemnisation la prise de décisions unilatérales par l'employeur pendant la négociation obligatoire ou la communication d'informations parcellaires. Au-delà, peuvent être concernées toutes les négociations, et non uniquement celles revêtant un caractère obligatoire. La solvabilité de l'employeur faisant peu de doute, sa responsabilité, plus que toute autre, est recherchée. Celle des organisations syndicales n'est pourtant pas exclue⁽³⁰⁰⁾. Elle ne serait pas limitée à la seule instrumentalisation de la négociation lorsque les syndicats poursuivent des intérêts personnels⁽³⁰¹⁾. Mais le demandeur doit, quelle que soit la qualité du défendeur, apporter la preuve de la faute commise et du préjudice supporté.

648. – L'invocation d'une perte de chance résultant de la non-conclusion d'un accord en raison du comportement de l'une des parties à la négociation a été admise en 2008⁽³⁰²⁾. En l'espèce, un chef d'entreprise s'était engagé par accord collectif à négocier tous les ans, au cours de la négociation obligatoire, le montant d'une prime dont le versement était acquis. Cet engagement n'ayant pas été tenu, un salarié avait invoqué, avec succès, une perte de chance source de préjudice. La responsabilité des organisations syndicales, partenaires de l'employeur dans la négociation, aurait également pu être engagée.

649. – **Nullité.** L'annulation suppose que des agissements graves mettent en péril le droit de la communauté de travail à une forme « d'autoréglementation ». Tel est le cas lorsque l'employeur prend, au cours de la négociation obligatoire, des décisions unilatérales : la Cour de cassation considère qu'elles sont entachées de nullité⁽³⁰³⁾. Cette décision ne possédant qu'une base légale vacillante, un débat a éclos⁽³⁰⁴⁾ : les mesures prises par l'employeur ne devraient-elles pas être seulement suspendues jusqu'à ce que la négociation soit achevée ?

650. – L'acte atteint par la nullité peut aussi être l'accord collectif lui-même. Le vice résulte ici du non-respect du processus de négociation, notamment lorsque

(300) Y. Pagnerre, *Responsabilité des partenaires sociaux du fait des conventions et accords collectifs* : JCP S 2012, 1001. – Dans le même sens, M.-F. Mialon, *Information, consultation et négociation peuvent-elles conduire à engager la responsabilité civile des organes représentatifs du personnel ?* : Dr. soc. 1986, p. 94 et s., spéc. p. 99.

(301) « Une action en responsabilité ne pourrait dès lors qu'être fondée sur un détournement de pouvoir, c'est-à-dire sur la constatation de ce que le syndicat a utilisé le pouvoir que la loi lui confère dans un intérêt autre que celui des salariés ». C. Nicod, *L'obligation de négocier dans les relations collectives du travail*, thèse Lyon 2, 1999, p. 494. – V. également M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, spéc. n° 559, p. 469.

(302) Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 07-44.874 : *JurisData* n° 2008-046043.

(303) Cass. soc., 29 juin 1994, n° 91-18.640 : *Bull. civ.* 1994, V, n° 219 ; *RJS* 8-9/1994, n° 1022 ; *JCP G* 1994, n° 43, IV, 2169 ; *Dr. soc.* 1995, p. 43 et s., note J. Savatier ; *JurisData* n° 1994-001421.

(304) J. Savatier, *L'interdiction des décisions unilatérales de l'employeur au cours de la négociation annuelle d'entreprise* : *Dr. soc.* 1995, p. 43 et s., spéc. p. 48. – Dans le même sens, Y. Chalaron, *La conduite de la négociation* : *Dr. soc.* 1990, p. 584 et s., spéc. p. 595. – *Contra*, C. Nicod, *L'obligation de négocier dans les relations collectives du travail*, thèse Lyon 2, 1999, p. 499.

les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ou l'établissement n'y ont pas été convoquées⁽³⁰⁵⁾. Une telle situation peut être volontaire. Elle peut aussi résulter du défaut de qualité des représentants des organisations syndicales lorsque l'employeur invite un délégué syndical dont le mandat a été révoqué ou a pris fin lors des dernières élections. Un vice du consentement peut également être invoqué en vue de détruire l'accord intervenu. Sont essentiellement concernés, en raison du contexte dans lequel ils interviennent, les accords de fin de conflit⁽³⁰⁶⁾. Enfin, les élections professionnelles peuvent être annulées lorsque la négociation du protocole d'accord préélectoral fut irrégulière⁽³⁰⁷⁾.

III. – Sanctions administratives

651. – Suspension du bénéfice des « allègements Fillon ». Devenues un instrument des politiques publiques, les incitations à négocier se sont multipliées⁽³⁰⁸⁾. Leur respect peut se traduire par l'allocation de ressources financières ou la diminution de prélèvements sociaux. Mais, dans les entreprises qui entrent dans le champ des articles L. 2242-1 et suivants du Code du travail, le bénéfice de la réduction des cotisations patronales dues au titre des salariés dont la rémunération n'excède pas un certain montant⁽³⁰⁹⁾ est subordonné à la tenue de la négociation obligatoire. L'article L. 241-13, VII du Code de la sécurité sociale dispose que si l'employeur ne tient pas la négociation obligatoire sur les salaires, prévue à l'article L. 2242-5 du Code du travail⁽³¹⁰⁾, au cours de l'année civile, le montant de la réduction est diminué de 10 % ; elle est supprimée lorsque l'obligation n'est pas remplie pendant trois années consécutives. Cette sanction souligne l'importance pour l'employeur de se ménager la preuve de l'engagement de la négociation sur les salaires effectifs lorsqu'il n'est pas parvenu à un accord sur le sujet, sachant que la négociation obligatoire peut conduire à la conclusion d'accords sur les autres thèmes.

652. – Pénalité financière. Aux termes des articles L. 2242-9⁽³¹¹⁾, L. 5121-8 et L. 5121-9 du Code du travail, une négociation doit s'ouvrir, dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, préalablement à l'élaboration par l'employeur d'une décision unilatérale en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et de contrat

(305) Cass. soc., 2 déc. 1998, n° 97-11.677 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 352 ; *RJS* 1/1999, n° 78 ; *Dr. soc.* 1999, p. 198 et s., note G. Bélier ; *JurisData* n° 1998-004641. – Cass. soc., 9 févr. 2000, n° 97-22.619 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 59 ; *RJS* 3/2000, n° 309 ; *D.* 2001, p. 740 ; *JurisData* n° 2000-000478. – Cass. soc., 12 oct. 2006, n° 05-15.069 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 305 ; *RJS* 12/2006, n° 1298 ; *JCP S* 2007, 1008, note B. Gauriau ; *RDT* 2007, p. 186 et s., note M.-A. Rotschild-Souriac ; *JurisData* n° 2006-035407.

(306) Cass. soc., 8 nov. 1984, n° 82-14.816 : *Bull. civ.* 1984, V, n° 423 ; *RTD civ.* 1985, p. 368 et s. ; *JurisData* n° 1984-701858.

(307) Cass. soc., 4 juill. 1990, n° 89-60.035 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 351 ; *RJS* 10/1990, n° 795 ; *JurisData* n° 1990-703078. – Cass. soc., 4 févr. 1997, n° 95-60.983 : *Bull. civ.* 1997, V, n° 49 ; *Dr. soc.* 1997, p. 434 et s., note G. Couturier ; *JurisData* n° 1997-000446. – Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 11-19.106 : *RJS* 4/2012, n° 369. – Cass. soc., 24 oct. 2012, n° 11-60.199 : *Bull. civ.* 2012, V, n° 276 ; *RJS* 1/2013, n° 61 ; *JCP S* 2012, 501, note S. Miara ; *JurisData* n° 2012-023927.

(308) L'exemple le plus marquant est offert par la loi du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail. Elle prévoyait en son article 3 le principe d'une aide pour les entreprises qui réduisaient la durée du travail en application d'un accord collectif et procédaient en contrepartie à des embauches ou préservaient des emplois.

(309) CSS, art. 241-13, I.

(310) C. trav., art. L. 2242-5, issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-8).

(311) C. trav., art. L. 2242-9, issu de la loi du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-5-1).

de génération. À défaut, l'employeur est exposé à une pénalité financière qui peut atteindre un montant égal à 1 % des gains et rémunérations des salariés jusqu'à ce qu'il ait régularisé la situation. Dans ces circonstances, la négociation est envisagée comme un outil de politique publique. La communauté de travail est instrumentalisée au nom de son appartenance à la Nation. Pourtant, l'employeur demeure seul responsable vis-à-vis de l'État alors même que la participation des salariés et leur investissement dans le traitement des thèmes visés sont souvent primordiaux. Leur désintérêt rend difficile l'atteinte des objectifs fixés par les pouvoirs publics.

S O U S - S E C T I O N 2

Des moyens

653. – Afin de mener à bonne fin la mission qui leur est confiée de représentation des salariés, les membres des délégations syndicales présentes à la négociation d'un accord collectif bénéficient du temps nécessaire pour la préparer et y assister (§ 1), mais également d'un statut leur permettant d'y tenir un rôle actif (§ 2).

§ 1. – Le temps

654. – **Les réunions de négociation.** L'article L. 2232-18 du Code du travail pose le principe selon lequel « le temps passé à la négociation est rémunéré comme temps de travail à échéance normale ». La logique est connue : le temps passé par les représentants des salariés à exercer leurs missions au service de la collectivité de travail ne peut entraîner une diminution de leur rémunération. Ainsi les heures passées en négociation ne s'imputent pas sur le crédit d'heures des délégués syndicaux ou des élus qui composeraient la délégation syndicale. Le choix effectué par le législateur de « rémunérer comme temps de travail » le temps passé peut être regretté. L'exercice de leurs fonctions permet en effet à certains de se « constituer des heures supplémentaires » notamment lorsque les réunions de négociation ont lieu en dehors de l'horaire de travail, ce qui conduit à un dépassement de la durée légale ou conventionnelle de travail. Il aurait été préférable de prévoir l'absence de perte de rémunération. Certains abus seraient ainsi prévenus. En effet, la représentation de la collectivité de travail ne doit pas être « valorisable » sur le plan pécuniaire⁽³¹²⁾. L'engagement au service des autres salariés ne doit pas faire l'objet d'une rémunération complémentaire. Il faut éviter toute instrumentalisation de la négociation en vue de la transformer en source annexe de rémunération.

655. – **La préparation de la négociation.** Dans les entreprises d'au moins cinq cents salariés, chaque section syndicale bénéficie d'un crédit global supplémentaire

(312) Elle peut l'être en revanche sur le plan des compétences, comme le prévoient notamment l'article 53 de l'accord du 9 septembre 2010, relatif au rôle, aux moyens et à la carrière des représentants du personnel, signé au sein de la société Dassault Aviation, et l'article 20 de l'accord du 19 juillet 2006 sur le développement du dialogue social dans le groupe Safran.

d'heures de délégation « au profit de son ou ses délégués syndicaux et des salariés de l'entreprise appelés à négocier »⁽³¹³⁾. Ce temps est destiné à permettre aux membres de la délégation syndicale de préparer la négociation à venir. Son importance doit être relativisée : 1) ce crédit s'élève à dix heures par an dans les entreprises d'au moins cinq cents salariés et à quinze heures dans celles d'au moins mille salariés⁽³¹⁴⁾ ; 2) il « est alloué globalement et annuellement quel que soit le nombre d'accords conclus dans l'entreprise au cours de la même année »⁽³¹⁵⁾ ; 3) il ne concerne, eu égard à la lettre des textes en vigueur, que les négociations conduites dans l'entreprise ; 4) s'il est librement réparti entre les délégués syndicaux et les salariés membres de la délégation syndicale, rien ne permet d'affirmer que ces derniers bénéficient des mêmes prérogatives que les premiers, notamment quant à la faculté de se déplacer dans l'entreprise afin d'aller au contact des membres de la collectivité de travail. Ces questions ont vocation à être traitées dans l'accord de programmation. Certains accords ont déjà emprunté cette voie⁽³¹⁶⁾.

§ 2. – La compétence

656. – L'acquisition de la compétence. Le rapport Auroux prévoyait, concernant la négociation collective d'entreprise, que des moyens devaient être offerts aux délégués syndicaux afin qu'ils soient « mieux à même de discuter avec l'employeur les termes de l'accord d'entreprise »⁽³¹⁷⁾. Ainsi une information suffisante doit être remise et les salariés désignés doivent avoir reçu la formation nécessaire pour la traiter. En effet, l'analyse des données adressées par l'employeur suppose leur compréhension, elle-même subordonnée à une certaine maîtrise des sujets abordés.

657. – En 1985, le congé de formation économique, sociale et syndicale a été créé. S'il ne permet pas « de donner à l'ensemble des responsables syndicaux la formation de base dans l'ensemble des domaines essentiels pour les relations du travail : analyse économique et financière, droit social »⁽³¹⁸⁾, il constitue un socle minimum de connaissances qui « vise à la fois à donner un langage commun aux parties, et à les mieux armer dans leur confrontation »⁽³¹⁹⁾. Après qu'il ait été pris en charge par l'intermédiaire du fonds paritaire de financement des organisations syndicales de salariés et des organisations professionnelles d'employeurs⁽³²⁰⁾, l'article L. 3142-8 du

(313) C. trav., art. L. 2143-16.

(314) Si l'on rapporte ces heures aux heures de délégation dont bénéficient globalement les délégués syndicaux dans les entreprises de cette taille, le crédit supplémentaire est résiduel (C. trav., art. L. 2143-13 et R. 2143-2 : vingt heures par mois et par délégué syndical).

(315) Cass. soc., 2 juin 2004, n° 01-44.474 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 160 ; *RJS* 2004, n° 1165, *JurisData* n° 2004-023934.

(316) V. not. Accord 9 sept. 2010 relatif au rôle, aux moyens et à la carrière des représentants du personnel, art. 11.2, signé au sein de la société Dassault Aviation. – Accord 8 janv. 2013 sur l'évolution des relations syndicales et sociales, art. 6.3.1, signé au sein de la société Michelin. – Accord 30 nov. 2011 pour un nouveau dialogue social dans l'entreprise, art. 6, signé au sein de la société Renault.

(317) Rapport Auroux, *Les droits des travailleurs*, Doc. fr., 1981, p. 3.3.2, p. 53.

(318) N. Schiffer, rapporteur de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale pour le projet de loi relatif au congé de formation économique, sociale et syndicale : *JOAN* 14 déc. 1985, p. 6172.

(319) A. Supiot, *Les syndicats et la négociation collective* : *Dr. soc.* 1983, p. 63 et s., spéc. p. 70.

(320) Dans le cadre du 3° de l'article L. 2135-11 du Code du travail.

Code du travail issu de la loi du 17 août 2015⁽³²¹⁾ prévoit la conclusion d'une convention entre l'employeur et les organisations syndicales afin de définir les modalités de rémunération du salarié. Aujourd'hui, de manière surprenante, l'article L. 2145-1 du Code du travail accorde le bénéfice de ce congé aux salariés appelés à exercer des fonctions syndicales. L'article L. 3142-7 du même code l'admet pour tout salarié.

658. – Les formations dispensées sont le plus souvent constituées « d'interventions à caractère économique, juridique, historique »⁽³²²⁾ ou syndical. Elles visent en principe à faire de ceux qui les suivent des juristes et des gestionnaires, au fait du droit du travail, « spécialistes des régimes de protection sociale et des dispositifs de formation professionnelle, rompus (...) aux techniques de la communication »⁽³²³⁾.

659. – La réception de ces dispositions varie selon les entreprises en fonction de l'importance qu'elles donnent au dialogue social. Pourtant, « l'intérêt n'est pas négligeable, pour l'interlocuteur patronal, de se trouver face à des représentants syndicaux éclairés et donc conscients des possibilités réelles de l'entreprise »⁽³²⁴⁾. C'est pourquoi certains accords de programmation prévoient des formations *ad hoc* « en interne »⁽³²⁵⁾ afin d'éviter des situations de blocage uniquement liées à l'incompréhension de la matière abordée.

660. – Le recours à un expert peut également permettre aux membres de la délégation syndicale de négociier en appréhendant mieux les enjeux des dispositions discutées. À ce jour, ce recours est envisagé par la loi dans un seul cas : lorsque la négociation d'un accord de maintien de l'emploi est engagée. L'article L. 5125-1 du Code du travail décide qu'un expert-comptable peut être désigné par le comité d'entreprise pour accompagner les organisations syndicales dans l'analyse du diagnostic et dans la négociation, dans les conditions prévues à l'article L. 2325-35. Un seul expert est désigné, et non un pour chaque organisation, lesquelles n'ont pas l'initiative de la désignation. Toutefois, rien ne les empêche de faire appel à des consultants ou à des experts qu'elles financent elles-mêmes⁽³²⁶⁾. Cette question trouve sa place dans un accord de programmation : peut être prévue une expertise supplémentaire dont le coût fera l'objet d'une répartition particulière⁽³²⁷⁾.

661. – **L'expression de la compétence.** Parmi les critères permettant de déterminer la représentativité d'une organisation syndicale, figure l'indépendance⁽³²⁸⁾, notamment, en pratique, vis-à-vis de l'employeur. Elle est renforcée par le statut conféré aux représentants des syndicats et du personnel dans l'entreprise. Il garan-

(321) L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, art. 25 (JO 18 août 2015, p. 14346 et s).

(322) Circ. n° 87/11, 3 nov. 1987, relative au congé de formation économique, sociale et syndicale : *BO Travail* 87-25, p. 52.

(323) M. Delebarre, ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle, débats sur le projet de loi relatif au congé de formation économique, sociale et syndicale : *JOAN* 14 déc. 1985, p. 6174.

(324) N. Schiffler, rapporteur de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale pour le projet de loi relatif au congé de formation économique, sociale et syndicale : *JOAN* 14 déc. 1985, p. 6172.

(325) V. not. Accord 9 sept. 2010, relatif au rôle, aux moyens et à la carrière des représentants du personnel, art. 54, signé au sein de la société Dassault Aviation. – Accord 8 janv. 2013, sur l'évolution des relations syndicales et sociales, art. 7, signé au sein de la société Michelin. – Accord 19 juill. 2006, sur le développement du dialogue social dans le groupe Safran, art. 10.3.

(326) M.-A. Rotschild-Souriac, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse Paris I, 1986, p. 531.

(327) La profusion des recours par le comité d'entreprise à l'expertise s'oppose cependant, en pratique, à l'introduction de dispositions conventionnelles en ce sens.

(328) C. trav., art. L. 2121-1, 2°.

tit la « conciliation de l'assujettissement né du contrat de travail et de l'indépendance matérielle et morale requise par l'accomplissement d'un mandat d'intérêt collectif »⁽³²⁹⁾. Membres de la délégation syndicale chargée de négocier un accord, les délégués syndicaux bénéficient, en application de l'article L. 2411-1 du Code du travail, d'une protection générale dans l'exercice de leur mandat contre le licenciement. Lors de la négociation, s'ils s'en tiennent au seul exercice de leur liberté d'expression, ils sont moins exposés aux éventuelles pressions exercées par l'employeur. L'écart avec les salariés non-titulaires de mandat est important sur ce point. Certains auteurs s'en émeuvent⁽³³⁰⁾. En réalité, la protection des intéressés, bien qu'indirecte, est réelle. En effet, l'article L. 1132-1 du Code du travail interdit les sanctions, licenciements ou mesures discriminatoires directes ou indirectes prononcés à l'encontre d'un salarié en raison de ses activités syndicales. Si les partenaires sociaux tenaient absolument à mettre en place un statut particulier, pourrait être instaurée par voie conventionnelle une protection similaire à celle légalement établie au profit du délégué syndical. Rien ne démontre que l'administration du travail, saisie d'une demande d'autorisation de licenciement sur le fondement de l'accord intervenu en ce sens, se déclarerait compétente eu égard au caractère purement conventionnel du statut protecteur ainsi forgé. En revanche, une commission interne à l'entreprise pourrait être créée pour examiner la situation des salariés éventuellement concernés et ainsi limiter le risque de « sanctions pour les opinions émises dans l'exercice de leur mission »⁽³³¹⁾.

662. – Conclusion. Le bon déroulement de la négociation d'une convention ou d'un accord collectif suppose à la fois une préparation suffisante en amont afin d'éviter la cristallisation des débats sur des points qui, *in fine*, ne pourront pas être insérés dans l'accord, et une prise de conscience collective de l'importance de faire des concessions réciproques afin de parvenir à la détermination d'un dispositif conforme à l'intérêt de l'entreprise. La responsabilité de tous est engagée. C'est dans cette période que les salariés peuvent véritablement agir sur le contenu de l'accord, que les organisations syndicales peuvent nourrir des ambitions sur l'adaptation de règles légales à la réalité de la communauté de travail et que l'employeur peut faire de l'accord négocié un instrument au service de la gestion de l'entreprise.

(329) A. Supiot, *Les syndicats et la négociation collective* : Dr. soc. 1983, p. 63 et s., spéc. p. 70.

(330) A. Supiot, *Les syndicats et la négociation collective* : Dr. soc. 1983, p. 63 et s., spéc. p. 70. – M.-A. Rotschild-Souriac, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse Paris I, 1986, p. 532.

(331) A. Supiot, *Les syndicats et la négociation collective* : Dr. soc. 1983, p. 63 et s., spéc. p. 71.

C H A P I T R E 2

LE DÉNOUEMENT DE LA NÉGOCIATION

663. – Des actes préparatoires précèdent le dénouement de la négociation (Section 1), marqué par d’ultimes discussions avant qu’elle ne s’achève (Section 2).

S E C T I O N 1

Un dénouement préparé

664. – Quelle que soit l’issue envisagée, l’employeur doit préparer le terrain à l’éventuelle conclusion de l’accord d’entreprise. La procédure de signature qui donne au texte sa qualité d’accord collectif doit être déterminée pour permettre d’ultimes discussions sereines entre les parties et limiter les risques de contentieux (Sous-section 2). Le consentement exprimé par l’employeur constituant une décision de gestion, les juges ont considéré que la consultation des représentants du personnel était nécessaire. La loi a récemment pris en compte les critiques de la doctrine (Sous-section 1).

S O U S - S E C T I O N 1

La consultation des représentants du personnel

665. – La négociation collective, lorsqu’elle se tient dans l’entreprise, « conduit à un rapprochement délicat des rôles respectifs des délégués syndicaux et des représentants du personnel, en particulier du comité d’entreprise »⁽¹⁾. Ce dernier est appelé à jouer un rôle important lors du dénouement de la négociation (§ 1). Ses prérogatives emportent celles d’autres instances (§ 2).

(1) P.-Y. Verkindt, *De la consultation à la négociation : questions de procédure* : Dr. soc. 1998, p. 321 et s., spéc. p. 321.

§ 1. – Un premier rôle

666. – Une vedette. Le comité d'entreprise occupe, dans le droit de la négociation collective, une place particulière. Il n'y participe pas directement : elle constitue une prérogative des organisations syndicales représentatives. Son intervention était toutefois réclamée⁽²⁾ au motif qu'il « faut rompre avec le cloisonnement sclérosant entre institution désignée et institution élue, chacune d'elles devant activement participer à la création de la norme collective »⁽³⁾. Sa consultation permettrait de mesurer s'il est conforme au souhait de la majorité des salariés. L'articulation du rôle de l'instance consulté avec celui de l'instance négociatrice est cependant difficile : « quel rapport la consultation (...) et la négociation dans l'entreprise (...) entretiennent entre elles ? S'agit-il d'un rapport de subsidiarité ? Dans l'affirmative au profit de quel mécanisme cette subsidiarité s'établit-elle, sachant que cette subsidiarité entraînera nécessairement la primauté d'une catégorie d'acteurs sur l'autre ? Dans la négative et donc dans une hypothèse de complémentarité, selon quelle chronologie la combinaison de la consultation et de la négociation doit-elle s'opérer ? »⁽⁴⁾. Alors que la consultation du comité d'entreprise s'inscrit dans une logique d'examen des décisions unilatérales, la Cour de cassation a retenu une logique de complémentarité dans un arrêt du 5 mai 1998⁽⁵⁾.

667. – Une entrée en scène incertaine. Le principe de la consultation retenu, par un attendu sibyllin⁽⁶⁾, la chambre sociale ne tranche pas pour autant la question de la chronologie à respecter. Il est acquis qu'elle doit intervenir au plus tard avant la signature de l'accord par l'une des parties, laquelle empêche toute modification ultérieure et prive donc d'effet toute discussion avec les représentants élus du personnel. Mais si elle est menée lors de l'ouverture de la négociation, elle ne porte que sur les premières propositions du chef d'entreprise ou de l'organisation syndicale ayant sollicité cette ouverture. La norme en définitive retenue sera sans doute différente. Selon le rapporteur de l'arrêt rendu en 1998, « la logique veut (...) qu'une telle consultation soit en réalité effectuée dès l'engagement de la négociation collective dès lors que celle-ci a un objet suffisamment déterminé. C'est en effet à ce moment-là que la consultation est de nature à produire l'effet le plus utile, de manière à orienter la discussion entre les partenaires sociaux sans pour autant compromettre leur liberté de négociation »⁽⁷⁾.

668. – Une telle position soulève des interrogations quant à la notion de décision de l'employeur devant faire l'objet d'une consultation telle que définie par la même juridiction quelques mois auparavant. Entre dans le champ de l'article L. 2323-6 du Code du travail toute « manifestation de volonté d'un organe dirigeant qui

(2) Elle est déjà acquise concernant la mise en place d'un dispositif d'intéressement (C. trav., art. L. 3312-7).

(3) D. Boulmier, *Consultation et négociation dans l'entreprise : la navette sociale, un remède à la pesanteur* : Dr. ouvrier 1998, p. 350 et s., spéc. p. 351.

(4) P.-Y. Verkindt, *De la consultation à la négociation : questions de procédure* : Dr. soc. 1998, p. 321 et s., spéc. p. 323.

(5) Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498 : Bull. civ. 1998, V, n° 219 ; RJS 6/1998, n° 750 ; D. 1998, p. 608 et s., note G. Auzero ; Dr. soc. 1998, p. 579 et s., note J.-Y. Frouin ; *JurisData* n° 1998-002031.

(6) « Cette consultation doit avoir lieu concomitamment à l'ouverture de la négociation et au plus tard avant la signature de l'accord ».

(7) J.-Y. Frouin, *Négociation collective et consultation du comité d'entreprise* : Dr. soc. 1998, p. 579 et s., spéc. p. 583.

oblige l'entreprise, [dont il ne résulte pas] nécessairement des mesures précises et concrètes »⁽⁸⁾. Dès lors, si la logique du rapporteur était poussée jusqu'au bout, deux consultations seraient nécessaires puisqu'il existe potentiellement deux décisions : 1) celle d'engager ou d'accepter d'engager la négociation avec les organisations syndicales représentatives sur un ou des thèmes déterminés ; 2) celle d'ouvrir à la signature un texte dont il sera fait application si les partenaires sociaux lui confèrent la qualité d'accord collectif. Seule la seconde peut être qualifiée de décision, la première ne crée en rien de droit pour l'un quelconque des interlocuteurs de l'employeur. Une certaine souplesse doit cependant être adoptée en pratique : une information du comité d'entreprise peut avoir lieu lors de l'ouverture de la négociation, seule la signature de l'accord qui en est issu faisant l'objet d'une consultation de cette instance.

669. – Un acteur au jeu limité. Alors qu'elle affirme le principe de la consultation du comité d'entreprise, la Cour de cassation en affaiblit la portée : « le défaut de consultation du comité d'entreprise, qui peut être sanctionné par ailleurs selon les règles régissant le fonctionnement des comités d'entreprise, n'a pas pour effet d'entraîner la nullité ou l'inopposabilité d'un accord collectif d'entreprise conclu au mépris de ces dispositions et dont la validité et la force obligatoire demeurent soumises aux règles qui lui sont propres »⁽⁹⁾. Seul le délit d'entrave, sur le manquement de l'employeur à l'obligation de consulter le comité, peut être caractérisé⁽¹⁰⁾. S'il est difficile d'imaginer des sanctions atteignant l'accord lui-même⁽¹¹⁾, il est une exception lorsqu'il est conventionnellement prévu que l'application de certaines mesures doit d'abord faire l'objet d'une concertation avec les instances représentatives du personnel, sous peine de suspension de ladite application⁽¹²⁾.

670. – Une étoile sur le déclin. Le 1^{er} janvier 2016, a pris effet l'article L. 2322-2, alinéa 2, du Code du travail, tel qu'issu de la loi du 17 août 2015 aux termes duquel « les projets d'accord collectif, leur révision ou leur dénonciation ne sont pas soumis à l'avis du comité d'entreprise »⁽¹³⁾. Le caractère formel et limité d'une telle consultation a été reconnu. Mais si l'intention du législateur est sans équivoque, la rédaction adoptée laisse la porte ouverte à quelques controverses⁽¹⁴⁾.

§ 2. – Des seconds rôles

671. – Des entrées en scène à articuler. Lorsque la négociation a lieu dans une entreprise divisée en établissements distincts, se pose la question de l'articulation

(8) Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 96-12.314 : *Bull. civ.* 1997, V, n° 375 ; *RJS* 12/1997, n° 1391 ; *D.* 1998, p. 245 et s., note A. Lyon-Caen ; *Dr. soc.* 1998, p. 87 et s., note M. Cohen ; *JurisData* n° 1997-004443.

(9) Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 219 ; *RJS* 6/1998, n° 750 ; *D.* 1998, p. 608 et s., note G. Auzero ; *Dr. soc.* 1998, p. 579 et s., note J.-Y. Frouin ; *JurisData* n° 1998-002031.

(10) *C. trav.*, art. L. 2328-1.

(11) « Que l'employeur, en signant un tel accord, ait omis de satisfaire aux obligations dans la prise de ses décisions est inopposable à ses cosignataires de l'accord et ne saurait affecter la validité de l'accord dès l'instant que ce n'est pas là une condition de validité dudit accord au regard de la loi », J.-Y. Frouin, *Négociation collective et consultation du comité d'entreprise* : *Dr. soc.* 1998, p. 579 et s., spéc. p. 584.

(12) Cass. soc., 13 nov. 2001, n° 99-10.891 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 343 ; *RJS* 1/2002, n° 51 ; *D.* 2002, p. 764 et s., note T. Katz ; *JurisData* n° 2001-011617.

(13) L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, art. 18, I, 2°, b) ; *JO* 28 août 2015, p. 14346 et s.

(14) Seuls les projets sont concernés ; la décision unilatérale de signer l'accord pourrait encore faire l'objet d'une consultation.

des consultations du comité central d'entreprise et des comités d'établissement. Une application combinée des articles L. 2327-2 et L. 2327-15 du Code du travail permet d'y apporter une réponse. Plusieurs situations peuvent se présenter. Elles dépendent du contenu de l'accord. S'il est conclu au niveau central et s'il est d'application directe, ne supposant pas d'adaptation au sein des différents établissements, seul le comité central d'entreprise doit être consulté puisque la décision est prise par l'employeur seul, chaque chef d'établissement n'étant qu'un exécutant. Son avis est toutefois adressé aux comités locaux⁽¹⁵⁾. En revanche, l'accord qui renvoie pour son application à des mesures prises dans chaque établissement doit faire l'objet d'un avis de leurs comités⁽¹⁶⁾. Une double consultation peut être requise, le comité central d'entreprise étant consulté, chaque comité d'établissement l'étant aussi. L'article L. 2327-15 du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 17 août 2015⁽¹⁷⁾, précise dans ce cas que les comités d'établissement sont consultés préalablement au comité central. Une clause de l'accord peut prévoir la suspension de l'application de l'accord tant que l'ensemble des consultations n'ont pas été menées⁽¹⁸⁾.

672. – Un second rôle parfois impératif. La Cour de cassation n'a jamais eu à se prononcer sur la compétence du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail lors de la négociation d'un accord collectif. Une solution analogue à celle retenue pour le comité d'entreprise doit être envisagée lorsque la négociation a abordé un ou plusieurs thèmes relevant de la compétence de ce comité. En effet, « lorsqu'il est consulté sur les problèmes généraux intéressant les conditions de travail, le comité d'entreprise doit disposer de l'avis du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail »⁽¹⁹⁾. Le champ des domaines de négociation concernés est étendu. En relève notamment ce qui tient à la durée, voire à l'organisation du temps de travail ou à la rémunération⁽²⁰⁾. Chronologiquement, cette consultation doit précéder celle du comité d'entreprise puisque l'avis rendu par le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail doit lui être transmis afin qu'il puisse se prononcer sur le projet qui lui est soumis.

(15) C. trav., art. L. 2327-2, al. 3 issu de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi : « Il est seul consulté sur les projets décidés au niveau de l'entreprise qui ne comportent pas de mesures d'adaptation spécifiques à un ou plusieurs établissements. Dans ce cas, son avis accompagné des documents relatifs au projet est transmis, par tout moyen, aux comités d'établissement ».

(16) Cass. soc., 13 nov. 2001, n° 99-10.891 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 343 ; *RJS* 1/2002, n° 51 ; *D.* 2002, p. 764 et s., note T. Katz ; *JurisData* n° 2001-011617.

(17) L. n° 2015-994, 17 août 2015, art. 15, III, relative au dialogue social et à l'emploi : *JO* 18 août 2015, p. 14346 et s.

(18) Cass. soc., 13 nov. 2001, n° 99-10.891 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 343 ; *RJS* 1/2002, n° 51 ; *D.* 2002, p. 764 et s., note T. Katz ; *JurisData* n° 2001-011617 : « La mise en œuvre de l'accord, au plan local, était expressément subordonnée à la consultation préalable des comités d'établissement », dès lors, le juge pouvait suspendre l'application de l'accord au respect de la procédure de consultation.

(19) Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-19.678 : *Bull. civ.* 2012, V, n° 215 ; *RJS* 10/2012, n° 814 ; *JCP S* 2012, 1399, note L. Cailloux-Meurice ; *D.* 2012, p. 1892 et s. ; *JurisData* n° 2012-014934.

(20) L'évaluation de la performance pouvant être de nature à créer une pression psychologique entraînant des répercussions sur les conditions de travail, Cass. soc., 28 nov. 2007, n° 06-21.964 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 201 ; *RJS* 2/2008, n° 135 ; *JCP S* 2008, 1070, note J.-B. Cottin ; *RDT* 2008, p. 180 et s., note P. Adam ; *JurisData* n° 2007-041630.

La détermination de la procédure de signature

673. – La phase de signature. Le moment de l'ouverture de la phase particulière du dénouement de la négociation que constitue la signature de l'accord doit être identifié. Lorsqu'un calendrier a, dès l'origine, été adopté, sa détermination est aisée. S'il a été établi par voie conventionnelle, il s'impose à tous et il ne peut être modifié que par voie de révision de l'accord intervenu. « Toute signature isolée avant que ne se soit tenue la dernière réunion prévue dans le calendrier est *a priori* suspecte et (...) susceptible d'atteindre la validité de l'accord qui en résulte »⁽²¹⁾. En ce qui concerne les conventions collectives de branche, le Conseil d'État considère qu'elles ne peuvent être étendues si elles ne sont pas signées en commission mixte paritaire, faute qu'aient été respectées les conditions de négociation⁽²²⁾. Les négociations séparées portent atteinte, de manière générale, au principe de loyauté⁽²³⁾ et peuvent entraîner la nullité de l'accord.

674. – Son déroulement. La phase de signature doit être distinguée de la phase de négociation au sens strict : la première ne peut s'ouvrir qu'à partir du moment où la seconde s'achève. Elle répond aux mêmes conditions ; toutes les organisations syndicales représentatives dans le champ de l'accord doivent être conviées. Il est plusieurs façons de procéder. « Notre droit ne paraît pas imposer une signature simultanée des différentes organisations en présence. Facteur de souplesse, la règle ouvre néanmoins la porte à certaines manœuvres discutables »⁽²⁴⁾. La signature « sur le siège », lors d'une réunion prévue à cet effet, dite « conclusive », présente un intérêt : les participants peuvent s'exprimer une dernière fois sur le projet d'accord et d'ultimes ajustements peuvent être opérés. Cette méthode évite la suspicion : toutes les organisations syndicales peuvent constater la régularité de la procédure. En outre, si la première signature émane d'une organisation syndicale catégorielle, la difficulté est qu'elle n'est pas en mesure de signer seule un accord intercatégoriel⁽²⁵⁾. La pratique de la réunion conclusive permet d'éviter tout débat, l'intervalle de temps où elle est seule signataire étant minime. De plus, limiter dans le temps la période de signature permet d'éviter les effets d'aubaine dont voudraient profiter les organisations syndicales en excluant qu'elles attendent que l'accord ait acquis une réalité juridique grâce à la signature d'organisations concurrentes pour soutenir qu'il était possible d'obtenir des avantages supplémentaires pour les salariés. Enfin, cette pratique permet de dater précisément la fin de la négociation, donc le moment où l'employeur retrouve la plénitude de son pouvoir de direction. La pratique de la « période de signature », qui a cours dans de nombreuses entreprises, doit en revanche être proscrite.

(21) C. Nicod, *L'obligation de négocier dans les relations collectives du travail*, thèse Lyon 2, 1999, p. 468.

(22) CE, 26 oct. 1988, n° 64675 : RJS 3/1989, n° 236.

(23) V. *supra*, n° 614.

(24) M.-A. Rotschild-Souriac, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse Paris I, 1986, p. 629.

(25) V. *infra*, n° 684.

Un dénouement accompli

675. – L'ouverture de la négociation a pour objet la conclusion d'un accord. La signature de ce dernier offre un dénouement heureux aux discussions menées (Sous-section 1). Mais les parties peuvent aussi se quitter sur un désaccord (Sous-section 2).

S O U S - S E C T I O N 1

Un succès

676. – De l'heureuse rencontre des volontés (§ 1), d'importantes conséquences résultent (§ 2).

§ 1. – Une heureuse rencontre

677. – La légitimité de l'accord collectif doit être assurée (I). Sa publicité est nécessaire (II).

I. – La quête de la légitimité

678. – L'accord collectif doit être constaté par écrit⁽²⁶⁾. La preuve de son existence en dépend⁽²⁷⁾. En outre, selon l'article L. 2231-4 du Code du travail, ses clauses et annexes doivent être rédigées en français ; à défaut, elles sont inopposables aux salariés. La présence sur l'accord de la signature des parties est également impérative ; elle permet de vérifier qu'il a reçu leur approbation (A). L'entrée en vigueur de l'accord suppose, de surcroît, l'absence d'opposition majoritaire (B).

A. – Condition de signature

679. – **Une légitimité parfois douteuse.** La position commune du 16 juillet 2001⁽²⁸⁾ a entendu assurer la légitimité des accords collectifs d'entreprise. Le choix entre la nécessité d'une majorité positive ou l'absence de majorité négative hostile devait être effectué au niveau de la branche ; à défaut, selon la loi du 4 mai 2004, l'accord ne devait pas faire l'objet de l'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales ayant recueilli au moins la moitié des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles. Depuis 2008, un dispositif hybride est applicable. Aux termes de l'article L. 2232-12 du Code du travail, l'accord collectif conclu dans une entreprise pourvue d'un ou plusieurs délégués syndicaux régulièrement désignés doit, pour être valide, réunir la signature « d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli

(26) C. trav., art. L. 2231-3.

(27) Cass. soc., 27 mars 1996, n° 93-46.631 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 120 ; *RJS* 5/1996, n° 579 ; *Dr. soc.* 1996, p. 641 et s., note J. Savatier.

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

au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants ». La position commune du 9 avril 2008⁽²⁹⁾ conférerait au seuil fixé un caractère expérimental « devant préparer l'adoption d'une véritable exigence majoritaire »⁽³⁰⁾.

680. – Les conditions dans lesquelles la validité de l'accord d'entreprise est appréciée ne sont pas absolument conformes à l'objectif initialement fixé de garantir la légitimité de la norme élaborée par les partenaires sociaux. En effet, seuls les résultats du premier tour des dernières élections sont pris en considération quand bien même le quorum n'aurait pas été atteint. La légitimité affichée de l'accord peut n'être qu'un faux-semblant.

681. – Proposition d'évolution. Des solutions alternatives peuvent être envisagées. Tout projet d'accord négocié par les organisations syndicales représentatives revêtu de la signature d'au moins l'une d'entre elles, mais insuffisante au regard de l'article L. 2232-12 du Code du travail, pourrait être soumis à un référendum auprès des salariés afin d'acquiescer la qualité d'accord collectif. Il n'y accéderait qu'à la condition d'avoir recueilli un nombre de suffrages déterminé par rapport au nombre d'inscrits sur les listes électorales. Une autre solution consisterait à réserver le bénéfice de certaines dispositions de l'accord aux seuls salariés ayant voté lors du premier tour des dernières élections. Les difficultés d'application d'une telle mesure rendent toutefois sa mise en œuvre délicate⁽³¹⁾.

682. – L'indisponibilité des conditions de validité, garantie de légitimité. Les conditions de validité des accords collectifs d'entreprise énoncées à l'article L. 2232-12 du Code du travail sont d'ordre public. Les partenaires sociaux ne peuvent, dans un accord de programmation, fixer un pourcentage d'engagement supérieur ou inférieur à 30 %. La Cour de cassation fait une application extensive de ce principe, La condition suspensive subordonnant l'application de l'accord à la signature de l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ne peut être introduite⁽³²⁾. Cette interprétation est contestable, car : 1) la liberté contractuelle des parties est excessivement limitée ; 2) une confusion est faite entre la validité de l'accord et son application⁽³³⁾.

683. – L'impossible accord, illustration de l'inaccessible légitimité. Le système élaboré rend parfois impossible la conclusion d'un accord collectif au sein de l'entreprise. Tel est le cas lorsque les organisations syndicales n'ont pas réuni au moins 30 % des

(29) Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du paritarisme.

(30) J.-F. Cesaro, *La négociation dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux* : *Dr. soc.* 2009, p. 658 et s., spéc. p. 666.

(31) La situation des salariés n'ayant pu voter pour une raison justifiée (absence imprévue, non-inscription sur les listes électorales en raison d'une ancienneté trop faible...) devra être envisagée. Leur « adhésion » à l'accord collectif devrait alors être rendue possible.

(32) Cass. soc., 4 févr. 2014, n° 12-35.333 : *Bull. civ.* 2014, V, n° 47 ; *RJS* 4/2014, n° 3 ; *JCPS* 2014, 1218, note E. Jeansen ; *Dr. soc.* 2014, p. 483 et s., note F. Petit ; *JurisData* n° 2014-001545.

(33) L'attendu de principe de l'arrêt indique en effet qu'un « accord collectif ne peut subordonner sa validité à des conditions de majorité différentes de celles de la loi ». Or, l'accord était valide, son application était simplement suspendue. La solution retenue par la Cour de cassation, qui écarte seulement la clause contenant la condition suspensive, est également surprenante.

suffrages exprimés lors des dernières élections. Cette situation se rencontre dans deux cas : 1) aucune organisation syndicale n'a acquis l'audience nécessaire pour que sa représentativité soit reconnue ; mais il est alors possible d'emprunter la voie de la négociation subsidiaire ; 2) une ou deux organisations syndicales ont accédé à la représentativité, mais le cumul des suffrages exprimés en faveur de chacune d'elles est inférieur à 30 %. Peut être rapprochée de cette éventualité le cas où seule une organisation syndicale catégorielle est reconnue représentative dans l'entreprise. Il est alors inutile de négocier un accord dans celle-ci puisque les organisations syndicales sont en mesure de désigner des délégués syndicaux, mais leur signature sera sans effet. Le recours à la négociation subsidiaire est ici exclu.

684. – Une légitimité particulière, la signature de l'organisation syndicale catégorielle. Compte tenu des modalités particulières selon lesquelles les organisations syndicales catégorielles acquièrent la représentativité, leur capacité de représentation est limitée par leurs statuts. Aux termes de l'article L. 2232-13 du Code du travail, elles peuvent négocier toute disposition applicable « à titre exclusif ou non »⁽³⁴⁾ aux catégories qu'elles ont vocation à représenter. Mais, même si une telle organisation a recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles, elle ne peut signer seule un accord collectif concernant l'ensemble des catégories professionnelles présentes dans l'entreprise⁽³⁵⁾. Afin d'apprécier le poids de sa signature comparé à celle d'autres organisations syndicales, il convient de rapporter son audience à l'ensemble des collèges électoraux⁽³⁶⁾.

685. – La recherche d'une légitimité de l'accord issu de la négociation subsidiaire. La négociation subsidiaire n'échappe pas à la recherche de légitimité. Elle est assurée lorsqu'il est exigé que l'accord négocié avec les représentants élus du personnel ait été signé par « des membres titulaires élus (...) représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles »⁽³⁷⁾. Elle l'est aussi lorsque la collectivité de travail est sollicitée directement afin d'approuver l'accord négocié par un représentant du personnel⁽³⁸⁾ ou un salarié⁽³⁹⁾ mandaté par une organisation syndicale.

686. – La légitimité renforcée. Lorsqu'une négociation peut aboutir à des dispositions qui doivent susciter l'adhésion du plus grand nombre, le législateur a considéré qu'une légitimité renforcée était indispensable. Tel est le cas pour des accords qui appartiennent à la négociation alternative, dérogeant, par essence, au droit commun⁽⁴⁰⁾, mais aussi lorsque sont traités des thèmes à fort enjeu social et économique : une majorité d'engagement est requise afin d'assurer la validité de l'accord conclu⁽⁴¹⁾.

(34) B. Teyssié, *Droit du travail. Relations collectives*, LexisNexis, 9^e éd. 2014, spéc. n° 1345, p. 736.

(35) Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-14.622 : *Bull. civ.* 2014, V, n° 170 ; *RJS* 10/2014, n° 716 ; *JCP S* 2014, 1447, note Y. Pagnerre ; *RDT* 2014, p. 701 et s., note G. Borenfreund ; *Dr. soc.* 2014, p. 1070 et s., note F. Petit ; *JurisData* n° 2014-014967.

(36) V. A. Martinon, *La négociation catégorielle* : *JCP S* 2011, 1207.

(37) C. trav., art. L. 2232-22, al. 3.

(38) C. trav., art. L. 2232-21-1.

(39) C. trav., art. L. 2232-27.

(40) C. trav., art. L. 2314-3-1 (protocole d'accord préélectoral) ; C. trav., art. L. 3312-5, 4^e (accord d'intéressement) et C. trav., art. L. 3323-1, 4^e (accord de participation).

(41) C. trav., art. L. 1233-24-1 (accord sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi) ; C. trav., art. L. 2242-20 tel qu'issu de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur au 1^{er} janvier 2016 (accord d'adaptation des règles de la négociation obligatoire) ; C. trav., art. L. 5125-4 (accord de maintien de l'emploi).

B. – Absence d'opposition

687. – L'opposition, dernière étape. Si le principe majoritaire, de droit commun, n'est pas encore appliqué, une majorité négative peut empêcher l'accord collectif régulièrement signé d'entrer en vigueur. Son accès à la vie juridique suppose « l'absence d'opposition d'une ou plusieurs des organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés »⁽⁴²⁾. Ce mécanisme permet d'affermir la légitimité de l'accord. La majorité ici visée est de la moitié des voix plus une⁽⁴³⁾. Seules les organisations représentatives dans le champ d'application de l'accord sont en mesure d'exercer le droit d'opposition. Il ne peut être pratiqué de manière partielle ; il concerne nécessairement l'ensemble de l'accord. Se pose la question du retrait de la signature d'abord apposée sur le texte de l'accord. Cette faculté n'est pas envisagée par l'article L. 2261-9 du Code du travail. Le silence de ce texte l'exclut. Reste l'éventualité qu'une organisation syndicale signataire dénonce l'accord une fois celui-ci entré en vigueur.

688. – Le processus d'opposition. L'accord signé doit être notifié à l'ensemble des organisations syndicales représentatives⁽⁴⁴⁾. Le plus souvent, l'employeur s'en charge : il l'adresse aux signataires et aux non-signataires. La réception constitue le point de départ du délai de huit jours dans lequel peut être exercé le droit d'opposition⁽⁴⁵⁾. L'organisation syndicale qui souhaite l'utiliser doit s'exprimer par écrit et motiver sa décision ; elle la notifie à l'ensemble des signataires⁽⁴⁶⁾. L'administration conférant à cette notification un caractère substantiel, l'identification du destinataire est fondamentale. La Cour de cassation considère que le courrier d'opposition doit être adressé en un lieu où le syndicat signataire dispose de locaux et où est présente une personne habilitée à le représenter ; à défaut, elle est privée d'effet⁽⁴⁷⁾. Il en va de même pour l'obligation de motivation qui permet aux signataires de connaître les conditions dans lesquelles une nouvelle négociation pourrait s'engager⁽⁴⁸⁾. Mais le juge ne se prononce pas sur l'opportunité des motifs invoqués ; il vérifie uniquement que ceux-ci ne sont pas de pure forme afin de garantir un usage raisonné du droit d'opposition⁽⁴⁹⁾.

II. – L'impératif de publicité

689. – La publicité de l'accord doit être effectuée auprès de nombreux interlocuteurs de l'entreprise. Bien que la loi n'en confie pas l'exclusivité à l'employeur, c'est souvent lui qui l'assure.

690. – Information des organisations syndicales. La notification de l'accord collectif à l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans son champ d'application,

(42) C. trav., art. L. 2232-12.

(43) Cass. soc., 10 juill. 2013, n° 12-16.210 : *Bull. civ.* 2013, V, n° 188 ; *RJS* 10/2013, n° 703 ; *JCP S* 2013, 1468, note Y. Pagnerre ; *RDT* 2013, p. 641 et s., note I. Odoul-Asorey ; *JurisData* n° 2013-014441.

(44) C. trav., art. L. 2231-5.

(45) C. trav., art. L. 2232-12.

(46) C. trav., art. L. 2231-8.

(47) Cass. soc., 9 févr. 1994, n° 91-14.580 : *Bull. civ.* 1994, V, n° 49 ; *RJS* 3/1994, n° 282 ; *Dr. soc.* 1994, p. 382 et s., note G. Borenfreund ; *JurisData* n° 1994-000201. – Cass. soc., 26 janv. 2012, n° 10-25.415 : *RJS* 4/2012, n° 373.

(48) Circ. DRT, 22 sept. 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, fiche n° 1 : *BO Travail* 5 nov. 2005, n° 2004-20 ; *JO* 31 oct. 2004.

(49) CA Paris, 23 nov. 2006, n° 05-12781.

prévue à l'article L. 2231-5 du Code du travail, constitue une forme de publicité. Elle leur permet, lorsqu'elles ne sont pas signataires, d'être informées du fait qu'ont été réunies les signatures nécessaires à son entrée en vigueur. Cette formalité est préalable à cette dernière puisqu'elle marque également le point de départ du délai d'opposition. Si celle-ci est formée avec succès, l'accord est réputé non écrit : il ne peut recevoir exécution ; la négociation peut être considérée comme un échec. Mais l'élaboration d'un procès-verbal de désaccord n'est pas requise : les courriers adressés, tant pour notifier l'accord intervenu que l'opposition formulée, suffisent à établir la réalité – indispensable si elle était obligatoire – de la négociation.

691. – Information des salariés et de leurs instances. Lorsque les formalités de dépôt ont été effectuées, il incombe à l'employeur d'assurer une large communication de l'accord aux salariés et à leurs représentants. L'avis affiché dans l'entreprise qui comporte l'intitulé des conventions et accords qui y sont applicables doit être modifié⁽⁵⁰⁾ dans le mois qui suit la conclusion d'un nouvel accord⁽⁵¹⁾. Dans le même temps, celui-ci est adressé aux représentants du personnel⁽⁵²⁾ et porté sur l'intranet de l'entreprise le cas échéant⁽⁵³⁾, le tout sous la menace de sanctions pénales⁽⁵⁴⁾ justifiées par la nécessité que toutes les personnes concernées par l'accord connaissent son existence ainsi que les droits et devoirs qui en résultent. Sur le plan civil, en l'absence d'information, l'accord est inopposable aux salariés⁽⁵⁵⁾ ; en outre, elle leur cause nécessairement un préjudice⁽⁵⁶⁾.

692. – Information de l'administration et du conseil de prud'hommes. Le dépôt de l'accord, à l'issue du délai d'opposition⁽⁵⁷⁾, doit être effectué auprès de la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi dans le ressort de laquelle il a été conclu⁽⁵⁸⁾. Il est également opéré auprès du greffe du conseil de prud'hommes compétent⁽⁵⁹⁾. Le dépôt poursuit un double objectif : faciliter le contrôle par l'inspecteur du travail de l'application des textes en vigueur dans l'entreprise⁽⁶⁰⁾ et permettre la consultation des accords par toute personne intéressée qui en formulerait la demande⁽⁶¹⁾. L'accord est accompagné d'un certain nombre de pièces, notamment d'un bordereau des données permettant à l'administration de procéder à un contrôle de validité de l'accord. Le dépôt revêt

(50) C. trav., art. R. 2262-3.

(51) C. trav., art. R. 2262-5.

(52) C. trav., art. R. 2262-2.

(53) C. trav., art. R. 2262-1, 3°.

(54) Une contravention de quatrième classe, C. trav., art. R. 2263-1 et R. 2263-2.

(55) Cass. soc., 31 mai 1989, n° 86-42.515 : *Bull. civ.* 1989, V, n° 412 ; *RJS* 7/1989, n° 605 ; *D.* 1991, p. 152, note J. Goineau ; *JurisData* n° 1989-702069. – Cass. soc., 28 févr. 1996, n° 93-42.058 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 75 ; *RJS* 4/1996, n° 426 ; *JurisData* n° 1996-000777.

(56) Cass. soc., 19 mai 2004, n° 02-44.671 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 134 ; *RJS* 7/2004, n° 810 ; *D.* 2004, p. 1642 et s. ; *JurisData* n° 2004-023747.

(57) Il est conseillé de ne pas procéder au dépôt trop rapidement puisque la date qui est retenue pour l'acte d'opposition est la date d'envoi du courrier. Dès lors, il convient de retenir un délai d'une dizaine de jours à compter de la réception du courrier de notification de l'accord.

(58) C. trav., art. D. 2231-2, D. 2231-4 et D. 2231-5.

(59) C. trav., art. D. 2231-2, al. 3.

(60) Circ. 25 juill. 1983, relative aux obligations incombant aux directions départementales du travail et de l'emploi en matière de dépôt des conventions et des accords collectifs de travail et d'information sur ces documents, pt 3 : *JO* 27 août 1093, p. 7914.

(61) C. trav., art. R. 2231-9.

également un intérêt particulier, en ce qui concerne les obligations de couverture puisque le récépissé délivré par l'administration permet de dater le moment à partir duquel l'entreprise a rempli son obligation. Il peut également servir à déterminer la date d'entrée en vigueur de l'accord qui, à défaut de disposition particulière, est fixée au lendemain du dépôt⁽⁶²⁾. Mais il ne constitue pas une condition de validité de l'accord lorsque les parties n'ont pas subordonné son application à l'exécution de cette formalité⁽⁶³⁾.

§ 2. – Un heureux malheur

693. – La conclusion d'un accord collectif est un acte important dans la vie de l'entreprise, à l'origine de contraintes tant pour l'employeur que pour les organisations syndicales (I), et d'une responsabilité partagée (II).

I. – Une rigidité inévitable

694. – Une fois signé, l'accord collectif échappe en partie à ceux qui lui ont donné naissance. Nul ne peut le modifier comme il l'entend. Le régime qui encadre son évolution à compter de cet instant garantit la stabilité de la norme conventionnelle assurant un minimum de sécurité juridique. Les parties à l'accord, ou certaines d'entre elles, peuvent se sentir dépossédées de leur accord dans trois situations : sa révision (A), sa dénonciation (B), sa mise en cause (C).

A. – Révision

695. – **Modalités de révision.** Un accord collectif peut être modifié par voie d'avenant. Selon l'article L. 2222-5 du Code du travail, « la convention ou l'accord prévoit les formes selon lesquelles et le délai au terme duquel il pourra être renouvelé ou révisé ». Une lecture extensive de ce texte laisse à penser que les parties disposent d'une large autonomie pour déterminer les modalités de révision des accords qu'elles négocient. L'article L. 2261-7 du même code apporte une première limite puisque seules les organisations syndicales représentatives parties à l'accord initial peuvent négocier un avenant de révision. Dès lors, en raison de l'évolution du paysage syndical après un changement de cycle électoral, il n'est pas exclu que la révision de certains accords soit impossible.

696. – **Révision et incorporation à l'accord initial.** L'avenant s'incorpore à l'accord initial⁽⁶⁴⁾, ce qui emporte plusieurs conséquences : 1) il revêt un caractère particulier car il ne peut être dénoncé en tant que tel ; une telle solution reviendrait à admettre une dénonciation partielle laquelle est, sauf clause spécifique, proscrite⁽⁶⁵⁾ ; 2) il n'est

(62) C. trav., art. L. 2261-1.

(63) Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 04-40.493 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 315 ; *RJS* 1/2007, n° 125 ; *JCP S* 2007, 1012, note G. Blanc-Jouvan ; *Dr. soc.* 2007, p. 109 et s., note P. Chaumette ; *JurisData* n° 2006-035414.

(64) C. trav., art. L. 2261-8 : « l'avenant portant révision de tout ou partie d'une convention ou d'un accord se substitue de plein droit aux stipulations de la convention ou de l'accord qu'il modifie ».

(65) Cass. soc., 16 oct. 1974, n° 73-11.562 : *Bull. civ.* 1974, V, n° 478 ; *JurisData* n° 1974-000478. – Cass. soc., 16 mars 1995, n° 93-13.371 : *Bull. civ.* 1995, V, n° 92 ; *RJS* 5/1995, n° 540 ; *Dr. soc.* 1995, p. 365 et s., note R. Kessous.

pas nécessaire d'assurer le suivi dans le temps, clause par clause, des signataires ; tous les signataires de l'accord initial sont *in fine* parties à l'accord tel qu'il est issu de la révision. L'organisation syndicale qui se refuserait à admettre le nouvel équilibre qu'il reflète peut soit s'opposer à son entrée en vigueur par l'exercice du droit d'opposition, soit dénoncer l'accord dans son ensemble⁽⁶⁶⁾.

697. – Révision et champ d'application. La révision de certaines clauses de l'accord initial peut être difficile. Tel est le cas de celle qui fixe son champ d'application : peut-elle être révisée comme les autres ? Dans l'affirmative, l'appréciation des conditions de validité de l'avenant doit-elle se faire dans le même périmètre que celui retenu pour l'accord initial ? Afin d'éviter toute fraude à la loi par l'instrumentalisation des conditions particulières de validité propres aux accords catégoriels et tout délit d'entrave, la modification du champ d'application d'un tel accord collectif par avenant doit être exclue hormis l'hypothèse où il fait l'objet d'un consensus avec toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. À l'inverse, la révision d'un accord intercatégoriel qui ne porterait que sur une catégorie de salariés dans un collège déterminé doit prendre la forme d'un avenant intercatégoriel.

B. – Dénonciation

698. – La dénonciation, acte à forte portée politique. La dénonciation de l'accord produit un effet principal auquel peut être rattaché un effet secondaire. Le premier se traduit par la renonciation de l'auteur de la dénonciation à sa qualité de partie à l'accord. Il doit notifier sa décision aux autres signataires et procéder au dépôt du courrier de dénonciation à la manière du dépôt d'un accord collectif⁽⁶⁷⁾. En certaines situations, et c'est la seconde conséquence de la dénonciation, l'accord disparaît faute que subsistent des signataires salariés permettant d'en assurer le maintien. Il se poursuit néanmoins pendant la durée du préavis avant de survivre fictivement en continuant de produire ses effets pendant une durée fixée par la loi à un an⁽⁶⁸⁾. Afin de chercher une issue conventionnelle à la difficulté apparue, les parties sont incitées à conclure un accord de substitution, lequel ne partage que l'objet de la négociation avec l'accord dénoncé.

C. – Mise en cause

699. – La disparition de l'une des parties. La mise en cause de l'accord survient lorsque l'une des parties à l'accord disparaît : à compter de la date de l'événement qui la provoque, l'accord cesse d'exister. L'article L. 2261-14 du Code du travail maintient toutefois ses effets pour une durée de douze mois⁽⁶⁹⁾, portée par la Cour de cassation à quinze par l'adjonction d'un délai fictif de préavis⁽⁷⁰⁾. L'accord subit

(66) Celui-ci aura toutefois d'importantes chances d'être maintenu en vigueur, conformément à l'article L. 2261-11 du Code du travail.

(67) C. trav., art. L. 2261-9.

(68) C. trav., art. L. 2261-10.

(69) Cass. soc., 16 mars 1995, n° 91-40.210 : *Bull. civ.* 1995, V, n° 91 ; *RJS* 4/1995, n° 402 ; *Dr. soc.* 1995, p. 370 et s., note R. Kessous ; *D.* 1995, p. 369 et s., note E. Dockès ; *JurisData* n° 1995-000648.

(70) Cass. soc., 22 juin 1993, n° 91-41.983 : *Bull. civ.* 1993, V, n° 176 ; *RJS* 8-9/1993, n° 902 ; *Dr. soc.* 1993, p. 659 et s., note P. Waquet ; *JurisData* n° 1993-001291. Le législateur a fait sienne la position dégagée par la Cour de cassation, renvoyant dans l'article L. 2261-14 au préavis légalement prévu en cas de dénonciation à l'article L. 2261-9.

ce processus en cas de fusion ou de cession de l'entreprise. La personne morale qui avait pris part à la négociation n'appartient plus à la communauté de travail ; les salariés relèvent d'un nouvel ensemble ; l'intérêt de l'entreprise doit être redéfini.

700. – Les particularités de la partie salariale. La réforme des conditions d'acquisition de la représentativité par les organisations syndicales intervenue en 2008⁽⁷¹⁾ aurait pu créer un risque important de mise en cause des accords d'entreprise en raison de la perte de cette qualité. L'article L. 2261-14-1 a été introduit dans le Code du travail pour écarter ce péril : « la perte de la qualité d'organisation représentative de toutes les organisations syndicales signataires d'une convention ou d'un accord collectif n'entraîne pas la mise en cause de cette convention ou de cet accord ». Ce texte garantit une certaine sécurité juridique, mais a pour effet que des accords puissent continuer à s'appliquer alors qu'il n'y a plus d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. En revanche, la disparition pure et simple du syndicat peut entraîner la mise en cause de l'accord. Si elle a peu de chances de se produire pour ceux qui sont affiliés à l'une des confédérations reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel⁽⁷²⁾, elle peut advenir pour les syndicats « maison ». Un remède pourrait être trouvé en s'affranchissant du parallélisme des formes qui s'oppose à ce que des accords conclus avec les organisations syndicales puissent être révisés avec des représentants élus qui auraient pourtant toute légitimité pour le faire⁽⁷³⁾. Une évolution de la norme légale pourrait garantir une vie conventionnelle continue dans les entreprises même dans le cas où l'implantation syndicale viendrait à disparaître.

II. – Une responsabilité indispensable

701. – Une idée. L'insertion de la norme conventionnelle dans le canevas normatif applicable à l'entreprise doit être faite en prenant des précautions. Les délégations auxquelles le législateur a procédé à destination des partenaires sociaux imposent la reconnaissance de leur responsabilité⁽⁷⁴⁾. Lorsque l'accord contient des dispositions illicites, l'employeur est aujourd'hui tenu pour seul responsable alors même que les autres signataires le sont autant. La Cour de cassation a déjà considéré que le contrat de travail conclu irrégulièrement entraîne pour la partie à l'origine de l'irrégularité la nécessité de réparer le préjudice causé à autrui⁽⁷⁵⁾. De même, une décision unilatérale de l'employeur, normalement licite, mais qui « porte atteinte, de façon injustifiée et disproportionnée »⁽⁷⁶⁾ à des normes de niveau supérieur permet d'engager sa responsabilité pour les actes qui en résultent⁽⁷⁷⁾. Les accords collectifs

(71) L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : JO 21 août 2008, p. 13064 et s.

(72) A. 30 mai 2013 fixant la liste des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel : JO 1^{er} juin 2013, p. 9202 et s.

(73) La dénonciation de l'accord est alors nécessaire. La négociation d'un accord de substitution n'est cependant pas toujours envisageable en raison du domaine de compétence des interlocuteurs de l'employeur.

(74) Y. Pagnerre, *Responsabilité des partenaires sociaux du fait des conventions et accords collectifs* : JCP S 2012, 1001.

(75) Cass. soc., 3 oct. 1980, n° 79-40.129 : Bull. civ. 1980, V, n° 704.

(76) Y. Pagnerre, *Responsabilité des partenaires sociaux du fait des conventions et accords collectifs* : JCP S 2012, 1001, spéc. n° 8.

(77) Cass. soc., 14 oct. 2008, n° 07-40.523 : Bull. civ. 2008, V, n° 192 ; RJS 12/2008, n° 1162 ; JCP S 2008, 1668, note B. Bossu ; RDT 2008, p. 731 et s., note G. Auzero ; *JurisData* n° 2008-045382. – Cass. soc., 13 janv. 2009, n° 06-45.562 : Bull. civ. 2009, V, n° 4 ; RJS 3/2009, n° 228 ; JCP S 2009, 1162, note B. Bossu ; Dr. soc. 2009, p. 614, note C. Radé ; *JurisData* n° 2009-046555.

de travail ne devraient pas échapper à la règle. Tous les acteurs de l'élaboration de la norme sont concernés, tous devraient assumer les conséquences de leurs éventuelles fautes.

702. – Une utopie. Si une telle responsabilité était admise, un suivi des négociations devrait être effectué. En effet, lorsque l'application de l'accord inflige un préjudice à un tiers, il est nécessaire d'identifier l'auteur de la faute. L'identification du participant à la négociation ayant proposé la disposition litigieuse l'exposera au paiement d'une quote-part plus importante des dommages-intérêts dus à la victime. En outre, serait envisageable l'action de « l'employeur condamné en raison d'un accord d'entreprise illicite (...) contre les syndicats signataires afin de partager la dette de responsabilité »⁽⁷⁸⁾. Un tel dispositif a peu de chances de voir le jour. Sa création irait à l'encontre de la volonté de développer la négociation collective, car il constituerait un frein à l'engagement syndical, donc à la signature d'accords.

S O U S - S E C T I O N 2

Un échec

703. – Il arrive que les positions des parties soient inconciliables. Vient un moment où il faut en prendre acte et mettre fin au processus par le constat d'un échec des négociations (§ 1). Le désaccord étant acquis, les parties retrouvent une certaine liberté, laquelle s'accompagne éventuellement de contraintes (§ 2).

§ 1. – Une malheureuse divergence

704. – Le constat du désaccord peut être formalisé. S'il est opportun de le faire en toute situation, il s'agit d'une obligation en certains cas (I). Cette nécessité est justifiée à plusieurs titres (II).

I. – Une formalisation opérée

705. – Principe. La formalisation de l'échec de la négociation, souvent nécessaire, est parfois indispensable. Tel est le cas pour la négociation obligatoire visée à l'article L. 2242-4 du Code du travail : en l'absence de conclusion d'un accord, doit être établi « un procès-verbal de désaccord dans lequel sont consignées en leur dernier état, les propositions respectives des parties et les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement ». Peut en être tirée la conclusion qu'il fait nécessairement l'objet d'un écrit. Mais quel en est l'auteur ? Puisque les mesures qu'il entend appliquer doivent y figurer, il serait logique que l'employeur s'en charge. Une rédaction conjointe pourrait être proposée, mais elle rencontrerait souvent des difficultés en raison du contexte dans lequel elle intervient. Une solution intermédiaire existe.

(78) Y. Pagnerre, *Responsabilité des partenaires sociaux du fait des conventions et accords collectifs* : JCP S 2012, 1001, spéc. n° 13.

L'une des parties établit le procès-verbal de désaccord et l'adresse à l'ensemble des participants à la négociation avant sa diffusion, leur permettant éventuellement de joindre en annexe un document exposant leur perception de l'échec de la négociation.

706. – Contenu. Le contenu du procès-verbal de désaccord n'est pas limitativement fixé par l'article L. 2242-4 du Code du travail. Il peut être plus précis. L'article L. 2242-7 du même code⁽⁷⁹⁾ laisse penser qu'il doit faire apparaître la réponse motivée de l'employeur aux éventuelles propositions des organisations syndicales. De même, l'article L. 5121-10 décide que sont consignés le nombre et les dates des réunions, les points de désaccord ainsi que les propositions respectives des parties. La teneur des mesures que va prendre l'employeur de manière unilatérale doit être précisée. Si elles sont avantageuses pour les salariés, il est porté atteinte au crédit des organisations syndicales et de leurs représentants « puisqu'il apparaîtrait aux yeux des salariés qu'ils obtiennent plus de l'employeur lorsque les organisations syndicales n'interviennent pas »⁽⁸⁰⁾. Si l'employeur reprend ses dernières propositions, formulées au terme de la négociation, il lance un message peu favorable au développement de la négociation en entreprise, plaçant sur un pied d'égalité accord collectif et engagement unilatéral. Si, au contraire, il retient des mesures en deçà de ses dernières propositions, il marque son attachement à la conclusion d'un accord.

707. – Signature. Document pouvant être régulièrement élaboré par l'une quelconque des parties à la négociation, le procès-verbal de désaccord ne paraît pas devoir recevoir la signature de l'ensemble des participants. Pourtant, certains auteurs le préconisent afin de conférer à ce document une plus grande force probatoire⁽⁸¹⁾. La confusion est entretenue par le législateur qui impose, en ce qui concerne l'obligation de couverture relative au contrat de génération, la signature du procès-verbal de désaccord par les délégués syndicaux⁽⁸²⁾. Cette pratique doit être évitée. Elle présente un effet pervers puisqu'elle permet à la partie qui n'a pas élaboré le procès-verbal de décider de la fin de la négociation ; elle constitue en outre un paradoxe en ce qu'elle revient à constater un accord sur le désaccord.

II. – Une formalisation nécessaire

708. – Des objectifs avouables. Le procès-verbal de désaccord formalise l'échec de la négociation. L'objectif premier poursuivi, comme l'illustre le dépôt dont il fait l'objet⁽⁸³⁾, est de prévenir les contestations portant sur la date de fin de la négociation et d'attester de la tenue de celle-ci. Il est ainsi également requis lorsqu'une négociation a été ouverte dans l'entreprise avec un salarié mandaté par une organisation syndicale sur le fondement de l'article L. 2232-24 du Code du travail : il permet de déterminer le point de départ de la période de protection du salarié

(79) Texte issu de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-10).

(80) J. Péliissier, *La négociation sur les salaires : problèmes juridiques* : Dr. soc. 1984, p. 678 et s., spéc. p. 682.

(81) G. Kesztenbaum et S. Béal, *Négociation collective dans l'entreprise*, Delmas, 2009, p. 192.

(82) C. trav., art. L. 5121-12.

(83) Ce dépôt soulève des difficultés pratiques puisqu'est appliquée la procédure dont relèvent les accords collectifs (C. trav., art. L. 2242-1, R. 2242-1 et D. 2231-2 et s.). Elle devrait être adaptée.

pendant laquelle une autorisation de l'inspecteur du travail est nécessaire en cas de licenciement ou de transfert du contrat de travail⁽⁸⁴⁾. Le procès-verbal permet aussi aux salariés de connaître le résultat de la négociation. Il peut se présenter sous la forme d'une synthèse de celle-ci et d'un compte-rendu de la dernière réunion.

709. – Une instrumentalisation. Le procès-verbal de désaccord a, au fil des ans, été utilisé pour contraindre les partenaires sociaux à négocier. Son élaboration est nécessaire pour que l'employeur puisse, en cas d'échec d'une négociation contrainte, déposer auprès de l'administration la décision unilatérale sans laquelle il ne peut s'exonérer de son obligation de couverture⁽⁸⁵⁾. Entendu comme une pièce administrative requise en vue du dépôt de l'acte exonératoire, le procès-verbal de désaccord devient un instrument des politiques publiques. Il peut également conditionner l'accès à certains dispositifs d'épargne salariale⁽⁸⁶⁾.

§ 2. – Un bonheur malheureux

710. – De l'échec de la négociation résultent plusieurs conséquences. Les unes remettent les partenaires sociaux dans la situation dans laquelle ils étaient avant l'ouverture de la négociation (I), les autres sont porteuses de contraintes (II).

I. – La liberté retrouvée

711. – Pour l'employeur. À l'issue de la négociation, les parties retrouvent leur liberté. La suspension volontaire ou légale du pouvoir de direction de l'employeur cesse. Dégagé de ses obligations à l'égard des organisations syndicales, il peut prendre des engagements unilatéraux dans les domaines qui ont été abordés pendant la négociation, à condition que la mise en œuvre des mesures prises ne soit pas subordonnée par la loi à un accord collectif. Dans le cadre de la négociation pré-électorale, lorsqu'elle a conduit à un échec et en l'absence de saisine du juge judiciaire⁽⁸⁷⁾, l'employeur bénéficie, aux termes de l'article L. 2314-23 du Code du travail, d'une habilitation en vue de déterminer lui-même les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales. De même en est-il pour le plan de sauvegarde de l'emploi négocié sur le fondement de l'article L. 1233-24-1 du même code. L'échec conduit l'employeur à élaborer, après la dernière réunion du comité d'entreprise, un document unilatéral palliant l'absence d'accord⁽⁸⁸⁾.

712. – Pour les représentants des salariés. Si, en principe, la propagande syndicale n'est pas limitée pendant les négociations, les représentants des salariés retrouvent néanmoins à leur issue une liberté de ton qu'ils n'avaient pas pendant son dérou-

(84) C. trav., art. L. 2411-4 et L. 2414-1.

(85) Il est prévu pour les obligations relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes [C. trav., art. L. 2242-9 issu de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (nouvelle numérotation donnée à l'article L. 2242-5-1)], au contrat de génération (C. trav., art. L. 5121-8, al. 2) et à la prévention de la pénibilité (C. trav., art. L. 4163-2, al. 1^{er}).

(86) C. trav., art. L. 3332-4, al. 1^{er} (plan d'épargne d'entreprise) et L. 3334-2, al. 2 (plan d'épargne pour la retraite collectif).

(87) Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-22.598 : *Bull. civ.* 2012, V, n° 239 ; *RJS* 12/2012, n° 973 ; *JCP S* 2012, 1478, note F. Petit ; *JurisData* n° 2012-021483.

(88) C. trav., art. L. 1233-24-4.

lement. En outre, si l'accord de programmation contenait une clause de « paix sociale » pendant ce dernier, les organisations syndicales peuvent à nouveau provoquer un éventuel mouvement social. Au demeurant, les nombreuses revendications formulées pendant la négociation permettent parfois aux syndicats de justifier l'absence de signature du projet d'accord qui avait été élaboré.

II. – La liberté abdiquée

713. – **L'abdication au profit d'un tiers.** « La notion même de négociation impliquant la possibilité d'un désaccord, une solution imposée de l'extérieur ne peut être envisagée qu'à titre exceptionnel »⁽⁸⁹⁾. Les partenaires sociaux ne peuvent éluder le fait qu'en certaines matières, à défaut d'accord, l'administration s'immiscera dans la vie de l'entreprise pour y imposer ses propres décisions. Pour l'heure, cette technique est utilisée par le législateur de façon marginale, principalement dans le domaine de la négociation préélectorale⁽⁹⁰⁾. Elle tend toutefois à s'étendre, comme l'illustre le nouveau droit des plans de sauvegarde de l'emploi. Les interventions de l'administration participent d'une évolution du rôle de la négociation qui n'est pas sans risque : elle contrevient à l'idée même de négociation qui, en principe, doit s'achever par l'application d'un accord ou l'absence de mesures applicables. Il n'est guère acceptable qu'un tiers supplée les partenaires sociaux.

714. – **Conclusion.** Lors du dénouement de la négociation, la plupart des instances présentes dans l'entreprise participent à la procédure au terme de laquelle un accord est conclu ou un désaccord est constaté. Initialement instituée afin de garantir la prise en compte de l'intérêt de l'entreprise à ce moment crucial d'irruption de nouvelles normes, elle fait l'objet d'évolutions régulières, permettant aux pouvoirs publics d'agir sur la négociation collective et l'entreprise.

715. – Le processus de négociation ayant été mené à son terme, la communauté de travail a, quelle qu'en soit l'issue, progressé dans l'appréhension du « collectif » qu'elle constitue. La définition, nécessaire, des intérêts catégoriels a permis une prise de conscience de leur existence par celui à qui ils ont été opposés. La participation de l'unité de négociation à l'édiction, en son sein, d'une norme déconcentrée contribue à asseoir sa présence.

(89) M.-A. Rotschild-Souriac, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse Paris I, 1986, p. 613.

(90) En cas d'échec de la négociation, l'administration doit être saisie pour procéder à la division de l'entreprise en établissements (C. trav., art. L. 2327-7, al. 2) et à la répartition du personnel dans les collèges électoraux et des sièges entre les différentes catégories de salariés (C. trav., art. L. 2314-11, al. 2^e et L. 2324-13, al. 2^e).

Conclusion

716. – **Un foyer.** La place de l'entreprise dans le système conventionnel français a été renforcée au cours des dernières années. Elle est le lieu par excellence où s'exprime la citoyenneté sociale. Quelle que soit la forme juridique qu'elle épouse, elle est prédisposée à accueillir une vie conventionnelle dont l'objectif est l'élaboration d'une norme, à laquelle tous ont consenti, qui reflète la rencontre des différents intérêts en présence. Creuset au sein duquel ces intérêts se fondent, l'entreprise-institution favorise l'expression d'un intérêt supérieur.

717. – **Une irradiation.** Des communautés de travail proches de celle qui peut être caractérisée au sein de l'entreprise sont également identifiables dans d'autres périmètres tels que l'établissement, le groupe ou l'unité économique et sociale. Les conventions et accords collectifs de travail sont alors issus d'un processus qui trouve son origine dans celui qui existe pour l'entreprise ; seuls diffèrent les mécanismes permettant l'identification des protagonistes. De cette filiation peuvent résulter des difficultés dans l'articulation des uns avec les autres, leur hiérarchisation ne faisant l'objet d'aucun texte. Les parties peuvent s'en saisir, l'aléa d'une conception jurisprudentielle différente ne peut être écarté.

718. – **Une chaleur à maîtriser.** La complexité et la technicité des sujets désormais abordés par la négociation collective d'entreprise imposent une certaine compétence des participants, mais aussi l'attribution de moyens matériels afin de la préparer. En outre, la mobilisation de l'accord collectif dans la gestion de l'entreprise induit un changement de logique, de la réaction à l'anticipation, la négociation dite « à chaud » est nécessairement abandonnée au profit d'une négociation « à froid ». La conclusion d'accords de programmation, pratique aujourd'hui encore trop peu développée, ne peut qu'aider les partenaires sociaux à s'engager dans cette direction. Le processus de négociation collective place alors véritablement les parties sur un pied d'égalité. Les règles du jeu sont connues. Chacun est mis en situation de responsabilité vis-à-vis de ses mandants. Le comportement des protagonistes est encadré. Le consensus sur l'intérêt de l'entreprise révèle la prise de conscience par chacun des concessions faites par l'autre ; il exclut les positions inconséquentes.

719. – **Un rayonnement à libérer.** Le développement de la négociation collective d'entreprise ne pourra se faire sans les petites et moyennes entreprises. Deux obstacles s'y opposent : 1) l'absence d'un représentant des salariés apte à négocier ; 2) les incertitudes relatives au domaine et aux conséquences de l'accord collectif. Le premier de ces écueils ne peut être surmonté qu'au prix d'une intervention directe des salariés amenés eux-mêmes à négocier, ce qui suppose un minimum de formation. Sur le second point, l'ouverture du champ de la négociation subsidiaire peut ouvrir d'utiles perspectives. La souplesse doit être aussi au rendez-vous en ce qui concerne les négociations obligatoires, sous peine d'étouffement conventionnel, fruit d'obligations proliférantes.

720. – Un feu à attiser. La nécessité d'une négociation collective d'entreprise n'a plus à être démontrée aujourd'hui ; le rôle qu'elle doit jouer est de moins en moins contesté. Son développement constitue un « enjeu politique, social et économique pour la société française en 2015 »⁽¹⁾. Placée « au service du travail et de l'emploi »⁽²⁾, elle ne doit plus être utilisée par l'État comme un vecteur des politiques publiques. Dans son rapport au premier ministre, le président de la section sociale du Conseil d'État livre quarante-quatre propositions pour créer une dynamique de la négociation et lui offrir de nouveaux champs. Une loi devrait bientôt donner corps à certaines d'entre elles. Reste à formuler un vœu : qu'elle donne un nouveau souffle à la négociation collective d'entreprise...

(1) J.-D. Combexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, France Stratégie, 2015, p. 16.

(2) *Ibid.*

Bibliographie

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS

- G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, 29^e éd. 2014.
- M. BACACHE-GIBEILLI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 2^e éd. 2012.
- A. BEITONE, A. CAZORLA, C. DOLLO et A.-M. DRAI, *Dictionnaire de sciences économiques*, Armand Colin, 2001.
- A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT et A. MIAS, *Dictionnaire du travail*, PUF, 2012.
- Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, Sirey, 14^e éd. 2014, p. 380.
- G.-H. CAMERLYNCK, *Le contrat de travail*, Dalloz, 1982.
- J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, PUF, 1998, p. 141.
- N. CATALA, *L'entreprise*, Dalloz, 1980.
- A. CCEURET et E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^e éd. 2012.
- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd. 2014.
- M. COZIAN et A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, Litec, 11^e éd. 1998.
- M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 25^e éd. 2012.
- M. DESPAX, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Dalloz, 2^e éd. 1989.
- P. DURAND et A. VITU, *Traité de droit du travail*, t. 3, Dalloz, 1956.
- F. FAVENNEC-HÉRY et P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ, 4^e éd. 2014.
- J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, 16^e éd. 2014.
- J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, t. I, LGDJ, 4^e éd. 2013.
- Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés*, LGDJ, 5^e éd. 2002 ; *Droit des affaires*, Economica, t. II, 9^e éd. 2003.
- F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 35^e éd. 2014.
- M. HAURIOU, *Principes du droit public*, Sirey, 1910 ; *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, 1943.
- J.-C. JAVILLIER, *Droit du travail*, LGDJ, 1^e éd. 1978.
- P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 4^e éd. 2012.
- J. LE GOFF, *Du silence à la parole, une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, PUR, 2004.
- P. LOKIEC, *Droit du travail*, t. II, *Les relations collectives de travail*, PUF, 2011.
- J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF, 13^e éd. 1993, p. 107.
- B. TEYSSIÉ, *Droit du travail. Relations collectives*, LexisNexis, 9^e éd. 2014.
- J.-M. VERDIER, *Syndicats et droit syndical*, t. I., Dalloz, 2^e éd. 1987.
- A. VIANDIER, *Actes de commerce, commerçants, activité commerciale*, PUF, 1992.
- J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 24^e éd. 2012.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES

- E. ALFANDARI, *La non-reconnaissance de l'entreprise par le droit des affaires*, Litec, 1993.
- N. ALIPRANTIS, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, 1980.

- A. ARSEGUÉL, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, thèse Toulouse I, 1976.
- S. BECQUÉ-ICKOWICZ, *Le parallélisme des formes en droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 2004.
- G. BÉLIER et H.-J. LEGRAND, *La négociation collective en entreprise*, éd. Liaisons, 4^e éd. 2012.
- V. BERNAUD et X. PRÉTOT : *JCl. Administratif*, Fasc. 1443, *Droit constitutionnel social*.
- G. BORDIER : *JCl. Travail Traité*, Fasc. 27-20, *Participation aux résultats*.
- B. BOSSU : *JCl. Travail Traité*, Fasc. 13-10, *Élections professionnelles – Champ d'application*.
- A. BUGADA, *L'avantage acquis en droit du travail*, PUAM, 1999.
- F. CANUT, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, 2007.
- R. CASTEL, *Travail et utilité au monde*, in *Le travail en perspectives*, LGDJ, 1998.
- Y. CHALARON, *Négociation et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990.
- C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962.
- A. CIESLAR, A. NAYER et B. SMEESTERS, *Le droit à l'épanouissement de l'être humain au travail : métamorphoses du droit social*, Bruylant, 2007.
- M. CLOITRE, *L'unité économique et sociale*, thèse Rennes I, 2013.
- L. DAUXERRE, *La représentativité syndicale, instrument du dialogue social*, PUAM, 2005.
- N. DAUXERRE, *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, PUAM, 2004.
- I. DESBARATS, *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, LGDJ, 1994.
- M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957.
- P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000.
- G. DUCHANGE, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, LexisNexis, coll. « Planète Social », 2015.
- E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, PUF, 2004.
- A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, 2010.
- N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, 2005.
- C. FOURCADE, *L'autonomie collective des partenaires sociaux, essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, LGDJ, 2006.
- A.-L. FRANCIS, *Les instances internationales de représentation du personnel*, LexisNexis, coll. « Planète Social », 2012.
- E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.
- J. GRIMALDI D'ESDRA, *La représentation du personnel dans l'entreprise*, thèse Montpellier I, 1993.
- H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^e éd. 1962.
- G. KESZTENBAUM et S. BÉAL, *Négociation collective dans l'entreprise*, Delmas, 2009.
- M. KOCHER, *La notion de groupes d'entreprises en droit du travail*, LGDJ, 2013.
- P. LANQUETIN, *La liberté d'organisation syndicale dans l'entreprise*, thèse Strasbourg, 1979.
- C. LECCEUR, *La notion d'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, thèse Aix-Marseille, 2013.
- A. LEGAL et J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, LGDJ, 1938.
- J. LE GOFF, *Entreprise et institution : retour sur un débat crucial*, in *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, PUR, 2004.
- A. LEMETTRE, *L'organisation des instances représentatives du personnel. Essai sur un cadre évolutif*, thèse Paris II, 2012.

- J.-S. LIPSKI, *Contribution à l'étude des dispositifs de la participation financière*, LexisNexis, coll. « Planète Social », 2012.
- P. LOKIEC, *Contrat et Pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004.
- M. MARGUERITE, *La représentation des salariés dans la négociation collective*, thèse Paris II, 2011.
- F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, Litec, 2000.
- D. MÉDA, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Champs-Flammarion, 1998.
- R. MEHDI, *Les crises institutionnelles*, in *L'Union européenne et les crises*, Bruylant, 2011.
- J. MESTRE, *Lamy Sociétés commerciales*, 2012.
- M.-L. MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994.
- M.-L. MORIN, L. PÉCAUT-RIVOLIER et Y. STRUILLLOU, *Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise*, Dalloz, 2^e éd. 2011.
- P. MORVAN : *JCl. Travail Traité*, Fasc. 31-3, *Licenciement pour motif économique – Accompagnement social – Plan de sauvegarde de l'emploi et dispositifs d'accompagnement*.
- S. MRAOUAHI, *La règle de droit saisie par l'urgence*, thèse Strasbourg, 2014.
- C. NICOD, *L'obligation de négocier dans les relations collectives du travail*, thèse Lyon 2, 1999.
- V. OGIER-BERNAUD, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, PUAM, 2003.
- E. PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, LGDJ, 2008.
- F. PETIT, *La notion de représentativité dans les relations collectives de travail*, LGDJ, 2000.
- A. RIGAUDIÈRE, *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne*, Economica, 4^e éd. 2010.
- G. RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^e éd. 1951.
- P. RODIÈRE, *La convention collective de travail en droit international. Contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle*, Litec, 1987.
- E. ROSTAND, *Cyrano de Bergerac*, Folio, 1991.
- M.-A. ROTSCCHILD-SOURIAC, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse Paris I, 1986.
- C. SACHS-DURAND, *Les seuils d'effectif en droit du travail*, LGDJ, 1985.
- E.-J. SIEYÈS, *Écrits politiques*, Éditions des archives contemporaines, 1985.
- A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 2^e éd. 2007.
- B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975.
- I. VACARIE, *L'employeur*, Sirey, 1979.
- A. VIANDIER, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978.
- F. WISMER et J. DE CALBIAC : *JCl. Protection sociale Traité*, Fasc. 820, *Régimes de retraite et de prévoyance d'entreprise – Mises en œuvre*.

III. ÉTUDES, RAPPORTS

- J. AUROUX, *Les droits des travailleurs*, Doc. fr., 1981.
- J. CHÉRIOUX, Rapport n° 179, t. II, 28 janv. 2004, sur le projet de loi relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.
- CNPF, Rapport conjoint du CNPF et de l'AFEP sur le conseil d'administration des sociétés cotées en bourse de juillet 1995 dit « Viénot 1 ».

J.-D. COMBREXELLE, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, France Stratégie, 2015.

DARES, *La négociation collective en 2013 ; La négociation collective en 2014 ; Analyses, Les représentants du personnel, quelles ressources pour quelles actions ?*, nov. 2014.

O. KAHN FREUND, *Rapport général : RID comp.* oct.-déc. 1976, vol. 28, n° 4, p. 687.

MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI ET DU DIALOGUE SOCIAL, Rapport sur l'application des dispositions de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 relative à la démocratie sociale et de la loi n° 2010-1215 du 15 octobre 2010, présenté à la Commission nationale de la négociation collective le 16 décembre 2013.

A. NABOULET, *Les obligations et incitations portant sur la négociation collective*, Centre d'analyse stratégique, note d'analyse n° 240, p. 1.

OCDE, *Études économiques de l'OCDE : Fédération de Russie 2013*, 2014.

J.-F. POISSON, Rapport n° 992 du 25 juin 2008 fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale sur le projet de loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, p. 144.

Y. ROBINEAU, *Étude respective de la loi et de l'accord collectif dans l'élaboration du droit du travail*, Doc. fr., 1997.

SÉNAT, *La négociation collective*, Les documents de travail du Sénat, 2001, LC n° 88 ; N. ABOUT et a., Rapport d'information n° 416 du 25 juillet 2007 fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat à la suite d'une mission effectuée du 15 au 25 mars 2007 par une délégation chargée d'étudier les conditions de travail et d'emploi en Inde.

THE JAPAN INSTITUTE FOR LABOUR POLICY AND TRAINING, *Labor Situation in Japan and Its Analysis – General Overview 2013-2014*.

IV. ARTICLES

J.-M. ALBIOL et E. BOUCAYA, *Admission de la délégation de pouvoir dans les SAS : JCP S 2010*, 1515.

J.-M. ALBIOL et C. GALLON, *Admission réitérée de la délégation du pouvoir de licencier dans la SAS : JCP S 2011*, 1229.

P.-H. ANTONMATTEI, *La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations : Dr. soc. 2004*, p. 601 et s. ; *Accord de méthode, génération 2005, la « positive attitude » : Dr. soc. 2005*, p. 399 et s. ; *Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008 : Dr. soc. 2008*, p. 771 et s.

G. ARTERO, *Doit-on maintenir des règles particulières pour les syndicats catégoriels ? Un maintien souhaitable : RDT 2010*, p. 556 et s., spéc. p. 557.

L. AYNÈS, *L'obligation de loyauté : Arch. phil. dr. 2000*, p. 195 et s.

J. BARTHÉLÉMY, *Rapport général sur la négociation collective : Dr. soc. 1986*, p. 597 et s. ; *Le référendum en droit social : Dr. soc. 1993*, p. 89 et s.

M. BAZEX, *Détermination unilatérale ou négociation : Dr. soc. 1989*, p. 784 et s.

G. BÉLIER, *Les dérogations au droit du travail dans de nouveaux contrats d'entreprise : réflexions critiques sur certains projets : Dr. soc. 1986*, p. 49 et s. ; *Les incertitudes de la négociation d'entreprise dans le domaine des relations sociales : Dr. soc. 1988*, p. 724 et s.

G. BÉLIER et F. PETIT, *Faut-il instaurer un canal unique de représentation dans l'entreprise : RDT 2010*, p. 76 et s.

A. BENNINI, *L'intérêt de l'entreprise, faux débats et vraies questions*, in *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, Dalloz, 2012, p. 49 et s.

X. BLANC-JOUVAN, *L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise : Dr. soc. 2005*, p. 68 et s.

V. BONNIN, *Le choix de l'organe de représentation des salariés lors de la conclusion d'un accord collectif* : *Dr. ouvrier* 1998, p. 340 et s.

G. BORENFREUND, *Propos sur la représentativité syndicale* : *Dr. soc.* 1988, p. 476 et s. ; *La représentation des salariés et l'idée de représentation* : *Dr. soc.* 1991, p. 685 et s. ; D. 1992, p. 296 ; *L'établissement distinct : unité de représentation* : *Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1140, p. 44 et s. ; *La notion d'établissement distinct à la croisée des chemins* : *RDT* 2011, p. 24 et s. ; *Le périmètre de désignation des délégués syndicaux, les ressorts d'un changement de cap* : *RDT* 2011, p. 419 et s. ; *Représentativité syndicale et négociation collective* : *Dr. soc.* 2013, p. 300 et s.

G. BOSCH, *L'évolution de la négociation collective en Allemagne : une décentralisation coordonnée* : *Tra-vaill et Emploi* 2002, n° 92, p. 19 et s.

B. BOUBLI, *L'unité économique et sociale à l'état des vœux. État des lieux et souhaits de réforme* : *Semaine sociale Lamy* 2004, n° 1156, p. 6 et s.

D. BOULMIER, *Consultation et négociation dans l'entreprise : la navette sociale, un remède à la pesan-teur* : *Dr. ouvrier* 1998, p. 350 et s.

P. BRETTON, *Le découpage de l'entreprise en établissements pour les élections des représentants du per-sonnel* : *Dr. soc.* 1966, p. 92 et s.

A. BRUN, *Le lien d'entreprise* : *JCP* 1962, doct. 1719.

F. CANUT et P.-Y. VERKINDT, *Négocier sous la contrainte, un nouveau visage de la négociation collective en France ?*, in *Droits du travail, Emploi, Entreprise* : *Mél. F. Gaudu, IRJS*, 2014.

C. CAPMAS-BENOIST, *La portée de la reconnaissance d'une UES* : *Semaine sociale Lamy* 2005, n° 1205, p. 5 et s.

B. CASTAGNÈDE, *L'entreprise et la profession en droit fiscal* : *Dr. fisc.* 1992, p. 757 et s.

D. CAUCHOIS et L. LOURDELLE, *Le cadre de désignation syndicale : une liberté « bordée »* : *Action ju-ridique* 2011, n° 208, p. 13 et s.

J.-F. CESARO, *La négociation dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux* : *Dr. soc.* 2009, p. 658 et s. ; *La négociation collective dans les groupes de sociétés* : *Dr. soc.* 2010, p. 780 et s. ; *Le coemploi, un phénomène de paramnésie juridique* : *JCP S* 2013, 1081.

Y. CHALARON, *La conduite de la négociation* : *Dr. soc.* 1990, p. 584 et s. ; *À propos de l'établissement, Analyse juridique et valeurs en droit social* : *Mél. J. Pélissier, Dalloz*, 2004, p. 153 et s.

C. CHAMPAUD, *Les fondements sociétaux de la « doctrine de l'entreprise »*, in *Aspects organisationnels du droit des affaires* : *Mél. J. Paillusseau, Dalloz*, 2003, p. 157.

A. CHOURAQUI et A.-M. GAUTIER, *Les accords d'entreprise : de quel niveau parle-t-on ?* : *Dr. soc.* 1988, p. 17 et s.

D. CORRIGNAN-CARSIN, *Loyauté et droit du travail*, in *Mél. H. Blaise, Economica*, 1995, p. 125 et s.

G. COUTURIER, *L'intérêt de l'entreprise*, in *Les orientations sociales du droit contemporain* : *Mél. J. Sa-vatier, PUF*, 1992, p. 143 et s., spéc. p. 149 ; *Négociation(s) de groupe*, in *La négociation collective*, éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 53 et s. ; *Nouveaux contrats : conventions et accords de groupe*, in *Le nouveau droit de la négociation collective (loi n° 2004-391 du 4 mai 2004)*, éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 79 et s. ; *Accords de maintien de l'emploi* : *Dr. soc.* 2013, p. 805 et s. ; *Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs* : *Dr. soc.* 2013, p. 814 et s. ; *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une veille notion neuve*, in *Mél. J. Flour, LGDJ*, 2014, p. 95 et s.

J. CRÉDOZ-ROSIER et J. GRANGÉ, *La reconnaissance de l'UES : des interrogations après la loi du 20 août 2008* : *JCP S* 2012, 1268 ; *Jusqu'à où la stabilité syndicale peut-elle primer sur la légitimité syndicale ?* : *Semaine sociale Lamy* 2013, 1584, p. 4 et s.

J. DANIEL, *L'accord de maintien de l'emploi, un mélange détonnant de complexité et d'insécurité* : *JCP S* 2014, 1187.

J. DANIEL et A. TEISSIER, *Unité économique et sociale et instances de représentation du personnel* : *JCP S* 2006, 1774.

- L. DAUXERRE, *Secteur public : la négociation préalable, condition de régularité du dépôt d'un préavis de grève* : JCP S 2013, 73 ; *Le contrat de génération : l'alliance des âges* : JCP S 2013, 1119.
- N. DAUXERRE et G. LAFERRIÈRE, *Unité économique et sociale et négociation collective* : JCP S 2006, 1775.
- X. DELASSAULT et A.-L. DODET, *L'obligation triennale de négociation dans l'entreprise est-elle dépourvue de sanctions pénales ?* : *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1489, p. 7 et s.
- R. DE LESTANG, *La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes* : *Dr. soc.* 1979, n° spécial, p. 5 et s.
- J. DERRUPPÉ, *L'entreprise entre le patrimoine et la personne*, in *Mél. M. Despax*, PUSS, 2002, p. 49 et s.
- I. DESBARATS, *La notion d'unité économique et sociale en droit du travail*, in *Mél. M. Despax*, PUSS, 2002, p. 77 et s.
- G. DESMOULIN et P. DENTRAYGUES, *Concours de normes et principe de faveur : les limites de l'expression de la volonté des partenaires sociaux* : *JSL* 2014, n° 360, p. 25 et s.
- M. DESPAX, *L'application de la législation du travail dans les entreprises à chantiers multiples (Bâtiment et Travaux publics)* : JCP 1963, I, 1799, p. 40 et s. ; *Observations sur la représentativité des organisations syndicales au regard du droit des conventions collectives* : *Dr. soc.* 1979, p. 259 et s. ; *La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel* : *Dr. soc.* 1988, p. 8 et s. ; *Négociation annuelle obligatoire, choix du niveau de négociation dans les entreprises à établissements multiples* : *RJS* 1988, étude p. 275 et s. ; *Les paradoxes de la négociation d'entreprise*, in *Les transformations du droit du travail* : *Mél. G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 267 et s. ; *L'évolution du droit de l'entreprise*, in *Les orientations sociales du droit contemporain* : *Mél. J. Savatier*, PUF, 1992, p. 177 et s.
- P. DIDIER, *Brèves notes sur le contrat-organisation*, in *L'avenir du droit* : *Mél. F. Terré*, Dalloz et PUF, 1999, p. 635 et s.
- L. DRAI, *Nécessité d'un préavis dans les entreprises chargées de la gestion d'un service public* : JCP S 2007, 1208.
- F. DUQUESNE, *Autonomie du statut collectif d'entreprise au sein de l'unité économique et sociale* : JCP E 2004, 428.
- P. DURAND, *Le dualisme de la convention collective de travail* : *RTD civ.* 1939, p. 353 et s. ; *La notion juridique d'entreprise*, in *Trav. Assoc. H. Capitant*, 1948, p. 45 et s.
- F. FAVENNEC-HÉRY, *L'accès à la représentativité* : JCP S 2012, 1234 ; *Les accords de maintien de l'emploi* : JCP S 2014, 1186.
- J.-F. FLAUSS, *Les droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* : *Dr. soc.* 1982, p. 645 et s.
- P. FRANCK, *La sanction doit-elle être la même pour tous les auteurs d'une même faute ?* : *Dr. soc.* 1991, p. 621 et s.
- C. FREYRIA, *Les accords d'entreprise atypiques* : *Dr. soc.* 1988, p. 43 et s.
- J.-Y. FROUIN, *Négociation collective et consultation du comité d'entreprise* : *Dr. soc.* 1998, p. 579 et s.
- E. GAILLARD, *La représentation et ses idéologies en droit privé français* : *Droits* 1987, p. 91 et s.
- F. GAUDU, *Entreprise et établissement*, in *Dialogues avec M. Jeantin, Prospectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 47 et s. ; *Les accords de méthode* : *Dr. soc.* 2008, p. 915 et s.
- B. GAURIAU, *La position commune du 9 avril 2008 : première lecture sur la représentativité syndicale* : JCP S 2008, 197 ; *La rénovation de la démocratie sociale – Loi n° 2008-789 du 20 août 2008* : JCP S 2008, 1448, spéc. n° 8 ; *Le coemployeur* : *Dr. soc.* 2012, p. 995 et s., spéc. p. 995.
- J.-R. GRODIN, *Représentativité syndicale et négociation collective* : *RDT* 2006, p. 336 et s.
- J.-C. GUIBAL, *Point de vue : plaidoyer pour un « contrat collectif d'entreprise »* : *Dr. soc.* 1986, p. 602 et s.
- L. HAMON, *La distinction des domaines de la loi et du règlement en matière de sécurité sociale, de droit syndical et de droit du travail* : *Dr. soc.* 1964, p. 607 et s.
- M. HAURIUO, *Théorie de l'institution et de la fondation*, in *Cahiers de la nouvelle journée*, 1925, n° 4, p. 96.

- C. HECKSCHER, Entretien réalisé par C. THUDEROZ, « Il existe un autre type de négociations : quand les parties essaient d'envisager collectivement un objectif qu'elles souhaitent atteindre ensemble » : *Négociations* 2015/1, p. 23 et s.
- F. HUMBERT, *La mise en œuvre des dispositions de la loi du 13 novembre 1982 relatives à l'obligation de négocier dans les entreprises à établissements multiples* : *Dr. soc.* 1984, p. 625 et s.
- R. JAUSSAUD, *L'accord Renault du 15 septembre 1955* : *Dr. soc.* 1956, p. 16.
- E. JEANSEN, *L'insertion de l'accord de maintien dans l'emploi dans le tissu conventionnel* : *JCP S* 2014, 1327.
- E. JEANSEN et Y. PAGNERRE, *La négociation dérogatoire* : *JCP S* 2009, 1572 ; *Mesure de la représentativité : peu importe les résultats des élections partielles* : *JCP S* 2013, 1164.
- P. JOURDAIN, *Rapport français sur la bonne foi*, in *Trav. Assoc. H. Capitant*, 1992, p. 121 et s.
- E. LABROUSSE, *Négociations et accords d'entreprise : composition de la délégation syndicale* : *JCP S* 2011, 1253.
- G. LAGARDE, *De la société anonyme à l'entreprise publique. Études offertes à G. Ripert*, t. II, LGDJ, 1950, p. 296 et s.
- T. LAMARCHE, *La notion d'entreprise* : *RTD com.* 2006, p. 709 et s.
- G. LAMBERT, *Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise*, in *Mél. P. Kayser*, PUAM, 1979, t. II, p. 77 et s.
- Y. LAMBERT-FAIVRE, *L'entreprise et ses formes juridiques* : *RTD com.* 1968, p. 948.
- P. LANGLOIS, *La définition du cadre de la négociation collective annuelle obligatoire dans les entreprises* : *Dr. soc.* 1990, p. 603 et s., spéc. p. 604.
- B. LASSERRE, *La création des comités d'établissement à la SNCF* : *Dr. soc.* 1985, p. 500 et s., spéc. p. 501.
- S. LEADER, *Représentativité syndicale et négociation collective* : *RDT* 2006, p. 336 et s.
- H.-J. LEGRAND, *Accords collectifs de groupe et d'unité économique et sociale : une clarification inachevée* : *Dr. soc.* 2008, p. 60 et s., spéc. p. 64.
- A. LE MIRE : *RPDS* 1997, p. 348 ; *Le périmètre de désignation du délégué syndical : une mauvaise équation* : *RPDS* 2011, p. 359 et s.
- Y. LEQUETTE, *Ouverture (les mutations de l'ordre public contractuel)* : *RDC* 2012, p. 262 et s.
- J.-P. LIEUTIER, *L'intervention des syndicats et des institutions représentatives du personnel en matière d'épargne salariale et d'actionariat salarié* : *Dr. soc.* 2014, p. 754 et s.
- G. LOISEAU, *Les accords de maintien de l'emploi* : *JCP S* 2013, 1260.
- A. LYON-CAEN : *D.* 1978, p. 353 ; *Géographie du droit du travail : Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1140, p. 16.
- G. LYON-CAEN, *De l'évolution de la notion de bonne foi* : *RTD civ.* 1946, p. 75 et s. ; *Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du travail*, in *Mél. P. Horion*, Faculté de droit de Liège, 1972, p. 173 et s. ; *Critique de la négociation collective* : *Dr. soc.* 1979, p. 350 et s. ; *Unité de négociation et capacité de négocier* : *Dr. soc.* 1982, p. 687 et s. ; *La bataille truquée de la flexibilité* : *Dr. soc.* 1985, p. 601 et s. ; *La Constitution française et la négociation collective (commentaire de la décision 96-383 DC du Conseil constitutionnel par un esprit « non prévenu »)* : *Dr. ouvrier* 1996, p. 479 et s., spéc. p. 479.
- G. et A. LYON-CAEN, *La doctrine de l'entreprise*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p. 601 et s.
- J. MAGAUD, *L'éclatement juridique de la collectivité de travail* : *Dr. soc.* 1975, p. 525 et s.
- L. MARQUET DE VASSELOT et A. MARTINON, *Les accords relatifs au temps de la consultation des représentants du personnel et de l'expertise* : *JCP S* 2014, 1183.
- A. MARTINON, *L'unité du statut collectif indifférente à la mise à disposition* : *JCP S* 2009, 1377 ; *La négociation catégorielle* : *JCP S* 2011, 1207 ; *La représentativité des syndicats catégoriels* : *JCP S* 2012, 1235.

- P. MASSON, *Entreprise et établissements : quelle mesure de la représentativité ?* : *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1455, p. 7 et s. ; *Cadre de la désignation du délégué syndical et syndicalisme de proximité* : *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1501, p. 12 et s.
- A. MAZEAUD, *Le groupe* : *Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1140, p. 60 et s. ; *La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégué syndical* : *Dr. soc.* 2009, p. 669 et s., spéc. p. 672.
- B. MERCADAL, *La notion d'entreprise*, in *Les activités et les biens de l'entreprise* : *Mél. J. Derruppé*, Litec, 1991, p. 9 et s.
- M.-F. MIALON, *Information, consultation et négociation peuvent-elles conduire à engager la responsabilité civile des organes représentatifs du personnel ?* : *Dr. soc.* 1986, p. 94 et s.
- M. MORAND, *Les nouveaux acteurs de la négociation collective d'entreprise : une négociation atypique* : *TPS* févr. 1997, p. 7.
- M.-A. MOREAU, *La mobilité des salariés dans les groupes de dimension communautaire : quelques réflexions à partir d'une analyse comparée* : *Travail et Emploi* 1992, n° 53, p. 58.
- M.-L. MORIN, *La loi ou la négociation collective : concurrence ou complémentarité ?* : *Dr. soc.* 1998, p. 413 et s. ; *À propos du périmètre de désignation du délégué syndical* : *Semaine sociale Lamy* 2012, n° 1524, p. 4 et s.
- M.-L. MORIN et F. TEYSSIER, *L'accord-cadre* : *Dr. soc.* 1988, p. 741 et s.
- J.-P. MURCIER, *Procédures et structures de la négociation collective aux niveaux de l'entreprise et de l'établissement* : *Dr. soc.* 1985, p. 104 et s.
- J.-M. OLIVIER, *Nouveaux acteurs : élus du personnel et salariés mandatés*, in *Le nouveau droit de la négociation collective (loi n° 2004-391 du 4 mai 2004)*, éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 61 et s.
- M. OLLIVIER : *D.* 1864, p. 61, spéc. n° 7.
- Y. PAGNERRE, *Négociation d'entreprise : composition de la délégation syndicale* : *JCP S* 2011, 1110 ; *RJS* 3/2011, n° 259 ; *L'extension de la théorie des coemployeurs, source de destruction du droit du travail* : *JCP S* 2011, 1423 ; *L'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, *Economica*, 2011, spéc. n° 108, p. 68 ; *Responsabilité des partenaires sociaux du fait des conventions et accords collectifs* : *JCP S* 2012, 1001.
- J. PAILLUSSEAU, *Le droit des activités juridiques à l'aube du xxi^e siècle* : *D.* 2003, p. 260 et s. ; *La logique organisationnelle dans le droit. L'exemple du droit des sociétés*, in *Mél. J. Béguin*, Litec, 2004, p. 567 et s.
- R. PASCRE, *Le « contrat collectif d'entreprise » dévastateur* : *Dr. ouvrier* 1986, p. 266 et s.
- J. PATARIN : *RTD civ.* 1962, p. 433.
- L. PÉCAUT-RIVOLIER, *La notion d'établissement distinct et le droit de la représentation du personnel* : *JCP S* 2012, 1305 ; *L'unité économique et sociale, quel avenir ?* : *Dr. soc.* 2012, p. 974 et s. ; *La détermination des unités de représentation* : *Dr. soc.* 2013, p. 316 et s.
- L. PÉCAUT-RIVOLIER et F. PETIT, *Le redéploiement des forces syndicales. Enjeux et mesures de l'audience électorale* : *Dr. soc.* 2010, p. 1168 et s.
- B. PÉLISSIER, *L'établissement*, in *Syndicats et droit du travail*, Dalloz, 2008, p. 53 et s.
- J. PÉLISSIER, *La fonction syndicale dans l'entreprise après les lois Auroux* : *Dr. soc.* 1984, p. 41 et s. ; *La négociation sur les salaires : problèmes juridiques* : *Dr. soc.* 1984, p. 678 et s. ; *La loyauté dans la négociation collective* : *Dr. ouvrier* 1997 ; p. 496 et s.
- F. PETIT, *Le périmètre de désignation des délégués syndicaux : nouvelle approche jurisprudentielle* : *Dr. soc.* 2011, p. 1005 et s. ; *La représentativité acquise pour toute la durée d'un cycle électoral* : *Dr. soc.* 2013, p. 374 et s.
- P. POCHET : *D.* 1995, p. 593 et s.
- X. PRÉTOT, *Les sources du droit du travail au regard du droit public*, in B. TEYSSIÉ (ss dir.), *Les sources du droit du travail*, PUF, 1998, p. 150 et s.

M. PUECH, *L'obligation, au regard du droit pénal, d'engager une négociation annuelle dans les entreprises* : Dr. soc. 1984, p. 49 et s.

P. RENNES, *Le cadre de la désignation des délégués syndicaux : une combinaison téléologique* : Dr. ouvrier 2011, p. 577 et s.

J. RIVERO, *Convention collective et droit public* : Rev. éco. 1951, n° 1, p. 15 et s.

J. RIVERO et G. VEDEL, *Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule*, in *Les problèmes économiques et sociaux et la Constitution du 27 octobre 1946*, Librairie sociale et économique, coll. « Droit social », Fasc. XXXI, 1947, p. 13 et s.

J.-L. RIVES-LANGE, *La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens* : D. 1974, p. 40 et s.

P. RODIÈRE, *Accord d'entreprise et convention de branche ou interprofessionnelle. Négociation indépendante, subordonnée, « articulée » ?* : Dr. soc. 1982, p. 711 et s. ; *La branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi « Fillon » sur le dialogue social* : Semaine sociale Lamy 2003, n° 1148, p. 4 et s.

J. ROJOT, *La gestion de la négociation* : RTD com. 1998, p. 447 et s.

M.-A. ROTSCCHILD-SOURIAC, *Le droit à la négociation et sa sanction* : Dr. soc. 1982, p. 729 et s. ; *Les incertitudes juridiques de la négociation d'entreprise – quelques illustrations* : Dr. soc. 1988, p. 731 et s. ; *Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques* : Dr. soc. 1991, p. 491 et s. ; *Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs* : Dr. soc. 1996, p. 395 et s. ; *L'articulation des niveaux de négociation* : Dr. soc. 2004, p. 579 et s.

M.-A. ROTSCCHILD-SOURIAC et G. BORENFREUND, *La négociation collective entre désillusions et illusions*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle* : Mél. J.-M. Verdier, LGDJ, 2001, p. 181 et s.

M.-A. ROTSCCHILD-SOURIAC et S. NADAL, *Le droit de grève dans les services publics de transport, regards sur la loi du 21 août 2007 : la place de la négociation collective* : RDT 2007, p. 738.

P. SALVAGE, *La compétence générale du délégué syndical* : Dr. soc. 1976, p. 396 et s.

F. SARAMITO, *Le nouveau visage de la négociation collective* : Dr. ouvrier 2004, p. 445 et s.

J. SAVATIER, *Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail*, in *Études de droit du travail* : Mél. A. Brun, Librairie sociale et économique, 1974, p. 527 et s. ; *Les accords collectifs d'intéressement et de participation* : Dr. soc. 1988, p. 89 et s. ; *L'obligation de négociation annuelle dans l'entreprise : quelle sanction ?* : Dr. soc. 1990, p. 154 et s. ; *La définition de distinct pour l'élection des délégués du personnel* : Dr. soc. 1991, p. 40 et s. ; *Reconnaissance et perte de la qualité d'établissement distinct au regard du droit des comités d'entreprise* : Dr. soc. 1992, p. 39 et s. ; *L'interdiction des décisions unilatérales de l'employeur au cours de la négociation annuelle d'entreprise* : Dr. soc. 1995, p. 43 et s. ; *Établissement ou entreprise : quel cadre pour les relations de travail ?*, in Mél. M. Despax, PUSS, 2002, p. 61 et s.

D. SCHMIDT, *De l'intérêt social* : JCP E 1995.

P. SÉGUIN, *Rôle et réalité de la négociation d'entreprise dans les relations sociales d'aujourd'hui* : Dr. soc. 1988, p. 2 et s.

B. SERIZAY, *Droit du travail et protection sociale complémentaire* : Dr. soc. 1998, p. 1023 et s.

B. SILHOL, *Branche et entreprise dans le nouveau droit de la négociation collective* : Dr. soc. 1997, p. 931 et s.

G. SPYROPOULOS, *Conditions de travail : élargissement du concept et problématique juridique* : Dr. soc. 1990, p. 851 et s.

A. SUPLOT, *Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise* : RTD com. 1985, p. 621 et s. ; *Les syndicats et la négociation collective* : Dr. soc. 1983, p. 63 et s. ; *Les accords préélectoraux* : Dr. soc. 1988, p. 115 et s. ; *Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise* : Dr. soc. 1989, p. 195 et s. ; *La réglementation patronale de l'entreprise* : Dr. soc. 1992, p. 215 et s.

A. TEISSIER, *Point de vue pratique : les accords de méthode* : JCP S 2013, 1205.

B. TEYSSIE, *L'interlocuteur des salariés* : *Dr. soc.* 1982, p. 41 et s. ; *La négociation collective (loi n° 82-957 du 13 novembre 1982)* : *JCP G* 1984, 1465 ; *Les aspects juridiques de la négociation collective dans l'entreprise* : *JCP E* 1985, n° 8, p. 7 et s. ; *L'entreprise et le droit du travail* : *Arch. phil. dr.* 1997, p. 355 et s. ; *L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail* : *D.* 2004, p. 1684 ; *Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe* : *Dr. soc.* 2005, p. 643 et s. ; *Les groupes de sociétés et le droit du travail* : *Dr. soc.* 2010, p. 735 et s.

C. THUDEROZ, *Régimes et registres de négociation* : *Négociations* 2009/2, p. 107 et s.

G. VACHET, *La négociation collective dans les groupes de sociétés*, in *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 1999, p. 105 et s.

R. VATINET, *La négociation au sein du comité d'entreprise* : *Dr. soc.* 1982, p. 675 et s. ; *Sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres de voyageurs (L. n° 2007-1224, 21 août 2007)* : *JCP S* 2007, 1692 ; *L'ordre public*, in *Les notions fondamentales du droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 89 et s. ; *Négociation d'entreprise et négociation de groupe* : *JCP S* 2012, 1238 ; *Les accords relatifs au plan de sauvegarde de l'emploi* : *JCP S* 2014, 1188.

J.-M. VERDIER, *Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales* : *Dr. soc.* 1991, p. 5 et s.

M. VÉRICEL, *Sur le pouvoir normateur de l'employeur* : *Dr. soc.* 1991, p. 120 et s.

P.-Y. VERKINDT, *De la consultation à la négociation : questions de procédure* : *Dr. soc.* 1998, p. 321 et s. ; *L'entreprise*, in *Les notions fondamentales du droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 43 et s. ; *La collectivité de travail ou « la belle inconnue »* : *Dr. soc.* 2012, p. 1006 et s.

T. YAMAGUCHI, *L'obligation de négociation collective loyale en droit japonais* : *RID comp.* 1984, p. 291 et s.

V. NOTES SOUS DÉCISIONS

D. ALLIX et J.-Y. KERBOURC'H., note ss *Cass. soc.*, 29 avr. 2008 : *JCP S* 2008, 1369.

P.-H. ANTONMATTEI, note ss *Cass. soc.*, 9 mars 1999 : *Dr. soc.* 1999, p. 630.

C. ARANDEL et C. FRANCO, note ss *Cass. soc.*, 27 févr. 2013 : *JCP S* 2013, 1199.

A. ARSEGUEL, note ss *Cass. soc.*, 20 oct. 1999 : *D.* 2000, p. 385 et s.

G. AUZERO, note ss *Cass. soc.*, 5 mai 1998 : *D.* 1998, p. 608 et s. ; note ss *Cass. soc.*, 14 oct. 2008 : *RDT* 2008, p. 731 et s.

P. BAILLY, note ss *Cass. soc.*, 30 sept. 2009 : *Dr. soc.* 2010, p. 404 et s.

S. BALLET, note ss *Cass. ass. plén.*, 18 mars 1988 : *Dr. ouvrier* 1988, p. 518.

A. BARÈGE, note ss *Cass. soc.*, 31 janv. 2012 : *JCP S* 2012, 1169.

S. BÉAL, note ss *Cass. soc.*, 16 déc. 2008 : *JCP E* 2009, 1149.

G. BÉLIER, note ss *Cass. soc.*, 2 déc. 1998 : *Dr. soc.* 1999, p. 198 et s.

V. BERNAUD, note ss *Cons. const.*, 28 déc. 2006, n° 2006-545 DC : *Dr. soc.* 2007, p. 174 et s. ; note ss *Cons. const.*, 16 août 2007, n° 2007-556 DC : *Dr. soc.* 2007, p. 1221 et s. ; note ss *Cons. const.*, 7 août 2008, n° 2008-568 DC : *Dr. soc.* 2009, p. 147 et s.

V. BERNAUD, et F. PETIT, note ss *Cass. ass. plén.*, 8 juill. 2010, n° 10-60.189 : *D.* 2010, p. 2264 et s.

G. BLANC-JOUVAN, note ss *Cass. soc.*, 18 oct. 2006 : *JCP S* 2007, 1012.

G. BORENFREUND, note ss *Cass. soc.*, 9 févr. 1994 : *Dr. soc.* 1994, p. 382 et s. ; note ss *Cass. soc.*, 19 oct. 1994 : *D.* 1995, p. 370 ; note ss *Cass. soc.*, 10 juin 1997 : *Dr. soc.* 1997, p. 987 ; note ss *Cass. soc.*, 12 juill. 2006 : *Dr. soc.* 2006, p. 869 et s. ; note ss *Cass. soc.*, 10 nov. 2010 : *RDT* 2011, p. 24 et s. ; note ss *Cass. soc.*, 2 juill. 2014 : *RDT* 2014, p. 1503 et s.

B. BOSSU, note ss *Cass. soc.*, 14 oct. 2008 : *JCP S* 2008, 1668 ; note ss *Cass. soc.*, 13 janv. 2009 : *JCP S* 2009, 1162 ; note ss *Cass. soc.*, 30 sept. 2009 : *JCP S* 2010, 1028 ; note ss *Cass. soc.*, 16 nov. 2010 : *JCP S* 2011, 1156 ; note ss *Cass. soc.*, 6 janv. 2011 : *JCP S* 2011, 1246.

- D. BOULMIER, note ss Cass. soc., 25 sept. 2012 : *Dr. soc.* 2012, p. 1074 et s.
- G. BRIENS, note ss Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, note G. Briens : *JCP S* 2013, 1308.
- Y. BROUSSELE, note ss Cons. const., 3 août 1994, n° 94-348 DC : *D.* 1995, p. 344.
- L. CAILLOUX-MEURICE, note ss Cass. soc., 4 juill. 2012 : *JCP S* 2012, 1399.
- C. CHAMPAUD et D. DANET, note ss Cass. com., 19 avr. 2005 : *RTD com.* 2005, p. 541 et s.
- J.-P. CHAUCHARD, note ss Cass. ass. plén., 18 mars 1988 : *D.* 1989, p. 221.
- D. CHELLE et X. PRÉTOT, note ss CE, 6 janv. 1989 : *Dr. soc.* 1989, p. 376 et s.
- R. CHISS et A. LEMETTRE, note ss Cass. soc., 27 nov. 2013 : *JCP S* 2014, 1142.
- M. COHEN, note ss Cass. crim., 16 mars 1993 : *Dr. soc.* 1993, p. 653 et s. ; note ss Cass. soc., 12 nov. 1997 : *Dr. soc.* 1998, p. 87 et s. ; note ss Cass. soc., 10 juill. 2001 : *Dr. soc.* 2001, p. 1014 et s.
- J.-B. COTTIN, note ss Cass. soc., 28 nov. 2007 : *JCP S* 2008, 1070 ; note ss Cass. soc., 22 sept. 2010 : *JCP S* 2010, 1472.
- G. COUTURIER, note ss Cass. soc., 19 nov. 1997 : *Dr. soc.* 1998, p. 89 et s. ; note ss Cass. soc., 4 févr. 1997 : *Dr. soc.* 1997, p. 434 et s. ; note ss Cass. soc., 7 mai 1998 : *Dr. soc.* 1998, p. 730 et s. ; note ss Cass. soc., 12 juin 2001 : *Dr. soc.* 2001, p. 897 et s.
- J. DANIEL, note ss Cass. soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179 : *JCP S* 2015, 1054.
- L. DAUXERRE, note ss Cass. soc., 12 sept. 2007 : *JCP S* 2007, 1817 ; note ss Cass. soc., 29 sept. 2009 : *JCP S* 2009, 505 ; note ss Cass. soc., 18 mai 2011 : *JCP S* 2011, 1314 ; note ss Cass. soc., 19 févr. 2014 : *JCP S* 2014, 103.
- I. DESBARATS, note ss Cass. soc., 15 janv. 2003 : *Dr. soc.* 2003, p. 253.
- M. DESPAX, note ss Cass. soc., 7 nov. 1990 : *Dr. soc.* 1991, p. 292 et s.
- E. DOCKÈS, note ss Cass. soc., 16 mars 1995 : *D.* 1995, p. 369 et s.
- F. DUMONT, note ss Cass. soc., 8 avr. 2010 : *JCP S* 2010, 1274.
- J.-J. DUPEYROUX, note ss Cass. soc., 13 nov. 1996 : *Dr. soc.* 1996, p. 1067 et s.
- J. DUPLAT, note ss Cass. ass. plén., 24 oct. 2008 : *Dr. soc.* 2009, p. 38 et s.
- F. DUQUESNE, note ss Cass. crim., 7 juin 2011 : *Dr. soc.* 2011, p. 1196 et s.
- A. FABRE, note ss Cass. soc., 27 janv. 2015 : *Dr. soc.* 2015, p. 237 et s.
- J.-Y. FROUIN, note ss Cass. soc., 5 mai 1998 : *Dr. soc.* 1998, p. 579 et s.
- B. GAURIAU, note ss Cass. soc., 30 avr. 2003 : *Dr. soc.* 2003, p. 732 et s. ; note ss Cass. soc., 12 oct. 2006 : *JCP S* 2007, 1008 ; note ss Cass. soc., 14 févr. 2007 : *JCP S* 2007, 1446 ; note ss Cass. soc., 13 janv. 2010 : *JCP S* 2010, 1066 ; note ss Cass. ass. plén., 8 juill. 2010 : *JCP S* 2010, 1354 ; note ss Cass. soc., 10 nov. 2010 : *JCP S* 2011, 1116 ; note ss Cass. soc., 14 déc. 2010 : *JCP S* 2011, 1116 ; note ss Cass. soc., 6 janv. 2011 : *JCP S* 2011, 1116 ; note ss Cass. soc., 27 mars 2013 : *JCP S* 2013, 1241.
- O. GODARD, note ss Cass. crim., 29 sept. 1992 : *JCP E* 1993, II, 385 ; note ss Cass. crim., 17 janv. 1995 : *JCP E* 1995, II, 692.
- J. GOINEAU, note ss Cass. soc., 31 mai 1989 : *D.* 1991, p. 152.
- M. GRÉVY, note ss Cass. soc., 19 févr. 2014 : *RDT* 2014, p. 272 et s.
- H. GUYOT, note ss Cass. soc., 25 sept. 2012 : *JCP S* 2012, 1500.
- A. JEAMMAUD, note ss Cass. soc., 17 avr. 1991 : *Dr. soc.* 2001, p. 227 et s.
- E. JEANSEN, note ss Cass. soc., 13 juill. 2010 : *JCP S* 2011, 1509 ; note ss Cass. soc., 14 nov. 2012 : *JCP S* 2012, 1541 ; note ss Cass. soc., 4 févr. 2014 : *JCP S* 2014, 1218.
- E. JEANSEN et Y. PAGNERRE, note ss Cass. soc., 13 févr. 2013 : *JCP S* 2013, 1164.

- T. KATZ, note ss Cass. soc., 13 nov. 2001 : *D.* 2002, p. 764 et s.
- J.-Y. KERBOURC'H, note ss Cass. soc., 13 nov. 2008 : *JCP S* 2009, 1116 ; note ss Cass. soc., 22 sept. 2010 : *JCP S* 2010, 1459 ; note ss Cass. soc., 18 mai 2011 : *JCP S* 2011, 1404.
- R. KESSOUS, note ss Cass. soc., 16 mars 1995 : *Dr. soc.* 1995, p. 370 et s.
- P. LANGLOIS, note ss Cass. soc., 27 avr. 1978 : *D.* 1979, p. 22 ; note ss Cass. soc., 21 mars 1990 : *Dr. soc.* 1990, p. 603 et s.
- N. LÉGER, note ss Cass. soc., 10 oct. 2007 : *JCP S* 2007, 488 ; note ss Cass. soc., 10 mars 2010 : *JCP S* 2010, 164.
- J.-S. LIPSKI, note ss Cass. soc., 31 mars 2009 : *JCP S* 2009, 1475.
- G. LOISEAU, note ss Cass. soc., 3 nov. 2011 : *JCP S* 2012, 1054 ; note ss Cass. soc., 28 févr. 2012 : *JCP S* 2012, 1244.
- A. LYON-CAEN, note ss Cass. soc., 12 nov. 1997 : *D.* 1998, p. 245 et s. ; note ss Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC : *Dr. soc.* 2002, p. 258 et s.
- P. LYON-CAEN, note ss Cass. soc., 23 mai 2000 : *Dr. soc.* 2000, p. 852 et s.
- B. MATHIEU, note ss Cass. soc., 7 juin 1995 : *D.* 1996, p. 75.
- C. MATHIEU-GÉNIAUT, note ss Cass. soc., 25 janv. 2006 : *Dr. soc.* 2006, p. 848 et s.
- F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, note ss Cons. const., 3 août 1994, n° 94-348 DC : *D.* 1995, p. 344.
- S. MIARA, note ss Cass. soc., 6 janv. 2011 : *JCP S* 2011, 33 ; note ss Cass. soc., 24 oct. 2012 : *JCP S* 2012, 501.
- M.-L. MORIN, note ss Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC : *Dr. soc.* 1997, p. 25 et s.
- P. MORVAN, note ss Cass. crim., 12 sept. 2000 : *Dr. soc.* 2000, p. 1075 et s.
- J. MOULY, note ss Cass. soc., 21 mars 2000 : *Dr. soc.* 2000, p. 651 et s. ; note ss Cass. soc., 26 oct. 2011 : *Dr. soc.* 2012, p. 303 et s.
- S. NADAL, note ss Cass. soc., 13 janv. 2010 : *RDT* 2010, p. 242 et s.
- I. ODOUL-ASOREY, note ss Cass. soc., 6 janv. 2011 : *RDT* 2011, p. 255 et s. ; note ss Cass. soc., 10 juill. 2013 : *RDT* 2013, p. 641 et s.
- Y. PAGNERRE, note ss Cass. soc., 5 janv. 2011 : *JCP S* 2011, 1110 ; note ss Cass. soc., 21 nov. 2012 : *JCP S* 2013, 1113 ; note ss Cass. soc., 10 juill. 2013 : *JCP S* 2013, 1468 ; note ss Cass. soc., 14 janv. 2014 : *JCP S* 2014, 1242 ; note ss Cass. soc., 2 juill. 2014 : *JCP S* 2014, 1447.
- F. PETIT, note ss Cass. soc., 10 mars 2010 : *Dr. soc.* 2010, p. 602 et s. ; note ss Cass. soc., 13 juill. 2010 : *Dr. soc.* 2010, p. 1133 et s. ; note ss Cass. soc., 18 mai 2011 : *Dr. soc.* 2011, p. 1005 ; note ss Cass. soc., 26 sept. 2012 : *JCP S* 2012, 1478 ; note ss Cass. soc., 14 nov. 2012 : *Dr. soc.* 2013, p. 71 ; note ss Cass. soc., 27 févr. 2013 : *Dr. soc.* 2013, p. 468 et s. ; note ss Cass. soc., 27 mars 2013 : *Dr. soc.* 2013, p. 463 et s. ; note ss Cass. soc., 29 mai 2013 : *Dr. soc.* 2013, p. 653 et s. ; note ss Cass. soc., 14 janv. 2014 : *Dr. soc.* 2014, p. 485 et s. ; note ss Cass. soc., 4 févr. 2014 : *Dr. soc.* 2014, p. 483 et s. ; note ss Cass. soc., 2 juill. 2014 : *Dr. soc.* 2014, p. 1070 et s.
- P. Pochet, note ss Cass. soc., 25 janv. 1995 : *D.* 1995, p. 593 et s.
- X. PRÉTOT, note ss Cons. const., 25 juill. 1989, n° 89-257 DC : *Dr. soc.* 1989, p. 701 et s. ; note ss Cons. const., 16 déc. 1993, n° 93-328 DC : *Dr. soc.* 1994, p. 139 et s. ; note ss Cons. const., 13 janv. 2000, n° 99-423 DC : *Dr. soc.* 2000, p. 257 et s. ; note ss Cons. const., 19 déc. 2000, n° 2000-437 DC : *Dr. soc.* 2001, p. 270 et s.
- C. PUIGELIER, note ss Cass. soc., 8 juin 2011 : *JCP S* 2011, 1484 ; note ss Cass. soc., 26 oct. 2011 : *Dr. soc.* 2012, p. 303 et s.
- C. RADÉ, note ss Cass. soc., 7 juin 1995 : *Dr. soc.* 1996, p. 37 et s. ; note ss Cass. soc., 28 nov. 2000 : *Dr. soc.* 2001, p. 212 et s. ; note ss Cass. soc., 2 juill. 2002 : *Dr. soc.* 2002, p. 998 et s. ; note ss Cass. soc., 13 janv. 2009 : *Dr. soc.* 2009, p. 614 ; note ss Cass. soc., 14 nov. 2013 : *Dr. soc.* 2014, p. 84 et s.

- J.-E. RAY, note ss Cass. soc., 12 janv. 1999 : *Dr. soc.* 1999, p. 287 ; note ss Cass. soc., 22 févr. 2000 : *Dr. soc.* 2000, p. 776.
- M.-A. ROTSCCHILD-SOURIAC, note ss Cass. soc., 3 févr. 1993 : *D.* 1993, p. 305 ; note ss Cass. soc., 12 oct. 2006 : *RDT* 2007, p. 186 et s. ; note ss Cass. soc., 10 oct. 2007 : *RDT* 2008, p. 188 et s.
- J. SAVATIER, note ss Cass. crim., 21 juin 1983 : *Dr. soc.* 2001, p. 209 et s. ; note ss Cass. soc., 29 nov. 1990 : *Dr. soc.* 1991, p. 99 ; note ss CE, 15 mai 1991 : *Dr. soc.* 1992, p. 39 et s. ; note ss Cass. soc., 29 juin 1994 : *Dr. soc.* 1995, p. 43 et s. ; note ss Cass. soc., 27 mars 1996 : *Dr. soc.* 1996, p. 641 et s. ; note ss Cass. soc., 21 janv. 1997 : *Dr. soc.* 1997, p. 347 et s. ; note ss Cass. soc., 15 mai 2001 : *Dr. soc.* 2001, p. 777 ; note ss Cass. soc., 26 nov. 2002 : *Dr. soc.* 2003, p. 225 et s. ; note ss Cass. soc., 22 janv. 2003 : *Dr. soc.* 2003, p. 433 ; note ss Cass. soc., 29 janv. 2003 : *Dr. soc.* 2003, p. 453 ; note ss Cass. soc., 24 avr. 2003 : *Dr. soc.* 2003, p. 780 ; note ss Cass. soc., 29 oct. 2003 : *Dr. soc.* 2004, p. 213 ; note ss Cass. soc., 2 déc. 2003 : *Dr. soc.* 2004, p. 107 ; note ss Cass. soc., 17 déc. 2003 : *Dr. soc.* 2004, p. 323 et s. ; note ss Cass. soc., 5 mai 2004 : *Dr. soc.* 2004, p. 944 et s. ; note ss Cass. soc., 26 mai 2004 : *Dr. soc.* 2004, p. 915 et s. ; note ss Cass. soc., 2 juin 2004 : *Dr. soc.* 2004, p. 913 et s. ; note ss Cass. soc., 13 juill. 2004 : *Dr. soc.* 2004, p. 944 et s. ; note ss Cass. soc., 13 juill. 2004 : *Dr. soc.* 2004, p. 1155 ; note ss Cass. soc., 6 oct. 2004 : *Dr. soc.* 2004, p. 1155 ; note ss Cass. soc., 13 oct. 2004 : *Dr. soc.* 2005, p. 111 et s. ; note ss Cass. soc., 24 janv. 2006 : *Dr. soc.* 2006, p. 454 ; note ss Cass. soc., 16 déc. 2008 : *Dr. soc.* 2009, p. 500 et s.
- V. SOUBISE, note ss Cass. soc., 5 oct. 1999 : *D.* 2000, p. 94.
- A. STOCKI, note ss Cass. crim., 7 déc. 2010 : *JCP S* 2011, 1226.
- T. TAURAN, note ss Cass. soc., 6 févr. 2013 : *JCP S* 2013, 1142.
- B. TEYSSIÉ et A. VIANDIER, note ss CA Paris, 10 juin 1986 : *JCP G* 1986, II, 20678.
- J. TRÉMEAU, note ss Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC : *RFD const.* 1997, p. 113.
- R. VATINET, note ss Cass. soc., 10 juill. 2002 : *Dr. soc.* 2002, p. 949 et s. ; note ss Cass. soc., 7 juin 2006 : *JCP S* 2006, 1734.
- J.-C. VENEZIA, note ss CE, 21 juill. 1970 : *Dr. soc.* 1971, p. 112 et s.
- M. VÉRICEL, note ss Cass. ass. plén., 24 oct. 2008 : *RDT* 2009, p. 43 et s.
- A.-B. VOLOIR et F. AKNIN, note ss Cass. soc., 29 avr. 2009 : *JCP S* 2009, 1365.
- P. WAQUET, note ss Cass. soc., 15 mai 1991 : *Dr. soc.* 1991, p. 619 et s. ; note ss Cass. soc., 22 juin 1993 : *Dr. soc.* 1993, p. 659 et s. ; note ss Cass. soc., 30 juin 1993 : *Dr. soc.* 1993, p. 754 et s.
- C. WOLMARK, note ss Cass. soc., 2 oct. 2001 : *D.* 2002, p. 774 et s.

Index alphabétique

(Les numéros indiqués renvoient aux paragraphes)

A

Accord atypique, 510, 516.
Accord collectif :
– conclusion, 675 et s.
– dénonciation, *V. Dénonciation*.
– de substitution, 698.
– durée, *V. Durée*.
– mise en cause, *V. Mise en cause*.
– révision, *V. Révision*.
Accord d'adaptation, 370, 686.
Accord de configuration, 355.
Accord de constitution, 355.
Accord de fin de conflit, 508, 509, 650.
Accord de maintien de l'emploi, 384, 552, 554, 584, 660.
Accord de méthode, 318, 499, 538, 539, 583.
Accord de programmation, 413, 538 et s., 578, 595, 620, 625, 637, 655, 659, 660, 682, 712, 718.
Accord-cadre, 210, 211, 216, 360, 540, 556 et s.
Activité économique, 83, 98, 117 et s., 130, 134, 144, 151, 217, 240, 302.
Affiliation syndicale, 211, 447, 449, 463, 464, 491, 504, 700.
Aménagement du temps de travail, 176, 202 et s., 229, 329, 499, 593.
Arbitrage, 507.
Association, 38, 124, 139 et s., 145, 147, 343, 358, 373, 388, 441, 507.
Audience électorale, 280 et s., 449 et s., 556, 683.
Augmentations salariales, 22, 90, 298, 560, 591, 626.
Autogestion, 222.
Avenant de révision, 632, 695 et s.
Avis du comité d'entreprise, 597, 670 et s.

B

Base de données économiques et sociales, 314, 329, 335, 471, 638.

C

Cadre de désignation, 284 et s., 295, 297, 468, 564.
Calendrier de réunions, 195, 540, 543, 623, 627, 673.

Catégorie professionnelle, 25, 66, 461, 566, 592, 634, 643, 684.
Centre d'activité autonome, 267 et s.
Changement des conditions de travail, 90, 422.
Chantier, 240, 258.
Chef d'établissement, 263, 264, 277, 392 et s., 409, 412, 583, 671.
Classification, 66.
Collectivité de travail, 44, 64 et s., 113, 123, 232, 254, 278, 319, 440.
Comité de groupe, 353, 355, 357, 364, 366.
Comité d'entreprise, 308, 323, 471, 478, 489, 498, 515 et s., 666 et s.
Comité d'entreprise européen, 26, 559.
Comité d'établissement, 252, 269, 290, 455, 673.
Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, 70, 244, 672.
Commission paritaire de validation des accords collectifs, 482 et s., 493, 498.
Compte épargne temps, 205.
Concertation appropriée, 160 et s., 174, 181.
Conciliation, 507, 508.
Confiance, 6, 24, 82, 446, 614.
Conflit social, 77, 86, 177, 208, 225, 260, 291, 423, 506 et s., 619.
Congé de formation économique, sociale et syndicale, 657.
Consultation des représentants du personnel, 165, 179, 293, 355, 360, 539, 554, 583, 629, 665 et s.
Contrainte annuelle, *V. Thèmes de négociation annuelle obligatoire et Thèmes des obligations de couverture*.
Contrainte triennale, *V. Thèmes de négociation triennale obligatoire et Thèmes des obligations de couverture*.
Contrat collectif d'entreprise, 54, 231, 524, 531, 622.
Contrat de génération, 4, 192, 200 et s., 586, 596, 600, 652, 707.
Contrat d'entreprise, 130.
Contrat de société, 41, 52, 132 et s., 143, 145 et s.
Contrat de travail, 58, 68, 77, 83, 91, 183, 231, 382, 427, 613, 661.
Conventions de forfait, 176, 626.
Cotisations, *V. Critères de représentativité*.

Crédit d'heures, 469, 654 et s.

Critères de représentativité :

- cotisations, 446, 448.
- effectif, 446.
- expérience et ancienneté, 446, 448.
- indépendance, 446, 448, 490, 661.

D

Décentralisation :

- de la négociation, 222, 227, 229.
- de la négociation obligatoire, 569 et s.

Décision unilatérale, 165, 188, 197, 214, 329, 453, 516, 519, 540, 599, 625, 652, 701, 709.

Déléataire, 265, 272, 397 et s., 403, 407.

Délégation de pouvoir, 263, 277, 292, 300, 397 et s.

Délégation patronale, 411 et s.

Délégation syndicale, 17, 291, 299, 472 et s., 654, 660.

Délégué syndical :

- central, 299, 468, 476.
- généralités, 466 et s.

Délégués du personnel, 69, 101, 252, 273, 296, 308, 392, 453, 484, 489, 497, 517, 565, 641.

Délit d'entrave, 641, 643, 669, 697.

Dénonciation, 325, 370, 698.

Dépôt, 193, 507, 513, 599, 692, 698, 709.

Déréglementation, 554.

Dérogation, 17, 329, 370, 550, 561, 571.

Désignation, 246, 286 et s., 324, 336, 340, 456, 465, 564, 644.

Devoir de loyauté, 614 et s., 644.

Dirigeant :

- de droit, 390, 393.
- de fait, 391.

Discrimination, 89, 441, 595, 604, 661.

Domination, 353, 366 et s.

Dommages et intérêts, 633, 647, 702.

Droit :

- de l'employeur à la négociation collective, 185 et s.
- des salariés à la négociation collective, 154 et s.

Droit d'expression des salariés, 595, 608, 641.

Durée de l'accord :

- durée déterminée, 21, 68, 459, 531.
- durée indéterminée, 531.

Durée du travail, 204, 499, 584, 593.

Durée effective et organisation du temps de travail, 590, 593.

E

Écart de rémunération, 194 et s., 604.

Échec des négociations, 192, 201, 214, 599, 605, 621, 629, 703 et s.

Effectif :

- calcul de l'--, 113, 334, 495.
 - de l'entreprise, 90, 192, 200, 201, 468, 469.
 - de l'établissement, 249, 254 et s.
- seuil d'--, 113, 177, 290, 303, 309, 493.
- *V. Critères de représentativité.*

Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes :

- accord collectif, 190, 333, 599, 604, 606, 652.
- généralités, 24, 190, 333, 585, 595, 599, 604, 606, 652.
- plan d'action, 190, 599, 652.

Égalité salariale, 195.

Entrée en vigueur, 19, 21, 690 et s., 696.

Épargne salariale, 356, 417, 512 et s., 552, 601.

Établissement distinct, 244, 250 et s., 272, 287, 290, 564.

Exonérations :

- fiscales, 111, 601.
- sociales, 193, 196.

Expérience et ancienneté, *V. Critères de représentativité.*

Expert, 413, 461, 539, 660.

F

Fondation, 141, 147, 373.

Formation professionnelle, 175, 213, 373, 383, 525, 595.

Frais de santé, *V. Prévoyance.*

Fraude à la constitution des instances représentatives du personnel, 303, 307 et s., 330.

G

Gérant, 390.

Gestion de l'entreprise, 94, 134, 291, 605, 662, 718.

Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, 326, 585, 586, 596.

Grève :

- dans le service public, 208 et s.
- droit de, 86, 90, 422, 619.
- généralités, 225, 509, 539, 620.

Groupe de contrats, 38 et s.

Groupe d'entreprises, 4, 366 et s., 371.

Groupement d'intérêt économique, 142, 373.

H

Heures de délégation, 298, 469, 470, 489, 549, 655.

Hiérarchie des normes, 368, 372.

I

Implantation géographique, 249 et s., 267, 275, 291, 298, 574.

Indépendance, *V. Critères de représentativité.*

Information des représentants des salariés, 269, 328, 352, 360, 407, 413, 471, 484, 489, 538, 554, 583, 636 et s., 646, 656.

Instances représentatives du personnel, *V. Comité d'entreprise ; Comité d'établissement ; Délégués du personnel ; Délégué syndical.*

Institution, 35, 42 et s., 54, 75, 78.

Intéressement, 318, 356, 512, 517, 535, 580.

Intérêt :

- collectif, 49, 55, 105, 275, 277, 278, 353, 438.
- de l'employeur, 82, 384, 407, 415.
- de l'entreprise, 54, 71 et s., 148, 162, 187, 202, 212, 228, 235, 383 et s. 413, 536, 578, 662, 699, 714, 718.
- des salariés, 57 et s., 90, 275.
- social, 53 et s., 77.

Intérêts intermédiaires, 64 et s., 74, 75.

Invitation des organisations syndicales, 631 et s., 641.

Issue de la négociation, *V. Échec ; Signature.*

L

Légitimité :

- de la norme, 226, 490, 584, 678 et s., 687.
- de l'employeur, 35, 381.
- des représentants des salariés, 282, 283, 441, 449, 460.

Liberté :

- contractuelle, 212, 215, 367, 536 et s., 544, 580, 682.
- d'entreprendre, 86, 93, 346.
- d'expression, 83, 661.

Licenciement pour motif économique, 94, 313, 329, 360, 549, 583.

Lien de subordination, 99, 382, 386, 391.

Lieu de réunion, 623, 654.

Lieu de travail, 67, 93, 228, 272.

Local syndical, 470.

Loyauté, 614 et s., 636, 644, 673.

Lutte, *V. Conflit social ; Grève.*

M

Mandat :

- notion, 213, 371, 402 et s., 406 et s., 412, 450.
- syndical, 286, 340, 465, 466 et s., 472 et s., 480, 488, 490, 513, 650, 661.

Médiation, 507.

Mesures unilatérales, *V. Décision unilatérale.*

Mise en cause, 370, 699 et s.

Modification du contrat de travail, 91.

Modulation du temps de travail, 176, 204.

Monopole syndical :

- atteinte au -, 515, 516.
- principe du -, 418 et s., 477 et s.

N

Négociation :

- alternative, *V. Négociation subsidiaire.*
- dérogatoire, *V. Négociation subsidiaire ; Dérogation.*
 - atypique, *V. Négociation subsidiaire.*
 - préélectorale, 215, 503 et s., 711, 713.
 - subsidiaire, 479 et s., 516, 520, 566, 683, 719.

Négociations séparées, 631 et s., 673.

Notification, 288, 690.

Nullité de la convention ou de l'accord collectif, 527, 649 et s., 669, 673.

O

Obligation de bonne foi, 614 et s., 622, 627.

Obligation de négocier, 165, 187, 192, 209, 211, 234, 299, 338, 355, 367, 503, 512, 571, 588 et s.

Opposition à un accord collectif, 678, 687 et s.

Ordre public :

- généralités, 453, 682.
 - absolu, 345, 544 et s.
 - relatif, 551 et s.
 - social, 548 et s.

Organisation syndicale catégorielle, 461 et s., 530, 674, 683, 684.

Organisation syndicale représentative, 419 et s.

Ouverture de la négociation, 410, 493, 522, 530, 541, 570, 607, 627, 637.

P

Participation aux résultats, 313, 326, 356, 513, 517, 518, 535, 580, 601.

Pénalité financière, 190, 193, 329, 333, 334, 599, 600, 652.

Périodicité de la négociation :

- décompte, 607 et s.
- fixation, 590 et s.
- généralités, 413, 538, 539.

Permutabilité du personnel, 317, 319, 326.

Personnalité juridique, 122 et s., 141, 303, 352, 386, 468.

Personne :

- morale, 46, 49, 50, 54, 115, 125, 127, 128, 134, 142, 143, 338, 353, 385, 388, 412, 519, 698.
- physique, 115, 121, 123, 126, 127, 146, 388, 389, 412.

Plan d'action, 190, 192, 193, 200, 201, 333, 587.

Plan d'épargne d'entreprise, 356, 601.

Plan d'épargne pour la retraite collectif, 601.

Plan de sauvegarde de l'emploi, 313, 329, 539, 551, 686, 711.

Pouvoir :

- de direction, 45, 97 et s., 272, 320, 352, 378, 391, 398, 572, 674, 711.
- législatif, 45, 92, 93, 382.
- réglementaire, 97, 156.

Présomption de représentativité, 447, 459.

Prévention de la pénibilité, 333, 586, 600, *V. Plan d'action*.

Prévoyance, 318, 417, 519, 601.

Prime de partage des profits, 191, 580.

Principe de bonne foi, 614 et s.

Principe de concordance, 282, 284, 447, 450, 584.

Principe de participation :

- application, 170 et s., 179 et s., 183, 184, 322, 350, 354, 378, 449, 464, 479.
- définition, 102 et s., 160 et s.

Procès-verbal de carence, 485, 496 et s.

Procès-verbal de désaccord, 190 et s., 200, 201, 605, 621, 627, 690, 705 et s., 708 et s.

Proposition des parties, 48, 191, 192, 194, 196, 635, 639, 667, 705, 706.

Protection sociale complémentaire, 519 et s., *V. Prévoyance*.

Protocole d'accord préélectoral, 299, 340, 455, 458, 504, 547, 549, 557, 582, 606, 641, 642, 650.

Publicité de la convention ou de l'accord collectif, 689 et s.

R

Référendum, 4, 478, 490, 498, 517, 519, 681.

Représentant de l'employeur, 262 et s., 269, 270, 272, 274, 277 et s., 292, 300, 412, 593.

Représentant de section syndicale, 465, 491, 492, 499, 500.

Représentants élus du personnel, 200, 482, 484, 489, 492, 496, 498, 517, 667, 685, 700.

Représentants élus du personnel mandatés, 488, 499.

Représentation, 402 et s., 406 et s., 412, 426 et s., 442.

Représentativité syndicale, 226, 257, 280, 282, 284, 340, 341, 369, 415, 440 et s., 566, 578, 581, 634, 661, 683, 700.

Responsabilité :

- civile, 126, 211.
- délictuelle, 39, 530, 647.
 - des partenaires sociaux, 12, 646 et s.
 - pénale, 127, 263.

Retraite supplémentaire, 601.

Réunion de négociation, 190, 196, 209, 407, 458, 515, 539, 540, 608, 610, 623, 627, 654, 673, 674, 708.

Revendications, 68, 274, 278, 279, 286, 291, 294, 439, 470, 712.

Révision d'un accord, 541, 581, 673, 695 et s.

S

Salaires effectifs, 194 et s., 234, 585, 591 et s., 605, 606, 651.

Salarié mandaté, 200, 202, 482, 484, 490, 492, 496, 497, 498, 513, 566, 685, 708.

Salariés extérieurs :

- mis à disposition, 70, 184.
- travail temporaire, 69, 184.

Sanctions :

- administratives, 651 et s.
- civiles, 645 et s.
- pénales, 127, 191, 331, 338, 641 et s., 691.

Section syndicale, 291, 336, 341, 465, 468, 469, 470, 504, 588, 655.

Signature, 201, 217, 343, 345, 388, 408, 415, 515, 530, 533, 622, 667, 673 et s., 679 et s.

Somme d'accords d'entreprise, 344, 359, 360.

Statut :

- collectif, 66, 69, 231, 238, 266, 317, 325, 357, 478, 540, 558, 572 et s.
- protecteur, 661.

Subdélégation, 398.

Supplétivité, 560, 561.

T

Thèmes de négociation annuelle obligatoire, 590 et s.

Thèmes de négociation triennale obligatoire, 596 et s.

Thèmes des obligations de couverture, *V. Contrat de génération ; Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ; Prévention de la pénibilité ; Prime de partage des profits*.

Théorie de l'entreprise, 36 et s., 302.

Travail :

- rôle économique, 58 et s.
- rôle social, 60 et s.

Travailleur handicapé, 245, 595.

U

Unanimité, 344, 541, 576, 578.

Unité économique et sociale :

- négociation d'-, 321 et s.
- notion, 306 et s.

Urgence, 625, 628, 645.

Table des matières

Remerciements.....	IX
Principales abréviations.....	XIII
Préface.....	XV
Introduction.....	1
I. – Un déploiement pratique.....	3
A. – Un apport au-delà du droit.....	4
1° L'analyse sociologique de la négociation collective d'entreprise.....	4
2° L'utilisation de la négociation collective dans la gestion de l'entreprise.....	5
3° L'instrumentalisation politique de la négociation collective d'entreprise.....	6
B. – Un apport dans le droit.....	7
1° Un déploiement voulu.....	7
2° Un déploiement limité.....	8
3° Un déploiement cantonné.....	9
II. – Des incertitudes normatives.....	11
A. – Facteurs internes.....	11
B. – Facteurs externes.....	12

PREMIÈRE PARTIE

LE NIVEAU DE NÉGOCIATION

Titre 1 : L'ENTREPRISE

Chapitre 1 : L'IDENTIFICATION DE L'ENTREPRISE.....	19
Section 1 : L'ANALYSE JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE.....	19
Sous-section 1 : L'affirmation de l'institution « entreprise ».....	20
§ 1. – Une thèse contractuelle contestable.....	20
§ 2. – Une thèse institutionnelle convaincante.....	21
Sous-section 2 : L'émergence de l'intérêt de l'entreprise.....	24
§ 1. – L'effacement des intérêts nés du contrat.....	24
I. – L'intérêt social.....	24
II. – L'intérêt du salarié.....	26
§ 2. – L'apparition d'intérêts au-delà du contrat.....	28
I. – Les intérêts intermédiaires.....	28
II. – L'intérêt de l'entreprise.....	30
A. – L'intérêt de l'entreprise, standard juridique.....	31
1° Une appréhension difficile.....	31
2° Une critique facile.....	32
B. – L'intérêt de l'entreprise, outil juridique.....	33
1° Un outil de limitation.....	33
a) Un rempart.....	33
b) Un garde-fou.....	37

2° Un outil de légitimation.....	38
a) <i>Légitimation du pouvoir de direction</i>	38
b) <i>Légitimation du principe de participation</i>	40
Section 2 : LA TRADUCTION JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE.....	41
Sous-section 1 : Une traduction nécessaire.....	42
§ 1. – L'entreprise, périmètre d'application de la norme.....	42
§ 2. – L'entreprise, personne exerçant une activité économique.....	45
I. – Une activité économique, une condition.....	45
II. – Une personnalité juridique, une conséquence.....	48
Sous-section 2 : Une traduction difficile.....	50
§ 1. – Une technique d'encadrement.....	50
I. – Le recours au contrat de société.....	51
II. – Les alternatives au contrat de société.....	52
§ 2. – La portée de l'encadrement.....	54
Chapitre 2 : LA NÉGOCIATION COLLECTIVE DANS L'ENTREPRISE.....	57
Section 1 : LA RECONNAISSANCE DE L'ENTREPRISE COMME NIVEAU DE NÉGOCIATION.....	57
Sous-section 1 : Le droit des salariés à la négociation collective.....	57
§ 1. – Un droit consacré.....	58
I. – Consécration.....	58
II. – De la concertation appropriée à la négociation collective.....	60
§ 2. – Un droit délimité.....	62
I. – Domaine du droit à la négociation collective.....	62
A. – Une dévolution du pouvoir réglementaire.....	63
B. – Un domaine matériel étendu.....	64
II. – Étendue du droit à la négociation collective.....	66
A. – L'affleurement d'un droit à la négociation collective dans le secteur public.....	66
B. – La circonscription du droit à la négociation collective dans le secteur privé.....	68
Sous-section 2 : Le droit de l'employeur à la négociation collective.....	69
§ 1. – La nécessaire reconnaissance d'un droit de l'employeur à la négociation collective.....	69
I. – Des décisions unilatérales subsidiaires.....	70
A. – La subsidiarité directe.....	70
B. – La subsidiarité indirecte.....	72
II. – Des accords collectifs nécessaires.....	73
A. – Le contrat de génération.....	73
B. – L'aménagement du temps de travail.....	74
§ 2. – La consécration envisageable d'un droit de l'employeur à la négociation collective.....	76
I. – Des sources d'inspiration.....	76
II. – Des suggestions.....	79
Section 2 : LE RENFORCEMENT DE L'ENTREPRISE COMME NIVEAU DE NÉGOCIATION.....	81
Sous-section 1 : L'entreprise, lieu de basculement normatif.....	82
Sous-section 2 : L'entreprise, lieu de déploiement de la norme.....	84
§ 1. – Un niveau pertinent.....	84
§ 2. – Un niveau reconnu.....	87

Titre 2 : L'ENTREPRISE ÉCLATÉE

Chapitre 1 : L'ÉCLATEMENT TECHNIQUE DE L'ENTREPRISE.....	93
Section 1 : L'ÉTABLISSEMENT : UN PARADOXE.....	94
Sous-section 1 : Des autorités diverses.....	94
Sous-section 2 : Des critères multiples.....	96
§ 1. – Une notion polymorphe.....	96
I. – Critères matériels.....	96
II. – Critères « organisationnels ».....	99
A. – Un représentant de l'employeur.....	99
B. – Une autonomie de l'établissement.....	100
§ 2. – Une communauté de travail.....	103
Section 2 : L'ÉTABLISSEMENT : UNE RATIONALISATION.....	106
Sous-section 1 : Un facteur d'évolution.....	107
Sous-section 2 : Une utopique réunification.....	109
§ 1. – Des réticences.....	109
§ 2. – Une logique.....	111
§ 3. – Un compromis.....	113
Chapitre 2 : L'ÉCLATEMENT JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE.....	117
Section 1 : LA NEUTRALISATION DES CONSTRUCTIONS JURIDIQUES.....	118
Sous-section 1 : L'unité économique et sociale, territoire exploré.....	118
§ 1. – Une « optimisation organisationnelle ».....	118
I. – Une construction jurisprudentielle.....	119
A. – Un point de départ limité.....	119
B. – Un point d'arrivée étendu.....	119
II. – Une assimilation légale.....	120
§ 2. – Une communauté de travail.....	122
Sous-section 2 : L'unité économique et sociale, territoire à conquérir.....	124
§ 1. – Une nécessaire négociation d'unité économique et sociale.....	124
§ 2. – Une difficile négociation d'unité économique et sociale.....	128
I. – L'instabilité de la doctrine administrative.....	128
II. – La confrontation de l'unité économique et sociale et de la négociation obligatoire.....	130
III. – L'incertaine nature de l'accord collectif d'unité économique et sociale.....	132
Section 2 : LA CONSÉCRATION D'UN NIVEAU DE NÉGOCIATION.....	134
Sous-section 1 : Une consécration exigée.....	135
§ 1. – Une communauté révélée.....	135
§ 2. – Une pratique camouflée.....	136
Sous-section 2 : Une consécration exigeante.....	139
§ 1. – Des embûches à surmonter.....	140
§ 2. – Une consolidation à opérer.....	141
I. – L'identification du groupe.....	142
II. – La négociation de groupe.....	143

DEUXIÈME PARTIE
LE PROCESSUS DE NÉGOCIATION

Titre 1 : **LE LIEN DE NÉGOCIATION**

Chapitre 1 : LE NÉGOCIATEUR PATRONAL.....	151
Section 1 : IDENTIFICATION THÉORIQUE DU NÉGOCIATEUR PATRONAL.....	151
Sous-section 1 : L'employeur, détenteur du pouvoir de négocier.....	152
Sous-section 2 : L'employeur, détenteur d'un pouvoir de négociateur partagé.....	154
§ 1. – L'employeur, élément indispensable.....	154
§ 2. – Le chef d'entreprise, élément remplaçable.....	155
Section 2 : IDENTIFICATION FONCTIONNELLE DU NÉGOCIATEUR PATRONAL.....	157
Sous-section 1 : La qualité d'interlocuteur patronal.....	158
§ 1. – Une base juridique à identifier.....	158
I. – L'interlocuteur patronal, délégataire ?.....	158
II. – L'interlocuteur patronal, mandataire ?.....	160
§ 2. – Une base juridique identifiée.....	161
Sous-section 2 : Les contours de la délégation patronale.....	163
Chapitre 2 : LE NÉGOCIATEUR SALARIAL.....	167
Section 1 : L'AFFIRMATION DU PRINCIPE DU MONOPOLE SYNDICAL.....	168
Sous-section 1 : Les organisations syndicales représentatives, agents du droit à la négociation collective.....	168
§ 1. – La capacité à négocier d'une entité extérieure à l'entreprise.....	168
I. – Une capacité historique.....	169
II. – Une capacité juridique.....	171
A. – La source du pouvoir de représentation des organisations syndicales.....	171
B. – La théorie du pouvoir de représentation des organisations syndicales.....	172
1° Une représentation d'intérêts.....	172
2° Identification de l'intérêt.....	173
§ 2. – La preuve de la représentativité de l'entité dans l'entreprise.....	174
I. – La représentativité, notion essentielle.....	175
II. – La représentativité, notion évolutive.....	176
A. – Une adaptation temporelle.....	176
1° Des critères apparus en 1945.....	176
2° Des critères enrichis en 2008.....	178
B. – Une adaptation spatiale.....	179
1° Norme générale de mesure de la représentativité.....	179
a) <i>Mesure géographique de l'audience</i>	179
b) <i>Mesure temporelle de l'audience</i>	180
2° Norme spéciale de mesure de la représentativité.....	182
Sous-section 2 : Le délégué syndical, agent du droit à la négociation collective dans l'entreprise.....	183
§ 1. – Le délégué syndical, détenteur d'un mandat syndical.....	183
§ 2. – Le délégué syndical, membre de la délégation syndicale.....	186
Section 2 : LES ATTEINTES AU PRINCIPE DU MONOPOLE SYNDICAL.....	188

Sous-section 1 : Les atteintes liées à une défaillance syndicale.....	188
§ 1. – Un système subsidiaire.....	189
§ 2. – Un système perfectible.....	191
I. – Une identification complexe.....	192
A. – La recherche de l'interlocuteur.....	192
B. – Les critères à combiner.....	194
II. – Un régime inadapté.....	197
Sous-section 2 : Les atteintes liées à l'objet de la négociation.....	198
§ 1. – Les négociations contraintes.....	198
I. – La contrainte juridique.....	198
II. – La contrainte sociale.....	200
§ 2. – Les négociations alternatives.....	202
I. – Les dividendes du travail.....	202
II. – La protection sociale complémentaire.....	206

Titre 2 : LA CONDUITE DE LA NÉGOCIATION

Chapitre 1 : LE DÉROULEMENT DE LA NÉGOCIATION.....	209
Section 1 : LA NÉGOCIATION ENVISAGÉE.....	209
Sous-section 1 : Une influence contractuelle.....	210
§ 1. – La liberté contractuelle.....	210
I. – L'appropriation d'un principe.....	210
II. – Les applications du principe.....	211
A. – Le lien contractuel.....	211
B. – Le cocontractant.....	212
C. – Le contenu du contrat.....	212
§ 2. – La liberté maîtrisée.....	213
I. – Un contrôle endogène.....	213
II. – Un contrôle exogène.....	215
A. – Un contrôle exercé par une norme légale.....	216
1° L'ordre public absolu.....	216
2° L'ordre public social.....	218
3° L'ordre public relatif.....	219
B. – Un contrôle exercé par une norme conventionnelle.....	221
1° La négociation d'adaptation.....	221
2° La négociation d'addition.....	222
3° La négociation de substitution.....	223
Sous-section 2 : Une influence réglementaire.....	224
§ 1. – Des contraintes spatiales.....	224
I. – Un interlocuteur imposé.....	224
II. – Un niveau imposé.....	225
A. – La négociation obligatoire.....	225
1° Une interprétation nécessaire.....	225
2° Une interprétation critiquable.....	228
B. – Des négociations imposées multipliées.....	231
1° Un niveau prescrit.....	231
2° Un niveau suggéré.....	233

§ 2. – Des contraintes thématiques.....	234
I. – Une prolifération.....	235
A. – Un rythme intangible de négociation.....	235
1° La contrainte annuelle.....	235
2° La contrainte triennale.....	237
B. – Un rythme variable de négociation.....	238
1° Obligations modulées.....	238
2° Obligations en sommeil.....	239
II. – Une réorganisation.....	239
§ 3. – Des contraintes temporelles.....	241
Section 2 : LA NÉGOCIATION EXÉCUTÉE.....	243
Sous-section 1 : Une attitude.....	243
§ 1. – Des devoirs.....	243
I. – La loyauté, application du principe de bonne foi.....	243
II. – La loyauté, élément de la négociation collective.....	245
A. – Une transposition débattue.....	245
B. – Des effets reconnus.....	247
1° Des obligations incombant à l'employeur.....	247
a) <i>L'interdiction de l'unilatéral</i>	247
b) <i>L'interdiction de l'instrumentalisation</i>	248
2° Des obligations incombant à tous.....	248
a) <i>Une invitation</i>	249
b) <i>Une coopération</i>	249
§ 2. – Des sanctions.....	251
I. – Sanctions pénales.....	251
II. – Sanctions civiles.....	253
III. – Sanctions administratives.....	255
Sous-section 2 : Des moyens.....	256
§ 1. – Le temps.....	256
§ 2. – La compétence.....	257
Chapitre 2 : LE DÉNOUEMENT DE LA NÉGOCIATION.....	261
Section 1 : UN DÉNOUEMENT PRÉPARÉ.....	261
Sous-section 1 : La consultation des représentants du personnel.....	261
§ 1. – Un premier rôle.....	262
§ 2. – Des seconds rôles.....	263
Sous-section 2 : La détermination de la procédure de signature.....	265
Section 2 : UN DÉNOUEMENT ACCOMPLI.....	266
Sous-section 1 : Un succès.....	266
§ 1. – Une heureuse rencontre.....	266
I. – La quête de la légitimité.....	266
A. – Condition de signature.....	266
B. – Absence d'opposition.....	269
II. – L'impératif de publicité.....	269
§ 2. – Un heureux malheur.....	271
I. – Une rigidité inévitable.....	271

A. – Révision.....	271
B. – Dénonciation.....	272
C. – Mise en cause.....	272
II. – Une responsabilité indispensable.....	273
Sous-section 2 : Un échec.....	274
§ 1. – Une malheureuse divergence.....	274
I. – Une formalisation opérée.....	274
II. – Une formalisation nécessaire.....	275
§ 2. – Un bonheur malheureux.....	276
I. – La liberté retrouvée.....	276
II. – La liberté abdiquée.....	277
Conclusion.....	279
Bibliographie.....	281
Index alphabétique.....	295

La négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise

Depuis 1982, la négociation collective d'entreprise s'est fortement développée. La conclusion de conventions et accords adaptant les normes issues de niveaux supérieurs revêt une importance croissante. En atteste le rapport remis en septembre 2015 par le président de la section sociale du Conseil d'État au Premier ministre dont certaines propositions vont faire l'objet d'une rapide inscription dans la loi. Son objectif est de redynamiser la négociation collective et de permettre à ses acteurs de s'y investir davantage. Le rôle particulier ainsi confié à la négociation collective d'entreprise tient à la proximité qu'entretiennent les créateurs de la norme avec son application. Le cadre dans lequel ce régime a vocation à déployer ses effets n'est pas intangible. Sous un même vocable sont désignés plusieurs périmètres imbriqués au sein desquels différentes communautés de travail peuvent être identifiées. Toutes ne peuvent être un lieu de négociation. Celle-ci est parfois guidée par l'État qui « instrumentalise » les partenaires sociaux dans une logique d'action publique par l'intermédiaire d'incitations à traiter de certains thèmes, voire d'obligations. Outil des politiques publiques, la négociation collective d'entreprise est le creuset d'un intérêt, celui d'une communauté de travail, qui se révèle dans un cadre qui doit être déterminé. Cette identification permet aux parties de s'engager dans un processus d'élaboration de la convention ou de l'accord collectif adapté à la situation de l'entreprise dans laquelle le contrat d'entreprise a vocation à s'appliquer.

L'auteur, Étienne Devaux, propose une réflexion de fond sur le rôle de la négociation collective d'entreprise et sur les conditions de son développement, thématiques au cœur de l'actualité sociale.

L'auteur

ÉTIENNE DEVAUX, docteur en droit de l'université Panthéon-Assas (Paris II), juriste en droit social au sein de l'UIMM et du MEDEF Eure.

***Planète Social** est un fonds de dotation qui a pour objet principal, d'une part, de promouvoir les bonnes pratiques sociales pour favoriser le développement économique, social et de l'emploi des entreprises industrielles de toutes tailles au niveau national et international, d'autre part, de favoriser en partenariat avec l'Université, les Grandes Écoles et la recherche, le développement d'une culture managériale qui intègre la dimension humaine et sociale au cœur de la stratégie des entreprises.*

VB400801
 Prix : 42 €
 EAN : 978-27110-2497-1
 www.lexisnexis.fr



Couverture : LCG Concepts

