



HAL
open science

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

Ioannis Kappopoulos

► **To cite this version:**

Ioannis Kappopoulos. Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle. Droit. Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2010. Français. NNT : 2010LIL20012 . tel-00585545

HAL Id: tel-00585545

<https://theses.hal.science/tel-00585545>

Submitted on 13 Apr 2011

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Thèse délivrée par

L'Université Lille 2 – Droit et Santé



**Université Lille 2
Droit et Santé**

N° attribué par la bibliothèque

____|____|____|____|____|____|____|____|____|____|

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en Droit privé

Présentée et soutenue publiquement par

Ioannis KAPPOPOULOS

Le 1^{er} octobre 2010

**Un nouveau droit de la négociation collective
Essai sur la négociation organisationnelle**

Directeur de thèse

M. François DUMONT

Professeur à l'Université du Sud Toulon-Var

JURY

- **Mme Michèle BONNECHÈRE**, Professeur à l'Université d'Évry-Val-d'Essonne
- **M. Bernard BOSSU**, Professeur à l'Université de Lille 2
- **M. Alain CŒURET**, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise
- **M. Pierre-Yves VERKINDT**, Professeur à l'Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne

UNIVERSITÉ DE LILLE 2 – DROIT ET SANTÉ

École doctorale n° 74

Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales

THÈSE

Pour l'obtention du grade de DOCTEUR en Droit

Discipline : Droit privé

Présentée et soutenue publiquement par

Ioannis KAPPOPOULOS

Le 1^{er} octobre 2010

Un nouveau droit de la négociation collective

Essai sur la négociation organisationnelle

Directeur de thèse

M. François DUMONT

Professeur à l'Université du Sud Toulon-Var

JURY

- **Mme Michèle BONNECHÈRE**, Professeur à l'Université d'Évry-Val-d'Essonne
- **M. Bernard BOSSU**, Professeur à l'Université de Lille 2
- **M. Alain CŒURET**, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise
- **M. Pierre-Yves VERKINDT**, Professeur à l'Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne

À mes parents pour leurs encouragements et leur soutien
À Sandrina

Je remercie le Professeur François DUMONT, dont les conseils, les encouragements et la lecture attentive ont permis l'aboutissement de ce travail. Qu'il veuille bien trouver en ces quelques lignes l'expression de ma sincère reconnaissance.

Je remercie également les Professeurs, Michèle BONNECHERE, Bernard BOSSU, Alain CŒURET et Pierre-Yves VERKINDT pour avoir accepté de participer à mon jury de thèse.

Enfin, je tiens à remercier tous ceux qui par leur amitié, leur savoir et leur expérience ont favorisé l'élaboration de cette thèse, spécialement : Julien, Daniel, Sandrina, Alexandre, Jean-Christophe, Jean-Philippe, Alban ...

Sommaire

<i>Introduction générale</i>	13
PREMIÈRE PARTIE : NÉGOCIATION ORGANISATIONNELLE ET RENOUVELLEMENT DE LA LÉGITIMITÉ DES ACCORDS COLLECTIFS	39
TITRE 1 : L'INSUFFISANCE DE LA REPRÉSENTATIVITÉ SYNDICALE CLASSIQUE POUR LÉGITIMER LES ACCORDS ORGANISATIONNELS	43
<i>Chapitre 1 : Un concept créé pour la représentation nationale des salariés</i>	45
<i>Chapitre 2 : Un concept inadapté à la représentation des salariés dans la négociation d'entreprise</i>	97
TITRE 2 : L'INSTITUTION D'UNE DOUBLE VÉRIFICATION DE LA LÉGITIMITÉ DES ACCORDS ORGANISATIONNELS.....	157
<i>Chapitre 1 : La vérification a priori de la capacité représentative des organisations syndicales...</i>	159
<i>Chapitre 2 : La vérification a posteriori de la capacité à engager des organisations syndicales ...</i>	205
SECONDE PARTIE : NÉGOCIATION ORGANISATIONNELLE ET RENOUVELLEMENT DE L'EFFICACITÉ DES ACCORDS COLLECTIFS	257
TITRE I : UNE NÉGOCIATION COLLECTIVE PLUS AUTONOME	259
<i>Chapitre 1 : L'autonomie et la complémentarité du droit négocié</i>	261
<i>Chapitre 2 : L'autonomie du droit négocié encadrée par l'ordre public social et le principe de faveur</i>	301
TITRE 2 : UNE NÉGOCIATION COLLECTIVE PLUS LOYALE	343
<i>Chapitre 1 : La découverte d'un principe général de loyauté dans le droit de la négociation collective</i>	345
<i>Chapitre 2 : L'application du principe général de loyauté à l'ensemble du processus de négociation</i>	383
<i>Conclusion générale</i>	419

TABLE DES ABBREVIATIONS

§ 1. Abréviations du texte

- Accord RTT Accord sur la réduction du temps de travail
- BIT Bureau International du Travail
- CHSCT Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
- CFDT Confédération Française Démocratique du Travail
- CFE-CGC Confédération Française de l'Encadrement – Confédération Générale des Cadres
- CFTC Confédération Française des Travailleurs Chrétiens
- CGPME Confédération Générale des Petites et Moyennes Entreprises
- FO Force ouvrière
- IRP Institution(s) Représentative(s) du Personnel
- L. Loi *ou* Partie législative du code cité
- MEDEF Mouvement des Entreprises de France
- UPA Union Professionnelle Artisanale

§ 2. Abréviations à caractère bibliographique

- *Acc.* Accord
- *Acc. RTT* Accord sur la réduction du temps de travail
- *Act.* Actualité(s)
- *AJ* Actualité jurisprudentielle
- *Aff.* Affaire(s)
- *al.* alinéa(s)
- *Ann.* Annexe(s)
- *Arr.* Arrêté
- *Arr. intermin.* Arrêté interministériel
- *Arr. min.* Arrêté ministériel
- *Art. ou art.* Article(s)
- *Ass.* Assemblée
- AN Assemblée nationale
- ASSEDIC Association pour l'emploi dans l'industrie et le commerce
- *A.-prop.* Avant-propos
- *Brochure JO* Brochure du Journal officiel
- *Bull. civ.* Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
- *Bull. crim.* Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
- BIT Bureau International du Travail
- CPAM Caisse primaire d'assurance maladie
- *ch.* Chambre
- *ch. soc.* Chambre sociale
- *Chap.* Chapitre
- *Chron.* Chronique
- *Circ.* circulaire
- *C. com.* Code de commerce

- *C. trav.* Code du travail
- CHSCT Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
- *Cf. Confer*
- *c/* Contre
- *Cons.* Considérant
- CCN Convention collective nationale
- CA Cour d'appel
- Cass. ass. plén. Cour de cassation, Assemblée plénière
- Cass. 1^{re} civ. Cour de cassation, première chambre civile
- Cass. 2^e civ. Cour de cassation, deuxième chambre civile
- Cass. 3^e civ. Cour de cassation, troisième chambre civile
- Cass. com. Cour de cassation, chambre commerciale et financière
- Cass. crim. Cour de cassation, chambre criminelle
- Cass. ch. mixte Cour de cassation, chambre mixte
- Cass. soc. Cour de cassation, chambre sociale
- C. civ. Code civil
- CSS Code de la sécurité sociale
- *C. trav.* Code du travail
- Coll. Collection
- CE Communauté européenne
- *Cons. const.* Conseil constitutionnel
- CE Conseil d'État
- C^{ie} Compagnie
- CES Conseil économique et social
- CHSCT Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
- *Comm.* Commentaire
- *concl.* Conclusions
- DGEFP Direction Générale de l'Emploi et de la Formation Professionnelle
- *Dir.* Directive (communautaire)
- *dir.* sous la direction de
- *Doc.* Document
- *Doctr.* Doctrine
- DRT Direction régionale du travail
- EDF Electricité de France
- éd. édition(s)
- esp. espèce
- *et al. et alii* (et autres)
- etc. *et cetera* (et le reste)
- et suiv. et suivant(e)(s)
- Fasc. fascicule
- *Ibid. Ibidem* (au même endroit, ici même)
- *Id. Idem* (au même endroit, ici même)
- ILOLEX Base de données de l'OIT
- *in in* (inséré dans, à l'intérieur de)
- *IR* Informations rapides
- IRES Institut de Recherches Économiques et Sociales
- *JO* Journal officiel de la République française – édition Lois et Décrets
- *JO Sénat Q* Journal officiel de la République française édition Réponses ministérielles à questions écrites
- *J.-Cl. Travail* Juris-Classeur Travail

- *Jurispr.* Jurisprudence
- *Législ.* Législation
- LGDJ Librairie générale de droit et de jurisprudence
- Litec Librairie technique
- *loc. cit.* *Loco citato* (à l'endroit déjà cité)
- L. Loi *ou* Partie législative du code cité
- n° numéro
- *obs.* observations
- OIT Organisation Internationale du Travail
- *op. cit.* *Opere citato* (dans l'ouvrage cité)
- *Ord.* ordonnance
- ONG Organisation non-gouvernementale
- p. page
- pp. pages
- *Pan.* Panorama de jurisprudence
- préf. préface
- PUAM Presses Universitaires d'Aix-Marseille
- PUB Presses Universitaires de Bordeaux
- PUF Presses universitaires de France
- PUG Presses universitaires de Grenoble
- PV Procès-verbal
- R. partie réglementaire du code cité
- Rapp. rapport ou rapporteur
- *Rec.* Recueil du Conseil constitutionnel
- *Rec. Lebon* Recueil des décisions du Conseil d'État ou Recueil Lebon
- *Tables Rec. Lebon* Tables du Recueil des décisions du Conseil d'État ou Recueil Lebon
- *Rép. min.* Réponse ministérielle (à question écrite)
- Req. Requête
- S^{té} Société
- *Somm. comm.* Sommaires commentés
- *Suppl.* Supplément
- t. tome
- trad. Traduction *ou* traducteur
- TA Tribunal administratif
- TGI Tribunal de grande instance
- trim. Trimestre
- V. Voir
- Vol. Volume
- [X] Auteur indéterminé

§ 3. Abréviations des revues citées

- *Act. jurid. CFDT* Action juridique CFDT
- *Arch. Phil. Dr.* Archives de philosophie du droit
- *Bull. Joly Sociétés* Bulletin Joly Sociétés
- *Cah. dr. entr.* Cahiers de droit de l'entreprise
- *Cah. prud'h.* Cahiers prud'homaux
- *CSBP* Cahiers sociaux du barreau de Paris

- *Chron. int. IRES* Chronique internationale de l'IRES
- *D.* Recueil Dalloz-Sirey
- *Dr. et patrimoine* Droit et patrimoine
- *Dr. et société* Droit et société
- *Dr. Trav.* Droit du travail
- *Dr. ouvrier* Droit ouvrier
- *Droits* Droits
- *Dr. soc.* Droit social
- *Gaz. Pal.* Gazette du Palais
- *J.-Cl.* Juris-Classeur
- *JCP CI* Juris-Classeur Périodique édition commerce et industrie (devenue édition entreprise et affaires) (La Semaine juridique)
- *JCP E* Juris-Classeur Périodique édition entreprise et affaires (La Semaine juridique)
- *JCP G* Juris-Classeur Périodique édition générale (La Semaine juridique)
- *JCP S* Juris-Classeur Périodique social (La Semaine juridique)
- *Juri-soc.* Juri-social
- *JSL* Jurisprudence sociale Lamy
- *Jurisp. soc. UIMM* Jurisprudence sociale UIMM
- *Lamy social* Lamy social
- *Les Cahiers Lamy du CE* Les Cahiers Lamy du Comité d'entreprise
- *Liaisons soc.* Liaisons sociales
- *Liaisons sociales mag.* Liaisons sociales Magazine
- *LPA* Les Petites affiches
- *QPFS* Questions Prud'homales, Fiscales et Sociales
- *RDT* Revue de droit du travail
- *Rev. Crit.* Revue Critique
- *Rev. Int. Trav.* Revue Internationale du Travail
- *RFTJ* Revue Française de la Théorie Juridique
- *RJS* Revue de jurisprudence sociale
- *RRJ* Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
- *RF social* Revue fiduciaire de droit social
- *RPDS* Revue pratique de droit social
- *RTD civ.* Revue trimestrielle de droit civil
- *SSL* Semaine sociale Lamy
- *TPS* Travail et protection sociale (devenu Juris-Classeur Périodique Social)

INTRODUCTION GENERALE

« C'est au législateur à suivre l'esprit de la nation, lorsqu'il n'est pas contraire aux principes du gouvernement ; car nous ne faisons rien de mieux que ce que nous faisons librement, et en suivant notre génie naturel »¹.

1 - Dans cet extrait tiré de *L'esprit des lois*, Montesquieu exprime l'idée que le législateur doit connaître et intégrer les données historiques et socioculturelles de la nation avant d'adopter une loi. Plus qu'un simple conseil, il s'agit de la principale condition de réussite de toute réglementation. Le législateur doit toujours prendre garde à ne pas imposer des lois qui s'opposent ou qui cherchent à renverser l'esprit de la nation².

Toutefois, son rôle ne se limite pas à consacrer dans des lois toute évolution socioculturelle de la nation. Ce dernier a également pour mission de structurer la société selon le modèle qui convient le mieux à son organisation sociale. En conséquence, il dispose d'une certaine liberté dans la création du droit. Il apprécie librement l'opportunité d'élaborer une loi³. En réalité, il appartient au "sage"

¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, livre XIX, chap. V, p. 559.

² *Ibid*, p.558.

³ Certains penseurs grecs avaient une conception beaucoup plus stricte du rôle du législateur. DEMOSTHENE considérait que « Quiconque propose une loi nouvelle le fait la corde au cou ». Si la proposition paraît « louable et utile, l'auteur se retire, la vie sauve ». « Sinon, on serre la corde, et c'est la mort ». DEMOSTHENE, *Harangue contre Timocrate*, œuvres complètes de DEMOSTHENE et d'ESCHINE, tome 4°, n°139. Citation traduite de l'original : « Ἐκεῖ γὰρ οὕτως οἴονται δεῖν τοῖς πάλαι κειμένους χρῆσθαι νόμοις καὶ τὰ πάτρια περιστέλλειν καὶ μὴ πρὸς τὰς βουλήσεις μηδὲ πρὸς τὰς διαδύσεις τῶν ἀδικημάτων νομοθετεῖσθαι, ὥστ' ἂν τις βούληται νόμον καινὸν τιθέναι, ἐν βρόχῳ τὸν τράχηλον ἔχων νομοθετεῖ, καὶ ἐὰν μὲν δόξη καλὸς καὶ χρήσιμος εἶναι ὁ νόμος, ζῆ ὁ τιθεὶς καὶ ἀπέρχεται, εἰ δὲ μή, τέθνηκεν ἐπισπασθέντος τοῦ βρόχου ».

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

législateur, non pas de forcer l'esprit général, mais plutôt de lui faire écho avec prudence et modération dans les limites des principes du gouvernement⁴.

2 - Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 31 janvier 2007, le gouvernement informe et consulte les partenaires sociaux les plus représentatifs au niveau national interprofessionnel sur tout projet de loi portant sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle en vue de l'ouverture éventuelle d'une négociation⁵. Cette concertation permet au législateur de ne pas adopter des lois contraires à l'esprit général de la collectivité des travailleurs et des employeurs⁶. La négociation collective constitue ainsi un instrument majeur dans le processus législatif⁷. Cependant, la négociation collective est également un processus autonome de création de normes. Le Conseil Constitutionnel souligne qu'il appartient au législateur, « 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 »⁸.

3 - La négociation collective renferme deux acceptions complémentaires. Elle est perçue comme un *processus de concertation* entre représentants des employeurs et des salariés pouvant aboutir à la *création de normes professionnelles autonomes*.

⁴ LAFRANGE (G.), « La figure du législateur et l'idéal politique jacobin », *Études françaises*, vol. 25, n° 2-3, 1989, pp. 89 à 99.

⁵ Cf. art. L 1 et suivants du Code du travail.

⁶ Cf. Les entretiens du Conseil d'État, consacrés à « *La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes. Premier bilan de l'application des articles L. 1 et s. du Code du travail* », publiés au Droit social 2010, p. 489 à 532. Cf. particulièrement : SUPIOT (A.), « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », p.525 et VERKINDT (P.-Y.), « L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale », p. 519.

⁷ Depuis l'adoption de la loi du 31 janvier 2007, la négociation collective est incontestablement devenue la clef de voûte du dialogue social (Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, *J.O.* n°27 du 1 février 2007 page 1944, texte n° 4). Cette loi pose en principe que « Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation ». Cf. art. L 1 et s. du Code du travail.

⁸ Cf. notamment, Conseil Constitutionnel, décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989 (*J.O.* 28 juillet 1989, p. 9503), décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000 (*J.O.* du 20 janvier 2000 p. 992), décision n° 2004-94 DC du 29 avril 2004 (*J.O.* du 5 mai 2004, p. 7998), décision n° 2004-507 DC du 9 décembre 2004 (*J.O.* du 16 décembre 2004, p. 21290).

Introduction générale

La négociation collective se définit comme « une pratique sociale qui met en relation des employeurs, ou des groupements d'employeurs et des syndicats représentatifs de collectivités de salariés »⁹ et qui a vocation à organiser les relations de travail. Il s'agit d'une pratique réglementée qui traite de l'ensemble des conditions d'emploi et de travail et des garanties sociales des salariés¹⁰. Suivant cette approche, la négociation collective constitue la principale manifestation du dialogue social que nous définissons comme *toute discussion, information, consultation*¹¹ et *négociation (ayant abouti ou non), dont le libre fonctionnement est garanti par l'État, s'établissant entre les représentants des employeurs et des travailleurs*. Ce dialogue, s'instaurant principalement entre les partenaires sociaux, permet au gouvernement ainsi qu'au législateur de connaître les revendications des employeurs et des salariés.

Cependant, la négociation collective ne se confond pas exactement avec le dialogue social. En effet, elle est également un processus aboutissant à la création de normes. Ainsi, les conventions et accords collectifs du travail peuvent adapter les dispositions des lois et règlements¹², mais aussi créer des normes autonomes¹³. L'articulation entre normes légiférées et normes professionnelles est assez complexe et varie selon l'époque et le contexte.

Les dernières réformes sociales montrent le rôle fondamental joué par la négociation collective dans la création du droit social. L'adoption de la loi relative à la modernisation du marché du travail du 25 juin 2008¹⁴ a été rendue nécessaire par la signature et l'application de l'accord national interprofessionnel signé par les

⁹ COUTURIER (G.), *Droit du travail, Les relations collectives*, Tome 2, PUF, coll. Droit Fondamental, 2^{ème} éd. 1994, p.439, n°196.

¹⁰ Cette autonomie dévolue à la négociation collective se fonde sur le principe posé à l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Ce texte dispose que « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

¹¹ Dans cette définition, nous avons essayé de montrer toutes les formes juridiques que pouvait prendre le dialogue social. Nous avons donc opéré une distinction entre la consultation et la négociation. Cependant, à notre sens, la consultation est déjà une forme de négociation, mais qui n'est pas encore révélée juridiquement. Le professeur Teyssié souligne que « consulter c'est déjà négocier même si, au bout du compte, l'auteur de la consultation demeure, formellement, seul maître de la décision ». TEYSSIE (B.), « A propos de la négociation collective d'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 575. Cf. également, VERKINDT (P.-Y.), « De la consultation à la négociation : Question de procédure », *Dr. soc.* 1998, p. 321.

¹² CHALARON (Y.), « Négociation, conventions et accords collectifs – Qualification et nature juridique », *JurisClasseur Travail traité, Fasc. 1-30*, mis à jour par Christine NEAU-LEDUC, n°30 et s.

¹³ DESPAX (M.), « De l'accord à la loi », *Dr. soc.* 1987, p. 184.

¹⁴ Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, portant modernisation du marché du travail, *J.O.* du 26 juin 2008, p. 10224, texte 2.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

partenaires sociaux le 11 janvier 2008¹⁵. Suivant la même logique, la loi du 20 août 2008¹⁶, portant rénovation de la démocratie sociale, est adoptée sur la base d'une position commune signée par les partenaires sociaux le 9 avril 2008¹⁷. Elle modifie très largement le droit des relations collectives de travail et tout particulièrement le droit de la négociation collective.

4 - En définitive, la négociation collective est un processus de concertation créateur de normes confiée aux partenaires sociaux. Ces derniers jouissent d'une autonomie¹⁸ leur permettant de créer des normes indépendantes de l'autorité étatique. Ils actent dans des conventions ou des accords collectifs les résultats de la négociation afin de leur faire produire des effets de droit. En 2008 ont été conclus 24 accords nationaux interprofessionnels, 1 117 accords ou avenants de branche et enfin, plus de 27 000 textes au niveau des entreprises¹⁹. Le nombre d'accord a augmenté en 2009 avec 53 accords conclus au niveau national interprofessionnel (soit le double de 2008), environ 1 108 accords de branche et 28 185 accords d'entreprise²⁰.

¹⁵ L'ANI du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail est notamment consultable à l'adresse internet suivante : <http://docsite.cgt.fr/1200492299.pdf>.

¹⁶ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *J.O.* du 21 août 2008 p. 13064, texte 1.

¹⁷ GAURIAU (B.), « La position commune du 9 avril 2008 : première lecture sur la représentativité syndicale », *JCP S* 2008, act. 197, libres propos ; BORENFREUND (G.), « Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats : le défi de l'audience électorale », *RDT* 2008, p. 360 ; GREVY (M.), PESKINE (E.), NADAL (S.), « Regards sur la position commune du 9 avril 2008, À propos du devenir (incertain ?) des syndicats dans l'entreprise », *RDT* 2008, p. 431 et ANTONMATTEI (P.-H.), « Les critères de représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008 », *Dr. soc.* 2008, p. 771.

¹⁸ FOURCADE (C.), *L'autonomie collective des partenaires sociaux. Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, Thèse LGDJ, Bibliothèque de droit social, tome 43, p. 1.

¹⁹ *La négociation collective en 2008, Bilans et rapports*, La documentation française, 2009, p. 17 et s. Le nombre de textes conventionnels, tous niveaux confondus, est en nette progression par rapport aux années antérieures. Ce sont les accords d'entreprise qui connaissent la plus forte augmentation. Une évolution qui marque l'importance croissante de la négociation d'entreprise dans l'organisation des relations de travail.

²⁰ *La négociation collective en 2009, Bilans et rapports*, La documentation française, 2010. Ce rapport montre une nette augmentation des accords collectifs organisationnels : notamment relatifs à la formation professionnelle, à l'emploi (13,4% en 2009 contre 6% en 2008), à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

Introduction générale

Devant l'importance de ces normes professionnelles²¹, l'idée d'une démocratie sociale²², imbriquée à la démocratie politique, s'est développée²³. Cependant, leur conciliation n'est pas toujours aisée. En effet, « la loi est l'expression démocratique issue du suffrage universel, alors qu'un accord collectif est un compromis entre des intérêts collectifs divergents »²⁴. Dès lors, pourquoi accorder autant de place à la norme négociée par rapport à la norme légiférée ? En principe, il appartient au législateur de fixer et veiller au respect des principes généraux du droit du travail²⁵, tandis que les autres règles du jeu social doivent être élaborées par les partenaires sociaux.

5 - La négociation collective constitue ainsi le procédé par lequel les partenaires sociaux font de leur compromis²⁶ une norme juridique reconnue et dont le respect est assuré au besoin par l'autorité publique²⁷. C'est en ce sens que l'on qualifie les conventions et accords collectifs de source formelle de droit²⁸ et les partenaires sociaux d'acteurs de la démocratie sociale²⁹. Dès la création des conventions et accords collectifs, le législateur a cherché à encadrer cette pratique³⁰. Les différentes lois relatives aux conventions et accords collectifs qui se sont succédées depuis le 25 mars

²¹ Certains auteurs ont progressivement forgé le concept d'autonomie collective : cf. notamment ALIPRANTIS (N.), *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, thèse LGDJ, tome XXII ; LYON-CAEN (G.), « Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du travail », *Hommage à Paul HORION*, Liège 1972, p. 173 et s. ; YANNAKOUROU (S.), *L'État, l'autonomie collective et le travailleur*, thèse LGDJ 1995 ; RAY (J.-E.), « Du tout-État au tout-contrat ? », *Dr. soc.* 2000, p. 577 ...

²² D'après le rapport d'information du 04 avril 2000, déposé à l'Assemblée Nationale par M. Jean Le GARREC, la démocratie sociale peut se définir par « **la mise en place et le fonctionnement d'une sphère de régulation du social entre le marché et l'État confiée aux partenaires sociaux** ». Cette définition ne rend pas totalement compte de l'importance d'un tel concept et le limite à une dimension économique.

²³ BOSSU (B.), DUMONT (F.) et VERKINDT (P.-Y.), *Droit du travail, tome 2, Relations collectives et réglementation du travail*, 2^{ème} éd., Montchrestien, p. 36.

²⁴ MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 5^{ème} éd., 2006, p.48, n°67.

²⁵ L'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que « La loi détermine les principes fondamentaux [...] du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ».

²⁶ VERKINDT (P.-Y.), « De la consultation à la négociation : Question de procédure », *Dr. soc.* 1998, p. 321.

²⁷ GERMAIN (C.), *Droit du travail et théorie générale de l'acte juridique*, Thèse Bordeaux IV, 2000, p. 152 et s.

²⁸ VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, LGDJ 1960, p. 149.

²⁹ RAY (J.-E.), « Les sources de la loi du 31 janvier 2007 », *Dr. soc.* 2010, p. 496.

³⁰ DESPAX (M.), *Traité de droit du travail, Conventions collectives sous la direction de G.H. CAMERLYNCK*, Tome VII, Dalloz 1966, p. 31.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

1919³¹ ont permis la création et le développement d'un véritable droit de la négociation collective.

6 - Définir précisément le droit de la négociation collective est au moins aussi difficile que de définir le droit³². Il s'entend comme l'ensemble des règles de conduite qui ont vocation à régir les relations entre les partenaires sociaux engagés dans un processus de négociation et dont le respect est assuré, au besoin, par la contrainte publique. Cette définition est imparfaite car elle limite la finalité du droit de la négociation collective à organiser les relations entre les partenaires sociaux afin de produire des normes professionnelles. En réalité, le droit de la négociation collective a d'autres finalités³³ comme d'assurer une certaine justice sociale.

Les deux grandes théories classiques relatives à la finalité du droit peuvent s'appliquer au droit de la négociation collective. L'école utilitariste fondée par Jérémy Bentham défend l'idée que la finalité du droit est de procurer le plus grand bonheur au plus grand nombre³⁴. D'autres, plus idéalistes, pensent que la finalité du droit est la recherche de justice³⁵. Or, il existe plusieurs acceptions de la justice³⁶. Elle est dite commutative lorsqu'elle implique une égalité arithmétique entre les sujets de droit. À l'opposé, elle est qualifiée de distributive lorsqu'elle répartit les droits et devoirs en vue

³¹ *J.O.* du 26 mars 1919, p. 12350.

³² Définir le droit, *Revue « Droits »*, 1989/1, n° 10 et 1990/2, n°11. Cette revue de théorie juridique a regroupé une cinquantaine de contributions des plus grands auteurs visant à définir le droit. La difficulté de définir ce concept est particulièrement mise en avant par le Doyen VEDEL. Il écrit que « Voilà des semaines et même des mois que je " sèche " laborieusement sur la question, pourtant si apparemment innocente [...] : " Qu'est-ce que le droit ? " Cet état déjà peu glorieux, s'aggrave d'un sentiment de honte. J'ai entendu ma première leçon de droit voici plus de soixante ans ; j'ai donné mon premier cours en chaire voici plus de cinquante ; je n'ai cessé de faire le métier de juriste tour à tour ou simultanément comme avocat, comme professeur, comme auteur, comme conseil et même comme juge. Et me voilà déconcerté tel un étudiant de première année remettant copie blanche, faute d'avoir pu rassembler les bribes de réponse qui font échapper au zéro. " Néanmoins il conclut en affirmant que : " ... si je sais mal ce qu'est le droit dans une société, je crois savoir ce que serait une société sans droit.

³³ VILLEY (M.), *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Dalloz 2001, pp. 51 et s. Cet auteur défend l'idée selon laquelle tout droit a principalement pour finalité la justice, l'ordre, la sécurité et le progrès.

³⁴ BENTHAM (J.), *Traité de législation civile et pénale*, traduit par Etienne DUMONT, Londres 1858, notamment p. 50. Dans le chapitre XII, intitulé « des limites qui séparent la morale de la législation, Bentham écrit que « la morale, en général, est l'art de diriger les actions des hommes de manière à produire la plus grande somme de bonheur possible. La législation doit précisément avoir le même but ».

³⁵ Cette théorie fut notamment développée par Aristote et Saint Thomas d'Aquin qui considéraient que la fin de tout droit est la recherche du juste.

³⁶ BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, collection Méthode du droit, 4^{ème} édition, 2003, p.33.

Introduction générale

de réduire les déséquilibres entre les sujets de droit. C'est cette finalité distributive de la justice que nous retrouvons dans le droit de la négociation collective³⁷. En admettant qu'une convention ou un accord collectif puisse contenir des dispositions plus favorables aux salariés que la loi, le droit de la négociation compense au niveau collectif le déséquilibre inhérent à toute relation individuelle de travail³⁸ et permet un certain progrès social³⁹.

Cette conception du droit de la négociation collective est aujourd'hui remise en cause. Il semble que la finalité du droit de la négociation tende vers la recherche d'une justice commutative et non plus systématiquement distributive.

7 - La négociation collective s'est profondément transformée⁴⁰. Elle n'est plus uniquement un vecteur d'amélioration de la condition des travailleurs⁴¹. Dans la pratique, elle devient un moyen d'organiser les relations entre employeurs et salariés et plus généralement, d'organiser les entreprises⁴². Les partenaires sociaux sont appelés « à définir eux-mêmes les normes applicables à leur rapports réciproques » ; normes qui « doivent être adaptées aux souhaits des salariés en même temps qu'aux exigences

³⁷ SUPIOT (A.), « Justice sociale et libéralisation du commerce international », *Dr. soc.* 2009, p. 131.

³⁸ PELISSIER (J.), SUPIOT (A.) et JEAMMAUD (A.), *Droit du travail*, Dalloz, collection Précis, 24^{ème} édition, n° 1032.

³⁹ DESPAX (M.), *Traité de droit du travail, Conventions collectives, sous la direction de G.H. CAMERLYNCK*, Tome VII, Dalloz 1966, p. 3 et s.

⁴⁰ La négociation est une pratique sociale très mouvante. Cependant, la règle de droit nécessite un minimum de stabilité. Afin d'éviter tout conflit entre une pratique fluctuante et les règles qui l'encadrent, le législateur a souvent pris garde à fixer un cadre au sein duquel peut se développer et évoluer la pratique conventionnelle. Comme le soulignait justement Portalis dans son discours préliminaire sur le Code civil, le législateur doit « fixer par des grandes vues, les maximes générales [...], établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître... ». Toutefois, de telles précautions sont parfois insuffisantes. Jean Etienne Marie PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, Paris, Joubert, Librairie de la Cour de cassation, 1844, p. 8

⁴¹ RAY (J.-E.), « L'accord d'entreprise majoritaire », *Dr. soc.* 2009, p. 887. Le professeur Ray note que la négociation collective n'est plus ce qu'elle était. Il remarque que les fonctions de la négociation collective ont radicalement évolué depuis 1982. D'une négociation toujours plus favorable aux travailleurs, nous sommes passés à une négociation dérogatoire ou "donnant-donnant" guidée par l'idée de flexisécurité (équilibre entre les besoins de l'entreprise et les droits des salariés).

⁴² VACHET (G.), « La fonction organisationnelle de la convention collective », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à Jean PELISSIER*, Dalloz 2004, p. 559.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

et moyens de l'entreprise »⁴³. Les accords qui en résultent sont généralement qualifiés d'accords organisationnels⁴⁴.

Ces accords peuvent traiter de thèmes multiples tels que le temps et l'organisation du travail⁴⁵, la Gestion Prévisionnelle de l'Emploi et des Compétences (GPEC)⁴⁶, la formation des salariés, les procédures de consultation à respecter en cas de licenciement économique⁴⁷. Les accords organisationnels présentent pour caractéristique de pouvoir contenir des dispositions moins favorables aux salariés ou créer certaines obligations supplémentaires à leur charge⁴⁸. La négociation collective s'est manifestement transformée en un outil d'organisation.

Cependant, toute évolution de la pratique conventionnelle ne doit pas nécessairement être consacrée par le législateur⁴⁹. En effet, celui-ci doit assurer un équilibre entre des intérêts divergents et ne reconnaître que « les intérêts les plus respectables »⁵⁰ et « les plus justes »⁵¹.

⁴³ TEYSSIE (B.), « La négociation collective. Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 », *JCP éd. CI* 1983, n° 14056, p. 511 et s.

⁴⁴ VACHET (G.), « La fonction organisationnelle de la convention collective », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à Jean PELISSIER*, Dalloz 2004, p. 559.

⁴⁵ CHALARON (Y.), « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Dr. soc.* 1998, p. 355.

⁴⁶ Une obligation triennale de négocier sur la GPEC est imposée aux entreprises qui occupent au moins trois cents salariés, ainsi que dans les entreprises et groupes de dimension communautaire comportant au moins un établissement ou une entreprise de cent cinquante salariés en France. Cf. art. L 2242-15 C. trav. et s.

⁴⁷ Les premiers accords de méthode prévoyant la procédure de consultation à suivre en cas de licenciement économique ont vu le jour avec la loi du 3 janvier 2003 (loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, *J.O.* du 4 janvier 2003, p. 255). Le dispositif expérimental qu'elle mettait en place (18 mois) fut repris et pérennisé par la loi de cohésion sociale adoptée le 18 janvier 2005 (loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005, de programmation pour la cohésion sociale, *J.O.* du 19 janvier 2005 p. 864). L'art. L 1233-21 C. trav. dispose désormais que « Un accord d'entreprise, de groupe ou de branche peut fixer, **par dérogation aux règles de consultation des instances représentatives du personnel prévues par le présent titre et par le livre III de la deuxième partie**, les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise applicables lorsque l'employeur envisage de prononcer le licenciement économique de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours ». Ces accords peuvent fixer les conditions dans lesquelles le comité d'entreprise est informé de la situation économique et financière de l'entreprise, les conditions dans lesquelles il peut formuler des propositions alternatives au projet économique à l'origine des licenciements. L'accord de méthode peut également organiser la mise en œuvre d'actions de mobilité professionnelles et géographiques et déterminer les conditions dans lesquelles le plan de sauvegarde sera négocié (cf. art. L 1233-22 C. trav.). cf. également, PETROVSKI (M.) et PAUCARD (D.), « Les accords de méthode et leur impact sur les procédures d'information et de consultation des représentants du personnel : quelques résultats à partir de huit études de cas », *Revue de l'IRE* 2006, n° 50, p. 103.

⁴⁸ BONNECHERE (M.), « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail », *Dr. ouvrier* 2001, p. 411.

⁴⁹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, livre XIX, chap. V, p. 560.

⁵⁰ ROUBIER (P.), *op. cit.* p. 216.

Introduction générale

Les règles relatives à la négociation collective n'échappent pas à cette technique d'élaboration du droit⁵². Elles sont le résultat d'un compromis qui fluctue avec le temps entre des intérêts divergents⁵³. Si les syndicats cherchent à améliorer les conditions de travail ainsi que les garanties sociales des salariés, les employeurs font valoir les intérêts de l'entreprise. Jusqu'à présent, le droit de la négociation collective se fondait quasi exclusivement sur la protection des intérêts des salariés. Ainsi, les conventions et accords collectifs d'entreprise pouvaient exclusivement adapter les dispositions contenues dans des conventions ou accords "supérieurs", insérer des nouvelles dispositions et enfin, stipuler des clauses plus favorables aux salariés⁵⁴. Cependant, la tendance s'est renversée et la négociation collective prend de plus en plus en considération l'intérêt de l'entreprise.

8 - Le droit de la négociation collective a aujourd'hui deux finalités distinctes. La première, que nous qualifions de progressiste, vise à faire des conventions et accords des lois professionnelles améliorant la condition salariale. Cette finalité du droit de la négociation fait des conventions et des accords collectifs le principal vecteur du progrès social (I).

Cependant, à partir des années 1980, la crise économique a provoqué de profondes transformations dans le monde du travail. Le droit de la négociation collective s'est

⁵¹ DABIN, (J.), *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Bruxelles-Paris, 1935, pp. 24 et s.

⁵² ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit*, 2^{ème} éd. Revue et augmentée, Sirey, Paris 1951, p. 77. « Le législateur n'a créé ni l'organisation des entreprises, ni les conventions collective, ni les communautés de travail ; ce furent des données directes de la vie sociale, que le législateur a seulement cherché par la suite [...] à équilibrer et à intégrer ». Cf. également les sources auxquelles cet auteur se réfère, SINZHEIMER (H.), *La théorie des sources et le droit ouvrier*, Annales de l'institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1934, p. 77 ; MORIN (G.), *La loi et le contrat, la décadence de leur souveraineté*, 1927 p. 15 et s. Cet auteur constate la résurrection des lois professionnelles aux dépens du pouvoir législatif. Cf. également, SCALLE (G.), *Précis de législation industrielle*, 1927 et surtout, GURVITCH (G.), *Le temps présent et l'idée du droit social*, Thèse Paris 1931, pp. 13 à 26.

⁵³ ROUBIER (P.), *op. cit.* p. 226. Cet auteur souligne que la règle de droit est « un ordonnancement dans le sens d'un idéal de justice, de situations qui répondent aux besoins, d'ailleurs variables selon les temps et les lieux, des relations humaines ».

⁵⁴ Cf. art. L 2253-1 C. trav. qui dispose que « Une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut adapter les 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.

Une convention ou un accord peut également comporter des stipulations nouvelles et des stipulations plus favorables aux salariés ».

alors vu attribuer une nouvelle finalité, celle « d'organiser l'entreprise dans certains domaines »⁵⁵.

Les accords qui en résultent sont qualifiés d'accords organisationnels empruntant souvent la forme d'accords dérogatoires et/ou "donnant-donnant". Le développement de tels accords a soulevé un certain nombre de difficultés et a mis en évidence certaines lacunes inhérentes au droit de la négociation collective⁵⁶ (II). La consécration juridique des accords organisationnels a emporté des modifications d'une telle importance que l'on peut soutenir que s'est développé un nouveau droit de la négociation collective. Un droit qui n'a plus pour seule finalité l'amélioration des conditions de travail et des avantages consentis aux salariés.

I. La finalité progressiste du droit de la négociation collective

9 - La finalité progressiste de la négociation vise à faire des conventions et accords collectifs des lois professionnelles améliorant la condition des salariés⁵⁷. Les conventions et accords collectifs de travail sont devenus le principal moyen de compenser l'inégalité économique et juridique qui résulte du contrat de travail (A). Afin de permettre au plus grand nombre de salariés de bénéficier de ce rééquilibrage des pouvoirs, les conventions et accords collectifs devaient être dotées d'un régime

⁵⁵ VACHET (G.), « La fonction organisationnelle de la convention collective », *in Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à Jean PELISSIER*, Dalloz 2004, p. 559. Le professeur CHALARON avait déjà écrit que « La liberté contractuelle permet aux négociateurs d'inscrire dans l'acte collectif des clauses qui n'ont pas pour objectif premier la création d'avantages sociaux individuels, mais plutôt l'organisation des relations sociales dans la collectivité professionnelle globalement considérée, la régulation des rapports de forces, à l'avantage réciproque de toutes les composantes de cette collectivité ». CHALARON (Y.), « Négociation, conventions et accords collectifs. Application », *JurisClasseur Travail traité*, ancien Fasc. 1-34, n°73.

⁵⁶ RAY (J.-E.), « L'accord d'entreprise majoritaire », *op. cit.*, p. 887. Il souligne que « la loi de 2008 a (presque) fini de tirer les conséquences » de l'évolution radicale qu'a connue la négociation collective depuis 1982.

⁵⁷ Ce caractère progressiste du droit social a notamment été examiné par le professeur CAMERLYNCK dans ses écrits. Il affirmait que « le droit social [...], évoluant à sens unique et répugnant à toute régression, revêtait de ce chef, un caractère progressiste ». CAMERLYNCK (G.-H.), *Cours de droit du travail*, licence, 3^{ième} année, 1964-1965, p. 27, cité par CANUT (F.), *L'ordre public en droit du travail*, thèse *op. cit.*, p. 119. Cette finalité progressiste reconnue au droit social repose sur la faculté dont disposent les conventions et accords collectifs de contenir des dispositions plus favorables que les normes qui leurs sont supérieures.

juridique leur permettant de produire des effets similaires à la loi et non à un simple contrat (B).

A. La finalité sociale du droit de la négociation collective

10 - Dès le début du XX^{ème} siècle, les syndicats et les juges ont donné corps à la finalité sociale des conventions et accords collectifs. C'est à l'occasion de conflits entre lois et conventions ou accords collectifs que les juges ont pour la première fois reconnu qu'une convention ou un accord ne pouvait qu'améliorer les dispositions législatives sans jamais pouvoir y déroger dans un sens moins favorable aux salariés⁵⁸. Dans le même temps, les juges ont permis que des conventions ou des accords collectifs améliorent les dispositions contenues dans des lois ou des règlements⁵⁹. Apparaît alors l'originalité de la législation sociale qui constitue un socle minimal uniquement améliorable. La doctrine de l'époque parlait déjà d'ordre public social pour caractériser ces lois planchers⁶⁰.

Considérant la loi comme un minimum applicable à tout travailleur, les organisations syndicales ont progressivement inséré des droits nouveaux dans des accords collectifs. Les juges ont confirmé la validité d'une telle pratique. La Cour de cassation a admis qu'une convention prévoit le maintien dans l'emploi d'un salarié malade ou institue une indemnité de licenciement fonction de son ancienneté⁶¹.

11 - Malgré la reconnaissance de la finalité sociale de la négociation, c'est seulement en 1950 que le législateur l'a consacrée et lui a conféré une portée très large. La loi du 11 février 1950⁶² a permis à toute norme "inférieure" de contenir des dispositions plus favorables que la norme qui lui est directement "supérieure". L'article L 2251-1 du Code du travail⁶³ prévoit que «La convention peut contenir des

⁵⁸ Ce fut notamment le cas pour une clause conventionnelle autorisant l'imputation de jours d'absence sur la durée des congés payés. Cass. soc. 30 novembre 1939, *Dr. soc.* 1940, p. 195.

⁵⁹ Cf. notamment Cass. soc. 2 mars 1960, *Bull. civ.* 1960, p. 136, n° 248. Dans cet arrêt, les juges retiennent qu'un accord collectif ne peut s'appliquer à un travailleur si le Code du travail est plus avantageux pour lui. En l'espèce, il s'agissait d'un accord local relatif aux indemnités de congés payés.

⁶⁰ BRUN (A.) et GALLAND (H.), *Droit du travail*, 1958, n° III-63, pp. 723 et s.

⁶¹ Cass. soc. 07 octobre 1954, *ICE* 1955, p. 216 ; Cass. soc. 19 janvier 1956, *Dr. soc.* 1956, p. 225.

⁶² Loi n°50-205 du 11 février 1950, relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, *J.O.* du 12 février 1950, p. 1688

⁶³ Art. 31 a) al. 2 ancien.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

dispositions plus favorables que celles des lois et règlements en vigueur »⁶⁴. Le législateur a transposé aux articles L 2252-1⁶⁵, L 2253-1⁶⁶ et L 2254-1⁶⁷ du Code du travail ce principe de l'application de la disposition la plus favorable dans l'articulation entre normes conventionnelles. Ces règles ont conféré sa finalité progressiste au droit de la négociation collective. Ces dispositions ont également servi de fondement à la création et au développement de l'ordre public social et du principe de faveur⁶⁸.

Le droit de la négociation collective s'est construit sur l'idée de faire des conventions et accords collectifs les principaux vecteurs du progrès social. Dès 1971, l'article L 131-1 de l'ancien Code du travail⁶⁹ disposait que les conventions et des accords collectifs avaient pour objet l'ensemble des conditions de travail et les garanties sociales des salariés. Cependant, cet objectif de progrès ne pouvait être atteint que si les conventions et accords se détachaient du régime juridique du contrat pour bénéficier d'effets similaires à ceux développés par la loi.

B. La finalité réglementaire du droit de la négociation collective

12 - La finalité réglementaire reconnue aux conventions et accords collectifs de travail complète la finalité sociale en permettant au plus grand nombre de salariés de bénéficier des avantages qu'ils contiennent. Les premiers accords conclus entre les représentants des salariés et l'employeur empruntaient leur régime juridique au droit des contrats et étaient qualifiés de contrats collectifs⁷⁰. Comme tout contrat, ils ne

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Ancien art. 31 e).

⁶⁶ Ancien art. 31 i).

⁶⁷ Ancien art. 31 n).

⁶⁸ Les concepts d'ordre public social et de principe de faveur sont généralement distingués. Le premier vise à résoudre les conflits entre lois et accords collectifs et le second, les conflits entre accords de niveaux différents. Comme l'a souligné le professeur CHALARON, « le principe de faveur et l'ordre public ne se confondent pas même si les deux normes se combinent ». Cependant, l'ordre public social n'apparaît que comme une manifestation particulière du principe de faveur. CHALARON (Y.), « Négociation, conventions et accords collectifs. Rapports avec les autres sources de droit », *JurisClasseur Travail traité*, ancien *Fasc. 1-36*, n° 4.

⁶⁹ Art. L 2221-1 nouveau du Code du travail.

⁷⁰ DESPAX (M.), *Traité de droit du travail, Conventions collectives*, publié sous la direction de G-H. CAMERLYNCK, Paris, Dalloz 1966, pp. 27 et s.

Introduction générale

liaient que les parties cocontractantes⁷¹. Ainsi, les premiers contrats collectifs ne s'appliquaient qu'entre les syndicats signataires et l'employeur⁷². Dès le début du XXe siècle, est née l'idée de doter ces contrats particuliers d'un régime propre afin d'en faire de véritables « lois professionnelles »⁷³. La loi du 25 mars 1919⁷⁴ a été la première tentative de réglementation des conventions et accords collectifs de travail. Cette loi avait pour ambition de donner aux accords collectifs une portée très large à l'égard des contrats de travail conclus avec l'employeur⁷⁵. Cependant, le texte final a limité les effets des contrats collectifs aux seuls signataires et à leurs membres⁷⁶.

Pour que ces contrats collectifs développent des effets à l'égard des salariés non syndiqués, il est nécessaire de vérifier que les syndicats signataires d'un tel accord représentent réellement la collectivité concernée. Or, en 1919, le taux de syndicalisme est encore trop faible pour envisager que les contrats collectifs puissent produire des effets à l'égard des salariés non syndiqués⁷⁷. Devant l'impossibilité d'asseoir la portée des contrats collectifs sur la capacité représentative des syndicats de salariés ou des groupements d'employeurs, le législateur crée le mécanisme d'extension. La loi du 24 juin 1936⁷⁸ dote les conventions et accords collectifs étendus d'un effet général et obligatoire sur le contrat de travail. Cette loi de 1936 laisse subsister la loi de 1919 comme régime de droit commun et y ajoute la technique de l'extension pour les conventions et accords de branche. Les conventions ayant vocation à être étendues doivent être négociées dans des commissions composées des organisations

⁷¹ L'effet relatif des contrats posé à l'art. 1165 du Code civil implique qu'ils produisent des effets uniquement entre les parties. Ils ne peuvent faire naître d'obligations à l'égard des tiers (personnes extérieures au contrat). L'application de ce principe civiliste aux accords collectifs empêchait que ces derniers puissent produire le moindre effet à l'égard des salariés.

⁷² La plupart de ces contrats avaient le plus souvent vocation à mettre fin aux conflits qui s'étaient développés dans l'entreprise.

⁷³ Cf. notamment : BRETHER DE LA GRESSAYE (J.), « La convention collective de travail est-elle un contrat ? », *Études CAPITANT* 1977, p. 101 ; COSTE-FLORET (P.), « Vers une conception étatique de la convention collective de travail », *Rev. Crit.*, 1937, p. 194 ; ARNION (J.-M.), *L'évolution des conventions collectives de travail*, Thèse Lille, 1938 ; GIROD (L.), *La convention collective comme moyen de législation secondaire du travail*, Thèse Paris, 1939.

⁷⁴ *J.O.* du 26 mars 1919, p. 12350.

⁷⁵ MOREL (R.), « Les conventions collectives de travail et la loi du 25 mars 1919 », *Rev. Trim.*, 1919, p. 117.

⁷⁶ Il faut également noter que la loi du 25 mars 1919 reconnaissait la faculté pour chaque salarié de se soustraire à tout moment à l'application de la convention ce qui rendait encore plus incertaine sa portée.

⁷⁷ VERDIER (J.-M.), *Traité de droit du travail, Syndicats*, publié sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK, Paris, 1966, pp. 36 et s. et spé. p. 43.

⁷⁸ *J.O.* du 26 juin 1936, p. 6698.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

d'employeurs et de salariés représentatives. Une fois signées, ces conventions sont transmises au ministre du travail qui dispose du pouvoir discrétionnaire d'y apposer « l'*imperium* étatique » afin d'en faire de véritables lois professionnelles⁷⁹. Cette logique de loi professionnelle nécessite que les signataires représentent le plus fidèlement possible les aspirations des travailleurs et des employeurs. La loi du 24 juin 1936 est le premier texte qui impose aux organisations syndicales et patronales d'être représentatives en vue de négocier et conclure une convention ou un accord collectif. La représentativité permet de ne laisser que les organisations les plus légitimes élaborer et signer les conventions ayant vocation à s'appliquer à tous les salariés d'une branche professionnelle.

L'effet *erga omnes* est finalement reconnu aux conventions et accords collectifs non étendus par la loi du 11 février 1950⁸⁰. Les conventions ordinaires sont désormais applicables à tous les contrats de travail conclus avec les employeurs qui y sont soumis, sans opérer une quelconque distinction entre salariés syndiqués et non-syndiqués⁸¹.

13 - Guidée par la volonté de faire des accords collectifs le principal vecteur du progrès social, la pratique conventionnelle a influencé la création et l'évolution du droit de la négociation collective. Ce dernier a assuré un rayonnement très large aux conventions et accords collectifs de manière à en faire bénéficier l'ensemble des salariés se trouvant dans leur champ d'application.

Cependant, alors que le droit de la négociation s'est construit autour de cette logique progressiste⁸², la pratique conventionnelle a connu un important bouleversement. Suite aux évolutions socio-économiques nées des crises économiques des années 70 et de la mondialisation, les entreprises ont cherché à rendre plus flexible leur organisation. La négociation collective est apparue comme le moyen de gérer de manière négociée certaines grandes questions sociales et certains changements organisationnels

⁷⁹ Avant de prendre l'arrêté d'extension, le ministre du travail doit recueillir l'avis du Conseil Économique et Social (CES) et examiner la légalité de la convention.

⁸⁰ *J.O.* du 12 février 1950, p. 1688.

⁸¹ Deux situations doivent être distinguées. Lorsque l'accord collectif n'a pas fait l'objet d'une extension, il s'applique à tous les contrats de travail conclus avec les employeurs signataires ou membres des organisations ou groupements signataires (Art. L 2262-1 C. trav.). Lorsque l'accord a fait l'objet d'une extension au sein d'une branche professionnelle, il a vocation à s'appliquer à tous les contrats de travail conclus avec tout employeur appartenant à cette branche (Art. L 2261-15 C. trav.).

⁸² MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 5^{ème} éd., 2006, p.48, n° 302.

nécessaires pour l'entreprise. S'est alors développée l'idée d'une négociation organisationnelle s'accommodant parfois mal avec la logique progressiste du droit de la négociation collective.

II. La finalité organisationnelle du droit de la négociation collective

14 - Au niveau national, la négociation n'est plus uniquement un moyen d'améliorer la condition salariale, mais devient l'instrument majeur du changement social⁸³ ou « un instrument privilégié d'organisation sociale »⁸⁴. Depuis la loi du 31 janvier 2007, le gouvernement doit consulter les partenaires sociaux représentatifs au niveau national interprofessionnel avant de déposer un projet de loi portant sur le droit du travail, l'emploi ou la formation professionnelle⁸⁵. Lorsque ces derniers décident de se saisir du sujet et aboutissent à la conclusion d'un accord collectif, le législateur n'a pas d'autre alternative que d'en reprendre la substance dans la loi qu'il élabore⁸⁶. Les différents thèmes abordés dans les accords nationaux interprofessionnels démontrent le rôle organisationnel de ce niveau de négociation. Les partenaires sociaux ont négocié et conclu des accords notamment sur la formation professionnelle⁸⁷, la Gestion

⁸³ VERDIER (J.-M.), « Négociation collective et représentativité syndicale. Du pluralisme intégral au pluralisme tempéré », Mélanges WEIL, Paris, Dalloz-Litec, 1983, p.569. L'auteur remarque que « le comité d'étude pour la réforme de l'entreprise, [...] notait que la négociation collective apparaissait comme la voie par laquelle se manifeste la liberté de créer du droit et, à ce titre, comme l'instrument majeur du changement social ».

⁸⁴ TEYSSIE (B.), « A propos de la négociation collective d'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 575.

⁸⁵ Dans le préambule de la loi du 04 mai 2004, le gouvernement avait pris l'engagement qu'aucune réforme touchant le droit du travail ne pourrait se faire sans consultation préalable des partenaires sociaux. Le projet de loi déposé à l'assemblée nationale dispose que « Le présent projet de loi s'inscrit dans la tradition du droit du travail qui privilégie la voie de la négociation collective. Un droit du travail négocié, et non imposé, est plus protecteur des salariés tout en étant mieux adapté aux évolutions de l'emploi. L'autonomie des partenaires sociaux, à tous les niveaux de négociation, doit être, par conséquent, pleinement respectée en veillant à une bonne articulation entre leurs initiatives et le rôle de garant de l'ordre public du législateur.

Les deux titres principaux du projet de loi manifestent, par conséquent, la volonté du Gouvernement de respecter les accords conclus par les partenaires sociaux, d'en assurer la transposition législative nécessaire et de relancer le dialogue social. »

⁸⁶ *Ibid.*, p. 578.

⁸⁷ Après les accords nationaux interprofessionnels du 20 septembre et du 05 décembre 2003 a été signé un nouvel accord le 07 janvier 2009 sur le développement de la formation tout au long de la vie professionnelle, la professionnalisation et la sécurisation des parcours professionnels : http://www.centre-inffo.fr/IMG/pdf_ANI_7_janvier.pdf.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

Prévisionnelle de l'Emploi et des Compétences⁸⁸, l'emploi des séniors⁸⁹ et sur la modernisation du marché du travail⁹⁰. Ils manifestent ainsi leur volonté d'organiser le monde du travail.

Au niveau de l'entreprise, la négociation collective devient également un outil d'organisation. Les accords d'entreprise permettent à l'employeur de ne plus imposer ses choix organisationnels, mais de les négocier avec les représentants des salariés. Ainsi, les décisions organisationnelles ne sont plus choisies de manière unilatérale par l'employeur, mais par un accord collectif négocié et signé avec les représentants des salariés. Les accords d'entreprise peuvent donc contraindre les salariés et éventuellement contenir des dispositions qui leurs sont moins favorables. De tels accords organisationnels peuvent heurter l'ordre public social et le principe de faveur⁹¹. Dès lors que des accords collectifs contiennent des dispositions moins favorables qu'une norme supérieure ou des obligations nouvelles pour les salariés, ils doivent nécessairement disposer d'une légitimité réelle pour s'appliquer à tous les salariés⁹². Afin de permettre à ces accords organisationnels de produire leurs pleins effets, le législateur et les juges ont progressivement revu les règles relatives à l'articulation des normes et les règles relatives à la légitimité des accords collectifs⁹³. Lorsque les accords n'avaient pour finalité que d'augmenter les avantages consentis aux salariés, la question de la légitimité des signataires et des règles de conclusion des accords ne se posait guère. Cependant, si les accords collectifs peuvent créer des obligations nouvelles ou réduire les avantages conventionnels ou légaux des salariés, la question de la légitimité devient primordiale. Compte tenu de l'influence qu'a la négociation organisationnelle

⁸⁸ Accord National Interprofessionnel du 14 novembre 2008 sur la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences : http://www.centre-inffo.fr/IMG/pdf_5_ANI_GPEC_14.11.08.pdf.

⁸⁹ Accord national interprofessionnel du 9 mars 2006 relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi, étendu par un arrêté du 12 juillet 2006, *J.O.* n°168 du 22 juillet 2006 p. 11002, texte n° 116.

⁹⁰ Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail, étendu par un arrêté du 23 juillet 2008, *J.O.* n°0172 du 25 juillet 2008 p. 11996, texte n° 94.

⁹¹ Ces deux concepts gouvernant le droit du travail doivent être distingués. Même si tous deux permettent qu'en cas de conflit s'applique la norme la plus favorable aux salariés, ils visent des situations différentes. Le principe de l'ordre public social s'applique lorsqu'une des normes en conflit est une loi. En effet, seule la loi peut être d'ordre public et non un contrat ou une convention. Ainsi, les conflits entre normes professionnelles sont régis par le principe de faveur.

⁹² ARSEGUEL (A.), *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, Thèse Toulouse, 1976, p. 8.

⁹³ BARTHELEMY (J.), « Vers de nouvelles évolutions du droit de la négociation collective ? En guise de synthèse », *Dr. soc.* 2009, p. 907.

sur le droit de la négociation collective (B), il est nécessaire d'essayer d'en donner une définition (A).

A. La notion de négociation organisationnelle

15 - La négociation organisationnelle fait son apparition dans les pays anglo-saxons. Elle y constitue un instrument majeur dans l'organisation des relations de travail entre employeurs et salariés. Les partenaires sociaux sont amenés à définir eux même la plupart des normes applicables à leurs rapports comme aux rapports entre salariés et employeurs. Ces règles doivent être adaptées aux souhaits des salariés en même temps qu'aux exigences et moyens de l'entreprise⁹⁴. La négociation collective permet « de combiner, en réponse aux revendications des uns et des autres, progrès social et progrès économique : à l'amélioration des conditions de travail, des salaires, des modalités de départ à la retraite, répondent une motivation accrue du personnel, une augmentation du temps de fonctionnement des installations industrielles ou commerciales »⁹⁵. La négociation organisationnelle présente pour particularité de chercher à concilier intérêts des salariés et de l'entreprise. Sans pour autant opposer ces intérêts, l'idée de concessions réciproques imprègne fortement les négociations et accords organisationnels.

En France, si la négociation collective a également pour objet l'organisation des relations entre employeurs et salariés, les partenaires sociaux et le législateur ont cependant opté pour un système limité à l'amélioration des conditions de travail et des garanties sociales des salariés. L'article L 2221-1 du Code du travail, dans sa rédaction de 1971, limitait l'objet des conventions et accords collectifs de travail à la détermination des règles relatives à la négociation des conditions de travail ainsi que des garanties sociales des salariés⁹⁶. Ainsi, l'organisation des relations de travail incombait principalement au législateur et accessoirement à l'employeur. La loi fixait toutes les règles régissant les relations entre employeurs et salariés de l'embauche à la rupture, incluant les difficultés rencontrées au cours de l'exécution du contrat de travail.

⁹⁴ TEYSSIE (B.), « La négociation collective. Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 », *JCP éd. CI* 1983, n° 14056, p. 511 et s.

⁹⁵ TEYSSIE (B.), « A propos de la négociation collective d'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 575 et spé. p. 576.

⁹⁶ Article L 132-1 de l'ancien Code du travail.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

16 - Le législateur a progressivement élargi l'objet des conventions et accords collectifs de travail à l'ensemble des conditions d'emploi et de formation professionnelle. Aujourd'hui, les statistiques dressées par la DARES⁹⁷ montrent clairement que, tous niveaux confondus, les thèmes abordés par la négociation sont majoritairement organisationnels. Outre les salaires, les thèmes les plus abordés sont le temps et l'organisation du travail⁹⁸, la participation et l'intéressement⁹⁹, l'emploi¹⁰⁰, la formation professionnelle, les classifications, la retraite complémentaire et la prévoyance et la Gestion Prévisionnelle de l'Emploi et des Compétences¹⁰¹ (GPEC). Les accords relatifs aux conditions de travail et à l'hygiène et la sécurité n'arrivent que très loin derrière. La négociation permet ainsi une meilleure organisation de l'entreprise et de son personnel.

La difficulté de ces accords ne réside pas dans les thèmes abordés, mais dans les logiques dérogatoires ou "donnant-donnant" auxquelles ils obéissent.

Les accords "donnant-donnant" se caractérisent par l'existence de concessions réciproques. Ce synallagmatisme¹⁰², bien connu du droit des contrats, a fait son apparition au sein des conventions et accords collectifs de travail avec l'accord national interprofessionnel du 13 juillet 1981 qui prévoyait la réduction du temps de travail à 39 heures en contrepartie d'une certaine flexibilité¹⁰³. Les accords collectifs "donnant-donnant" retrouvent une vigueur considérable dans les années 90 à propos de la

⁹⁷ Direction de l'Animation de la Recherche, des Études et des Statistiques.

⁹⁸ D'après les chiffres communiqués par le ministère du travail et la DARES pour 2008, sur 22 115 accords d'entreprise au total, 6325 accords relatifs au temps de travail ont été conclus (contre 4 933 accords en 2007). Cf. *La négociation collective en 2008, Bilans et rapports*, La documentation française, 2009, p. 409.

⁹⁹ En 2008, 4 079 accords d'entreprise traitaient de la participation et de l'intéressement. *Ibid.*

¹⁰⁰ Pour 2008, 1 173 accords d'entreprise portant sur l'emploi ont été conclus contre 1 009 en 2007. Ce chiffre a encore augmenté en 2009 au regard du contexte économique pour atteindre le nombre de 2 966 accords. *Ibid.*

¹⁰¹ Cf. *La négociation collective en 2008, Bilans et rapports*, op. cit., p. 533 et suivants. En 2008, 300 accords de GPEC ont été signés et enregistrés auprès de la DDTEFP contre 172 en 2007 et 81 en 2006.

¹⁰² La notion de synallagmatisme dans les conventions et accords collectifs de travail est aujourd'hui couramment employée. Cf. notamment LEGER (N.), *Le synallagmatisme et la convention collective de travail*, Thèse Paris I, 2003, sous la direction de M. Jean-Emmanuel RAY ;

¹⁰³ MORIN (M.-L.) et SUBLET (R.), « La loi quinquennale, une étape pour le régime du temps de travail, *Travail et Emploi*, n° 73, p. 16.

Introduction générale

négociation sur l'emploi¹⁰⁴. Suite à la signature de l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995, la question de l'emploi et du chômage n'est plus uniquement un domaine réservé aux gouvernements, les partenaires sociaux prennent des engagements préservant ou améliorant le niveau d'emploi. Dans un certain nombre d'accords, les employeurs s'engagent à maintenir l'emploi pendant une durée déterminée et en contrepartie, les organisations syndicales consentent à écarter l'application de règles étatiques ou négociées plus avantageuses pour les salariés¹⁰⁵. Aujourd'hui, l'emploi constitue toujours la principale contrepartie d'une plus grande souplesse pour les entreprises¹⁰⁶. Ces accords "donnant-donnant" conduisent souvent à écarter l'application de dispositions contenues dans des normes "supérieures". En ce sens, ces accords sont également dérogatoires.

À la différence des accords "donnant-donnant", les accords dérogatoires ne doivent pas nécessairement comporter de concessions réciproques, mais uniquement des dispositions qui dérogent à une norme légale ou conventionnelle supérieure¹⁰⁷ dans un sens moins favorable aux salariés¹⁰⁸. Suivant cette approche, les dispositions contenues dans les accords dérogatoires ont vocation à se substituer sans condition aux dispositions contenues dans des normes supérieures¹⁰⁹. Quelle que soit la forme

¹⁰⁴ L'emploi est un objet de la négociation ajouté à l'art. L 2221-1 C. trav. Par la loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, *J.O.* du 14 novembre 1982, p. 3414.

¹⁰⁵ GAUDU (F.), « L'ordre public en droit du travail », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle, Mélanges offerts à J. GHESTIN*, LGDJ 2001, p. 363.

¹⁰⁶ Les négociations sur l'emploi se nouent de plus en plus autour de la délicate question des délocalisations.

¹⁰⁷ La doctrine a limité la notion d'accord dérogatoire aux accords qui écartaient l'application d'une disposition légale normalement impérative. Ce concept a une vocation beaucoup plus large. En effet, il faut également parler d'accord dérogatoire lorsqu'un accord de niveau inférieur contient des dispositions moins favorables qu'une convention ou un accord de niveau supérieur. D'ailleurs le Code du travail parle de dérogation lorsqu'un accord d'entreprise est moins favorable qu'un accord de branche. Cf. l'art. L 2253-3 C. trav. qui dispose que « En matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale et de mutualisation des fonds de la formation professionnelle, une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ne peut comporter des clauses **dérogant** à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels. Dans les autres matières, la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut comporter des stipulations **dérogant** en tout ou en partie à celles qui lui sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord en dispose autrement ».

¹⁰⁸ COUTURIER (G.), *Droit du travail, Les relations collectives*, Tome 2, PUF, coll. Droit Fondamental, 2^{ème} éd. 1994, p.502, n°224.

¹⁰⁹ BONNECHERE (M.) in « L'ordre public en droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité », *Dr. Ouvrier* 1988, p. 171 et spé. p. 177.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

empruntée par les accords organisationnels, ils ont bouleversé l'articulation des conventions et accords collectifs et mis en évidence leur manque de légitimité.

B. Les incidences de la finalité organisationnelle sur le droit de la négociation collective

17 - La finalité organisationnelle reconnue à la négociation collective a considérablement influencé l'évolution du droit de la négociation collective¹¹⁰. Afin de conférer leur pleine efficacité aux accords organisationnels, le législateur a progressivement renversé l'articulation des normes en réduisant au maximum la logique du plus favorable. En conséquence, les accords organisationnels s'imposent aux salariés sans que ces derniers puissent se prévaloir d'une disposition plus favorable. Un tel renversement de logique a également une incidence non négligeable sur les règles relatives à la légitimité des conventions et accords collectifs. Pour qu'un accord dérogatoire ou "donnant-donnant" puisse primer une convention ou un accord supérieur, il doit disposer d'une légitimité réelle. Il doit avoir été signé par des organisations syndicales représentant réellement la majorité des salariés.

18 - C'est la loi du 13 novembre 1982¹¹¹ qui consacre l'existence des premiers accords dérogatoires dans les domaines du temps et de l'organisation du travail¹¹². Ces accords ont pour objet d'écarter les dispositions du Code du travail au profit de stipulations conventionnelles indépendamment de leur caractère plus ou moins favorable¹¹³. Compte tenu du risque encouru par les salariés d'être privés du minimum légal, le législateur a pris le soin de bien encadrer cette technique. Pour qu'un accord collectif de travail puisse déroger à une loi, il est nécessaire que le législateur ait donné

¹¹⁰ BARTHELEMY (J.), « Vers de nouvelles évolutions du droit de la négociation collective ? En guise de synthèse », *op. cit.*, p. 907.

¹¹¹ Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits du travail, *J.O.* du 14 novembre 1982, pp. 3414 et s.

¹¹² Pour être très précis, les accords dérogatoires sont apparus avec l'accord national interprofessionnel 17 juillet 1981 relatif aux 39h et à la cinquième semaine de congés payés. Cf. SARAMITO (F.), « Les accords dérogatoires », *Dr. ouvrier* 1990, p. 253.

¹¹³ Comme le souligne le professeur Jean Emmanuel RAY, les accords dérogatoires permettent aux partenaires sociaux de « creuser, en dessous ou à côté du plancher légal, des galeries conventionnelles ». RAY (J.-E.), *Droit du travail, Droit vivant*, 2007/2008, 16^e éd., Éditions Liaisons, p. 650.

Introduction générale

son autorisation expresse¹¹⁴. À cette garantie légale, s'ajoute la possibilité pour les partenaires sociaux de s'opposer majoritairement à l'entrée en vigueur d'un accord dérogatoire¹¹⁵. Le mécanisme d'opposition majoritaire est inséré à l'ancien article L 132-26¹¹⁶ par la loi du 13 novembre 1982¹¹⁷. La dérogation reste cantonnée aux dispositions légales relatives au temps de travail. Devant les revendications tendant à obtenir plus de flexibilité¹¹⁸ dans l'articulation des conventions et accords, la loi du 4 mai 2004¹¹⁹ a généralisé la dérogation entre normes conventionnelles et a permis qu'un accord de niveau inférieur puisse, à certaines conditions¹²⁰, contenir des dispositions moins favorables qu'un accord ou une convention de portée plus large¹²¹.

Afin d'encadrer le recours à la dérogation, le législateur a consacré le principe majoritaire comme règle de conclusion de toutes les conventions et accords collectifs

¹¹⁴ Cette position est confirmée par le Conseil d'état qui retient que seul le législateur peut décider du caractère plus ou moins dérogeable d'une disposition législative. CE 08 juillet 1994, *RJS* 12/94, n° 1386, note X. PRETOT. Cette solution a été rappelée ultérieurement notamment dans un arrêt du 27 juillet 2001. CE 27 juillet 2001, *RJS* 01/02, n° 107, note F. BOQUILLON.

¹¹⁵ RAY (J.-E.), « L'accord d'entreprise majoritaire », *Dr. soc.* 2009, p. 887.

¹¹⁶ Cet article disposait que « dans un délai de 8 jours à compter de la signature d'une convention ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement, ou d'un avenant ou d'une annexe, comportant des clauses qui **dérogent soit à des dispositions législatives ou réglementaires, lorsque lesdites dispositions l'autorisent, soit, conformément à l'article L 132-24, à des dispositions salariales conclues au niveau professionnel ou interprofessionnel**, la ou les organisations syndicales qui n'ont pas signé l'un des textes en question **peuvent s'opposer à son entrée en vigueur, à condition d'avoir recueilli les voix de plus de la moitié des électeurs inscrits lors des dernières élections** au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Lorsque le texte en cause ne concerne qu'une catégorie professionnelle déterminée, relevant d'un collège électoral défini à l'article L 433-2, les organisations susceptibles de s'opposer à son entrée en vigueur sont celles qui ont obtenu les voix de plus de la moitié des électeurs inscrits dans ledit collège ».

¹¹⁷ Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982, *op. cit.*, p. 3416.

¹¹⁸ LYON-CAEN (G.), « La bataille truquée de la flexibilité », *Dr. soc.* 1985, p. 801.

¹¹⁹ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *J.O.* n°105 du 5 mai 2004, p. 7983, texte n° 1.

¹²⁰ Ces conditions sont différentes selon le niveau de négociation en cause. Un accord d'entreprise peut contenir des dispositions moins favorables qu'une convention ou un accord collectif couvrant un champ territorial ou professionnel plus large sauf lorsque cet accord se déclare impératif et sauf dans quatre domaines (salaires minima, classifications, garanties collectives complémentaires mentionnées à l'Article L 912-1 du Code de la sécurité sociale et mutualisation des fonds de la formation professionnelle).

¹²¹ Nonobstant ces modifications, l'articulation entre loi et convention et entre convention et contrat de travail continuent à se résoudre par l'application des dispositions les plus favorables aux salariés. L'art. L 2251-1 C. trav. dispose qu' « une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ». En ce qui concerne les relations entre un accord collectif et un contrat de travail, l'art. L 2254-1 C. trav. prévoit que « lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables ».

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

de travail¹²². Considérant que ces garanties étaient encore insuffisantes, le législateur a réservé quatre domaines impératifs¹²³ et a accordé aux partenaires sociaux de branche le pouvoir de conférer une certaine impérativité à leurs accords¹²⁴. Lorsqu'un accord de branche est déclaré impératif par ses signataires, aucun accord de niveau inférieur ne peut contenir des dispositions moins favorables aux salariés. Cette faculté a largement été utilisée par les syndicats représentatifs au niveau des branches. En conséquence, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004, les accords dérogatoires ne sont pas très nombreux¹²⁵ contrairement aux accords "donnant-donnant".

19 - Les accords "donnant-donnant" n'ont pas fait l'objet d'une reconnaissance législative, mais jurisprudentielle. Les juges ont aménagé les règles relatives à l'appréciation du caractère plus favorable d'une norme par rapport à une autre. En cas de conflit entre un accord d'entreprise et un accord de branche, les juges doivent rechercher quelle est la disposition la plus favorable pour l'appliquer¹²⁶. La comparaison du caractère plus favorable se fait entre les avantages ou ensemble d'avantages¹²⁷ ayant le même objet ou la même cause¹²⁸, de manière objective¹²⁹ et en

¹²² La loi du 4 mai 2004 laisse le choix aux partenaires sociaux entre majorité d'engagement et majorité d'opposition. Devant le peu d'engouement des partenaires sociaux pour l'engagement, la loi du 20 août 2008 a modifié les règles de conclusion des accords en soumettant leur validité à la double condition de signature par une ou plusieurs organisations ayant obtenu au moins 30% des voix lors des élections professionnelles et d'absence d'opposition des organisations non signataires ayant obtenu au moins 50% des voix aux mêmes élections. Cf. l'art. L 2232-2 C. trav. (accords nationaux interprofessionnels), l'art. L 2232-6 C. trav. (accords de branches et professionnels) et l'art. L 2232-12 (accords d'entreprise et d'établissement).

¹²³ Le nouvel article L 2253-3 C. trav. prévoit qu'un accord d'entreprise ne peut jamais déroger à une convention ou un accord couvrant un champ professionnel et territorial plus large en matière de « salaires minima, de classifications, de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L 912-1 du code de la sécurité sociale et de mutualisation des fonds de la formation professionnelle ».

¹²⁴ Ce même article L 2253-3 dispose ensuite que « Dans les autres matières, la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut comporter des stipulations dérogeant en tout ou en partie à celles qui lui sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord en dispose autrement ».

¹²⁵ *La négociation collective en 2007, Bilans et rapports*, « Les dispositions relatives à l'articulation des niveaux de négociation : une portée limitée de la loi du 4 mai 2004 », La documentation française, 2008, p. 383 et s.

¹²⁶ CHALARON (Y.), «L'application de la disposition la plus favorable», *Études offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz 1989, p. 243 ; CHEVILLARD (A.), «La notion de disposition plus favorable», *Dr. soc.* 1993, p. 363.

¹²⁷ Cass. soc., 18 janvier 2000, n° 96-44.578, *Bull. civ. v*, n° 27.

¹²⁸ Cass. ass. plén., 18 mars 1988, n° 84-40.083, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 3, *D.* 1989, p. 211, note J.-P. CHAUCHARD, *Dr. ouvrier* 1988, p. 515, note BALLET.

Introduction générale

tenant compte des intérêts de l'ensemble des salariés et non de l'un d'entre eux¹³⁰. Si une telle règle de comparaison s'appliquait strictement aux conflits mettant en cause des accords "donnant-donnant", elle conduirait à écarter les concessions qui dérogent dans un sens moins favorable à la norme supérieure. Afin de ne pas priver de tout effet ces accords de gestion, la Cour de cassation a aménagé la règle de comparaison précitée. Les juges considèrent que les concessions réciproques forment un ensemble indivisible et que l'appréciation du caractère plus favorable doit se faire plus globalement et toujours de manière objective par rapport aux intérêts de l'ensemble des salariés¹³¹. La loi du 4 mai 2004 généralise les accords "donnant-donnant" et dérogoires en réduisant considérablement le champ d'application du principe de faveur dans l'articulation entre conventions et accords collectifs.

20 - La réduction du principe de faveur constitue la première étape de la consécration légale des accords organisationnels. Ils jouissent ainsi d'une autonomie considérable par rapport aux autres normes conventionnelles. Une autonomie qui leur permet de prévoir des obligations pour les salariés, mais aussi des dispositions dérogeant aux conventions ou accords dits "supérieurs". La finalité organisationnelle reconnue à la négociation collective a incontestablement contribué à réduire la finalité sociale du droit de la négociation collective.

21 - Les accords dérogoires et "donnant-donnant" ont également mis en évidence la perte de légitimité des accords collectifs. En effet, les règles relatives à la légitimité des conventions et accords collectifs ont été élaborées dans un système ne pouvant déboucher que sur des accords plus favorables aux salariés. Dans ce contexte d'amélioration systématique, la question de la légitimité des accords importe peu. Cependant, les accords organisationnels, dérogoires ou "donnant-donnant", ont besoin d'une importante légitimité pour développer leurs pleins effets à l'égard des salariés.

¹²⁹ Cass. soc., 1er juin 1976, n° 74-40.650, *Bull. civ. V*, n° 338; Cass. soc., 22 mai 1979, n° 77-41.236, *Bull. civ. V*, n° 440. Dans ces arrêts la Cour de cassation retient que la disposition d'un accord national de mensualisation calculant la prime d'ancienneté au taux de 5% sur le salaire minimum de la catégorie intéressée, est plus favorable que l'accord d'entreprise accordant 4% du salaire réel brut.

¹³⁰ Cass. soc., 11 janvier 1962, n° 60-40.224, *Dr. soc.* 1962, p. 290, obs. J. SAVATIER. Dans cette espèce, les juges font prévaloir une convention régionale prévoyant un délai-congé réciproque de quinze jours sur la convention nationale n'octroyant qu'un préavis réciproque de huit jours.

¹³¹ Cass. soc. 19 février 1997, *SA Compagnie Générale de Géophysique c/ Bloy et a.*, *Dr. soc.* 1997, p. 432, obs. G. COUTURIER.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

Or, les anciennes règles relatives à la représentativité des organisations syndicales et à la conclusion des accords collectifs ne permettaient pas d'obtenir une telle légitimité. Les accords dérogatoires et "donnant-donnant" ont révélé que la représentation des travailleurs dans la négociation n'est pas un gage suffisant de légitimité. La représentativité, telle qu'appliquée depuis 1951, ne rendait pas compte de la légitimité réelle des négociateurs, mais de leur légitimité supposée¹³². Cette difficulté se trouvait renforcée par les anciennes règles de conclusion des accords collectifs. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004, un accord collectif était valable dès lors qu'il avait été signé par une organisation syndicale représentative. Cependant, il arrivait que l'organisation signataire soit représentative par affiliation, mais minoritaire dans le champ d'application de l'accord considéré. L'application cumulée d'une représentativité d'emprunt et des anciennes règles d'unicité de signature des accords collectifs ne conférait pas la légitimité nécessaire pour permettre la conclusion d'accords potentiellement dérogatoires. La réforme des règles relatives à la représentativité syndicale¹³³ constitue la seconde étape de la consécration des accords organisationnels.

22 - Dans ce contexte de transformation de la pratique et du droit de la négociation collective, il convient de se demander quelle doit être l'influence de la finalité organisationnelle reconnue aux conventions et accords collectifs de travail sur le droit de la négociation collective ? La question mérite d'être posée au regard des dernières réformes relatives au dialogue social¹³⁴ et à la démocratie sociale¹³⁵ ayant incontestablement intégré la finalité organisationnelle des accords dans le droit de la

¹³² Bien souvent il s'agit d'une représentativité présumée grâce à l'affiliation du syndicat à une confédération reconnue représentative au niveau national.

¹³³ Un projet de loi, visant à compléter la loi du 20 août 2008, a été déposé par le ministre du travail le 12 mai 2010. Il institue un scrutin régional d'audience destiné aux salariés employés dans des entreprises dépourvues de toute représentation élue. Ainsi, tous les salariés pourront participer à la détermination de l'audience des différents syndicats. Cf. le projet de loi n° 446, complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008. Ce projet est consultable sur le site du Sénat à l'adresse : <http://www.senat.fr/leg/pjl09-446.pdf>.

¹³⁴ Nous voulons bien sur ici parler des lois du 4 mai 2004 (Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *J.O.* n°105 du 5 mai 2004, p. 7983) et du 31 janvier 2007 (Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, *J.O.* n°27 du 1 février 2007 page 1944).

¹³⁵ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *J.O.* du 21 août 2008 p. 13064, texte 1.

Introduction générale

négociation collective. La négociation nationale interprofessionnelle devient une pièce maîtresse dans le traitement des grandes questions sociales du pays. De son côté, la négociation d'entreprise permet de "marier" progrès social et progrès économique¹³⁶ ou intérêt des salariés et intérêt de l'entreprise. Cependant, la consécration juridique des accords organisationnels doit-elle nécessairement conduire au renversement de la hiérarchie des normes en droit social ? Le principe de faveur et l'ordre public social constituent-ils réellement des obstacles à la reconnaissance et au développement de tels accords ? Conférer à chaque niveau de négociation une fonction propre de manière à éviter les conflits ne serait-il pas suffisant ?

Les questions de légitimité et d'efficacité des accords collectifs étant indissociables, il convient de rechercher si les règles relatives à la représentativité syndicale ainsi que les règles de conclusion des accords collectifs assurent une légitimité suffisante pour que les accords organisationnels produisent leurs pleins effets ?

23 - Ce travail n'aura pas pour objectif de nier l'influence de la finalité organisationnelle sur le droit de la négociation, mais tentera d'établir que les transformations auxquelles elle a conduit ne sont pas toujours satisfaisantes. En effet, si la reconnaissance des accords organisationnels doit inéluctablement conduire à revoir les règles relatives à la légitimité des accords collectifs, elle ne doit pas nécessairement se traduire par une réduction du principe de faveur et de l'ordre public social. Nous essaierons de montrer qu'il suffit de conférer une fonction spécifique à chaque niveau de négociation et de continuer à résoudre les conflits résiduels par l'application de la disposition la plus favorable.

24 - Une première partie aura pour ambition de démontrer que la consécration de la fonction organisationnelle du droit de la négociation doit nécessairement engendrer une modification des règles relatives à la légitimité des accords. Cette légitimité doit reposer d'une part, sur une représentativité syndicale prouvée au regard de critères faisant une place plus importante à l'audience et, d'autre part, sur un principe de conclusion réellement majoritaire. Seuls les accords conclus par des organisations réellement représentatives des salariés et majoritaires sont de nature à conférer une

¹³⁶ TEYSSIE (B.), « A propos de la négociation collective d'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 575 et spé. p. 576.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

légitimité suffisante aux accords collectifs au rang desquels figurent les accords organisationnels.

Une seconde partie tentera de montrer que les accords organisationnels ne peuvent développer pleinement leurs effets que s'ils disposent d'une certaine autonomie par rapport aux normes couvrant un champ professionnel ou territorial plus large. Cette autonomie ne doit pas se traduire par l'utilisation des techniques dérogatoires ou "donnant-donnant", mais par la création d'une répartition fonctionnelle entre différents niveaux de négociation. Une fonction spécifique doit être octroyée à chaque niveau de négociation de manière à éviter les conflits. Les conventions ou accords de branche conservent un rôle d'encadrement général et d'impulsion permettant aux accords d'entreprise d'adapter les dispositions de la branche aux besoins des entreprises et de leurs salariés. Conférer plus d'autonomie aux accords d'entreprise ne passe donc pas nécessairement par la réduction du principe de faveur.

1^{ère} partie : Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

2^{ème} partie : Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

PREMIÈRE PARTIE :

NEGOCIATION

ORGANISATIONNELLE ET

RENOUVELLEMENT DE LA

LEGITIMITE DES ACCORDS

COLLECTIFS

25 - Le concept de légitimité demeure difficile à définir pour le juriste. De prime abord, il ne repose pas sur des fondements juridiques, mais sur des valeurs empruntées à la philosophie et à la morale¹³⁷. En droit, la légitimité s'entend souvent comme ce qui est conforme à la loi¹³⁸. Cependant, elle n'a pas pour seul objet de désigner la validité juridique¹³⁹. La légitimité des conventions et accords collectifs de travail ne se réduit pas à leur légalité¹⁴⁰, c'est-à-dire au respect par les partenaires sociaux des règles édictées par le législateur. Pour être légitimes, les accords collectifs doivent être conclus par les organisations représentant réellement la majorité des salariés. La représentativité syndicale ne doit être octroyée que lorsque le syndicat démontre

¹³⁷ LYON-CAEN (G.), « La légitimité de l'action syndicale », *Dr. ouvrier* 1988, p. 47.

¹³⁸ En effet, l'assimilation de la légitimité à la légalité est principalement due à deux facteurs. Le premier tient à leur étymologie commune. Ces deux notions sont issues d'une racine latine identique : *lex, legis*. Le second facteur est plus doctrinal. Comme le souligne très justement P. PACTET, « si la légalité constitutionnelle est une notion juridique précise, qui donne lieu à aucune équivoque, la légitimité est une notion imprécise, fuyante, peu mesurable et, à la limite, subjective » (*Institutions politiques et droit constitutionnel*, 11^{ème} éd., Masson, 1992, p. 73). Cette imprécision difficilement acceptable par les juristes va conduire à ce que la doctrine autorisée de l'époque remplace le concept de légitimité par celui de légalité. Ainsi, sera légitime le pouvoir dévolu conformément aux règles statutaires organiques (HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Sirey, 1929, p. 21), une action conforme au droit (KRIEDEL (B.), *Le principe de légitimité*, mélanges F. TERRE, Dalloz 1999, p. 47). La doctrine estime qu'est légitime toute autorité ou tout acte établi conformément au droit positif (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduction par EISENMANN, Bruylant LGDJ, 1999, p. 367).

¹³⁹ FEVRIER (J.-M.), « Sur l'idée de légitimité », *RRJ* 2002-1, p. 367.

¹⁴⁰ RAY (J.-E.), « L'accord d'entreprise majoritaire », *Dr. soc.* 2009, p. 887 et spé. p. 888.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

représenter une fraction importante des salariés. Par l'intermédiaire de la représentativité, les salariés consentent indirectement à la création de leurs normes professionnelles.

26 - La légitimité des accords collectifs de travail repose, d'une part, sur le respect par les négociateurs des conditions et procédures fixées par la loi et, d'autre part, sur la capacité représentative des organisations syndicales signataires. Pour être légitimes, les accords collectifs doivent non seulement être institués selon les règles fixées par des normes supérieures, mais doivent également être confirmés par l'adhésion de la majorité des salariés auxquels ils ont vocation à s'appliquer.

27 - La légitimité des conventions et accords collectifs repose essentiellement sur la capacité représentative des organisations signataires. Plus les signataires sont représentatifs, plus l'accord est légitime. À l'inverse, plus la capacité représentative des organisations syndicales est faible, plus la légitimité des accords collectifs est contestable.

Suite aux transformations économiques des années 70, le taux de syndicalisation a connu un net recul. Ainsi, les organisations syndicales ont vu leur capacité représentative se réduire¹⁴¹. Afin d'éviter que certaines ne perdent leur représentativité, un arrêté du 31 mars 1966 a institué une présomption irréfragable de représentativité pour les cinq centrales syndicales historiques¹⁴² ainsi que pour les syndicats affiliés. Cette présomption a eu pour effet d'empêcher toute vérification et toute contestation de leur capacité réelle à représenter les salariés. En conséquence, une seule organisation syndicale représentative par affiliation, représentant en réalité qu'une minorité de salariés, pouvait signer un accord collectif applicable à tous.

Dès lors que la négociation ne pouvait aboutir qu'à la conclusion d'accords améliorant les conditions de travail des salariés, la question de la légitimité de l'accord et des signataires ne se posait guère.

Aujourd'hui, la négociation est un outil organisationnel. Elle permet à l'entreprise d'adapter son organisation ainsi que ses effectifs aux contraintes extérieures

¹⁴¹ À cette époque, la représentativité syndicale reposait essentiellement sur les effectifs.

¹⁴² Les cinq centrales historiques sont la CGT, la CFDT, la CGT-FO, la CFTC et la CFE-CGC pour les cadres.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

(économiques). Cette évolution de la pratique conventionnelle aboutit au développement d'accords dérogatoires et/ou "donnant-donnant". Dès lors que les accords collectifs peuvent créer des obligations à la charge de salariés ou imposer des dispositions qui leurs sont moins favorables, la légitimité des signataires et des accords doit être réelle et non plus présumée¹⁴³. Or, les règles relatives à la conclusion des accords ainsi qu'à la représentativité ont connu une évolution si importante qu'elles ne sont plus une source suffisante de légitimité.

28 - Afin de conférer plus de légitimité aux conventions et accords collectifs, il convient de revoir les règles relatives à la représentativité ainsi qu'à la conclusion des accords collectifs. Leur légitimité doit reposer sur deux piliers. Elle doit s'appuyer sur une représentativité vérifiée et sur un principe de conclusion réellement majoritaire. La représentativité doit être acquise à chaque niveau de négociation et être régulièrement vérifiée sur la base de critères plus adaptés tel que l'audience. De plus, tout accord collectif doit être signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentant la majorité ou une forte minorité des salariés auquel il a vocation à s'appliquer. Cette double vérification, *a priori* et *a posteriori*, confèrera aux accords collectifs une légitimité incontestable.

29 - La loi du 20 août 2008¹⁴⁴ a consacré ce principe de double vérification de la légitimité en supprimant la présomption de représentativité¹⁴⁵ et en imposant que tout accord soit conclu de manière majoritaire¹⁴⁶ (Titre 2). Ainsi, cette loi recrée une représentativité matérialisant la capacité réelle à représenter de chaque syndicat et confère aux accords collectifs une légitimité plus importante (Titre 1).

¹⁴³ FAVENNEC-HERY (F.), « La représentativité syndicale », *Dr. soc.* 2009, p. 630 et spé. 631. Madame Favennec-Héry montre que la représentativité syndicale présumée n'est pas une source suffisante de légitimité pour permettre aux organisations syndicales de conclure des accords collectifs. Elle écrit que « si la présence des organisations syndicales représentatives dans les organismes consultatifs, leur action de revendication, leurs possibilités d'action en justice constituaient des fonctions qui pouvaient s'accommoder d'une représentativité d'emprunt (présumée), la question était en revanche plus discutée s'agissant de la fonction normative des syndicats, c'est-à-dire de la participation à la négociation d'accords collectifs ».

¹⁴⁴ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *J.O.* n° 0194 du 21 août 2008 p. 13064, texte n° 1.

¹⁴⁵ Cf. les nouveaux articles L 2121-1 et suivants du Code du travail.

¹⁴⁶ Le principe de conclusion majoritaire des accords est inscrit aux articles L 2232-2 et suivants du Code du travail.

TITRE 1 : L'INSUFFISANCE DE LA REPRESENTATIVITE SYNDICALE CLASSIQUE POUR LEGITIMER LES ACCORDS ORGANISATIONNELS

30 - La réduction de la légitimité des conventions et accords collectifs de travail est essentiellement due à l'inadaptation de la représentativité aux évolutions du monde du travail et plus particulièrement à la transformation de la négociation d'entreprise en un moyen d'organisation. La représentativité s'est construite sur la base d'une négociation nationale améliorant les conditions de travail et d'emploi des salariés et s'est révélée inadaptée à une négociation d'entreprise "donnant-donnant" ou dérogatoire.

La représentativité a été créée en vue de transposer dans le monde ouvrier le modèle de la démocratie représentative¹⁴⁷. Elle a permis de sélectionner les organisations les plus aptes à représenter les salariés au niveau national. Suivant l'exemple de la démocratie politique, le législateur aurait pu fonder la légitimité de cette représentation des travailleurs sur un scrutin. Cependant, il a voulu éviter le risque de fluctuation lié à la périodicité d'un vote et a préféré asseoir la légitimité des représentants syndicaux sur des critères plus stables. Ainsi, la représentativité a évité de faire du syndicat un organe élu proche d'une institution étatique tout en asseyant sa légitimité sur un certain nombre de critères palliant le défaut d'élection.

La représentativité a révélé la capacité des organisations syndicales à représenter au niveau national¹⁴⁸ les salariés et a permis l'avènement de la démocratie sociale¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Comme le souligne le professeur Borenfreund, les règles démocratiques se transposent du champ politique au domaine économique et social « par le double canal des syndicats et des institutions élues dans l'entreprise. 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. ». Il nous appartient d'aller plus loin en affirmant que la démocratie sociale est ainsi née.

¹⁴⁸ DESPLATS (M.-J.), « La notion d'organisations syndicales les plus représentatives », *Dr. soc.* 1945, p. 271.

¹⁴⁹ Voir sur cette question les développements très éclairants de P. ROSANVALLON, « Le nouveau travail de la représentation », *Revue Esprit*, février 1998, p. 41. Dans cet article, l'auteur souligne qu'« il est désormais illusoire de rêver à une politique qui prendrait commodément et solidement appui sur des corps intermédiaires, exprimant des identités sociales évidentes ». Cette remarque peut être très facilement transposée à la représentation des travailleurs dont les identités collectives sont tellement diverses et les corps intermédiaires si nombreux qu'une représentation unique ne pourrait plus rendre compte des aspirations de la majorité des représentés.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

31 - La légitimité des conventions et accords collectifs de travail reposait principalement sur la représentativité des organisations syndicales signataires. Cependant, la création d'une présomption irréfragable de représentativité a empêché toute vérification de la capacité réelle à représenter des syndicats. La discordance existant entre représentativité présumée et représentativité réelle a provoqué une réduction de la légitimité des accords collectifs. Une perte de légitimité qui s'est principalement matérialisée dans la négociation d'entreprise. En effet, la présomption irréfragable de représentativité a progressivement empêché toute vérification de la légitimité réelle des organisations syndicales présentes dans l'entreprise. Cela n'a posé aucune difficulté dans un système d'amélioration systématique des droits et avantages des salariés¹⁵⁰. Cependant la légitimité présumée des syndicats s'est très mal conciliée avec une négociation "donnant-donnant" ou simplement dérogatoire *in pejus*.

32 - De plus, le concept de représentativité a connu dans l'entreprise une déformation progressive qui a altéré la légitimité des syndicats et des accords collectifs. Cet affaiblissement de légitimité a été principalement causé par l'inadaptation des différents critères de représentativité à la représentation syndicale d'entreprise. En effet, la représentativité a été créée pour opérer une sélection entre les différents syndicats les plus légitimes au niveau national, afin d'en faire les principaux acteurs de la démocratie sociale. Le législateur a ensuite transposé la représentativité, sans aucun aménagement, à la représentation syndicale d'entreprise. Or, la représentation des salariés au niveau de l'entreprise est fondamentalement différente de la représentation nationale. Alors que la représentation nationale des salariés est strictement une représentation d'intérêts, la représentation des salariés dans l'entreprise tend à se rapprocher d'une représentation de personnes. Le concept et les critères de représentativité se sont rapidement avérés inadaptés à la représentation des salariés au niveau des entreprises (chap. 1). Cependant, la discordance entre représentativité et la capacité réelle à représenter n'est apparue que lors de la transformation de la négociation collective en outil organisationnel pouvant conduire à la conclusion d'accords dérogatoires ou "donnant-donnant" (chap. 2).

¹⁵⁰ DESPAX (M.), *Traité de droit du travail, Conventions collectives*, publié sous la direction de G-H. CAMERLYNCK, Paris, Dalloz 1966, p. 568.

CHAPITRE 1 : UN CONCEPT CREE POUR LA REPRESENTATION NATIONALE DES SALARIES

33 - L'inadaptation du concept de représentativité à la négociation d'entreprise trouve sa source dans les origines même de ce concept. Il reflète la volonté du législateur de faire du syndicat un partenaire social important et non d'en faire un acteur de l'entreprise¹⁵¹. Ainsi, le concept de représentativité n'a été élaboré que pour permettre l'institutionnalisation du syndicat. Il constitue «un titre de relevance juridique de l'ordre professionnel pour l'ordre étatique», c'est-à-dire un instrument qui permet à l'État de pénétrer dans les mécanismes du système de relations professionnelles¹⁵². Le professeur Supiot, constatant la généralisation de l'exigence de représentativité pour les syndicats, écrit que la représentativité est une «structure juridique» de la représentation syndicale¹⁵³.

Toutefois, la représentativité (ayant pour objet de sélectionner les organisations les plus légitimes à représenter l'intérêt collectif de tous les travailleurs) a été appliquée à tous les niveaux géographiques et professionnels. Cependant, les critères de représentativité ont été élaborés pour sélectionner au niveau national les organisations syndicales les plus légitimes pour participer à la création des normes sociales applicables à tous les salariés d'une profession ou d'une branche d'activité (section 1). Ainsi, les critères de représentativité se sont révélés inadaptés à la représentation syndicale d'entreprise (section 2).

SECTION 1 : UN OUTIL DE SELECTION DES ORGANISATIONS SYNDICALES NATIONALES LES PLUS LEGITIMES

34 - Le concept de représentativité a permis de limiter la capacité à représenter l'intérêt collectif des travailleurs aux seules organisations syndicales nationales les plus légitimes.

¹⁵¹ ARSEGUEL (A.), *op. cit.*, *Mélanges DESPAX*, p. 401.

¹⁵² YANNAKOUROU (S.), *L'État, l'autonomie collective et le travailleur. Étude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale*, Thèse LGDJ, Droit privé, T. 247, p. 99.

¹⁵³ SUPIOT (A.), « Les syndicats et la négociation collective », *Dr. soc.* 1983, p. 63.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

Le concept de représentativité a ainsi limité le pluralisme engendré par la conception française de la liberté syndicale en permettant aux organisations les plus représentatives de porter les intérêts des travailleurs (I). Seules les organisations syndicales nationales les plus représentatives ont pu participer à la mise en place et au fonctionnement de la démocratie sociale (II). Cela démontre clairement que le concept de représentativité a été institué pour s'appliquer au niveau national et non à celui de l'entreprise.

I. Une limite au pluralisme syndical

35 - La liberté syndicale est reconnue par la Constitution comme un droit accordé à chaque travailleur de défendre ses intérêts par l'action syndicale. Elle comprend, d'une part, le droit d'adhérer au syndicat de son choix¹⁵⁴ et, d'autre part, de créer librement un syndicat. Cette conception bicéphale de la liberté syndicale reflète une dimension individuelle et collective. La dimension collective de la liberté syndicale se définit comme le droit reconnu aux travailleurs, comme aux employeurs, de créer librement une organisation syndicale sans que soit nécessaire une quelconque autorisation administrative. Le Code du travail reprend cette conception de la liberté syndicale qu'il décline dans plusieurs articles¹⁵⁵. La dimension collective de la liberté syndicale est confortée par des textes internationaux ratifiés par la France¹⁵⁶.

36 - La représentativité permet de limiter le pluralisme auquel peut conduire la conception française de la liberté syndicale. La représentativité constitue ainsi « *une solution transactionnelle entre le principe de liberté syndicale, qui exige le respect de*

¹⁵⁴ La liberté syndicale, reprise dans le préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie celui de la Constitution de 1958, dispose que « tout homme peut défendre ses droits et intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix ».

¹⁵⁵ Cf. les articles L 2131-2, L 2141-1 et L 2141-3 du Code du travail.

¹⁵⁶ La liberté syndicale est reconnue :

Par les conventions 87 et 98 de l'OIT ;

Par l'article 11 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales ;

Par la Charte Sociale Européenne du 18 octobre 1961, révisée à Strasbourg le 03 mai 1996 ;

Par la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne proclamée lors du sommet de Nice le 07 décembre 2001 ;

Et par la Charte des droits sociaux fondamentaux adoptée par tous les États membres à l'exception du Royaume-Uni, le 09 décembre 1989 (cette dernière charte est dépourvue d'autorité juridique dans la mesure où elle n'a pas été adoptée sous la forme d'un Traité, mais constitue cependant un engagement politique très fort).

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

*la pluralité des syndicats, et la protection de l'intérêt collectif de la profession*¹⁵⁷ » qui nécessite de sélectionner les représentants les plus légitimes. Ainsi, conférer à une ou plusieurs organisations syndicales le titre d'organisations les plus représentatives est la seule alternative possible afin que ces dernières ne soient pas trop nombreuses à représenter au niveau national l'intérêt collectif des travailleurs. En effet, il est difficile de soutenir que toutes les organisations syndicales, égales en droit, disposent de la même capacité à représenter l'intérêt des travailleurs au niveau national¹⁵⁸. La représentativité permet d'éviter la multiplication des organisations syndicales nationales prétendant représenter les salariés.

37 - Si la représentativité a contribué à limiter le pluralisme syndical, elle a permis la sélection des représentants de l'intérêt professionnel les plus légitimes et le développement d'une collaboration étroite entre l'État et les organisations syndicales. Ainsi, les pouvoirs publics ont pu cerner avec plus de précision les attentes du monde professionnel¹⁵⁹, accroître l'efficacité de leur action en s'associant les forces économiques et sociales¹⁶⁰ et maintenir une relative paix sociale¹⁶¹.

En définitive, le concept de représentativité a permis une certaine institutionnalisation du groupement syndical et l'avènement de la démocratie sociale.

II. Un élément de la démocratie sociale

38 - S'interroger sur le couple "représentativité - démocratie sociale" revient à se questionner sur les qualités que doit présenter le représentant dans un système démocratique. Dans la démocratie politique, les représentants du peuple veulent pour la

¹⁵⁷ SPYROPOULOS (G.), *La liberté syndicale*, 1965 p. 282.

¹⁵⁸ Bernard. BOUBLI rappelle que « la liberté postule le pluralisme, lui-même porteur d'un risque, celui de la division syndicale et de la dispersion des forces du travail. La représentativité tempère et renforce à la fois le principe de la liberté syndicale. Par la sélectivité qu'elle opère, elle permet aux syndicats de défendre efficacement les intérêts des membres des professions qu'ils représentent. », *SSL* 1999, n° 916.

¹⁵⁹ DURKHEIM (E.), *De la division du travail social*, coll. Quadrige, P.U.F., 3^{ième} éd., 1994.

¹⁶⁰ Jean RIVERO préfère écrire que les pouvoirs publics vont ainsi se décharger d'une partie de leurs missions en matière sociale sur les organisations syndicales les plus représentatives, « La convention collective et le droit public français », *Revue économie* 1951, p. 21.

¹⁶¹ Il est en effet difficile pour ces organisations les plus représentatives de collaborer avec l'État et ensuite d'en critiquer les résultats. De cette manière, les contestations syndicales se font plus rares et conduisent inéluctablement à un apaisement social.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

nation¹⁶² alors que dans la démocratie sociale, il appartient aux organisations les plus représentatives de vouloir pour les travailleurs. En participant au fonctionnement de la démocratie sociale, les organisations syndicales les plus représentatives ont obtenu un certain nombre de prérogatives à caractère institutionnel appartenant normalement au législateur¹⁶³ ou aux pouvoirs publics. La représentativité a ainsi joué un rôle fondamental dans la mise en place (A) et le fonctionnement (B) de la démocratie sociale.

A. La notion de démocratie sociale

39 - La représentativité a permis la mise en place de la démocratie sociale en limitant le soin d'y participer aux seules organisations syndicales les plus représentatives. Afin de mesurer l'importance des missions conférées à ces organisations syndicales, il convient de définir la démocratie sociale.

40 - La démocratie. Le mot démocratie vient du grec *δημος* (*demos*), qui se traduit par peuple et *κρατος* (*kratos*), correspondant à l'idée de pouvoir ou de commandement. La démocratie se définit comme « *un régime politique dans lequel le pouvoir est attribué au peuple qui l'exerce lui-même, ou par l'intermédiaire de ses représentants qu'il élit* »¹⁶⁴. D'après Périclès (492 à 431 avant JC), « l'État démocratique doit s'appliquer à *servir le plus grand nombre ; procurer l'égalité de tous devant la loi ; faire découler la liberté des citoyens de la liberté publique. Il doit venir en aide à la faiblesse et appeler au premier rang le mérite. L'harmonieux équilibre entre l'intérêt de l'État et les intérêts des individus qui le composent assure l'essor politique, économique, intellectuel et artistique de la cité, en protégeant l'État contre l'égoïsme*

¹⁶² BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Thèse Paris X 1997, LGDJ 2004.

¹⁶³ DESPLATS (M.-J.), « La notion d'organisations syndicales les plus représentatives », *Dr. soc.* 1945, p. 271.

¹⁶⁴ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 8ème éd., Association Henry CAPITANT, Paris, PUF 2000.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

individuel et l'individu, grâce à la Constitution, contre l'arbitraire de l'État »¹⁶⁵. La démocratie sociale assure une certaine égalité en aidant les plus faibles et en veillant à ce que les intérêts des uns ne prédominent pas sur ceux des autres. La démocratie constitue ainsi un mode d'organisation des pouvoirs dans une société, reposant sur les valeurs de liberté et d'égalité. Chaque citoyen doit pouvoir librement s'exprimer et prendre part à toute décision susceptible de le concerner. Cependant, la « démocratie par le nombre »¹⁶⁶ pose un certain nombre de difficultés. L'article 3 de notre Constitution prévoit d'ailleurs que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum » et que « aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice ».

41 - La doctrine opère classiquement une distinction entre la démocratie directe et la démocratie indirecte. La première trouve une consécration dans "le contrat social" de Rousseau prenant pour postulat que chaque individu détient une parcelle de la souveraineté et que la souveraineté ne peut se déléguer sans s'aliéner. Ainsi, une décision n'est souveraine que lorsque chacun y consent personnellement. Néanmoins, Rousseau reconnaît l'impossibilité d'une approbation directe généralisée. Il écrit alors que « À prendre le terme dans la rigueur de l'acception il n'a jamais existé de véritable démocratie et il n'en existera jamais. Il est contre l'ordre naturel que le grand nombre gouverne et que le petit soit gouverné. On ne peut imaginer que le peuple reste incessamment assemblé pour vaquer aux affaires publiques, et l'on voit aisément qu'il ne saurait établir pour cela des commissions sans que la forme de l'administration change »¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Cette définition de la démocratie est placée dans la bouche de PERICLES par l'historien THUCYDIDE (470 à 395 avant JC), auteur de La guerre du Péloponnèse. Elle nous permet immédiatement de dégager certains principes gouvernant la démocratie. Le principe le plus important reste sans aucun doute la liberté. Liberté d'être tour à tour gouverné et gouvernant, liberté de tous participer à la vie de "la communauté", sans considération de richesse. Le second principe vise plus spécifiquement le rôle de l'État dans la démocratie. En effet, si d'un côté, l'État démocratique doit protéger les plus faibles, la Constitution doit prévoir des mesures visant à lutter contre l'arbitraire étatique (ARISTOTE, *Politique*, VI, 2, 1317b).

¹⁶⁶ SUPIOT (A.), « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *Dr. soc.* 2010, p.525 et spé. p. 526.

¹⁶⁷ ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Livre III. Chapitre IV, intitulé De la démocratie, Marc Michel REY, Amsterdam 1672. Ouvrage consultable sur internet à l'adresse suivante : http://un2sg4.unige.ch/athena/rousseau/jjr_cont.html.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

Devant un tel constat, la démocratie ne peut s'exercer que de manière indirecte, c'est-à-dire par l'intermédiaire de représentants élus par le peuple¹⁶⁸. Nous pouvons alors nous questionner sur ce que représentent ces intermédiaires élus. Sans entrer dans le débat relatif au monisme ou au pluralisme démocratique, il est incohérent de limiter le peuple à une portion homogène de la population¹⁶⁹. Nous réfutons l'idée classique selon laquelle toute tentative de construction d'un modèle politique se doit d'être simple ; et nous adhérons, comme le professeur Rosanvallon, à l'idée que la souveraineté est complexe et qu'elle exige nécessairement une représentation multiforme. En effet, il est absurde de chercher un mode de représentation parfait pour un ensemble sociologiquement et psychologiquement multiple¹⁷⁰. Le peuple excède toujours les approximations qu'on peut en donner. C'est au contraire en multipliant et en diversifiant les moyens d'expression qui lui sont offerts qu'on peut cerner au mieux sa volonté. C'est dans cette optique que s'inscrit la démocratie sociale. Elle vise à faire remonter au niveau de l'État les revendications portées par le monde du travail. Ces revendications particulières sont relayées par les organisations syndicales les plus représentatives. La représentativité confère le caractère démocratique à cette représentation du monde du travail.

42 - Le social. Si la démocratie politique permet de gérer la société civile, la démocratie sociale permet la gestion du monde du travail. Le social ne renvoie pas à la société¹⁷¹ mais au monde du travail. Dans « Le contrat social »¹⁷², Rousseau ne fait pas la différence entre le social et le politique. En effet, il entend par contrat social, celui qui lie les Hommes pour fonder la société. Il s'agit donc sans aucun doute d'un contrat politique avant tout.

43 - La notion de social s'est progressivement émancipée du politique pour constituer une réalité à part entière. Dans « L'esprit des Lois », Montesquieu affirme que l'État doit s'occuper de ceux qui n'ont pas de travail et de ceux qui ne peuvent plus

¹⁶⁸ Nous n'aborderons pas la démocratie semi directe, qui n'est qu'une variante de la démocratie indirecte.

¹⁶⁹ Ce fut la méthode de tous les régimes censitaires (plus noblement baptisés capacitaires).

¹⁷⁰ SUPIOT (A.), *Dr. soc.* 2010, *op. cit.*, p. 525.

¹⁷¹ ARISTOTE, *Politique*, VI, 2, 1317b.

¹⁷² ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Marc Michel REY, Amsterdam 1672.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

travailler et tombent dans la misère »¹⁷³. L'État doit assurer à tout citoyen les moyens de sa subsistance. Montesquieu définit le social comme une dette de l'État envers tous ses concitoyens qui involontairement ne peuvent plus subvenir à leurs besoins ainsi qu'à ceux de leur famille. Cette acception du social existe toujours dans le langage courant, mais est trop large pour éclairer nos travaux.

Ce sont les sociologues qui recentrent le social autour du travailleur lors de l'examen de l'expression de classe sociale¹⁷⁴. En effet, la classe sociale se définit comme « un groupe social important, de fait, et non de droit, résultant de la différenciation sociale, rassemblant les individus partageant un certain nombre de caractéristiques, unis par un sentiment d'appartenance et capables de mener des actions collectives »¹⁷⁵. Ainsi, le social regroupe tout ce qui intéresse les travailleurs.

44 - La démocratie sociale. Il résulte des définitions précédentes que la démocratie sociale permet aux travailleurs, d'une part, de gérer eux-mêmes certaines institutions les concernant comme la sécurité sociale, les caisses de retraite, les caisses de congés payés, les ASSEDIC... et d'autre part, de créer leurs propres normes, ou de participer à l'œuvre du législateur en vue d'organiser le monde du travail. Ces prérogatives peuvent être exercées directement ou par l'intermédiaire de représentants.

45 - La démocratie sociale se manifeste principalement sous deux formes : le paritarisme et la négociation collective¹⁷⁶. Le professeur Borgetto affirme que la démocratie sociale est un système de gestion du social dans lequel une procédure

¹⁷³ MONTESQUIEU, *L'esprit des Lois*, Édition établie par Laurent VERSINI, professeur à la Sorbonne. Paris: *Éditions Gallimard*, 1995, 2 volumes, Collection Folio Essais. Œuvre consultable sur le site de l'Université du Québec à Chicoutimi, à l'adresse suivante : http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/de_esprit_des_lois_tdm.html.

¹⁷⁴ Nous pouvons citer pour exemple les travaux en l'honneur de Maurice GODELIER, intitulés *La production du social*, colloque de CERISY, éditions Fayard, 1999.

¹⁷⁵ Cette définition nous est donnée par le dictionnaire d'économie de Messieurs C. BIALES, M. BIALES, R. LEURION et J-L. RIVAUD, éd. Foucher, Paris 1999. Cette définition nous permet de dégager classiquement trois catégories de classes sociales. Il s'agit d'abord, des travailleurs qui perçoivent un salaire, revenu de leur travail ; ensuite des capitalistes qui perçoivent un profit revenu de leur capital ; et enfin, les propriétaires fonciers qui perçoivent la rente foncière, revenu de leur propriété.

¹⁷⁶ VERKINDT (P.-Y.), « L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale », *Dr. soc.* 2010, p. 519.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

démocratique doit être mise en place pour que chacun puisse participer à la gestion des institutions qui le concernent¹⁷⁷.

Progressivement, une dimension économique est venue se greffer à la démocratie sociale. Elle se résumerait à traiter les conséquences sociales des changements économiques. Monsieur Le Garrec définit la démocratie sociale comme « *la mise en place et le fonctionnement d'une sphère de régulation du social entre le marché et l'État confiée aux partenaires sociaux* »¹⁷⁸. Il s'agit selon lui de laisser le soin aux partenaires sociaux d'adapter la condition sociale des travailleurs aux évolutions économiques dans un espace et avec des moyens qui leur sont propres tels que le paritarisme et la négociation collective. Cette vision contemporaine de la démocratie sociale confirme la volonté de faire des organisations syndicales des "accompagnateurs" des changements économiques. La concertation légiférante instituée par la loi dite Larcher du 31 janvier 2007 confirme ce nouveau rôle confié aux partenaires sociaux. La conception économique de la démocratie sociale se rapproche de la notion de démocratie industrielle développée par la doctrine anglo-saxonne. Elle vise à déterminer « les modalités par lesquelles la collectivité de travail et ses représentants participent à la vie économique ainsi qu'à la gestion et aux décisions de l'entreprise »¹⁷⁹.

46 - Sans limiter la démocratie sociale à sa dimension économique, elle se présente comme un système d'organisation du monde du travail dans lequel chacun participe, directement ou par le biais de ses représentants, à la création de normes (notamment par la négociation collective) et à la gestion paritaire des organismes intervenant dans le domaine économique et social. Un système qui accorde une place centrale à l'élection pour déterminer les représentants les plus légitimes et fonder leur pouvoir d'action et de représentation. Cette approche met en évidence les interactions entre démocratie politique et démocratie sociale. Les travailleurs sont avant tout des citoyens. En conséquence, les organisations syndicales deviennent les représentants de l'intérêt collectif des travailleurs et de l'intérêt général¹⁸⁰.

¹⁷⁷ BORGETTO (M.), « Quelle démocratie sociale ? », *Revue du droit public*, n°1/2-2002, p. 194.

¹⁷⁸ Voir le rapport d'information du 04 avril 2000 déposé à l'Assemblée Nationale par M. Jean Le Garrec.

¹⁷⁹ VERKINDT (P.-Y.), « Les élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2009, p. 648.

¹⁸⁰ SUPIOT (A.), « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *Dr. soc.* 2010, p.531.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

L'importance des missions confiées aux organisations syndicales dans le fonctionnement de la démocratie sociale oblige ces dernières à disposer d'une réelle légitimité. Or, les anciennes règles relatives à la représentativité n'étaient pas un gage suffisant de légitimité.

47 - En effet, la représentativité a limité la participation à la démocratie sociale aux seules organisations syndicales représentant le plus grand nombre de travailleurs. Que l'on raisonne au niveau national, communautaire ou des entreprises, on ne peut parler de démocratie sociale que lorsque les partenaires sociaux gèrent le fonctionnement d'institutions et l'édiction de leurs normes de manière démocratique.

La représentativité a joué un rôle fondamental dans la mise en place et le fonctionnement de la démocratie sociale. Elle a contribué à sélectionner les organisations les plus aptes et les plus légitimes à exercer la fonction de représentation des travailleurs. Cependant, la consécration de la représentativité présumée a ouvert la possibilité à des organisations ne représentant qu'une minorité de travailleurs de participer au fonctionnement de la démocratie sociale. En conséquence, il a fallu revoir les conditions dans lesquelles les représentants des travailleurs étaient choisis¹⁸¹. Qu'il s'agisse de promouvoir les droits des travailleurs ou d'adapter ces derniers aux réalités économiques, la représentativité doit rendre compte de la capacité réelle et non présumée des organisations syndicales à représenter les salariés.

B. Le rôle de la représentativité syndicale dans la démocratie sociale

48 - Après avoir été tolérés, interdits, puis légalisés, les syndicats n'apparaissent plus au XIX^e siècle comme des ferments de désordre, mais comme un principe d'ordre¹⁸². Les syndicats représentatifs deviennent les portes paroles du monde professionnel tant

¹⁸¹ Pour revenir à cette idée fondamentale développée par RIVERO, la Démocratie, pour avoir une existence réelle doit se concevoir comme un mode de désignation du pouvoir, mais aussi comme un mode d'exercice de ce dernier. RIVERO (J.), « Syndicalisme et pouvoir démocratique », *Dr. soc.* 1965, p. 166.

¹⁸² ARSEGUEL (A.), *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, Thèse Toulouse, 1976, p. 5.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

au niveau judiciaire¹⁸³, par l'action en justice, qu'au niveau professionnel via la gestion paritaire des principales institutions sociales et la négociation collective.

Les volontés politiques de faire du syndicat représentatif un acteur de la démocratie sociale se retrouvent dans les textes législatifs et réglementaires qui créent les institutions au travers desquelles cette démocratie s'exprime. Quel que soit la définition que l'on donne à la démocratie sociale, tous les auteurs s'accordent pour dire qu'elle se manifeste en France de deux manières. La première, subséquente à l'autonomie collective accordée aux partenaires sociaux, les autorise à négocier et à conclure des conventions collectives et à en faire de véritables « lois professionnelles ». La seconde permet aux partenaires sociaux de gérer ou de participer à la gestion des principaux organismes économiques et sociaux. C'est dans ce contexte, que le syndicat est qualifié par certains auteurs de personne "semi-publique"¹⁸⁴ et, qu'apparaît l'idée fondamentale de ne pas laisser tous les syndicats participer à cette collaboration avec les pouvoirs publics. Le concept de représentativité permet de ne conférer les prérogatives attachées à cette collaboration qu'à certaines organisations disposant d'une assise et d'une légitimité nationale certaine¹⁸⁵. La représentativité a ainsi permis aux seules organisations syndicales les plus légitimes au plan national de prendre part à l'Organisation Internationale du Travail (OIT) (1), au Conseil National Économique (2), à la gestion paritaire de certains organismes (3) et à la conclusion des conventions collectives (4).

1. La désignation des représentants non gouvernementaux de l'OIT

49 - Le concept de représentativité fait son apparition en droit international avec la création de l'OIT¹⁸⁶. Cette organisation a pour mission principale de promouvoir la

¹⁸³La recevabilité de l'action en justice en vue de défendre l'intérêt collectif a d'abord été consacrée par la jurisprudence, puis par la loi. Après avoir admis la recevabilité de l'action syndicale en défense de l'intérêt professionnel dans un arrêt du 27 juillet 1907 (*Sirey* 1908, I, p. 105) la chambre criminelle refuse la recevabilité d'une action semblable (Cass. crim. 20 décembre 1907, *Gaz. Pal.* 1908, I, p. 94). Ce refus perdurera jusqu'à un arrêt des chambres réunies de la Cour de Cassation en date du 05 avril 1913 (*D. P.* 1914, I, p. 65 ; *S.* 1920, I, p. 49, note MESTRE). Une solution qui a été consacrée par le législateur dans la loi du 12 mars 1920. Ce principe général est aujourd'hui présent aux articles L 2132-3 et s. du Code du travail. Pour plus de détails, voir BRUN et GALLAND, *op. cit.*, pp. 667 à 675 ; VERDIER (J.-M.), *Traité de droit du travail, op. cit.*, pp. 403 et s. ; DURAND et VITU, *Traité de droit du travail*, T. III, p. 313.

¹⁸⁴ B.I.T., 1951, rapport VI, Collaboration entre les pouvoirs publics et les organisations d'employeurs et de travailleurs.

¹⁸⁵ Cependant, cette sélection s'articule très mal avec la conception de la liberté syndicale posée par la loi de 1884, puisqu'elle reconnaît l'égalité juridique entre toutes les organisations légalement créées.

¹⁸⁶ Traité de Versailles du 28 juin 1919, partie XIII, art. 389 et s.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

justice sociale et notamment, de faire respecter les droits de l'Homme dans le monde du travail¹⁸⁷. Pour atteindre ce but, elle compte sur le travail effectué par ses trois organes que sont : la Conférence Générale, le Conseil d'Administration et le Bureau International du Travail¹⁸⁸. La particularité de cette organisation réside dans son tripartisme. En effet, la Conférence et le Conseil se composent de représentants des gouvernements, des représentants des employeurs et des travailleurs des États membres¹⁸⁹. Dès lors, chaque État membre doit désigner des délégués non gouvernementaux, représentant les employeurs et les travailleurs en accord avec les organisations les plus représentatives de ces deux catégories¹⁹⁰.

50 - Comment déterminer quelles sont les organisations les plus représentatives ? Le Traité de Versailles de 1919, instituant l'OIT, invite les différents États parties à désigner des représentants non gouvernementaux choisis « en accord avec les organisations professionnelles les plus représentatives ». Toutefois, ce texte ne mentionne pas ce qu'il faut entendre par organisations les plus représentatives des travailleurs et des employeurs. Il appartient au gouvernement de déterminer les organisations les plus qualifiées pour agir au nom de tous les employeurs et tous les employés, compte tenu « de toutes ses caractéristiques, notamment de son activité professionnelle, de l'étendue de son champ d'action, de son esprit constructif et impartial et de son ancienneté, appréciée par comparaison avec les organisations concurrentes »¹⁹¹. Autrement dit, il appartient à chaque gouvernement de désigner les

¹⁸⁷ Le préambule de la constitution de l'OIT dispose ainsi « qu'une paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale ; qu'il existe des conditions de travail impliquant pour un grand nombre de personnes l'injustice, la misère et les privations ce qui engendre un tel mécontentement que la paix et l'harmonie universelles sont mises en danger, et qu'il est urgent d'améliorer ces conditions... ». La constitution de l'OIT est consultable sur le site de l'organisation à l'adresse suivante : <http://www.ilo.org/public/french/about/iloconst.htm#pre>.

¹⁸⁸ Article 2 de la Constitution de l'OIT.

¹⁸⁹ Pour la Conférence, l'article 3 dispose que chaque État devra désigner 4 représentants. Deux seront des représentants gouvernementaux et les deux restants seront respectivement les représentants des travailleurs et des employeurs.

Le Conseil d'administration compte beaucoup plus de membres, mais dans les mêmes proportions que la Conférence. D'après l'article 7 de la Constitution, il comprend 56 membres dont 28 représentent les gouvernements, 14 les employeurs, et 14 les travailleurs.

¹⁹⁰ L'article 3-5 de la constitution de l'OIT dispose ainsi que « Les Membres s'engagent à désigner les délégués et conseillers techniques non gouvernementaux d'accord avec les organisations professionnelles les plus représentatives soit des employeurs, soit des travailleurs du pays considéré, sous la réserve que de telles organisations existent ».

¹⁹¹ TROUVE (H.), *La notion des syndicats les plus représentatifs de la profession*, Thèse Paris, 1942, p. 289.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

représentants des employeurs et des salariés les plus légitimes, c'est-à-dire représentant la majorité¹⁹².

L'absence de définition des organisations les plus représentatives a provoqué des divergences d'interprétation. Ces divergences ont été en partie réglées par un avis de la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI) du 31 juillet 1922¹⁹³. En vue de procéder à la désignation du délégué ouvrier néerlandais, le gouvernement a invité les cinq associations syndicales de ce pays¹⁹⁴. Ces dernières et le gouvernement n'ont pas su se mettre d'accord sur le délégué. La difficulté portait sur l'interprétation qu'il fallait donner à l'alinéa 3 de l'article 389 du Traité de¹⁹⁵. Il dispose que « les membres s'engagent à désigner les délégués et conseillers techniques non gouvernementaux d'accord avec les organisations professionnelles les plus représentatives soit des employeurs, soit des travailleurs du pays considéré, sous la réserve que de telles organisations existent ». D'après la Confédération néerlandaise des syndicats, chaque État membre a contracté une obligation, par laquelle il doit se mettre d'accord avec l'organisation industrielle de son pays qui compte le plus grand nombre d'adhérents. En revanche, d'après le gouvernement néerlandais, il faut simplement trouver un accord avec les organisations représentant le plus grand nombre des travailleurs. La Cour a dû déterminer si le pluriel employé dans l'expression « d'accord avec les organisations

¹⁹² SPYROPOULOS (G.), Thèse, *op. cit.*, p. 283. D'après cet auteur, le concept de représentativité traduit « dans l'ordre social le principe Démocratique de la loi de la majorité ». En effet, « les pouvoirs que la Loi accorde aux syndicats les plus représentatifs sont des pouvoirs, qui dans un régime démocratique n'appartiennent qu'à la majorité ».

¹⁹³ CPJI, avis du 31 juillet 1922, *Bull. off.*, série B, n°01 ; *Dr. soc.* 1938, p. 41 ; site : <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/>.

¹⁹⁴ Il s'agit de : la confédération néerlandaise des syndicats comptant 218596 membres, du bureau de l'organisation professionnelle catholique romaine, forte de ses 155642 membres, de la fédération professionnelle chrétienne nationale comprenant 75618 membres, de la fédération professionnelle générale néerlandaise comptant 51195 membres et enfin du secrétariat national ouvrier comprenant 36038 membres.

Il faut indiquer que, de ces cinq organisations, seules les quatre premières ont accepté l'invitation du gouvernement néerlandais.

¹⁹⁵ Cet article dispose que « La Conférence générale des représentants des Membres tiendra des sessions chaque fois que besoin, et au moins une fois par an. Elle sera composée de quatre représentants de chacun des Membres dont deux seront les délégués du gouvernement et dont les deux autres représenteront respectivement, d'une part, les employeurs, d'autre part, les travailleurs ressortissants de chacun des membres.

Chaque délégué pourra être accompagné par des conseillers techniques, dont le nombre pourra être de deux au plus pour chaque matière distinctes inscrites à l'ordre du jour de la session. Quand des questions intéressant spécialement des femmes doivent venir en discussion à la Conférence, un au moins des conseillers techniques devra être une femme.

Les membres s'engagent à désigner les délégués et conseillers techniques non gouvernementaux d'accord avec les organisations professionnelles les plus représentatives soit des employeurs, soit des travailleurs du pays considéré, sous la réserve que de telles organisations existent ».

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

professionnelles les plus représentatives » impliquait un accord avec les organisations les plus représentatives des travailleurs d'un côté et des employeurs de l'autre ou si le pluriel renvoyait simplement aux deux catégories d'organisations visées¹⁹⁶. La Cour s'est prononcée favorablement à la seconde interprétation. Elle a décidé que le délégué ouvrier néerlandais a été désigné conformément au paragraphe 3 de l'article 389 du Traité. Les juges ont retenu d'une part, qu'il appartenait au gouvernement de l'État membre de déterminer, d'après les éléments dont il disposait, les organisations les plus représentatives dans son pays. Le gouvernement a dû prendre en compte le nombre d'adhérents, critère important, mais pas exclusif¹⁹⁷. Les juges ont précisé, que « si dans un pays, il y avait plusieurs organisations professionnelles représentatives des classes ouvrières, toutes devaient être prises en considération par le gouvernement lorsqu'il procédait à la désignation du délégué ouvrier et de ses conseillers techniques »¹⁹⁸. Cependant, cet accord ne devait pas nécessairement être unanime ; le gouvernement devait « faire de son mieux pour obtenir un accord avec toutes les organisations les plus représentatives »¹⁹⁹.

La Cour n'a qualifié d'organisations les plus représentatives que celles qui représentaient respectivement aux mieux les employeurs et les travailleurs. Or, les organisations qui comptaient le plus d'adhérents devaient simplement être présumées les plus représentatives²⁰⁰.

51 - C'est cette conception des organisations les plus représentatives qui a été retenue par la France. Il appartenait au gouvernement français de sélectionner un délégué non gouvernemental qui bénéficiait de la légitimité des organisations syndicales regroupant la majorité des travailleurs afin de représenter les travailleurs

¹⁹⁶ Cette question a fait l'objet de vifs débats entre les personnalités qui ont été auditionnées dans cette affaire. Pour plus de détails, se reporter à la deuxième partie, relative aux discours prononcés et documents lus devant la Cour, disponible sur le site de la CPJI à l'adresse suivante : <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/> dans la série C, n°1 relatif à la Compétence de l'OIT pour la réglementation internationale des conditions du travail des personnes employées dans l'agriculture / Désignation du délégué ouvrier néerlandais à la troisième session de la Conférence internationale du Travail / Première Session Ordinaire.

¹⁹⁷ Avis, *op. cit.* pp. 17 et 18.

¹⁹⁸ *Sub. cit.*, p. 22.

¹⁹⁹ *Sub. cit.*, p. 24.

²⁰⁰ Sur ce point, la Cour affirme que « si le nombre d'adhérents n'est pas le seul critère pour juger du caractère représentatif ; toutes choses étant égales par ailleurs, l'organisation comprenant le plus grand nombre de membres sera la plus représentative ». Avis *sub. cit.*, p. 19.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

auprès de cette organisation internationale. Cette acception de la représentativité-légitimité a influencé les tribunaux²⁰¹ et le législateur français lors de la création du Conseil National Économique en 1925.

2. La participation aux organismes consultatifs

52 - De la même manière qu'au niveau international, le législateur français a souhaité associer à la gestion des grandes questions économiques et sociales toutes les forces productives. En 1925, Édouard Hériot, ministre des affaires étrangères et président du Conseil sous Doumergue a demandé au ministre du travail et de l'hygiène d'instituer « une commission [...] destiné(e) à étudier les grandes questions intéressant la vie économique du pays »²⁰².

La création d'une telle institution était justifiée par la complexité de la vie économique et sociale. Le gouvernement et les pouvoirs publics voulaient, à tout moment, pouvoir solliciter les avis consultatifs des grandes organisations professionnelles²⁰³. La création d'un conseil économique permettait d'éclairer le gouvernement afin de lui éviter de prendre des décisions fragmentaires et insuffisamment coordonnées. L'article premier du décret instituant le Conseil National Économique disposait qu'il avait « pour fonctions d'étudier les problèmes intéressant la vie économique du pays, d'en rechercher les solutions et de proposer l'adoption de ces solutions aux pouvoirs publics »²⁰⁴.

Ce Conseil consultatif²⁰⁵, financé par le ministère du travail²⁰⁶, se composait de 47 membres représentant toutes les forces économiques et sociales de la France²⁰⁷. Or, les membres de ce Conseil devaient être délégués par la ou les « organisations les plus représentatives ». Il appartenait au ministre du travail, après avis des ministres intéressés, de désigner quelles organisations étaient recevables à déléguer des

²⁰¹ En effet, la jurisprudence administrative s'était penchée sur les fermetures des établissements créés par la loi du 29 décembre 1923. Elle décide en substance que tous les syndicats n'étaient pas tenus d'y participer ; seuls l'étaient les syndicats groupant la majorité des membres de la profession. CE 27 mars 1925, S. 1927, III, p. 5.

²⁰² HERRIOT (E.), Rapport fait au président de la république le 16 janvier 1925, *JO* du 17 janvier 1925, p. 698.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Décret du 16 janvier 1925, *JO* du 17 janvier 1925, p. 698.

²⁰⁵ Art. 1^{er} Décret.

²⁰⁶ Art. 2 Décret.

²⁰⁷ Art. 3 Décret.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

représentants²⁰⁸. Si une contestation du caractère plus représentatif d'une organisation survenait, il appartenait au Conseil de statuer. Un arrêté du 9 avril 1925 prévoyait que « L'expression "organisations les plus représentatives" devait être comprise comme les organisations les plus importantes, les plus grandes, censées représenter aux mieux les travailleurs et les employeurs »²⁰⁹.

53 - Il est alors intéressant de s'interroger sur la signification de l'expression « organisations les plus représentatives » employée dans l'ordonnance n° 58-1360 du 29 décembre 1958 portant loi organique²¹⁰ instituant le Conseil Économique et Social. Cette loi organique exige, comme pour le Conseil National Économique, que les délégués représentant respectivement les employeurs et les salariés (à l'exception de ceux des entreprises publiques) soient désignés par les organisations professionnelles les plus représentatives²¹¹. Le Décret n° 84-558 du 4 juillet 1984²¹², fixant les conditions de désignation des membres du Conseil économique et social, définit comme telles les organisations les plus importantes, authentiques, structurées et organisées au niveau national²¹³. La représentativité permet ainsi à l'État de sélectionner les organisations les plus structurées et importantes, représentant le plus grand nombre, afin que les membres du CES soient conscients des difficultés

²⁰⁸ L'article 4 du Décret du 16 janvier 1925 disposait en effet que « les membres du Conseil National Économique seront délégués, dans chaque catégorie, par la ou les organisations le plus représentatives. Ces organisations seront désignées par le gouvernement, sur la proposition du ministre du travail, après avis des ministres intéressés... », *JO* du 17 janvier 1925, p. 699.

²⁰⁹ Arrêté du 9 avril 1925, *JO* du 11 avril 1925, p. 3703.

²¹⁰ Ordonnance n° 58-1360 du 29 décembre 1958, *J.O.* du 30 décembre 1958, p. 12033.

²¹¹ Article 7 de l'ordonnance *op.cit.*

²¹² Décret n° 84-558 du 4 juillet 1984, *J.O.* du 5 juillet 1984, p. 2114.

²¹³ L'article 2 du Décret précité dispose que « Les soixante-neuf représentants des salariés sont désignés ainsi qu'il suit :

- dix-sept représentants désignés par la confédération française démocratique du travail, dont au moins un sur proposition de l'union confédérale des ingénieurs et cadres ;
- six représentants désignés par la confédération française des travailleurs chrétiens ;
- dix-sept représentants désignés par la confédération générale du travail, dont au moins un sur proposition de l'union générale des ingénieurs, cadres et techniciens ;
- dix-sept représentants désignés par la confédération générale du travail force ouvrière, dont au moins un sur proposition de l'union des cadres et ingénieurs ;
- sept représentants désignés par la confédération française de l'encadrement-CGC ;
- trois représentants désignés par l'Union nationale des syndicats autonomes ;
- un représentant désigné par la Fédération syndicale unitaire ;
- un représentant de l'organisation choisie par décret en Conseil d'État parmi les organisations les plus représentatives des salariés de l'agriculture et des organismes agricoles et agro-alimentaires.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

économiques et sociales du pays et puissent donner un avis éclairé sur les éventuelles réformes envisagées²¹⁴.

La légitimité issue de la représentativité repose ainsi sur le nombre, l'expérience et l'étroite collaboration avec le gouvernement. Cette légitimité de type institutionnelle, source de stabilité, ne correspond pas au système de représentation existant au niveau de l'entreprise. Sa taille modérée impose l'adoption d'une représentation fondée sur une élection permettant de sélectionner démocratiquement les représentants des salariés.

54 - Les caractéristiques que doivent présenter les organisations syndicales les plus représentatives se retrouvent à l'identique dans les textes qui instituent le Conseil National Économique, le Conseil Économique et Social mais aussi le Conseil National de la Négociation Collective, le Conseil Supérieur de l'Égalité Professionnelle entre les Hommes et les Femmes et encore bien d'autres²¹⁵. À côté de cette collaboration-consultation, il existe une collaboration-cogestion plus communément appelée le paritarisme²¹⁶.

3. La gestion paritaire d'institutions sociales²¹⁷

55 - Le concept de représentativité permet de sélectionner les organisations les mieux implantées, les plus structurées, les mieux organisées et les plus légitimes pour

²¹⁴ L'article Premier de l'ordonnance n° 58-1360 du 29 décembre 1958 dispose à cet effet que « Le Conseil économique et social est auprès des pouvoirs publics une assemblée consultative. Par la représentation des principales activités économiques et sociales, le Conseil favorise la collaboration des différentes catégories professionnelles entre elles et assure leur participation à la politique économique et sociale du Gouvernement. Il examine et suggère les adaptations économiques ou sociales rendues nécessaires notamment par les techniques nouvelles ».

²¹⁵ Pour une liste plus complète, voir VERDIER (J.-M.), *Traité de droit du travail, op. cit.*, p. 392 ; SUPIOT (A.), *Notes sur le néo-corporatisme en France*, Droit et société 1987, p. 177.

²¹⁶ Pour une étude approfondie du paritarisme, voir *La crise du paritarisme*, Problèmes politiques et sociaux, n°844 : dossier constitué par Gilles NEZOSI, avec la collaboration de Dominique LABBE.

²¹⁷ Le paritarisme semble recouvrir deux acceptions. Au sens strict, le paritarisme renvoie à la création et à la gestion d'un organisme social de droit privé par un nombre égal d'administrateurs représentant des employeurs et des travailleurs. Au sens large, il s'agirait d'une forme particulière d'action publique dans le domaine social qui confie la direction d'une institution à un organisme de droit privé dont la gestion quotidienne est assurée par les partenaires sociaux sans qu'ils soient forcément à part égale dans l'organe directeur. NEZOSI (G.), « La crise du paritarisme. Avant-propos », *Problèmes politiques et sociaux n° 844*, p. 4. Pour André TARDY, l'adjectif « paritaire » qualifie une assemblée formée en nombre égal de représentants de deux parties en présence. Le concept inclut trois composantes : une technique de représentation, un dualisme d'intérêts, une égalité de représentation. TARDY (A.), « Paritarisme et institutions de formation professionnelle continue », *Dr. soc.* 1995, p. 914.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

représenter les salariés au sein des différentes organisations gérées paritairemment. L'idée d'une gestion confiée aux partenaires sociaux constitue la pierre angulaire du paritarisme. Dans chacun des organismes paritaires, apparaît l'idée d'associer les organisations les plus représentatives des travailleurs et des employeurs. La gestion de la sécurité sociale et de l'assurance chômage sont les deux manifestations les plus importantes du paritarisme.

56 - Pierre Laroque pose les fondations de la sécurité sociale au milieu des années 40²¹⁸. Pour ce dernier, confier la gestion de la sécurité sociale aux intéressés eux-mêmes constitue le fondement même de la démocratie sociale. Dans un discours prononcé début avril 1946, il affirme que « les principes même du plan de sécurité sociale que nous voulons édifier, de même que les principes plus généreux de la politique sociale [...] veulent que l'organisation de la sécurité sociale soit confiée aux intéressés eux-mêmes. Cela précisément parce que le plan de sécurité sociale ne tend pas uniquement à l'amélioration de la situation matérielle des travailleurs, mais surtout, à la création d'un ordre social nouveau dans lequel les travailleurs ont leurs pleines responsabilités »²¹⁹. Comment choisir les représentants des travailleurs ? Si la démocratie politique impose la gestion des affaires publiques par des représentants élus par la population ; la démocratie sociale implique que la gestion des institutions créées au profit des travailleurs soit prise en charge par leurs représentants²²⁰. L'ordonnance du 4 octobre 1945²²¹ et son décret d'application du 8 juin 1946²²² posent le principe selon lequel les représentants des conseils d'administration des caisses de sécurité sociale doivent être désignés par les organisations les plus représentatives des

²¹⁸ CATRICE-LOREY (A.), « La sécurité sociale en France, une institution anti-paritaire ? », *La revue de l'IREs*, 1997, n° 24, p. 87.

²¹⁹ Discours de Pierre LAROQUE, cité par BORGETTO (M.), « Sécurité sociale et démocratie sociale : état des lieux », *Revue française de finances publiques*, 1998, n° 64, p. 25 ; BARJOT (A.), *La sécurité sociale. Son histoire à travers les textes (1945-1981)*, tome III, 1988 p. 28.

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ Ordonnance du 4 octobre 1945, portant organisation de la Sécurité Sociale, *J.O.* du 6 octobre 1945, p. 6280. Cette ordonnance fut modifiée par les lois des 7, 24 et 30 octobre 1946 et les lois des 19 mars 1947, 23 août 1948, 21 février 1949 2 août 1949 et 6 mars 1950.

²²² Décret n° 46/1378 du 8 juin 1946, *J.O.* du 9 juin 1946.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

travailleurs concernés²²³. Le décret d'application de juin 1946 précise qu'il appartient à l'administration de déterminer quelles sont les organisations ouvrières et patronales les plus représentatives²²⁴. La CFTC s'oppose alors farouchement à une telle logique de désignation. Dans une loi du 7 octobre 1946²²⁵, le législateur décide de substituer à cette désignation une élection²²⁶. Or, devant l'instabilité d'un système fondé sur une élection²²⁷, les ordonnances de 1967 décident à nouveau que les représentants des travailleurs doivent être désignés par les organisations les plus représentatives et non plus élus. Ces ordonnances démontrent le désengagement de l'État dans la gestion de la sécurité sociale²²⁸. De plus, elles marquent un tournant, non seulement dans l'administration de la sécurité sociale, mais également dans le rôle des organisations les plus représentatives des travailleurs. Elles confient exclusivement le soin de désigner les représentants des assurés de toutes les caisses aux seules organisations les plus représentatives au plan national²²⁹. Cette logique est à nouveau bouleversée dans les

²²³ Nous pouvons citer à titre d'illustration l'article 6§1^{er} de décret de 1946, relatif aux caisses primaires de sécurité sociale qui disposait que « L'inspecteur divisionnaire du travail, directeur régional du travail et de la main - d'œuvre détermine les organisations ouvrières et patronales les plus représentatives dans la circonscription de chaque caisse primaire de sécurité sociale ». Cette expression des organisations ouvrières et patronales les plus représentatives se retrouvait à l'identique pour les caisses régionale et nationale.

²²⁴ L'article 6§1^{er} du décret précité disposait à ce sujet que « L'inspecteur divisionnaire du travail, directeur régional du travail et de la main-d'œuvre détermine les organisations ouvrières et patronales les plus représentatives dans la circonscription de chaque caisse primaire de sécurité sociale. Le directeur régional de la sécurité sociale fixe, après avis de l'inspecteur divisionnaire du travail, directeur régional du travail et de la main-d'œuvre, le nombre de sièges à attribuer à chaque organisation intéressée et notamment le nombre de représentants du personnel à désigner par chacune d'elles. Lorsqu'une caisse primaire s'étend sur plusieurs départements, les organisations reconnues les plus représentatives dans chacun de ces départements et dépendant du même groupement régional ou national s'entendent pour la désignation de leurs représentants ».

²²⁵ *J.O.* du 8 octobre 1946, p. 8499.

²²⁶ Désormais, les représentants au conseil d'administration des CPAM sont élus au scrutin de liste à un tour avec représentation proportionnelle par les travailleurs relevant de leur caisse (Art. 6 de l'ordonnance de 45). Ces représentants élisent à leur tour les représentants des travailleurs au sein des conseils d'administration des caisses régionales (art. 11). Ceux-ci élisent enfin par catégories les représentants des travailleurs au sein du conseil d'administration de la CNAM (art. 15).

²²⁷ ARSEGUEL (A.), CABANIS (A.), « Quelle gestion pour la sécurité sociale ? Les controverses et les choix de 1945 », *LPA* 1997, n° 24, p.88.

²²⁸ L'article 4 de cette ordonnance de 1967 dispose pour la CNAM que « La caisse nationale de l'assurance maladie est administrée par un conseil d'administration qui comprend :

- pour moitié, des représentants des assurés désignés par les organisations syndicales nationales de salariés les plus représentatives ;
- pour moitié, des représentants des employeurs désignés par les organisations professionnelles nationales d'employeurs les plus représentatives... »

²²⁹ Comme pour la CNAM, les articles 6 et 8 de l'ordonnance, respectivement relatifs aux CRAM et CPAM, ne permettent qu'aux organisations les plus représentatives au plan national de désigner des administrateurs.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

années qui suivent²³⁰. Les principes de 1967 sont toujours en vigueur en ce qui concerne les CPAM²³¹, les CRAM²³², et la CNAM²³³.

57 - De la même manière que pour la sécurité sociale, le concept de représentativité permet de sélectionner les organisations représentant respectivement au mieux les intérêts des travailleurs et des employeurs afin d'assurer la gestion de l'assurance chômage. Absente des ordonnances de 1945 instituant la sécurité sociale, la protection contre le risque chômage est créée par un accord national interprofessionnel du 31 décembre 1958²³⁴. Cet accord pose les bases d'une assurance chômage fondée sur la négociation collective et donne naissance à des institutions gérées paritairement par les partenaires sociaux.

Depuis 1958, les conventions relatives aux institutions de l'assurance chômage prévoient que « Les membres des conseils d'administration de l'UNEDIC, des ASSEDIC et du GARP sont désignés par les organisations nationales d'employeurs représentatives

²³⁰ En 1982, le principe de l'élection est rétabli pour les représentants des assurés et le principe de la désignation est conservé pour les représentants des employeurs. D'autres modifications sont ensuite intervenues par le décret n° 86-839 du 16 juillet 1986 en son art. 5 (*J.O.* du 17 juillet 1986), par la loi n° 88-16 du 5 janvier 1988 en son art. 1 II (*J.O.* du 6 janvier 1988), par l'article 6 de l'ordonnance n° 96-344 du 24 avril 1996 (*J.O.* du 25 avril 1996) et enfin, par l'article 58 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 (*J.O.* du 17 août 2004).

²³¹ Art. L 211-2 CSS « Chaque caisse primaire d'assurance maladie est dotée d'un conseil et d'un directeur. Le conseil est composé : 1° D'un nombre égal de représentants des assurés sociaux **désignés par les organisations syndicales nationales de salariés représentatives au sens de l'article L 133-2 du Code du travail** et de représentants d'employeurs désignés par les organisations professionnelles nationales d'employeurs représentatives ; 2° De représentants de la Fédération nationale de la mutualité française ; 3° De représentants d'institutions désignées par l'État intervenant dans le domaine de l'assurance maladie. Siègent également avec voix consultative des représentants du personnel élus. Le directeur assiste aux séances du conseil ».

²³² L'article L 215-2 dispose que « Chaque caisse régionale d'assurance maladie est administrée par un conseil d'administration de vingt et un membres comprenant : 1° Huit représentants des assurés sociaux désignés par les organisations syndicales de salariés interprofessionnelles représentatives au plan national ; 2° Huit représentants des employeurs désignés par les organisations professionnelles nationales d'employeurs représentatives ; 3° Un représentant désigné par la Fédération nationale de la mutualité française ; 4° Quatre personnes qualifiées dans les domaines d'activité des caisses régionales d'assurance maladie et désignées par l'autorité compétente de l'État, dont au moins un représentant des retraités... »

²³³ L'article L 221-3 dispose que « Le conseil est composé : 1° D'un nombre égal de représentants des assurés sociaux désignés par les organisations syndicales nationales de salariés représentatives au sens de l'article L 133-2 du Code du travail et de représentants d'employeurs désignés par les organisations professionnelles nationales d'employeurs représentatives ; 2° De représentants de la Fédération nationale de la mutualité française ; 3° De représentants d'institutions désignées par l'État intervenant dans le domaine de l'assurance maladie... »

Il en va de même pour la CNAV à l'article L 222-6 et pour la CNAF à l'article L 223-3 CSS.

²³⁴ JOIN-LAMBERT (M.-T.), « Le système d'indemnisation du chômage et son articulation avec la protection sociale », in *Politiques sociales*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1994, p. 571.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

au plan interprofessionnel et par les organisations nationales syndicales de salariés représentatives au plan interprofessionnel, signataires de la présente convention et des statuts types ci-annexés »²³⁵.

Dans la réglementation relative à l'assurance chômage la représentativité est une condition nécessaire, mais non suffisante. Afin de pouvoir gérer l'assurance chômage, les organisations les plus représentatives au niveau national interprofessionnel doivent également signer la convention et ses annexes. Cela explique que tous les partenaires sociaux en sont généralement signataires²³⁶. Cette fois encore, le concept de représentativité agréée les organisations les plus légitimes au niveau national afin d'assurer la gestion du risque chômage pesant sur les travailleurs.

4. La négociation et la conclusion d'accords nationaux

58 - Le concept de représentativité est apparu pour la première fois dans la législation française relative aux conventions et accords collectifs de travail avec la loi du 24 juin 1936²³⁷. La loi du 25 mars 1919²³⁸ avait ouvert la faculté de conclure un accord collectif de travail à tout groupement²³⁹. Tout syndicat légalement constitué pouvait conclure un contrat collectif qui développait ses effets uniquement entre les organisations signataires et les personnes adhérentes aux dites organisations. Ces accords avaient pour objet essentiel de régler des conditions de travail et les conditions auxquelles devaient satisfaire les contrats individuels de travail²⁴⁰. Or, la volonté de conférer une couverture conventionnelle au plus grand nombre a fait émerger l'idée que les conventions et accords collectifs devaient avoir la même portée qu'une loi professionnelle. La loi de 1936, a alors laissé subsister les conventions classiques dotées d'une nature contractuelle et a créé des conventions plus réglementaires, développant un effet *erga omnes*. Suite à l'adoption de la loi de 1936, coexistaient des

²³⁵ Cf. notamment l'article 5 de la convention du 22 mars 2001 relative aux institutions de l'assurance chômage.

²³⁶ Cette spécificité, déjà présente en 1958, avait conduit la CGT à adhérer à cet accord sous peine d'être exclue de la gestion de l'assurance chômage. La CGT ne signa pas l'accord de 1958 puisqu'elle défendait l'intégration de l'assurance chômage dans la sécurité sociale.

²³⁷ *J.O.* du 26 juin 1936.

²³⁸ *J.O.* du 26 mars, p. 12350.

²³⁹ Il s'agira tantôt de syndicats tantôt de comités de grève à l'issue d'un conflit.

²⁴⁰ Article 31 livre Ier du Code du travail.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

conventions collectives ordinaires et des conventions collectives étendues souvent qualifiées de lois professionnelles.

Lors de la préparation de cette loi, s'était posée la question de savoir qui avait le pouvoir signer de telles lois professionnelles ? Très vite le choix s'est porté sur les organisations syndicales les plus représentatives. Que fallait-il entendre par cette expression et comment déterminer ces organisations ? Aucun élément intéressant n'est trouvé à cette période à cause du second conflit mondial. Il a fallu attendre le retour de la paix²⁴¹ et notamment, la loi du 23 décembre 1946²⁴² relative aux conventions collectives de travail et surtout la loi du 11 février 1950²⁴³ pour voir réapparaître la volonté de faire des organisations les plus représentatives, de véritables "législateurs professionnels". Si l'expression est un peu forte et consacre trop hâtivement l'existence d'une réelle autonomie collective, nous pouvons soutenir que les organisations syndicales les plus représentatives disposent d'un pouvoir « pré-réglementaire »²⁴⁴.

²⁴¹ Pendant cet intermède, le gouvernement de Vichy tente d'imposer une organisation corporatiste et limite, par trois décrets-lois et par la « charte du travail », la portée des conventions collectives existantes. Rapport n° 179 (2003-2004) de M. Jean Chérioux, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 28 janvier 2004, consultable sur le site internet du Sénat à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/rap/103-179-2/103-179-2.html>.

²⁴² Loi n° 46-2924 du 23 décembre 1946, relative aux conventions collectives de travail, *J.O.* du 25 décembre 1946, p. 10932. Cette loi, n'opère pas tout à fait un retour à la législation d'avant guerre. En effet, elle hiérarchise de manière très stricte les conventions collectives selon leur champ territorial et pose une homologation préalable obligatoire par les pouvoirs publics. La rigidité de ce système a mis un frein à la production conventionnelle. En effet, seule une dizaine de conventions ont été conclues sous l'empire de cette loi.

²⁴³ Loi n° 50-205 du 11 février 1950, relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, *J.O.* du 12 février 1950, p 1688.

²⁴⁴ Cf. notamment, BRUN et GALLAND, *op. cit.*, p. 676.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

59 - Seules les organisations syndicales les plus représentatives au plan national²⁴⁵ occupent une place prépondérante aux cotés de l'État dans la gestion du monde du travail. Une place si importante qu'apparaît²⁴⁶ l'idée que les organisations syndicales les plus représentatives sont des institutions²⁴⁷ au sens où Maurice Hauriou

²⁴⁵ Réserver des prérogatives aussi importantes à certaines organisations n'est pas contraire au principe d'égalité juridique reconnu à tous les syndicats légalement constitués. Si la réponse positive semble évidente, il convient tout de même de relativiser l'importance de cette atteinte. Si la représentativité porte atteinte à la liberté syndicale, c'est uniquement dans son acception individuelle. En effet, il est difficile de soutenir qu'un salarié peut adhérer au syndicat de son choix si certains parmi eux disposent de prérogatives réservées, sous couvert qu'ils regroupent une grande fraction des salariés. L'atteinte portée par le concept d'organisation représentative doit être relativisé essentiellement pour deux raisons. La première transcrit une évolution au sein même de la liberté syndicale. En effet, au cours du 20^{ème} siècle, la conception individuelle de la liberté syndicale a eu tendance à décliner face à sa dimension collective. La restriction apportée à la liberté syndicale en est réduite d'autant. De plus, cette restriction doit être également relativisée au regard de la transposition de principes démocratiques qu'opère ce concept dans les relations sociales. D'ailleurs, les critères permettant la sélection de ces organisations représentatives reposent principalement sur la loi de la majorité. Cette opinion avait été défendue par Georges SPYROPOULOS dans sa thèse. Il soulignait en effet, que « la notion de représentativité traduit dans l'ordre social le principe démocratique de la loi de la majorité. Les pouvoirs que la loi accorde aux syndicats les plus représentatifs sont en effet des pouvoirs qui dans un régime démocratique n'appartiennent qu'à la majorité » (SPYROPOULOS (G.), *La liberté syndicale*, 1965 p.283). Sans empiéter sur les développements qui vont suivre, il convient de nuancer d'emblée cette affirmation. Si nous sommes d'accord pour dire que les pouvoirs qui sont conférés aux organisations représentatives appartiennent dans un régime démocratique à la majorité, la façon dont on a envisagé le calcul de cette dernière semble plus prêter le flanc à la critique. Les critères de représentativité posés par le législateur en 1951, à savoir les effectifs, l'indépendance, l'ancienneté et l'expérience et les cotisations, n'ont jamais permis de démontrer que les organisations syndicales représentatives représentaient la majorité des travailleurs. Tout au plus, elle permettait d'écarter les organisations squelettiques de la représentation de l'intérêt professionnel. La légitimité issue de la représentativité n'a jamais reposé sur la majorité au sens juridique du terme, mais sur une majorité fictive ou supposée découlant de l'importance de chacune des organisations reconnues représentatives. C'est d'ailleurs ce point faible qui a rendu l'adaptation du concept de représentativité imparfait et qui va donc rendre nécessaire la recherche d'une conception réellement majoritaire de la représentativité.

²⁴⁶ VERDIER (J.-M.), *Traité de droit du travail, Syndicats*, sous la direction de G. H. CAMERLYNCK, T. V, Dalloz, 1966, pp. 203 et s.

²⁴⁷ Gérard CORNU livre une synthèse très pertinente de la définition de l'institution. Il s'agirait donc, « d'une réalité que constitue soit un organisme existant lorsque s'y dégage la conscience d'une mission et la volonté de la remplir en agissant comme une personne morale, soit une création lorsque le fondateur, découvrant l'idée d'une œuvre à réaliser, entreprend cette réalisation en suscitant la création d'une communauté d'adhérents ; ou encore, d'une organisation sociale établie en relation avec l'ordre général des choses dont la permanence est assurée par un équilibre de force ou par une séparation des pouvoirs et qui constitue par elle-même un état de droit. En droit privé, cette théorie et surtout utilisée pour rendre compte du phénomène de la personnalité morale et qui, par contraste avec des instruments techniques habituellement utilisés, se caractérise par l'accent mis sur le facteur de durée, le rôle spécifique des volontés des participants à la fondation et à la vie de l'institution. », *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, coll. Quadrige, P.U.F., 4^{ème} éd., 2003.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

l'entendait²⁴⁸. Si les organisations syndicales représentatives ont "l'odeur et la couleur" d'une institution²⁴⁹, elles n'en ont malheureusement pas "le goût" à cause de leur nature privée²⁵⁰. Les organisations syndicales ont accepté les missions et prérogatives octroyées à une institution, tout en refusant le statut public ou semi-public correspondant. Ce paradoxe a été très justement souligné par Monsieur Julliard, à propos du syndicalisme révolutionnaire. Ainsi, « loin d'avoir refusé la négociation et le compromis, le mouvement ouvrier français les a presque toujours recherchés »²⁵¹. La représentativité a permis aux organisations syndicales d'exercer des fonctions institutionnelles tout en conservant leur autonomie à l'égard de pouvoirs publics.

²⁴⁸ Lorsque Maurice HAURIU nous livre sa théorie de l'institution, c'est pour tenter de mettre fin aux querelles déchirant le droit public et qui opposent souveraineté, loi et institution. Fort habilement, il démontre qu'aucune de ces trois idées n'exclut les autres. Il soutient que fréquemment, une institution, en prenant forme, donne naissance à un organe de souveraineté (ou de gouvernement), et fait apparaître du même coup des lois. Ainsi, ces trois fondements du droit public semblent parfaitement se combiner en laissant cependant une place prépondérante pour l'institution (HAURIU, *L'institution et le droit statutaire*, Rec. de législation de Toulouse, 1906, pp. 134 et 135). Il définit alors l'institution comme « une organisation sociale douée de permanence ; parce qu'elle repose sur une idée ou un ensemble d'idées au service desquelles se mettent les volontés des hommes », ou encore comme « une organisation sociale établie en relation avec l'ordre général des choses, dont la permanence est assurée par un équilibre des forces, par une séparation des pouvoirs et qui constitue par elle-même un état de droit. » Au vu de ces définitions, il se dégage un certain nombre de critères qui permettent de caractériser une institution.

²⁴⁹ Voir notamment RENARD (G.), *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Thèse 1930 et LEGAL et BRETHER de la GRESSAYE, *Encyclopédie Dalloz, Droit social, Syndicats professionnels*.

²⁵⁰ Pour que l'on puisse procéder à une telle qualification, il est nécessaire de vérifier si les organisations syndicales répondent aux critères de l'institution. La première est qu'une idée originaire doit durer assez longtemps pour que les volontés des hommes puissent s'y rallier. Ce n'est que la conglomération de ces volontés qui va conduire à la création de l'institution. Du point de vue du syndicat, l'idée qui dure et qui peut servir de "ciment" serait ici l'intérêt collectif de la profession qui va conduire les hommes animés par cette volonté commune à se réunir et à faire descendre l'institution du monde intelligible au monde réel.

Il faut ensuite que cette institution soit dotée d'une certaine permanence, c'est-à-dire que sa durée ne dépende pas de la volonté subjective de certains individus. En d'autres termes, il s'agit d'un groupement dont la durée ne se limite pas à la réalisation d'un objectif ponctuel, mais à la réalisation de missions toujours en lien avec l'idée qui a conduit à sa création. Le syndicat est-il permanent ? La réponse n'est pas aisée. Si l'on excepte les fusions et scissions syndicales, qui ne remettent pas en cause l'idée qui transcende le groupement, on peut dire que les organisations syndicales les plus représentatives disposent d'une organisation permanente. La permanence de l'idée qui sous-tend l'institution conduit à sa permanence. Or, la représentation et la défense de l'intérêt collectif de la profession ne sont pas limitées dans le temps. En effet, tant qu'il y aura des travailleurs et des employeurs, les organisations syndicales auront toujours comme fonctions la représentation et la défense de cet intérêt collectif afin d'assurer aux travailleurs des conditions de travail "humaines".

Il faut encore que cette institution dispose d'une certaine autorité sur ses membres. Autorité exercée par des agents tenant leur pouvoir de l'institution elle-même. Cette autorité se manifeste principalement dans les rapports entre le syndicat et ses membres, dans le fonctionnement même de ses organes et dans l'éventuelle responsabilité que peut encourir le syndicat.

²⁵¹ JULLIARD (J.), *Autonomie ouvrière. Étude sur le syndicalisme d'action directe*, Gallimard-seuil, 1988, p. 15.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

La position des partenaires sociaux a considérablement évolué. Depuis la signature de la position commune du 16 juillet 2001, les organisations syndicales ont souhaité participer à l'élaboration des normes sociales. La loi du 31 janvier 2007 a consacré cette revendication en insérant un mécanisme de concertation sur tout projet de loi portant sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et relevant de la négociation nationale interprofessionnelle. Les organisations syndicales prennent ainsi part au processus législatif et voient leur autonomie croître²⁵².

60 - En définitive, la représentativité assure la sélection des organisations syndicales, les plus aptes pour porter et défendre au niveau national l'intérêt collectif des travailleurs afin d'en faire une véritable institution chargée d'organiser le monde professionnel.

Comment ce concept créé pour sélectionner les organisations syndicales nationales peut-il s'intégrer dans l'entreprise sans aucune modification. Malgré cela, en 1968, le système de représentation propre à la démocratie sociale a été transposé dans une structure où la démocratie représentative fondée sur l'élection constituait la règle et où les représentés souhaitaient conserver un certain contrôle sur les actes passés par leurs représentants. Ce décalage n'a pas immédiatement posé de difficultés. La question de la légitimité réelle des organisations syndicales représentatives n'est apparue qu'après l'avènement et le développement de la négociation organisationnelle. Comme l'a souligné le professeur Arséguel en 1976, « ne doit-on pas se montrer plus exigeant dans le choix du représentant [...] lorsque l'on passe de la défense d'un intérêt à son engagement »²⁵³ ; et d'être encore plus exigeant dans la procédure qui permet de sélectionner le représentant.

SECTION 2 : DES CRITERES DE SELECTION PERTINENTS POUR LA REPRESENTATION NATIONALE

61 - Le concept de représentativité permet de sélectionner les organisations représentant aux mieux les employeurs et les travailleurs au niveau national

²⁵² SUPIOT (A.), « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *Dr. soc.* 2010, p.527.

²⁵³ ARSEGUEL (A.), Thèse *op. cit.*, p. 8.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

professionnel ou interprofessionnel. Ces organisations participent à des organismes consultatifs ou gestionnaires et plus largement constituent les piliers de la démocratie sociale. Dans ces conditions, il est apparu logique qu'une autorité administrative détermine les organisations les plus représentatives²⁵⁴.

L'administration a suivi l'avis de la Cour permanente de justice de 1922²⁵⁵, et a opté pour l'établissement de critères permettant la détermination des organisations syndicales nationales les plus représentatives des travailleurs.

62 - Ainsi, les critères de représentativité ont vocation à s'appliquer au niveau national, mais non dans l'entreprise.²⁵⁶ Si la représentation exercée par les organisations les plus représentatives au plan national s'apparente à la représentation politique, celle exercée dans l'entreprise tend plus à se rapprocher d'une représentation légale ou de personnes. Dans les deux cas, le concept de représentativité ainsi que ses critères évaluent la confiance accordée aux organisations syndicales par une majorité de travailleurs. En appliquant strictement les critères de représentativité au niveau des entreprises, seuls les syndicats regroupant le plus grand nombre de salariés pouvaient être reconnus représentatifs. Devant l'inadaptation des critères de représentativité à la représentation dans l'entreprise, les juges ont découvert de nouveaux critères.

63 - La manière dont les critères de représentativité ont été élaborés (I) et appliqués (II) démontre qu'ils ont vocation à être appréciés au niveau national et non au niveau de l'entreprise. Un examen détaillé des différents critères retenus par le législateur révèle la difficulté d'apprécier de manière identique la représentativité syndicale selon le niveau géographique et professionnel et l'institution concernée. La loi du 20 août 2008 a résolu cette difficulté en posant un socle commun de critères²⁵⁷ auquel s'ajoutent des

²⁵⁴ DESPLATS (M.-J.), « La notion d'organisations syndicales les plus représentatives », *Dr. soc.* 1945, p. 271. Cet auteur s'interrogeant sur les détenteurs du "pouvoir" d'apprécier quelles étaient ces organisations les plus représentatives répond que ce pouvoir ne pouvait appartenir « qu'à l'administration elle-même, dans tous les cas où elle est chargée de constituer les organismes où siègeront les délégués de ces organisations... »

²⁵⁵ CPIJ, avis du 31 juillet 1922, *Bull. off.*, série B, n°01 ; *Dr. soc.* 1938, p. 41 ; site : <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/cpij/>.

²⁵⁶ ARSEGUEL (A.), Thèse *op. cit.*, p. 201.

²⁵⁷ Il s'agit des nouveaux critères insérés par la loi du 20 août 2008 à l'article L 2121-1 C. trav. à savoir :

1° Le respect des valeurs républicaines ;

2° L'indépendance ;

3° La transparence financière ;

critères particuliers n'ayant vocation à s'appliquer qu'à certains niveaux géographiques et professionnels²⁵⁸.

I. L'élaboration des critères permettant la sélection des organisations les plus représentatives.

64 - Les premiers débats sur les critères de représentativité ont eu lieu à propos de la création de l'OIT. Chaque État membre a dû y désigner un représentant non gouvernemental choisi de concert avec les organisations les plus représentatives des employeurs et des travailleurs. Lors d'un conflit relatif à la désignation du délégué néerlandais, la CPJI a rendu un avis²⁵⁹ dans lequel, elle a donné un certain nombre d'éléments sur la manière de caractériser les organisations les plus représentatives et le cadre dans lequel cette appréciation devait avoir lieu. Il ressortait de cet avis que les organisations les plus représentatives étaient celles qui représentaient au mieux respectivement les employeurs et les travailleurs du pays²⁶⁰. Or, les organisations

4° Une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation. Cette ancienneté s'apprécie à compter de la date de dépôt légal des statuts ;

5° L'audience établie selon les niveaux de négociation conformément aux articles L 2122-1, L 2122-5, L 2122-6 et L 2122-9 ;

6° L'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ;

7° Les effectifs d'adhérents et les cotisations.

²⁵⁸ Une organisation syndicale qui souhaite être reconnue au niveau national de branche ou interprofessionnel doit apporter la preuve qu'elle satisfait aux sept critères communs prévus par l'article L 2121-1 du Code du travail et en outre justifier qu'elle dispose d'une implantation territoriale équilibrée au sein de la branche (article L 2122-5 C. trav.) ou qu'elle est représentative dans les branches de la construction, du commerce, de l'industrie et des services (article L 2122-9 C. trav.).

²⁵⁹ CPJI, avis du 31 juillet 1922, *op. cit.*

²⁶⁰ Avis p. 18. La Cour constate que « le mot représentatives n'a pas trouvé de définition dans le Traité » et qu'en conséquence « on doit évidemment tenir pour les organisations les plus représentatives, celles qui représentent respectivement au mieux les employeurs et les travailleurs ».

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

présumées représenter au mieux les travailleurs étaient celles qui comptaient le plus d'adhérents²⁶¹.

C'est en s'inspirant de la logique impulsée par la Cour de La Haye que les pouvoirs publics français ont façonné le concept de représentativité ainsi que ses critères. Les anciens critères de représentativité ont été élaborés par le pouvoir réglementaire, suite à l'adoption de la loi du 24 juin 1936²⁶² pour déterminer les organisations syndicales aptes à négocier et conclure des conventions collectives susceptibles d'extension.

En 1950, le législateur a repris les différents critères élaborés par l'administration (A). Ces critères n'étant finalement appropriés que pour déterminer les organisations les plus représentatives sur un champ territorial et professionnel donné, la jurisprudence a dû les interpréter largement et ajouter deux nouveaux critères plus pertinents au niveau de l'entreprise (B).

A. Des critères façonnés par l'administration

65 - La loi du 24 juin 1936 n'a pas défini l'expression « d'organisations syndicales les plus représentatives ». L'administration a alors posé quelques orientations permettant leur détermination. La circulaire Lebas du 17 août 1936²⁶³ s'étant inspiré de l'avis de la CPJI de 1922, a prévu que « le nombre d'adhérents, s'il était un facteur important n'était pas nécessairement déterminant et que l'on pouvait s'appuyer sur d'autres éléments de fait pour désigner, sous le contrôle du Conseil d'État, les organisations syndicales les plus représentatives »²⁶⁴. Quels étaient ces autres éléments permettant d'apprécier le caractère le plus représentatif des différentes organisations

²⁶¹ Avis *sub. cit.* pp.17 et 18. La Cour décide que « La confédération néerlandaise des syndicats, d'après les renseignements fournis à la Cour, est celle d'entre les **organisations analogues existant aux Pays-Bas qui compte le plus grand nombre de membres**. Il ne s'ensuit pas nécessairement qu'elle soit la plus représentative, mais pour les fins du présent avis, **elle peut être présumée comme telle** ». Il ressort de ce passage trois éléments fondamentaux quant à l'appréciation de la représentativité. En effet, il semble que le critère des effectifs soit le plus important. Cependant, ce critère ne fait que présumer la représentativité de l'organisation en cause et l'appréciation de ce caractère doit se faire au niveau national en comparaison avec les autres organisations syndicales. La Cour précise également qu'il appartient à chaque pays de procéder à cette détermination « au moment même où se fait la désignation... » que pour se faire, il doit se baser « sur les éléments dont il dispose » sachant que si « le nombre d'adhérents n'est pas le seul critère pour juger du caractère représentatif d'une organisation, c'est un facteur important ; toutes choses étant égales par ailleurs, l'organisation comprenant le plus grand nombre d'adhérents sera l'organisation la plus représentative ».

²⁶² Loi du 24 juin 1936, *J.O.* du 26 juin 1936.

²⁶³ Circulaire Lebas du 17 août 1936, *J.O.* du 3 septembre 1936, p. 9392.

²⁶⁴ CPJI, avis du 31 juillet 1922, *op. cit.*

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

syndicales ? Bien que cette circulaire n'ait pas expressément fixé des critères, sa formulation laissait deviner certains des critères qui venaient compléter celui des effectifs.

La circulaire du 17 août 1936 rendait obligatoire la vérification de la valeur de l'adhésion de chaque membre. Celle-ci devait se faire tant par rapport à sa signification que par rapport à l'autre partenaire²⁶⁵. Plus simplement, il s'agissait de vérifier que l'adhésion des membres des organisations syndicales était fondée sur une démarche volontaire et personnelle et qu'elle n'était influencée ni par l'organisation elle-même ni par un employeur. De cette idée se profilaient deux des critères qui ont ensuite été repris par la loi. Il s'agissait d'abord, du critère des cotisations qui rendait matériellement vérifiable l'adhésion et ensuite, l'indépendance de l'organisation par rapport à la partie patronale.

Dans un second temps, la circulaire invitait l'administration à se pencher sur « les circonstances de constitution du syndicat », à apprécier « son ancienneté » et enfin, à vérifier s'il avait acquis des « titres par des négociations menées avec les pouvoirs publics ou les patrons ». Ces trois recommandations adressées à l'administration faisaient sans conteste référence à l'ancienneté et à l'expérience de chaque organisation. Cette première circulaire posait donc les fondations de la représentativité. Néanmoins, un certain nombre de précisions ont été données par d'autres circulaires²⁶⁶.

66 - La circulaire Parodi du 28 mai 1945²⁶⁷, a clarifié les différents critères de représentativité. Cependant, la guerre ayant laissé des traces indélébiles dans la conscience collective française, l'administration a souhaité ne conférer la qualité d'organisations syndicales les plus représentatives qu'à celles n'ayant pas participé à l'épuration administrative et n'ayant pas collaboré avec l'ennemi²⁶⁸. Le critère de

²⁶⁵ ARSEGUEL (A.), thèse, *op. cit.*, p. 147.

²⁶⁶ BOITEL (M.), « La représentativité des organisations syndicales », *Dr. Ouvrier* 1948, p. 176.

²⁶⁷ *J.O.* du 28 juin 1945, p. 3915 ; *Dr.soc.* 1945, p. 275.

²⁶⁸ Cette précision a été donnée par une circulaire du 13 mars 1945 exigeant le respect de l'ordonnance du 24 juillet 1944²⁶⁸ relative au rétablissement de la liberté syndicale. L'article 3 de cette ordonnance disposait que « ne pourront faire partie du bureau ou des organismes directeurs d'un syndicat, d'une union ou d'une fédération de syndicats professionnels, sous quelque forme que leur désignation ait lieu, les personnes qui : Soit ont fait l'objet d'une sanction disciplinaire ou d'une mesure administrative prononcée en application de l'ordonnance du 27 juin 1944 relative à l'épuration administrative ; soit ont fait l'objet d'une condamnation en application de l'ordonnance du 24 juin 1944 (*J.O.* du 30 août 1944) relative à la répression des faits de collaboration ». Il en résulte que tout syndicat ayant compté parmi

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

l'attitude patriotique sous l'occupation a ainsi été consacré. La doctrine autorisée de l'époque estimait déjà qu'il s'agissait d'un critère de circonstance qui, en conséquence, n'avait pas vocation à être gravé *Ad vitam aeternam* dans la législation sociale²⁶⁹.

À partir de mai 1945, seules les organisations syndicales ayant rempli les conditions d'effectif, d'indépendance, de cotisation, d'expérience et d'ancienneté et ayant eu une attitude patriotique pendant l'occupation étaient habilitées à participer aux différents organismes et institutions de la démocratie sociale et, plus largement, exercer toute fonction d'ordre institutionnel²⁷⁰.

Face aux difficultés d'appréciation que posait le critère des effectifs, l'administration a précisé la manière dont il devait être appréhendé. Une décision conjointe du président du Conseil (Paul Ramadier) et du ministre du travail et de la sécurité sociale de l'époque (Ambroise Croizat), datée du 13 mars 1947²⁷¹, a posé des seuils quantitatifs. L'adoption d'un seuil minimal d'adhérents a fixé la limite à partir de laquelle une organisation syndicale pouvait être classée parmi les plus représentatives et en conséquence, être admise à négocier et conclure des conventions collectives nationales. Cette décision conjointe a opéré une distinction entre conventions collectives interprofessionnelles et convention collectives professionnelles. Pour les premières, seules pouvaient signer un accord les organisations justifiant de 10% des effectifs syndiqués pour l'ensemble de la branche d'activité considérée et de 25% des effectifs syndiqués de l'une des catégorie en cause. De même, ne pouvaient participer à la négociation des conventions collectives nationales professionnelles, que les organisations qui justifiaient soit des taux prévus pour la négociation

leur direction une ou plusieurs personnes ayant collaboré avec l'ennemi ou participé à l'épuration administrative ne pouvait en aucun cas se voire reconnaître la qualité d'organisation représentative.

²⁶⁹ OLLIER (P.-D.), *Le droit du travail*, Colin, 1972, p. 315 ; DESPLATS (J.), *op. cit.*, p. 272. Cités par ARSEGUÉL (A.), thèse, *op. cit.*, p. 148.

²⁷⁰ FOURCADE (C.), *L'autonomie collective des partenaires sociaux. Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, Thèse LGDJ, Bibliothèque de droit social, tome 43, p. 188.

²⁷¹ *J.O.*, 15 mars 1947, p. 2444 ; *Dr. soc.* 1947, p. 118.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

interprofessionnelle, soit de 33% des effectifs syndiqués de la catégorie en cause²⁷². La fixation de seuils était pertinente et permettait sans aucun doute d'opérer une distinction entre les organisations simplement représentatives et les plus représentatives. Cependant, ces seuils se sont avérés trop élevés. En effet, le taux de syndicalisation, tous syndicats confondus, n'a jamais dépassé les 35%²⁷³. Ce taux est resté très exceptionnel et n'a été atteint que pendant l'épisode du front populaire en 1936²⁷⁴ et suite à la libération de 1944²⁷⁵. Or, l'administration a pris en compte ce contexte de forte syndicalisation pour fixer les critères de représentativité. En définitive, les critères de représentativité ont été posés sur les fondations d'un syndicalisme d'adhérents. Cependant, le syndicalisme français n'a jamais été un syndicalisme d'adhérents²⁷⁶. D'emblée, les critères ayant permis de déterminer les organisations syndicales les plus représentatives sont apparus inadaptés au syndicalisme français. Afin d'éviter un système de syndicat unique, la circulaire Mayer du 4 décembre 1947²⁷⁷ a supprimé les seuils d'adhérents²⁷⁸ et a précisé qu'au niveau de l'entreprise, il fallait également tenir

²⁷² L'article unique de cette décision conjointe est formulé de la façon suivante : « 1°) Pourront participer à l'élaboration des dispositions de la convention collective, commune à l'ensemble des catégories de salariés, les organisations remplissant les conditions prévues par la jurisprudence et les instructions ministérielles et justifiant en outre de 10% des effectifs syndiqués pour l'ensemble de la branche d'activité considérée et 25% des effectifs syndiqués de l'une des catégories professionnelles en cause ; 2°) Pourront participer à la négociation des chapitres des conventions collectives nationales propres à une catégorie de salariés déterminée, les organisations syndicales qui rempliront les conditions prévues par la jurisprudence et les instructions ministérielles intervenues en la matière et justifieront, en outre : soit de 10% des effectifs syndiqués pour l'ensemble de la branche d'activité considérée et 25% des effectifs syndiqués de l'une des catégories professionnelles en cause ; soit de 33% des effectifs syndiqués de la catégorie professionnelle en cause... »

²⁷³ LANDIER (H.) et LABBE (D.), *Les organisations syndicales en France. Des origines aux évolutions actuelles*, Éditions liaisons, 2004, p. 34.

²⁷⁴ Les grèves de 1936 allaient conduire à la victoire du front populaire rassemblant les communistes, les socialistes et les radicaux de gauche et à la signature des accords dits de Matignon. L'obtention dans ces accords d'une augmentation substantielle des salaires, des congés payés, de la semaine de 40h et la création des délégués du personnel dans l'entreprise va créer une forte dynamique d'adhésion. En 1938, la CGT, à elle seule, approche les 5 millions d'adhérents.

²⁷⁵ En 1944, c'est l'euphorie de la libération et la volonté de reconstruire un syndicalisme fort qui a fait que la CGT comptait près de 8 millions d'adhérents et la CFTC, 800 000.

²⁷⁶ LANDIER (H.) et LABBE (D.), *op. cit.*, p. 33.

²⁷⁷ Circulaire du 4 décembre 1947, *Dr. soc. 1947*, p. 117.

²⁷⁸ La question des seuils de représentativité est à nouveau d'actualité depuis l'adoption de la loi du 20 août 2008 qui conditionne l'octroi de la capacité représentative à l'obtention d'un certain score aux élections professionnelles. Tout syndicat n'ayant pas obtenu 10% des voix au premier tour des dernières élections professionnelles ne pourra pas être reconnu représentatif dans l'entreprise. Ce seuil est abaissé à 8% aux niveaux nationaux de branche et interprofessionnel.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

compte des résultats aux dernières élections professionnelles pour apprécier le caractère représentatif d'un syndicat²⁷⁹.

67 - En 1947, il existait cinq critères de représentativité applicables au niveau national et un qui n'avait de portée qu'au niveau de l'entreprise : l'audience. D'ailleurs, le critère de l'audience n'a pas été repris par la circulaire du 20 janvier 1948 ayant ajouté la CGT-FO (suite à la scission avec la CGT) à la liste des organisations les plus représentatives au plan national. Pour justifier sa position, l'administration a donné une interprétation originale du critère de l'ancienneté et l'expérience du syndicat. En effet, le syndicat CGT-FO nouvellement créé « empruntait son expérience et son ancienneté » au syndicat CGT dont il était issu²⁸⁰. Il apparaissait donc que l'appartenance ou l'adhésion à une centrale syndicale ancienne et expérimentée faisait présumer la réunion des critères de l'ancienneté et de l'expérience pour les syndicats nouvellement créés. Cette présomption d'ancienneté et d'expérience a également été étendue aux syndicats d'entreprise. En effet, la circulaire du 20 janvier 1948 a prévu que « dans les cas où le caractère représentatif d'une organisation ne pourrait être suffisamment établi sur le plan de l'entreprise, il pourrait être tenu compte, comme d'un élément supplémentaire, de l'appartenance de cette organisation à l'une des grande centrale syndicale ». L'adhésion à une centrale confédérale nationale ne constituait pas un critère de représentativité, mais avait pour but de faciliter la reconnaissance de certains critères comme l'ancienneté, l'expérience et l'attitude patriotique sous l'occupation.

Cependant, dans une décision interministérielle du 8 avril 1948, l'administration a retenu²⁸¹ que toutes les organisations syndicales nationales de salariés affiliées à la CGT, à la CGT-FO, à la CFTC et enfin à la CGC étaient représentatives et pouvaient

²⁷⁹ « la mise en application du nouveau mode d'élection prévu par les lois du 7 juillet 1947 instituant le régime de la représentation proportionnelle des élections des membres du CE et de celles des DP a pu notamment avoir pour conséquence de permettre la représentation des organisations syndicales qui n'auraient pas été reconnues comme représentatives au moment de l'établissement des listes électorales. Vous aurez ainsi à tenir compte [...] d'un nouvel élément d'appréciation basé sur le résultat des dernières élections professionnelles ». La circulaire ne fait qu'ajouter un nouveau critère d'appréciation sous entendant que le syndicat doit également satisfaire aux autres critères de représentativité. Pour preuve, la circulaire dispose que ce nouveau critère est pertinent uniquement si « les organisations dont il s'agit satisfont par ailleurs aux conditions exigées par les circulaires en vigueur ».

²⁸⁰ La circulaire énonce à ce titre que la CGT-FO n'est finalement que « la reconstitution d'une organisation ancienne justifiant d'un long passé syndical ».

²⁸¹ Décision interministérielle du 8 avril 1948 relative à la détermination des organisations appelées à la discussion et à la négociation des conventions collectives de travail, *J.O.* du 9 avril 1948, p. 3541 ; *Dr. soc.* 1948, p. 156.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

conclure des conventions collectives nationales²⁸². À s'en tenir à une lecture stricte du texte, seules les organisations nationales affiliées à l'une des confédérations énoncées bénéficiaient de cette présomption.

Ce n'est pas l'interprétation qu'ont retenue les juges. En effet, ils ont décidé que tout syndicat, quel que soit son cadre d'implantation, affilié à une centrale syndicale reconnue représentative au plan national, était irréfragablement présumé représentatif²⁸³.

B. Des critères complétés par les juges

68 - Le législateur a repris les critères élaborés par la pratique administrative dans la loi du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement de conflit collectifs de travail²⁸⁴. Ces critères ont été codifiés à l'article 31f ancien du Code du travail (devenu l'article L 2121-1). Il ressortait de cet article que seules les organisations les plus représentatives des travailleurs sur le territoire pouvaient conclure des conventions collectives susceptibles d'être étendues. En d'autres termes, seules les organisations syndicales ayant justifié d'effectifs suffisants, d'une parfaite indépendance, de la collecte de suffisamment de cotisations, d'une certaine expérience, d'ancienneté et d'une attitude patriotique sous l'occupation

²⁸² L'article 2 de cette décision dispose que « En vue de la conclusion des conventions collectives de travail nationales intéressant les grandes branches d'activité, et afin d'assurer une représentation équitable des organisations syndicales appelées à discuter les clauses générales de ces conventions communes à l'ensemble des catégories de salarié. Sont considérées comme **les plus représentatives** les organisations syndicales nationales de salariés affiliées aux confédérations suivantes : la CGT, la CGT-FO, la CFTC en ce qui concerne l'ensemble des catégories professionnelles de salariés, y compris les cadres et la CGC en ce qui concerne la catégorie professionnelle des cadres ».

²⁸³ Cass. soc. 28 juin 1978, *Bull. civ.* V, n° 534.

²⁸⁴ *J.O.* du 12 février 1950, p. 1688.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

pouvaient espérer négocier et conclure ces lois professionnelles²⁸⁵. Ces critères se sont révélés peu praticables au niveau de l'entreprise, ce qui a amené la jurisprudence à les compléter par l'influence et l'activité réelle.

Suite aux différentes interventions législatives et jurisprudentielles, les critères de représentativité peuvent être regroupés selon leur importance. Si les critères primaires sont indispensables à l'octroi de la capacité représentative, les critères secondaires ne peuvent jamais suffire à conférer une telle capacité à un syndicat. Les critères secondaires ont uniquement pour objet de compléter les critères primaires. L'examen de ces critères démontre clairement qu'ils ont vocation à permettre la sélection des organisations les plus représentatives au niveau national et non au niveau de l'entreprise. Seuls les quelques critères ajoutés par les juges vont rendre la représentativité plus praticable au niveau de l'entreprise

1. Les critères primaires

69 - Les critères primaires sont au nombre de trois. Il s'agit des effectifs, de l'audience et de l'indépendance.

70 - Les effectifs. Conformément à la conception majoritaire de la représentativité, le critère des effectifs occupe une place centrale dans la détermination des organisations les plus représentatives. Il a été élaboré dans un contexte où le taux de syndicalisation était relativement important. Le législateur de l'époque a estimé que le syndicalisme français devait devenir un syndicalisme de masse. Dans un tel contexte, le critère des effectifs révélait l'influence réelle du syndicat. Cependant, dans un syndicalisme

²⁸⁵ À ce titre, les parlementaires, lors des débats relatifs à l'adoption de cette loi, s'interrogeaient sur la formulation à retenir. Fallait-il se référer à des critères prédéfinis ou se référer à la législation en vigueur pour déterminer les organisations les plus représentatives ? Quels sont les avantages que présentent ces deux propositions ? Déterminer le caractère le plus représentatif d'une organisation syndicale en se référant à la législation en vigueur permet sans aucun doute de laisser une marge de manœuvre importante aux autorités habilitées à le faire. Cela permettrait également de faire évoluer beaucoup plus simplement la manière dont l'administration et les juges doivent procéder à la détermination des organisations les plus représentatives. De plus, au sein de ces critères apparaît celui de l'indépendance. Or, dans les années 50, des liens très forts existaient entre la CGT et le parti communiste. M. le député Pierre André ne comprenait pas que le groupe communiste puisse soutenir en toute tranquillité le texte de l'assemblée nationale puisqu'il était question de l'indépendance des organisations syndicales. Et il avouait éprouver à la place du groupe communiste quelques inquiétudes quant à l'indépendance de la CGT. Nonobstant les remarques formulées lors des débats préalables à l'adoption de la loi du 11 février 1950, le texte retenu au final énonçait bien les cinq critères permettant de caractériser les organisations les plus représentatives.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

qualitatif, c'est davantage le nombre et l'importance des actions et des réalisations du syndicat qui révèlent son influence²⁸⁶.

71 - Malgré ces quelques difficultés²⁸⁷, le critère des effectifs permet d'avoir une référence moins aléatoire et moins changeante que l'audience. De plus, ce critère des effectifs laisse entrevoir les organisations les mieux structurées et présentant les meilleures garanties de stabilité. Autrement dit, une organisation syndicale ne peut être considérée comme représentative que si elle démontre qu'elle a vocation à s'exprimer au nom de l'ensemble des travailleurs. Or, cette aptitude ne lui est conférée que si elle justifie d'une implantation professionnelle et territoriale suffisante. Le critère des effectifs est devenu le seul critère permettant de rendre compte de l'implantation et plus largement de l'influence du syndicat.

72 - Ainsi, les juges ont admis que le syndicat dont les effectifs n'étaient pas suffisants ne pouvait pas être reconnu représentatif même s'il satisfaisait aux autres critères²⁸⁸. Cependant, ils ont également admis qu'un syndicat qui justifiait d'un nombre d'adhérents suffisant pouvait se voir refuser la qualification de syndicat représentatif si les autres critères faisaient défaut²⁸⁹. Néanmoins, un certain nombre de décisions déniaient la qualité représentative en se fondant sur un nombre insuffisant

²⁸⁶ ARSEGUEL (A.), thèse, *op. cit.*, p. 306.

²⁸⁷ Des critiques récurrentes sont émises à l'égard du critère des effectifs. En général, il est difficile de vérifier le nombre exact d'adhérents d'un syndicat. En conséquence, il faut souvent accepter les chiffres donnés par ces derniers sachant qu'ils ont certainement été majorés.

²⁸⁸ CE 11 février 1962, *Rec.* p. 1136 ; CE 17 juin 1960, *Dr. soc.* 1960, p. 170 ; CE 5 décembre 1960, *Rec.* p. 81 ; CE 21 décembre 1956, *Rec.* p. 493.

²⁸⁹ Cass. soc. 22 mai 1972, *Dr. ouvrier* 1973, p. 221 ; *Dr. soc.* 1972, p. 583.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

d'adhérents²⁹⁰. La doctrine en avait déduit que le critère des effectifs était une condition minimale pour l'octroi de la capacité représentative²⁹¹.

Si des effectifs suffisants sont indispensables pour classer une organisation syndicale parmi les plus représentatives au plan national, encore faut-il qu'elle puisse également satisfaire à un, voire à plusieurs autres critères tels que l'audience et l'indépendance.

73 - L'audience. Face à l'inadaptation des critères légaux de représentativité, les juges ont adopté des critères plus pertinents et plus praticables. Le critère de l'audience, c'est-à-dire de l'influence quantitative d'une organisation syndicale auprès des salariés, mesurée généralement par les résultats électoraux, s'applique beaucoup plus facilement tant au niveau territorial qu'à celui de l'entreprise puisqu'il existe toujours des scrutins permettant de l'apprécier directement ou indirectement. De plus ce critère permet sans conteste d'accorder la représentativité à un syndicat alors qu'il ne dispose que d'un nombre très restreint d'adhérents²⁹². Malgré cela, les juges judiciaires²⁹³ et administratifs²⁹⁴ considèrent qu'il s'agit d'un élément ne permettant pas à lui seul de conférer la qualité représentative. Cependant, il faut distinguer entre la représentativité appréciée au niveau de l'entreprise de celle appréciée à un niveau territorial donné. Au niveau de l'entreprise, le critère des adhérents s'est révélé peu pertinent et a été progressivement remplacé par le critère de l'audience, beaucoup plus favorable à l'implantation syndicale. Ainsi, un syndicat d'entreprise peut être reconnu représentatif

²⁹⁰ CE 14 octobre 1996, publié aux tables du recueil Lebon, il ressort de cette décision que dans l'hypothèse où la représentativité d'une organisation syndicale est contestée dans le cadre d'une négociation engagée sur le fondement des dispositions de l'article L 133-1 relatives aux conventions de branche susceptibles d'extension, le ministre du travail est compétent pour se prononcer, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, sur la représentativité d'une organisation syndicale au regard du champ d'application de la convention collective susceptible d'être étendue ou de celui d'un avenant ou d'une annexe à une telle convention. *Que dans ces conditions, le ministre chargé du travail a pu légalement dénier au Groupement professionnel national d'informatique, en se fondant notamment sur l'insuffisance de ses effectifs, le caractère d'organisation syndicale représentative en vue de sa participation aux réunions de la commission paritaire de négociation de la convention collective nationale des cabinets d'études techniques, cabinets d'ingénieurs-conseils et sociétés de conseils.*

²⁹¹ PELISSIER (J.), SUPIOT (A.), JEAMMAUD (A.), *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 2006, p. 656, n°559.

²⁹² CE 6 juin 1947, *Rec.* p. 252 ; S. 1948, III, p.6 ; CE 26 octobre 1976, *Dr. soc.* 1975, p. 40. Et pour la Cour de cassation, Cass. soc. 27 février 1980, *Dr. ouvrier* 1980, p. 427 ; Cass. soc. 26 mars 1980, *JCP éd CI* 1982, I, n°8870, obs. TEYSSIE. Il ressort de ces arrêts que pour l'appréciation des effectifs d'un syndicat, il peut être tenu compte des résultats obtenus lors de l'élection des représentants du personnel. Autrement dit, le critère de l'audience permettait de compenser la faiblesse des effectifs.

²⁹³ Cass. soc. 5 janvier 1978, *JCP éd. CI* 1978, I, n°7087, obs. TEYSSIE et DESCOTTE.

²⁹⁴ CE 16 décembre 2005, Syndicat national des huissiers de justice c/ ministre des affaires sociales, *Rec.* p. 570 ; *RFDA* 2006, p. 41.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

alors même qu'il n'a aucun ou peu d'adhérents²⁹⁵. Au niveau national, le critère des effectifs a conservé son importance et le critère de l'audience n'est venu que le compléter. L'arrêt UNSA (Union Nationale des Syndicats Autonomes) du 19 mai 2004²⁹⁶ est particulièrement intéressant sur ce point. Ce groupement a demandé à faire partie de la commission nationale de la négociation collective afin de pouvoir participer aux négociations nationales mais aussi afin de bénéficier de la présomption de représentativité accordées aux organisations les plus représentatives au plan national. L'administration a rejeté sa demande et l'UNSA a alors saisi la juridiction administrative. Le Conseil d'État a confirmé la décision négative des juges du premier degré et a décidé que « *La progression récente de ses effectifs se caractérisait par une audience encore trop réduite dans la majeure partie du champ ci-dessus défini* », c'est-à-dire au niveau national secteurs privé et public confondus. Cette décision du Conseil d'État reflète bien le caractère complémentaire de l'audience par rapport aux effectifs lorsqu'il s'agit d'apprécier la représentativité au niveau national. Contrairement aux arrêts relatifs à la représentativité syndicale en entreprise, l'audience vient minimiser l'importance des effectifs et non la confirmer²⁹⁷. Si le critère de l'audience a supplanté celui des effectifs dans l'entreprise²⁹⁸, ce dernier demeure un élément fondamental d'appréciation au niveau national au même titre que l'indépendance.

74 - L'indépendance. Le critère de l'indépendance est issu d'une histoire conflictuelle entre l'État, les syndicats et le patronat. Pour acquérir la représentativité,

²⁹⁵ Cass. soc. 22 mai 1972, *Dr. ouvrier* 1973, p. 221 ; *Dr. soc.* 1972, p. 583.

²⁹⁶ CE, Assemblée du contentieux, 5 novembre 2004, n° 257878, Union Nationale des Syndicats Autonomes, *Dr. soc.* 2004, p. 1098.

²⁹⁷ Cass. soc., 19 mai 2004, Société Renault, société par action simplifiée et autres c/ Syndicat UNSA Renault Douai et autres, les juges décident dans ce arrêt que « Pour retenir qu'un syndicat était représentatif au sein d'un établissement, le tribunal d'instance a retenu que le syndicat avait 9 mois d'existence, qu'il effectuait un travail d'information auprès des salariés et exposait des revendications et qu'enfin il avait obtenu une audience réelle lors des élections prud'homales au sein de l'établissement. En statuant ainsi, sans préciser l'effectif du syndicat et le montant des cotisations perçues, et en se fondant sur un motif inopérant tiré des résultats obtenus dans un autre cadre lors d'un scrutin prud'homal, le tribunal d'instance n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles L 133-2 et L 412-11 du Code du travail ». Avec la nouvelle codification, l'art. L 133-2 est devenu l'art. L 2121-1 et l'art. L 412-11, l'art. L 2143-3 C. trav.

²⁹⁸ Est-il légitime de favoriser l'implantation, dans l'entreprise, de syndicats ne bénéficiant pas de la présomption irréfragable de représentativité? En créant la représentativité présumée, on n'exige plus que le syndicat affilié à l'une des centrales syndicales reconnues représentatives au plan national justifie des critères de représentativité.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

les organisations syndicales doivent être indépendantes tant à l'égard des partis politiques qu'à l'égard de l'employeur²⁹⁹. Il est aujourd'hui communément admis qu'il ne s'agit pas d'une indépendance absolue à l'égard de tout groupement privé ou public, ou par rapport à une idéologie, mais plus restrictivement de l'indépendance vis-à-vis de l'employeur, ou d'un groupement d'employeurs³⁰⁰. La question de l'indépendance à l'égard des politiques s'est déplacée sur le terrain de l'objet du syndicat. Conformément à l'article L 2131-1 du Code du travail, un syndicat a pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes visées par ses statuts. Dès lors, une organisation poursuivant des objectifs essentiellement politiques n'a pas un objet licite et ne peut ni être qualifiée de syndicat ni bénéficier des dispositions et des prérogatives qui lui sont réservées³⁰¹.

Les circulaires Lebas³⁰² et Parodi³⁰³ préoyaient que ne pouvait pas être déclaré représentatif le syndicat dont les adhésions avaient été obtenues sous la pression ou grâce à l'influence de l'employeur³⁰⁴. En définitive, Le critère de l'indépendance tient à l'essence même du groupement syndical. Ainsi, le Conseil d'État refuse de reconnaître comme représentatif un syndicat mixte groupant des employeurs et des salariés de la même profession³⁰⁵.

Le critère de l'indépendance constitue la « pierre angulaire »³⁰⁶ de la représentativité, voire la condition *sine qua non* de la représentativité³⁰⁷. Certains

²⁹⁹ Lors de l'adoption de la loi de 1950 certains parlementaires ont voulu imposer un principe d'indépendance du syndicat tant à l'égard des partis politiques qu'à l'égard des employeurs.

³⁰⁰ FROSSARD (J.), « Syndicats professionnels », *Juris-classeur travail traité*, fasc. 12-20, n° 123.

³⁰¹ Cette position fut en partie dégagée par trois arrêts de la chambre mixte de la Cour de cassation. Les juges décidèrent que « un syndicat professionnel ne peut pas être fondé sur une cause ou un objet illicite. Il en résulte qu'il ne peut poursuivre des objectifs essentiellement politiques ni agir contrairement aux dispositions de l'article L 122-45 du Code du travail et aux principes de non discrimination contenus dans la Constitution, les textes à valeur constitutionnelle et les engagements internationaux auxquels la France est partie ». Ch. mixte 10 avril 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 565, rapp. MERLIN ; *TPS* 1998, comm. 250. L'art. L 122-45 est recodifié sous les art. L 1132-1 à 5 C. trav.

³⁰² Circulaire Lebas du 17 août 1936, *J.O.* du 3 septembre 1936, p. 9392.

³⁰³ Circulaire Parodi du 28 mai 1945, *J.O.* du 28 juin 1945, p. 3915 ; *Dr.soc.* 1945, p. 275.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

auteurs affirment que l'indépendance est une condition d'existence du syndicat. D'après le professeur Verdier, il est difficile de qualifier un groupement de syndicat lorsqu'il s'est construit, non pas sur une volonté collective de se grouper en vue d'une action syndicale, mais suite à une volonté patronale³⁰⁸.

75 - En tout état de cause, les juges ont pris conscience de l'importance du critère de l'indépendance. Depuis décembre 2002, les juges reconnaissent la représentativité d'un syndicat dès lors que sont caractérisées son indépendance et son influence³⁰⁹. À l'inverse, dès lors que l'indépendance n'est pas constatée et ou l'influence pas suffisamment caractérisée, les juges refusent d'accorder le caractère représentatif au syndicat³¹⁰. En recomposant les différents critères de représentativité, les juges font de l'indépendance un critère fondamental de représentativité au même titre que l'audience³¹¹.

2. Les critères secondaires

76 - Les critères secondaires demeurent importants dans la détermination des organisations les plus représentatives, mais leur absence ne conduit pas nécessairement

³⁰⁴ La circulaire du 17 Août 1936 (*J.O.* du 3 septembre 1936, p. 9392) énonçait que « s'il est établi que cette adhésion n'est pas réellement libre, qu'elle s'est effectuée sous la pression ou même sous l'influence de certains patrons, on peut se demander dans quelle mesure un tel syndicat est qualifié pour discuter avec les employeurs des intérêts professionnels des ouvriers et des employés ».

³⁰⁵ CE 12 avril 1940, *Rec.*, p. 141. Le Conseil d'État décide dans cette espèce qu'un « syndicat mixte ne peut pas être reconnu représentatif et ne peut en aucun cas prétendre participer à la commission paritaire chargée d'élaborer une convention collective susceptible d'être étendue à toute une profession ou toute une branche. »

³⁰⁶ DUQUESNE (F.), obs. sous Cass. soc. 21 mai 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 779.

³⁰⁷ MICHEL (S), « Le critère de l'indépendance au sein de l'article L 133-2 du Code du travail », *Dr. ouvrier* 2003, p. 133.

³⁰⁸ VERDIER (J.-M.), « Critères de représentativité syndicale, recomposition et contrôle du juge de cassation ? », *Dr. soc.* 2003, p. 298.

³⁰⁹ Cass. soc. 3 décembre 2002, Syndicat Sud Caisse d'épargne, *Bull. civ.* V, n° 364 ; *Dr. soc.* 2003, p. 298, « dès lors qu'il constate l'indépendance et caractérise l'influence du syndicat au regard des critères énumérés par l'article L 133-2 du Code du travail, le tribunal d'instance apprécie souverainement la représentativité ; Et attendu que le jugement, qui a fait ressortir que l'indépendance du syndicat n'était pas contestée et que son influence était réelle, échappe aux critiques du moyen ».

³¹⁰ Cass. soc. 6 juillet 2005, Syndicat Sud CAM c/ Caisse Régionale de Crédit Mutuel d'Aquitaine et autres, *Inédit*. Les juges décident à propos de la désignation d'un délégué syndical que « le tribunal d'instance qui, par une décision motivée et appréciant la représentativité du syndicat SUD 47 au regard des critères énumérés par l'article L. 133-2, a estimé que l'influence de ce syndicat n'était pas caractérisée, en a exactement déduit qu'il n'était pas représentatif et que les désignations effectuées le 25 mai 2001 devaient être annulées ».

³¹¹ Cf. la section 2 du chapitre 2 du titre 2 de cette première partie.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

à leur dénier le caractère représentatif. Si l'on écarte le critère purement circonstanciel de l'attitude patriotique sous l'occupation, seuls demeurent les critères de l'ancienneté et de l'expérience, de l'activité réelle et celui des cotisations.

77 - L'expérience et l'ancienneté constituent un seul critère. En effet, l'ancienneté donne un éclairage supplémentaire sur l'activité et donc l'expérience de l'organisation en cause. Comme le souligne très justement le professeur Verdier, l'expérience du syndicat s'entend comme le comportement du syndicat, les négociations qu'il a conduites, les actions générales ou particulières qu'il a menées, ce qui sous-entend un minimum d'ancienneté³¹². Afin de reconnaître la capacité représentative à des organisations syndicales jeunes, l'ancienneté devait demeurer un critère secondaire complémentaire à l'expérience³¹³.

78 - Le critère des cotisations n'existe que pour compléter les critères justifiant la réalité du groupement. Il permet d'abord de montrer que le syndicat dispose de moyens lui permettant d'exécuter ses missions. Le critère des cotisations permet ensuite de corroborer le critère des effectifs. Enfin, l'insuffisance des cotisations syndicales est souvent révélatrice du manque d'indépendance du syndicat, surtout au niveau de l'entreprise³¹⁴.

79 - De la même manière, le critère de l'activité réelle dégagé par la jurisprudence permet une meilleure reconnaissance de la représentativité de syndicats jeunes mais dynamiques au niveau de l'entreprise. Ce critère sert également aux juges à "secourir" les organisations ayant peu d'adhérents³¹⁵.

³¹² VERDIER (J.-M.), *Traité de droit du travail*, op. cit., p.364.

³¹³ FROSSARD (J.), op. cit. Dans ce sens, nous pouvons citer l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 5 mai 1998. Les juges décident que « si la date récente de la constitution d'un syndicat n'est pas nécessairement à elle seule exclusive de sa représentativité, celle-ci ne peut être admise s'il ne résulte d'aucun élément que le syndicat ait fait état, en plus des ses effectifs, d'une réelle activité, de ses ressources ou de son influence ». Cass. soc. 5 mai 1998, *Bull. civ. V*, n° 221 ; *TPS* 1998, comm. 289. De la même manière, « ne saurait être reconnue la représentativité d'un syndicat de création récente, sans activité syndicale réelle et dont le défaut d'indépendance est établi ». Cass. soc. 8 janvier 1997, *Bull. civ. V*, n°14 ; *TPS* 1997, comm. 87, 2^{ième} esp.

³¹⁴ Cass. soc. 12 mai 1971, *Bull. civ. V*, n° 350 ; Cass. soc. 27 oct. 1982, *Bull. civ. V*, n° 591 ; Cass. soc. 19 juin 1969, *D.* 1970, somm. p. 10 ; Cass. soc. 22 juill. 1981, *Bull. civ. V*, n° 748 ; *JCP G* 1981, IV, p. 367 ; *D.* 1982, inf. rap. p. 391, obs. Ph. LANGLOIS. – 17 oct. 1990, *Bull. civ. V*, n° 485.

³¹⁵ Cass. soc. 8 novembre 1988, *Bull. civ. V*, n° 576 ; Cass. soc. 2 novembre 1993 ; *RJS* 1993, n° 1219.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

80 - L'ensemble de ces critères sont utilisés par l'administration afin de déterminer les organisations syndicales les plus aptes à participer à la gestion de différents organismes nationaux et à la commission nationale de la négociation collective. Les différents critères précédemment examinés se sont avérés relativement maniables pour déterminer la représentativité au niveau national. Par contre, ils se sont révélés particulièrement inadaptés pour mesurer la capacité représentative dans l'entreprise. En effet, les critères de représentativité retenus par la loi de 1950 avaient vocation à rendre compte de la fonction de représentation. Ces critères démontraient la réalité et l'authenticité du syndicat représentatif³¹⁶ et permettaient de vérifier que la majorité ou une forte minorité des représentés se reconnaissaient dans les actions menées par les différentes organisations les plus représentatives.

81 - La représentativité s'est généralisée et est devenue la condition minimale pour l'exercice de quasiment toutes les prérogatives syndicales tant au niveau national qu'au niveau de l'entreprise³¹⁷. Était-ce judicieux de maintenir un régime unique de représentativité applicable quelque soit le niveau d'appréciation ? La réponse semble indubitablement négative³¹⁸. En effet, comment soutenir que des critères, posés pour déterminer les organisations les plus représentatives au plan national, peuvent s'appliquer de la même manière dans l'entreprise alors que la fonction de représentation y est rigoureusement différente ? Si au niveau national, il suffit que les représentés se reconnaissent dans l'action du syndicat ; au niveau de l'entreprise, il faut que les salariés, par un acte positif, accordent leur confiance aux syndicats. En effet, si la représentation syndicale nationale peut être qualifiée de représentative, au niveau de l'entreprise, elle se rapproche plus d'une représentation légale ou de personne. Cette

³¹⁶ VERDIER (J.-M.), « Réalité, authenticité et représentativité syndicales », in *Études de droit du travail offertes à André BRUN*, Librairie sociale et économique, Paris 1974, p. 571. Dans cet article, le professeur VERDIER que deux tendances se dégagent lorsqu'il s'agit de déterminer la représentativité d'une organisation. La première vise à rechercher la réalité et l'influence de l'organisation et la seconde consiste à déterminer son authenticité. Si la réalité et l'influence du syndicat se mesurent essentiellement à l'aide des différents critères légaux et jurisprudentiels, l'authenticité se détermine en plus par rapport au niveau auquel on va apprécier la représentativité.

³¹⁷ Le professeur VERDIER parle même d'une « exigence fondamentale de la pratique de la liberté et de la pluralité syndicales ». *sub. cit.* p. 588.

³¹⁸ ADAM (G.), « La négociation collective en France : éléments de diagnostic », *Dr. soc.* 1978, p. 420 sp. p. 447. Comme le souligne très justement cet auteur, « c'est simplifier à outrance le problème de la représentativité que de l'envisager comme un système unique, répondant aux mêmes règles à tous les niveaux ».

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

dernière considération confirme que les critères de représentativité sont inadaptés à la représentation d'entreprise. Les juges ont alors complété ces critères de manière à tenir compte des différences entre ces représentations nationales et d'entreprise.

82 - Les anciens critères posés à l'article L 2121-1 du Code du travail ont été élaborés pour déterminer les organisations les plus aptes à négocier et conclure les conventions collectives susceptibles d'être étendues à toute une branche professionnelle. C'est donc à ce niveau que ces critères sont les plus pertinents. Ils permettent à l'administration de déterminer les organisations les plus structurées, les plus stables, les mieux implantées et auxquelles les salariés accordent majoritairement leur confiance.

II. Le cadre d'application privilégié des critères de représentativité

83 - Il ressort de l'élaboration des critères de représentativité que ces derniers ont permis à l'administration de déterminer, les organisations les plus représentatives des travailleurs au niveau national afin de collaborer à des organismes nationaux et internationaux compétents en matière économique et sociale. Ainsi, il a été conféré un pouvoir quasi réglementaire aux organisations les plus représentatives dans une branche donnée en leur donnant la possibilité de négocier et de conclure des conventions collectives susceptibles d'être étendues à toute la branche et donc de s'appliquer à tous les salariés.

84 - La représentativité convient-elle à ces représentations nationales ? La réponse semble clairement s'orienter vers la positive. À quelques différences techniques près, qu'il s'agisse d'une représentation interprofessionnelle ou professionnelle, ces dernières sont toutes deux nationales et confèrent des mandats représentatifs aux différentes organisations syndicales qualifiées comme telles. En conséquence, les critères permettant de déterminer les organisations les plus représentatives s'appliquent avec la même pertinence au niveau interprofessionnel ou professionnel ou de branche. D'ailleurs il est admis depuis un arrêt de la Cour supérieure d'arbitrage du 27 novembre 1938 que la représentativité doit être appréciée à l'échelon où se pose la question, c'est-

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

à-dire dans le cadre territorial ou professionnel dans lequel la capacité représentative est exigée. S'il faut apprécier la représentativité au niveau où se pose la question, rien ne nous oblige à retenir la même conception et les mêmes critères de représentativité. C'est d'ailleurs pour bien montrer les différences qui existent entre les différentes méthodes d'appréciation que nous envisagerons séparément ces deux niveaux.

A. Le cadre interprofessionnel

85 - La question de la représentativité n'est pas souvent posée au niveau national interprofessionnel. En effet, l'arrêté de mars 1966 a figé le nombre des confédérations syndicales les plus représentatives au plan national. Lors de la scission intervenue au sein de la CFTC en 1964, ayant donné naissance à la CFDT, le Conseil d'État a précisé que la CFTC conservait son caractère représentatif, non pas grâce à ses effectifs, mais en raison de son audience et de la tradition originale qu'elle incarnait au sein du syndicalisme français. Après avoir examiné les différents critères de représentativité et avoir relevé la faiblesse des effectifs de la CFTC, les juges ont utilisé un autre critère compensant cette faiblesse : le critère de la tradition originale incarnée par la CFTC au sein du syndicalisme français. En d'autres termes, les juges ont estimé que la CFTC représentait une idéologie ou un courant de pensée important, absent chez les autres organisations les plus représentatives. Toutefois, s'il suffisait de défendre une identité collective différente pour être représentatif, un certain nombre d'organisations auraient pu revendiquer ce caractère. Or, cela allait à l'encontre de l'objet de la représentativité visant à limiter le pluralisme. La modification de l'arrêté de 1948 par celui de 1966 a mis fin à toute contestation dans la mesure où tant la CFDT que la CFTC sont apparues dans l'énumération des confédérations les plus représentatives au plan national et interprofessionnel.

86 - Depuis cet épisode particulier de l'histoire syndicale, le seul bouleversement majeur est à rapporter à l'UNSA (Union Nationale des Syndicats Autonomes). Cette union de syndicats³¹⁹ a fait parler d'elle en demandant en 2003 au ministre du travail de la reconnaître comme l'une des organisations syndicales les plus représentatives au plan

³¹⁹ L'article L 2133-1 C. trav. reconnaît à plusieurs syndicats professionnels régulièrement constitués de se grouper en vue de défendre leurs intérêts professionnels, matériels et moraux. Cet article prévoit que « Les syndicats professionnels régulièrement constitués peuvent librement se concerter pour l'étude et la défense de leurs intérêts matériels et moraux ».

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

national interprofessionnel afin qu'elle puisse participer à la commission nationale de la négociation collective. Suite à un refus implicite du ministre, l'UNSA a contesté cette décision devant les juridictions administratives. Le Conseil d'État s'est prononcé le 5 novembre 2004³²⁰.

Les juges administratifs devaient déterminer si l'UNSA était une organisation représentative au plan national et interprofessionnel et vérifier si les différents critères étaient remplis. D'emblée, les juges ont rappelé que « la représentativité des organisations syndicales était déterminée d'après les critères suivants : les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté du syndicat, l'attitude patriotique pendant l'occupation ». Ensuite, ils ont examiné si le critère de l'audience était rempli. Suivant les conclusions du commissaire du gouvernement Stahl, les juges ont opéré une distinction entre les critères dits secondaires et les critères premiers. Cette distinction repose sur l'idée que les critères secondaires peuvent conduire à disqualifier une organisation qui n'y satisfait pas mais ne suffisent pas à conférer la qualité d'organisation les plus représentatives³²¹. Les juges ne se sont pas attardé sur ces critères secondaires tant il est clair qu'ils étaient indéniablement remplis. Il était difficile de soutenir que l'UNSA n'était pas indépendante des groupements d'employeurs, qu'elle n'avait pas suffisamment d'expérience et d'ancienneté, ou encore qu'elle ne pouvait pas justifier de suffisamment de cotisations³²². Toute l'attention des juges s'est alors portée sur les deux critères principaux qu'étaient les effectifs et l'audience³²³. Or, ces critères devaient être appréciés dans le double champ national et interprofessionnel.

Les juges ont rappelé que le critère des effectifs devait être apprécié tant par rapport à l'ensemble des travailleurs concernés que par rapports aux effectifs des autres organisations syndicales reconnues comme les plus représentatives au plan national interprofessionnel³²⁴. Les juges ont relevé que si l'UNSA revendiquait 307000

³²⁰ CE 5 novembre 2004, *Dr. soc.* 2004, p. 1105.

³²¹ Conclusions du commissaire du gouvernement Jacques-Henri STAHL, *Dr. soc.* 2004, p. 1098.

³²² À propos de ces cotisations, le commissaire du gouvernement STAHL relève dans ses conclusions que « les cotisations versées par les adhérents sont suffisantes pour corroborer la réalité, l'authenticité et l'indépendance de l'organisation ». *Ibid.*

³²³ Remarquons que le critère de l'indépendance, considéré comme fondamental par la Cour de cassation (...) n'est pas repris dans les critères principaux. Cela semble logique dans la mesure où l'indépendance n'est pas contestée.

³²⁴ CE Ass. 22 juin 1951, *Rec.* p. 366 ; *Dr. soc.* 1952, p. 110.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

adhérents, seuls 93600 étaient issus du secteur privé, ce qui était relativement faible. Sur ce point précis, le commissaire du gouvernement a relevé que si l'UNSA comptait en moyenne deux fois moins d'adhérents que les confédérations CGT et CFDT, elle en regroupait plus que la CGC et la CFTC.

Après avoir vérifié que le critère des adhérents était rempli, les juges ont examiné le critère de l'audience. Or, le scrutin qui semblait le plus pertinent était celui des élections des conseillers prud'hommes. Cependant, les juges ont également tenu compte de scrutin ayant un champ géographique et professionnel plus limité comme les élections de comités d'entreprises et de délégués du personnel. Une moyenne nationale avait alors été calculée et avait permis de donner approximativement le poids électoral des différents syndicats. L'UNSA revendiquait une forte augmentation de son score aux élections prud'homales qui était passé de 0,7% en 1997, à 5% en 2002.

Une fois ces différents éléments de fait relevés, les juges devaient se prononcer sur l'appréciation qu'il fallait donner de ces différents éléments. C'est sur ce point que l'apport de la décision est fondamental. Alors que les juges semblaient s'orienter vers la reconnaissance de la représentativité de l'UNSA, ils ont finalement rejeté sa requête au motif que, malgré la progression récente de ses effectifs et de son audience, l'UNSA n'était pas encore suffisamment implantée dans les différentes branches pour pouvoir être considérée comme représentative au plan national interprofessionnel³²⁵. Comment interpréter cette solution ? Faut-il considérer que les juges ont posé un troisième critère relatif à l'implantation dans la majeure partie des branches professionnelles régies par le Code du travail ou qu'ils ont donné un élément supplémentaire d'appréciation des différents critères ? La première solution, notamment défendue par le professeur Arséguel, a pour mérite d'être claire et conforme à l'idée selon laquelle les critères de représentativité doivent permettre de sélectionner les organisations qui représentent aux mieux les salariés³²⁶. Au niveau national interprofessionnel, il est logique que les syndicats les plus représentatifs justifient d'effectifs suffisants et d'une audience

³²⁵ Les juges relèvent « qu'il ressort des pièces du dossier que si l'U.N.S.A. revendique plus de 300 000 adhérents et si elle soutient que sa représentativité a été établie dans vingt quatre branches d'activité et serait en voie de l'être dans quatre autres branches, celles qui sont couvertes par les conventions collectives sont au nombre de 300 et l'essentiel de son implantation se situe encore dans la fonction publique ; que la progression récente de ses effectifs, marquée par les 260 000 suffrages obtenus lors des élections prud'homales du 7 décembre 2002 - contre 35 000 en 1997, soit 0,7 % - se caractérise par une audience encore trop réduite dans la majeure partie du champ ci-dessus défini » c'est-à-dire toutes les entreprises situées sur le territoire national et régies par le code du travail.

³²⁶ Cela varie selon le champ dans lequel se pose la question de la représentativité.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

respectable dans la plupart des branches professionnelles³²⁷. Toutefois, la seconde solution n'est pas dénuée de tout sens. En effet, faire de l'implantation dans l'ensemble des branches un élément d'appréciation a pour mérite de ne pas ajouter un nouveau critère tout en permettant au juge de se livrer à un examen plus poussé des effectifs et de l'audience dans chacune des branches considérées. Cela vaut peut-être moins pour le critère de l'audience pour lequel existent des scrutins nationaux pertinents à cet égard. Afin d'être reconnue comme l'une des organisations les plus représentatives au plan national interprofessionnel, l'UNSA devra élargir son implantation dans le secteur privé et maintenir des résultats aux scrutins nationaux au dessus des 5%.

87 - Pour conclure sur l'appréciation du caractère plus représentatif au niveau national interprofessionnel, il convient de remarquer que les critères de représentativité posés à l'article L 2121-1 du Code du travail sont particulièrement pertinents et permettent de ne conférer la qualité représentative qu'aux organisations qui représentent réellement tous les salariés³²⁸. Toutefois, l'examen des décisions du Conseil d'État démontre que seules les organisations qui justifient d'une vocation interprofessionnelle peuvent être classées parmi les plus représentatives au plan national et siéger dans des instances telles que le Conseil Économique et Social, la Commission Nationale de la Négociation Collective et peuvent bénéficier de la présomption de représentativité. Ainsi, l'UNSA n'a pas été reconnue représentative au plan national et interprofessionnel parce qu'elle ne satisfaisait pas aux différents critères de représentativité énoncés à l'article L 2121-1 du Code du travail dans la plupart des branches professionnelles. Cette vocation interprofessionnelle des organisations les plus représentatives au plan national a permis au juge administratif de rejeter les demandes formulées par la CGSI³²⁹, la CAT³³⁰, la FEN³³¹ ou encore par la

³²⁷ C'est la solution défendue par le professeur Arséguet qui a été retenue par la loi du 20 août 2008. Conformément au nouvel article L 2122-9 du Code du travail, une organisation syndicale qui souhaite être reconnue représentative au niveau national interprofessionnel doit satisfaire aux sept critères posés à l'article L 2121-1 C. trav., justifier d'une audience de 8% à ce niveau et être implantée et représentative dans les branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

Confédération Nationale des Chauffeurs Routiers et des Salariés de France³³² aux fins d'être reconnues représentatives au plan national et interprofessionnel. Dans ces trois exemples, il apparaît de manière implicite ou explicite que ces organisations ne pouvaient pas être reconnues représentatives au plan national interprofessionnel parce qu'elles n'avaient pas vocation à grouper les salariés sur le plan national interprofessionnel³³³. L'exigence d'une présence dans la majorité des branches n'exclut absolument pas qu'une organisation syndicale dite catégorielle puisse acquérir le label d'organisation la plus représentative au plan national interprofessionnel. En effet, la CGC a été reconnue comme l'organisation la plus représentative des cadres³³⁴.

88 - Ainsi, les juges se livrent non pas à une appréciation globale des critères de représentativité toutes branches confondues, mais vérifient que les critères de représentativité sont remplis dans la majorité des branches. Et ce n'est qu'à cette condition qu'une confédération syndicale peut prétendre faire partie des organisations

³²⁸ Précisons tout de même que la CGC n'a vocation qu'à représenter tous les cadres dont l'entreprise est régie par le code du travail.

³²⁹ CE 11 avril 1966, *Rec.* p. 275. Dans cette décision, le juge administratif considère que la CGSI n'est pas représentative au plan national interprofessionnel dans la mesure où « les syndicats qu'elle groupe sont trop peu nombreux pour qu'elle puisse valablement concourir à représenter les salariés au sein de la commission supérieure des conventions collectives ». Ainsi, une organisation qui ne groupe qu'un nombre limité de syndicats professionnels n'est pas suffisamment présente dans les différentes branches pour pouvoir être reconnue comme étant l'une des plus représentative au plan national et professionnel.

³³⁰ CE 17 juin 1960, *Rec.* p. 1150 ; *Dr. Soc.* 1961, p. 170, obs. J. SAVATIER. La CAT ne peut pas être regardée comme l'une des organisations les plus représentative au plan national interprofessionnel même si elle justifie de sa participation à des commissions administratives paritaires. En effet, ces commissions fonctionnent dans un secteur particulier et limité au public. Cela voulait dire que la CAT n'avait pas une vocation interprofessionnelle.

³³¹ CE 6 novembre 1970, *Rec.* p. 659 ; *JCP G* 1970, II, n°16566 ; *Dr. ouvrier* 1972, p. 378.

³³² CE 2 novembre 1973, *Rec.* p. 614. Dans cette affaire, la Confédération Nationale des Chauffeurs Routiers et des Salariés de France s'était vue refuser la possibilité d'organiser, dans les centres qui leurs sont rattachés, des stages ou des sessions ouvrant, au profit des travailleurs, droit à des congés non rémunérés d'éducation ouvrière ou de formation syndicale en application de la loi du 23 juillet 1957. Or, seules les organisations syndicales reconnues représentatives au plan national interprofessionnel pouvaient prétendre à ces stages d'éducation ouvrière. Le Conseil d'État refusa cette possibilité à cette confédération au motif que « si la confédération nationale des chauffeurs routiers et des salariés de France, telle qu'elle était constituée lors de la décision du 22 février 1968, comprenait, outre des fédérations nationales de chauffeurs routiers, une fédération groupant des salariés de diverses branches d'activité, **le nombre d'adhérents de cette dernière fédération était insuffisant pour que soit reconnue à la confédération le caractère d'une organisation interprofessionnelle représentative sur le plan national** ».

³³³ ARSEGUEL (A.), thèse *op. cit.*, p. 339.

³³⁴ CE 4 décembre 1957, Confédération Générale des Cadres, *Rec.* p. 649.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

les plus représentatives au plan national et interprofessionnel³³⁵. Il est donc clair que les critères de représentativité s'appliquent plus naturellement au niveau national. Cette position est confortée par le fait que l'article L 2121-1 du Code du travail se situe dans la partie du Code du travail relative aux conventions et accords susceptibles d'être étendus. Comment dès lors justifier que les critères de représentativité, qui n'ont pas vocation à être universels, puissent s'appliquer avec la même pertinence au niveau de l'entreprise ?

La loi du 20 août 2008 a modifié les règles relatives à la reconnaissance des organisations les plus représentatives au niveau national interprofessionnel. Le nouvel article L 2221-9 du Code du travail dispose que seules peuvent être reconnues représentatives les organisations syndicales satisfaisant aux sept critères institués à l'article L 2121-1 du même Code, ayant obtenu au moins 8% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles centralisés à ce niveau et ayant été reconnues représentatives dans les branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services. Le critère de la vocation interprofessionnelle exigée par la jurisprudence administrative est ainsi consacré par la loi. Les dispositions de la loi du 20 août 2008 relatives à la détermination de la représentativité au niveau national n'entreront en vigueur qu'à compter du 21 août 2012.

B. La branche d'activité

89 - Au niveau de la branche d'activité, la loi du 11 février 1950 (relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail) a prévu que seules les organisations syndicales et patronales les plus représentatives pouvaient participer à l'élaboration et à la conclusion des conventions collectives étendues. Pour sélectionner les organisations les plus représentatives de la branche, le législateur a posé cinq critères de représentativité³³⁶. Ces critères ont vocation à

³³⁵ CE 9^{ème} et 10^{ème} sous sections réunies, 30 décembre 2009, n° 310284, Union Syndicale Solidaires, mentionné aux tables du recueil Lebon. L'Union Syndicale Solidaires a demandé au premier ministre de modifier les textes prévoyant la composition du comité économique et social. Suite au rejet implicite du premier ministre, l'Union Syndicale Solidaires a saisi le Conseil d'État. Les juges ont annulé cette décision de rejet et ont enjoint au premier ministre de réexaminer la demande de l'Union Syndicale Solidaires au motif qu'il devait vérifier si le syndicat demandeur remplissait les différentes conditions pour être reconnu représentatif au niveau national et s'il pouvait désigner des représentants au conseil économique et social.

³³⁶ Loi du 11 février 1950, *J.O.* 1950, p. 1688 à 1693.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

déterminer les organisations qui représentent au mieux les travailleurs de cette branche sur l'ensemble du territoire. Ces organisations sont celles qui comptent le plus d'effectifs, qui sont indépendantes de l'employeur, qui justifient de cotisations de leurs adhérents et qui disposent d'une certaine expérience³³⁷. Le législateur a ainsi consacré dans la loi de 1950 une conception professionnelle et nationale de la représentativité syndicale³³⁸.

90 - D'après les articles 31f et suivants de la loi de 1950, une ou plusieurs organisations syndicales nationales d'employeurs ou de travailleurs, considérées comme les plus représentatives, peuvent demander à ce que se réunisse une commission mixte afin de conclure une convention collective de branche (c'est-à-dire, ayant pour objet de régler les rapports entre employeurs et travailleurs d'une branche d'activité déterminée pour l'ensemble du territoire). Il appartient ensuite à l'administration de déterminer les organisations syndicales pouvant y participer. Bien que peu de contentieux se soit élevé³³⁹ sur la représentativité au niveau de la branche, les quelques décisions rendues par les juges administratifs sont très riches d'enseignements.

L'une des décisions les plus intéressantes côté syndicats de salariés est à rapporter à la Fédération Nationale des Syndicats Indépendants des Industries Chimiques et Similaires. Cette fédération a demandé à participer à la commission mixte chargée de modifier la convention nationale de la chimie. Le ministre du travail a refusé sa présence au motif que cette fédération n'était pas représentative au niveau de la branche de la chimie. Cette décision est contestée devant les juridictions administratives et en dernier ressort devant le Conseil d'État³⁴⁰. Les juges ont rappelé d'abord, que « d'après l'article 31 f du livre 1er du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi du 2 janvier 1973 [...], seules les organisations syndicales d'employeurs et de travailleurs

³³⁷ Nous avons volontairement écarté le critère purement circonstanciel relatif à l'attitude patriotique des syndicats sous l'occupation.

³³⁸ ARSEGUEL (A.), thèse, *op. cit.*, p. 389.

³³⁹ Nous pouvons citer un exemple ancien concernant la fédération de la chimie FO. Suite à quelques divergences au sein de la fédération chimie Force Ouvrière, une partie des dirigeants de cette fédération allaient se détacher de la confédération FO pour rejoindre la CFDT et créer en 1972 la fédé-unie-chimie. Ces deux fédérations allaient demander à siéger dans la commission paritaire de branche, l'une cherchant à exclure l'autre. Or, pour éviter tout contentieux et par conséquent, tout blocage, le ministre du travail de l'époque décida de convier les deux fédérations sans examiner leur représentativité effective. Pour cela, le ministre s'était fondé sur l'arrêté de 1966 présumant représentatives toutes les fédérations affiliées aux cinq confédérations reconnues représentatives au plan national.

³⁴⁰ CE 26 octobre 1976, *Rec.* p. 675.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

les plus représentatives pour l'ensemble du territoire devaient être convoquées aux séances des commissions mixtes nationales et signer les conventions collectives nationales susceptibles d'être étendues ». Ensuite, « qu'aux termes du dernier alinéa du même article 31 f la représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères suivants : les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté du syndicat, l'attitude patriotique pendant l'occupation ». Ce n'est qu'après avoir effectué ces rappels que les juges ont examiné si cette fédération était réellement représentative dans la branche de la chimie. Or, il résultait des pièces versées au dossier que « la Fédération Nationale des Syndicats Indépendants des Industries Chimiques et Similaires ne groupait à l'époque des décisions attaquées qu'une très faible partie des travailleurs de la branche et ne pouvait, par suite, être regardée comme l'une des organisations syndicales les plus représentatives ».

Le raisonnement suivi par les juges montre bien que la représentativité des organisations syndicales au niveau d'une branche doit être appréciée notamment par rapport aux effectifs. Une décision beaucoup plus récente a dénié la qualité de syndicat représentatif de la branche des télécommunication à l'Union Professionnelle Sud Télécommunication au motif que « les effectifs et l'audience de celle-ci étaient limités aux fonctionnaires placés en activité au sein de l'entreprise France Télécom » et ne permettait pas de conférer à cette organisation professionnelle une représentativité suffisante au niveau de la branche considérée³⁴¹. Le même raisonnement a été suivi par le Conseil d'État pour dénier la qualité représentative dans la branche des structures associatives cynégétiques à la Fédération Départementale des Chasseurs de la Drôme³⁴².

À l'inverse, le Conseil d'État a reconnu la représentativité du Syndicat National de l'Enseignement de la Conduite et de l'Éducation Routière (SNCER-FEN) au motif que « si le Syndicat National de l'Enseignement de la Conduite et de l'Éducation Routière (SNCER-FEN) ne regroupe qu'une faible part des salariés du secteur de l'enseignement de la conduite routière, il établit, dans un secteur où le taux de syndicalisation est très bas et où les entreprises sont très dispersées, avoir une activité effective, être présent dans un nombre important de départements et avoir obtenu des sièges au conseil supérieur de l'enseignement de la conduite automobile, témoignant ainsi d'une

³⁴¹ CE, sous-sections 2 et 7 réunies, 7 juillet 2004, n° 213284, *Inédit* au Recueil Lebon.

³⁴² CE, sous-sections 1 et 6 réunies, 12 mai 2010, n° 325657, mentionné aux tables du Recueil Lebon.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

audience réelle dans la profession et supérieure à celle de toute autre organisation syndicale de salariés du même secteur »³⁴³.

91 - Si les décisions sont relativement rares coté syndicats de salariés, elles sont beaucoup plus nombreuses en ce qui concerne la représentativité de branche des organisations patronales. Suivant le même raisonnement que pour les organisations syndicales de salariés, les juges administratifs se sont exclusivement référés aux critères légaux et jurisprudentiels.

Conclusion du chapitre 1 :

92 - Le concept de représentativité ainsi que ses critères ont été conçus pour rendre compte de la capacité à représenter conférée aux organisations syndicales nationales de branches ou interprofessionnelles. Or, compte tenu des particularités de chaque niveau d'appréciation, il est devenu impossible de maintenir une définition et des critères de représentativité universels. Toutefois, l'opinion d'une représentativité spécifique pour chaque niveau défendue par le professeur Arséguel vient d'être consacrée³⁴⁴. Les partenaires sociaux ainsi que le législateur ont récemment pris compris qu'un système unique de représentativité, reposant sur des critères identiques, ne permettait pas de matérialiser la capacité réelle à représenter des organisations syndicales. Suite à la position commune du 9 avril 2008 signée par les partenaires sociaux, le législateur a réformé les critères de représentativité et a adopté une appréciation variable de cette capacité selon le niveau considéré. Dans l'entreprise, seules les syndicats répondant aux sept critères cumulatifs visé au nouvel article L 2121-1 du Code du travail et ayant obtenu au moins 10% des voix aux dernières élections professionnelles peuvent être reconnus représentatifs. Au niveau de la branche, seules les organisations répondant aux conditions de l'article L 2221-5 du Code du travail peuvent être reconnues représentatives. Ainsi, ces organisations doivent justifier, en plus des sept critères et d'une audience de 8%, d'une implantation territoriale équilibrée au sein de la branche.

³⁴³ CE 17 janvier 1997, *Rec.* p. 23.

³⁴⁴ ARSEGUEL (A.), thèse, *op. cit.*, p. 355. Cet auteur propose que le législateur adopte une définition de la représentativité nationale et interprofessionnelle, dans laquelle sont reprises les qualités intrinsèques que les syndicats doivent présenter et établir avant d'être reconnus parmi les plus représentatifs.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

La loi du 20 août 2008 ajoute ainsi un critère propre à la branche matérialisant la capacité d'une organisation syndicale à représenter l'ensemble des salariés de la branche. Suivant la même logique, le législateur a ajouté un critère de représentativité propre au niveau national interprofessionnel. L'article L 2221-9 du Code du travail dispose désormais que sont représentatives au niveau national et interprofessionnel les organisations syndicales qui satisfont aux critères de l'article L 2121-1, qui sont représentatives à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services et qui ont recueilli au moins 8 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles centralisés à ce niveau. En ajoutant une condition tenant à la vocation interprofessionnelle des organisations syndicales, le législateur consacre la position adoptée par Conseil d'État dans son arrêt UNSA du 5 novembre 2004³⁴⁵. Désormais, toute organisation syndicale qui souhaite être reconnue au niveau national interprofessionnel doit nécessairement avoir été reconnue représentative dans les branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services.

93 - Les anciens critères de l'article L 2121-1 du Code du travail ont été créés pour sélectionner les organisations les plus aptes à représenter l'intérêt collectif des travailleurs au niveau national. La réforme du 20 août 2008 a démontré d'abord que les anciens critères ne pouvaient pas s'appliquer de manière universelle à tous les niveaux d'implantation et ensuite qu'ils ne permettaient pas de rendre compte de la capacité réelle à représenter, notamment au niveau de l'entreprise. En effet, à ce niveau, la représentation des salariés tend à se rapprocher d'une représentation de personne nécessitant un "quasi mandat". Or, une telle représentation s'accommode mal avec un système de représentativité présumée de manière irréfragable. Afin de rétablir une représentativité réelle, la loi du 20 août 2008 supprime toute présomption de représentativité et oblige chaque organisation syndicale à apporter la preuve de sa capacité à représenter les salariés.

³⁴⁵ CE, Assemblée du contentieux, 5 novembre 2004, n°257878, Union Nationale des Syndicats Autonomes, *Dr. soc.* 2004, p. 1098.

CHAPITRE 2 : UN CONCEPT INADAPTE A LA REPRESENTATION DES SALARIES DANS LA NEGOCIATION D'ENTREPRISE

94 - La représentativité a permis aux pouvoirs publics de sélectionner les organisations syndicales nationales les plus légitimes afin de les associer à la gestion des grandes questions sociales. Cette sélection s'est opérée sur la base de critères qui reflétaient le caractère réel, authentique du syndicat et qui rendaient compte du soutien des salariés. Il apparaît manifestement que la représentation syndicale a été conçue pour s'appliquer au niveau national et non au niveau de l'entreprise³⁴⁶.

95 - Toutefois, à la fin des années 60, les organisations syndicales françaises, ont souhaité être instituées au niveau des entreprises. Une telle volonté contrevenait au principe de neutralité de l'entreprise, en application duquel, l'employeur considérait être le seul maître de son exploitation. Le fait qu'un syndicat puisse s'immiscer dans la gestion de l'entreprise et constituer un contrepouvoir semblait s'opposer au principe de neutralité. Ces réticences se sont progressivement atténuées suite aux dépôts de deux projets de lois (par la CFTC en 1958 et la CGT en 1961) visant à créer une représentation syndicale distincte de la représentation du personnel. Même si ces projets n'ont pas abouti, certains employeurs ont accepté la création de sections syndicales instituées par accords collectifs³⁴⁷. Finalement, les objections patronales ont été définitivement vaincues en 1968 suite à la signature des accords de Grenelle³⁴⁸ qui ont en partie été repris par la loi du 27 décembre 1968 et deux décrets du 30 décembre de la même année. Une fois le libre exercice du droit syndical reconnu dans l'entreprise, les grandes centrales syndicales représentatives au plan national ont cherché à se ménager un droit d'accès privilégié dans l'entreprise. La solution

³⁴⁶ Cf. le chapitre précédent.

³⁴⁷ A titre d'exemple, nous pouvons citer les accords Berliet du 9 nov. 1961, Bonpertuis, Neyrpic, Pannel et Flipo ou encore les accords Plastiques de Roubaix. Pour plus de détail, cf. VERDIER (J.-M.), *Traité de droit du travail*, op. cit., pp. 468 et s.

³⁴⁸ Les accords de grenelle ont été négociés les 25 et 26 mai 1968 et conclus le 27 mai de la même année. Ces accords instituent notamment la section syndicale d'entreprise.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

définitivement retenue a opéré un compromis entre privilège accordé aux centrales syndicales reconnues représentatives au plan national et égalité juridique de tous les syndicats. L'implantation et la constitution d'une section syndicale d'entreprise ont été reconnues à tous les syndicats « légalement créés »³⁴⁹ alors que les prérogatives essentielles leur étant accordées ont été limitées aux seules organisations représentatives.

La loi de 1968 a ainsi concilié unité de la représentativité syndicale et diversité de son champ d'appréciation. La représentativité est devenue une qualité nécessaire et appréciée de manière identique à chaque niveau territorial et professionnel³⁵⁰. Toutefois, le législateur a admis que les organisations représentatives au plan national bénéficiaient d'une présomption de représentativité leur évitant de prouver leur capacité réelle à représenter les salariés aux autres niveaux.

Les organisations présumées représentatives ont été dispensées de rapporter la preuve de leur capacité réelle à représenter les salariés. Le concept de représentativité n'a alors plus permis d'apprécier la capacité réelle à représenter des organisations syndicales. La représentativité présumée a donc provoqué une discordance³⁵¹ entre la représentativité juridique et la capacité réelle à représenter (section 1). Une discordance qui s'est révélée totalement incompatible avec une négociation organisationnelle pouvant conduire à la conclusion d'accords dérogatoires ou "donnant-donnant" (section 2).

SECTION 1 : UNE DISCORDANCE ENTRE REPRESENTATIVITE SYNDICALE ET CAPACITE REELLE A REPRESENTER LES SALARIES

96 - La détermination de la capacité réelle à représenter est indispensable à l'exercice de toute représentation. La création d'une présomption de représentativité pour les organisations syndicales nationales a provoqué une discordance entre

³⁴⁹ Art. L 2141-4 al. 2 C. trav.

³⁵⁰ Cette vérification de la capacité représentative à chaque niveau de représentation a été baptisée principe de concordance.

³⁵¹ Le terme de discordance a été utilisé par Madame Favennec-Héry pour montrer l'incapacité des anciennes règles relatives à la représentativité à permettre aux syndicats d'exercer efficacement leurs missions. En effet, le jeu de la présomption irréfragable de représentativité « a créé une discordance entre le rôle des organisations syndicales représentatives et les conditions de leur représentativité ». FAVENNEC-HERY (F.), « La représentativité syndicale », *Dr. soc.* 2009, p. 630 et spé. 631.

représentation réelle des salariés et représentativité des organisations syndicales. Une discordance qui a eu une incidence considérable sur la légitimité des organisations syndicales et des accords collectifs (I). Cette dissension s'est accentuée lors de la transposition de la présomption de représentativité au niveau de l'entreprise (II).

I. Deux concepts indissociables

97 - La filiation conceptuelle existant entre représentativité et représentation a été mise en évidence par les professeurs Verdier puis Borenfreund. Alors que le premier parlait de « capacité permettant d'exercer une fonction »³⁵², le second préférait utiliser la terminologie de pouvoir³⁵³. Ces approches identiques avaient toutes deux pour but de mettre en lumière la complémentarité existant entre les concepts de représentation et de représentativité. Toute représentation (A) nécessite que le représentant dispose d'une réelle capacité à représenter (B). L'absence de représentativité prive d'effet toute représentation.

A. La fonction de représentation

98 - Le concept de représentation renvoie à l'action de rendre présent quelque chose ou quelqu'un. Dans le langage juridique, la représentation se limite souvent au remplacement du représenté par le représentant dans la création d'actes juridiques pour le compte du représenté. Il s'agit d'un « mécanisme par lequel une personne peut créer des obligations à la charge d'une autre personne sans son consentement »³⁵⁴ ou d'un « procédé juridique grâce auquel une personne agit pour le compte et au nom d'une autre, de telle sorte que les effets de l'acte passé par le représentant se produisent directement sur la tête du représenté, comme si celui-ci avait passé l'acte

³⁵² VERDIER (J.-M.) « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales », *Dr. soc.* 1991, p. 5.

³⁵³ BORENFREUND (G.), « Pouvoir de représentation et négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 1006.

³⁵⁴ DOCKES (E.), *Valeurs de la démocratie*, coll. Méthode Du droit, Dalloz 2005, p. 167.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

personnellement »³⁵⁵. Il ressort de ces définitions que la représentation tend à établir une équivalence entre deux situations distinctes³⁵⁶.

99 - Cette approche de la représentation en droit privé permet-elle de rendre compte de la représentation syndicale dans l'entreprise ? La réponse ne peut être totalement positive ni négative. Il n'est pas contestable que le délégué syndical effectue des actes juridiques qui produisent leurs effets directement à l'égard de son syndicat. Cependant, la dimension collective de la représentation syndicale s'inspire d'une représentation politique qui s'oriente plus vers un mécanisme démocratique d'expression d'une majorité emportant la soumission des salariés aux normes conventionnelles collectives. La représentation syndicale dans la négociation collective est donc hybride, conciliant les aspects individuels et collectifs.

En définitive, la question centrale est de rechercher ce que représente le délégué syndical dans l'entreprise ? Cette question, *a priori* simple, soulève pourtant un certain nombre de difficultés relatives à la nature juridique que peut emprunter cette représentation.

1. La représentation du syndicat

100 - À s'en tenir à l'ancien article L 2143-3 du Code du travail, le délégué syndical représentait le syndicat qui l'avait désigné. Ce texte disposait que « chaque syndicat représentatif [...] désigne [...] un ou plusieurs délégués syndicaux pour le représenter auprès du chef d'entreprise »³⁵⁷. L'emploi du vocable représentation pouvait renvoyer à

³⁵⁵ PETIT (F.), *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Thèse LGDJ, T. 291, 2000, pp. 1 et 2.

³⁵⁶ EISENMANN (Ch.), *Travaux de l'association Henry CAPITANT*, La représentation dans les actes juridiques, 1949, pp. 144 et s.

³⁵⁷ La loi du 20 août 2008 a modifié les conditions de désignation du délégué syndical. Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, seul un syndicat représentatif, ayant préalablement créé une section syndicale dans l'entreprise peut désigner un délégué syndical parmi les candidats qu'il a présenté sur une liste électorale de CE ou à défaut, de DP et qui ont obtenu au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour de ce scrutin. Le nouveau texte prévoit que « Chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou l'établissement de cinquante salariés ou plus, qui constitue une section syndicale, désigne parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants, dans les limites fixées à l'article L 2143-12, un ou plusieurs délégués syndicaux pour la représenter auprès de l'employeur... ». Ce texte renverse la jurisprudence de la Cour de cassation qui avait admis que la désignation du délégué syndical établissait l'existence d'une section syndicale (Cass. soc. 27 mai 1997, *Bull. civ.* V, n° 194). À ce titre, la Cour de cassation vient de confirmer que même pendant la période transitoire instaurée par la loi du 20 août 2008, un syndicat représentatif qui souhaite désigner un délégué syndical doit prouver l'existence d'une section

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

plusieurs significations. Le délégué syndical devait-il être considéré comme une émanation du syndicat, un simple préposé ou finalement un représentant au sens juridique du terme ?

101 - Le délégué syndical ne peut jamais être tenu pour une émanation du syndicat³⁵⁸. En effet, le délégué syndical ne peut en aucun cas engager juridiquement le syndicat qui l'a désigné. À ce titre, le délégué syndical est dans l'impossibilité d'engager une action en justice au nom de son syndicat³⁵⁹.

102 - La qualité de préposé doit également être écartée. On considère que le préposé est une personne placée dans un rapport de subordination face à son commettant. Cette subordination fonde d'ailleurs la responsabilité mise à la charge de ce dernier par l'article 1384 al. 5 C. civ. Ce rapport de préposition entre le syndicat et le délégué syndical impliquerait que le premier puisse donner des instructions ou injonctions au second³⁶⁰. Or, s'il est permis et même courant qu'un syndicat donne des directives à ses délégués et contrôle l'exercice de leurs missions³⁶¹, il est peu probable que l'on puisse aller jusqu'à reconnaître un quelconque lien de subordination entre le syndicat et son délégué. Le délégué syndical, comme tout autre salarié, n'est subordonné qu'à son employeur. La jurisprudence confirme cette position en érigeant en principe le refus d'engager la responsabilité du syndicat pour les actes commis par le délégué syndical dans l'exécution de ses missions. La responsabilité extracontractuelle du syndicat ne peut être engagée que lorsqu'est caractérisé un fait dommageable imputable à un

syndicale, c'est-à-dire, apporter les éléments de preuve utiles à établir la présence d'au moins deux adhérents dans ladite section (Cass. soc. 8 juillet 2009, n° 09-60.032, *Liaisons sociales Quotidien, Bref social n° 1539B du 9 juillet 2009*, p.3).

³⁵⁸ BORENFREUND (G.), *Syndicats professionnels, Rep. Travail*, n° 429 et s.

³⁵⁹ Cass. soc. 04 déc. 1985, *JCP E* 1986, I, 15578, n°4, obs. TEYSSIE. Pour que l'action en justice soit recevable, il faut que le délégué syndical soit également secrétaire ou soit au moins statutairement (Cass. soc. 13 mars 1980, *Bull. civ. V*, n° 263) ou expressément habilité à cette fin (Cass. soc. 10 oct. 1990, *Bull. civ. V*, n° 452) et agisse en cette qualité.

³⁶⁰ Cass. crim. 7 nov. 1968, *Bull. crim.*, n°291. Dans cet arrêt, la chambre criminelle de la Cour de Cassation a admis que « le lien de subordination, d'où découle la responsabilité mise à la charge du commettant par l'art. 1384 al. 5 suppose essentiellement que ceux-ci ont le droit de faire acte d'autorité en donnant à leur préposé des ordres ou des instructions sur la manière de remplir [...] les emplois qui leur ont été confiés pour un temps et un objet déterminé ».

³⁶¹ Le mécanisme de contrôle et la sanction résident tout deux dans la révocation qui peut émaner du syndicat désignataire à tout moment.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

organe syndical, c'est-à-dire au syndicat lui-même³⁶². Il en résulte qu'un délégué syndical peut voir sa responsabilité civile engagée pour les fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions³⁶³. Une parfaite illustration de ce principe nous est fournie par les responsabilités encourues lors d'une grève.

103 - Dans l'exercice du droit de grève, un syndicat peut-il voir sa responsabilité engagée du fait des agissements fautifs reprochés à l'un de ses délégués ? La Cour de cassation répond sans ambiguïté en affirmant régulièrement que « le fait que les délégués syndicaux, auxquels des agissements répréhensibles sont reprochés, soient les mandataires du syndicat dans l'exercice de leurs fonctions ne suffit pas à engager la responsabilité du syndicat ; il importe que la participation effective du syndicat aux agissements abusifs constatés soient établis »³⁶⁴. La responsabilité du syndicat pour des faits commis par ses délégués syndicaux ne peut être retenue que s'il est démontré que les organes du syndicat les ont obligés ou incités à commettre les faits répréhensibles³⁶⁵. Cette jurisprudence ne fixe pas avec précision le degré de participation du syndicat dans ces faits dommageables. La jurisprudence semble très souple en retenant la responsabilité du syndicat du fait de son délégué syndical dès lors qu'une simple implication dans ces faits est établie³⁶⁶. En principe, si le délégué syndical est considéré comme un préposé, la responsabilité du syndicat désignataire doit être engagée dès lors qu'une faute³⁶⁷ est commise par le délégué dans l'exercice de ses fonctions syndicales. Or, les juges exigent une participation ou une implication du syndicat pour que les faits dommageables lui soient imputés.

104 - En définitive, le délégué syndical n'est ni un organe ni un préposé du syndicat. Une autre qualification juridique paraît plus appropriée pour rendre compte de la relation "syndicat-délégué syndical". Il s'agit du mandat au sens de l'article 1984 du

³⁶² VERDIER (J.-M.), *Traité de droit du travail, op. cit.*, n° 89 et s.

³⁶³ DURRY (G.), La responsabilité civile des délégués syndicaux, *Dr. soc.* 1984, p.69.

³⁶⁴ Cass. soc. 21 jan. 1987, *Dr. soc.* 1987, p. 426, obs. J.-E. RAY.

³⁶⁵ Cass. soc. 26 juil. 1984, *Bull. civ. V*, n°248.

³⁶⁶ À propos d'une occupation de locaux, suite à un mouvement de grève, la Cour de Cassation a décidé qu'il ne résultait pas des constatations que « les syndicats étaient impliqués dans ladite occupation ». Cass. soc. 21 juin 2004, *RJS* 11/04, n°1188.

³⁶⁷ La responsabilité du commettant ne peut être engagée qu'en cas de faute du préposé. Cf. Cass. 2^{ième} civ. 8 oct. 1969, *Bull. civ. II*, n°269.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

Code civil. D'après le premier alinéa de ce texte, le mandat est « un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». Cette définition, certes très large, est limitée par la doctrine et la jurisprudence. Ils estiment qu'il n'existe un mandat au sens de l'article 1984 qu'en vue de l'accomplissement d'actes juridiques³⁶⁸. Ainsi, il n'y a mandat que lorsqu'une personne charge une autre d'accomplir pour son compte et en son nom un acte juridique et non un acte matériel³⁶⁹. Dès lors, il convient de se demander si le mandat rend parfaitement compte des relations qui existent entre les syndicats et leurs délégués syndicaux. Autrement dit, les actes accomplis par les délégués syndicaux sont-ils tous des actes juridiques ? La négative tend à s'imposer dans la mesure où le seul acte réellement juridique effectué par les délégués reste la conclusion de conventions et d'accords collectifs. Si l'activité conventionnelle demeure primordiale, il ne faut pas pour autant négliger ses autres missions. Il s'avère donc nécessaire d'opérer une distinction suivant les différentes missions du délégué syndical. Si le mandat est adapté à l'activité conventionnelle, ce dernier est trop restrictif pour rendre compte de la représentation liée à l'activité revendicative.

105 - La désignation d'un salarié comme délégué syndical vaut mandat d'exercer les prérogatives ouvertes au syndicat dans l'entreprise par le Code du travail dont celle de négocier et de conclure des accords collectifs³⁷⁰. De plus, le délégué syndical doit dans l'exercice de cette prérogative suivre les directives données par le syndicat qui l'a désigné. Cependant, comme l'a justement souligné le professeur Borenfreund, le délégué syndical est tenu de défendre « les axes essentiels de la politique revendicative suivie par le syndicat dont il est issu »³⁷¹. Le délégué syndical doit, dans l'exercice de la négociation, agir conformément aux grandes directives fixées généralement au niveau confédéral.

L'existence d'un mandat entre le délégué et son syndicat a pour conséquence que les actes passés par le premier sont opposables au second comme s'il les avait lui-même

³⁶⁸ SALVAGE (P.), La compétence du délégué syndical, *Dr. soc.* 1976, p. 397.

³⁶⁹ Cass. 1^{ère} civ. 19 février 1968, *GAJC*, 11^{ème} éd., n°260 ; *D.* 1968, p. 393.

³⁷⁰ Cette affirmation est confortée d'un point de vue formel par l'art. 1985 C. civ. qui ne subordonne pas la qualification de mandat à une forme particulière. Il peut donc être donné par acte authentique, par acte sous seing privé, par lettre simple et même de manière verbale.

³⁷¹ BORENFREUND (G.), *L'action revendicative au niveau de l'entreprise : le rôle des délégués du personnel et des délégués syndicaux*, thèse Nanterre 1986, p. 1616.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

conclus. Les accords collectifs négociés et signés par le délégué syndical obligent le syndicat mandant et ne produisent des effets qu'entre ce dernier et l'employeur. Cela implique notamment que le délégué syndical ne puisse pas agir en justice, sauf cas particuliers³⁷², afin que soient respectées les stipulations conventionnelles³⁷³.

Le mandat de droit privé rend parfaitement compte de la relation de représentation qui se noue entre le syndicat et le délégué syndical. Cependant, cette figure juridique ne permet pas de comprendre ni d'expliquer qu'un accord collectif s'applique à tous les salariés de l'entreprise. Le délégué syndical doit tenir compte des directives syndicales mais doit également tenir compte de l'avis des salariés. Avant d'agir, il doit s'assurer du soutien de la majorité des salariés. En définitive, la mission du délégué syndical est guidée par l'intérêt collectif des salariés (et leur assentiment préalable) et encadrée par les directives syndicales. Le représentant s'assure ainsi que les objectifs ou revendications qu'il défend sont en totale conformité avec les attentes des salariés. Le mandat ne permet donc pas à lui seul de rendre compte de l'ensemble de la mission de représentation du délégué syndical.

La représentation liée à l'activité revendicative s'avère encore plus inappropriée pour entrer dans la catégorie juridique du mandat. L'examen des missions relatives à l'activité revendicative révèle qu'elle se compose principalement d'actes purement matériels généralement visés par le Code du travail. Nous pouvons ainsi citer l'affichage ou la distribution de tracts destinés à informer les salariés, la transmission des revendications des salariés auprès de l'employeur ou de son préposé, ou encore l'initiative et la conduite d'un mouvement de grève... Or, le mandat se limite à l'exercice d'actes juridiques et non matériels.

La difficulté est alors double en ce qui concerne la nature juridique de la représentation syndicale. Soit on considère que le délégué syndical est le mandataire du syndicat lorsqu'il exerce tout type d'acte, quitte à élargir la notion restrictive du mandat, soit on crée une catégorie "*sui generis*" empruntant la majeure partie de son régime au mandat tout en permettant l'accomplissement d'actes matériels. Ces deux

³⁷² Cf. Cass. soc. 13 mars 1980 et Cass. soc. 10 oct. 1990, *op. cit.*

³⁷³ Cass. soc. 04 déc. 1985, *op. cit.*

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

hypothèses sont probantes ; cependant, la jurisprudence qualifie sans opérer aucune distinction³⁷⁴ le délégué de mandataire du syndicat³⁷⁵.

Le professeur Cœuret réduit cette difficulté en recourant à la qualification de la délégation de pouvoir³⁷⁶. La délégation de pouvoir n'étant pas exclusive de la qualité de mandataire, il en déduit que le délégué syndical doit être considéré comme mandataire du syndicat qui l'a désigné lorsqu'il passe des actes juridiques en son nom et place et comme délégataire lorsqu'il réalise des actes matériels³⁷⁷. Ainsi, le délégué syndical est le mandataire du syndicat lorsqu'il négocie et signe les conventions et accords collectifs de travail. Cette qualité se superpose à celle de délégataire pour la mission générale de représentation. Il est alors admis que les syndicats confèrent leurs pouvoirs à leurs délégués dans le but de réaliser dans l'entreprise l'objet du syndicat. Cet objet légal englobant principalement la réalisation d'actes matériels³⁷⁸.

106 - Il apparaît très difficile d'appréhender de manière globale la représentation exercée par le délégué syndical pour le compte de son syndicat. Sans vouloir minimiser l'importance que revêt la nature juridique de cette représentation, nous emploierons le terme de représentation sans opérer de distinction entre les natures juridiques différentes qu'elle peut emprunter. Le délégué syndical représente son syndicat, mais également la collectivité des salariés dans laquelle il est désigné. En d'autres termes, le délégué syndical représente son syndicat qui a vocation, selon l'article L 2131-1 du

³⁷⁴ Nous pouvons citer à titre d'illustration l'action en justice en contestation de la désignation d'un délégué syndical (Cass. soc. 31 mai 2001, *Bull. civ. V*, n°195, p. 153) et la conclusion d'accords collectifs (Cass. soc. 25 janvier 1995, *Bull. civ. V*, n° 40, p.29 et surtout Cass. soc. 19 février 1992, *Bull. civ. V*, n°106, p. 65). Dans cette dernière espèce, la Cour décide que « d'une part, M. Coppens, désigné en vertu de l'article L 412-11 C. trav. pour représenter son organisation syndicale auprès du chef d'entreprise, était, par cette seule désignation, investi de plein droit du pouvoir de négocier et de conclure un accord d'entreprise, conformément aux dispositions de l'article L 132-20 du même code et ce, quelle que soit l'importance de cet accord [...] d'autre part, il appartient à l'organisation syndicale qui entendait suspendre le **mandat** donné à son délégué, d'en informer en temps utile les autres parties à la négociation... »

³⁷⁵ Cass. soc. 9 juillet 1958, *Bull. civ. II*, 1958, n° 511, p. 338 ; Cass. soc. 9 octobre 1958, *Bull. Civ. IV*, 1958, n° 1012 (1er esp.), p. 768 ; Cass. soc. 30 mai 2001, *Bull. civ. V*, n° 195 p. 153.

³⁷⁶ CŒURET (A.), *Juris-classeur, Travail traité*, fasc. 82-20, n°110 ; « La nouvelle donne en matière de responsabilité », *Dr. soc.* 1994, p. 634.

³⁷⁷ Cette solution nous semble peu satisfaisante dans la mesure où la délégation de pouvoir n'empêche pas de rechercher la responsabilité du délégant. Une telle position conduit à limiter fortement la responsabilité encourue par le syndicat du fait des agissements de son délégué syndical. Or la responsabilité du syndicat n'est retenue que lorsqu'est établie sa participation ou son implication dans les faits ou agissements dommageables.

³⁷⁸ PETIT (F.), Thèse précitée, n°155.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

Code du travail, à représenter l'intérêt collectif des salariés. Ainsi, le délégué peut être considéré comme le représentant "par ricochet" des travailleurs.

2. La représentation par ricochet des travailleurs

107 - Le délégué syndical est, en vertu de l'article L 2141-4, le représentant du syndicat qui l'a désigné. En conséquence, ce dernier lui transfère l'ensemble de son pouvoir d'action et de représentation. Le délégué syndical désigné par un syndicat représentatif représente auprès de l'employeur tous les travailleurs de l'entreprise et non uniquement les salariés syndiqués³⁷⁹. Le délégué, représentant de droit du syndicat auprès du chef d'entreprise, mais aussi représentant de fait de la section syndicale, ne peut en aucun cas se voir dénier l'aptitude à représenter l'intérêt de l'ensemble du personnel³⁸⁰. Cette position est confortée par les juges, qui précisent que la mission des délégués syndicaux « consistant à représenter leur syndicat dans l'entreprise, peut être exercée en tout lieu dans l'intérêt des salariés de l'entreprise ou de l'établissement au titre desquels ils ont été désignés, dès lors qu'elle entre dans le cadre de l'objet défini par l'article L 411-1 du Code du travail³⁸¹ »³⁸². Il faut également souligner que le délégué syndical, contrairement au syndicat, voit son pouvoir de représentation limité au champ de l'entreprise dans laquelle il est désigné. Dès lors, un délégué syndical qui participe à une manifestation de soutien à des salariés d'une autre entreprise se place hors de ses missions³⁸³. Il en est de même pour l'assistance fournie par un délégué syndical lors des élections prud'homales dans la mesure où il s'agit d'un scrutin à caractère national dépassant le cadre de l'entreprise³⁸⁴. Le délégué syndical n'a donc vocation qu'à représenter les salariés de l'entreprise dans laquelle il a été désigné. Il sert en quelque sorte d'intermédiaire entre la collectivité des salariés et le chef d'entreprise. Cette qualité le conduit à transmettre au chef d'entreprise les revendications des salariés. Ainsi, il appartient aux délégués syndicaux d'abord, d'informer les salariés sur les problématiques sociales dans l'entreprises, ensuite, de

³⁷⁹ COHEN (M.), « La mission générale de représentation du délégué syndical », *RPDS* 1971, p.7.

³⁸⁰ BORENFREUND (G.), *Rep. Trav. Dalloz*, « Syndicats professionnels », I, Droit syndical dans l'entreprise, n°422.

³⁸¹ Art. L 2131-1 C. trav. actuel.

³⁸² Cass. soc. 10 juillet 1990, *Bull. civ. V*, n° 361 ; Cass. soc. 23 janvier 1990, *Bull. civ. V*, n°233.

³⁸³ Cass. soc. 13 juin 1996, *JCP E* 1996, pan. 944.

³⁸⁴ Cass. soc. 13 janvier 1999, *TPS* 1999, Comm. 150.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

recueillir leurs doléances et enfin, de formuler clairement des revendications afin qu'elles soient identifiées par l'employeur. Une telle procédure tend à entretenir la confusion entre représentation syndicale et représentation élue. Confusion d'autant plus grande lorsqu'un délégué du personnel est également désigné comme délégué syndical dans une entreprise comptant moins de 50 salariés³⁸⁵. En réalité, les délégués du personnel veillent à l'application des dispositions légales, réglementaires et conventionnelles en vigueur³⁸⁶; alors que les délégués syndicaux essaient de faire évoluer ces dispositions dans un sens plus favorable aux salariés. La mission du délégué syndical consiste donc à concilier au mieux les revendications des salariés et les directives qui lui sont transmises par son organisation. La difficulté peut venir d'une hypothétique discordance entre les aspirations des salariés, qu'elles soient exprimées ou latentes, et la politique syndicale guidant l'action du délégué. Si d'un point de vue théorique, ce genre de discordance est susceptible de se présenter, d'un point de vue pratique le risque est minime. En effet, le mouvement syndical a connu dans son ensemble un certain nombre de transformations. Auparavant, les lignes de conduite étaient fixées au niveau fédéral ou confédéral et se déclinaient selon les différentes professions et les différents niveaux géographiques jusqu'au délégué syndical. Aujourd'hui les délégués syndicaux cherchent à recueillir l'assentiment de la collectivité représentée avant d'agir. Les résultats obtenus par chaque organisation syndicale lors des élections professionnelles permettent de mesurer *a posteriori* la confiance que les salariés accordent aux délégués syndicaux³⁸⁷.

108 - En se fondant sur les élections professionnelles, peut-on soutenir qu'il existe un mandat représentatif entre le délégué syndical et les salariés de l'entreprise ? Le mandat représentatif, au sens strict, est inadapté à la représentation exercée par le

³⁸⁵ Cf art. L 2143-3 C. trav.

³⁸⁶ Art. L 2313-1 C. trav.

³⁸⁷ La difficulté est ici de deux ordres. D'abord, l'élection des représentants du personnel ne reflète qu'indirectement la confiance accordée par les salariés au syndicat. Ensuite, cette confiance ne se mesure qu'à des échéances assez éloignées dans le temps. L'élection valide ou sanctionne ainsi les deux actions qui ont été menées par le délégué syndical. Cela nous fait dire que le délégué syndical doit systématiquement s'assurer qu'il agit conformément à la volonté de la collectivité des salariés de l'entreprise. Encore faut-il rappeler que la volonté ou l'intérêt d'une collectivité ne se réduit pas à la somme des intérêts individuels de chaque salarié y appartenant. Pour simplifier, la représentation des salariés exercée par le ou les délégués syndicaux ne sera effective et efficace que s'il existe des liens forts entre le groupe et ses représentants. Ce n'est que si cette condition est remplie que l'acte impliquera la collectivité représentée. De cette manière il pourrait exister une équivalence entre l'acte passé par un délégué syndical est celui qui l'aurait été par la collectivité elle-même.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

délégué syndical. D'abord, la personne élue ne représente pas ses électeurs, mais toute la collectivité dans laquelle a lieu le scrutin. Ensuite, une fois élu, le représentant dispose d'une indépendance absolue par rapport à ses électeurs. Or, le délégué syndical n'est pas un élu, il est désigné par le syndicat. Il est donc incohérent de qualifier le lien qui unit un délégué syndical aux salariés de l'entreprise de mandat représentatif. Cependant, cette qualification peut être retenue si l'on considère que le délégué syndical est investi d'une fonction représentative indirecte du fait de sa désignation par une organisation représentative ; cette organisation justifiant d'une capacité suffisante pour représenter l'ensemble des salariés. La représentativité apparaît alors comme le substitut à l'élection. De plus, la nouvelle importance de l'audience parmi les critères de représentativité nous laisse penser que la figure du mandat représentatif correspond assez bien à la représentation des salariés dans l'entreprise par le délégué syndical.

109 - La loi du 20 août 2008 consacre indirectement l'idée selon laquelle le délégué syndical représente non seulement le syndicat qui le désigne, mais également les salariés de l'entreprise. D'après le nouvel article L 2143-3 du Code du travail, seules les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ou l'établissement, qui constituent une section syndicale peuvent désigner un délégué syndical parmi les candidats aux élections professionnelles ayant recueillis au moins 10% des suffrages exprimés lors du premier tour de scrutin³⁸⁸. Toutefois, « s'il ne reste, dans l'entreprise ou l'établissement, plus aucun candidat aux élections professionnelles qui remplit les conditions mentionnées au premier alinéa, une organisation syndicale représentative peut désigner un délégué syndical parmi les autres candidats ou, à défaut, parmi ses adhérents au sein de l'entreprise ou de l'établissement »³⁸⁹.

110 - Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, le délégué syndical ne représente plus uniquement le syndicat qui le désigne, mais également les salariés de l'entreprise. En exigeant que le délégué syndical ait obtenu au moins 10% des suffrages

³⁸⁸ Le premier alinéa de l'article L 2143-3 dispose que « Chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou l'établissement de cinquante salariés ou plus, qui constitue une section syndicale, désigne parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants, dans les limites fixées à l'article L. 2143-12, un ou plusieurs délégués syndicaux pour la représenter auprès de l'employeur ».

³⁸⁹ Article L 2143-3 al. 2 du Code du travail.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

aux dernières élections professionnelles dans l'entreprise³⁹⁰, le législateur consacre l'existence d'un mandat représentatif³⁹¹. Néanmoins, la représentation des salariés n'a de sens que lorsque le syndicat est réellement représentatif. La représentativité apparaît ainsi comme une qualité sans laquelle la fonction de représentation ne peut exister.

B. La représentativité, une qualité nécessaire à la représentation

111 - Face à la multiplication des organisations syndicales, le législateur a voulu limiter la représentation des salariés aux organisations les plus représentatives. En conditionnant l'exercice de la représentation syndicale, le législateur donne une nouvelle dimension au concept de représentativité. Celui-ci devient un moyen de s'assurer de la correspondance entre deux volontés : celle des organisations représentantes et celle des collectivités de salariés ou de l'intérêt collectif représenté³⁹². Comme l'a très justement souligné le professeur Verdier, « la représentativité est un mode d'habilitation, celle des plus aptes à représenter. C'est un titre de légitimité et d'authenticité de la représentation syndicale »³⁹³. La représentativité permet à un syndicat d'agir comme s'il avait reçu l'assentiment d'une partie significative de la collectivité représentée. Le système français, respectueux du pluralisme et de l'égalité syndicale, octroie à tout syndicat bénéficiant d'une représentativité suffisante les mêmes prérogatives.

La représentativité est une qualité nécessaire à l'exercice de la représentation syndicale. Elle repose sur un principe de "coïncidence minimale" entre aspirations des représentés et volonté des représentants. Cependant, en pratique, il existe souvent une discordance entre la volonté des salariés et la capacité à représenter du syndicat. Un

³⁹⁰ Certaines organisations syndicales ont estimé que l'article L 2143-3 du Code du travail, imposant que le délégué syndical soit présenté sur une liste électorale de comité d'entreprise et qu'il ait obtenu 10% des voix sur son nom, étaient notamment contraire à la liberté syndicale. La Cour de cassation a estimé que « l'obligation faite aux syndicats représentatifs de choisir, en priorité, le délégué syndical parmi les candidats ayant obtenu au moins 10 % des voix ne heurte aucune prérogative inhérente à la liberté syndicale et que, tendant à assurer la détermination par les salariés eux-mêmes des personnes les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise et à conduire les négociations pour leur compte, elle ne constitue pas une ingérence arbitraire dans le fonctionnement syndical ». Cass. soc. 14 avril 2010, n° 09-60426, *SSL* 2010, n° 1442, du 19 avril 2010, obs. F. Champeaux.

³⁹¹ L'Italie a opté pour une évolution similaire. Les nouvelles institutions représentatives d'entreprise mêlent élection et désignation ce qui assure une représentation plus proche de la réalité sociologique de l'entreprise.

³⁹² BORENFREUND (G.), « Propos sur la représentativité syndicale », *Dr. soc.* 1988, p. 476.

³⁹³ VERDIER (J.-M.), « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicale », *Dr. soc.* 1991, p. 5.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

syndicat présumé représentatif ne dispose pas toujours du soutien d'une majorité de salariés. Malgré tout, il peut juridiquement représenter et engager les salariés.

112 - Si dans la plupart des formes que revêt la représentation syndicale, cette absence de concordance entre volonté des représentés et des représentants ne pose aucune difficulté, il n'en va pas de même pour la représentation exercée par les syndicats dans la négociation collective. Dans ce domaine, la collectivité est nécessairement engagée par l'acte passé par le syndicat. Dans un contexte de progrès social, l'éventuelle discordance pouvant exister entre volonté des représentés et des représentants n'est pas problématique puisqu'un nouvel accord ne peut qu'octroyer des avantages supplémentaires aux salariés. Cependant, dans le contexte actuel où la dérogation est le principe, les représentants syndicaux doivent justifier du soutien d'une majorité des salariés. Majorité que le concept de représentativité, à lui seul, était incapable de matérialiser³⁹⁴. En effet, les anciennes règles relatives à la représentativité syndicale étaient inaptes à faire coïncider les volontés des syndicats et des salariés, notamment dans la négociation collective d'entreprise.

Si la représentativité demeure une qualité nécessaire à l'exercice de la représentation de l'intérêt collectif (1), elle est insuffisante pour justifier l'engagement des salariés représentés (2).

1. Une qualité nécessaire à la représentation de l'intérêt collectif

113 - La représentativité est une qualité permettant au syndicat de représenter l'intérêt collectif des salariés. Cette représentation d'un intérêt collectif, transcendant la somme des intérêts individuels, se fonde sur les lois de 1884³⁹⁵, de 1920³⁹⁶ et de 1982³⁹⁷. Il résulte de ces textes qu'un syndicat « représente les intérêts matériels et moraux, tant

³⁹⁴ La loi du 20 août 2008 a remédié à cette difficulté en instituant sept critères de représentativité dont un seuil minimal d'audience. En dessous de ce seuil, le syndicat ne peut en aucun cas être reconnu représentatif. Le seuil d'audience est fixé à 10% au niveau des entreprises et à 8% aux niveaux des branches et interprofessionnel. Cf. les articles L 2122-1, L 2122-5, L 2122-6 et L 2122-9 du Code du travail.

³⁹⁵ Loi Waldeck-Rousseau du 21 mars 1884, relative aux syndicats professionnels, *J.O.* du 22 mars 1884 p. 1577.

³⁹⁶ Loi du 12 mars 1920 relative à l'extension de la capacité civile des syndicats, *J.O.* du 14 mars 1920 p. 4179.

³⁹⁷ Loi n°82-957 du 13 novembre 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, *J.O.* du 14 novembre 1982 p. 3414.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

individuels que collectifs des personnes visées par leur statut »³⁹⁸. Lorsque ce même syndicat est qualifié de représentatif, il a vocation à représenter les intérêts de toute la collectivité dans laquelle il est institué. Ainsi, cette qualité autorise le syndicat à représenter une collectivité plus large que celle formée par ses membres ou adhérents.

114 - Afin d'éviter toute discordance entre les actes passés par le représentant et la volonté de la collectivité représentée, la jurisprudence a institué un mécanisme dénommé "principe de concordance"³⁹⁹. Ce principe consiste à examiner le caractère représentatif d'un syndicat « dans le cadre (branche entreprise, etc.) que vise la disposition dont l'application est en cause »⁴⁰⁰. Ainsi, la jurisprudence a décidé, à propos de l'élection professionnelle, que « les critères de représentativité d'un syndicat s'apprécient dans le cadre de l'institution où sont organisées les élections et à la date de celle-ci »⁴⁰¹. Plus précisément, ce principe de concordance oblige à examiner la représentativité d'un syndicat dans le cadre professionnel et territorial dans lequel cette qualité est requise pour l'exercice de prérogatives. Cette précision tenant au champ territorial et professionnel explique que la jurisprudence refuse de reconnaître automatiquement la représentativité d'un syndicat dans tous les établissements d'une entreprise dans laquelle cette qualité lui a été octroyée⁴⁰².

Ce principe de concordance a pour effet d'appliquer les mêmes critères à tous les niveaux professionnels et territoriaux. Les cinq critères posés par la loi du 11 février 1950 à l'article L 133-2 de l'ancien Code du travail⁴⁰³, conçus pour apprécier la représentativité au niveau national, ont été appliqués de manière uniforme à tous les niveaux de négociation (national interprofessionnel, national de branche et entreprise).

³⁹⁸ Cet objet figure à l'art. L 2131-1 C. trav.

³⁹⁹ Cf. notamment Cass. soc. 25 janvier 2006, 3 arrêts, *Bull. civ. V*, n° 35, *RJS* 5/06, n° 598. La Cour rappelle le principe selon lequel « les organisations syndicales ne bénéficiant pas de la présomption légale de représentativité doivent, pour désigner un délégué syndical et un représentant syndical au sein d'un établissement de l'entreprise, établir leur représentativité dans cet établissement ».

⁴⁰⁰ PELISSIER (J.), SUPIOT (A.), JEAMMAUD (A.), *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis 24^{ième} éd., n°834.

⁴⁰¹ Cass. Soc. 18 juillet 2000, *TPS* 2000, comm. 325, *Bull. civ. V*, n° 299.

⁴⁰² Cass. soc. 9 mars 1972, *Dr. ouv.* 1972, p. 194 « La représentativité reconnue à un syndicat dans l'entreprise n'implique pas la représentativité dans tous les établissements de cette dernière ». Cette solution présente une certaine ambiguïté. Soit, les juges ont estimé qu'un syndicat reconnu représentatif au niveau de l'entreprise ne disposait pas nécessairement de cette qualité dans les établissements la composant, soit au contraire qu'un syndicat pouvait être reconnu représentatif au niveau de l'entreprise alors qu'il ne l'était pas dans les différents établissements.

⁴⁰³ Art. L 2121-1 actuel.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

L'inadéquation de ces critères dans l'entreprise s'est manifestée par la recherche d'autres critères tels que l'audience et l'activité réelle du syndicat. Ces nouveaux critères, plus adaptée, ont pour mérite d'opérer un certain rapprochement entre la collectivité des salariés de l'entreprise et leur représentant syndical. Cependant, se référer aux résultats obtenus aux élections professionnelles pour apprécier la représentativité d'un syndicat n'est pas satisfaisant. En effet, ce dernier doit être d'ores et déjà représentatif pour pouvoir déposer des listes de candidats au premier tour des élections professionnelles. Cette incohérence explique en partie l'effort législatif qui a été fait pour stimuler et favoriser l'implantation syndicale dans l'entreprise. La loi du 20 août 2008 a mis fin à cette incohérence en autorisant tout syndicat représentatif (représentativité prouvée ou présumée) mais aussi tout syndicat respectant les valeurs républicaines, indépendant, légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés⁴⁰⁴ à déposer des listes de candidats au premier tour des élections professionnelles.

115 - En définitive, la représentativité syndicale a pour principal objet d'organiser la représentation des intérêts des salariés. Elle n'a pas pour but de rechercher l'adéquation entre les aspirations des salariés et l'activité des syndicats représentatifs⁴⁰⁵. Cela pose des difficultés lorsque le syndicat signe un accord collectif qui a vocation à engager tous les salariés. Il est donc nécessaire de repenser les règles relatives à la représentativité de manière à recréer une complémentarité entre volonté des représentés et action des représentants.

116 - La loi du 20 août 2008 recrée une concordance entre volonté des salariés et actions des représentants syndicaux. Cette loi impose que les délégués syndicaux aient

⁴⁰⁴ Les articles L 2314-3 et L 2324-4 C. trav. prévoient que sont informées, par voie d'affichage, de l'organisation des élections et invitées à négocier le protocole d'accord préélectoral et à établir les listes de leurs candidats aux fonctions de délégués du personnel (ou de représentants du personnel au comité d'entreprise) les organisations syndicales qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés. Ces textes prévoient également que « les organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement, celles ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement, ainsi que les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel y sont également invités par courrier ».

⁴⁰⁵ BORENFREUND (G.), *op. cit.*, p. 477.

été présentés sur une liste électorale de comité d'entreprise ou de délégué du personnel et aient recueillis au moins 10% des suffrages exprimés⁴⁰⁶.

2. Une qualité insuffisante pour la représentation liée à la négociation

117 - La représentativité est la condition essentielle permettant à une organisation de négocier et de conclure une convention ou un accord collectif. L'article L 2231-1 du Code du travail pose la condition de représentativité pour toute convention et accord collectif. Comme toute autre forme de représentation syndicale, la représentation exercée dans le cadre de la négociation collective par les délégués syndicaux constitue une représentation d'intérêts. Cependant, cette représentation d'intérêt est, selon le professeur Borenfreund, une représentation d'intérêts de type particulier⁴⁰⁷. En effet, la représentation d'un intérêt collectif n'a de sens que lorsque la collectivité comporte suffisamment d'individus pour qu'une volonté unanime ne puisse pas clairement se dégager. Le concept d'intérêt collectif constitue alors un intérêt transcendant, différent de l'intérêt général et ne se réduisant pas à la somme des intérêts individuels des membres de la collectivité⁴⁰⁸. Or, dans la négociation collective, les actes passés par le ou les syndicats représentatifs signataires s'appliquent à la collectivité dans son ensemble⁴⁰⁹. Ainsi, les relations existant entre les salariés (les représentés) et les organisations syndicales (les représentants) peuvent s'analyser sous l'angle d'une représentation d'intérêts se rapprochant d'une représentation de personnes.

118 - Le caractère représentatif d'un syndicat suffit-il à engager l'ensemble des salariés représentés ? Au niveau national interprofessionnel et de branche, la représentativité d'une organisation syndicale suffit parce que les accords conclus à ces niveaux n'ont pas pour objet de créer des obligations à la charge des salariés. Cependant, compte tenu du caractère potentiellement dérogatoire des accords d'entreprise, il est nécessaire que la capacité à représenter (représentativité) soit confirmée par l'assentiment majoritaire des salariés. Pourtant, si un syndicat peut

⁴⁰⁶ Cf. art. L 2122-1 C. trav.

⁴⁰⁷ BORENFREUND (G.), « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. soc.* 1991, p. 685.

⁴⁰⁸ *Id.*, p. 687.

⁴⁰⁹ Rappelons à ce stade que la collectivité de salariés est bien titulaire du droit à la négociation alors que les syndicats représentatifs n'en sont que les agents d'exécution. Cf. MORIN (M-L.), « Des titulaires du droit à la négociation d'entreprise », *Dr. soc.* 1988, p. 24.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

représenter les intérêts collectifs et individuels des personnes visées par ses statuts, le syndicat représentatif peut, en plus, représenter l'intérêt collectif de la collectivité comprise dans son champ d'application territorial et professionnel. Ainsi, un syndicat représentatif au niveau de l'entreprise a vocation à représenter tous les salariés de cette dernière même si aucun lien juridique direct n'existe entre eux. En réalité, il existe un lien juridique indirect unissant la collectivité des salariés au syndicat : la représentativité. Ce concept a pour fonction de vérifier que les organisations syndicales représentatives recueillent l'assentiment des salariés composant cette collectivité. Cependant, dès lors que la représentativité est présumée et non plus vérifiée, le lien juridique tend parfois à disparaître. En ne vérifiant plus que le syndicat désignataire remplit les critères de représentativité, on ne se préoccupe plus du lien qui doit nécessairement exister entre la collectivité représentée et le ou les représentants. De plus, cela rompt l'égalité entre les centrales syndicales reconnue irréfablement représentatives et celles qui doivent apporter la preuve de leur représentativité. Les organisations non présumées représentatives doivent ainsi démontrer l'existence de liens unissant le syndicat à la collectivité des salariés. En conséquence, les organisations syndicales présumées représentatives disposent d'une légitimité moins importante que celle dont bénéficient les syndicats ayant prouvé leur représentativité. Afin d'éviter que se creuse l'écart entre représentativité présumée et représentativité prouvée, le législateur et les juges ont accordé une place centrale au critère de l'audience.

Le critère de l'audience, c'est-à-dire de l'influence quantitative qu'exerce un syndicat auprès des salariés et mesurée généralement par les résultats obtenus lors des élections professionnelles, a été reconnu très tôt pour apprécier la représentativité au niveau national⁴¹⁰ et est devenu le critère le plus praticable au niveau de l'entreprise. Dès 1952, la chambre sociale a admis la représentativité d'un syndicat d'entreprise fondée sur des élections de comité d'entreprise au motif que « ce critère mérite d'être retenu à raison même de son importance »⁴¹¹. Au niveau de l'entreprise, le critère de l'audience permet de vérifier que le délégué syndical agit en conformité avec les aspirations des salariés. En effet, lorsqu'un syndicat agit conformément aux attentes des salariés, ce dernier a de fortes chances d'obtenir de bons résultats aux élections

⁴¹⁰ CE 6 juin 1947, Cadres de l'assurance, *Rec. Lebon*, p. 252.

⁴¹¹ Cass. soc. 27 mars 1952, *Bull. civ. V*, n° 257; *Dr. soc.* 1952, p. 398.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

professionnelles suivantes. Ainsi, le critère de l'audience permet d'abord, à un syndicat ne bénéficiant pas de la présomption de représentativité de faire la preuve de sa légitimité. Il permet ensuite, aux syndicats présumés représentatifs de voir leur légitimité confirmée ou renforcée. Le critère de l'audience rééquilibre la capacité à représenter entre les syndicats présumés représentatifs et les autres. De plus, l'audience permet de vérifier la coïncidence existant entre la volonté de la collectivité des salariés (titulaire du droit à la négociation collective) et celle du syndicat (agent d'exercice de ce droit). Avant l'entrée en vigueur des lois du 4 mai 2004 et du 20 août 2008, un syndicat représentatif par affiliation, même s'il ne recueillait qu'une infime partie des voix exprimées aux élections professionnelles, pouvait, à lui seul, négocier et conclure une convention ou un accord collectif qui avait vocation à s'appliquer à tous les salariés de l'entreprise.

Pour éviter le développement d'accords minoritaires (signés par des syndicats ne représentant qu'une minorité de salariés), la loi du 4 mai 2004 a modifié les règles de conclusion des accords collectifs en introduisant le principe de l'accord majoritaire. La validité des conventions ou accords collectifs d'entreprise est conditionnée soit par une signature majoritaire, soit par l'absence d'opposition majoritaire. Autrement dit, tout accord doit soit être signé par une ou plusieurs organisations syndicales ayant recueillis la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles soit, ne pas avoir fait l'objet d'une opposition par ces mêmes organisations⁴¹². Ces règles de conclusions ou d'opposition majoritaire permettent de vérifier qu'il existe des liens suffisants entre les représentés et le ou les représentants.

119 - Les partenaires sociaux⁴¹³ puis le gouvernement⁴¹⁴ ont décidé que seul le principe de la majorité d'engagement pouvait conférer une réelle légitimité aux conventions et accords collectifs de travail. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, un accord n'est valable que si le ou les signataires représentent au moins

⁴¹² Art. 37 de la loi n°2004-391 du 4 mai 2004, *J.O.* 5 mai 2004, introduisant l'art. L 132-2-2 III du Code du travail. Cet article a été découpé lors de la recodification et se retrouve aux art. L 2232-2 et s. C. trav.

⁴¹³ Position commune du 9 avril 2008.

⁴¹⁴ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *J.O.* n° 0194 du 21 août 2008 p. 13064, texte n° 1.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

30% des salariés au regard de résultats obtenus au premier tour des dernières élections professionnelles⁴¹⁵.

Même si la majorité d'engagement est une règle de conclusion conférant une importante légitimité à l'accord collectif, cette légitimité doit continuer à trouver sa source dans la représentativité des organisations signataires. En définitive, légitimité doit être systématiquement examinée dès lors que l'acte effectué par le représentant est susceptible de créer des obligations à la charge des représentés. Le principe majoritaire apparaît ainsi comme le moyen de confirmer la légitimité syndicale dans la négociation collective (acte qui engage le plus les salariés).

Devant l'importance de l'audience dans l'appréciation de la légitimité des accords collectifs, les élections professionnelles ont désormais un triple objet. D'abord, elles ont vocation à choisir les représentants élus du personnel. Ensuite, elles servent à apprécier la légitimité des organisations syndicales présentes dans l'entreprise. Et enfin, elles rendent compte de la capacité de ces mêmes organisations à engager la collectivité des salariés. Ainsi, les salariés doivent mesurer l'importance que revêt l'élection de leurs délégués du personnel ou de leurs représentants au comité d'entreprise.

120 - La création et le développement de la représentativité présumée a provoqué une rupture entre la représentation et la qualité nécessaire à son exercice. La représentation syndicale dans la négociation collective s'est progressivement éloignée de la classique représentation d'intérêts pour se rapprocher d'une représentation de personnes. Une telle représentation nécessite que le représentant soit réellement représentatif de la collectivité représentée. Or, la représentativité présumée ne rend pas toujours compte de la représentativité réelle du représentant (syndicat). Les organisations syndicales présumées représentatives ne disposent donc pas d'une capacité suffisante pour représenter les salariés dans la négociation collective.

⁴¹⁵ Le nouvel article L 2232-12 C. trav. dispose que « 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 » et que « L'opposition est exprimée dans un délai de huit jours à compter de la date de notification de cet accord ».

121 - Le principe de conclusion majoritaire des accords collectifs apporte un léger correctif à cette césure entre représentativité réelle et présumée. Il permet de vérifier que le syndicat présumé représentatif dispose réellement d'une capacité à représenter et qu'il agit avec l'appui ou l'assentiment de la collectivité. La rupture entre représentation et représentativité dans le processus de négociation est principalement due à la présomption de représentativité accordée aux cinq grandes centrales syndicales mais aussi, à la volonté de favoriser et de stimuler l'implantation syndicale dans l'entreprise.

II. L'implantation syndicale dans l'entreprise, cause de séparation de ces concepts

122 - Avant la loi du 27 décembre 1968, le mouvement syndical était principalement organisé en dehors de l'entreprise. Cependant, les organisations syndicales représentatives disposaient d'un monopole de présentation des candidats au premier tour des différentes élections professionnelles d'entreprise. L'ordonnance du 22 février 1945 et la loi du 16 avril 1946, modifiées par la loi du 7 juillet 1947, ont fait une large place au syndicat dans l'entreprise tout en respectant la fiction selon laquelle l'entreprise était un terrain "neutre". Cette position, proche du système allemand, a été remise en cause en 1968 lorsque le législateur a décidé de permettre l'implantation des organisations syndicales dans l'entreprise. Le professeur Mazeaud a souligné que la loi du 27 décembre 1968 a mis fin au paradoxe de l'implantation syndicale⁴¹⁶. Cependant le législateur et les organisations syndicales ne se doutaient pas des conséquences que cette loi allait avoir sur le mouvement syndical dans son ensemble. À l'origine, le syndicat constituait l'expression finalisée de l'intention d'un certain nombre de personnes de se regrouper en vue de défendre un intérêt collectif. La création d'une identité collective était le préalable à tout mouvement syndical dans l'entreprise. Un syndicat, même légalement formé⁴¹⁷, devait, pour s'implanter dans l'entreprise, développer une certaine activité d'information, de défense et surtout essayer de

⁴¹⁶ MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, 6^e éd., Montchrestien 2008, n°282.

⁴¹⁷ Un syndicat est légalement formé dès lors qu'il a un objet professionnel (conformément aux stipulations de l'art. L 2131-1C. trav.) et que ses statuts et les noms de ceux qui sont chargés de l'administration ou de la direction ont été déposés auprès des services de la mairie (art. L 2131-3 C. trav.).

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

canaliser les volontés des salariés. Une fois ce travail effectué, le syndicat devait justifier du soutien des salariés pour être reconnu représentatif. Ce n'est qu'après avoir été reconnu représentatif que le syndicat pouvait constituer une section syndicale d'entreprise et désigner un délégué syndical. Le syndicat bénéficiait alors d'une réelle représentativité et le délégué qu'il désignait jouissait d'une légitimité proche de celle d'un élu.

Devant la durée et la difficulté de s'implanter dans l'entreprise, le législateur et la jurisprudence ont facilité cette implantation. Dans un premier temps, le législateur a décidé de doter d'une représentativité irréfragable les cinq grandes confédérations et tous les syndicats qui y sont affiliés par un arrêté du 3 mars 1966 (1). Dans un second temps, la jurisprudence a reconnu au syndicat représentatif la faculté de créer une section syndicale sans adhérent (2).

Le législateur et la jurisprudence ont ainsi sacrifié la complémentarité originale existant entre représentation et représentativité sur l'autel de l'implantation syndicale dans l'entreprise. Cette politique a progressivement conduit à remettre en question la capacité à représenter des syndicats.

A. La consécration légale de la représentativité par affiliation

123 - Dès la négociation des accords de Grenelle, les cinq centrales syndicales nationales les plus représentatives ont souhaité que leur soit reconnu, de manière exclusif, l'exercice du droit syndical dans l'entreprise. Le projet de protocole d'accord du 27 mai 1968 a prévu « la liberté de constitution de sections syndicales d'entreprise à partir des organisations syndicales représentatives au niveau national »⁴¹⁸. Cependant, la loi du 27 décembre 1968 s'est avérée plus respectueuse de la tradition syndicale française et du principe d'égalité et a accordé à tous les syndicats la faculté de se constituer dans l'entreprise, mais en laissant aux seuls syndicats représentatifs le bénéfice des avantages et des principales prérogatives prévues par le Code du travail. Un syndicat nouvellement constitué dans l'entreprise ne pouvait pas représenter les salariés. Pour obtenir la capacité à représenter, il devait soit apporter la preuve de sa représentativité dans l'entreprise dans laquelle il s'était constitué soit, s'affilier à l'une des centrales reconnues représentative au niveau national afin de bénéficier de la

⁴¹⁸ CATALA (N.), *Traité de droit du travail, L'entreprise*, publié sous la direction de G. H. CAMERLYNCK, Tome 4, Dalloz 1980, p. 755.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

présomption irréfragable de représentativité. L'article L 2122-1 du Code du travail disposait que « tout syndicat affilié à une organisation représentative sur le plan national est considéré comme représentatif dans l'entreprise ». A ainsi été reconnue un privilège au profit des organisations syndicales énumérées par l'arrêté ministériel du 31 mars 1966⁴¹⁹. Cette représentativité par affiliation ou par irradiation, présentant l'avantage de ne pas accentuer le morcellement du mouvement syndical, a progressivement été généralisée à quasiment toutes les prérogatives syndicales⁴²⁰. Jusqu'à la loi du 28 octobre 1982, la présomption de représentativité n'était que simple (c'est-à-dire qu'elle pouvait être combattue par la preuve contraire). Depuis le 30 octobre 1982, cette présomption est devenue irréfragable. La chambre sociale de la Cour de cassation a confirmé que les organisations syndicales déclarées représentatives sur le plan national par l'arrêté du 31 mars 1966 bénéficiaient d'une présomption irréfragable de représentativité pour les élections de délégués du personnel dans une entreprise⁴²¹. Il en a été de même pour les élections de comité d'entreprise⁴²².

124 - La représentativité par affiliation était devenue le principe et la représentativité prouvée l'exception. Pour preuve, son champ d'application touchait les élections professionnelles⁴²³, la négociation collective⁴²⁴ et toutes les prérogatives syndicales reconnues au niveau de l'entreprise⁴²⁵.

La difficulté de la représentativité présumée résidait dans la mise à l'écart du principe de concordance qui obligeait à apprécier la représentativité d'un syndicat dans

⁴¹⁹ Cet arrêté déclare représentatives la CGT, la CGT-FO, la CFDT, la CFTC et, pour les cadres, la CFE-CGC qui n'avait pas été reconnue représentative au niveau national par la décision ministérielle du 8 avril 1948. Cet arrêté a été pris pour déterminer les organisations syndicales capables de négocier et de conclure les accords nationaux. Il prévoyait également pour la conclusion d'accords nationaux de branche, « sont représentatives les organisations nationales de salariés affiliées aux cinq confédérations précitées ». Ce texte semble donc limiter la portée de la représentativité par affiliation à la conclusion de conventions et accords de branche nationaux. Les juges, écartant l'interprétation stricte de ce texte, en ont fait le support de la représentativité par affiliation dans tous les domaines prévus par la loi.

⁴²⁰ Loi n° 82-915, *J.O.* du 29 octobre 1982.

⁴²¹ Cass. soc. 7 juillet 1983, *Bull. civ. V*, n° 431 ; *Dr. soc.* 1984, p. 86, 1^{re} esp., obs. J. SAVATIER.

⁴²² Cass. soc. 23 juin 1983, *Bull. civ. V*, n° 359 ; *JCP E* 1984, I, n° 13087, p. 38, obs. B. TEYSSIE. Cet arrêt pose en principe que « la présomption de représentativité formulée à l'article L 433-2 al. 2 du Code du travail présente un caractère irréfragable ».

⁴²³ Art. L 2122-1 pour les élections de délégués du personnel et pour les élections de CE.

⁴²⁴ Art. L 2231-1 C. trav.

⁴²⁵ Art. L 2122-1 C. trav. « Tout syndicat professionnel affilié à une organisation représentative au niveau national est considéré comme représentatif dans l'entreprise. La représentativité des autres syndicats est appréciée conformément aux dispositions de l'article L 2121-1 ».

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

son champ d'implantation et/ou d'action. L'application de ce principe permettait de n'accorder la capacité à représenter qu'aux syndicats ayant prouvé leur aptitude à représenter les salariés. L'application de ce principe ne valait que pour les syndicats non affiliés à l'une des cinq grandes centrales syndicales. Les syndicats affiliés à une organisation représentative nationale tiraient leur capacité à représenter de la représentativité de la confédération à laquelle ils étaient affiliés. La jurisprudence décidait que tout syndicat affilié à une organisation représentative au plan national était également considéré comme représentatif « peu important qu'il le soit ou non en fait dans l'entreprise »⁴²⁶.

Cet arrêt, confirmé de manière constante par la suite, appelait deux remarques. La première tenait à la distinction qu'opèrent les juges entre représentativité de fait et représentativité de droit. Il apparaissait clairement qu'un syndicat d'entreprise pouvait être représentatif en droit et exercer toutes les prérogatives et actes de représentation que lui ouvrait le Code du travail, alors même que ce syndicat n'était pas réellement représentatif dans l'entreprise. Cette distinction accentuait significativement la rupture entre représentativité et représentation. La seconde remarque tenait plus à la portée conférée à cet arrêt. La formulation semblait suffisamment générale pour englober toutes les prérogatives qu'exerçait le syndicat représentatif au niveau de l'entreprise.

Le développement de la représentativité présumée et la mise à l'écart du principe de concordance ont entraîné une rupture d'égalité entre syndicats représentatifs. Dans certaines entreprises, l'intérêt collectif des travailleurs était représenté par un syndicat présumé représentatif n'ayant qu'une assise et une légitimité fictive. Le professeur Borenfreund a été le premier à relever l'incohérence de cette présomption de représentativité. Ayant préalablement montré que la relation entre le concept de représentation et celui de représentativité était distendue, il avait souligné avec force que cette « prise de distance » avait atteint son point culminant avec la reconnaissance de la représentativité présumée⁴²⁷. Cette remarque était d'autant plus justifiée que la représentativité était initialement « une technique destinée à faire éclore l'aptitude véritable à représenter et à légitimer l'acte de représentation »⁴²⁸. La représentativité ne

⁴²⁶ Cass. soc. 28 juin 1978, *Bull. civ. V*, n° 534.

⁴²⁷ BORENFREUND (G.), « Propos sur la représentativité syndicale », *Dr. soc.* 1988, p. 476.

⁴²⁸ BORENFREUND (G.), *op. cit.*, p. 481.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

pouvait s'acquérir que grâce à une manifestation de volonté des salariés dont les intérêts étaient représentés.

125 - Cette dernière affirmation nous a amené à envisager la problématique de la légitimité des organisations présumées représentatives dans l'entreprise. Cette dernière n'est apparue que lorsque les syndicats présumés représentatifs ont eu la possibilité de négocier et conclure des conventions ou accords collectifs d'entreprise moins favorables aux salariés. À l'évidence, la représentativité par affiliation n'était pas systématiquement synonyme de légitimité. En effet, si la légitimité s'entend « comme la qualité des représentants qui exercent leurs pouvoirs en conformité avec les aspirations de ceux au nom desquels ils agissent »⁴²⁹, les liens qui doivent exister entre le groupe et ses représentants font alors cruellement défaut dans la représentation syndicale d'entreprise. Ainsi, les syndicats présumés représentatifs en droit, mais qui ne le sont pas en fait dans l'entreprise ne disposent d'aucune légitimité pour représenter l'intérêt collectif des salariés à ce niveau. Cette incohérence a également été relevée par le professeur Supiot qui a écrit que « les parties à la négociation doivent représenter fidèlement les aspirations de leur base »⁴³⁰. Comment un syndicat peut-il fidèlement représenter les aspirations des salariés de l'entreprise alors que ce dernier n'est pas réellement représentatif à ce niveau et ne représente les salariés que grâce à son affiliation à une organisation nationale représentative ? En matière de négociation collective, il aurait été plus satisfaisant de considérer la présomption de représentativité comme une présomption simple. Une telle position aurait permis de s'assurer que le représentant disposait d'une réelle capacité ou d'une réelle légitimité pour signer un acte susceptible d'engager toute la collectivité⁴³¹. Cet argument a malheureusement été rejeté par le Conseil d'État, qui dans un avis du 23 novembre 1978, a considéré que « le syndicat affilié à une organisation représentative au plan national a de plein droit qualité pour négocier une convention »⁴³². La Cour de cassation a également admis que « les organisations affiliées aux grandes confédérations et non aux simples fédérations

⁴²⁹ BORENFREUND (G.), « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. soc.* 1991, p. 685.

⁴³⁰ SUPIOT (A.), « Les syndicats et la négociation collective », *Dr. soc.* 1983, p. 63.

⁴³¹ DESPAX (M.), « La représentativité des organisations syndicales au regard du droit des conventions collectives », *Dr. soc.* 1979, p. 229.

⁴³² *Dr. soc.* 1979, p. 226.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

bénéficient d'une présomption irréfragable de représentativité ne pouvant pas être combattue même lorsqu'elle est démentie dans les faits »⁴³³. Cette discordance entre capacité réelle à représenter des organisations syndicales (représentativité prouvée) et capacité juridique présumée s'est accentuée lorsqu'une organisation, minoritaire et n'étant représentatives que par son affiliation, a été autorisée à signer seule un accord moins favorable aux salariés.

126 - La présomption de représentativité constitue le facteur principal de division entre représentativité et représentation. Néanmoins, la jurisprudence, en n'exigeant plus pour la création d'une section syndicale que soit rapportée la preuve d'un nombre suffisant d'adhérents, a contribué à renforcer cette rupture⁴³⁴. La loi du 20 août 2008 a modifié les règles relatives à la section syndicale et a imposé que soit rapportée la preuve de la présence de « plusieurs adhérents »⁴³⁵. Ainsi, le législateur recrée des liens entre les salariés (les représentés) et leurs représentants (les syndicats). Cela confère plus de légitimité à l'action syndicale.

B. La consécration jurisprudentielle de la section syndicale sans adhérent

127 - Si la légitimité d'un représentant repose sur l'existence de liens suffisants entre ce dernier et la collectivité qu'il a vocation à représenter, le délégué syndical ne peut être désigné que lorsque de tels liens commencent à se développer. Or, c'est la création préalable d'une section syndicale qui a vocation à rendre compte de cette intention de

⁴³³ Cass. soc. 9 décembre 1982, *Bull. civ. V*, n°700. Plus récemment, Cass. soc. 4 mai 1994, *Bull. civ. V*, n°163 ; RJS 6/94, n°721. En l'espèce, il est décidé qu'un syndicat de journalistes, affilié à une confédération ne figurant pas à la liste de l'arrêt du 3 mars 1966, n'est pas fondé à se prévaloir de la présomption irréfragable de représentativité.

⁴³⁴ ARSEGUEL (A.), « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », *Mélanges DESPAX*, PUSS TOULOUSE 2002, p. 401.

⁴³⁵ Le nouvel article L 2142-1 du Code du travail dispose que « Dès lors qu'ils ont **plusieurs adhérents** dans l'entreprise ou dans l'établissement, chaque syndicat qui y est **représentatif**, chaque syndicat **affilié à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel** ou chaque organisation syndicale **qui satisfait aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance et est légalement constituée depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise concernée** peut constituer au sein de l'entreprise ou de l'établissement une section syndicale qui assure la représentation des intérêts matériels et moraux de ses membres conformément à l'article L 2131-1. »

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

se regrouper en vue d'exercer une action syndicale commune⁴³⁶. Ce n'est qu'une fois ce groupement solidement implanté au sein de la collectivité qu'elle peut se doter d'un représentant : le délégué syndical. Cette logique donnant une légitimité sociologique incontestable au délégué syndical a été remise en cause par la jurisprudence puis par le législateur.

128 - Dès 1970, la Cour de cassation a admis que la désignation du délégué syndical emportait création de la section syndicale, laquelle n'était soumise à aucune forme légale⁴³⁷. Selon cette jurisprudence, un syndicat pouvait valablement désigner un délégué syndical dans une entreprise comptant au moins 50 salariés et cette désignation valait constitution de la section syndicale. Cette solution, non conforme à la loi de 1968⁴³⁸, a été abandonnée. La chambre sociale a exigé dès 1973 la création d'une section syndicale préalable à la désignation d'un délégué syndical. Cependant, devant les difficultés liées à l'implantation syndicale dans les entreprises, la Cour de cassation a de nouveau assoupli sa position en validant la désignation d'un délégué syndical alors même que la section n'était qu'en voie de formation. Cette solution a été saluée par le professeur Jean Savatier⁴³⁹. Dans ses observations relatives à l'arrêt du 14 février 1973, il a souligné que « la Cour de Cassation peut s'appuyer sur la lettre de la loi qui ne prévoit la désignation du délégué que par chaque syndicat représentatif et ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise [mais que] cette interprétation littérale nous paraît contraire aux finalités du texte »⁴⁴⁰.

Le législateur, tenant à la fois compte des difficultés d'implantation des syndicats dans l'entreprise et des conséquences néfastes d'une jurisprudence fluctuante, a décidé d'intervenir. La loi du 28 octobre 1982 a modifié les règles posées aux articles L 412-10⁴⁴¹ et L 412-11⁴⁴² (ancienne codification) de manière à faire disparaître le caractère

⁴³⁶ L'article 8 de la loi de 1968 disposait à ce titre que « chaque syndicat ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise désigne un ou plusieurs délégués syndicaux pour le représenter auprès du chef d'entreprise ».

⁴³⁷ Cass. soc. 12 février 1970, *Dr. soc.* 1970, p. 233, note J. SAVATIER.

⁴³⁸ Loi n° 68-1179 du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises, *J.O.* du 31 décembre 1968, p. 12403.

⁴³⁹ Cass. soc. 14 février 1973, *Cabannes c/ Ets Cazenave*, *Dr. soc.* 1973, p. 381, obs. J. SAVATIER.

⁴⁴⁰ *Ibid.*

⁴⁴¹ Nouvel art. L 2142-10 C. trav.

⁴⁴² Nouvel art. L 2143-3 C. trav.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

préalable de la constitution de la section syndicale. Ainsi, l'article L 412-11, ancienne codification, disposait que chaque syndicat représentatif qui constituait une section syndicale pouvait désigner un ou plusieurs délégués syndicaux pour le représenter auprès du chef d'entreprise. La jurisprudence n'a plus subordonné la désignation d'un délégué syndical à la création d'une section syndicale et a affirmé en 1983 qu'il suffisait que « le syndicat constitue la section au moment de la désignation »⁴⁴³. La revendication des syndicats visant à favoriser l'implantation syndicale était satisfaite. Un syndicat représentatif pouvait désigner un délégué syndical dans une entreprise comptant 50 salariés et cette désignation était le premier élément attestant de l'existence d'une section syndicale. Cependant, la désignation d'un délégué syndical était insuffisante, il fallait encore prouver l'existence de la section. La preuve parfaite résidait dans l'existence au sein de l'entreprise d'un groupe de travailleurs ayant adhéré au syndicat ou ayant manifesté son soutien au syndicat, notamment en votant pour la liste qu'il présente aux élections professionnelles. Les juges, conformément aux règles relatives à la charge de la preuve et au principe du contradictoire, ont continué d'exiger que soit fournie par le syndicat la liste nominative des adhérents composant la section et que cette liste soit transmise à l'employeur. Devant le risque de représailles de l'employeur à l'égard des syndiqués, la jurisprudence a admis que la liste des adhérents de la section ne soit pas communiquée à l'employeur lorsque le syndicat était en mesure de prouver l'existence d'un tel risque⁴⁴⁴. Cette solution traduisait un compromis fragile entre les deux libertés fondamentales que sont le principe du contradictoire et le principe de la liberté syndicale emportant celui du secret de l'appartenance syndicale. Ce compromis a été vivement critiqué par le professeur Verdier qui souhaitait que le principe du secret de l'appartenance syndicale prévale⁴⁴⁵. Prenant acte de ces risques de représailles et des difficultés rencontrées par les syndicats pour les établir, la jurisprudence a clairement tranché en faveur de la liberté syndicale en décidant que « lorsqu'un syndicat représentatif désigne un délégué syndical dans une entreprise qui

⁴⁴³ Cass. soc. 20 juillet 1983, *Dr. soc.* 1983, p. 77, obs. J. SAVATIER.

⁴⁴⁴ Cass. soc. 12 janvier 1993 et Cass. soc. 4 mai 1993, *CSBP* n°48, A 13, p. 69 ; *Dr. soc.* 1993, p. 869, note J.-M. VERDIER.

⁴⁴⁵ VERDIER (J.-M.), « Secret et principe du contradictoire : la liberté syndicale en question ? », *Dr. soc.* 1993, p. 886.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

emploi au moins 50 salariés, l'existence d'une section syndicale est établie par cette seule désignation »⁴⁴⁶.

129 - Cette solution facilitait l'implantation syndicale dans l'entreprise tout en évitant les éventuelles représailles de l'employeur. Cependant, poser en principe que la désignation du délégué syndical valait création de la section syndicale emportait des conséquences néfastes sur la légitimité syndicale et plus particulièrement sur la représentativité réelle. Sans remettre en question les avancées considérables attachées à cette jurisprudence, nous avons cherché à évaluer les conséquences d'une telle position sur les relations existantes entre représentation et représentativité et donc, *in fine*, sur la légitimité du syndicat à représenter la collectivité ou l'intérêt collectif des salariés de l'entreprise.

En ayant reconnu l'existence d'une section syndicale d'entreprise du fait de la seule désignation d'un délégué syndical par une organisation syndicale représentative, la jurisprudence n'a plus exigé que le syndicat ait à rapporter la preuve de l'existence d'une telle section en divulguant le nom des salariés affiliés. La possibilité pour l'employeur de contester la désignation d'un délégué syndical a ainsi été restreinte. Il ne pouvait plus que contester son absence de représentativité et non plus l'absence de section syndicale préalable ou concomitante⁴⁴⁷. Cette solution, respectueuse du principe du secret de l'adhésion syndicale, a surtout permis de mettre à l'abri des représailles les membres de la section syndicale. Cette orientation jurisprudentielle présentait également pour avantage de stimuler et de favoriser l'implantation syndicale dans l'entreprise. Comme l'a souligné le professeur Verdier, « la section syndicale étant constituée au moins à partir de la désignation du délégué syndical, les moyens reconnus à la section par la loi se trouvent d'emblée à sa disposition [...] et lui permettent ainsi de commencer ou de poursuivre l'implantation syndicale ». Cette remarque du professeur Verdier appelle néanmoins une précision relative à la différence de traitement entre les syndicats présumés représentatifs et les syndicats devant apporter la preuve de leur représentativité.

L'implantation des syndicats présumés représentatifs était favorisée par la désignation d'un délégué syndical même si aucun salarié de l'entreprise n'était

⁴⁴⁶ Cass. soc. 27 mai 1997, *D.* 1997, jur., p. 416, note J.-M. VERDIER ; *Dr. soc.* 1997, obs. M. GRÉVY.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 417.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

adhérent, ni même sympathisant du syndicat désignataire⁴⁴⁸. Le risque était alors d'avoir un délégué syndical qui échouait dans sa mission de réunir une collectivité de salariés. Même en cas d'échec, le délégué syndical présumé représentatif restait désigné et pouvait valablement représenter son syndicat auprès de l'employeur ainsi que l'intérêt collectif des salariés qu'il n'avait pas su canaliser. Cette incohérence ne soulevait aucune difficulté pratique tant que les actes passés par le délégué syndical n'avaient pas d'autre vocation que d'améliorer les conditions de vie et de travail des salariés. Cependant, dès lors que ce même délégué syndical pouvait signer des accords créant des obligations à la charge de la collectivité, son manque de légitimité devenait inacceptable⁴⁴⁹. En conséquence, la représentativité ne permettait absolument pas de vérifier la légitimité du représentant. Le concept de représentativité avait alors perdu tout son sens et son utilité originelle.

Par contre, la question de la légitimité ne se posait pas pour les syndicats qui avaient dû apporter la preuve de leur représentativité réelle au niveau de l'entreprise ou de l'établissement dans lequel ils désignaient un délégué syndical. Pour être déclaré représentatif dans l'entreprise, les syndicats non présumés représentatifs devaient apporter la preuve de la réunion des anciens critères de représentativité posés à l'article L 2121-1 du Code du travail au titre desquels figuraient notamment les effectifs et l'audience. Pour ces syndicats, la désignation d'un délégué syndical ne pouvait alors avoir lieu que lorsque les éléments humains nécessaires à la réalisation d'un projet d'action collective étaient déjà réunis. Lorsque les organisations syndicales faisaient la preuve de leur capacité à représenter, le concept de représentativité redevenait synonyme de légitimité et permettait de matérialiser les liens existants entre le représentant et la collectivité représentée. Lorsque la représentativité d'un syndicat était prouvée, les concepts de représentation et de représentativité retrouvaient la complémentarité qui les caractérisait et la légitimité qu'ils induisaient.

Même si un délégué syndical était désigné par un syndicat présumé représentatif, il pouvait également bénéficier du soutien des salariés. Cette affirmation limitait la portée de la perte de légitimité que nous venons de décrire. En définitive, la discordance entre représentativité et représentation ne se manifestait que lorsqu'un syndicat présumé

⁴⁴⁸ COUTURIER (G.), « Que reste-t-il de la section syndicale d'entreprise ? », *Mélanges en l'honneur de J.-M. VERDIER*, Dalloz 2000, p. 36.

⁴⁴⁹ Art. L 2253-3 C. trav.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

représentatif dans l'entreprise n'avait pas su réunir suffisamment d'adhérents ou de sympathisants pour disposer d'une réelle capacité à représenter la collectivité des salariés. Ce manque de légitimité a été principalement révélé dans la négociation collective. En effet, dès lors que la négociation pouvait déboucher sur un accord moins favorable aux salariés, la question de la légitimité des négociateurs ne pouvait pas être éludée.

130 - La loi du 20 août 2008 a recréé une véritable représentation syndicale dans laquelle la fonction de représentation et la capacité à représenter sont indissociables. La représentativité présumée a été supprimée et la représentativité prouvée rétablie. Ainsi, tout syndicat qui prétend représenter l'intérêt d'une collectivité de salariés doit apporter la preuve de sa capacité réelle à représenter. De plus, les critères de représentativité ont été modifiés de manière à faire une place centrale à l'audience qui doit nécessairement être supérieure ou égale à un certain seuil. Ce dernier varie selon le niveau de négociation. Il est de 10% des suffrages exprimés au niveau de l'entreprise et de 8% des suffrages aux niveaux de la branche et interprofessionnel. En exigeant que chaque organisation syndicale prouve qu'elle satisfait aux sept critères de représentativité posés à l'article L 2121-1 du Code du travail⁴⁵⁰ et qu'elle justifie d'une audience supérieure ou égale aux seuils légaux, le législateur limite fortement tout risque de discordance entre volonté des représentés et des représentants.

La loi du 20 août 2008 a également modifié les conditions de désignation du délégué syndical. Auparavant, un délégué syndical était désigné par toute organisation syndicale représentative (prouvée ou par affiliation) et ne pouvait voir son mandat remis en cause qu'à l'initiative du syndicat désignataire. De plus, la désignation d'un délégué syndical emportait création de la section syndicale. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, seule une organisation syndicale représentative, ayant préalablement créé une section syndicale peut désigner un salarié en qualité de délégué syndical. De plus, seuls les salariés ayant été présentés sur une liste syndicale aux élections de CE ou, à défaut, de DP et ayant recueilli au moins 10% des suffrages exprimés peuvent être désignés comme délégué syndical.

⁴⁵⁰ Les critères posés à l'article L 2121-1 du Code du travail sont : le respect des valeurs républicaines ; l'indépendance ; la transparence financière ; une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation ; l'audience ; l'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ; les effectifs d'adhérents et les cotisations.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

Les nouvelles règles juridiques encadrant la représentativité syndicale reflètent davantage la capacité réelle de chaque organisation syndicale à représenter les salariés. Cependant, elles rendent plus difficile l'implantation syndicale dans les entreprises. En effet, toute organisation syndicale qui souhaite être reconnue représentative dans une entreprise doit tout d'abord créer une section syndicale comptant au moins deux membres⁴⁵¹. En suite, elle doit présenter une ou plusieurs listes aux élections professionnelles de comité d'entreprise ou, à défaut, de délégués du personnel et obtenir 10% des suffrages exprimés par les salariés au premier tour de scrutin. L'organisation représentative peut alors désigner un délégué syndical parmi les candidats ayant obtenu 10% des voix sur leur nom. Une telle procédure risque de ralentir considérablement l'implantation syndicale au nom de la légitimité. La loi du 20 août 2008 rétablit ainsi la complémentarité originelle entre représentation et représentativité dont la rupture a été consommée lors de la transformation de la négociation en un outil organisationnel.

SECTION 2 : UNE DISCORDANCE INCOMPATIBLE AVEC LA NEGOCIATION ORGANISATIONNELLE

131 - Le droit à la négociation collective n'a été consacré au rang des principes généraux du droit⁴⁵² que par les lois du 13 juillet 1971 et du 13 novembre 1982⁴⁵³. La jurisprudence⁴⁵⁴ et la doctrine⁴⁵⁵ considéraient déjà à la veille de la loi de 1971 que le droit à la négociation collective, forme la plus aboutie du principe de participation reconnu par l'alinéa 8 du préambule de la Constitution, était un principe général du

⁴⁵¹ La Cour de cassation a précisé dans un arrêt Sté OKAIDI que « l'article L 2142-1 exige pour la constitution d'une section syndicale, la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise ». Cass. soc. 08 juillet 2009, n° 09.032, *op. cit.*

⁴⁵² La définition des principes généraux du droit a été posée par le Conseil d'État dans l'arrêt Aramu du 26 octobre 1945. Partant de cette décision et des travaux des professeurs Bergel et Cornu, le principe général du droit est « une règle juridique dégagée par les juges par induction amplifiante d'un texte ou de textes épars et s'imposant avec une autorité supérieure ».

⁴⁵³ MORIN (M.-L.), *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, Thèse LGDJ, 1994.

⁴⁵⁴ CE 21 juillet 1970, *Dr. soc.* 1970, p. 112, ccl. VENEZIA.

⁴⁵⁵ CHALARON (Y.), *Négociations, conventions et accords collectifs, nature juridique*, *Juris-classeur*, fasc. 1-30, n°s 1 à 15.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

droit⁴⁵⁶. La loi de 1971 a intégré ce principe à l'article L 2221-1 du Code du travail. Il prévoit que les dispositions relatives aux conventions et accords collectifs de travail définissent « les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle, de travail et de leurs garanties sociales »⁴⁵⁷.

132 - Le droit à la négociation collective, de par sa généralité et son importance, constitue aujourd'hui la pierre angulaire du dialogue social. Ce droit, reconnu à chaque salarié, mais exercé collectivement, pose le problème des liens qui existent entre représentés et représentants. Au niveau de l'entreprise, les liens existant entre les salariés et les organisations syndicales se sont quelque peu distendus à cause de la représentativité par affiliation. Même si la présomption de représentativité a incontestablement favorisé l'implantation syndicale dans l'entreprise, elle a été la principale cause de la perte de légitimité des syndicats. La représentativité par affiliation a provoqué une rupture conceptuelle radicale entre représentativité et représentation. Cette rupture, ayant conduit à une perte de légitimité de l'acteur syndical, a été ressentie de manière plus aiguë dans la négociation collective. En effet, l'accord collectif ne peut développer ses pleins effets à l'égard des salariés que lorsqu'il a été signé par des organisations syndicales représentant réellement une majorité desdits salariés.

Dès lors que la négociation ne pouvait conduire qu'à la conclusion d'accords plus favorables aux salariés, la question de la légitimité des négociateurs ne se posait guère. Cependant, face à une négociation organisationnelle, potentiellement dérogoire à la loi et aux accords supérieurs, comment justifier qu'un syndicat minoritaire, ne devant sa représentativité qu'à son affiliation, puisse engager les salariés de l'entreprise ?

133 - La crise de légitimité que rencontrent les syndicats dans le droit de la négociation collective est principalement due à deux évolutions. La première réside dans la conjonction de la représentativité d'emprunt, du principe de l'unicité de

⁴⁵⁶ BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz 2003, 4^{ième} éd., pp. 93 et s. ; JEAMMAUD (A.), « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. soc.* 1982, p. 626 ; LYON-CAEN (G.), « Les principes généraux en droit du travail », in *Tendances du droit du travail contemporain*, mélanges Camerlynck, Dalloz. 1938, p. 35.

⁴⁵⁷ DESPAX (M.), « La réforme du droit des conventions collectives », *Dr. soc.* 1971, p. 530 ; GROUDEL (H.), « La réforme du droit des conventions collectives », *JCP G* 1972, I, n°2462.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

signature et de l'effet *erga omnes* des conventions et accords collectifs de travail. La seconde se limite uniquement aux évolutions de l'objet même de la négociation collective d'entreprise qui devient progressivement un outil d'organisation. Ces deux évolutions ont conduit à ce qu'un syndicat minoritaire, mais présumé représentatif, puisse négocier et conclure un accord comprenant des concessions, des régressions ou des obligations à la charge des salariés. La discordance pouvant exister entre la représentativité réelle et la représentativité présumée est incompatible avec le principe de l'unicité de signature des accords collectifs (I) et avec le nouvel objet organisationnel de la négociation collective (II). En effet, les accords organisationnels, potentiellement moins favorables aux salariés que la loi ou les autres accords, doivent disposer d'une forte légitimité. Ainsi, ils doivent être négociés et signés par la majorité des organisations syndicales réellement représentatives.

I. La possibilité pour un syndicat représentatif de signer seul un accord applicable à tous les salariés

134 - Le régime juridique des conventions et accords collectifs de travail s'est construit sur le débat théorique relatif à la nature contractuelle ou réglementaire des conventions et accords collectifs. La théorie contractuelle a été inspirée et défendue par le courant libéral-individualiste et reposait sur les principes de l'autonomie de la volonté et de l'effet relatif des contrats. Selon cette théorie, la convention collective est un contrat n'engageant que ceux qui ont participé directement ou indirectement à sa conclusion. En conséquence, les droits et avantages conventionnels sont réservés aux seuls syndiqués membres des organisations signataires. Ce système, légèrement aménagé a été adopté par un certain nombre de législations dont la Belgique. Si un tel choix constituait « un très puissant vecteur d'adhésion syndicale »⁴⁵⁸, il avait pour effet pervers de créer des disparités et une rupture d'égalité entre syndiqués et non syndiqués. La vision française, inspirée par l'universalisme du siècle des lumières, a voulu que la convention collective soit dotée d'une portée très générale afin de lisser les inégalités et de constituer un socle de droits communs applicable à tous les travailleurs

⁴⁵⁸ LE GOFF (J.), *Traité de droit du travail, Travail et société, relations collectives du travail*, tome II, PU Rennes 2002, p. 472.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

sans aucune distinction d'appartenance ou de non appartenance à un syndicat signataire. Ces idées ont conduit à rejeter la théorie contractuelle en France.

C'est la thèse réglementaire qui a rencontré le plus grand succès dans notre pays. En effet, elle a permis une harmonisation des droits sociaux conventionnels. Comment faire produire un effet *erga omnes* à un acte essentiellement contractuel sans faire intervenir le législateur ? Comme l'a très justement souligné le professeur Le Goff, l'enjeu lié à la nature juridique de la convention collective reposait sur « la nécessité et l'urgence de trouver un point d'équilibre entre autonomie de la volonté et les indispensables disciplines sociales par essence collectives »⁴⁵⁹. La doctrine française de l'époque a orienté ses recherches vers une solution de compromis entre individuel et collectif⁴⁶⁰. Les auteurs, militant pour un droit du travail collectif⁴⁶¹, ne pouvaient que conclure à l'inadaptation des différentes catégories de contrats existantes pour rendre compte de la complexité de la convention collective⁴⁶². L'idée d'un régime juridique dual est alors apparue⁴⁶³. Cette position a été consacrée par la loi du 24 juin 1936 ayant créé la procédure d'extension. Les conventions collectives et les accords nationaux de branche, signés par les organisations syndicales représentatives, sont devenus de véritables « lois professionnelles »⁴⁶⁴ ou des « lois industrielles »⁴⁶⁵. La loi de 1936 a maintenu des accords dits ordinaires dont le régime juridique essentiellement contractuel a été fixé par la loi de 1919. Ainsi, le régime juridique des conventions collectives, qui se voulait unitaire, a été scindé en deux dès 1936. Le professeur Durand a tenté de réunifier ce régime en démontrant qu'il était en réalité hybride⁴⁶⁶. Selon cet auteur, la convention ou l'accord collectif de travail devait être traité comme un contrat

⁴⁵⁹ LE GOFF (J.), « Naissance des conventions collective, retour sur un débat doctrinal significatif (1890-1920) », *RFTJ* 1990, p. 58.

⁴⁶⁰ Cf. notamment, PIROU (G.), *Les conceptions juridiques successives du contrat collectif de travail en France*, Thèse Rennes, 1909 et ROUAST (A.), *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*, Thèse Lyon, 1909 ; DE VISSCHER (Ch.), *Le contrat collectif de travail*, Thèse Paris, 1911.

⁴⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶² BONNARD-PLANCKE (L.), « Convention collective et collectivité de travail. Aux origines de l'idée majoritaire en matière de négociation collective », *Dr. soc.* 2005, p. 866.

⁴⁶³ DURAND (P.), « Le dualisme de la convention collective de travail », *RTD civ.* 1939, p. 353.

⁴⁶⁴ CHALARON (Y.), *Juris-classeur, op. cit.*, fasc. 1-30, n°4.

⁴⁶⁵ PIROU (G.), Thèse *op. cit.*, p. 447.

⁴⁶⁶ DURAND (P.), *op. cit.*, p. 353.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

lors de sa conclusion⁴⁶⁷ et comme un règlement lors de son application. Le professeur Durand a été un pionnier en reconnaissant que la convention collective avait une nature essentiellement contractuelle lorsqu'il s'agissait d'envisager son élaboration et une nature réglementaire lors de son application. Pour concilier ces deux antagonismes, le régime juridique de la convention collective devait reposer sur une grande idée liant les effets de la convention à la qualité des acteurs. Pour que la convention puisse développer un effet immédiat, général et impératif, il était nécessaire que les signataires soient représentatifs de la collectivité dans laquelle la convention avait vocation à s'appliquer. La représentativité des organisations syndicales est ainsi apparue comme le pilier sur lequel reposait l'édifice conventionnel. Ces idées ont été consacrées par les lois du 11 février 1950 et du 13 juillet 1971.

135 - Cette logique, liant représentativité réelle des négociateurs et effets des accords collectifs, a été remise en cause par la présomption de représentativité octroyée aux syndicats affiliés à l'une des cinq grandes confédérations reconnues représentatives au plan national. Comment justifier qu'un accord collectif puisse engager la collectivité des salariés entrant dans son champ d'application alors que les signataires de l'accord ne représentent en réalité qu'une infime partie de ces salariés ?

En définitive, la présomption irréfragable de représentativité, couplée au principe de l'unicité de signature des accords collectifs a permis qu'un syndicat présumé représentatif, mais ne représentant réellement qu'une minorité des salariés, puisse négocier et signer un accord collectif applicable à tous les salariés compris dans son champ d'application. Cette discordance entre représentativité réelle et représentativité présumée revêt une importance capitale lorsqu'un accord d'entreprise peut contenir des dispositions moins favorables que la loi ou un accord de niveau supérieur.

A. Le principe de l'unicité de signature

136 - Le principe de l'unicité de signature a permis à une organisation syndicale représentative de conclure une convention ou un accord et de le rendre applicable à tous

⁴⁶⁷ Ainsi, un accord collectif peut être annulé lorsque le consentement des signataires est vicié ou lorsque l'objet de la négociation est illicite. De plus, une convention ne répondant pas aux conditions spécifiques pour sa conclusion mais conformes aux dispositions de droit commun posées à l'article 1108 est nulle comme convention collective et demeure valable comme contrat. Cass. soc. 9 mars 1957, *Dr. soc.* 1957, p. 288 ; *D.* 1958, p. 91, note BRETHER DE LA GRESSAYE.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

les salariés compris dans son champ d'application. Comme l'a très justement remarqué le professeur Verdier, « l'effet obligatoire exorbitant du droit commun, indispensable pour que la convention puisse remplir sa fonction, n'a rien de choquant dès lors que l'accord a été conclu par des organisations syndicales représentant la majorité ou au moins une très forte minorité des travailleurs dans le cadre professionnel concerné »⁴⁶⁸. Or, la représentativité prouvée a pour fonction de s'assurer que le syndicat bénéficiant de cette qualité représente une majorité ou une forte minorité des salariés. Cependant, le pluralisme syndical et le faible taux de syndicalisation n'a pas toujours permis qu'un syndicat puisse représenter seul une telle majorité des salariés. Cela étant, le droit de la négociation collective devait respecter les principes de l'égalité juridique entre les syndicats et le pluralisme issu de notre conception de la liberté syndicale.

137 - L'introduction dans le droit syndical de la représentativité par affiliation a remis en cause l'équilibre existant entre capacité représentative des syndicats et effet *erga omnes* des accords collectifs. L'évolution du droit positif a permis à des organisations minoritaires, mais représentatives par affiliation, de conclure des conventions ou accords ayant vocation à s'appliquer à toute la collectivité des salariés⁴⁶⁹. Le professeur Gérard Lyon-Caen a stigmatisé les syndicats minoritaires bénéficiant de la présomption de représentativité en soulignant qu'il était « devenu inexact de dire que certains syndicats sont représentatifs »⁴⁷⁰. Cet auteur a violemment critiqué la représentativité par affiliation et la facilité avec laquelle les juges accordaient cette qualité aux syndicats non affiliés à une grande centrale représentative au plan national. Nous sommes loin de la conception de la représentativité adoptée en 1976 par le professeur Arséguel. Dans ces conditions, la représentativité n'est plus une « qualité donnée par le plus grand nombre des travailleurs à l'action syndicale envisagée dans son ensemble [...] menée par les groupements admis à représenter leurs intérêts »⁴⁷¹.

⁴⁶⁸ VERDIER (J.-M.), « Négociation collective et représentativité syndicale. Du pluralisme intégral au pluralisme tempéré », *Études dédiées à Alex WEILL*, p. 569.

⁴⁶⁹ Nous pouvons notamment reprendre l'exemple de la sidérurgie lorraine. En 1976, une convention sociale, ayant pour objet d'organiser la reconversion d'une grande partie des travailleurs, a été signée par des organisations syndicales représentatives par affiliation mais ne représentant ensemble qu'environ 5% des travailleurs. Cette convention a malgré tout été appliquée à tous les salariés de la sidérurgie lorraine. Cet exemple illustre parfaitement le malaise causé par les évolutions de la représentativité sur la légitimité des acteurs et des accords.

⁴⁷⁰ LYON-CAEN (G.), « Droit syndical et mouvement syndical », *Dr. soc.* 1984, p. 5 et p. 9.

⁴⁷¹ ARSEGUEL (A.), Thèse précitée.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

138 - Après avoir critiqué les conséquences liées à la combinaison de la représentativité par affiliation et de l'unicité de signature, le professeur Verdier a préconisé soit de supprimer la présomption de représentativité uniquement en matière de conclusion d'accords collectifs, soit de transformer cette présomption irréfragable en présomption simple. Cette proposition n'a pas trouvé un écho favorable auprès des juridictions administratives. Le Conseil d'État, confronté à la question de savoir si la représentativité par affiliation dispensait d'en établir la preuve dans la collectivité représentée, a décidé qu'en matière de négociation collective, la présomption de représentativité accordée du fait de l'affiliation revêtait un caractère irréfragable⁴⁷². Le Conseil d'État a voulu conserver l'unité de la représentativité quelle que soit la prérogative pour laquelle elle est exigée. De la même manière, le législateur, voulant conserver le bloc constitué par la représentativité, a accordé aux organisations majoritaires un droit d'opposition limité à deux situations : la conclusion d'accords de révision et la conclusion d'accords dérogatoires. Ce principe d'opposition majoritaire a été repris et généralisé par la loi du 4 mai 2004.

139 - Le législateur a essayé d'apporter un correctif au problème de légitimité des accords collectifs engendré par la signature minoritaire d'un syndicat irréfragablement présumé représentatif.

L'article L 132-26 ancien⁴⁷³ du Code du travail, issu de la loi du 13 novembre 1982, prévoyait que les syndicats majoritaires pouvaient s'opposer à un accord dérogatoire.

⁴⁷² CE, avis, 15 décembre 1978, *D.* 1979, IR, p. 332 ; *Dr. ouv.* 1979, p.77. Il ressort de cet avis que « lorsque l'organisation syndicale de salariés est l'une des organisations nationales reconnues les plus représentatives, conformément à l'article L. 132-2 C. trav., par la décision susmentionnée ou rattachée à l'une de ces organisations, ladite organisation a de plein droit qualité pour négocier une convention dès lors que le champ d'application professionnel et géographique de la convention n'excède pas la compétence de cette organisation, telle qu'elle résulte des statuts de celle-ci ».

⁴⁷³ « Dans un délai de huit jours à compter de la signature d'une convention ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement, ou d'un avenant ou d'une annexe, comportant des clauses qui dérogent soit à des dispositions législatives ou réglementaires, lorsque lesdites dispositions l'autorisent, soit, conformément à l'article L 132-24, à des dispositions salariales conclues au niveau professionnel ou interprofessionnel, la ou les organisations syndicales qui n'ont pas signé l'un des textes en question peuvent s'opposer à son entrée en vigueur, à condition d'avoir recueilli les voix de plus de la moitié des électeurs inscrits lors des dernières élections au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Lorsque le texte en cause ne concerne qu'une catégorie professionnelle déterminée, relevant d'un collège électoral défini à l'article L 433-2, les organisations susceptibles de s'opposer à son entrée en vigueur sont celles qui ont obtenu les voix de plus de la moitié des électeurs inscrits dans ledit collège. L'opposition est exprimée par écrit et motivée. Elle est notifiée aux signataires. Les textes frappés d'opposition sont réputés non écrits. »

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

Les accords frappés d'une telle opposition majoritaire étaient réputés non écrits. Ce correctif législatif permettait une prise en considération indirecte de la volonté de la majorité des salariés⁴⁷⁴ tout en limitant les dérives liées à la présomption de représentativité et à l'unicité de signature. Cependant, les conditions d'application de cette opposition rendaient sa mise en œuvre si difficile, que le professeur Ray a écrit que ce droit d'opposition avait été créé pour ne jamais servir⁴⁷⁵. En effet, seuls les accords d'entreprise négociés avec des délégués syndicaux, dérogeant à des dispositions légales ou réglementaires, étaient visés. Les accords dérogatoires ayant été conclus avec les mandatés, selon les modalités fixées par la loi du 12 novembre 1996, ne pouvaient faire l'objet d'aucune opposition⁴⁷⁶. De plus, seuls les syndicats non signataires de l'accord ayant recueilli, seul ou ensemble, les voix d'au moins la moitié des électeurs inscrits lors des dernières élections professionnelles pouvaient s'opposer à l'accord. Consciente des difficultés de mise en œuvre de ce droit d'opposition, la Cour de cassation avait adopté une solution permettant une plus large admission de l'opposition majoritaire. Dans un arrêt du 18 novembre 1998, la Chambre sociale a décidé au sujet du calcul de cette majorité que « lorsque le *quorum* a été atteint au premier tour [...], le nombre de voix à prendre en compte est le total de celles recueillies par les titulaires lors de ce tour »⁴⁷⁷. En retenant cette solution, la Cour de cassation a accordé plus d'importance à l'élection des titulaires, moins marquée par l'abstentionnisme et a permis de révéler les liens de représentation existants entre les syndicats et la collectivité des salariés⁴⁷⁸.

Une autre limite à la dérive minoritaire a été adoptée en 1992 en matière de révision des conventions et accords collectifs de travail. L'article L 132-7 ancien du Code du travail, tel qu'issu de la loi du 31 décembre 1992, limitait la validité d'un avenant signé par une ou plusieurs organisations minoritaires à l'absence d'opposition des

⁴⁷⁴ CHALARON (Y.), « Négociations, conventions et accords collectifs. Rapports avec les autres sources du droit », *Juris-classeur Travail*, fasc. 1-36, n° 29.

⁴⁷⁵ Ray (J.-E.), *Droit du travail, droit vivant*, 15^{ième} éd., Liaisons, 2007, p 602 (cette citation a disparu dans les éditions suivantes).

⁴⁷⁶ CHALARON (Y.), « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Dr. soc.* 1998, p. 355 ; SIHOL (B.), « Branche et entreprise dans le nouveau droit de la négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 935.

⁴⁷⁷ Cass. soc. 18 novembre 1998, *Dr. soc.* 1999, p. 104, obs. J. BARTHELEMY ; *JCP G* 1999, II, n°10185, note L. BOUTTIE; *RJS* 1999, n°81.

⁴⁷⁸ BARBEROT (Ch.), « L'exercice du droit d'opposition à un accord d'entreprise dérogatoire. Quelle majorité ? », *RJS* 1999, p. 3.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

organisations majoritaires dans le champ d'application de l'accord. Ce droit d'opposition majoritaire, non limité aux seuls accords d'entreprises⁴⁷⁹, était ouvert dès lors que l'avenant de révision réduisait ou supprimait un ou plusieurs avantages individuels ou collectifs dont bénéficiaient les salariés en application de la convention ou de l'accord révisé⁴⁸⁰. Progressivement, l'idée majoritaire a été consacrée en 2003 et généralisée en 2004. La loi dite Fillon du 3 janvier 2003⁴⁸¹ a créé une nouvelle catégorie d'accords : les accords de méthode ayant pour objet d'aménager, dans un sens plus ou moins favorable, les règles de consultation du comité d'entreprise en matière de licenciement économique. L'article 2 § 3 de cette loi a conditionné la validité de ces accords de méthode à deux conditions : la consultation obligatoire du comité d'entreprise et la signature « d'une ou plusieurs organisations représentatives dans l'entreprise ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors du premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ». Même si ce texte a imposé une conclusion majoritaire pour les accords de méthode en raison de leur caractère dérogatoire, il n'a pas prévu que le principe de conclusion majoritaire pouvait être écarté si l'accord était globalement plus favorable que les dispositions légales. Dans une affaire Alstom, les juges du fond ont décidé d'appliquer la règle de conclusion majoritaire à tous les accords de méthode compte tenu de leur caractère potentiellement dérogatoire. C'est donc la possibilité de dérogation et non le caractère réellement dérogatoire de l'accord qui a justifié l'application de la règle majoritaire⁴⁸². À la lecture de ce dispositif, les juges ont imposé des règles de conclusion plus strictes et sources de plus de légitimité, dès lors que l'accord était susceptible de ne pas faire l'unanimité chez les salariés.

La volonté de conférer plus de légitimité aux accords collectifs a amené les partenaires sociaux et le législateur à généraliser le principe de conclusion majoritaire. Un principe rendu nécessaire suite à l'autorisation générale donnée aux accords d'entreprises de pouvoir déroger aux conventions et accords collectifs couvrant un

⁴⁷⁹ CHALARON (Y.), *Juris-classeur*, *op. cit.*, n°129.

⁴⁸⁰ Ancien article L 132-7 C. trav.

Sur les difficultés posées par cet article, voire notamment : VACHET (G.), « La révision des conventions et accords collectifs », *Dr. soc.* 1993, p. 134 ; PASCRE (P.), « Le nouvel article L. 132-7 du code du travail », *Dr. ouv.* 1993, p. 123 ; SOULIER (P.), « La révision des conventions et accords, de l'inopposabilité à l'opposition », *Dr. trav.* 1994, hors série, p. 47 et le bilan de la loi du 31 décembre 1992, *Liaisons sociales* 1996, C1, n°18.

⁴⁸¹ *J.O.* du 4 janvier 2003.

⁴⁸² TGI Nanterre, référé, 19 déc. 2003, n° 03/03813, *SSL* n° 1152, p. 12.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

champ territorial et professionnel plus large. Afin de renforcer la légitimité des accords, le législateur a imposé qu'ils soient conclus de manière majoritaire. Ainsi, tout accord d'entreprise, quel que soit son objet ou son caractère plus ou moins favorable qu'un accord de niveau supérieur, n'est valablement conclu que si les organisations syndicales représentatives et majoritaires l'ont signé ou ne s'y sont pas opposés. Lors de l'adoption de la loi du 4 mai 2004, le législateur a permis aux partenaires sociaux de branches de choisir les règles de conclusions applicables dans les entreprises. Ces derniers ont pu choisir entre majorité d'engagement ou d'opposition. Quelque ait été le choix des partenaires sociaux de branche, la majorité devait systématiquement être calculée sur la base des résultats recueillis par les listes syndicales au premier tour des dernières élections de comité d'entreprise ou, à défaut, de délégués du personnel. Cependant, les partenaires sociaux de branche n'ont pas opté pour la majorité d'engagement. Or, la majorité d'opposition, solution à par défaut, n'a pas eu les effets escomptés en matière de légitimité⁴⁸³. Suite à l'adoption de la loi du 4 mai 2004, tous les accords étaient soumis au droit commun institué à l'article L 2232-2 et suivants du Code du travail⁴⁸⁴.

140 - Le principe de conclusion majoritaire a-t-il limité les effets néfastes créés par le principe de l'unicité de signature ? La réponse est différente selon que les partenaires sociaux ont opté pour une majorité d'engagement ou une majorité d'opposition. Dans le premier cas de figure, seuls le ou les syndicats ayant recueilli au moins la moitié des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles, ont pu signer et rendre valide un accord. Autrement dit, même si un syndicat représentatif au sens du Code du travail a signé un accord, ce dernier n'est validé que si ce syndicat a répondu à la condition de majorité sus énoncée. Lorsqu'un accord est signé par les organisations majoritaires, il est nécessairement légitime même s'il a été conclu par une seule organisation majoritaire même présumée représentative. Dans cette hypothèse, le principe majoritaire d'engagement est érigé en condition de validité des accords et matérialise les liens existants entre la collectivité représentée et le ou les représentants. En conséquence, la majorité positive d'engagement apparaît incontestablement comme

⁴⁸³ Pour plus de détails sur ce point, cf. le Titre II de cette première partie.

⁴⁸⁴ La loi du 18 janvier 2005, dans son article 72§I, pérennise les accords de méthode relatifs aux modalités d'information et de consultation du CE en cas de grand licenciement économique mais aligne leur régime sur celui du droit commun fixé aux articles L 2232-2 et s. C. trav.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

un remède à la perte de légitimité de l'acteur syndical et des accords collectifs qu'il signe. Comme l'affirme le professeur Borenfreund, le temps est venu « pour la norme juridique de mieux garantir que les représentants des salariés exercent leurs pouvoirs en conformité avec les aspirations de ceux au nom desquels ils agissent »⁴⁸⁵. Ainsi, la règle de conclusion majoritaire d'engagement confère une légitimité incontestable à l'accord et à ses signataires tout en ne remettant pas en cause les effets positifs de la présomption de représentativité en matière d'implantation syndicale.

La loi du 4 mai 2004 a conditionné l'application de la règle de conclusion majoritaire à la signature d'un accord de branche étendu. Ces accords pouvaient prévoir que les accords d'entreprise devaient être conclus de manière majoritaire au regard du dernier scrutin professionnel. Cependant, seul un accord de branche avait imposé la majorité d'engagement : il s'agissait de l'accord du 6 juillet 2005 ayant été dans le secteur du remorquage maritime⁴⁸⁶. Devant ce manque de cohésion, c'est la solution par défaut, de majorité d'opposition, prévue par le législateur qui s'est appliquée. Cependant, cette majorité négative n'a pas eu les mêmes effets que la majorité d'engagement en termes de légitimité. Un accord d'entreprise, signé par un seul syndicat présumé représentatif, mais minoritaire, était valide si et seulement si les syndicats non signataires ne s'opposaient pas de manière majoritaire à son entrée en vigueur dans un délai de huit jours à compter de sa notification. De tels accords restaient minoritaires et ne favorisaient pas la création ou le développement des liens forts entre syndicats et salariés ou entre titulaires et agents d'exercice du droit à la négociation collective.

141 - Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, la majorité d'engagement a été renforcée. L'article L 2232-12 prévoit que les accords d'entreprises ne sont valablement conclus que lorsque le ou les signataires ont obtenu 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 que les organisations réellement majoritaires ne s'opposent pas à l'accord dans le délai de huit jour à compter de sa notification.

⁴⁸⁵ BORENFREUND (G.), « L'idée majoritaire dans la négociation collective », *Mélanges DESPAX*, 2002, p. 429.

⁴⁸⁶ Cet accord n'est pas répertorié dans la Base de données des conventions collectives (BDCC) de la Direction des relations du travail, car il relève de la compétence des affaires maritimes.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

Si la perte de légitimité des accords collectifs est en partie due à la conjonction de la représentativité par affiliation et de l'unicité de signature, elle est devenue difficilement supportable du fait de l'effet *erga omnes* développé par les conventions et accords collectifs organisationnels (potentiellement dérogoire ou "donnant-donnant")⁴⁸⁷.

B. L'effet *erga omnes*

142 - Lorsqu'un texte développe un effet *erga omnes*, il s'applique à tous sans aucune distinction. Une convention ou un accord collectif lie les parties contractantes, mais également les salariés et employeurs situés dans son champ d'application territorial et professionnel. Dans l'entreprise, un accord collectif s'applique tant à l'employeur et aux organisations syndicales signataires qu'aux salariés liés à l'employeur par contrat de travail. La conjugaison des articles L 2262-1 et L 2254-1 du Code du travail nous apprend que lorsque l'employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord collectif de travail, parce qu'il est signataire ou membre de l'organisation signataire, que leurs clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui sauf dispositions plus favorables.

Le régime juridique des conventions et accords collectifs de travail est partagé entre contractuel et réglementaire. La doctrine, ayant analysé le contenu d'une convention collective, a proposé une distinction entre effet normatif et effet obligatoire. Cette distinction a permis de rendre compte à la fois des effets développés par une convention à l'encontre des parties signataires et des salariés. La partie obligatoire se compose des dispositions par lesquelles les parties s'engagent, non au profit des tiers que sont les salariés, mais entre eux en tant que contractants⁴⁸⁸. Il s'agit par exemple des clauses de paix sociale, des dispositions prévoyant les modalités de révision ou de dénonciation⁴⁸⁹. La partie normative renvoie à toutes les autres dispositions qui ont pour objet d'engager principalement les employeurs et exceptionnellement les salariés. Autrement dit, la partie normative se caractérise par la généralité, la permanence et l'automaticité et échappe à la règle de l'effet relatif des contrats en s'appliquant à tous les salariés, qu'ils

⁴⁸⁷ La conjonction de ces trois principes ne posait aucune difficulté tant que la finalité de la négociation collective était d'augmenter les avantages des salariés. C'est le passage d'une négociation d'acquisition à une négociation organisationnelle source de concessions qui a mis en évidence ce manque de légitimité.

⁴⁸⁸ LE GOFF (J.), *Traité de droit du travail, op. cit.*, p. 474.

⁴⁸⁹ JAVILLIER (J.-C.), « La partie obligatoire de la convention collective », *Dr. soc.* 1971, p. 258.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

soient membres ou pas de l'organisation syndicale signataire. À l'opposé, la partie obligatoire reste soumise à l'effet relatif des contrats posé à l'article 1165 du Code civil et laisse ainsi hors de sa portée les personnes qui ne sont pas signataires ou adhérentes⁴⁹⁰. Bien que cette distinction ait été vigoureusement remise en cause par le professeur Chalaron⁴⁹¹, nous avons pris appui sur la partie normative des conventions et accords collectifs pour apprécier et comprendre leur effet *erga omnes*.

143 - Dès 1919, la convention collective est apparue comme le vecteur principal d'amélioration et d'harmonisation des conditions d'emploi et des garanties sociales⁴⁹². Afin que tous les salariés puissent bénéficier de ces améliorations, il a fallu doter la convention ou l'accord d'un effet automatique et impératif à l'égard de tous les contrats de travail conclus avec l'employeur. L'effet impératif permet à l'accord de régir les contrats de travail de la même manière qu'une loi⁴⁹³ et crée des droits au profit des salariés, auxquels ils ne peuvent renoncer ni individuellement⁴⁹⁴ ni collectivement⁴⁹⁵. L'effet automatique, complément de l'effet impératif, conduit à remplacer les dispositions moins favorables du contrat de travail par les dispositions plus favorables de l'accord collectif. Cependant, les dispositions du contrat de travail, temporairement

⁴⁹⁰ BRUN (A.) et GALLANT (H.), *Droit du travail, les rapports collectifs de travail*, 2^{ème} éd., t. II, n° 850 et s. ; voire également, CHALARON (Y.), *Jurisque Travail*, Fasc. 1-34, op. cit., n° 55.

⁴⁹¹ Le professeur CHALARON, après avoir montré les limites de cette distinction pour les accords sur l'emploi et plus largement sur l'organisation de l'entreprise, propose une clef de répartition plus fonctionnelle. Il observe que la convention collective remplit une double fonction : celle de créer dans les relations entre employeurs et salariés des avantages sociaux individuels et celle d'organiser les relations sociales collectives

⁴⁹² Art. L 2221-1 C. trav.

⁴⁹³ ROUAST (A.), « Nature et efficacité de la convention collective de travail », *Dr. soc.* 1960, p. 639 ; Pélissier (J.), SUPIOT (A.), JEAMMAUD (A.), *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 24^{ème} éd., 2008, n°1072.

⁴⁹⁴ Le salarié ne peut valablement renoncer aux avantages qu'il tient d'une convention ou d'un accord collectif pendant toute la durée de son contrat (Cass. soc. 3 mars 1988, *Bull. civ.* V, n°161 ; *D.* 1988, Somm. p. 324, obs. ph. LANGLOIS ; Cass. soc. 6 juillet 1994, *JCP G* 1995, II, n° 22365, ccl. Y. CHAUNY ; Cass. soc. 15 juillet 1998, *JCP E* 1998, p. 181, note M. DEL SOL) même pendant la survie de celui-ci en cas de dénonciation ou de mise en cause (Cass. soc. 26 mai 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 886, obs. G. COUTURIER).

⁴⁹⁵ Sauf dans l'hypothèse d'une révision, l'employeur ne peut pas valablement faire renoncer collectivement les salariés à un avantage qu'ils tiennent de leur statut conventionnel quel qu'en soit le motif (Cass. soc. 25 février 1970, *JCP G* 1971, II, n°11676, note M. DESPAX : motif économique) et quel que soit la forme que cette renonciation peut prendre (un accord atypique, Cass. soc. 3 juillet 1991, *Dr. soc.* 1991, p. 742 ; un acte unilatéral de l'employeur, Cass. soc. 11 mai 1998, *Dr. ouvrier* 1998, p. 28).

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

substituées⁴⁹⁶, "revivent" lorsque la convention ou l'accord est mis en cause ou dénoncé et non remplacé⁴⁹⁷. L'application complémentaire des effets impératif et automatique de la convention ou de l'accord ordinaire explique parfaitement l'efficacité de cette catégorie de normes. En ce domaine, les théories de l'acte condition⁴⁹⁸ et de l'acte règle⁴⁹⁹ semblent être d'une cruelle actualité.

144 - Comment expliquer que les salariés soient liés par les dispositions d'un accord collectif alors même qu'ils n'ont, à aucun moment, manifesté leur consentement ? Avant 1950, seuls les salariés membres des organisations syndicales signataires pouvaient bénéficier des dispositions conventionnelles collectives. Depuis, tous les salariés compris dans le champ territorial et professionnel de l'accord bénéficient de leurs dispositions. Pour les salariés syndiqués, l'adhésion à un syndicat peut présumer son consentement à la convention ou l'accord conclu par son organisation. Par contre, pour les salariés non syndiqués, aucun lien, même indirect, ne peut être caractérisé. Le droit syndical peut justifier l'application d'une convention aux membres du syndicat mais est impuissant à justifier que des tiers puissent être atteints par un acte juridique auquel ils n'ont pas consenti⁵⁰⁰.

En définitive, la représentativité du ou des syndicats signataires constitue le lien entre les salariés non syndiqués et la norme collective⁵⁰¹. Dès lors qu'un syndicat peut justifier de sa représentativité dans le champ d'application de l'accord, il dispose du pouvoir d'étendre « la portée et le rayonnement »⁵⁰² de ce dernier à tous les salariés. Cette théorie n'a de sens que si le concept de représentativité permet d'établir que la

⁴⁹⁶ Cass. soc. 19 novembre 1997, *Dr. soc.* 1998, p. 14, obs. J. SAVATIER. Il ressort de cet arrêt que les dispositions plus favorables d'une convention collective « **se substituent de plein droit** à celle des contrats de travail dans les entreprises relevant de son champ d'application ».

⁴⁹⁷ Sauf l'hypothèse dans laquelle les avantages conventionnels se sont transformés en avantages individuels acquis.

⁴⁹⁸ SCELLE (G.), *Précis élémentaire de législation industrielle*, Sirey 1927, p. 175.

⁴⁹⁹ DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, t. I, pp. 390 et s. ; BRETHER DE LA GRESSAYE, *La nature juridique de la convention collective*, Thèse Bordeaux, 1921 ; « La convention collective est-elle un contrat ? », *Études en la mémoire de H. CAPITANT*, p. 101. Pour ces auteurs, reconnaissant restrictivement leur caractère contractuel, les conventions et accords collectifs de travail sont considérés comme des normes au même titre qu'une loi ou un règlement.

⁵⁰⁰ ROUAST (A.), *op. cit.*, p. 640.

⁵⁰¹ LYON-CAEN (A.), « Grandeur et décadence de la loi professionnelle », in *Les conventions collectives de branche, déclin ou renouveau ?*, Cereq, étude n°65, 1993, p. 57 ; BORENFREUND (G.), « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », *Dr. ouvrier* 1997, p. 514.

⁵⁰² BRUN et GALLAND, *op. cit.*, p. 116.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

majorité des salariés sont réellement représentés par les organisations signataires. La représentativité par affiliation, non réellement vérifiée, est en totale contradiction avec cette théorie. Cette contradiction est d'autant plus importante lorsque les conventions ou accords collectifs ne sont plus source d'avancées, mais de compromis souvent synonymes de régressions.

Bien qu'un mécanisme d'opposition ait été institué pour limiter les effets néfastes de la dérogation, le contrat de travail est devenu le dernier rempart à l'emprise de ces normes collectives moins favorables⁵⁰³. En effet, un accord collectif comportant des dispositions moins favorables ne s'applique aux contrats de travail que si une disposition contractuelle plus favorable n'y fait pas obstacle⁵⁰⁴. Cette dernière idée de contrat de travail protecteur appelle deux remarques relatives à l'étendue de la protection du contrat de travail et au caractère plus favorable des dispositions contractuelles.

Le contrat de travail s'oppose à l'application de la convention ou de l'accord collectif dès lors que la disposition est clairement écrite ou qu'elle fait partie des éléments appartenant au socle contractuel. La difficulté consiste alors à rechercher ce qui fait partie de ce socle. Depuis le changement de terminologie opéré par la Cour de cassation en 1996, l'ensemble de la doctrine a eu tendance à objectiver le contenu du contrat⁵⁰⁵. Seules les dispositions contractuelles par essence constituent un rempart à l'application d'une convention ou d'un accord collectif moins favorable ? Si certains éléments sont assurément contractuels, pour d'autres, les solutions sont moins certaines. Les éléments essentiels du contrat ont été progressivement dégagés par la Cour de cassation depuis 1998. Il s'agit principalement de la rémunération et de la qualification. Même si certains éléments du salaire peuvent être établis par convention ou accord

⁵⁰³ BORENFREUND (G.), « La résistance du salarié à l'accord collectif, l'exemple des accords dérogatoires », *Dr. soc.* 1990, p. 626.

⁵⁰⁴ Cette limite est posée à l'article L 2254-1 C. trav. qui dispose que « Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord collectif de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats conclus avec lui, sauf dispositions plus favorables ». La jurisprudence affirme d'ailleurs qu'« Un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié, seules les dispositions plus favorables de cet accord peuvent se substituer aux clauses du contrat » : Cass. soc. 27 juin 2002, *RJS* 10/02, n°1075.

⁵⁰⁵ Cass. soc. 10 juillet 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 976, obs. H. BLAISE ; *Dr. ouv.* 1996, p. 457, note P. MOUSSY. Ces arrêts mettent fin à la distinction entre modifications substantielles et modifications accessoires et adoptent la terminologie de modification du contrat, nécessitant l'accord des contractants, et de simple changement des conditions de travail, qui s'impose au salarié en vertu du pouvoir de direction de l'employeur.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

collectif ou éventuellement par usage, il n'en demeure pas moins que son montant⁵⁰⁶ ainsi que son calcul⁵⁰⁷ sont contractuels par essence.

Il en va de même pour la qualification du salarié. L'employeur doit donc nécessairement recueillir l'accord de ce dernier qu'il s'agisse d'une déqualification ou d'une promotion⁵⁰⁸. La seule limite réside dans un changement qui n'est que la conséquence de la mobilité fonctionnelle attachée à une même qualification⁵⁰⁹.

Pour d'autres dispositions telles que le lieu et la durée du travail, les solutions ne sont pas aussi certaines⁵¹⁰. La loi du 4 mai 2004, dans son Titre II relatif au dialogue social, fait de la rémunération et de la qualification des éléments intangibles qui ne peuvent qu'être améliorés par les normes de niveau inférieur⁵¹¹. Il en résulte que la rémunération et la qualification ne peuvent faire l'objet ni d'atteintes collectives, ni d'atteintes individuelles.

Afin de protéger les salariés contre les clauses moins favorables d'une convention ou d'un accord collectif, il est nécessaire que les dispositions contractuelles soient plus favorables. Or, la détermination du caractère plus ou moins favorable de dispositions n'est pas toujours aisée⁵¹². En cas de concours entre avantages dits simples, tel l'octroi d'une prime, aucune difficulté particulière ne se pose dans la détermination du plus

⁵⁰⁶ Cass. soc. 20 oct. 1998, *RJS* 1998, n°1448. La Cour affirme que « la rémunération, contrepartie du travail du salarié, résulte en principe du contrat de travail, sous réserve, d'une part, du SMIC et d'autre part, des avantages résultant des accords collectifs, des usages d'entreprise ou des engagements unilatéraux de l'employeur ».

⁵⁰⁷ Cass. soc. 28 jan. 1998, *Dr. Soc.* 1998, p. 523 et Cass. soc. 19 mai 1998, *Dr. Soc.* 1998, p. 885, notes COUTURIER. Il ressort de ces arrêts que « la rémunération contractuelle du salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié, même de manière minime, sans son accord ; qu'il en va de même du mode de rémunération prévu par le contrat, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode serait plus avantageux ».

⁵⁰⁸ Cass. soc. 12 mars 2002, *Bull. civ. V*, n° 109.

⁵⁰⁹ Cass. soc. 24 avril 2001, *JCP E* 2001, p. 1582, note CORRIGNAN-CARSIN. En l'espèce, une femme de ménage avait été embauchée par un syndic de copropriété afin d'effectuer le nettoyage dans les appartements. Par la suite, son employeur lui enjoint de faire également les parties communes. La salariée refuse et se voit licenciée. La Cour de cassation valide le licenciement en affirmant que dès lors qu'une nouvelle tâche est confiée au salarié et « qu'elle correspond à sa qualification », il ne s'agit pas d'une modification de son contrat de travail mais un simple changement de ses conditions de travail s'imposant à la salariée.

⁵¹⁰ Pour que le lieu de travail soit contractualisé, il faut que ce dernier soit clairement et expressément fixé par le contrat (Cass. soc. 31 mai 2006 *Bull. civ. V*, n° 196). Ainsi, la jurisprudence affirme que « la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information à moins qu'il soit stipulé par une **clause claire et précise** que le salarié exécutera son travail **exclusivement** dans ce lieu » (Cass. soc. 3 juin 2003, *Bull. civ. V*, n° 185 confirmé par Cass. soc. 15 mars 2006, *Bull. civ. V*, n° 102).

⁵¹¹ Art. L 2253-3 C. trav.

⁵¹² RADE (C.), « L'appréciation de la notion de disposition plus favorable », *Dr. Soc.* 2000, p. 381.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

favorable. Cependant, dans certaines hypothèses, les avantages consentis font l'objet de plusieurs dispositions et peuvent s'avérer être plus favorables pour une catégorie de salariés au détriment d'une autre. Pour pallier cette difficulté, la Cour de cassation opte pour une comparaison entre toutes les dispositions se rattachant au même objet et se réfère pour apprécier le caractère plus favorable à la situation du salarié qui invoque une disposition de son contrat de travail. Plus simplement, la Cour procède à une appréciation par catégorie d'avantages et *in concreto*⁵¹³.

Le contrat de travail constitue un rempart aux dispositions dérogatoires ou moins favorables d'un accord collectif. La faculté de déroger conférée notamment aux accords collectifs d'entreprise par la loi du 4 mai 2004 contribue à renforcer cette idée. Cependant, pour que le contrat de travail puisse jouer ce rôle de "bouclier", il faut que le salarié puisse se prévaloir d'une disposition contractuelle plus favorable. Or, la manière dont se noue la majorité des relations de travail laisse peu de place à une réelle négociation par les salariés du contenu de leur contrat. Cela dénote le caractère "illusoire" de ce rempart.

145 - Au vu des développements qui précèdent, il semble que la discordance existant entre la fonction de représentation et la qualité représentative a été mise en évidence dans le droit de la négociation collective. La représentativité réelle du ou des syndicats signataires a justifié qu'une convention ou qu'un accord collectif puisse développer un effet *erga omnes*. Dès lors que la représentativité n'est plus vérifiée, mais présumée et peut ne pas révéler le soutien d'une majorité de la collectivité engagée, la rupture entre la fonction de représentation et la capacité à représenter (la représentativité) est manifeste. En définitive, la question de la légitimité de l'acteur syndical dans la négociation collective ne s'est réellement posée que lorsque les conventions et accords sont devenus des sources d'obligations et ont permis d'imposer aux salariés des dispositions moins favorables. C'est la progressive transformation de la négociation en outil organisationnel qui a mis en lumière les lacunes de la représentation syndicale.

⁵¹³ Cette méthode retenue pour les concours entre conventions et accords collectifs de niveaux différents n'a pas vocation à s'appliquer lorsque les dispositions conventionnelles d'un accord forment un tout indivisible. Dans cette hypothèse, la comparaison sera globale. L'exemple le plus caractéristique est l'accord donnant-donnant. Dans ces accords, les dispositions sont indivisibles du fait que l'une est consentie en contrepartie de l'autre. Nous pouvons citer les accords sur l'emploi dans lesquels l'employeur s'engage à maintenir un certain niveau d'emploi en contrepartie toutefois de la suppression d'un ou de plusieurs avantages conventionnels. DESJARDINS (B.), « Modification du contrat de travail et droit de l'emploi », *D.* 1998, n° 1501 à 1575.

II. La possibilité pour un syndicat représentatif de signer seul un accord dérogatoire ou "donnant-donnant"

146 - L'évolution du droit de la négociation a permis qu'un syndicat reconnu représentatif puisse, à lui seul, signer et rendre applicable un accord collectif à tous les salariés compris dans son champ d'application. Dès lors que les accords ont pour objet d'améliorer les droits et avantages des salariés représentés, l'unicité de signature pose peu de difficultés. Cependant, l'objet de la négociation a évolué et constitue de plus en plus une technique visant à organiser l'activité des entreprises. Les accords organisationnels présentent la particularité de pouvoir contenir des dispositions moins favorables aux salariés. Compte tenu de l'évolution de l'objet de la négociation, il était nécessaire d'imposer que les accords collectifs soient conclus par les organisations syndicales représentant une majorité de salariés.

La notion d'objet de la négociation collective renvoie à deux acceptions. Soit l'objet de la convention collective s'apparente à son contenu, soit à sa finalité ou sa fonction sociale. Cette distinction posée par Pierre Soulier⁵¹⁴ nous a permis de démontrer que tant l'objet au sens de sa finalité, qu'au sens de son contenu ont évolué de manière à faire de la négociation un outil d'organisation au service de l'entreprise.

A. Évolution de la finalité de la négociation collective

147 - Dans son sens contemporain⁵¹⁵, la négociation collective est considérée comme un vecteur d'harmonisation, de progrès⁵¹⁶, de promotion sociale⁵¹⁷ et un laboratoire d'expérimentation pour le législateur. La première fonction de la négociation est prévue à l'article L 2251-1 du Code du travail qui dispose que les conventions ou accords collectifs peuvent contenir des dispositions plus favorables que les lois et règlements en vigueur. Cette dynamique progressiste conférée à la

⁵¹⁴ SOULIER (P.), « L'objet de la négociation », *Dr. soc.* 1990, p. 596.

⁵¹⁵ C'est-à-dire depuis qu'elle s'applique à tous les salariés entrant dans son champ d'application professionnel et territorial.

⁵¹⁶ DESPAX (M.), *Traité de droit du travail, op. cit.*, n° 43 et s.

⁵¹⁷ GAILLARD (E.), THUILLIER (G.), « Convention collective et promotion sociale », *Dr. soc.* 1963, p. 542.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

négociation collective⁵¹⁸ permet d'octroyer aux salariés des avantages nouveaux⁵¹⁹ ou d'améliorer les avantages qu'ils tiennent de la loi. À cette fonction amélioratrice, s'ajoute une fonction harmonisatrice. La complémentarité de ces deux fonctions permet de faire bénéficier le plus grand nombre de salariés des avancées sociales de manière à éviter tout "dumping social". Cependant limiter la fonction de la négociation à l'amélioration des conditions de travail n'est pas satisfaisant. Les accords collectifs ont également des fonctions complémentaires⁵²⁰ et expérimentales⁵²¹.

La première accorde à la convention collective le soin de préciser ou de compléter les dispositions législatives. Cependant, le législateur social s'est montré tellement soucieux des détails qu'il a réduit à sa portion congrue cette fonction. Depuis quelques années, un certain nombre de voix s'élèvent contre l'emprise du législateur⁵²² et demandent à ce que le rôle de ce dernier soit limité à la fixation des principes fondamentaux du droit du travail. Cela contribuerait à accroître l'autonomie collective des partenaires sociaux en leur donnant plus de grain à moudre⁵²³. La loi du 4 mai 2004 s'est orientée dans cette voie. Pour donner plus d'importance à la norme négociée, le gouvernement s'est engagé à ce que toute réforme substantielle modifiant l'équilibre des relations sociales soit précédée d'une concertation effective avec les partenaires sociaux et, le cas échéant, d'une négociation. Cependant, les quelques exemples du contrat nouvelle embauche et du contrat premier embauche démontrent l'absence de concertation des politiques avec les partenaires sociaux. Cette logique de concertation semble aujourd'hui mieux respectée.

⁵¹⁸ MAZEAUD (A.), *Droit du travail, op. cit.*, n° 302.

⁵¹⁹ Il s'agit d'avantages ne disposant d'aucun équivalent dans la loi.

⁵²⁰ Conseil Constitutionnel, décision n° 89-257 du 25 juillet 1989, relative à la prévention des licenciements économiques, *Rec.* p. 59.

⁵²¹ Conseil Constitutionnel, décision n° 96-383 du 6 décembre 1996, *Rec.* p. 128.

⁵²² Critiques reprises par le Rapport dit "de VIRVILLE", La documentation française 2004, p. 117

⁵²³ Le rapport de VIRVILLE prévoit que la coexistence entre la loi et la convention collective a été satisfaisante jusqu'à la fin des années 70. Les conventions contribuaient ainsi efficacement au progrès social et préparaient la voie du législateur (BRUN et GALLAND, *Droit du travail*, Sirey 1958, p. 717). À titre d'illustration, nous pouvons citer les nombreux accords intervenus courant 1955 (accord Renault du 15 septembre 1955, accord du groupement de la métallurgie parisienne, accord Peugeot et accord des charbonnages de France...) prévoyant l'octroi de 3 semaines de congés payés. La loi du 25 mars 1956 a généralisé les trois semaines de congés payés à tous les salariés. Nous pouvons également citer les accords de Grenelle conclus suite aux événements de mai 68 qui ont débouché sur la loi du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise. Plus récemment, la loi du 4 mai 2004, relative au dialogue social et à la formation professionnelle tout au long de la vie, est directement issue de la position commune de juillet 2001 et de l'accord national interprofessionnel du 20 septembre 2003.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

La fonction expérimentale conférée au droit négocié souffre moins de l'emprise du législateur. Le substrat conventionnel permet souvent au législateur d'expérimenter un ensemble de mesures qui constitueront, en cas de succès, les fondations d'une législation future. Bien que les exemples ne manquent pas, nous n'avons retenu comme illustration que l'introduction des représentants élus ou des mandatés comme agents d'exercice de la négociation dans les entreprises dépourvues de représentation syndicale. Le premier texte qui a envisagé la possibilité de négocier avec des élus était l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 relatif à la politique contractuelle. Cet accord expérimental ne faisait que reprendre la position dégagée par la Cour de cassation dans son arrêt Dame Charre de janvier 1995. Cette jurisprudence permettait, entre autre, que des accords d'entreprise puissent être négociés et signés, dans les entreprises qui ne remplissaient pas les conditions légales pour avoir des délégués syndicaux, par des salariés titulaires d'un mandat donné par un syndicat représentatif⁵²⁴. Cet ANI de 1995, reconduit pour 3 ans par un accord du 08 avril 1999, soumettait déjà cette possibilité de négocier avec des élus et des mandatés à l'autorisation d'un accord de branche étendu. Devant les réticences des syndicats de branche pour cette forme particulière de négociation, le législateur a repris dans la loi du 12 novembre 1996 les dispositions expérimentales de l'ANI de 1995. Bien que les syndicats ont considéré que cette loi portait atteinte au monopole syndical de négociation, elle a été validée par le Conseil Constitutionnel au motif que « les organisations syndicales n'ont pas le monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective [...] mais une simple vacation naturelle »⁵²⁵. La loi Aubry II, relative à l'aménagement et à la réduction négociée du temps de travail, a également utilisé la technique du mandatement syndical afin de favoriser la négociation et la conclusion d'accords de réduction du travail dans les entreprises dépourvues de

⁵²⁴ Cass. soc., 25 janv. 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 274, obs. P.-H. ANTONMATTEI ; *RJS* 1995, n° 279 ; *Cah. soc. Barreau Paris* 1995, A 13, p. 73 ; *Jurispr. soc. UIMM* 1995, p. 128.

⁵²⁵ Cons. Const., 6 nov. 1996, *RJS* 1996, n° 1296 ; *Liaisons soc.* 1996, C1, n° 19 ; ANTONMATTEI (P.-H.), « À propos du développement de la négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 164 ; BORENFREUND (G.), « Pouvoir de représentation et négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 1006 ; MORIN (M.-L.), « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 25 ; PRETOT (X.), « Les bases constitutionnelles de la négociation collective » ; *TPS* 1997, chron. 1 ; MORAND (M.), « Les nouveaux acteurs de la négociation collective d'entreprise » ; *TPS* 1997, chron. 4 ; SAVATIER (J.), « Les accords collectifs conclus par des salariés expressément mandatés » ; *Dr. soc.* 1998, p. 330 ; LYON-CAEN (G.), « La Constitution française et la négociation collective », *Dr. ouvrier* 1996, p. 479 ; VERDIER (J.-M.), « Négocier la représentation : quels agents, quels pouvoirs, quel statut ? », *Dr. soc.* 1997, p. 1040.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

toute représentation syndicale et élue. Cette faculté de négocier avec des élus ou des salariés mandatés a été généralisée par l'article 47 de la loi du 4 mai 2004 et intégrée aux articles L 2232-21 à L 2232-29 du Code du travail. Aux fonctions amélioratrices, complémentaires et expérimentales est venue s'ajouter la fonction organisationnelle. Cette nouvelle fonction a provoqué un renouvellement des thèmes de négociation.

148 - Depuis le début des années 80, des nouveaux thèmes sont apparus dans la négociation. L'aménagement du temps de travail, l'emploi, la formation professionnelle ou encore les procédures de consultations en cas de licenciement économique... ont conféré une nouvelle finalité à la négociation : l'organisation de l'entreprise. Cependant, le thème de prédilection de cette négociation organisationnelle demeure l'emploi et tous ses corollaires. Par un relevé de conclusions, signé par les partenaires sociaux le 28 février 1995, la question de l'emploi a intégré la négociation collective. La volonté clairement affichée était de « négocier sur toutes les conditions permettant de donner une impulsion nouvelle à l'emploi et à la lutte contre le chômage »⁵²⁶. Cette lutte pour l'emploi s'est déclinée dans la négociation collective de deux manières différentes.

La première orientation a été de baisser la durée légale du travail afin de maintenir ou de stimuler l'emploi. Les partenaires sociaux de la métallurgie⁵²⁷, de l'industrie et du commerce de gros⁵²⁸ ainsi que ceux de l'eau et embouteillage⁵²⁹ ont signé des accords de branche dénommés « accords professionnels pour l'emploi ». Le législateur, suite aux lois "Aubry", a introduit dans la loi de modernisation sociale⁵³⁰ l'amendement « Michelin » qui faisait de la réduction du temps de travail un préalable à la présentation d'un plan de sauvegarde de l'emploi dans les entreprises encore aux 39 heures⁵³¹.

La seconde orientation a été de permettre à l'entreprise de s'adapter plus facilement à son environnement économique afin d'éviter de procéder à des licenciements. La négociation d'entreprise est progressivement devenue un moyen pour les employeurs

⁵²⁶ LYON-CAEN (A.), « L'emploi comme objet de la négociation », *Dr. soc.* 1998, p. 316.

⁵²⁷ Accord du 3 mai 1996.

⁵²⁸ Accord du 2 février 1996.

⁵²⁹ Accord du 12 juillet 1996.

⁵³⁰ Loi n°2002-73 du 17 jan. 2002, *J.O.* du 18 jan. 2002.

⁵³¹ Cet amendement fut suspendu par la loi n°2003-6 du 3 janvier 2003, *J.O.* du 4 janvier 2003.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

de mieux gérer leur entreprise et de réaliser sa finalité économique. Soumettre les transformations de l'entreprise à la négociation est le meilleur moyen d'aboutir à une solution plus ou moins acceptable par tous et respectueuse des intérêts de chacun. Cependant, reconnaître la négociation comme un moyen d'organisation conduit nécessairement à accepter par avance un certain nombre de concessions de part et d'autre. Ainsi, les accords organisationnels empruntent souvent la forme d'accords "donnant-donnant" dans lesquels les employeurs ne consentent à octroyer des avantages supplémentaires aux salariés qu'en contrepartie de dispositions visant à améliorer la productivité de leurs entreprises⁵³².

La fonction organisationnelle octroyée à la négociation collective a révélé une certaine pénétration de l'économie dans le droit du travail⁵³³ ; intégration qui s'est avéré complexe pour les organisations syndicales. En effet, l'emploi est devenu un objet de négociation⁵³⁴ justifiant toutes les concessions salariales⁵³⁵. Selon le professeur Antoine Lyon-Caen, les accords sur l'emploi ont développé des effets bénéfiques sur la solidarité liant une collectivité de travail et sur la légitimité de l'accord⁵³⁶.

La négociation collective est incontestablement devenue un outil d'organisation au service de l'entreprise⁵³⁷. Cette transformation de l'objet de la négociation s'est également manifestée par la diversification des thèmes organisationnels.

⁵³² SOUBIE (R.), « Quelques observations sur les accords "donnant-donnant" », *Dr. soc.* 1985, p. 614.

⁵³³ Le droit du travail confronté à l'économie, Actes du colloque organisé par l'AFDT en hommage à G. LYON-CAEN, Dalloz 2005.

⁵³⁴ LYON-CAEN (A.), op. cit., *Dr. soc.* 1998, p. 319. Cet auteur, après avoir mis en avant les avantages en terme de solidarité et de légitimité que présentent les accords donnant-donnant, souligne que « l'accord peut emporter une érosion de certains avantages, mais les sacrifices demandés aux uns trouveraient une compensation dans les améliorations apportées ou promises aux autres ».

⁵³⁵ Cette analyse paraît emporter la conviction sur un plan purement théorique. D'un point de vue pratique, le "chantage à l'emploi" s'est multiplié et a contribué à justifier la suppression ou la diminution de certains avantages conventionnels. Cette tendance s'est encore accentuée depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004 qui a généralisé la faculté pour un accord de niveau inférieur de déroger dans un sens moins favorable à un accord de niveau supérieur (Cf. les art. L 2252-1 et L 2253-1 à L 2253-3 C. trav.).

⁵³⁶ La légitimité s'entendra ici comme un acte passé par les représentants de la collectivité dans lequel la majorité des individus qui la composent se reconnaissent et dans lequel ils se sentent impliqués.

⁵³⁷ BARTHELEMY (J.), « La négociation collective, outil de gestion de l'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 580 ; « L'innovation sociale par plus de contrat. Réflexions à propos du contrat collectif d'entreprise », *JCP E* 1996, chron. N° 521 ; GUIBAL (J.-C.), « Point de vue : plaidoyer pour un contrat collectif d'entreprise », *Dr. soc.* 1986, p. 602.

B. Évolution du contenu de la négociation collective

149 - L'article L 2221-1 du Code du travail dispose que les conventions et accords collectifs de travail ont vocation à traiter de l'ensemble des conditions d'emploi, de la formation professionnelle et des garanties sociales accordées aux salariés. La formulation de ce texte, ayant évolué jusqu'en 2004, opère une hiérarchisation entre les différentes catégories de thèmes ouverts à la négociation. En effet, il place au premier plan l'emploi, au second, la formation professionnelle et en dernier les garanties sociales. Cette présentation démontre que la négociation des garanties sociales n'est plus l'objet unique de la négociation.

Dans cet éventail général, quels sont concrètement les thèmes ayant conduit à faire de la négociation d'entreprise un moyen d'organisation ? Il s'agit, tout d'abord, de la question de l'organisation et de l'aménagement du temps de travail. Ce thème de négociation occupe régulièrement une place de premier plan depuis 1982. Les lois Auroux en ont même fait l'un des thèmes obligés de la Négociation Obligatoire⁵³⁸ (NO). L'article L 2242-8 du Code du travail précise que «*Chaque année, l'employeur engage une négociation annuelle obligatoire portant sur : 1° Les salaires effectifs ; 2° La durée effective et l'organisation du temps de travail, notamment la mise en place du travail à temps partiel à la demande des salariés. Cette négociation peut également porter sur la formation ou la réduction du temps de travail* ». Les articles suivants, fixant les thèmes de la NO, sont riches d'enseignements sur l'organisation de l'entreprise. Ils posent également une obligation de négocier sur l'évolution de l'emploi dans l'entreprise, du nombre des contrats de travail à durée déterminée, des missions de travail temporaire, du nombre des journées de travail effectuées par les intéressés ainsi que des prévisions annuelles ou pluriannuelles d'emploi établies dans l'entreprise. Ainsi, la question de la gestion des emplois dans l'entreprise, qui incombe normalement au pouvoir de direction du chef d'entreprise, tombe dans le domaine de la négociation.

Plus largement, la question de l'emploi dans l'entreprise devient la plus belle expression de la négociation organisationnelle. Les partenaires sociaux peuvent négocier tant sur la mise en place d'une politique de Gestion Prévisionnelle de l'Emploi et des Compétences (GPEC) que sur les procédures de consultation à suivre en cas de licenciements économiques. Notre pays connaît depuis très longtemps la négociation

⁵³⁸ Depuis la loi du 18 janvier 2005 créant une obligation triennale de négocier, on ne parle plus de négociation annuelle obligatoire, mais de négociation obligatoire.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

sur les classifications et la promotion⁵³⁹. Toutefois, ce n'est que depuis la loi du 31 décembre 1991⁵⁴⁰ et la loi de programmation pour la cohésion sociale de 2005⁵⁴¹ que la négociation sur la GPEC connaît un nouveau dynamisme⁵⁴². La GPEC consiste à rechercher une adéquation entre le nombre des salariés et les emplois offerts par l'entreprise en termes d'effectif, de qualification et de formation⁵⁴³. Complémentaire à la GPEC, la formation professionnelle tout au long de la vie a permis de répondre plus facilement aux besoins des entreprises, mais aussi de permettre aux salariés d'évoluer dans leur emploi ou, pour les demandeurs d'emploi, de retrouver rapidement un emploi⁵⁴⁴. La mise en œuvre des différents dispositifs de formation repose principalement sur la conclusion d'accords collectifs de branche et d'entreprise⁵⁴⁵.

La question des licenciements pour motif économique est encore plus révélatrice de la fonction organisationnelle reconnue à la négociation. En effet, les partenaires sociaux présents dans l'entreprise sont autorisés à négocier sur les procédures de consultation relatives à un licenciement économique de plus de 10 salariés dans une même période

⁵³⁹ Cf. les accords cités par GAILLARD et THULLIER, *Dr. soc.* 63, p. 542, note 5.

⁵⁴⁰ Loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991 art. 1, *J.O.* du 1er janvier 1992

⁵⁴¹ L'art. L 2242-15 C. trav. dispose que « Dans les entreprises et les groupes d'entreprises au sens de l'Article L 2331-1 de trois cents salariés et plus, 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, l'employeur engage tous les trois ans une négociation portant sur: 1° Les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise ainsi que ses effets prévisibles sur l'emploi et sur les salaires ; 2° La mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, sur laquelle le comité d'entreprise est informé, ainsi que sur les mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées, en particulier en matière de formation, de validation des acquis de l'expérience, de bilan de compétences ainsi que d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés ».

⁵⁴² Les juges décident que lorsqu'une entreprise n'a pas mis en œuvre son accord de gestion prévisionnelle des emplois et compétences (GPEC), elle ne peut pas mettre en place une réorganisation dans le cadre d'une procédure des livres III et IV du Code du travail, surtout lorsqu'il s'agit d'une réorganisation nécessaire mais pas urgente. TGI Nanterre, référé, 5 septembre 2006, n° 06/01923, *SSL* 2006, n° 1277.

⁵⁴³ La Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) est une gestion anticipative et préventive des ressources humaines, fonction des contraintes de l'environnement et des choix stratégiques de l'entreprise. Elle vise à réduire de façon anticipée, les écarts entre les besoins et les ressources humaines de l'entreprise (en termes d'effectifs et de compétences) en fonction d'un plan stratégique, ou au moins d'objectifs à moyen terme bien identifiés et à impliquer les salariés dans le cadre d'un projet d'évolution professionnelle.

⁵⁴⁴ LUTTRINGER (J.-M.), « Formation professionnelle tout au long de la vie et négociation collective », *Dr. soc.* 2004, n° spécial, p. 472.

⁵⁴⁵ Les bilans de la négociation collective pour 2004 et 2005 révèlent que le thème prépondérant de ces deux années est de loin la formation professionnelle. Pour plus de détails, voir La négociation collective en 2004 et La négociation collective en 2005, Éditions Législatives, Paris.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

de trente jours. Les articles L 1233-21 et suivants du Code du travail⁵⁴⁶, issus de la loi du 3 janvier 2003⁵⁴⁷ et modifiés par la loi dite de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005⁵⁴⁸, permettent aux partenaires sociaux d'aménager les règles de consultation du comité d'entreprise en cas de projet de licenciement économique⁵⁴⁹. Bien qu'il soit logique que la consultation du livre IV précède celle du livre III, la jurisprudence décide que ces consultations sont cumulatives⁵⁵⁰, mais qu'elles peuvent avoir lieu concomitamment. Toutefois, il faut que la consultation relative au projet susceptible d'affecter l'emploi soit engagée en temps utile, c'est-à-dire avant toute décision de licenciement, sous peine de nullité de la procédure⁵⁵¹. Depuis 2005, les partenaires sociaux peuvent déterminer le calendrier des consultations avec le choix de recourir ou pas à l'aide d'un expert comptable. Ils peuvent également fixer le contenu du plan de sauvegarde et notamment peser sur les critères d'ordre et le nombre final des licenciements. Même le licenciement est devenu négociable. Cela contribue incontestablement à responsabiliser les partenaires sociaux qui prennent part à ce type de négociation.

150 - Les thèmes organisationnels occupent désormais une place centrale dans la négociation d'entreprise. Leur nombre nous laisse penser que la négociation collective au niveau de l'entreprise est devenue un outil d'organisation permettant d'une part, une

⁵⁴⁶ Cet article dispose que « Des accords d'entreprise, de groupe ou de branche peuvent fixer, par dérogation aux dispositions du présent livre et du livre IV, les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise applicables lorsque l'employeur projette de prononcer le licenciement économique d'au moins dix salariés sur une même période de trente jours.

Ces accords fixent les conditions dans lesquelles le comité d'entreprise est réuni et informé de la situation économique et financière de l'entreprise et peut formuler des propositions alternatives au projet économique à l'origine d'une restructuration ayant des incidences sur l'emploi et obtenir une réponse motivée de l'employeur à ses propositions. Ils peuvent organiser la mise en œuvre d'actions de mobilité professionnelle et géographique au sein de l'entreprise et du groupe [...] ».

⁵⁴⁷ Loi n°2003-6 du 3 janvier 2003, *J.O.* du 4 janvier 2003.

⁵⁴⁸ Loi n°2005-32 du 18 janvier 2005, *J.O.* du 19 janvier 2005, art. 72.

⁵⁴⁹ La consultation posée à l'art. L 2323-6 C. trav. doit être initiée par l'employeur dès lors qu'un projet économique est susceptible d'avoir des incidences sur l'emploi. Dans le cadre de cette prérogative, le comité d'entreprise peut recourir à l'aide d'un expert comptable et peut proposer un projet alternatif auquel l'employeur doit apporter une réponse motivée lors d'une seconde réunion. La consultation exigée par les articles L 1233-29 et L 1233-30 C. trav. porte, quant à elle, sur le projet de licenciement causé par la restructuration.

⁵⁵⁰ Cass. soc. 16 avril 1996, Siétam-industries, *Dr. soc.* 1996, p. 484, note A. LYON-CAEN ; *RJS* 1996, n° 560 et p. 311, note WAQUET.

⁵⁵¹ Cass. soc. 17 juin 1997, Grands magasins de l'ouest, *Dr. soc.* 1997, p. 742, obs. MASSE-DESSEN ; *RJS* 8-9/97, n° 990, rapport de J.-Y. FROUIN, p. 592.

meilleure efficacité économique et d'autre part, une "coopération" entre les salariés et l'entreprise notamment en matière d'emploi et de formation⁵⁵².

Conclusion du chapitre 2 :

151 - La perte de légitimité des accords collectifs résultait de la rupture existant entre la fonction de représentation des syndicats et la qualité nécessaire à son exercice. La création de la présomption irréfragable de représentativité limitait la possibilité de vérifier ce que les syndicats représentaient réellement. La représentativité présumée ne permettait pas de savoir si une organisation syndicale disposait d'une réelle capacité à représenter et à engager les salariés. L'absence de vérification de la capacité représentative des organisations syndicales retirait à la représentation toute légitimité. En conséquence, les accords collectifs qui résultaient de cette représentation ne disposaient que d'une très faible légitimité. La discordance qui pouvait exister entre représentativité présumée et représentativité réelle ne posait aucune difficulté dès lors que la négociation collective ne pouvait conduire qu'à la conclusion d'accords plus favorables aux salariés.

Cependant, les finalités de la négociation collective se sont diversifiées. Depuis l'entrée en vigueur des lois Auroux de 1982, la négociation collective est devenue un moyen permettant à l'entreprise d'adapter ses effectifs et son organisation du travail aux contraintes économiques qui pèsent sur elle. Cette finalité organisationnelle peut aboutir à la signature d'accords organisationnels contenant des dispositions dérogatoires et de véritables engagements pour les salariés. Dès lors, la question de la légitimité des représentants des salariés dans l'entreprise devient une question centrale.

152 - Conscients des difficultés de légitimité rencontrées dans la négociation collective, les partenaires sociaux, puis le législateur, ont imposé un principe de conclusion majoritaire des accords collectifs. Ainsi, la loi du 4 mai 2004 n'a résolu qu'à moitié le problème de la légitimité des accords collectifs en introduisant le principe de conclusion majoritaire. En effet, la légitimité des accords collectifs, notamment organisationnels, est conditionnée par la capacité représentative des organisations syndicales signataires et les règles de conclusion imposées par la loi.

⁵⁵² Cf. le titre I^{er} de notre seconde partie.

Conclusion du titre 1 :

153 - La légitimité des conventions et accords collectifs reposait quasi exclusivement sur la représentativité des organisations syndicales signataires. Cependant, la création d'une présomption irréfragable de représentativité pour les organisations syndicales affiliées à une centrale syndicale nationale a eu pour effet de ne plus permettre la vérification de la capacité réelle de ces organisations syndicales à représenter la collectivité des salariés. S'est ainsi produit une rupture entre le mécanisme de représentation des salariés et la capacité à représenter des organisations syndicales. Une organisation syndicale irréfragablement présumée représentative ne disposait pas nécessairement d'une légitimité suffisante pour représenter les salariés. Cette rupture entre représentativité et représentation a eu une incidence considérable sur la négociation collective. Un syndicat présumé représentatif pouvait, à lui seul, négocier et signer un accord collectif emportant des concessions ou des régressions pour les salariés alors qu'il ne représentait qu'une infime partie d'entre eux. La transformation de la négociation en outil organisationnel a mis en lumière la question de la légitimité des accords collectifs⁵⁵³.

154 - Afin de conférer plus de légitimité aux accords collectifs du travail, il convient de s'assurer que le ou les représentants des salariés disposent d'une capacité réelle pour les représenter et éventuellement les engager. La représentativité ne doit être accordée qu'aux syndicats justifiant du soutien d'une majorité ou d'une forte minorité des salariés. Les partenaires sociaux et le législateur ont reconnu que la légitimité des conventions et accords collectifs devait reposer sur une représentativité réelle (fondée principalement sur l'audience) et le principe de conclusion majoritaire. La loi du 20 août 2008 a consacré cette double approche de la légitimité des accords collectifs. Elle a tout d'abord imposé une représentativité prouvée et mesurée dans les urnes⁵⁵⁴ et a

⁵⁵³ RAY (J.-E.), « L'accord d'entreprise majoritaire », *Dr. soc.* 2009, p. 887. Le professeur Ray confirme que « plus l'accord est socialement difficile, plus il est fragile sur le plan juridique (droit d'opposition, voire contestation judiciaire de sa validité plusieurs années après si le personnel le rejette), mais aussi et surtout social car la légalité n'est pas tout : il faut que les salariés appliquent la nouvelle règle » (p. 893). Cet auteur explique que la négociation n'est plus nécessairement plus favorable aux salariés et que, compte tenu de ce caractère moins favorable, les accords doivent reposer sur des règles de conclusions matérialisant le consentement majoritaire des salariés.

⁵⁵⁴ Cf. les articles L 2121-1, L 2122-1, L 2122-5, L 2122-6 et L 2122-9 du Code du travail. Cf. également FAVENNEC-HERY (F.), « La représentativité syndicale », *Dr. soc.* 2009, p. 630.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

ensuite conditionné la validité d'un accord par la signature des syndicats représentant au moins 30% des salariés et par l'absence d'opposition majoritaire⁵⁵⁵. Nous démontrerons dans le titre suivant que la légitimité des accords collectifs repose sur deux piliers : une représentativité réelle, démocratique et régulièrement vérifiée et le principe de conclusion majoritaire d'engagement.

⁵⁵⁵ Cf. les articles L 2232-2 à L 2232-15 du Code du travail. Cf. également, CESARO (J.-F.), « La négociation dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.* 2009, p. 658.

TITRE 2 : L'INSTITUTION D'UNE DOUBLE VERIFICATION DE LA LEGITIMITE DES ACCORDS ORGANISATIONNELS

155 - La légitimité des accords collectifs repose essentiellement sur la capacité représentative des signataires. La création et la généralisation de la représentativité présumée a empêché que puisse être vérifiée la capacité réelle de chaque organisation syndicale à représenter les salariés. Dans l'entreprise, une ou plusieurs organisations présumées représentatives, mais ne représentant qu'une minorité des salariés, pouvaient négocier et signer un accord collectif développant un effet *erga omnes*. De plus, la négociation collective d'entreprise est devenue un outil permettant au chef d'entreprise d'adapter l'organisation du travail et les effectifs de l'entreprise à ses choix économiques. Cette négociation organisationnelle pouvait aboutir à la conclusion d'accords contenant des contraintes ou des obligations nouvelles pour les salariés. Dans ces conditions, il était difficilement admissible qu'une organisation syndicale présumée représentative, mais minoritaire, puisse engager les salariés.

Pour éviter que les accords collectifs disposent d'une trop faible légitimité, la loi du 4 mai 2004 a institué le principe de conclusion majoritaire. En application de ce principe, les accords collectifs d'entreprise ne sont valablement conclus que lorsqu'ils ont reçu l'assentiment des organisations syndicales représentant une majorité des salariés représentés. Ainsi, la légitimité des accords d'entreprise repose sur la représentativité des organisations syndicales et sur le principe de conclusion majoritaire⁵⁵⁶. Ces deux sources de légitimité doivent se combiner dans le temps. Alors que la représentativité doit être appréciée en amont du processus de négociation

⁵⁵⁶ Le nouvel art. L 2232-2 al. 1 dispose que « 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 des 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 ». Au niveau de l'entreprise, la conclusion des accords collectifs s'achemine progressivement vers une majorité d'engagement.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

(chapitre 1^{er}), le principe majoritaire doit permettre de vérifier la légitimité des accords en aval (chapitre 2nd).

Cependant, pour que cette complémentarité soit source d'une réelle légitimité, il est nécessaire de réformer la représentativité de manière à en faire un concept plus démocratique et de donner toute sa portée au principe majoritaire. La capacité représentative doit reposer essentiellement sur un scrutin et s'apprécier au niveau le plus proche des salariés, c'est-à-dire au niveau de l'entreprise. Les résultats de ces scrutins doivent être consolidés aux niveaux géographiques et professionnels supérieurs. De plus, le principe majoritaire ne doit pas prendre la forme d'une majorité d'opposition, mais d'une majorité d'engagement. Ce n'est qu'à ces deux conditions que la légitimité des conventions et accords d'entreprise sera incontestable. La loi du 20 août 2008 a consacré cette idée de "double légitimité" en réformant la représentativité syndicale et en renforçant le principe de la conclusion majoritaire des accords collectifs.

CHAPITRE 1 : LA VERIFICATION A *PRIORI* DE LA CAPACITE REPRESENTATIVE DES ORGANISATIONS SYNDICALES

156 - La première condition permettant de conférer plus de légitimité aux accords collectifs est de vérifier que les organisations syndicales signataires disposent d'une représentativité réelle. L'existence d'une capacité représentative réelle doit être un préalable à toute action syndicale et à toute conclusion d'accord collectif. Ainsi, il faut élaborer une représentativité centrée sur un critère régulièrement vérifiable (section 2) tel que l'élection des représentants du personnel (section 1).

SECTION 1 : L'ELABORATION D'UNE REPRESENTATIVITE PLUS DEMOCRATIQUE

157 - Deux pistes peuvent être explorées pour élaborer une représentativité plus démocratique. Il est possible d'élaborer un concept de représentativité se fondant essentiellement sur l'élection, c'est-à-dire l'audience. Toutefois, il est également envisageable de corriger les effets néfastes de la représentativité présumée. S'il n'est pas souhaitable de réduire la représentativité à l'audience (I), le vote des salariés doit devenir le critère central permettant d'apprécier la capacité réelle à représenter de chaque organisation syndicale (II).

I. Le rejet d'une représentativité strictement électorale

158 - Lors de la création du concept de représentativité, le législateur n'a pas souhaité faire de l'élection la pièce maîtresse de la représentativité syndicale. Il a préféré opter pour des critères, *a priori* plus stables.

Un demi-siècle après sa création, le concept de représentativité est remis en cause et la question d'une représentativité électorale se pose à nouveau. Bien que les choses soient fondamentalement différentes aujourd'hui, il n'en reste pas moins que le passage à une représentativité strictement électorale n'est pas pertinent. Il semble plus

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

satisfaisant de conserver une représentativité fondée sur des critères et de faire une place plus importante au critère électoral.

Le seul pays européen à avoir opté pour une représentativité strictement électorale est l'Espagne. L'examen de la représentativité syndicale espagnole (A) nous a permis de mieux cerner les spécificités d'une représentativité strictement électorale et de conclure qu'un tel système est difficilement transposable en France (B). Néanmoins, quelques idées peuvent enrichir notre réflexion sur la représentativité des organisations syndicales françaises.

A. Le modèle de la représentativité électorale espagnole

159 - En droit social comparé, la législation espagnole est rarement examinée. Elle constitue cependant une étape riche d'enseignements pour notre recherche. Le syndicalisme espagnol présente de nombreuses similitudes avec la France⁵⁵⁷. Nous y retrouvons les caractéristiques fondamentales telles que le pluralisme syndical, un faible taux de syndicalisation, et surtout, une légitimité syndicale assise sur un concept de représentativité conciliant légitimités institutionnelle et électorale. En Espagne, l'autonomie collective consentie aux partenaires sociaux est très encadrée et leur légitimité est fondée sur un concept de représentativité à dimension essentiellement électorale⁵⁵⁸.

160 - Le concept de représentativité a été créé pendant la période franquiste⁵⁵⁹ dans le but de limiter le pluralisme syndical⁵⁶⁰. Toutefois, l'émergence d'autres formes de groupements, qui se sont constitués en assemblées en dehors des ateliers, ont conduit à l'exclusion de l'appareil syndical franquiste. Suite à la chute de Franco, un décret royal du 6 décembre 1977⁵⁶¹ a reconnu à tout groupement syndical suffisamment

⁵⁵⁷ MILLOT (M.) et ROULLEAU (J.-P.), *Les relations sociales en Europe*, Éditions Liaisons 2005, p. 185.

⁵⁵⁸ Cf. étude de législation comparée du Sénat, *La négociation collective*, pp. 25 et s.

⁵⁵⁹ La période franquiste a débuté avec l'arrivée au pouvoir du général Francisco Franco en 1939 et a duré jusqu'en 1977, date à laquelle ont été démantelées les institutions franquistes. Pour plus de précisions sur cette période de l'histoire espagnole, cf. DREYFUS-ARMAND (G), *L'exil des républicains espagnols en France. De la guerre civile à la mort de Franco*, 1999, éd. Albin Michel, 475 p.

⁵⁶⁰ RODRIGUEZ-PINERO (M.) ET CRUZ VILLALON (J.), « La legge spagnola sulla liberta sindacale », *Gior. Di. Dir. Lav. Rel. Ind.* 1987, n° 33, p. 87.

⁵⁶¹ DAL-RE (F.V.), « Représentation et représentativité syndicales en Espagne », *Travail et Emploi* n° 35, 1988, p. 38.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

représentatif la possibilité de décider de l'organisation d'élections de représentant des salariés en accord avec le chef d'entreprise. Ce décret a clarifié la répartition des rôles dans et hors l'entreprise. Dans l'entreprise, la représentation des travailleurs a été confiée aux comités d'entreprise et aux délégués du personnel qui ont exercé les fonctions classiques de participation et de consultation, mais aussi de véritables fonctions syndicales telles que la négociation des accords d'entreprise et la gestion des conflits. En dehors de l'entreprise, les organisations syndicales ont hérité de la fonction de défense des intérêts sectoriels et généraux des salariés. Ainsi, la légitimité des syndicats espagnols dans l'entreprise dépendait de leur implantation dans les différents organes élus. En dehors de l'entreprise, la légitimité des syndicats espagnols dépendait des résultats électoraux obtenus aux élections professionnelles. Ce n'est qu'après avoir été reconnu comme l'une des organisations les plus représentatives des salariés du pays qu'un syndicat était habilité à collaborer avec les pouvoirs publics et représenter les salariés au niveau national⁵⁶².

161 - La représentativité constitue le moyen d'identifier les organisations les plus aptes à représenter et à défendre les intérêts des salariés. Toutefois, la législation espagnole opère une distinction entre les organisations les plus représentatives au niveau national et les organisations simplement représentatives au niveau des entreprises (1). Seules les organisations ayant une représentativité suffisante⁵⁶³ peuvent négocier et conclure des conventions et accords collectifs (2).

1. Organisations les plus représentatives et simplement représentatives

162 - La Loi Organique relative à la Liberté Syndicale (LOLS) du 2 août 1985⁵⁶⁴ a posé une distinction entre les organisations les plus représentatives et les organisations simplement représentatives.

Les organisations les plus représentatives ont vocation à exister au niveau national ou au niveau d'une communauté autonome et à participer à la gestion des questions

⁵⁶² *Ibid.*, p. 39.

⁵⁶³ C'est ce qu'il ressort de l'article 87 du statut des travailleurs qui confère la légitimité pour négocier et conclure des accords collectifs dépassant le cadre de l'entreprise qu'aux seules organisations ayant obtenu 10% des délégués du personnel et membres du comité d'entreprise au cours des élections syndicales.

⁵⁶⁴ Loi n° 11/1985 du 2 août 1985, BOE du 08 août 1985 consultable en langue originale à l'adresse suivante : <http://www.lexarxius.com/pol/lolsy.htm>.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

économiques. La LOLS fait de la plus grande représentativité la pièce maîtresse du système de représentation syndicale. Son article 6 dispose que la plus grande représentativité sert à déterminer les syndicats les plus aptes à exercer une action syndicale et exercer des fonctions de participation institutionnelle (en concertation avec le gouvernement). À l’opposé, les organisations simplement représentatives ont un cadre d’intervention limité à une profession ou à un secteur géographique déterminé.

a. Les organisations syndicales les plus représentatives

163 - Des organisations syndicales peuvent être qualifiées de plus représentatives uniquement au niveau national et/ou d’une communauté autonome.

Au niveau national, sont considérées comme les plus représentatives les organisations syndicales ayant obtenu au moins 10% de la totalité des sièges aux élections syndicales telles que les élections de délégués du personnel, de membres du comité d’entreprise ou encore des représentants des organes équivalents au sein de l’administration publique⁵⁶⁵. Sont considérées comme les plus représentatives au plan national l’Union Générale du Travail (UGT) et les Commissions Ouvrières (CCOO). Ensemble, elles recueillent environ 85% des suffrages aux élections syndicales ; soit environ 35% pour l’UGT et 40% pour les CCOO⁵⁶⁶. Ces deux organisations occupent, en plus des fonctions syndicales classiques, certaines fonctions institutionnelles définies par la LOLS⁵⁶⁷. Ainsi, le gouvernement doit consulter les syndicats les plus représentatifs en matière de fixation du salaire minimum interprofessionnel, de déclaration du caractère insalubre ou dangereux de certains travaux. De plus, Les organisations les plus représentatives disposent de représentants dans les organes de gestion du système de protection sociale (avec voie consultative).

Une fois la qualité de syndicat le plus représentatif reconnue à une confédération syndicale, tous les syndicats qui justifient d’une affiliation sont également considérés

⁵⁶⁵ Art. 6.2 a) de la LOLS.

⁵⁶⁶ Cf. étude de législation comparée du Sénat, *La représentativité des syndicats de salariés*, p. 16.

⁵⁶⁷ L’article 6 de la LOLS dispose que « les organisations syndicales les plus représentatives au plan national assurent la représentation des salariés dans certaines instances administratives ou relevant d’organismes publics, vont négocier et conclure des conventions et accords collectifs conformément aux dispositions du titre III du statut des travailleurs, participent aux procédures de négociation et de consultation relatives à la détermination des conditions de travail dans les administrations publiques, participent aux mécanismes publics de résolution extrajudiciaire des conflits du travail, organisent les différentes élections professionnelles et syndicales et obtiennent la cession temporaire de l’usufruit d’immeubles publics qui constituaient le patrimoine de l’ancien syndicat unique franquiste » (Cf. art. 6.3 de la LOLS).

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

comme représentatifs. Les syndicats affiliés bénéficient donc d'une représentativité empruntée à leur confédération⁵⁶⁸. Cette représentativité d'emprunt pose-t-elle autant de difficultés qu'en France ? La réponse est négative pour deux raisons. D'abord, la représentativité d'emprunt n'autorise pas les syndicats à négocier des accords dérogatoires. En effet, cette faculté est strictement encadrée par les organisations les plus représentatives au plan national dans des accords dits structurels⁵⁶⁹, ou des accords visant à maintenir l'équilibre financier de certaines entreprises⁵⁷⁰. Ensuite, au niveau de l'entreprise, il appartient aux organes élus, tels que les délégués du personnel et les comités d'entreprise, de négocier. La présomption de représentativité permet uniquement au syndicat de présenter des candidats aux élections professionnelles.

164 - Même lorsqu'une organisation syndicale ne fait pas partie des plus représentatives au plan national, elle peut être reconnue comme l'une des plus représentative au niveau d'une communauté autonome si elle obtient au moins 15% des sièges aux élections professionnelles et au moins 1500 représentants sur le territoire de cette communauté⁵⁷¹. Tout syndicat affilié à une organisation comptant parmi les plus représentatives au niveau d'une communauté autonome bénéficie des mêmes avantages et prérogatives⁵⁷². Lorsqu'une centrale syndicale obtient le statut d'organisation plus représentative au niveau d'une communauté autonome, sa représentativité s'étend à chacun des syndicats affiliés⁵⁷³. Ainsi, la LOLS n'accorde de prérogatives institutionnelles qu'aux organisations dotées de la plus grande capacité représentative. Seules deux organisations ont obtenu le label d'organisation plus représentative d'une communauté autonome. L'ELA-STV (*Eusko Langileen Alkartasuna - Solidaridad de Trabajadores Vascos*) est reconnue plus représentative au Pays basque et la CIGA

⁵⁶⁸ L'article 6.2 b) de la LOLS dispose que « les syndicats ou organisations syndicales affiliées, fédérées ou confédérées à une organisation syndicale appartenant aux plus représentatives au niveau national bénéficient de la même reconnaissance ».

⁵⁶⁹ Cf. art. 83.2 du statut des travailleurs.

⁵⁷⁰ Cf. art. 82.3 du statut des travailleurs.

⁵⁷¹ Art. 7.1 a) de la LOLS.

⁵⁷² Art. 7.1 b) de la LOLS.

⁵⁷³ DAL -RE (F.V.), « Représentation et représentativité syndicales en Espagne », *op.cit.*, p.43.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

(*Confederación Intersindical Galega*) l'a été en Galice. Toutefois, plusieurs organisations commencent à se développer dans d'autres communautés autonomes⁵⁷⁴.

Les prérogatives accordées aux organisations régionales les plus représentatives sont identiques à celles reconnues aux organisations nationales. Il ressort de l'article 7.1 al. 2 de la LOLS, que les organisations ayant acquis la qualité de plus représentative au niveau d'une communauté autonome exercent les mêmes prérogatives que les organisations les plus représentatives au niveau national, mais uniquement au niveau régional. De plus, ces organisations participent à la représentation institutionnelle devant les administrations publiques nationales et prennent part à la négociation des conventions et accords collectifs nationaux.

À côté de ces organisations les plus représentatives au niveau national ou d'une communauté autonome, existent des syndicats non affiliés à ces centrales syndicales nationales et qui, à certaines conditions, peuvent être considérés comme simplement représentatifs.

b. Les organisations syndicales simplement représentatives

165 - Le concept d'organisation ayant la plus grande représentativité a été instauré en Espagne pour sélectionner les organisations les plus légitimes, c'est-à-dire ayant une large base représentative, pour occuper des fonctions institutionnelles. Pour autant, la LOLS reconnaît que certaines organisations, non affiliées aux centrales les plus représentatives, peuvent être reconnues représentatives dans un secteur professionnel ou géographique donné. Le niveau national est l'apanage des organisations les plus représentatives alors qu'aux niveaux inférieurs, on retrouve d'une part, les syndicats affiliés aux grandes centrales reconnues représentatives et d'autre part, les syndicats autonomes ayant fait la preuve, dans le champ considéré, de leur représentativité. Pour être reconnus représentatifs, ces syndicats autonomes doivent avoir obtenu au moins 10% des sièges aux élections professionnelles dans le secteur professionnel ou géographique en question⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ En Andalousie : la USTEA (Unión de Sindicatos de Trabajadores y Trabajadoras de Andalucía), en Catalogne : la CSC (Confederación Sindical de Cataluña) et la SOC (Solidaridad obrero catalana), aux Canaries : la SOC (Federación de sindicatos obreros canarios) et la CANO (Confederación autónoma nacionalista canaria).

⁵⁷⁵ Cf. étude de législation comparée du Sénat, *La négociation collective*, p. 28.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

La LOLS reconnaît les mêmes pouvoirs à toutes les organisations syndicales représentatives ; un pouvoir qu'elles exercent dans le champ géographique ou professionnel dans lequel elles sont reconnues. Seules les prérogatives de nature institutionnelle⁵⁷⁶ sont réservées aux organisations les plus représentatives⁵⁷⁷.

Si les concepts de représentativité et de plus grande représentativité gouvernent tout le système des relations professionnelles espagnol, ils sont également le moyen de légitimer les acteurs de la négociation.

2. Représentativité et négociation collective

166 - L'article 87 du statut des travailleurs prévoit que les acteurs pouvant négocier et conclure des conventions et accords collectifs de travail doivent avoir été légitimés. Cette légitimation varie selon que ces conventions ou accords sont conclus au niveau de l'entreprise ou à un niveau supérieur. L'article 88.1 du même statut indique que ces acteurs, une fois légitimés, peuvent participer à la commission de négociation. Afin de pouvoir négocier, les syndicats espagnols doivent justifier d'une double légitimation : la légitimité issue de la représentativité, acquise *a priori* (article 87), doit être confirmée *a posteriori* dans la négociation collective (article 88.1 relatif aux commissions de négociation).

a. La légitimation initiale

167 - Pour faire partie de la commission de négociation, les syndicats doivent avoir été légitimés. Cette légitimation est fonction du champ d'application que les parties vont conférer à la convention ou à l'accord. Ainsi, il nous faut distinguer les entités de négociation situées au niveau de l'entreprise (ou à un niveau inférieur) des entités de négociation de niveau géographique ou professionnel plus large.

⁵⁷⁶ GARCIA MURCIA (J.), « les organisations syndicales et d'entreprises les plus représentatives », Madrid, MTSS 1987.

⁵⁷⁷ Un doute subsiste uniquement sur le point de savoir si les syndicats simplement représentatifs pouvaient bénéficier des cessions d'usufruits d'immeubles publics ? A priori, cet avantage était réservé aux seules organisations les plus représentatives au plan national. Cependant, le Tribunal constitutionnel espagnol a décidé que les organisations syndicales les plus représentatives ne disposaient d'aucun monopole pour obtenir l'usufruit d'immeubles du domaine public, mais qu'elles avaient seulement une priorité (Cf. étude de législation comparée du Sénat, *La représentativité des syndicats de salariés*, p. 18). En conséquence, les syndicats représentatifs peuvent, à titre subsidiaire, bénéficier de ce type de concession.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

168 - Au niveau des entreprises, ce sont le comité d'entreprise ou, suivant les cas, les délégués du personnel⁵⁷⁸ et les représentations syndicales lorsqu'elles existent qui sont légitimés pour négocier les conventions ou les accords⁵⁷⁹. En effet, les dispositions de l'article 87.1 (complétées par celles de l'article 8.2 b) de la LOLS) permettent aux représentants syndicaux d'être légitimés et de participer à la négociation et à la conclusion d'accords d'entreprise. Pour être légitimés, les représentants syndicaux doivent avoir été expressément mandatés pour négocier. Or, ce mandat ne s'obtient qu'à l'issue d'un vote de la majorité absolue des salariés concernés. De plus, si l'accord a vocation à s'appliquer à tout le personnel de l'entreprise, les représentants syndicaux ne peuvent participer à la négociation que s'ils sont majoritaires au sein du comité d'entreprise⁵⁸⁰. Lorsque le comité d'entreprise et les représentants syndicaux sont légitimés, l'employeur doit négocier avec ces deux groupes d'acteurs⁵⁸¹.

169 - Si l'entité de négociation est d'un niveau supérieur à celui de l'entreprise, sont considérés comme légitimés par les travailleurs :

- Les syndicats considérés comme les plus représentatifs au niveau national, ainsi que les entités syndicales qui leur sont affiliées, fédérées ou confédérées⁵⁸² ;

⁵⁷⁸ Lorsque l'entreprise compte moins de 50 salariés, les salariés peuvent élire selon l'effectif de 1 à 3 délégués du personnel. Lorsque l'entreprise compte plus de 50 salariés, ces derniers élisent un comité d'entreprise comptant au minimum 5 membres. Pour plus de détails, se référer aux articles 62 à 76 du statut des travailleurs.

⁵⁷⁹ Cf. art. 10 de la LOLS. Une délégation syndicale peut être constituée dans l'entreprise si :

- la section syndicale est représentée au comité d'entreprise et auprès des délégations du personnel ;
- l'entreprise ou le centre de travail emploie un minimum de 250 salariés ;
- les délégués syndicaux sont membres de la section syndicale.

Le nombre de délégués syndicaux varie en fonction du nombre de salariés. Il y a :

- 1 délégué syndical dans les entreprises de 250 à 750 travailleurs,
- 2 délégués syndicaux dans les entreprises de 751 à 2 000 travailleurs,
- 3 délégués syndicaux dans les entreprises de 2 001 à 5 000 travailleurs,
- 4 délégués syndicaux dans les entreprises de plus de 5 000 travailleurs.

⁵⁸⁰ Cf. étude de législation comparée du Sénat, *La représentativité des syndicats de salariés*, op. cit, p. 27.

⁵⁸¹ Article 87.1 du statut des travailleurs. Cet article précise également qu'un accord peut être trouvé entre représentants syndicaux et comité d'entreprise quant à l'organe qui va négocier.

⁵⁸² Rappelons que sont considérés comme syndicats les plus représentatifs au niveau national, ceux qui comptent sur le territoire national 10% ou plus du total des délégués du personnel, des membres du comité d'entreprise et des organismes correspondants dans les administrations publiques (art. 3.2 a) ainsi que les entités affiliées, fédérées ou confédérées à ces organisations syndicales les plus représentatives (art. 6.2 b)

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

- Les syndicats qui sont considérés comme les plus représentatifs d'une communauté autonome quand la convention est d'application territoriale, ainsi que les entités qui leur sont affiliées, fédérées ou confédérées⁵⁸³.
- Les syndicats qui comptent au minimum 10% des membres des comités d'entreprise ou des délégués du personnel présents dans le cadre territorial et professionnel de la convention.

À un niveau supérieur à celui de l'entreprise, les employeurs doivent également être légitimés. L'article 87 du statut des travailleurs reconnaît une légitimité pour négocier « aux associations d'entreprises qui, dans le cadre géographique et professionnel de la convention, comptent 10% des entrepreneurs au sens de l'article 1.2 de la loi, et à condition que ces associations emploient un pourcentage au moins égal des salariés touchés par la convention.

170 - Pour terminer, il faut signaler une spécificité tenant aux organisations les plus représentatives au niveau d'une communauté autonome. L'article 87.4 du statut des travailleurs répute légitime pour négocier et conclure des conventions nationales les syndicats et les associations d'employeurs les plus représentatifs d'une communauté autonome. Lors de la négociation de conventions nationales, sont présents les syndicats les plus représentatifs des travailleurs et des employeurs au niveau national et les syndicats et organisations les plus représentatives des travailleurs et des employeurs au niveau des communautés autonomes.

b. La composition des commissions de négociation

171 - Une fois légitimés, les acteurs de la négociation peuvent participer aux commissions de négociation. De la même manière que pour la légitimation initiale des négociateurs, il faut distinguer entre les commissions instituées au niveau de l'entreprise ou à un niveau inférieur et les commissions de négociation de niveau supérieur.

⁵⁸³ Sont considérés comme les plus représentatifs au niveau d'une communauté autonome, les syndicats qui disposent sur ce territoire « d'au moins 15% des délégués du personnel ou des membres du comité d'entreprise et des organismes correspondants dans les administrations publiques ». Toutefois, il faut en plus que ce syndicats puisse justifier de 1500 représentants sur le territoire de cette communauté et qu'il ne soit ni affilié, ni fédéré ou confédéré à une organisation syndicales reconnue comme plus représentative au plan national. Tous les syndicats affiliés à ces syndicats les plus représentatifs au niveau d'une communauté autonome bénéficient de cette représentativité par ricochet.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

172 - Les commissions de négociation d'entreprise ou de niveau inférieur se composent, selon les cas, soit des délégués du personnel, soit des membres du comité d'entreprise, soit des représentants syndicaux lorsqu'ils ont été légitimés conformément aux dispositions que nous avons étudiées⁵⁸⁴. La seule difficulté réside dans la possibilité d'avoir simultanément une légitimation du comité d'entreprise et des représentants syndicaux. Dans ce cas, l'article 87 du statut des travailleurs invite les parties légitimées à trouver un accord. À défaut d'accord, l'employeur peut considérer ces deux parties comme interlocutrices.

173 - Les choses sont plus complexes en ce qui concerne les commissions de négociation instituées à un niveau supérieur à celui de l'entreprise. D'après l'article 88.1 al. 2 du statut des travailleurs, « la commission est valablement constituée lorsque les syndicats, fédérations ou confédérations et les associations d'entreprise auxquels se réfère l'article 87, représentent respectivement au moins la moitié absolue des membres des comités d'entreprise et éventuellement des délégués du personnel du champ visé par la convention et que les employeurs y emploient plus de la moitié des travailleurs ».

Une fois cette commission valablement composée, les parties légitimées doivent désigner les personnes physiques qui vont y participer en leur nom⁵⁸⁵. Il appartient également aux parties légitimées de procéder à la désignation d'un président et d'assesseurs qui prennent part aux débats oraux, mais pas au vote⁵⁸⁶.

174 - En définitive, le système de négociation espagnol repose sur une double légitimité permettant de s'assurer que des liens suffisamment forts existent entre les représentants et les représentés. Seules les organisations ayant été légitimées peuvent participer aux commissions de négociation. Or, ces commissions ne sont valablement constituées que lorsque ses membres représentent la majorité absolue des membres des comités d'entreprise ou des délégués du personnel. Autrement dit, pris individuellement, les syndicats les plus représentatifs représentent au moins 10% des membres de comité d'entreprise ou de délégués du personnel. Cependant, pour pouvoir négocier et conclure une convention ou un accord collectif, il est nécessaire que les

⁵⁸⁴ Article 88.1 al. 1 du statut des travailleurs.

⁵⁸⁵ Article 88.2 du statut des travailleurs.

⁵⁸⁶ *Ibid.* il faut remarquer que lorsque le président est en même temps membre de la commission, il pourra prendre part aux débats et aura le droit de voter.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

parties légitimées, réunies en commission, représentent ensemble au moins 50% des membres de comité d'entreprise ou de délégués du personnel.

Ce raisonnement s'apparente fortement à ce que nous connaissons en France. En effet, seuls les syndicats représentatifs peuvent négocier et conclure des conventions et accords collectifs. Cependant, les accords ne sont valides que s'ils sont conclus par les organisations syndicales représentant la majorité des salariés. La différence est, qu'en Espagne, la condition majoritaire s'impose dans la constitution de la commission de négociation. En France, cette condition ne s'impose que dans la conclusion majoritaire des accords. Si aujourd'hui, on commence à imposer la majorité d'engagement⁵⁸⁷, depuis 2004, cette majorité ne s'exprimait qu'au travers de l'opposition⁵⁸⁸. Cela explique en partie la discordance existant entre représentativité et capacité réelle à représenter. En conséquence, les représentés ne se reconnaissent que très partiellement dans les actes passés par leurs représentants qui ne disposent pas d'une base représentative suffisante pour pouvoir engager toute la collectivité.

Le système espagnol a fait ses preuves, notamment lorsqu'il a été question de réformer le marché du travail⁵⁸⁹, le système de retraite⁵⁹⁰ ou encore la question de la précarité de l'emploi. Ces réformes très risquées pour les partenaires sociaux ont finalement fini par "doper" leur représentativité.

Il serait alors pertinent de repenser le système de représentation des travailleurs en France de manière à plus investir les représentés dans la représentation syndicale.

⁵⁸⁷ Le nouvel art. L 2232-2 al. 1 dispose que « 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 des 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 ».

⁵⁸⁸ Hormis dans les branches ayant opté pour une majorité d'engagement, une convention ou un accord collectif n'était valablement conclu que s'il avait été signé par au moins une organisation syndicale représentative des travailleurs et que ce dernier n'avait pas fait l'objet d'une opposition majoritaire des non signataires. Cette logique majoritaire inversée peut être qualifiée de majorité négative ou de majorité d'opposition.

⁵⁸⁹ MILLOT (M.) et ROULLEAU (J.-P.), *op. cit.*, p. 191.

⁵⁹⁰ TUCHSZIRER (C.) et VINCENT (C.), « Une représentativité syndicale dopée par la reprise du dialogue social », *Chronique Internationale de l'IREC* n° 66, septembre 2000, p. 72.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

175 - Le système espagnol se fonde essentiellement sur le scrutin pour apprécier la capacité représentative des organisations syndicales. La France, compte tenu de son histoire et de sa culture syndicale, ne peut pas adopter directement à une représentativité strictement électorale. Toutefois, il est indéniable que l'audience syndicale doit devenir un critère dominant. Le système espagnol reste une source importante d'inspiration, mais ne semble pas être transposable à la France. Néanmoins, la logique de double légitimité mérite toute notre attention.

B. L'impossible transposition du modèle de représentativité espagnol à la France

176 - L'étude de l'exemple espagnol, nous invite à rechercher ce que serait le système français de représentativité si l'on optait pour un système exclusivement électoraliste. Une idée de ce que serait un tel système nous est donnée par le récent rapport élaboré par Monsieur Hadas-Lebel. Comme le propose le président de la section sociale du Conseil d'État, un scénario de transformation consisterait à réduire le concept de représentativité à l'audience⁵⁹¹. Chaque niveau de représentativité serait indépendant et ferait l'objet de scrutins spécifiques.

Au niveau de l'entreprise, la représentativité serait mesurée par rapport aux résultats des élections de comité d'entreprise ou à défaut, de délégués du personnel. Au niveau d'une profession ou d'une branche, cette mesure s'effectuerait soit par le regroupement des résultats obtenus par chaque syndicat dans chaque entreprise de la profession ou de la branche, soit par l'organisation d'une élection de représentativité de branche. Et au niveau national, le scrutin prud'homal pourrait être le plus approprié pour mesurer la légitimité des confédérations. En effet, toutes les organisations syndicales pourraient déposer des listes qu'elles soient ou non représentatives⁵⁹².

177 - Ce système qui se veut très proche de la représentation politique suscite quelques interrogations et appelle quelques critiques.

⁵⁹¹ Rapport, p. 86.

⁵⁹² L'article L 1441-23 C. trav. pose deux types d'exclusions : « Ne sont pas recevables les listes présentées soit par un parti politique, soit par une organisation prônant des discriminations fondées notamment sur le sexe, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'origine, la nationalité, la race, l'appartenance à une ethnie ou les convictions religieuses, et poursuivant ainsi un objectif étranger à l'institution prud'homale ». Et de la même manière doivent être exclues « les listes qui ne respectent pas le principe de la parité de la juridiction prud'homale ».

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

Tout d'abord, il convient de s'interroger sur le devenir de la présomption de représentativité dans un tel système. Si la représentativité est mesurée à chaque niveau selon des scrutins adaptés, la présomption de représentativité n'a plus de raison d'être⁵⁹³. Néanmoins, le rapport Hadas-Label prévoit que « la présomption continuerait à jouer au niveau national interprofessionnel, sur la base de décisions révisables périodiquement, pour le paritarisme et la conclusion d'accords collectifs interprofessionnels »⁵⁹⁴. Par contre, elle perdrait son caractère irréfragable pour devenir simple au niveau de l'entreprise et de la branche. Si une telle transformation était opérée, le risque ne serait-il pas de rendre encore plus difficile l'implantation syndicale dans les entreprises. Le risque résiderait dans une contestation systématique de la représentativité des syndicats affiliés à des confédérations syndicales reconnues comme les plus représentatives au plan national. Cela pourrait conduire à faire perdre aux grandes centrales historiques la possibilité de s'implanter dans de nouvelles structures et, à terme, à diminuer leur représentativité au niveau de la profession ou de la branche.

Si la réforme de la représentativité devait s'orienter vers une représentativité électorale, il ne serait pas souhaitable de revenir sur la représentativité par affiliation⁵⁹⁵ (en tout cas dans un premier temps). La discordance que la représentativité présumée provoquait entre les représentants et les représentés⁵⁹⁶ ne peut plus se présenter du fait de la référence à l'audience. De plus, cette présomption favoriserait, dans un système électoraliste, l'implantation syndicale dans les entreprises⁵⁹⁷. Enfin, nous avons montré que cette présomption de représentativité ne posait réellement de problème que lorsqu'elle permettait à un syndicat d'entreprise représentatif par affiliation, mais minoritaire, de signer un accord pouvant comporter des dispositions moins favorables aux salariés. En conditionnant la validité d'un accord à un assentiment express ou

⁵⁹³ ARSEGUEL (A.) et VERDIER (J.-M.), « Quelle réforme de la représentativité syndicale ? », *Revue de droit du travail* 2006, p. 284.

⁵⁹⁴ Rapport, p. 125.

⁵⁹⁵ VERDIER (J.-M.), « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales (quelques réflexions, rappels, suggestions) », *Dr. soc.* 1991, p. 5. Comme l'a très justement fait remarquer le professeur VERDIER, la présomption de représentativité a des vertus non négligeables (notamment en matière d'implantation syndicale) et sa mise à l'écart mérite donc réflexion.

⁵⁹⁶ Cf. le 2nd chapitre du titre 1^{er} de cette première partie.

⁵⁹⁷ ANCIAUX (J.-P.), Rapport Assemblée Nationale, *op. cit.*, p. 36. En supprimant la présomption irréfragable de représentativité au niveau de l'entreprise, le risque est de voir les employeurs contester systématiquement la présentation de listes syndicales aux élections de CE ou de DP.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

implicite des organisations syndicales représentatives intéressées, la loi du 4 mai 2004 minimise les effets néfastes de cette présomption.

Cette orientation très proche du système espagnol est défendue par la CGT et la CFDT. Dans une position commune du 4 décembre 2006, ces deux confédérations ont clairement exprimé leur volonté de faire de la représentativité syndicale une représentativité électorale. Ils décident que « la représentativité syndicale doit se fonder sur le vote des salariés dans l'entreprise » lors des élections professionnelles⁵⁹⁸. D'après ces confédérations, cette référence électorale doit permettre de déterminer les organisations représentatives quel que soit le niveau en question.

Au niveau des branches, « la compilation des résultats des élections professionnelles d'entreprise et des élections des "structures professionnelles territoriales" permet de mesurer au niveau de chaque branche le poids respectif de chaque organisation syndicale et de préciser celles qui sont représentatives dès lors qu'elles ont atteint un certain seuil ». Le collationnement des résultats aux élections professionnelles permet alors de déterminer les organisations représentatives au niveau national interprofessionnel, c'est-à-dire les organisations syndicales « considérées comme représentatives dans un nombre significatif de branches, celles-ci couvrant un nombre significatif de salariés ».

Enfin, les organisations syndicales les plus représentatives au niveau national sont les organisations interprofessionnelles qui ont obtenu le plus de voix, secteurs privé et public confondus. Ce système proposé par les confédérations majoritaires va dans le sens d'une confirmation de leur légitimité à ces différents niveaux. Cependant, ce qui est vrai aujourd'hui ne le sera peut-être plus dans quelques temps. L'évolution du droit de la représentativité en constitue une parfaite illustration. Conçus pour un syndicalisme de masse, les différents critères permettant d'octroyer la capacité représentative n'ont pas résisté au phénomène de désyndicalisation qui s'est produit dans notre pays. Or, les organisations syndicales sont peut-être plus légitimes aujourd'hui que par le passé⁵⁹⁹. Cependant les règles qui caractérisent la

⁵⁹⁸ Les confédérations syndicales CGT et CFDT se sont ravisées et ont finalement renoncé au scénario créant une représentativité purement électorale. La position commune du 9 avril 2008 maintient une représentativité fondée sur des critères dont l'audience qui devient prédominante.

⁵⁹⁹ AMOSSE (T.) et PIGNONI (M.-T.), « La transformation du paysage syndical depuis 1945 », *Conditions de travail et relations professionnelles*, Données sociales, la société française, éd. 2006 et DARES, « Mythe et réalité de la désyndicalisation en France », *Premières synthèses informations*, oct. 2004, n°44.2.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

représentativité des syndicats s'avèrent inadaptées. En donnant plus de poids au critère électoral, on pose des règles qui rendent mieux compte de leur capacité réelle à représenter ou à engager. En définitive, la légitimité syndicale n'est pas remise en cause. Ce sont les règles juridiques qui rendent compte de cette dernière qui ne sont plus adaptées à la situation syndicale actuelle. Pour s'en convaincre, il suffit d'examiner de manière croisée l'évolution du taux de syndicalisation et le résultat aux élections professionnelles sur des périodes identiques⁶⁰⁰. Cet examen révèle que si le taux de syndicalisation est passé de près de 30% après la seconde guerre mondiale à environ 6% aujourd'hui, les résultats obtenus par les syndicats en 1945 sont sensiblement identiques aux résultats qu'ils obtiennent de nos jours⁶⁰¹.

178 - Pour conclure, il convient de souligner le risque de politisation auquel peut conduire un système exclusivement électoraliste, notamment au niveau des entreprises. Ce système risque également d'accentuer les oppositions entre syndicats du fait de la prolifération des surenchères électoralistes⁶⁰². Finalement, ce scénario, très attractif à cause de sa "pureté démocratique", risque de développer des effets pervers qui, à terme, iront à l'encontre des objectifs poursuivis par cette réforme. En définitive, nous opterons pour une réforme moins "spectaculaire", mais plus respectueuse des principes qui gouvernent notre droit syndical et notre droit de la négociation collective. C'est dans ce sens que se sont orientés les partenaires sociaux dans la position commune du 9 avril 2008. Ce texte pose des nouveaux critères de représentativité plus contemporains⁶⁰³, fait une place centrale à l'audience⁶⁰⁴ et pose des seuils sous lesquels

⁶⁰⁰ Vous pouvez consulter les publications et statistiques sur le site du ministère du travail à l'adresse : <http://www.travail.gouv.fr/etudes-recherche-statistiques/statistiques/rerelations-professionnelles/85.html>. Les résultats obtenus par cycle électoral depuis 1980 sont du même ordre et confirment la stabilité de l'audience des confédérations auprès des salariés au niveau des entreprises.

⁶⁰¹ Il faut noter que la participation des salariés à ces scrutins professionnels est également relativement stable. Cf. les statistiques du ministère sur leur site internet, *ibid.*

⁶⁰² ARSEQUEL (A.) et VERDIER (J.-M.), *op. cit.*, p. 286.

⁶⁰³ Art. 1^{er} de la position commune du 9 avril 2008. Ces critères sont : les effectifs d'adhérents et les cotisations ; la transparence financière ; l'indépendance ; le respect des valeurs républicaines ; l'influence caractérisée par l'activité, l'expérience et l'implantation géographique et professionnelle du syndicat ; une ancienneté de deux ans ; et l'audience établie à partir des résultats aux élections professionnelles.

⁶⁰⁴ Art. 2 de la position commune du 9 avril 2008. L'audience s'apprécie différemment selon le niveau considéré.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

les organisations ne peuvent pas être déclarées représentatives⁶⁰⁵. Les idées retenues par les partenaires sociaux dans cette position commune ont été repris par la loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail⁶⁰⁶. Les partenaires sociaux, ainsi que le gouvernement ont compris qu'il valait mieux rénover notre système plutôt que de le révolutionner.

II. Le choix d'une représentativité essentiellement électorale

179 - Si un système de représentativité fondé exclusivement sur l'élection ne peut être transposé dans notre pays, il convient de conférer une place centrale au critère de l'audience. En effet, ce critère permet d'impliquer les représentés dans le choix de leurs représentants. Or, pour rénover la représentativité syndicale, il est nécessaire de rétablir des liens étroits entre les représentés et leurs représentants. L'évolution de notre droit syndical nous a montré que ces liens s'étaient progressivement étiolés, notamment à cause du jeu de la représentativité présumée.

Après avoir examiné les différentes orientations qui s'offraient à eux (A), les partenaires sociaux ont opté pour une mise à jour des critères de représentativité en faisant de l'audience le critère déterminant (B).

A. Les orientations envisageables

180 - Deux grandes orientations relatives à la réforme de la représentativité syndicale ont été dégagées par le rapport Hadas-Lebel. Ce dernier prévoyait un scénario de transformation et un scénario d'adaptation. Alors que le premier visait à transformer la représentativité syndicale sur le modèle espagnol, le second proposait plusieurs mesures d'aménagement. Selon le rapport, les critères de représentativité doivent être

⁶⁰⁵ Les critères posés par la position commune étant cumulatifs, dès lors que le seuil n'est pas atteint, le critère de l'audience fait défaut et l'organisation ne peut pas être reconnue représentative.

⁶⁰⁶ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *J.O.* n° 0194 du 21 août 2008 p. 13064, texte n° 1.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

« mis à jour » et regroupés autour de la capacité d'influence⁶⁰⁷, de l'indépendance⁶⁰⁸, de l'activité et de l'expérience⁶⁰⁹ et du respect des valeurs républicaines⁶¹⁰. La capacité d'influence et l'indépendance constituent les principaux critères qui combinent les résultats aux élections professionnelles, le nombre d'adhérents et les moyens financiers de l'organisation. Une organisation ne peut être déclarée représentative que si ces critères primaires sont remplis. Même si d'autres critères sont satisfaits, ces derniers ne peuvent pas compenser le défaut de critères primaires et donc conduire le juge à octroyer la capacité représentative. Les critères secondaires se composent d'une part, de l'activité et de l'expérience, « qui mesure et apprécie l'ensemble des manifestations de l'action syndicale (l'information des salariés, l'élaboration de revendications, la conduite des mouvements sociaux et la capacité à négocier) » et d'autre part, le respect des valeurs républicaines qui vise à écarter toute organisation prônant l'action violente et procédant à des discriminations⁶¹¹.

181 - Une telle réforme permet-elle de résoudre le manque de légitimité des accords collectifs ? Le toilettage et la recomposition des critères de représentativité confèrent-ils plus de légitimité aux acteurs ? Permettent-ils de recréer des liens forts entre les représentants et les représentés ? Ces éléments de mesure de la capacité représentative sont-ils pertinents et adaptés à représentation syndicale ?

Les critères actuels de la représentativité favorisent une approche essentiellement quantitative de la capacité à représenter. Le critère des effectifs est, à l'origine, apparu comme le critère fondamental sans lequel cette capacité ne pouvait qu'être refusée. Cependant, la désyndicalisation qu'a connue notre pays ne permettait plus aux critères

⁶⁰⁷ La capacité d'influence et l'indépendance combinerait les résultats aux élections professionnelles, le nombre d'adhérents lorsqu'il peut être apprécié, et les moyens financiers de l'indépendance. La CGT est favorable à un critère unique de cette nature, qui est dans le sens de la jurisprudence. Cf rapport, HADAS-LEBEL, *op. cit.*, p.84.

⁶⁰⁸ Le rapport précise que « L'indépendance s'apprécie principalement par rapport à l'employeur. Un syndicat dont la création semble avoir été suscitée directement par l'employeur ne peut être considéré comme représentatif ». Cf rapport, HADAS-LEBEL, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁰⁹ L'activité et l'expérience de l'organisation permet la mesure et l'appréciation de l'ensemble des manifestations de l'action syndicale : l'information des salariés sur leurs droits, l'élaboration de revendications professionnelles, la conduite des mouvements sociaux, la capacité de négociation. *Ibid*

⁶¹⁰ Se substituant au principe relatif à l'attitude patriotique pendant l'occupation, ce critère implique notamment le refus de toute discrimination et le rejet de toute action violente. *Ibid*.

⁶¹¹ Rapport, p. 85.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

posés en 1950 de rendre compte de la légitimité réelle des organisations syndicales⁶¹². La jurisprudence a alors découvert le critère de l'audience permettant de compenser la faiblesse des effectifs⁶¹³. Ce critère des effectifs reste encore relativement important lorsqu'il s'agit d'apprécier la représentativité d'une organisation au niveau national interprofessionnel⁶¹⁴. Suivant l'évolution de la jurisprudence, l'influence ou la capacité d'influence présente certains avantages. En matière de légitimité syndicale, elle permet de remédier aux effets paradoxaux que produit l'application du critère des effectifs dans un système où un faible taux de syndicalisation se conjugue avec un pluralisme syndical élevé⁶¹⁵. Pour les juges, le critère englobant de l'influence permet d'articuler différemment les critères qui la composent tels que l'audience, les effectifs et l'activité de manière à ne conférer la capacité représentative qu'aux organisations les plus aptes à représenter. Cet avantage est non négligeable puisque la représentativité ne s'apprécie pas tout à fait de la même manière aux différents niveaux. Si l'audience des syndicats est le critère essentiel pour déterminer la représentativité au niveau de l'entreprise, elle doit se conjuguer avec des effectifs et une implantation dans une majorité de branches lorsqu'il s'agit d'apprécier la représentativité au niveau national interprofessionnel.

Si la référence à l'influence et à l'indépendance est synonyme d'une plus grande légitimité pour les organisations qualifiées de représentatives, il y a de fortes chances

⁶¹² ARSEGUEL (A.) et VERDIER (J.-M.), *op. cit.*, p. 284.

⁶¹³ CE Ass. 16 décembre 2005, *RFDA* 2006, p. 41. Dans cette espèce, le ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité demande au Conseil d'État de casser l'arrêt de la Cour administrative d'appel ayant admis le syndicat national des huissiers de justice à négocier la convention collective nationale de cette profession. Après avoir rappelé que « La représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères suivants : les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté du syndicat et l'attitude patriotique pendant l'occupation », les juges cassent l'arrêt de la Cour d'appel au motif « qu'en l'absence de tout élément suffisamment précis et vérifiable portant sur les effectifs de l'organisation en cause, les pièces du dossier ne permettent pas d'établir sa représentativité à la date de la décision attaquée... ». Cet arrêt confirme qu'il appartient au syndicat qui se prétend représentatif de rapporter la preuve qu'il satisfait aux critères posés à l'article L 2121-1 et pose qu'à défaut d'éléments attestant la réalité des effectifs, la capacité représentative ne peut être accordée.

⁶¹⁴ À titre d'exemple, nous pouvons citer l'arrêt UNSA du CE 5 nov. 2004 (*Rec.* p. 420), dans lequel les juges décident que « si l'U.N.S.A. revendique plus de 300 000 adhérents et si elle soutient que sa représentativité a été établie dans vingt quatre branches d'activité et serait en voie de l'être dans quatre autres branches, celles qui sont couvertes par les conventions collectives sont au nombre de 300 et l'essentiel de son implantation se situe encore dans la fonction publique ; que la progression récente de ses effectifs, marquée par les 260 000 suffrages obtenus lors des élections prud'homales du 7 décembre 2002 - contre 35 000 en 1997, soit 0,7 % - se caractérise par une audience encore trop réduite dans la majeure partie du champ ci-dessus défini ». Il ressort de cet arrêt que le critère des effectifs est toujours de premier plan lorsqu'il s'agit d'apprécier la représentativité au niveau national interprofessionnel. De plus, nous remarquons que le critère de l'audience confirme celui des effectifs et doit s'apprécier dans l'ensemble des branches.

⁶¹⁵ ARSEGUEL (A.) et VERDIER (J.-M.), *op. cit.*, p. 284.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

pour que soient créés des liens entre les représentants et les représentés. Dans l'ancien système de représentativité, les liens unissant les salariés aux syndicats se matérialisaient par l'adhésion à une organisation. Limiter ces liens à la seule adhésion n'était pas satisfaisant. Comme l'a souligné le professeur Arséguel, ces liens sont également marqués par le vote des salariés même si « l'inclination que les salariés marquent par leur vote reste un indice d'engagement moins fort que l'adhésion, et l'analyse des résultats électoraux ne livre qu'une photographie instantanée des forces en présence »⁶¹⁶. De plus, la légitimité des syndicats se mesure par le biais d'un scrutin qui n'a pas cette fonction. Même si cette référence aux élections professionnelles n'est pas exempte de toute critique⁶¹⁷, elle évite d'une part, l'écueil de la politisation du mouvement syndical et d'autre part, ne surajoute pas un scrutin supplémentaire de représentativité dans les entreprises. Le Comité Économique et Social (CES) préconise l'organisation d'une élection de représentativité ou d'une consultation des salariés au niveau national qui permettrait de modifier le nombre des organisations considérées comme les plus représentatives et aptes à participer aux prérogatives institutionnelles qui leur sont reconnues⁶¹⁸.

182 - La solution la plus pertinente est très certainement de réformer la représentativité sans tout bouleverser⁶¹⁹. Suivant l'orientation tracée par les juges, les critères de représentativité doivent être recomposés de manière à faire plus de place au critère de l'audience. Cependant, les autres critères ne doivent pas pour autant être exclus. Si l'indépendance est devenue un « critère dominant »⁶²⁰ ou plutôt une condition d'existence du syndicat, les autres critères tels que les effectifs, l'expérience

⁶¹⁶ *Ibid.*

⁶¹⁷ En instituant une mesure de l'audience sur la base des résultats obtenus par chaque organisation syndicale au premier tour des élections professionnelles, la loi du 20 août 2008 oublie de prendre en considération les salariés employés dans des entreprises dépourvues de comité d'entreprise, de délégation unique du personnel ou de délégués du personnel. Pour remédier à cette lacune, un projet de loi visant à organiser tous les quatre ans un scrutin régional a été déposé par le ministre du travail le 12 mai 2010. Cf. projet de loi complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, consultable sur le site du Sénat (<http://www.senat.fr/leg/pjl09-446.pdf>).

⁶¹⁸ « La réforme de la représentativité voulue par le CES », *SSL* 2006, n° 1285 du 4 décembre 2006.

⁶¹⁹ ARSEGUEL (A.) et VERDIER (J.-M.), *op. cit.*, p. 288.

⁶²⁰ BOUBLI (B.), « Représentativité syndicale dans l'entreprise », *SSL* 2006, n° 1263 du 29 mai 2006. Cet auteur affirme que même si les anciens critères de l'art. L 2121-1 C. trav. apparaissaient obsolètes, « ils n'en mettaient pas moins en évidence le critère dominant voire exclusif, que les autres permettent seulement d'asseoir : le critère de l'indépendance ».

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

et l'ancienneté, l'activité réelle et les cotisations restent des éléments, qui par la technique du faisceau d'indices, caractérisent l'influence du syndicat. Dès lors que l'influence et l'indépendance constituent les critères essentiels de la représentativité, les autres critères ne servent plus qu'à caractériser l'existence de ces deux éléments fondamentaux. C'est en suivant cette logique que le professeur Arséguel a proposé une nouvelle rédaction de l'article L 2121-1 du Code du travail : « La représentativité des organisations syndicales est déterminée, selon la règle de concordance, à partir de leur indépendance et de leur influence établies, notamment, par leur audience auprès des salariés concernés et par leurs effectifs »⁶²¹. Cette proposition appelle quelques précisions. Tout d'abord, l'emploi du pluriel à "établies" signifie que tant l'indépendance que l'influence sont notamment caractérisées par l'audience et les effectifs. Ces critères ne révèlent-ils pas uniquement l'influence exercée par les organisations syndicales. L'indépendance est, quant à elle, matérialisée par les autres critères. Les cotisations garantissent l'autonomie du syndicat dans ses rapports avec l'employeur⁶²². Même l'attitude patriotique sous l'occupation révèle l'indépendance du syndicat par rapport à l'autorité d'occupation⁶²³. Quel que soit la formulation retenue pour l'article L 2121-1 du Code du travail, il doit faire référence à l'influence et à l'indépendance sans donner plus de précisions. Cela permettrait aux juges de toujours appliquer ces deux critères de représentativité tout en tenant compte des spécificités de chaque niveau. Ainsi, au niveau de l'entreprise, l'audience est synonyme d'influence. Au niveau de la branche, il faut tenir compte en plus des effectifs et de l'implantation dans les différentes professions de la branche concernée. En d'autres termes, plus le niveau d'appréciation de la représentativité est large, plus des critères révélant l'authenticité, la réalité et la stabilité de l'organisation sont importants. Ce concept doit toujours permettre de rendre praticable le pluralisme syndical en réservant à certaines organisations les prérogatives qui conduisent à engager les représentés⁶²⁴. Plus les prérogatives sont importantes et peuvent conduire à engager les représentés, plus il faut être regardant sur la représentativité réelle des organisations.

⁶²¹ ARSEGUEL (A.) et VERDIER (J.-M.), *op. cit.*, p. 289.

⁶²² Cass. soc. 8 janvier 1997, *Bull. civ.* V, n° 13. La chambre sociale décide dans cette espèce que « est représentatif le syndicat qui a un nombre suffisant d'adhérents dont les cotisations lui permettent d'assurer son indépendance vis-à-vis de l'employeur ». Cependant, les cotisations permettent également d'établir le nombre d'adhérents et se voit automatiquement lié au critère des effectifs.

⁶²³ BOUBLI (B.), « représentativité syndicale dans l'entreprise », *SSL* 2006, n° 1263 du 29 mai 2006.

⁶²⁴ ARSEGUEL (A.) et VERDIER (J.-M.), *op. cit.*, p. 289.

C'est dans cette direction que se sont orientés les partenaires sociaux et le législateur lors de l'élaboration et de l'adoption de la loi du 20 août 2008.

B. L'orientation choisie par les partenaires sociaux

183 - Les partenaires sociaux ont manifesté, dans la position commune du 9 avril 2008, la volonté de rénover la représentativité en faisant une plus large place au critère de l'audience. Ce texte a respecté l'idée de créer des liens plus étroits entre représentés et représentants et de rétablir une représentativité systématiquement vérifiée, notamment dans la conclusion des conventions et accords collectifs de travail.

Pour conférer une dimension plus démocratique à la représentativité, les partenaires sociaux ont réajusté les critères de représentativité en faisant une place prépondérante à l'audience. Cette réforme initiée par les partenaires sociaux a trouvé un écho favorable auprès du législateur qui l'a traduite dans la loi du 20 août 2008.

1. La mise à jour des critères de représentativité

184 - Dans la position commune du 9 avril 2008, les partenaires sociaux ont pris conscience que la représentativité et la négociation sont deux questions indissociables. L'idée qui guide la réforme de la représentativité est de « renforcer la légitimité des accords signés par les organisations syndicales de salariés dans le cadre de l'élargissement du rôle attribué à la négociation collective »⁶²⁵. Autrement dit, le nouveau rôle organisationnel conféré à la négociation oblige tout accord collectif (pouvant comporter des obligations nouvelles pour les salariés ou des dispositions moins favorables) à être signé par les organisations syndicales représentant réellement une majorité des salariés. Pour renforcer la légitimité des accords collectifs, les partenaires sociaux proposent d'aménager et de compléter les critères de représentativité⁶²⁶. Ainsi, la représentativité doit être déterminée par rapport aux

⁶²⁵ Introduction du chapitre premier de la position commune.

⁶²⁶ Art. 1-1 de la position commune du 9 avril 2008.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

effectifs d'adhérents et aux cotisations ; à la transparence financière⁶²⁷ ; à l'indépendance ; au respect des valeurs républicaines⁶²⁸ ; à l'influence caractérisée par l'activité⁶²⁹, l'expérience et l'implantation géographique et professionnelle du syndicat ; à une ancienneté de deux ans ; et à l'audience établie à partir des résultats aux élections professionnelles.

Ces critères sont cumulatifs et s'apprécient de manière globale. Ainsi, pour être représentative, une organisation doit satisfaire à tous les critères. Néanmoins l'appréciation doit se faire de manière globale, c'est-à-dire sans qu'il y ait une quelconque hiérarchie dans les différents critères⁶³⁰. Quel que soit l'interprétation retenue, une organisation syndicale ne peut être reconnue représentative que si elle justifie d'une audience supérieure ou égale aux seuils fixés.

185 - La loi du 20 août 2008 consacre en partie les critères établis par les partenaires sociaux. Le nouvel article L 2121-1 du Code du travail dispose que « La représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères cumulatifs suivants : le respect des valeurs républicaines ; l'indépendance ; la transparence financière ; une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation [...] ; l'audience établie selon les niveaux de négociation conformément aux articles L 2122-1, L 2122-5, L 2122-6 et L 2122-9 ; l'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience et les effectifs d'adhérents et les cotisations ». Ces critères de représentativité correspondent davantage à la réalité de la représentation syndicale. Depuis août 2008, seules les organisations syndicales répondant à ces critères peuvent être qualifiées de représentatives. Le caractère cumulatif des critères de représentativité devrait progressivement conduire à une simplification du contentieux. Dès lors qu'un

⁶²⁷ « La transparence financière est assurée, pour les confédérations, les fédérations, les unions régionales, par des comptes certifiés annuels, établis suivant des modalités adaptées aux différents niveaux des organisations syndicales et conformes aux normes applicables aux organisations syndicales telles qu'elles seront fixées par la loi en préparation sur la certification et la publication des comptes de ces dernières » (art. 1-5).

⁶²⁸ « Le respect des valeurs républicaines implique le respect de la liberté d'opinion, politique, philosophique ou religieuse ainsi que le refus de toute discrimination, de tout intégrisme et de toute intolérance » (art. 1-6).

⁶²⁹ D'après l'art. 1-3 de la position commune, « L'activité s'apprécie au regard de la réalité des actions menées par le syndicat considéré et témoigne de l'effectivité de la présence syndicale ».

⁶³⁰ Cette position nous semble contradictoire avec l'esprit du texte puisque l'audience constitue le critère central de la représentativité.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

critère fait défaut, les juges peuvent refuser à l'organisation syndicale la qualité représentative. Néanmoins, au sein de ces critères, l'audience occupe une place de premier plan dans notre système conventionnel.

2. La place centrale de l'audience

186 - Les partenaires sociaux font de l'audience le critère permettant d'évaluer et d'apprécier la représentativité.

D'après la position commune du 9 avril 2008, « l'audience s'évalue, à partir du résultat des élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, dans les entreprises où elles sont organisées »⁶³¹. Afin de faciliter l'accès à la capacité représentative, les partenaires sociaux ont décidé de mettre fin au monopole accordé aux organisations représentatives pour le dépôt de listes de candidats au premier tour de scrutin. Toute organisation syndicale légalement constituée depuis au moins 2 ans et remplissant les conditions d'indépendance, et de respect des valeurs républicaines est désormais habilitée à présenter des candidats aux élections des représentants du personnel⁶³². Précisons d'emblée que les organisations syndicales légalement constituées et affiliées à une centrale syndicale reconnue comme représentative au niveau national interprofessionnel sont présumées remplir ces conditions et peuvent donc déposer des listes de candidats⁶³³. Ainsi, les partenaires sociaux ouvrent la voie à d'autres organisations. L'objectif est d'éviter que les syndicats créés par l'employeur, défendant des idéologies extrémistes ou radicales, non conformes avec les valeurs républicaines, puissent déposer des listes aux élections professionnelles. Afin d'évaluer au mieux l'audience de chaque organisation, le calendrier des élections professionnelles doit être harmonisé de manière à pouvoir consolider tous les résultats et obtenir une idée assez fiable du poids de chaque organisation aux différents niveaux.

La loi du 20 août 2008 consacre la position des partenaires sociaux et fait de l'audience le critère central de la représentativité syndicale⁶³⁴ et des règles de conclusion des accords collectifs⁶³⁵.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

187 - L'appréciation de la représentativité est également revisitée par les partenaires sociaux puis par le législateur. Ils estiment que « la redéfinition de la représentativité à partir d'un ensemble de critères incluant l'audience s'accompagne de la disparition de la présomption irréfragable de représentativité » et, qu'en conséquence, « la représentativité n'emporte d'effets qu'aux niveaux où elle est reconnue »⁶³⁶. Ainsi, la représentativité doit être appréciée différemment selon chaque niveau.

Au niveau de l'entreprise, de l'établissement ou du groupe, ne peuvent être reconnues représentatives que les organisations syndicales ayant obtenu au moins 10% des suffrages exprimés lors du premier tour des élections professionnelles pour les titulaires (quel que soit le nombre de votants), qui répondent aux nouveaux critères posés à l'article L 2121-1 du Code du travail⁶³⁷.

Au niveau de la branche, pour être reconnues représentatives, les organisations syndicales doivent répondre à trois conditions cumulatives. D'après l'article L 2122-5 du Code du travail, les organisations syndicales doivent avoir recueilli au moins 8% des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles des entreprises additionnées au niveau de la branche⁶³⁸. Ensuite, les organisations qui se prétendent représentatives dans une branche doivent satisfaire aux critères cumulatifs posés à l'article L 2121-1 du Code du travail. Et enfin, elles doivent justifier d'une implantation territoriale équilibrée au sein de la branche. Pour les branches dans lesquelles plus de la moitié des salariés sont employés dans des entreprises où il n'y a pas d'élections professionnelles, sont présumées représentatives les organisations syndicales de salariés affiliées à une centrale syndicale reconnue représentative au niveau national interprofessionnel⁶³⁹.

⁶³¹ Art. 1-4 de la position commune du 9 avril 2008.

⁶³² Art. 8 de la position commune *op. cit.*

⁶³³ Cf. avant projet de loi déposé le 27 mai 2008, art. 3.

⁶³⁴ Cf. les art. L 2121-1 et s. C. trav.

⁶³⁵ Cf. les art. L 2232-2 et s. C. trav.

⁶³⁶ Art. 3-1 position commune *op. cit.*

⁶³⁷ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *J.O.* n° 0194 du 21 août 2008 p. 13064, texte n° 1. Cette loi modifie les articles L 2122-1, L 2122-2, L 2122-3 et L 2122-4 C. trav.

⁶³⁸ D'après l'art. L 2122-5 1°, la mesure de l'audience doit se faire tous les quatre ans.

⁶³⁹ Cf. loi, *op. cit.*, réformant l'art. L 2122-6 C. trav.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

Suivant une logique identique, ne sont reconnues représentatives au niveau national interprofessionnel que les organisations ayant obtenu 8% des voix aux élections professionnelles dont les résultats sont consolidés à ce niveau, remplissant les critères de l'article L 2121-1 du Code du travail et reconnues représentatives dans les branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services⁶⁴⁰.

La mesure de la représentativité et plus exactement du seuil d'audience telle qu'elle est instituée par la loi du 20 août 2008 n'est pas satisfaisante. Elle ne prend pas en compte les 20% de salariés employés dans des entreprises dépourvues de comité d'entreprise, de délégation unique du personnel ou de délégués du personnel. Cette lacune aurait pu rendre le texte contraire aux principes constitutionnels de participation et d'égalité. En effet, tous les salariés doivent participer, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. Afin de remédier à cette difficulté, la ministre du travail a déposé un projet de loi le 12 mai 2010, visant à mettre en place un scrutin régional d'audience dans les entreprises de moins de 11 salariés⁶⁴¹. Les résultats de ce scrutin s'ajouteront à ceux des élections professionnelles afin de déterminer les organisations syndicales représentatives dans les branches et au niveau national interprofessionnel.

188 - Réformer le concept de représentativité en clarifiant les critères et en donnant plus d'importance à l'audience n'est que la première étape pour conférer une légitimité réelle aux organisations qualifiées de représentatives. En effet, il faut encore que les règles relatives à l'octroi de cette capacité à représenter soient revues de manière à ce que la représentativité soit toujours acquise et régulièrement entretenue et vérifiée.

⁶⁴⁰ Cf. loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *op. cit.*, modifiant l'art. L 2122-8 C. trav.

⁶⁴¹ Cf. projet de loi n° 446, complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, consultable sur le site du Sénat à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/leg/pjl09-446.pdf>.

SECTION 2 : LE CONTROLE PERIODIQUE DE LA REPRESENTATIVITE SYNDICALE

189 - En France, la représentativité était obtenue de deux manières. Soit le syndicat était affilié à l'une des cinq confédérations reconnue représentative au plan national⁶⁴², auquel cas, il était irréfragablement représentatif, soit il ne pouvait rapporter la preuve d'une quelconque affiliation et devait prouver qu'il était représentatif au vu des critères posés à l'article L 2121-1 du Code du travail⁶⁴³.

En principe, il appartenait à l'autorité publique d'apprécier la représentativité d'une organisation au niveau national interprofessionnel. L'administration devait tenir compte des critères posés à l'article L 2121-1 du Code du travail⁶⁴⁴. Lorsqu'une organisation syndicale souhaitait être reconnue représentative au niveau national interprofessionnel, elle devait en faire la demande au ministre du travail et prouver qu'elle répondait bien aux différents critères posés à l'article L 2122-8 du Code du travail. Il appartenait au ministre d'apprécier la représentativité du syndicat et son refus pouvait être contesté devant les juridictions administratives⁶⁴⁵. Néanmoins, certaines organisations avaient été déclarées représentatives au plan national interprofessionnel par un arrêté du 31 mars 1966⁶⁴⁶ et cette qualité ne leur avait plus jamais été contestée. Les juges considéraient que les organisations visées par cet arrêté étaient représentatives au plan

⁶⁴² L'organisation qui souhaitait bénéficier de cette présomption devait prouver son affiliation à l'une des centrales reconnues représentatives au plan national interprofessionnel.

⁶⁴³ Précisons d'emblée que la reconnaissance de la représentativité d'un syndicat au niveau d'une branche ne permet pas aux syndicats affiliés à ce dernier de bénéficier de la présomption irréfragable de représentativité instituée par l'arrêté de 1966. Cf. Cass. soc. 8 novembre 2006, n° 06-60.002, *SSL* 2007, n° 1297, supplément du 5 mars 2007. Dans cette espèce, le ministre du travail avait reconnu la représentativité de la Fédération des banques assurances et sociétés financières UNSA dans la branche « société d'assurances ». Se prévalant de cette reconnaissance, cette fédération soutenait que les syndicats qui lui étaient affiliés pouvaient bénéficier de la présomption irréfragable de représentativité. La Cour de cassation, a répondu que cette reconnaissance « ne permet pas à elle seule à ce syndicat de bénéficier de la présomption de représentativité instituée par l'arrêté du 31 mars 1966 ». Cette solution ne souffre aucune critique dans la mesure où cette présomption n'est reconnue qu'aux organisations ayant été reconnues représentatives au plan national et interprofessionnel et non au niveau d'une branche.

⁶⁴⁴ Depuis l'adoption de la loi du 20 août 2008, satisfaire aux critères de représentativité n'est plus suffisant. Pour être reconnues représentatives au niveau national interprofessionnel, les organisations syndicales doivent en plus atteindre le seuil de 8% de suffrages aux élections professionnelles et avoir été reconnues représentatives dans les branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services (cf. art. L 2122-8 C. trav.).

⁶⁴⁵ Les juridictions administratives se montrent assez réticentes à admettre de nouvelles organisations au niveau national interprofessionnel. En témoigne notamment l'arrêt « UNSA » qui lui dénie le caractère représentatif au niveau national interprofessionnel au double motif que son audience et son implantation dans le secteur privé étaient encore trop faibles.

⁶⁴⁶ *J.O.* du 2 avril 1966.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

national et ne pouvaient voir cette qualité remise en cause par une autre organisation⁶⁴⁷. Bien que la valeur juridique d'un tel arrêté fût faible, la portée que lui avaient donnée les juges en avait fait une disposition centrale et incontournable du droit syndical français. Comme le soulignait le commissaire du gouvernement Stahl dans ses conclusions lors de l'arrêt UNSA, cette liste structurait si fortement la vie syndicale du pays que sa base légale ne pouvait être contestée⁶⁴⁸.

Dès lors qu'une organisation syndicale était reconnue représentative au niveau national interprofessionnel, tous les syndicats qui y étaient affiliés devenaient irréfragablement représentatifs. Cet avantage accordé aux organisations les plus représentatives a limité le pluralisme syndical en évitant que d'autres organisations ne soient reconnues représentatives au niveau national. La présomption de représentativité a été généralisée à toutes les prérogatives syndicales. Quasiment tous les textes du Code du travail exigeant la capacité représentative faisaient mention que bénéficiaient des mêmes prérogatives les organisations affiliées à une organisation représentative au plan national. Cela se manifestait notamment pour l'exercice des droits syndicaux dans l'entreprise⁶⁴⁹, pour la présentation de listes de candidats aux différentes élections professionnelles⁶⁵⁰ et pour la négociation et la conclusion d'accords collectifs⁶⁵¹.

⁶⁴⁷ Cass. soc. 26 avril 2000, *inédit titré*. Dans cette espèce, la fédération de la chimie CGT-FO contestait la capacité de la CFDT à signer un accord d'entreprise au motif que lors de la signature, cette organisation n'était pas suffisamment représentative au niveau de l'entreprise. Cependant, la Cour de cassation réaffirme avec fermeté qu'en « vertu de l'article L. 132-2 du Code du travail la convention ou l'accord collectif de travail est l'acte conclu par une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs ou tout autre groupement d'employeurs ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement avec une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives au plan national ou qui sont affiliées auxdites organisations » et « qu'en application de l'arrêté du 31 mars 1966, relatif à la détermination des organisations appelées à la discussion et à la négociation des conventions collectives de travail, la CFDT est une organisation syndicale de salariés réputée représentative au plan national ; que, par ce motif de pur droit, d'où il résulte que l'accord en cause du 29 mai 1990 a été conclu avec une organisation syndicale de salariés représentative, la décision se trouve légalement justifiée ; que le moyen n'est pas fondé ». cf également Cass. soc. 16 décembre 1992, *Dr. soc.* 1992, p. 285, obs. G. BORENFREUND.

⁶⁴⁸ *Rec.* 2004, p. 420 et s.

⁶⁴⁹ L'article L 2122-1 C. trav., dans sa rédaction antérieure à l'adoption de la loi du 20 août 2008, disposait que « tout syndicat affilié à une organisation représentative sur le plan national est considéré comme représentatif dans l'entreprise pour l'application du présent chapitre ».

⁶⁵⁰ Voir les articles L 423-2 et 433-2 ancienne codification.

⁶⁵¹ Art. L 2231-1 du Code du travail. Cet article dispose que peuvent conclure une convention ou un accord collectif coté salariés « une ou plusieurs organisations syndicales de salariés reconnues représentatives au niveau national, ou affiliées à ces organisations, ou ayant fait la preuve de leur représentativité dans le champ d'application de la convention ou de l'accord ». À la lecture de cet article, on peut s'interroger sur l'ordre dans lequel sont énoncées les différentes manières d'acquérir la capacité représentative. En effet, la représentativité par affiliation apparaît en seconde place et la représentativité prouvée en dernière. Ne doit-on pas y voir un indice permettant de conforter l'hypothèse selon laquelle la représentativité par affiliation est devenue le principe et la représentativité prouvée l'exception ?

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

La capacité représentative des organisations présumées irréfragablement représentatives ne pouvait pas être contestée. Néanmoins, les organisations bénéficiant de cette présomption devaient justifier de leur affiliation à l'une des centrales reconnues représentatives au plan national⁶⁵².

190 - Lorsqu'une organisation était dans l'impossibilité de justifier d'une quelconque affiliation à l'une des centrales reconnues représentatives au plan national⁶⁵³, elle ne bénéficiait pas de la représentativité présumée et devait prouver sa capacité à représenter. Or, les règles relatives à l'acquisition de la représentativité variaient selon le niveau visé.

Au niveau national interprofessionnel, il n'existait pas de procédure particulière et il appartenait aux pouvoirs publics de déterminer quelles étaient les organisations les plus représentatives du pays au vu des critères de l'article L 2121-1 du Code du travail.

L'article L 2261-19 du Code du travail imposait que les accords de branche étendus aient été négociés et conclus au sein d'une commission paritaire composée des organisations les plus représentatives des salariés et des employeurs. Pour déterminer les organisations aptes à participer à ces commissions, le ministre chargé du travail pouvait, conformément à l'article L 2121-2 du même Code, diligenter une enquête. Lors de cette dernière, l'organisation qui souhaitait être reconnue représentative, ou dont la représentativité était contestée au niveau d'une branche, devait fournir au ministre tous les éléments dont elle disposait pour prouver sa représentativité. Tenant compte des critères posés à l'article L 2121-1, le ministre pouvait reconnaître représentative l'organisation en cause ou ne pas répondre, ce qui équivalait à un rejet. Cette appréciation de la représentativité par une autorité administrative pouvait toujours

⁶⁵² Cass. soc. 26 septembre 2002, *Bull. civ. V*, n°299. Les juges décident dans cet arrêt que « l'ASNIF ne se prévalait d'aucune affiliation à une des cinq organisations syndicales représentatives sur le plan national et qui a constaté que cette union syndicale ne rapportait pas la preuve qui lui incombait de sa représentativité au sein de l'entreprise » et qu'en conséquence, « elle ne pouvait ni participer à la négociation du protocole préélectoral ni présenter des candidats au premier tour des élections ».

⁶⁵³ Cette affiliation devait exister et ne pas avoir été retirée par l'organisation représentative au plan national qui l'avait accordée. Lorsqu'une organisation représentative retirait son affiliation conformément à ses statuts, le syndicat en question ne pouvait plus se prévaloir de cette présomption de représentativité et devait en rapporter la preuve au vu des critères posés à l'article L 2121-1 du Code du travail. Cass. soc. 15 décembre 2004, *Dr. soc.* 2005, p. 348, obs. J. SAVATIER. Dans cette espèce, la CFE-CGC a retiré son affiliation à la fédération du personnel d'encadrement des chemins de fer pour l'accorder à la seule CFE-CGC SNCF. Par conséquent, seule la seconde pouvait se prévaloir de la présomption de représentativité et la première devait à nouveau prouver sa capacité représentative. Les juges soulignent que le fait que le statut de la SNCF mentionne comme représentative la fédération du personnel d'encadrement des chemins de fer est sans importance.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives⁶⁵⁴.

Enfin, au niveau de l'entreprise, il appartenait à l'organisation qui souhaitait exercer les prérogatives réservées aux syndicats représentatifs de prouver sa capacité à représenter au regard des critères de l'article L 2121-1 du Code du travail⁶⁵⁵. Les anciens critères n'étaient pas cumulatifs⁶⁵⁶ et l'absence de l'un pouvait être compensée par l'importance d'un autre⁶⁵⁷. Il était donc très difficile d'avoir une lecture claire de l'application des critères de représentativité. Afin de limiter la confusion, la Cour de cassation a procédé, dans une série d'arrêts du 03 décembre 2002, à une recomposition⁶⁵⁸ des anciens critères de représentativité. Depuis ces arrêts, « dès lors qu'il constatait l'indépendance et caractérisait l'influence du syndicat au regard des critères énumérés par l'article L 2121-1 du Code du travail, le tribunal d'instance appréciait souverainement la représentativité »⁶⁵⁹. Si cette recomposition rimait avec simplification et clarification, l'appréciation du critère de l'influence restait assez délicate et appartenait de manière souveraine aux juges du fond.

191 - Si le système "normal" de représentativité demeure incontestablement la représentativité prouvée tant elle démontre la légitimité de l'organisation bénéficiant de ce "label", la représentativité présumée apparaît comme une dégénérescence méconnaissant les principes de base de toute représentation. Ce système de représentativité par affiliation a fait l'objet d'importantes critiques.

De manière générale, certains auteurs estimaient que l'octroi de la capacité représentative par le ministère du travail était « la survivance d'une ère de

⁶⁵⁴ CE 11 janvier 1963, *Dr. soc.* 1963, p. 397.

⁶⁵⁵ Cass. soc. 7 décembre 1995, *Bull. civ.* V, n° 341, *Dr. soc.* 1996, p. 434, obs. G. BORENFREUND. Les juges décident en l'espèce que « la représentativité ne peut être appréciée indépendamment de la prérogative syndicale en cause ».

⁶⁵⁶ Cass. soc. 5 novembre 1986, *Bull. civ.* V, n° 512, *JCP éd. E* 1987, I, 16192, n° 4, obs. B. TEYSSIE

⁶⁵⁷ Cass. soc. 5 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 221; *Dr. soc.* 1998, p. 726, obs. J. SAVATIER.

⁶⁵⁸ VERDIER (J.-M.), « Critères de la représentativité syndicale : recomposition et contrôle du juge de cassation ? », *Dr. soc.* 2003, p. 298.

⁶⁵⁹ Cass. soc. 3 décembre 2002, *Bull. civ.* V, no 364 ; VERDIER (J.-M.), « Critères de la représentativité syndicale : recomposition et contrôle du juge de cassation ? », *Op. cit.* ; *Semaine sociale Lamy* n° 1102, p. 12, note F. C.; voir aussi Cass. soc. 12 mars 2003, n° 01-60.934 ; Cass. soc. 21 mai 2003, *Bull. civ.* V, n° 172.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

protectionnisme social »⁶⁶⁰. En effet, cette législation protectionniste avait permis d'asseoir la légitimité des centrales syndicales historiques⁶⁶¹. Cependant, cette légitimité ne correspondait plus à la réalité de la représentativité syndicale. La présomption de représentativité, conférée aux organisations affiliées aux cinq grandes centrales reconnues par le ministre du travail n'était plus une source suffisante de légitimité⁶⁶².

Dans la négociation collective, les difficultés tenant à la légitimité des organisations présumées représentatives étaient encore plus gravement ressenties. En effet, un syndicat présumé représentatif pouvait engager la collectivité alors qu'il ne disposait pas d'une implantation réelle⁶⁶³ ou qu'il était minoritaire⁶⁶⁴. Ainsi, le développement de la représentativité présumée contrevenait à l'objet même du concept de représentativité. La représentativité n'était plus nécessairement un gage de légitimité réelle puisqu'elle n'était plus appréciée au niveau considéré, mais au niveau national interprofessionnel. Cette mise à l'écart du principe de concordance conduisait à ne plus vérifier si l'organisation présumée représentative représentait effectivement les salariés⁶⁶⁵. Madame Dauxerre⁶⁶⁶ écrit que « d'un côté, une oasis⁶⁶⁷ était offerte par les cinq grandes confédérations à ceux qui leur étaient affiliés ; de l'autre, il ne s'agissait que d'un mirage⁶⁶⁸ puisque la représentativité était détachée de tout lien effectif entre l'organisation déclarée représentative à raison de son affiliation et la collectivité qu'elle avait à représenter⁶⁶⁹ ». Cette discordance entre représentativité réelle et présumée n'a

⁶⁶⁰ ADAM (G.) et GRANGER (B. P.) « La représentativité syndicale dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 90 et spé. p. 100.

⁶⁶¹ ADAM (G.) et GRANGER (B. P.), *op. cit.*, p.100.

⁶⁶² Pour que la représentativité redevienne une source de légitimité, il faut revoir les conditions dans lesquelles elle est accordée et qu'elle soit vérifiée périodiquement.

⁶⁶³ ANTONMATTEI (P.-H.), *Les conventions et accords collectifs de travail*, Connaissance du droit, Dalloz 1996, p. 19.

⁶⁶⁴ REMY (P.), « Représentation dans la négociation collective, les limites du principe majoritaire », *Dr. ouvrier* 1999, p. 269, spé. 271.

⁶⁶⁵ VERDIER (J.-M.), « Pluralisme syndical et représentativité dans la pratique juridique française », in *Mélanges OTTO KAHN-FREUND*, C.H. Beck, 1980, p. 301, spé. p. 314.

⁶⁶⁶ DAUXERRE (L.), Thèse *op. cit.* p. 357.

⁶⁶⁷ MOREAU (M.), L'autonomie des partenaires sociaux, les litiges nés de l'interprétation des conventions collectives en droit québécois et français, thèse LGDJ, 1998, p. 116.

⁶⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁶⁹ SAVATIER (J.), « Les transformations de la fonction représentative des syndicats », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz 1989, p. 179 et spé. p. 181.

été révélée que lors de l'avènement et du développement des accords collectifs organisationnels. Ces accords, pouvant imposer des obligations aux salariés, minorer ou supprimer certains avantages en contrepartie d'autres, ont conduit les salariés à se demander de quelle légitimité disposaient les syndicats qui avaient négocié et signé ce type d'accords. En effet, tant que dominait la finalité progressiste de la négociation, la question de la légitimité des acteurs ne se posait pas. De plus, la consécration de la fonction dérogatoire des accords collectifs de niveau inférieur par rapport aux accords de niveau supérieur ne peut que conduire à un rejet de la représentativité présumée. Le hiatus⁶⁷⁰ que la présomption de représentativité engendrait dans la représentation syndicale n'était plus tolérable⁶⁷¹.

Faut-il supprimer la présomption de représentativité ? La question, bien qu'elle paraisse simple conduit inéluctablement à une réponse complexe et nuancée. Afin de renforcer la légitimité des accords collectifs de travail, il est nécessaire de supprimer la présomption irréfragable de représentativité et de mettre en place de nouvelles règles permettant d'acquiescer (I) et de vérifier régulièrement la capacité réelle à représenter des organisations syndicales (II).

I. L'acquisition de la représentativité

192 - La présomption irréfragable de représentativité a engendré une discordance entre la capacité présumée et la capacité réelle à représenter. Afin de renforcer la légitimité des conventions et accords collectifs du travail, il apparaît nécessaire soit de supprimer cette présomption, soit de corriger ses effets pervers. Comme la représentativité présumée ne cause réellement des difficultés qu'en matière de négociation collective, il serait intéressant de conférer une portée variable à cette présomption selon la prérogative en cause ? Si le caractère irréfragable de cette présomption ne permet pas de conférer suffisamment de légitimité aux organisations syndicales pour négocier, elle reste utile en matière d'implantation ou pour l'exercice de toutes les autres prérogatives réservées aux syndicats représentatifs. Néanmoins, les partenaires sociaux ont proposé un système dans lequel la présomption de représentativité a vocation à disparaître.

⁶⁷⁰ *Ibid*, p. 182.

⁶⁷¹ COINTEPAS (M.), « Les règles de droit et le déclin syndical en France », *Dr. soc.* 1992, p. 250.

A. L'application du principe de concordance

193 - Le premier projet de réforme ayant proposé la suppression pure et simple de la présomption de représentativité émanait de la CGT et de la CFDT. Dans leur position commune du 4 décembre 2006⁶⁷², après avoir annoncé que la démocratie sociale devait prendre toute sa place⁶⁷³, ils ont proposé de mesurer la représentativité des organisations syndicales uniquement sur la base des élections professionnelles. Les résultats à ces élections, devaient être consolidés pour déterminer les organisations les plus représentatives au niveau de chaque branche⁶⁷⁴. Une fois les résultats de chaque branche connus, les organisations présentes dans un nombre significatif de ces branches pouvaient être hissées au rang des organisations représentatives au plan national interprofessionnel⁶⁷⁵. Enfin, lorsque ces organisations étaient reconnues représentatives dans les secteurs privé et public, elles devaient être admises comme les organisations les plus représentatives au plan national⁶⁷⁶.

Cependant, pour présenter des listes au premier tour des élections professionnelles, les syndicats doivent justifier de leur représentativité. Supprimer la présomption de

⁶⁷² Position commune consultable à l'adresse internet suivante : <http://docsite.cgt.fr/1165850684.pdf>.

⁶⁷³ En préambule de cette position commune, il est indiqué que « la CGT et la CFDT considèrent que la démocratie sociale doit prendre toute sa place. A cette fin, la nécessaire valorisation de la négociation collective, à tous les niveaux, doit conduire à redéfinir tant les règles de la représentativité des organisations syndicales que les modalités de validation des accords ».

⁶⁷⁴ Les trois premiers points de cette position commune énoncent à ce propos que :

« a) la représentativité syndicale doit se fonder sur le vote des salariés dans l'entreprise.

b) Au niveau des entreprises, cela passe par les élections professionnelles. Elles doivent être généralisées pour tous les salariés et, par branches, regroupées sur une même période. Les élections sont ouvertes aux organisations syndicales interprofessionnelles reconnues représentatives ainsi qu'aux syndicats légalement constitués et remplissant les critères d'autonomie, d'indépendance, de fonctionnement régulier et reposant principalement sur leurs adhérents. Pour les entreprises dépourvues de représentation collective, en particulier pour les TPE, il convient de mettre en place des « structures professionnelles territoriales » où doivent siéger des représentants des salariés issus de ces entreprises et élus par les salariés concernés.

c) La compilation des résultats des élections professionnelles d'entreprise et des élections des « structures professionnelles territoriales » permet de mesurer au niveau de chaque branche le poids respectif de chaque organisation syndicale et de préciser celles qui sont représentatives dès lors qu'elles ont atteint un certain seuil ».

⁶⁷⁵ « d) Les organisations syndicales interprofessionnelles considérées comme représentatives au niveau national interprofessionnel sont les organisations syndicales considérées comme représentatives dans un nombre significatif de branches, celles-ci couvrant un nombre significatif de salariés ».

⁶⁷⁶ « e) L'addition des voix obtenues par chaque organisation syndicale interprofessionnelle pour le secteur privé avec celles obtenues au niveau de la fonction publique (Etat, Territoriale et Hospitalière), permet de déterminer un niveau de représentation générale sur lequel est basée, notamment, la répartition de sièges dans les instances et institutions où l'ensemble des salariés est représenté, au niveau territorial ou national ».

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

représentativité rendrait beaucoup plus difficile l'implantation syndicale dans les entreprises⁶⁷⁷.

Bien que ce système proposé par les deux confédérations majoritaires ne soit pas parfait, il a le mérite d'opérer une simplification des règles relatives à l'acquisition de la représentativité. Ainsi, tous les syndicats sont placés sur un pied d'égalité. En effet, seules « les organisations interprofessionnelles reconnues représentatives » ainsi que les organisations « remplissant les critères d'autonomie, d'indépendance, de fonctionnement régulier et reposant principalement sur leurs adhérents » pourraient déposer des listes aux élections professionnelles. Néanmoins, la proposition de ces confédérations ne supprime pas la présomption de représentativité et accorde aux organisations reconnues représentatives au plan national interprofessionnel un avantage en matière d'implantation dans l'entreprise. Cette proposition a pour effet de faire reposer la légitimité des organisations syndicales sur leurs résultats aux élections professionnelles.

194 - Suivant une logique identique, le scénario de transformation, proposé par le président Hadas-Label, fait reposer la représentativité des organisations syndicales sur le vote des salariés. Tenant compte des difficultés afférentes à la consolidation des résultats des élections professionnelles et à la réalité de ces scrutins dans les entreprises de petite taille, le rapport propose, pour apprécier la représentativité au niveau des branches, de collationner les résultats aux élections professionnelles, ou à défaut, de procéder à une consultation de représentativité⁶⁷⁸. Dans ce système électoral, les organisations les plus représentatives au plan national seraient choisies en fonction de leurs résultats aux élections de conseil de prud'hommes.

⁶⁷⁷ Une enquête de la DARES démontre que la présence syndicale dans les entreprises est en augmentation. Pour la période 1998-1999, seulement 33% des établissements étaient dotés d'un délégué syndical contre 38% pour 2004-2005. Cette augmentation de la présence syndicale dans les entreprises se manifeste dans toutes les structures quelque soit leur taille. Pour plus de précisions sur ce point, consulter : DARES, « Présence syndicale : des implantations en croissance, une confiance des salariés qui ne débouche pas sur des adhésions », *Premières synthèses, informations*, avril 2007, n° 14.2.

⁶⁷⁸ La loi "FILLON" du 4 mai 2004 avait déjà prévu ce type de consultation de représentativité. Ainsi, l'art. L 132-2-2 (nouvel art. L 2232-6 I) C. trav. disposait, à propos des accords de branche que « Lorsqu'une convention de branche ou un accord professionnel étendu le prévoit, la validité des conventions ou accords conclus dans le même champ d'application professionnel est subordonnée à leur signature par une ou des organisations syndicales représentant une majorité de salariés de la branche. La convention ou l'accord définit la règle selon laquelle cette majorité est appréciée en retenant les résultats soit d'une consultation des salariés concernés, organisée périodiquement en vue de mesurer la représentativité des organisations syndicales de salariés de la branche ; soit des dernières élections aux comités d'entreprise, ou à défaut des délégués du personnel ».

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

Un tel système laisse peu de place pour une représentativité présumée. Sans supprimer la représentativité par affiliation, le rapport réduit considérablement sa portée. La présomption conserve son caractère irréfragable au niveau national interprofessionnel pour déterminer les organisations pouvant participer à la gestion paritaire de certains organismes et pouvant conclure des conventions ou accords nationaux interprofessionnels⁶⁷⁹. Par contre, ces organisations reconnues représentatives au plan national interprofessionnel ne bénéficient plus que d'une présomption simple de représentativité aux niveaux inférieurs tels que la branche et l'entreprise. Le rapport affirme ensuite que seule la preuve d'une audience trop faible peut conduire au renversement de cette présomption. On peut alors s'interroger sur les effets de la transformation de la présomption irréfragable en présomption simple. Au niveau de la branche, cette transformation ne devrait pas avoir une forte incidence dans la mesure où, à ce niveau, domine la reconnaissance mutuelle des organisations syndicales. Par contre, au niveau de l'entreprise, les contestations relatives à la représentativité des organisations syndicales risquent de se multiplier.

Pour éviter cette difficulté, le rapport propose de supprimer la condition de représentativité pour pouvoir présenter des listes au premier tour des élections professionnelles. Cependant, un tel choix risque d'engendrer un affaiblissement et un morcellement syndical sans précédent. Pour éviter cela, le rapporteur prévoit que seuls peuvent présenter des listes les syndicats légalement formés et présents dans l'entreprise. Cette solution paraît envisageable dans notre pays. Néanmoins, le risque d'éclatement du paysage syndical est non négligeable. L'institution de seuils de représentativité permettrait certainement d'endiguer ce problème. Compte tenu des résultats obtenus par les cinq confédérations reconnues représentatives au plan national, ce seuil ne pourrait pas être porté à plus de 10%, ce qui reste assez faible.

195 - L'examen de ces différentes hypothèses nous incite à conclure à la suppression pure et simple de la présomption de représentativité. Néanmoins, une réforme transformant la présomption irréfragable de représentativité en présomption simple est une hypothèse à ne pas négliger. Ces deux hypothèses permettent incontestablement de

⁶⁷⁹ Le rapport énonce que cette évolution aurait pour conséquence de ne plus faire jouer la présomption irréfragable à tous les niveaux « elle pourrait continuer à s'appliquer au niveau national interprofessionnel, sur la base de décisions révisables périodiquement, pour le paritarisme et pour la conclusion d'accords nationaux interprofessionnels ». Rapport HADAS-LEBEL, *op. cit.*, p. 125

rétablir des liens suffisants entre les représentants et les représentés du fait de la prise en compte de l'audience.

B. Le maintien d'une présomption simple

196 - La représentativité présumée pose plus de difficultés qu'elle n'en résout. Elle favorise l'implantation syndicale dans les entreprises, mais elle brouille la capacité réelle à représenter des syndicats. Dès lors que les syndicats sont « représentatifs des salariés, les revendications qu'ils mettent en avant sont, par essence, conformes aux idéaux fondateurs du mouvement ouvrier »⁶⁸⁰. Cette fiction, confortée par la présomption de représentativité, conduit à démontrer que la relation d'équivalence entre volonté des représentés et des représentants, postulée dans toute représentation, fait défaut. Certains auteurs vont même jusqu'à écrire que « la représentativité a incontestablement peu de choses à voir avec cette idée d'équivalence »⁶⁸¹. Autrement dit, « la relation de correspondance exacte »⁶⁸² entre les intérêts des représentés et des représentants est souvent absente.

Cette discordance entre la fonction de représentation et la capacité nécessaire à son exercice⁶⁸³ existe parce que la représentativité d'emprunt « n'autorise plus la vérification de l'aptitude du syndicat à représenter une collectivité de travailleurs »⁶⁸⁴. Ainsi, il se peut que la base sociologique (les salariés) nécessaire à la représentation soit totalement absente⁶⁸⁵. La discordance entre capacité réelle et présumée à représenter pose d'importantes difficultés lorsque les représentants négocient et signent des accords collectifs ayant vocation à s'appliquer à tous les salariés. Dans la négociation

⁶⁸⁰ LANDIER (H.) et LABBE (D.), *Les organisations syndicales en France, des origines aux évolutions actuelles*, Ed. *Liaisons*, 2^{ème} éd., 2004, p. 225.

⁶⁸¹ SAVATIER (J.), « Les transformations de la fonction représentative des syndicats », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz 1989, p. 271.

⁶⁸² VERDIER (J.-M.), « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales », *Dr. soc.* 1991, p. 5 et spé. p. 7.

⁶⁸³ *Ibid.*

⁶⁸⁴ ARSEGUEL (A.), « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », in *Mélanges dédiés au président DESPAX*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 401 et spé. p. 409.

⁶⁸⁵ HEGE (A.), « La représentativité syndicale, sa reconnaissance, son renouvellement », in *La représentativité syndicale, Chron. Internationales de l'IREs*, n°66, sept. 2000, p. 113.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

collective, la représentativité ne « légitime pas seulement un pouvoir d'expression, elle fonde également un pouvoir de décision et d'engagement pour le groupe »⁶⁸⁶.

197 - Dès lors, comment recréer une relation d'équivalence entre les actes passés par les représentants et ceux qui auraient été passés par les représentés ? Autrement dit, comment corriger les effets néfastes développés par la présomption de représentativité accordée aux grandes confédérations syndicales ? Pour conférer une plus grande légitimité à la représentation syndicale, il convient de vérifier que la capacité représentative repose sur un nombre suffisant de salariés. Or, comme les difficultés de légitimité, causées par la représentativité présumée, se manifestent surtout dans le domaine de la négociation, ne serait-il pas judicieux d'opérer « une *Summa Divisio* »⁶⁸⁷ dans les effets produits par la présomption de représentativité ? Alors que cette présomption doit disparaître ou devenir simple en matière de négociation, elle doit demeurer pour les autres prérogatives. Cela permettrait à la fois de ne pas nuire aux avantages qu'elle présente en matière d'implantation syndicale et de minimiser le manque de légitimité en matière de négociation⁶⁸⁸. En définitive, « en tant que concept, la représentativité présumée reste efficace et utile, mais la pratique qui s'est imposée dans son application est récusable. De même, si la représentativité présumée doit demeurer comme condition suffisante d'exercice des prérogatives essentielles de l'action syndicale, elle apparaît insuffisante s'agissant de la négociation collective, où la représentativité réelle et le rapport unissant les négociateurs aux salariés sont primordiaux. La représentativité d'emprunt ne doit donc plus être reconnue selon une règle unique »⁶⁸⁹.

198 - Dans le domaine de la négociation collective, la présomption irréfragable de représentativité doit nécessairement disparaître ou être requalifiée en présomption simple. Ainsi, la représentativité serait à nouveau prouvée et redeviendrait synonyme de

⁶⁸⁶ MORIN (M.-L.), *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, thèse LGDJ, 1994, p. 354.

⁶⁸⁷ ARSEGUEL (A.) et VERDIER (J.-M.), *op. cit.*, p. 290.

⁶⁸⁸ Les partenaires sociaux et le gouvernement ont préféré supprimer la présomption de représentativité et laisser des organisations à demi représentatives exercer les mêmes pouvoirs qu'un syndicat représentatif, à l'exception de la négociation. cf. position commune du 9 avril 2008 et la loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail du 20 août 2008.

⁶⁸⁹ ARSEGUEL (A.) et VERDIER (J.-M.), *ibid.*

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

légitimité. Transformer le caractère irréfragable de cette présomption ne pose pas de difficulté particulière. Cependant, une fois requalifiée en présomption simple, se pose la question de savoir quelle preuve contraire est acceptable ? Soit la présomption simple de représentativité peut être renversée par toute preuve contraire, soit seule la preuve d'une audience ou d'une influence trop faible peut retirer à cette organisation la possibilité de négocier et de conclure des accords collectifs. Le but de cette modification est de vérifier qu'il existe des liens suffisants entre le représentant et la collectivité représentée. Il est donc logique d'admettre que seule la preuve d'une audience ou d'une influence trop faible ou inexistante puisse renverser la présomption. Ainsi, seules les organisations syndicales présumées représentatives pourraient voir leur capacité représentative contestée si les résultats qu'elles ont obtenus aux élections professionnelles dans l'entreprise étaient insuffisants. À l'opposé, admettre une contestation générale de la présomption ne ferait qu'augmenter le taux de conflictualité et ne permettrait pas nécessairement d'aboutir à un résultat plus satisfaisant en termes de légitimité.

199 - En définitive, la représentativité présumée demeure suffisante pour participer à certains organismes, pour s'implanter sur les lieux de travail et pour présenter des listes aux élections professionnelles dans les entreprises. Maintenir une présomption simple permettrait sans aucun doute d'écarter les contestations de représentativité et éviterait la prolifération de syndicats indépendants et « maisons »⁶⁹⁰.

La seule difficulté engendrée par ces différents degrés de représentativité est d'avoir, au sein d'une même entreprise, un syndicat qui est suffisamment représentatif pour présenter des listes de candidats aux élections professionnelles et pas assez pour négocier et conclure des accords collectifs. Cette difficulté s'efface si l'on considère que l'implantation et la présentation de candidats aux élections professionnelles sont les deux premières étapes qui permettent de confirmer, ou éventuellement d'infirmer, le caractère représentatif d'une organisation. Il n'y a pourtant rien de choquant à admettre qu'un syndicat puisse être représentatif dans l'entreprise sans pour autant toujours pouvoir signer un accord collectif. Comme le soulignait le professeur Arséguel dans sa thèse, dès lors que l'on passe de la représentation d'un intérêt à l'engagement d'une

⁶⁹⁰ *Ibid.* Le professeur Arséguel souligne que « Dans l'entreprise, et compte tenu du contexte syndical, la présomption irréfragable offre l'avantage aux groupements structurés d'écarter les contestations patronales et d'endiguer le flot des syndicats "maisons" ».

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

collectivité, il faut se montrer plus exigeant sur la qualité du représenté. Plus la prérogative accordée au syndicat est susceptible d'engager la collectivité ou de créer des obligations à son encontre, plus il faut être regardant dans l'octroi de la capacité représentative. En matière de négociation collective, les accords pouvant être plus ou moins favorables, la représentativité doit systématiquement correspondre à la légitimité réelle de l'organisation.

Le système visant à apprécier différemment la représentativité selon la prérogative syndicale en cause a pour mérite de résoudre les difficultés de légitimité que peuvent rencontrer les organisations syndicales affiliées aux cinq grandes confédérations et de ne pas mettre de frein à l'implantation syndicale dans les entreprises. Toutefois, il ajoute une complexité non négligeable à la représentativité syndicale.

200 - Après avoir examiné les différentes évolutions possibles, il est nécessaire de supprimer la représentativité par affiliation sauf en matière d'implantation syndicale. Ce choix a été retenu par les partenaires sociaux et le gouvernement. La loi du 20 août 2008, reprenant la position commune du 9 avril 2008, permet aux syndicats affiliés à une organisation syndicale reconnue représentative au niveau national interprofessionnel de présenter des listes aux élections professionnelles⁶⁹¹ et de créer une section syndicale⁶⁹².

201 - Néanmoins, afin d'éviter la multiplication de nouvelles organisations syndicales dans l'entreprise, le législateur a conditionné leur implantation. Ainsi, seules les organisations syndicales, qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés ; les organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement ; les organisations ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement ; ainsi que les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel peuvent s'implanter dans

⁶⁹¹ Cf. l'art. L 2314-3 C. trav. pour les délégués du personnel et l'art. L 2324-4 C. trav. pour les élections de comité d'entreprise.

⁶⁹² Cf. art. L 2142-1 C. trav.

l'entreprise et déposer des listes de candidats au premier tour des élections professionnelles.

Les partenaires sociaux et le gouvernement ont maintenu la présomption de représentativité afin de permettre à toutes les organisations syndicales représentatives par affiliation de continuer à s'implanter dans les entreprises tout en évitant que de nouvelles organisations se multiplient.

II. L'entretien de la représentativité

202 - La représentativité ne peut plus être fixée *ad vitam aeternam* (A), elle doit évoluer à mesure que la représentation des travailleurs se transforme. L'adoption d'un système plus évolutif a pour conséquence d'imposer aux organisations syndicales de tout mettre en œuvre pour entretenir leur capacité à représenter (B).

A. Le rejet d'une représentativité définitive

203 - La représentativité doit demeurer fondée sur des critères et non exclusivement sur l'audience. La référence au critère de l'audience permet de déterminer, à chaque scrutin, les organisations syndicales réellement représentatives des salariés.

1. La vérification périodique de l'audience

204 - L'audience est le critère le plus pertinent pour vérifier la représentativité des différentes organisations syndicales. Cette audience se fonde sur des élections qui ont lieu périodiquement dans les entreprises. La périodicité de ces scrutins donne une occasion de mesurer et de (re)vérifier la capacité représentative des organisations syndicales. Indirectement, l'audience constitue un baromètre de la représentation. L'enjeu de ces élections est tellement important que les organisations syndicales doivent toujours faire en sorte que leurs résultats soient suffisants⁶⁹³. Ainsi, les organisations syndicales, recherchant la meilleure audience, vont tout mettre en œuvre pour canaliser l'intérêt des salariés qu'ils souhaitent représenter. Il en résulte

⁶⁹³ VERKINDT (P.-Y.), « Les élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2009, p. 648. Le professeur Verkindt note que les élections professionnelles constituent la base de la démocratie sociale en France. Il écrit « qu'il n'est pas exagéré de dire que la démocratie sociale à la française offre l'image d'une pyramide inversée qui repose aujourd'hui sur une pointe constituée par les élections professionnelles dans l'entreprise » (p. 655).

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

incontestablement la création de liens beaucoup plus étroits entre les représentés et les représentants ; les organisations syndicales se trouvant dans l'obligation de rendre des comptes à ceux qui ont voté pour eux. Le caractère périodique des élections professionnelles permet également de sanctionner les organisations qui n'ont pas respecté la volonté des salariés.

La loi du 20 août 2008 consacre l'idée d'une vérification périodique de l'audience des organisations syndicales. Il est question d'une vérification périodique de la capacité représentative de chaque organisation syndicale. Ainsi, la disparition progressive de la présomption de représentativité implique de « procéder à une appréciation périodique de la représentativité des organisations syndicales sur la base de l'ensemble des critères de représentativité. Cette appréciation intervient à chaque nouvelle élection dans les entreprises et tous les 4 ans, à compter de la première prise en compte de l'audience, au niveau des branches et au niveau national interprofessionnel »⁶⁹⁴.

2. La modification des règles relatives à la reconnaissance des organisations représentatives

205 - L'évolution du syndicalisme français ne permettait plus de maintenir le "Yalta"⁶⁹⁵ des cinq confédérations historiques. Il devenait de plus en plus difficile de justifier que seules les confédérations, dont le nom était gravé dans le marbre de l'arrêté de 1966, représentaient les travailleurs au niveau national interprofessionnel.

La position commune CGT-CFDT du 09 avril et la loi du 20 août 2008 posent une représentativité s'acquérant avant tout dans les entreprises. La représentativité au niveau des branches et interprofessionnel s'apprécie sur la base de critères dont l'audience. Ce n'est que lorsque l'organisation est présente dans un nombre significatif de branches du privé et dans le secteur public qu'elle peut être reconnue comme l'une des organisations les plus représentatives du pays. Cette logique très pure et très vertueuse de l'implantation et de la légitimité syndicale ne va pas sans poser quelques difficultés.

Puisque tout l'édifice de la représentation syndicale repose sur les élections professionnelles⁶⁹⁶, il convient de s'interroger sur le devenir du monopole syndical de

⁶⁹⁴ Cf. art. 3-2 de la position commune *op. cit.*

⁶⁹⁵ DAUXERRE (L.), thèse, *op. cit.*

⁶⁹⁶ VERKINDT (P.-Y.), « Les élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. soc. op. cit.*, p. 648.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

présentation des listes lors de ces élections. Les deux confédérations majoritaires avaient proposé que ce monopole soit supprimé. Ainsi, tout syndicat légalement constitué aurait pu déposer des listes de candidats aux élections de comité d'entreprise et de délégués du personnel. Un tel choix aurait conduit à une multiplication du nombre d'organisations syndicales. Le concept de représentativité ne répondrait alors plus à son objet de limiter le pluralisme engendré par notre conception de la liberté syndicale. Il est donc impossible de retenir cette proposition. Néanmoins le rapport Hadas-Label prévoit une alternative intéressante et respectueuse des revendications syndicales⁶⁹⁷.

206 - Le rapport Hadas-Label formule quelques propositions simples⁶⁹⁸ relatives à la reconnaissance de la représentativité au niveau des branches et au niveau interprofessionnel. La première vise à réviser de manière périodique les organisations les plus représentatives au plan national et la seconde à faciliter la reconnaissance des syndicats non représentatifs par affiliation. Ces deux mesures donnent au système une ouverture et un caractère évolutif sans précédent.

Pour procéder à cette révision, le rapporteur propose qu'un acte administratif réévalue de manière périodique la liste des organisations les plus représentatives visée par l'arrêté du 31 mars 1966. La liste des organisations syndicales représentatives pourrait être révisée après chaque élection prud'homale ou après chaque cycle d'élections professionnelles. La périodicité serait fixée à cinq ou quatre ans selon l'hypothèse retenue. Toutefois, limiter la mesure de la représentativité à l'aune des seuls scrutins n'est pas satisfaisant car la représentativité ne se limite pas à l'audience. Monsieur Hadas-Label a alors proposé une deuxième solution tenant compte d'une part, des résultats aux différents scrutins sus mentionnés et d'autre part, des critères légaux de représentativité.

⁶⁹⁷ La différence par rapport à la position commune de la CGT et de la CFDT réside dans le fait que le rapport propose de tenir compte de certains scrutins organisés à chaque niveau considéré. Ainsi, il préconise de tenir compte de l'élection prud'homale pour déterminer les organisations les plus représentatives au niveau national.

⁶⁹⁸ Ce rapport propose tout d'abord de réviser de manière périodique les organisations représentatives au plan national en tenant notamment compte des élections prud'homales et de la consolidation des résultats des élections professionnelles. Le rapport préconise également de mettre à jour les critères permettant d'apprécier la représentativité de manière à accorder une place plus importante à l'audience. Ensuite, il prévoit une clarification des prérogatives liées à la représentativité présumée de manière à éviter une trop forte distorsion entre représentativité présumée et réelle notamment dans la négociation. Enfin, le premier président de la section sociale du Conseil d'État souhaiterait faciliter la reconnaissance des syndicats non représentatifs par affiliation au niveau des branches.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

Notre préférence va sans conteste à cette seconde hypothèse conférant une plus grande place au vote des salariés sans toutefois réduire le concept de représentativité à l'audience.

207 - Une représentativité régulièrement vérifiée au rythme des élections professionnelles nous semble être la solution la plus pertinente. Même si l'autorité administrative reste compétente pour apprécier la capacité représentative de chaque organisation syndicale, elle doit apprécier la représentativité au regard de nouveaux critères dont l'audience et de manière périodique⁶⁹⁹. Cette orientation devrait permettre une réelle représentation des intérêts collectifs des travailleurs. Toutefois, elle risque d'entraver l'implantation syndicale au niveau des entreprises.

B. La réservation de certains avantages conventionnels aux membres des organisations signataires

208 - Afin d'entretenir la représentativité des organisations syndicales, il peut être imaginé de réserver certains avantages conventionnels aux seuls syndiqués des organisations signataires. Les syndicats belges et allemands ont réussi à maintenir un taux de syndicalisation assez important en utilisant la technique de l'avantage réservé.

209 - Le système de négociation allemand repose sur un double niveau de représentation : d'une part, la représentation des salariés effectuée dans l'entreprise par les conseils d'établissements élus et d'autre part, la représentation syndicale exercée hors l'entreprise. Alors que les conseils d'établissements représentent la diversité des intérêts de tous les salariés de l'établissement, y compris de ceux qui n'ont pas participé au vote ; les syndicats ne représentent, d'après l'article 3§1 de la loi sur les conventions collectives, que les salariés syndiqués⁷⁰⁰. En somme, la conception de la liberté de coalition retenue en Allemagne est différente de la liberté syndicale telle que nous la connaissons en France. Bien que les salariés soient libres d'adhérer ou non à un syndicat, ces derniers ne peuvent bénéficier des avantages prévus par les conventions que s'ils sont syndiqués. Cela explique le taux de syndicalisation soit assez élevée en

⁶⁹⁹ Cf. les art. L 2122-10 et L 2122-11 issus de loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail du 20 août 2008 (*J.O.* n° 0194 du 21 août 2008 p. 13064, texte n° 1).

⁷⁰⁰ RÉMY (P.), *op. cit.*, p. 122.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

Allemagne. Afin d'éviter que les salariés non syndiqués soient pénalisés, les employeurs et les groupements d'employeurs allemands ont décidé de n'opérer aucune différence dans l'application des conventions collectives entre syndiqués et non syndiqués. Les organisations syndicales ont alors inséré des clauses de différenciation octroyant certains avantages supplémentaires aux seuls syndiqués. Ces clauses, bien que tout à fait conformes aux fondements textuels du droit des conventions collectives, ont été déclarées illégales par les juridictions allemandes au motif qu'elles portaient atteinte à la liberté de ne pas adhérer à un syndicat en exerçant une pression excessive sur les non syndiqués⁷⁰¹. L'invalidation de ces clauses de différenciation a eu un impact non négligeable sur le taux de syndicalisation qui est aujourd'hui autour de 22 % alors qu'il était encore à 28 % en 1998⁷⁰². Compte tenu de l'histoire syndicale allemande, un taux de syndicalisation plus élevée aurait certainement aidé les syndicats allemands à affronter avec plus de sérénité les transformations sociales et économiques des années 80⁷⁰³.

210 - Aujourd'hui, les partenaires sociaux français cherchent à s'inspirer de ce système allemand pour redynamiser les adhésions. Ils estiment qu'en réservant certains avantages conventionnels aux seuls syndiqués membres des organisations signataires, les adhésions vont se multiplier. Dans la position commune du 9 avril 2008, les partenaires sociaux affirment vouloir développer les adhésions syndicales notamment en favorisant la distribution de chèques syndicaux⁷⁰⁴ ou en réservant certains avantages conventionnels aux adhérents des organisations syndicales de salariés signataires. Cependant, la culture et l'histoire syndicale française s'accommodent mal avec des clauses conventionnelles de réservation. En effet, le système de négociation français repose essentiellement sur l'effet *erga omnes* des conventions et des accords et sur l'universalité des droits reconnus aux salariés.

⁷⁰¹ Il s'agit ici de protéger la liberté syndicale négative permettant à tout salarié de ne pas adhérer à un syndicat.

⁷⁰² ARTUS (I.) et HEGE (A.), *op. cit.*, tableau p. 28.

⁷⁰³ REHFELD (U.), « Moins de syndicats et moins de syndiqués », *Chroniques internationales de l'IRE*S 1998, n°50, p. 34.

⁷⁰⁴ Art. 12-1 de la position commune du 9 avril 2008.

Conclusion du chapitre 1 :

211 - Les différents systèmes étrangers nous ont donné matière à réfléchir sur les pistes les plus appropriées pour réformer le système représentatif français.

La représentativité doit s'acquérir en premier lieu dans les entreprises. Afin d'être reconnues représentatives, les organisations syndicales doivent démontrer qu'elles répondent à certains critères. Ces derniers doivent simplement être mis à jour de manière à faire de l'audience un critère central. L'audience, fondée sur les résultats obtenus par les listes syndicales au premier tour des élections professionnelles, permet de vérifier de manière périodique la réalité de la capacité représentative de chaque organisation. Dès lors que la représentativité prend appui sur un critère électoral, il convient de mettre en place un seuil en deçà duquel la représentativité est refusée. Le seuil de 10% proposé par les partenaires sociaux et repris par le législateur semble pertinent. En posant un seuil moyen, le législateur évite tant la prolifération des organisations représentatives que la disparition de celles qui existent.

212 - Une fois reconnues représentatives dans un nombre significatif d'entreprises de la branche, elles peuvent être reconnues représentatives au niveau de la branche. Il appartient alors soit au ministre du travail⁷⁰⁵, soit à un comité d'experts indépendants de décider si cette qualité peut leur être attribuée⁷⁰⁶. Ces derniers doivent tenir compte de la présence équilibrée dans la branche, des critères de représentativités et de l'audience, principalement matérialisée à ce niveau par la consolidation des résultats obtenus par ces organisations aux élections professionnelles⁷⁰⁷. Quelle que soit la décision du ministre ou de ce comité, elle est toujours susceptible d'un recours en excès de pouvoir devant les juridictions administratives.

⁷⁰⁵ C'est le choix qui est opéré par le gouvernement dans la loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail du 20 août 2008. Cf. le nouvel art. L 2122-10 C. trav. qui dispose que « Après avis du Haut Conseil du dialogue social, le ministre chargé du travail arrête la liste des organisations syndicales reconnues représentatives par branche professionnelle et des organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel ... ».

⁷⁰⁶ Nous pouvons imaginer que la décision rendue par le comité d'expert lie le ministre qui doit la reprendre par voie d'arrêté.

⁷⁰⁷ Nous laissons toutefois la possibilité de tenir également compte d'une consultation spécifique, non pas de représentativité, mais d'audience.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

213 - Une fois reconnues au niveau de la branche, ces organisations doivent démontrer leur capacité représentative⁷⁰⁸ dans la majeure partie des branches pour être reconnues au rang des organisations représentatives au plan national interprofessionnel. De la même manière qu'au niveau de la branche, il appartient soit au ministre du travail, soit à un comité d'expert indépendant de se prononcer, sous contrôle du juge administratif.

214 - Ce n'est qu'une fois reconnues à ce niveau que les organisations syndicales peuvent bénéficier de la présomption de représentativité pour les niveaux inférieurs. Sur cette présomption, il est nécessaire de distinguer selon la prérogative qui est en cause.

En matière de négociation collective, pour s'assurer de la représentativité réelle des organisations signataires, la présomption de représentativité doit soit revêtir un caractère simple, soit être supprimée. Si on opte pour une présomption simple, seule la preuve d'une audience insuffisante permettrait de la renverser et donc d'écarter des négociations une organisation ultra-minoritaire. Cette présomption simple serait donc applicable tant au niveau de la branche qu'au niveau de l'entreprise.

Pour les autres prérogatives exigeant la représentativité, deux options sont envisageables. Soit la présomption conserve son caractère irréfragable de manière à ce que ces organisations puissent entretenir leur représentativité, voire, la renforcer. Cela permet aux organisations syndicales de s'implanter plus facilement et d'exercer toutes les prérogatives à l'exclusion de la négociation où la représentativité doit être réelle. Soit la présomption est supprimée et on laisse toute organisation légalement constituée déposer des listes au premier tour des élections professionnelles⁷⁰⁹. Une telle ouverture

⁷⁰⁸ À ce niveau, la capacité représentative ne se mesure plus uniquement au regard de l'audience. En effet, il faut également tenir compte des effectifs, des ressources financières de l'organisation et enfin de son implantation dans une partie significative de branches couvrant un nombre significatif de salariés.

⁷⁰⁹ La seule difficulté est de savoir s'il faut ouvrir à toutes les organisations syndicales légalement formées la possibilité de déposer des listes de candidats aux élections professionnelles ? La réponse n'est pas aisée. En effet, le risque de morcellement du mouvement syndical n'est pas négligeable. Cependant, ouvrir les élections aux organisations non représentatives par affiliation permettrait de mettre un terme à l'inégalité de traitement entre les organisations affiliées et les autres. Après examen, nous sommes réticents à laisser à des syndicats non représentatifs déposer des listes de candidats. Cela pourrait conduire à la multiplication des syndicats maisons et ne ferait qu'amoindrir la capacité représentative des autres organisations syndicales. Si un choix différent devait prédominer, il serait alors souhaitable de ne laisser présenter des listes aux élections professionnelles que les syndicats légalement formés et qui sont indépendants.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

est démocratique, mais risque d'accentuer le morcellement syndical⁷¹⁰. Afin d'éviter cela, il faudrait réserver cette faculté à certaines organisations démontrant certaines qualités⁷¹¹ ou justifiant d'une « petite représentativité »⁷¹². La loi du 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, permet à toutes les organisations syndicales, qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés, de déposer des listes de candidat au premier tour de scrutin. Cette solution évite la prolifération des listes et évite un éparpillement des voix nuisant à une juste mesure de l'audience.

La correction apportée par la loi du 20 août 2008 à la représentativité syndicale permet sans aucun doute de remédier aux difficultés relatives à la légitimité réelle des organisations syndicales présumées représentatives. Toutefois, dans le domaine de la négociation collective, cette capacité représentative doit être complétée et confirmée par la règle de conclusion majoritaire des accords⁷¹³. Ainsi, la légitimité des conventions et accords collectifs serait double. Elle reposerait sur la représentativité réelle des organisations syndicales signataires et serait confortée par un soutien majoritaire des salariés.

⁷¹⁰ Le professeur Arséguet ne semble pas favorable à l'ouverture du scrutin. Pour lui, cela permettrait le développement des syndicats maisons et ne permettrait pas de renforcer la représentation des intérêts des salariés. ARSEGUET (A.) et VERDIER (J.-M.), *Revue de Droit du Travail*, 2006, p. 284.

⁷¹¹ Depuis la loi du 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, toutes les organisations syndicales, qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés, peuvent déposer des listes de candidat au premier tour de scrutin.

⁷¹² VERKINDT (P.-Y.), « Les élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2009, p. 648 et spéc. p. 653.

⁷¹³ BORENFREUND (G.), « Propos sur la représentativité syndicale », *Dr. soc.* 1988, p. 476 et spéc. p. 485.

CHAPITRE 2 : LA VERIFICATION A POSTERIORI DE LA CAPACITE A ENGAGER DES ORGANISATIONS SYNDICALES

215 - Donner une dimension plus démocratique au concept de représentativité, permet de rendre plus réaliste la capacité à représenter des différentes organisations syndicales. Cependant, cette vérification générale et *a priori* de la capacité représentative ne suffit pas pour la représentation exercée dans la négociation collective. Si la capacité à représenter demeure un élément fondamental permettant d'opérer, en amont, une sélection entre les différentes organisations susceptibles de s'asseoir à la table des négociations, elle s'avère être insuffisante pour déterminer la ou les organisations disposant, en aval, de la capacité à engager la collectivité représentée⁷¹⁴.

216 - La capacité à représenter, conférée par une représentativité mieux adaptée, doit être confortée dans la négociation par une capacité à engager. Or, cette capacité à engager peut s'obtenir de deux manières. Les organisations syndicales ne peuvent engager les salariés que si elles ont obtenu au moins 30% des voix aux élections professionnelles ou que si les salariés approuvent majoritairement leur choix (référendum). Cette capacité à engager les salariés se matérialise soit par la mise en place du principe de conclusion majoritaire des accords collectifs, soit, à défaut, par l'organisation d'un référendum.

Bien que généralement présentées comme opposées, ces deux modalités s'avèrent être très complémentaires. En effet, le principe doit demeurer la vérification par la règle de conclusion majoritaire (Section 1). Lorsque cette règle est impraticable⁷¹⁵ ou

⁷¹⁴ FAVENNEC-HERY (F.), « La représentativité syndicale », *Dr. soc.* 2009, p. 630 et spé. p. 631.

⁷¹⁵ L'application du principe de conclusion majoritaire s'avère impossible notamment lorsqu'il y a eu carence aux dernières élections professionnelles et qu'il est donc impossible d'apprécier le poids de chaque organisation présente. C'est aussi le cas lorsque les partenaires sociaux ont opté pour une majorité d'engagement au niveau de l'entreprise et que les signataires n'atteignent pas cette majorité. Dans ces deux hypothèses, le législateur a prévu un recours à l'expression directe des salariés via un référendum décisionnel.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

qu'aucune représentation n'existe dans l'entreprise⁷¹⁶, il convient de recourir à l'expression directe des salariés (Section 2).

En respectant cette clef de répartition, l'accord collectif, même organisationnel, dès lors qu'il a été directement ou indirectement approuvé par la majorité du personnel concerné, dispose d'une légitimité incontestable. De plus, ces mécanismes permettent d'une part, une meilleure implication des salariés dans les décisions prises par leurs représentants et d'autre part, une plus grande convergence entre intérêt des représentés et des représentants.

SECTION 1 : LA GENERALISATION DE LA REGLE DE CONCLUSION MAJORITAIRE DES ACCORDS COLLECTIFS

217 - Le passage d'une négociation d'acquisition systématique à une négociation organisationnelle, caractérisée notamment par son caractère "donnant-donnant", voire dérogatoire, a conduit à remettre en cause tout le droit de la négociation. Si dans un système d'amélioration systématique, la question de la légitimité des négociateurs et des accords revêt peu d'importance, dans un système de concession, elle devient une question de premier plan. Or, notre droit de la négociation collective ne s'était que très peu soucié de la question de la légitimité des accords collectifs. Le caractère représentatif des organisations syndicales signataires suffisait à leur conférer une certaine légitimité. Cependant, la signature d'organisations présumées irréfragablement représentatives ne pouvait conférer qu'une légitimité faible aux accords collectifs.

Pour remédier à cette difficulté de légitimité, surtout au niveau de l'entreprise, les partenaires sociaux, puis le législateur, ont souhaité introduire un mécanisme permettant de s'assurer que les signataires d'un accord bénéficiaient du soutien potentiel d'une majorité du personnel concerné. La loi du 4 mai 2004 a introduit le principe de conclusion majoritaire des accords collectifs aux articles L 2232-2 et suivants du Code du travail. Ce principe se déclinait selon deux logiques. Il pouvait être d'engagement ou d'opposition et se calculait en nombre ou au vue des résultats aux élections professionnelles. Cette double ventilation faisait que ce principe pouvait

⁷¹⁶ Afin de garantir que tout salarié puisse user de son droit à la négociation collective, le législateur a prévu que dans les entreprises dépourvues de toute représentation syndicale et élue, il puisse y avoir des accords collectifs négociés par des salariés mandatés, à condition toutefois que cet accord ait été approuvé à la majorité des suffrages exprimés dans le cadre d'un référendum.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

emprunter des formes variées et se calculait différemment selon le niveau de négociation. Néanmoins, la forme permettant de mieux vérifier la légitimité de l'accord restait la majorité d'engagement (signature des organisations majoritaires) mesurée au vue des élections professionnelles. Devant l'échec de la loi du 4 mai 2004, les partenaires sociaux et le législateur ont imposé une semi-majorité d'engagement, toujours mesurée par rapport aux résultats des élections professionnelles. La loi du 20 août 2008 conditionne ainsi la validité de tout accord à la signature des organisations syndicales ayant obtenu au moins 30% des voix aux dernières élections professionnelles et à l'absence d'opposition des non signataires ayant obtenu 50% des voix à ces mêmes élections.

Ce principe majoritaire permet de conférer plus de légitimité aux accords collectifs. Si la légitimité des accords collectifs se trouve incontestablement renforcée par le principe majoritaire, c'est dans la mesure où ce dernier permet d'assurer une meilleure représentation des travailleurs dans l'entreprise. Plus largement, le principe majoritaire confère une nouvelle efficacité à la représentation des travailleurs dans la négociation collective. Cependant, les conditions d'efficacité de cette représentation varient selon la nature juridique de la représentation en cause. Or, une certaine évolution est à noter quant à la nature juridique de la représentation dans la négociation collective. D'une représentation d'intérêts, nous sommes passés à une représentation d'un type particulier très proche d'une représentation de personnes.

La détermination du type de majorité (II) doit se faire de manière à ce que cette représentation dans la négociation soit la plus efficace possible. Les conditions de cette efficacité sont fonction de la nature juridique de la représentation en cause (I). En définitive, seule la majorité d'engagement permet à l'accord collectif d'engager valablement toute la collectivité représentée.

I. Une représentation hybride entre représentation d'intérêts et représentation de personnes

218 - La représentation exercée dans la négociation collective est incontestablement une représentation d'intérêts. Cependant, cette représentation d'intérêts s'est progressivement transformée en représentation de personnes. Or, la représentativité n'est pas un gage de légitimité suffisant lorsque les représentants peuvent négocier des

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

accords comportant des concessions, voire des obligations, pour les salariés. Dans une négociation organisationnelle, chaque salarié est tenu par ce que ses représentants ont négocié. Ainsi, obliger que chaque accord soit signé par les syndicats représentant la majorité des salariés permet le passage d'une représentation d'intérêts à une représentation de personnes en veillant à ce que la majorité des salariés aient validé indirectement l'acte passé par les représentants.

La transformation de la nature juridique de la représentation dans la négociation collective (A) oblige à consacrer la majorité d'engagement. En effet, seule une conclusion réellement majoritaire des accords peut légitimer les accords collectifs, notamment organisationnels (B).

A. La nature juridique de la représentation dans la négociation collective

219 - Les relations qui existent entre les salariés et les syndicats dans l'entreprise peuvent être analysées sous l'angle de la représentation. Ce sont les agents d'exercice du droit à la négociation qui représentent les salariés, c'est-à-dire les titulaires de ce droit⁷¹⁷. Pourquoi recourir à la représentation ? La collectivité n'a pas de personnalité juridique⁷¹⁸ et se trouve *de facto* privée des droits collectifs qui lui sont reconnus. La représentation constitue le meilleur moyen pour saisir les rapports de travail dans leur dimension collective⁷¹⁹. De plus, tout groupe repose en principe sur une communion naturelle d'intérêts. Or, la tendance est à la multiplication des groupes et à leur

⁷¹⁷ L'article L 2231-1 C. trav. dispose que « La convention ou l'accord est conclu entre :

- d'une part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés reconnues représentatives au niveau national, ou affiliées à ces organisations, ou ayant fait la preuve de leur représentativité 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.

Les associations d'employeurs constituées conformément aux dispositions de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, qui ont compétence pour négocier des conventions et accords, sont assimilées aux organisations syndicales pour les attributions conférées à celles-ci par le présent titre ». D'après ce texte, seules les organisations syndicales représentatives peuvent représenter les intérêts des salariés dans l'exercice du droit à la négociation collective. Ancien art. L 132-2 C. trav.

⁷¹⁸ La difficulté ne se pose pas pour les groupements disposant de la personnalité juridique. En effet, cette représentation de l'intérêt collectif permet que la personne morale, en la personne de ses dirigeants, agisse au nom et pour le compte du groupement. Ainsi, les effets de leurs actes juridiques vont se réaliser directement dans le patrimoine reconnu à cette personnalité juridique. Cf. CLARISSE (V.), *De la représentation. Son rôle dans la création des obligations*, thèse Lille, 1949, p. 108.

⁷¹⁹ RIVERO (J.) et SAVATIER (J.), *Droit du travail*, 11^{ième} éd., p. 25.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

diversification⁷²⁰. Cette double évolution rend difficile une expression commune d'où la nécessité de recourir à la technique de la représentation.

De quelle représentation parlons-nous dans l'exercice du droit à la négociation collective ? S'agit-il d'une représentation au sens du Code civil, d'une représentation de type politique... ? Cette question difficile fait encore couler beaucoup d'encre. Pour certains auteurs, la représentation exercée par les syndicats dans la conclusion d'accords collectifs est une représentation de droit privé⁷²¹. Cette thèse, aujourd'hui dépassée, conduisait à assimiler les salariés à des incapables ne pouvant pas exprimer librement leur volonté⁷²². Cependant, cette représentation a pour objet l'accomplissement d'actes juridiques au nom et pour le compte des représentés. Dans le droit de la négociation, les syndicats représentatifs concluent des accords collectifs qui produisent leurs effets tant à l'égard des signataires, qu'à l'égard de la collectivité représentée⁷²³.

À l'opposé, la majeure partie de la doctrine estime que la relation syndicats-salariés dans le droit de la négociation collective doit s'analyser sous la forme d'une représentation politique⁷²⁴. D'après ces auteurs, la représentativité syndicale apparaît comme un titre de légitimité nécessaire pour l'exercice d'un pouvoir⁷²⁵. Par l'intermédiaire de la représentativité, les salariés confèrent aux syndicats le pouvoir de négocier en leur nom⁷²⁶. Si cette représentation d'intérêts peut éventuellement se justifier dans la représentation syndicale générale, elle n'est pas satisfaisante lors de la négociation des conventions et accords collectifs de travail⁷²⁷.

⁷²⁰ BORENFREUND (G.), « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. soc.* 1991, p. 685 et spéc. p. 687.

⁷²¹ LANGLOIS (Ph.), « Contrat individuel de travail et contrat collectif de travail, un nouveau cas de représentation », *Dr. soc.* 1975, p. 283.

⁷²² PETIT (F.), thèse *op. cit.*, p. 331. Cette vision de la représentation des salariés dans la négociation collective dévalorise les salariés puisqu'elle postule que ce dernier est un incapable au sens civiliste du terme.

⁷²³ Soulignons également que cette représentation de droit privé devait normalement conduire à l'intégration des dispositions conventionnelles dans le contrat de travail de chaque salarié. Cf. CHALARON (Y.), *Négociations et accords d'entreprise collectifs*, Litec 1990, n°223 et s. ; MORIN (M.-L.), « Des titulaires du droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1988, p.30.

⁷²⁴ LYON-CAEN (A.), « Les règles de la représentation syndicale à l'heure des changements », *Travail et Emploi*, mars 1988, p. 36.

⁷²⁵ BORENFREUND (G.), « Pouvoir de représentation et négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 1006.

⁷²⁶ MORIN (M.-L.), thèse *op. cit.*, p. 549.

⁷²⁷ VERDIER (J.-M.), « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales. Quelques réflexions, rappels, suggestions », *Dr. soc.* 1991, p. 5 et spéc. p. 9.

220 - La représentation des salariés dans la négociation collective est une représentation particulière qui mêle différents types de représentation. Il s'agit d'une représentation d'intérêts, qui se rapproche d'une représentation de personnes et qui a pour conséquence de créer des droits et des obligations directement applicables aux représentés. La doctrine a essayé de proposer une nouvelle ventilation de cette représentation complexe. Pour le professeur Borenfreund, la représentation d'intérêts domine aux niveaux décentralisés de la négociation tels que la branche ou l'interprofessionnel ; alors qu'au niveau de l'entreprise, il s'agit plus d'une représentation de personne⁷²⁸. Pour le professeur Petit, il est plus pertinent d'opérer une distinction selon que la convention ou l'accord a fait l'objet d'un arrêté d'extension ou pas. Lorsque la convention ou l'accord a vocation à être étendu, la représentation exercée par les syndicats est une représentation d'intérêts. C'est l'arrêté ministériel qui lui fait produire son effet *erga omnes*. Ce n'est donc pas le mécanisme de représentation qui conduit à appliquer l'accord aux salariés représentés. Pour les conventions ou accords non étendus, la représentation exercée par les syndicats n'est plus une représentation d'intérêts mais une représentation de personnes⁷²⁹. Cette conception repose sur l'article L 2254-1 du Code du travail qui dispose que tout employeur lié par les clauses d'une convention collective voit ces clauses s'appliquer à tous les contrats de travail conclus avec lui. Suivant cette logique, chaque salarié est lié par les clauses d'un acte juridique qu'il n'a pas directement conclu⁷³⁰.

Bien que l'on ne puisse pas ranger la représentation exercée par les syndicats lors de la négociation et la conclusion d'accords collectifs dans les catégories de représentation classiques, nous pouvons conclure à une forte attraction de la représentation de personnes. Cela a fait dire à certains auteurs qu'il s'agissait d'une représentation d'intérêt de type particulier⁷³¹ ou plus exactement d'une représentation de personne

⁷²⁸ BORENFREUND (G.), « Propos sur la représentativité syndicale », *Dr. soc.* 1988, p. 476.

⁷²⁹ PETIT (F.), thèse *op. cit.*, p. 332.

⁷³⁰ BORENFREUND (G.), « Pouvoir de représentation et négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 1008.

⁷³¹ *Ibid.*

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

imparfaite⁷³². C'est sur la base de cette nature hybride que nous avons essayé de poser

les conditions minimales permettant d'améliorer la légitimité et l'efficacité de cette représentation.

B. L'efficacité de la représentation des salariés dans la négociation collective

221 - La représentation crée une relation d'équivalence entre les actions passées par les représentants et celles qui l'auraient été par le groupe représenté⁷³³. La difficulté est ici de déterminer les conditions qui peuvent faire émerger ou justifier cette relation d'équivalence. Comment s'assurer que l'acte passé par le représentant soit légitime aux yeux des représentés ?⁷³⁴

Pour que cette relation d'équivalence existe et puisse justifier les effets de l'acte passé par le représentant à l'égard des représentés, deux conditions sont indispensables. Il faut d'une part, favoriser l'implication des salariés dans le mécanisme de représentation et d'autre part, renforcer les liens qui existent entre les représentants et les représentés. Ce double objectif n'est réalisable que si la représentation est associée à l'idée majoritaire.

1. Développer l'implication des salariés

222 - L'implication des salariés est devenue une constante dans les entreprises. Il peut s'agir d'une implication organisationnelle⁷³⁵, d'une implication stratégique⁷³⁶, d'une implication dans une culture d'entreprise et enfin, d'une implication par la valorisation de la performance individuelle⁷³⁷. Cependant, la négociation collective est toujours aussi "désimpliquante". Après avoir passé en revue les hypothétiques causes de ce problème d'implication, nous chercherons en quoi la règle majoritaire permet de favoriser l'implication des salariés.

La première cause ne favorisant pas l'implication des salariés est à rechercher dans le défaut d'implantation des syndicats dans les petites et moyennes entreprises. Dans les entreprises comptant moins de 50 salariés, seule une sur dix est couverte par la présence d'un délégué syndical et une sur cinq compte des représentants du personnel⁷³⁸. À l'inverse, une forte présence syndicale existe dans les entreprises de plus de cent salariés⁷³⁹. Lorsqu'un établissement est couvert par un délégué syndical, sa présence entraîne souvent la mise en place et le renouvellement des autres institutions du

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

personnel. L'organisation des élections ainsi que le vote des salariés rend l'activité syndicale plus impliquante.

À cette implantation très lacunaire s'ajoute un certain désengagement des salariés dans l'exercice de l'action collective. Si le taux de participation aux élections professionnelles reste relativement stable, le scrutin prud'homal est quant à lui marqué par un abstentionnisme assez important⁷⁴⁰. Marque encore plus le retrait des salariés de l'action collective la baisse significative et continue des adhésions syndicales⁷⁴¹. La seule période où l'implication des salariés a connu une hausse a été le passage aux 35 heures. En effet, les salariés ont souhaité être consultés et informés de toutes les étapes de la négociation. Cependant, cela n'a conduit qu'à un engagement et une implication temporaire.

223 - Pour que les salariés se sentent à nouveau impliqués, peut-être faut-il leur conférer certaines prérogatives ou recourir à des consultations régulières de la collectivité. C'est à ce double objectif que répond la règle majoritaire. Elle confère au vote des salariés une importance non négligeable et les salariés sont amenés, dans certains cas, à se prononcer sur les accords directement.

Le vote des salariés lors des élections professionnelles est progressivement devenu le point central de la représentation syndicale⁷⁴². Les lois du 4 mai 2004 et du 20 août 2008 donnent une nouvelle importance à ces scrutins puisqu'ils servent à vérifier la validité d'un accord collectif de travail. Un accord qui ne recueille pas la signature des syndicats ayant obtenu au moins 30% des voix aux élections professionnelles n'est pas valide même s'il est signé par une organisation représentative⁷⁴³.

En plus de jouer un rôle non négligeable en matière de représentativité, les résultats obtenus aux élections professionnelles conditionnent la validité et la légitimité des accords collectifs. Lorsque le salarié dépose son bulletin dans l'urne, il choisit un candidat, un syndicat et son représentant en matière de négociation collective. Autrement dit, cette élection a aujourd'hui trois fonctions fondamentales. La première, originaire, est de désigner les représentants des salariés tels que les délégués du personnel ou les membres du comité d'entreprise. La seconde fonction est de déterminer l'audience des organisations syndicales et donc de vérifier leur représentativité réelle. Enfin, la troisième fonction des élections professionnelles est de

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

déterminer le poids de chaque organisation syndicale lors de la signature d'un accord collectif.

Il apparaît donc que les élections professionnelles soient devenues le centre névralgique de toute la représentation des salariés, notamment au sein de l'entreprise. En conférant une place aussi importante au vote, il ne fait aucun doute que les salariés se sentiront plus impliqués par les décisions prises par leurs représentants.

224 - Donner plus de place au vote des salariés nécessite d'octroyer une plus large place à la consultation directe ou indirecte des salariés. Dans les entreprises dépourvues de toute présence syndicale, le recours au mandatement syndical se combine parfaitement avec la consultation majoritaire des salariés. Un accord conclu par un salarié mandaté n'est valide que si la majorité de la collectivité en question s'est prononcée en sa faveur. Cela résout en partie la difficulté tenant au défaut d'implication dans les entreprises dépourvues d'instances de représentation⁷⁴⁴.

Si l'implication est plus un souci sociologique, la question des liens devant exister entre les représentants et les représentés est inéluctablement juridique.

2. Permettre l'établissement de liens forts entre représentants et représentés

225 - L'examen du droit de la négociation collective nous montre que le souci principal du représentant syndical est de représenter le plus fidèlement les aspirations des salariés⁷⁴⁵. Deux difficultés relatives à la nature même du droit à la négociation collective et à l'objet de la représentation existent. Comment représenter fidèlement les aspirations de la base alors que le droit à la négociation est un droit individuel exercé collectivement et que l'intérêt collectif représenté ne se résume pas à l'addition des intérêts individuels présents ? Si le problème de la diversité des intérêts est absorbé par le pluralisme syndical, la question des rapports entre syndicats et salariés est source de polémique. La réduction des liens existants entre syndicats (représentants) et salariés (représentés) est principalement due à la coexistence de trois règles juridiques. Le pluralisme syndical couplé à la présomption irréfragable de représentativité et à l'effet *erga omnes* développé par les conventions et accords collectifs ont incontestablement contribué à réduire les liens devant nécessairement exister entre représentants et représentés⁷⁴⁶. L'application de ces trois règles a permis que s'impose la loi de la minorité⁷⁴⁷. Lorsque l'accord est minoritaire, il s'applique à des salariés qui ne se

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

reconnaissent pas dans le représentant et qui ont des intérêts partiellement ou totalement divergents⁷⁴⁸.

226 - Seule la règle majoritaire semble pertinente pour recréer les liens nécessaires à toute représentation.

Dès 1982, le législateur a souhaité faire de la négociation collective l'instrument majeur de l'évolution du droit du travail. En conséquence, il ne pouvait pas se désintéresser totalement des distorsions existant entre la représentativité au sens juridique et la capacité réelle à représenter. La première mesure envisagée a été de consacrer définitivement un droit d'expression direct aux salariés de l'entreprise⁷⁴⁹. Ce droit permettant à chaque salarié de s'exprimer librement sur ses conditions de travail sans encourir de sanction a été qualifié de coquille vide⁷⁵⁰. Le professeur Supiot rétorqua à cet argument qu'il appartenait aux locuteurs de remplir ce droit⁷⁵¹. Quel que soit la vision que l'on peut avoir de ce droit d'expression, il semble que ce dernier permette plus facilement aux organisations syndicales de cerner les intérêts des salariés qu'elles sont censées représenter dans la négociation et la conclusion d'accords collectifs de travail. Une autre solution a été présentée comme un moyen de rapprocher les salariés des organisations syndicales : la composition de la délégation syndicale de négociation. D'après l'article L 2232-17 du Code du travail, chaque délégation syndicale comprend obligatoirement le délégué syndical de l'organisation dans l'entreprise ou, en cas de pluralité de délégués, au moins deux délégués syndicaux. Ce texte se poursuit en ajoutant que « Chaque organisation peut compléter sa délégation par des salariés de l'entreprise, dont le nombre est fixé par accord entre l'employeur et l'ensemble des organisations visées à l'alinéa précédent. À défaut d'accord, ce nombre est au plus égal, par délégation, à celui des délégués syndicaux de la délégation. Toutefois, dans les entreprises n'ayant qu'un seul délégué syndical, ce nombre peut être porté à deux »⁷⁵². En application de cette disposition, certains salariés ont été invités aux négociations. Ceci étant, leur rôle est réduit à celui d'un simple observateur. Bien que cette mesure permette une collaboration entre salariés et représentants syndicaux, on peut douter de sa capacité à créer des liens forts entre la collectivité représentée et ses représentants syndicaux. Une troisième disposition peut être analysée comme favorisant la création de tels liens. Il s'agit des dispositions visant à imposer dans le processus de négociation un minimum de transparence. Lorsqu'une négociation a

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

échoué, l'article L 2242-4 du Code du travail impose qu'un procès-verbal soit établi. Dans ce document, doivent être reprises les propositions respectives des parties à la négociation, les points de désaccord et les mesures que l'employeur souhaite mettre en place de manière unilatérale⁷⁵³. Ainsi, les salariés sont en mesure de connaître les positions et les arguments de chacun et de se placer par rapport à leurs intérêts. Il apparaît alors que cette publicité contribue à renforcer les liens entre la collectivité et les représentants syndicaux.

227 - Bien que ces mesures contribuent à rapprocher représentants et représentés, elles demeurent globalement insatisfaisantes. Pour recréer des liens forts, il ne suffit pas de multiplier les contacts entre salariés et syndicats, il faut en plus se montrer beaucoup plus strict sur l'octroi de la capacité à représenter et à engager la collectivité. Comme le souligne le professeur Borenfreund, « le raffermissement des liens entre agents de négociation et collectivités de salariés ne passe-t-il pas par une contestation plus radicale de la capacité d'engagement reconnue aux syndicats représentatifs »⁷⁵⁴. La représentativité ne permettant plus de matérialiser les liens entre représentants et représentés, il faut recourir à une autre technique de vérification. La représentativité marquerait la capacité à représenter et la technique de conclusion majoritaire des accords collectifs, la capacité à engager⁷⁵⁵. Ce n'est qu'à cette double condition que la légitimité de la négociation collective sera incontestable. En imposant une double légitimation (capacité à représenter doublée de la capacité à engager), l'acte passé par le ou les représentants est accepté comme équivalent à celui qui aurait été passé par la collectivité représentée.

II. Une représentation nécessitant une majorité d'engagement

228 - Suite à la transformation de la négociation collective en outil organisationnel, il est devenu indispensable d'imposer la règle de conclusion majoritaire des accords collectifs⁷⁵⁶. La règle majoritaire permet de vérifier que les signataires d'un accord collectif représentent réellement la majorité des salariés. Pourtant, cette idée majoritaire avait été écartée par la loi du 11 février 1950 qui se contentait de la signature d'au moins une organisation représentative⁷⁵⁷. En toute logique, l'effet *erga omnes* accordé

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

aux normes conventionnelles aurait dû être conditionné par l'existence d'une majorité. Cela allait conduire à ce qu'une organisation, ne représentant qu'une infime partie de la collectivité des salariés, puisse engager l'ensemble des salariés de cette même collectivité⁷⁵⁸.

229 - Quelle forme le principe de conclusion majoritaire des accords doit-il revêtir pour que la représentation syndicale soit légitime et efficace ? Doit-on recourir à une consultation des salariés pour déterminer les organisations majoritaires, ou doit-on se servir des résultats aux différentes élections professionnelles ?

Deux orientations s'offraient au législateur : soit permettre l'avènement de la démocratie directe en imposant une consultation de la collectivité représentée, soit se limiter à renforcer la démocratie représentative en se servant de l'influence électorale des différentes organisations syndicales présentes dans l'entreprise⁷⁵⁹. La loi du 4 mai 2004 a clairement opté pour une majorité fondée sur les résultats des élections professionnelles sans toutefois exclure totalement le recours à la consultation, notamment en cas de mandatement⁷⁶⁰. La légitimité et l'efficacité de la représentation existant dans la négociation collective vont dépendre du type de majorité et de la manière dont on la calcule.

A. Le rejet de la majorité d'opposition

230 - Pour que le principe majoritaire soit efficace et synonyme de légitimité, les accords collectifs doivent être négociés et signés par les organisations syndicales représentant la majorité des salariés concernés. Il convient donc d'apprécier le caractère majoritaire des signataires dans le cadre professionnel et territorial dans lequel l'accord a vocation à s'appliquer. Le principe de concordance⁷⁶¹ devient alors indispensable pour que le principe majoritaire puisse jouer son rôle et conférer une légitimité incontestable à l'accord. À chaque niveau de négociation, le principe de conclusion majoritaire doit s'imposer.

De quelle majorité parle-t-on ? Deux grandes tendances se sont développées dans notre pays. La première, défendue par certaines organisations syndicales visait à imposer la majorité d'engagement. Pour qu'un accord soit valide, il faut qu'il soit signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives et majoritaires. La seconde, soutenue par d'autres organisations, prévoit qu'un accord collectif est valide

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

dès lors qu'il est signé par une organisation syndicale représentative et que les organisations majoritaires non signataires ne s'y sont pas opposées. Devant les difficultés pour mettre en place l'un ou l'autre de ces systèmes, les partenaires sociaux⁷⁶², puis le législateur ont décidé de faire coexister ces deux types de majorité. Notre système de négociation est original dans la mesure où il laisse aux partenaires sociaux le pouvoir de choisir entre engagement et opposition.

Les solutions retenues en 2004 viennent d'être modifiées et le législateur a opté pour une semi-majorité d'engagement. Les règles de conclusion posées par la loi du 4 mai 2004 à l'article L 132-2-2 de l'ancien Code du travail ont démontré que la majorité d'opposition ne permettait pas de lutter contre les accords minoritaires. C'est pour cette raison que les partenaires sociaux et le législateur ont décidé de modifier le principe majoritaire de manière à imposer progressivement une majorité d'engagement.

1. L'échec d'une majorité d'engagement optionnelle

231 - La loi du 4 mai 2004 ne voulait pas imposer la majorité d'engagement comme règle de conclusion. Elle laissait aux partenaires sociaux le soin de choisir la solution qui leur convenait. Malheureusement, la pratique a montré que la majorité d'opposition s'était imposée et n'avait pas su donner une réelle légitimité aux accords.

Au niveau national interprofessionnel, la majorité d'opposition prévalait⁷⁶³. Pour éviter les blocages les partenaires sociaux avaient souhaité ce type de majorité négative⁷⁶⁴. La justification principale résidait dans l'importance de ces accords nationaux interprofessionnels. Généralement source de grandes directives syndicales, ou laboratoire d'expérimentation permettant l'adoption future d'une loi, il n'était pas souhaitable que cet outil conventionnel puisse s'enrayer⁷⁶⁵. En effet, la validité d'un accord national interprofessionnel, signé par une des organisations reconnues représentatives à ce niveau, était conditionnée par l'absence d'opposition des organisations majoritaires dans un délai de 15 jours à compter de la notification de l'accord⁷⁶⁶.

Au niveau de la branche, il revenait aux partenaires sociaux d'apprécier si la majorité d'engagement était pertinente. Si les partenaires sociaux décidaient d'imposer la règle de la majorité d'engagement dans leur branche, ils négociaient un accord dit de méthode⁷⁶⁷ qui avait pour fonction de fixer les modalités de cette majorité d'engagement⁷⁶⁸. Cet accord de méthode était conclu selon la règle majoritaire fixée

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

pour les accords nationaux interprofessionnels, c'est-à-dire si la majorité des organisations non signataires ne s'y opposaient pas⁷⁶⁹. Lorsqu'un tel accord de méthode existait, la majorité d'engagement devenait la règle⁷⁷⁰. Dans cette hypothèse, la validité des accords de branche était subordonnée à la signature d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives, représentant la majorité des salariés de la branche en question⁷⁷¹. À défaut d'un tel accord de méthode, le législateur avait prévu une solution par défaut : la majorité d'opposition en nombre.

Au niveau des entreprises, la démocratie était de mise. Comme pour les accords de branche, il appartenait aux partenaires sociaux d'apprécier le bien fondé de l'adoption de la majorité d'engagement. Concrètement, les partenaires sociaux de la branche ou de la profession pouvaient décider des règles de conclusions applicables dans les entreprises entrant dans leur champ d'application territorial et professionnel. Cet accord de branche ou professionnel étendu était conclu conformément aux dispositions applicables aux accords de branche. Lorsqu'un tel accord était conclu, il pouvait opter soit pour la majorité d'engagement, soit pour la majorité d'opposition. Lorsque l'accord de branche ou professionnel étendu retenait la majorité d'engagement, les accords d'entreprise n'étaient valides que dès lors qu'ils étaient signés par les organisations syndicales représentatives au sens de l'article L 2121-1 et ayant recueilli au moins la moitié des voix au premier tour des dernières élections professionnelles⁷⁷². À l'inverse, lorsque cet accord de branche ou professionnel avait opté pour une majorité d'opposition, les accords d'entreprises étaient valides dès lors qu'ils avaient été signés par au moins une organisation représentative et que les organisations non signataires ayant obtenu au moins la moitié des voix aux dernières élections professionnelles ne s'y étaient pas opposées. Or, lorsqu'il n'y avait aucun accord de branche ayant fixé les conditions de conclusion des accords d'entreprise, le Code du travail prévoyait que les accords d'entreprise étaient conclus selon la règle de la majorité d'opposition⁷⁷³.

232 - En matière de conclusion d'accords collectifs de travail la simplicité n'était pas de mise. Comme le soulignait très justement le professeur Gérard Lyon-Caen, « Descartes est né en France mais n'y a pas longtemps vécu »⁷⁷⁴. Plusieurs régimes de conclusion coexistaient selon que les négociateurs d'entreprise se conformaient aux dispositions de la branche⁷⁷⁵ ou pas. La complexité engendrée par le choix laissé aux partenaires sociaux entre engagement et opposition a favorisé le maintien du *status quo*.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

Cependant, la forme de majorité conférant plus de légitimité aux accords et complétant le mieux l'exigence de représentativité demeurerait incontestablement la majorité d'engagement⁷⁷⁶. En effet, les modalités concrètes du droit d'opposition ne permettraient pas que les organisations non signataires puissent efficacement s'opposer à la validité d'un accord. C'est dans ces conditions que les partenaires sociaux et le législateur ont imposé une « semi-majorité d'engagement ».

2. La majorité d'engagement imposée

233 - Le principe de conclusion majoritaire d'engagement est devenu quasi-inéluctable⁷⁷⁷ pour renforcer la légitimité des accords collectifs de travail, notamment au niveau de l'entreprise. Lorsque l'idée majoritaire a fait son apparition dans le droit des accords collectifs, il était question de majorité d'engagement. Il permettait de maintenir le pluralisme tout en complétant la légitimité découlant de la représentativité⁷⁷⁸. Dès 1988, le professeur Borenfreund préconisait de n'accorder la capacité à signer un accord collectif qu'aux syndicats ayant obtenu un certain pourcentage de voix aux élections professionnelles. De plus, la validité d'un tel accord devait être subordonnée à la signature d'une ou plusieurs organisations syndicales ayant recueilli plus de 50% des voix aux élections professionnelles⁷⁷⁹. Cette idée, visionnaire pour l'époque, a été confortée par la pratique conventionnelle. Le célèbre accord AXA prévoyait que l'entrée en application des accords d'entreprise était subordonnée à leur signature par des syndicats représentatifs et majoritaires, c'est-à-dire, ayant obtenu au moins la moitié des suffrages exprimés à l'occasion des élections professionnelles⁷⁸⁰. Si la légitimité est incontestablement liée à la majorité d'engagement, qu'en est-il de la majorité d'opposition ?

Dans un système fondé sur l'opposition, la logique est inversée. L'accord est légitime, non pas parce qu'il a été signé par les organisations représentant la majorité des salariés, mais parce que ces mêmes organisations ne s'y sont pas opposées. Il s'agit donc d'une légitimité négative⁷⁸¹. Compte tenu du contexte syndical français et de la politique de retrait que préconisait la CGT, peut-être valait-il mieux éviter que l'abstention d'une grande centrale puisse bloquer tout le processus normatif conventionnel. Aujourd'hui, la doctrine autorisée s'accorde pour dire que, quelle que soit la modalité choisie, le principe majoritaire renforce indéniablement la garantie

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

d'adhésion des travailleurs à l'accord collectif⁷⁸². À notre avis, seule la majorité d'engagement renforce la garantie d'adhésion des salariés à l'accord collectif.

234 - Les partenaires sociaux et le législateur ont estimé que seule la majorité d'engagement pouvait conférer une légitimité incontestable aux accords et ont décidé de revoir les règles de conclusion posées en 2004. Lors de la réforme portant rénovation de la démocratie sociale⁷⁸³, le gouvernement a entendu le souhait des partenaires sociaux d'imposer progressivement la majorité d'engagement. Les nouveaux articles L 2232-2 et suivants du Code du travail imposent une demi-majorité d'engagement. Depuis cette réforme, un accord collectif n'est valablement conclu que s'il a été signé par une ou plusieurs organisations syndicales ayant recueilli au moins 30% des suffrages exprimés aux élections professionnelles.

Au niveau de l'entreprise, la validité d'un accord 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 de titulaire au comité d'entreprise, ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel. Même lorsque l'accord est signé par les organisations totalisant les 30% de suffrages, un droit d'opposition existe et est ouvert aux organisations ayant recueillis la majorité des suffrages exprimés⁷⁸⁴. Cette opposition doit être formée dans un délai de huit jours dont le point de départ est la date de la notification de l'accord⁷⁸⁵.

Au niveau de la branche professionnelle, on retient également une semi-majorité de 30% pour conclure valablement une convention de branche ou un accord professionnel. D'après l'article L 2232-6, renvoyant à l'article L 2122-5, la majorité au niveau de la branche se calcule en consolidant les résultats obtenus par les listes syndicales au premier tour des élections professionnelles. Comme au niveau de l'entreprise, une opposition peut-être formée par les organisations regroupant la majorité des suffrages dans un délai de quinze jours à compter de la notification dudit accord.

Dans un souci d'égalité, le législateur retient les mêmes conditions pour la conclusion des accords nationaux interprofessionnels. Ces accords ne sont valides que s'ils sont signés par des organisations représentant au moins 30% des travailleurs au regard des élections professionnelles, dont les résultats sont consolidés à ce niveau⁷⁸⁶, et que si aucune opposition majoritaire n'a été formée dans un délai de quinze jours⁷⁸⁷.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

235 - Le passage d'une majorité d'opposition à une majorité d'engagement doit être salué. En imposant cette semi-majorité de 30% pour valider un accord collectif, quel que soit son champ d'application, le législateur renforce la légitimité des accords en s'assurant qu'une forte minorité des travailleurs acquiescent indirectement à l'accord par le biais de ses représentants. Néanmoins, les accords majoritaires ne peuvent être légitimes que si les règles de calcul de la majorité permettent de rendre compte d'un soutien massif des salariés.

Depuis la réforme de la démocratie sociale⁷⁸⁸, le calcul de la majorité se fait désormais toujours par rapport aux résultats des élections professionnelles.

B. La dimension électorale de la majorité d'engagement

236 - Si les écrits sur l'économie générale du système majoritaire sont nombreux, il n'en va pas de même de ceux qui traitent du mode de calcul de cette majorité⁷⁸⁹. Les articles L 2232-2 et s. du Code du travail disposent, en substance, que la majorité doit toujours s'apprécier à l'aune des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel. Quelles que soient les modalités de calcul retenues, elles doivent nécessairement refléter le plus exactement possible le choix du plus grand nombre de salariés. Or, l'article L 2232-2 du Code du travail oblige à prendre en compte tous les suffrages exprimés au premier tour **quelque soit le nombre de votants**. Lorsqu'au premier tour, le quorum n'est pas atteint, la majorité est calculée sur un nombre de voix inférieur à la moitié des salariés. Les résultats obtenus par chaque organisation syndicale doit donc être relativisé par rapport au nombre de salariés qui se sont réellement exprimés. Afin de vérifier si le calcul de la majorité posé dans le Code du travail est source de légitimité, il convient d'étudier en détail les dispositions relatives à l'électorat et au scrutin à prendre en compte.

1. L'électorat de référence

237 - Lors de l'introduction du principe majoritaire dans le droit du travail, l'électorat de référence se composait de tous les inscrits. Cependant, devant l'importance de l'abstention, le législateur a décidé de prendre en compte uniquement le nombre de votants.

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

238 - Le principe majoritaire est né avec les accords dérogatoires lors de l'adoption de la loi Auroux du 13 novembre 1982⁷⁹⁰. Il permettait aux syndicats majoritaires de s'opposer à l'entrée en vigueur de tels accords. L'article L 132-26 (ancienne codification) issu de la loi de 1982 prévoyait que, pour pouvoir s'opposer à l'entrée en vigueur d'un accord dérogatoire, « les non-signataires devaient avoir recueilli les voix de plus de la moitié des **électeurs inscrits** lors des dernières élections du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ». Reprenant cette technique, le législateur a décidé en 1992⁷⁹¹ d'étendre cette opposition aux avenants de régression. L'article L 132-7 ancien⁷⁹² précisait que les avenants susceptibles d'ouvrir droit à opposition étaient ceux qui réduisaient ou supprimaient un ou plusieurs avantages individuels ou collectifs dont bénéficiaient les salariés en application de la convention ou de l'accord qui les fondait⁷⁹³. À la lecture de ces deux textes, l'électorat à prendre en compte dans le calcul de la majorité était incontestablement le nombre des inscrits sur les listes. Cependant, compte tenu de l'abstention, cette condition apparaissait très restrictive puisque obtenir 50% des inscrits correspondait à environ 70% des voix réellement exprimées⁷⁹⁴. Le fait que cette opposition ait été enserrée dans un bref délai à fait dire à certains auteurs que ce droit d'opposition avait été créé pour ne jamais servir⁷⁹⁵. La jurisprudence a cependant facilité l'exercice de ce droit d'opposition. Dans un arrêt du 18 novembre 1998⁷⁹⁶, la chambre sociale de la Cour de cassation a précisé que pour apprécier cette majorité, il fallait s'en tenir aux résultats du premier tour et aux suffrages recueillis par les seuls candidats titulaires. Cette solution a permis d'atténuer très légèrement la rigueur de cette opposition majoritaire⁷⁹⁷.

239 - Face à la multiplication des critiques relatives au droit d'opposition, le législateur a modifié l'électorat de référence. En effet, la loi du 19 janvier 2000 a opté pour une majorité calculée sur les votants et non plus sur les inscrits⁷⁹⁸. Ce dispositif a été généralisé à tous les accords par la loi du 4 mai 2004 et complété par la réforme de la démocratie sociale de 2008. Depuis, l'article L 2232-12 du Code du travail fait référence à une majorité électorale calculée par rapport aux votants. La circulaire d'application du 22 septembre 2004 prévoyait en son point 1.3.1.1 a) que seuls devaient être pris en compte, pour l'application de ces dispositions, les suffrages valablement exprimés au premier tour, et non les votes blancs ou nuls⁷⁹⁹. Depuis la loi du 20 août

2008, tous les suffrages doivent être pris en compte. Cette précision n'épuise pas les difficultés liées à l'absence de quorum au premier tour des élections professionnelles.

2. Le scrutin de référence

240 - Lorsque l'on s'interroge sur le scrutin à prendre en compte, deux difficultés se posent. La première est relative aux différents tours qui peuvent être organisés. Faut-il prendre en compte ces deux tours ? Un seul ? La seconde tient plus à l'organisation même des élections professionnelles. Lors de ce type de scrutin, sont élus des titulaires et des suppléants. Faut-il tenir compte du score réalisé par les titulaires ou faire une moyenne des résultats des deux ?⁸⁰⁰ Et faut-il opérer une distinction selon les collèges ? Bien que la plupart de ces questions aient trouvé une solution dans les réformes de mai 2004 et d'août 2008, la difficulté liée à l'absence de quorum au premier tour de ces élections risque encore de faire couler beaucoup d'encre. Sous l'empire de la loi du 4 mai 2004, les juges décidaient qu'il y avait carence dès lors que le quorum n'était pas atteint au premier tour de scrutin. En conséquence, le décompte des voix ne devait pas se faire⁸⁰¹ et le caractère majoritaire ne pouvait pas être vérifié. La réforme du 20 août 2008 renverse cette jurisprudence en décidant que le caractère majoritaire doit être apprécié au premier tour de scrutin, et ce, quel que soit le nombre de votants⁸⁰². Ces deux solutions comportent des avantages et des inconvénients qu'il nous appartient d'examiner.

241 - En ce qui concerne le tour à prendre en considération pour le calcul de la majorité, les textes précisent clairement que seul le premier tour importe⁸⁰³. Les résultats obtenus par ces organisations lors du second tour ne doivent pas servir à apprécier le caractère majoritaire d'une ou plusieurs organisations. Cette solution semble logique dans la mesure où le premier tour est le plus significatif⁸⁰⁴. En effet, seuls les syndicats représentatifs et les syndicats « qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés » ont le droit d'y présenter des candidatures⁸⁰⁵.

242 - Que se passe-t-il lorsque le quorum n'est pas atteint au premier tour ? Un second tour est organisé dès lors qu'au premier tour, le nombre de votants a été

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

inférieur à la moitié des électeurs inscrits⁸⁰⁶, étant précisé que ce quorum s'apprécie par collège et par scrutin (titulaires et suppléants)⁸⁰⁷. Dans une telle hypothèse, soit l'absence de quorum doit conduire à apprécier le caractère majoritaire par rapport aux résultats obtenus par les syndicats représentatifs au second tour, soit il rend impossible l'appréciation du caractère majoritaire.

Le texte de l'article L 2232-12 du Code du travail (article L 132-2-2 III ancien), issu de la loi du 4 mai 2004, semblait exclure la première alternative puisque seul le premier tour comptait⁸⁰⁸. Le texte de l'article L 2232-14 du Code du travail⁸⁰⁹ devait donc s'interpréter comme suit : l'absence de quorum au premier tour des dernières élections professionnelles rend obligatoire l'organisation d'un second tour et rend impossible le calcul d'une majorité d'opposition ou d'engagement. Cette situation était alors assimilée à une carence⁸¹⁰ au sens de l'article L 2232-14, ce qui impliquait que l'accord ne pouvait être validé que s'il était approuvé par la majorité des salariés de l'entreprise concernée. Cette consultation intervenait à l'initiative des organisations signataires à laquelle pouvaient se joindre les autres organisations.

La jurisprudence a retenu cette interprétation dans un arrêt du 20 décembre 2006⁸¹¹. Des élections professionnelles ont été organisées en septembre 2005 dans trois établissements de l'entreprise Adecco. Lors du premier tour, la participation n'a pas été au rendez vous de sorte que le quorum exigé par l'article L 2324-22 n'a pas été atteint. En conséquence, l'employeur a dû, dans le délai de 15 jours, organiser un second tour pour lequel les électeurs ont pu voter pour des listes autres que celles présentées par les organisations syndicales représentatives⁸¹². La CGT a décidé de contester la régularité des élections sur plusieurs points. Sans toutefois répondre aux griefs formulés par le plaignant, la Cour de cassation a profité de l'occasion pour préciser ce qu'il fallait entendre par "carence au premier tour des élections professionnelles" ainsi que la procédure à suivre. Pour la Cour de cassation, lorsque le quorum prévu par les articles L 423-10⁸¹³ et L 433-10⁸¹⁴ du Code du travail n'était pas atteint au premier tour des élections professionnelles à la proportionnelle, il n'y avait pas lieu de décompter les suffrages exprimés en faveur de chacune des listes syndicales, de sorte qu'il y avait carence au sens de l'article L 132-2-2 III⁸¹⁵, du Code du travail.

Cette solution était justifiée pour plusieurs raisons. D'abord, l'absence de quorum conduisait à ne pas pouvoir mesurer avec pertinence le poids de chacune des organisations syndicales présentes⁸¹⁶. En effet, comment soutenir que lorsque moins de

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

la moitié des salariés se sont prononcés, on puisse dégager les organisations majoritaires. Une telle solution irait à l'encontre du principe majoritaire. En effet, ce dernier a justement été généralisé pour éviter les accords minoritaires. Or, en accordant ce statut majoritaire à certaines organisations sur la base d'élections au cours desquelles le quorum n'a pas été atteint au premier tour, cela reviendrait conforter les accords minoritaires et sans conteste à anéantir l'idée majoritaire⁸¹⁷. C'est justement pour éviter cela que la Cour de cassation a assimilé cette absence de quorum à une carence. De cette manière, l'accord était soumis à une approbation réellement majoritaire des salariés concernés.

Ensuite, certains auteurs ont reproché à cet arrêt de rendre plus difficile l'appréciation de la représentativité des organisations présentes au niveau de l'entreprise⁸¹⁸. Ils estiment qu'en l'absence de quorum, « il n'y a pas lieu de décompter les suffrages exprimés en faveur de chacune des listes syndicales ». Dire qu'il ne devait pas y avoir de décompte des suffrages exprimés en faveur des listes syndicales sous-entendait qu'il ne devait pas y avoir de décompte ou qu'il devait être procédé au dépouillement, mais sans répartition par liste. Le dépouillement et le décompte des suffrages exprimés ne devaient pas être confondus⁸¹⁹. Lorsque le quorum n'était pas atteint au premier tour, le dépouillement devait avoir lieu. En effet, la Cour de cassation a clairement affirmé que « pour déterminer si le quorum était atteint ou pas, il ne fallait pas tenir compte des bulletins blancs ou nuls »⁸²⁰. Or, pour écarter ces votes blancs ou nuls, il fallait nécessairement procéder au dépouillement. Si la procédure électorale en restait à ce stade, il était impossible d'apprécier la représentativité des organisations présentes dans cette entreprise. Cependant, à défaut de quorum, un second tour était obligatoirement institué. Bien que les candidatures y soient libres, rien n'empêche de mesurer l'audience réelle des organisations syndicales présentes, c'est-à-dire leur influence quantitative auprès des salariés mesurée par les résultats aux élections professionnelles. L'examen de ce critère et de la jurisprudence n'imposent à aucun moment de ne tenir compte que des résultats obtenus lors du premier tour de scrutin, contrairement à ce qui est prévu pour le calcul de la majorité au sens de l'article L 2232-12 du Code du travail. En la matière, il y a lieu de bien distinguer représentativité et majorité.

La solution retenue par la Cour de cassation présente un certain nombre d'inconvénients. Dans le domaine du droit électoral et de la pratique syndicale, cette

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

solution tend à imposer l'organisation et la tenue d'un "vrai" premier tour⁸²¹. Dès lors, les organisations syndicales, si elles ne veulent pas voir leur capacité amoindrie, doivent faire en sorte que le quorum soit atteint. Lorsque ce quorum n'est pas atteint, l'action syndicale risque un affaiblissement considérable⁸²². Dans le domaine du droit de la négociation collective et de la représentativité, cette solution emporte des conséquences qui peuvent être assez graves. En effet, dans toutes les entreprises où le quorum n'est pas atteint au premier tour des élections professionnelles, il est impossible d'apprécier le poids respectif de ces organisations. Cela peut avoir d'importantes conséquences quant à la détermination de la représentativité et de la majorité, notamment au niveau des branches. En effet, l'article L 2232-6 du Code du travail prévoit que cette majorité est calculée sur la consolidation des résultats obtenus dans toutes les entreprises de la branche. Comment apprécier cette majorité lorsque le quorum n'est pas atteint dans une partie des entreprises de la branche ? Le risque est donc de fausser assez fortement le poids respectif de chaque organisation syndicale au niveau de la branche. C'est sans doute pour éviter cela que la circulaire d'application du 22 septembre 2004 préconisait de mener jusqu'à leur terme les opérations de dépouillement au premier tour même lorsque le quorum n'était pas atteint⁸²³.

243 - La loi du 20 août 2008 reprend l'idée de la circulaire d'application de la loi du 4 mai 2004. Les nouvelles règles de conclusion, prévues aux articles L 2232-2 et suivants, imposent le calcul de la majorité, quel que soit le nombre de votants. Cela implique que les opérations électorales doivent aller jusqu'à leur terme, même lorsque le quorum n'est pas atteint au premier tour de scrutin. L'avantage de cette solution est d'avoir une mesure des résultats obtenus par chaque organisation syndicale dans toutes les entreprises. Cela permet une centralisation plus simple des résultats au niveau des branches et au niveau national interprofessionnel. Cependant, la solution retenue par la loi d'août 2008 comporte un risque.

244 - En dépouillant et en comptant les résultats des organisations syndicales quel que soit le nombre de votants, la majorité de 30% nécessaire risque de s'avérer fictive. Si dans une entreprise comptant 90 salariés, seuls 30 d'entre eux décident de voter lors du scrutin, la majorité ne sera pas appréciée par rapport à l'ensemble des salariés, mais uniquement par rapport au tiers. En conséquence, même si une organisation syndicale

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

obtient la majorité des voix, elle ne représente en réalité que le sixième des salariés. Que penser d'un accord dit majoritaire reposant réellement sur l'appui du sixième des salariés concernés ? La loi du 20 août 2008 crée donc un potentiel décalage entre majorité juridique et majorité réelle. Dans ces hypothèses, le principe de conclusion majoritaire ne résout absolument pas le problème des accords dits minoritaires et ne constitue pas une source suffisante de légitimité.

245 - Peut-être serait-il pertinent de calculer différemment la majorité (et la représentativité) au niveau de l'entreprise et de la branche. Ainsi, lorsque le quorum n'est pas atteint lors du premier tour des élections professionnelles, le dépouillement doit nécessairement avoir lieu et la répartition par organisation doit obligatoirement être effectuée. Cependant, ces chiffres ne pourront servir qu'à apprécier la majorité (et la représentativité) au niveau de la branche, mais jamais au niveau de l'entreprise pour éviter que se produise un décalage entre capacité juridique à engager et capacité réelle⁸²⁴.

La règle de conclusion majoritaire ne permet de conférer une légitimité aux accords collectifs que lorsqu'elle prend la forme d'une majorité d'engagement. De plus, en exigeant que les accords soient signés par une majorité ou une forte minorité (30%), on s'assure de l'implication de la majeure partie des représentés dans l'acte passé par leurs représentants. La seconde option aboutissant au même résultat serait de développer la consultation directe des salariés. Cependant, cette consultation directe des salariés ne doit pas concurrencer la représentation syndicale, mais la compléter.

SECTION 2 : L'UTILISATION COMPLEMENTAIRE DE LA CONSULTATION DIRECTE DES SALARIES

246 - La prise en compte de l'opinion de chaque salarié formant la collectivité de travail n'est pas une idée neuve. La loi Auroux du 4 août 1982 a reconnu aux salariés un droit d'expression direct et collectif sur les lieux et pendant le temps de travail⁸²⁵. Cette loi qui se voulait expérimentale a été confirmée par la loi du 3 janvier 1986⁸²⁶ et a été codifiée aux articles L 2281-1 et s. du Code du travail. Ce droit est reconnu à tous les salariés, quel que soit le type de contrat⁸²⁷ dont ils disposent et quelle que soit l'entreprise privée ou publique⁸²⁸ dans laquelle ils travaillent. Est donc reconnu aux salariés un droit d'expression direct⁸²⁹ et collectif⁸³⁰ sur les conditions d'exercice et

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

l'organisation du travail⁸³¹. Très vite la doctrine autorisée se divise sur ce droit d'expression. Certains estiment qu'il s'agit d'un texte sans importance bercé d'utopie et d'illusions⁸³². D'autres, reconnaissent l'importance de ce droit d'expression en répliquant qu'il s'agit d'un moyen institutionnel permettant de pallier la perte de représentativité des syndicats⁸³³. Le législateur a été prudent face à ce droit d'expression de peur d'introduire dans les lieux de travail un modèle de démocratie directe qui pouvait affaiblir le rôle des syndicats représentatifs⁸³⁴. Cela explique en partie l'échec de ce droit d'expression et la reconnaissance très limitée des cas de recours au référendum. La question de la démocratie directe dans les relations de travail a toujours fait couler beaucoup d'encre. Alors que certains louent les avantages de la technique référendaire en droit social⁸³⁵, d'autres sont plus réticents et considèrent que le référendum porte incontestablement atteinte au pouvoir des représentants qu'ils soient syndicaux ou simplement du personnel⁸³⁶.

247 - Le référendum apparaît comme un outil fort intéressant. Il constitue d'une part, un complément naturel de la fonction de représentation et d'autre part, un moyen de pallier l'absence de représentant dans les entreprises de petites tailles. Dès lors que le recours au référendum n'entrave pas les prérogatives des représentants et qu'il permet la réalisation de l'objectif constitutionnel de participation, cette technique doit être validée.

Toutefois, le recours au référendum doit toujours compléter la représentation existante et ne jamais lui porter atteinte. En d'autres termes, la validité des actes passés par les représentants des salariés ne doit jamais être conditionnée par une approbation majoritaire des salariés concernés. Un tel choix reviendrait à nier leur capacité à représenter la collectivité. Le référendum doit alors être manié avec beaucoup de précautions et n'être admis que lorsqu'il est un complément de la représentation et non une forme concurrente (I) et lorsque l'absence de toute représentation empêche que se développe le dialogue social (II).

I. Le référendum comme complément de la représentation majoritaire

248 - Le référendum constitue une pratique visant à inviter l'ensemble des salariés, constitués en corps électoral, à se prononcer sur le sort d'un projet relatif à leurs droits et obligations⁸³⁷. Bien que cette pratique soit l'expression la plus pure du fonctionnement démocratique, son développement conduit certainement à amoindrir la représentation accordée aux institutions représentatives du personnel et surtout aux organisations syndicales. Le référendum renforce alors l'opposition entre démocratie directe et démocratie déléguée et accentue la distanciation entre l'expression réelle des salariés et celle des "apparatchiks syndicaux"⁸³⁸. Présentée de la sorte, le référendum contribue incontestablement à l'affaiblissement des représentants et pourrait même entraîner « la mort du fait syndical »⁸³⁹. Cette inquiétude semble fondée lorsque l'on envisage ces deux formes d'expressions comme concurrentes. Cependant, lorsque le référendum vient compléter la représentation syndicale, il renforce incontestablement la légitimité de la représentation en impliquant la collectivité des salariés dans la prise de décision des représentants. Il apparaît alors clairement une ligne de démarcation entre d'une part, le référendum consultatif et le référendum décisionnel ou de ratification. Si le premier constitue un complément de la représentation syndicale, le second est une forme de représentation concurrente.

A. Le recours au référendum consultatif

249 - Le référendum consultatif a pour objet de permettre aux représentants de connaître les aspirations de la collectivité représentée sur un point donné. Il permet de vérifier que le personnel adhère aux solutions proposées par les représentants⁸⁴⁰, sans pour autant priver le représentant de son pouvoir de décision⁸⁴¹. Le référendum consultatif devient un outil se situant en amont de la prise de décision ne remettant pas en cause le pouvoir dont sont investis les représentants. La vocation naturelle des organisations syndicales à négocier n'est ainsi pas remise en cause. Cette démarche démocratique permet de conférer plus de légitimité à l'acte juridique pris par les représentants et engageant la collectivité. Cette technique reste particulièrement bien indiquée lorsque l'employeur souhaite connaître la position de son personnel avant de

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

prendre une mesure unilatérale. Le recours au référendum consultatif est encore plus pertinent dans le droit de la négociation collective. Il permet aux représentants syndicaux de négocier conformément aux aspirations des salariés.

1. Référendum consultatif et engagements unilatéraux

250 - L'employeur, s'il souhaite maintenir un bon climat social dans son entreprise se doit de prendre en compte les aspirations de sa collectivité de travail. Lorsqu'il souhaite prendre une mesure unilatérale, deux choix s'offrent à lui. Soit il use pleinement de son pouvoir de direction afin d'imposer une mesure unilatérale à ses salariés, soit il consent un léger abandon de ce pouvoir en conditionnant l'entrée en vigueur d'une telle mesure à une consultation des salariés. De leur côté, les représentants élus des travailleurs doivent également user de cette technique référendaire au moins pour connaître les aspirations de la collectivité avant de conclure un accord atypique empruntant son régime aux engagements unilatéraux.

Le référendum consultatif peut être organisé par l'employeur, mais aussi par le comité d'entreprise. Pour les domaines qui ne donnent pas lieu à information et consultation du comité d'entreprise, l'employeur est tout à fait libre de son choix. Par contre, lorsque l'employeur souhaite modifier un élément nécessitant l'avis du comité et qu'il ne souhaite pas connaître l'opinion de la collectivité de travail, il est possible au comité de recourir au référendum. Pour les domaines nécessitant un avis du comité d'entreprise, la jurisprudence a admis que ce dernier pouvait consulter la collectivité de travail avant de rendre son avis. La société française des pétroles BP souhaitait modifier la politique salariale de l'entreprise de manière à individualiser la rémunération de chaque salarié en fonction de son efficacité personnelle et de ses résultats individuels. Bien que cette modification s'opérait par la voie d'une négociation entre direction et syndicats, la consultation du comité était requise⁸⁴². En ce qui concerne toute modification du mode de rémunération, le comité doit être consulté sur le fondement de l'article L 2323-27 du Code du travail. Or, l'ancien article L 431-5 du même Code, abrogé lors de la recodification, précisait que pour réaliser ses missions, le comité d'entreprise pouvait « entreprendre les études et recherches nécessaires ». Le comité central d'entreprise a alors décidé d'organiser une consultation des salariés, afin de connaître leur position sur cette individualisation de la rémunération. L'employeur conteste alors la validité de cette décision. La cour d'appel de Versailles a annulé la

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

décision du comité d'entreprise au motif que même si « le comité central d'entreprise doit être informé et consulté sur la qualification et les modes de rémunération, il ne dispose pas à cet égard d'un rôle revendicateur l'autorisant à décider une consultation générale de l'ensemble du personnel sur le montant des rémunérations ». La Cour de cassation censure la Cour d'appel en opérant une lecture beaucoup plus extensive de l'article L 432-5⁸⁴³. Il ressort de cet arrêt que « le comité central d'entreprise, ayant à étudier les incidences sur les conditions de travail du nouveau mode de rémunération des salariés, pouvait s'informer des préférences de ces derniers par une consultation du personnel, dont les frais devaient s'imputer sur son budget de fonctionnement, sans que, pour autant, à cette occasion, l'employeur ait l'obligation de communiquer au comité les adresses des salariés »⁸⁴⁴. Dans cette espèce, le référendum organisé par le comité central d'entreprise n'avait pas d'autre objet que de rechercher le sentiment des salariés. Que cette consultation conduise le comité central à donner un avis négatif ou positif n'influe pas sur le choix des négociateurs. En d'autres termes, ce référendum organisé par le comité central n'a pas vocation à minimiser les prérogatives des employeurs et des syndicats en matière de négociation collective. Les articles L 2323-78 et suivants du Code du travail sont devenus les fondements légaux d'un éventuel référendum organisé par le comité d'entreprise sur une des questions sur lesquelles il est obligatoirement informé ou consulté par l'employeur.

De la même manière, le comité est fondé à organiser une consultation des salariés préalablement à la conclusion d'un accord atypique portant sur l'un des domaines pour lesquels il doit être informé et consulté. Il semble que cette faculté lui soit déniée lorsque le thème de négociation sort des prérogatives du comité. Dans cette situation, aucun fondement textuel ne peut justifier l'organisation d'une telle consultation générale des salariés.

251 - En définitive, le droit du travail laisse une large place au référendum consultatif. Peut-être manque-t-il une reconnaissance textuelle plus générale permettant d'en faire un outil principal de l'organisation des relations collectives⁸⁴⁵. Le recours au référendum consultatif ne serait-il pas l'un des moyens de donner un nouveau relief à la représentation des travailleurs dans l'entreprise notamment dans la négociation collective ?⁸⁴⁶ Le référendum consultatif donne incontestablement un nouveau relief à la négociation sauf si l'employeur détourne son utilisation en vue de traiter

unilatéralement de thèmes devant normalement être négociés. Il serait donc prudent d'encadrer

2. Référendum consultatif et négociation collective

252 - Voici deux termes qui sont rarement associés sauf pour parler d'entrave aux prérogatives des délégués syndicaux⁸⁴⁷. Pourtant leur collaboration offre certaines potentialités. Le référendum consultatif doit être perçu comme un outil au service du syndicalisme ou plus largement au service des représentants des travailleurs. Dans cette perspective le référendum consultatif demeure une manifestation de la vie démocratique et non une cérémonie funèbre à la mémoire du syndicalisme⁸⁴⁸. Dans une représentation qui se veut majoritaire, il est logique de vérifier que la majorité de la collectivité représentée soutient le projet porté par les représentants. Cela est d'autant plus vrai dans un système où les acteurs ainsi que les décisions qu'ils prennent apparaissent aussi éloignés des représentés. Ces derniers ont souvent le sentiment d'être trahis par les représentants⁸⁴⁹. L'insertion du mécanisme référendaire dans le processus de négociation permettrait sans aucun doute de remédier à cette difficulté. En effet, les représentants seraient libres et non contraints de recourir à cette technique. Seules les décisions importantes ne faisant pas l'unanimité au sein de la collectivité pourraient donner lieu à une consultation de l'ensemble de la collectivité⁸⁵⁰. L'exemple le plus caractéristique reste la négociation d'accords collectifs sur l'emploi. Ce thème périlleux de négociation nécessite souvent un consensus fort⁸⁵¹. Rechercher l'appui de la collectivité représentée ne semble pas dans cette hypothèse affaiblir le pouvoir du représentant mais permet de le renforcer tout en évitant qu'un conflit social se développe. La démarche de négociation sur un thème aussi problématique que le maintien de l'emploi doit nécessairement respecter trois principes. Le premier consiste à communiquer sur le projet et donc informer la collectivité. Le second, à recueillir l'avis de cette même collectivité et le troisième à en tirer toutes les conséquences. Ce processus par essence démocratique exerce une certaine influence sur la décision du représentant. Même si juridiquement, le résultat de la consultation ne contraint aucunement le représentant à agir dans le même sens⁸⁵², il serait bien inspiré de le suivre. Cela éviterait au représentant d'être complètement désavoué et éviterait également qu'un conflit ne se développe au sein de la collectivité.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

253 - En définitive, il semble que le référendum de consultation fasse partie de la vie démocratique de l'entreprise. Qu'il soit proposé par l'employeur préalablement à la mise en place d'un engagement unilatéral ou par les représentants des travailleurs dans le processus de négociation, le référendum consultatif a pour mérite de remettre la collectivité des travailleurs au centre du dialogue social dans l'entreprise. Cependant, l'usage du référendum consultatif ne doit jamais servir à amoindrir le pouvoir des représentants. Concrètement, l'employeur ne peut jamais imposer l'organisation d'une consultation lorsque les représentants des travailleurs l'estiment inutile ou inappropriée. Cela éviterait de transformer les représentants en simples avaliseurs de fait des positions dégagées par la collectivité. Dans cette hypothèse, la frontière entre référendum consultatif et référendum décisionnel semble bien mince tant le représentant ne conserve plus réellement une totale maîtrise de son pouvoir de décision⁸⁵³. C'est principalement la raison qui a conduit le législateur français à encadrer le recours au référendum de ratification.

B. L'encadrement du référendum de ratification

254 - Contrairement au référendum consultatif, le référendum de ratification a une portée beaucoup plus importante et développe des effets plus radicaux. L'approbation par la majorité de la collectivité concernée devient une condition de validité ou tout du moins une condition d'application d'un accord collectif de travail. Afin de maintenir les prérogatives des agents de négociation, le législateur, comme les partenaires sociaux n'ont pas souhaité que le référendum décisionnel imprègne trop le monde de l'entreprise et plus largement de la négociation collective. Néanmoins, depuis quelques temps, il semble que la dimension démocratique qu'emporte le référendum a triomphé sur la nécessité de protéger les prérogatives des représentants. On perd alors de vue que cet outil démocratique doit rester un complément de la représentation majoritaire et n'a pas vocation à s'y substituer⁸⁵⁴. La loi du 4 mai 2004 a cependant repensé l'utilité du référendum notamment de ratification pour en faire ce complément.

1. La multiplication des cas de recours

255 - Le référendum, bien que souvent présenté comme un élément pouvant engendrer la mort du fait syndical, s'est développé tant à l'initiative du législateur que des partenaires sociaux.

a. Les cas de recours légaux

256 - Le législateur a progressivement consacré la technique du référendum de ratification sur un certain nombre de thèmes concernant toutes les entreprises quelle que soit leur taille. Le premier texte consacrant le référendum de ratification fut le décret du 8 juin 1946 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale⁸⁵⁵. Son article 51 prévoyait en matière de retraite complémentaire la possibilité de réviser les obligations des employeurs et les avantages des adhérents par voie d'accord négocié et signé entre l'employeur et la majorité des travailleurs concernés⁸⁵⁶. Ce recours au référendum fut étendu par la jurisprudence⁸⁵⁷ puis par le législateur⁸⁵⁸ à la mise en place d'un tel régime complémentaire. L'article 2 de la loi du 31 décembre 1989, renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, prévoyait que de nouvelles garanties collectives pouvaient être instituées sur la base d'une convention collective de travail ou sur la base d'une ratification par la majorité ou encore par une décision unilatérale de l'employeur. Aujourd'hui, ce dispositif est présent au sein de l'article L 911-1 du Code de la sécurité sociale⁸⁵⁹. Dans ce domaine, la majorité se détermine sur la base des personnes ayant valablement exprimé leur suffrage⁸⁶⁰. En matière d'organisation de la consultation et donc du vote, il convient de se référer au droit commun électoral. Cependant, la jurisprudence a admis qu'un document signé par la majorité des travailleurs constituait une ratification du projet proposé par l'employeur⁸⁶¹. La logique électorale aurait voulu que l'accord signé soit accompagné d'un procès verbal de ratification⁸⁶².

Le législateur a également eu recours au référendum de ratification lors de l'élaboration des régimes d'intéressement et de participation. Les articles L 3312-2 et s. du Code du travail posent que tous les salariés doivent être mis en mesure de pouvoir bénéficier d'une partie des fruits liés à l'exploitation⁸⁶³. Pour atteindre ce résultat, des régimes d'intéressement peuvent être institués soit par le biais d'un accord collectif du travail, soit par un accord atypique négocié avec le comité d'entreprise, soit enfin, à la suite d'une ratification par la majorité des deux tiers des salariés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise⁸⁶⁴.

En matière de participation⁸⁶⁵, les choses sont sensiblement identiques⁸⁶⁶. L'article L 3322-6 du Code du travail permet la mise en place de la participation aux résultats de l'entreprise de la même manière que l'intéressement. La participation peut être instituée

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

dans le cadre d'un accord collectif de travail, au sein du comité d'entreprise ou enfin, suite à une ratification par une majorité des deux tiers des salariés à un projet d'accord proposé par l'employeur. La loi du 4 mai 2004 a précisé que même si la mise en place de la participation était obligatoire dans toutes les entreprises d'au moins cinquante salariés, pour celles dans lesquelles un accord d'intéressement était en vigueur, cette obligation ne serait effective qu'à l'expiration de l'accord d'intéressement⁸⁶⁷.

257 - L'examen de ces quelques cas légaux de recours au référendum de ratification nous invite à conclure que ce dernier est créateur de droit. Qu'il s'agisse de garantie complémentaire de retraite, d'intéressement ou de participation, la ratification par le personnel semble valoir accord collectif⁸⁶⁸. Cette position se justifie pleinement lorsque l'on examine l'effet obligatoire des actes obtenus et ce, même si la collectivité n'est pas dotée de la personnalité morale.

258 - En ce qui concerne les régimes complémentaires de retraite et de prévoyance visés par l'article L 911-1 du Code de la sécurité sociale, la jurisprudence a clairement affirmé que la ratification par la majorité du personnel valait accord collectif qui s'imposait à toute la collectivité même la minorité réfractaire⁸⁶⁹. Pour la participation et l'intéressement, la rédaction des articles L 3312-2 et L 3322-6 du Code du travail nous orientent vers la qualification juridique d'accord collectif. Ces articles parlent « d'accord » passé suite « à la ratification des deux tiers du personnel d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise ». Cette position est confortée par le fait que la ratification doit être demandée conjointement par le chef d'entreprise et une organisation syndicale représentative ou le comité d'entreprise. Bien que cette thèse soit admise par le professeur Chalaron⁸⁷⁰, elle n'est pas totalement satisfaisante. À la lecture de l'article L 2231-1 du Code du travail, un accord ne peut être qualifié d'accord collectif du travail que dès lors qu'il a été conclu entre une ou plusieurs organisations représentatives de travailleurs et un groupement d'employeurs ou un employeur seul au niveau de l'entreprise. Dans les cas que nous venons d'étudier, la partie signataire côté salariés est la collectivité elle-même. Cependant, la collectivité des travailleurs est dépourvue de personnalité morale. Admettre la solution contraire amenuiserait fortement le pouvoir reconnu aux représentants syndicaux et élus. Certains auteurs ont cependant soutenu avec force que la collectivité des travailleurs était dotée

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

de la personnalité morale. Monsieur Barthélémy a soutenu que la collectivité disposait d'une personnalité morale uniquement pour la prévoyance collective⁸⁷¹. M. Grimaldi D'esdra est allé plus loin en soutenant que la collectivité, disposant de la personnalité morale, pouvait valablement conclure un accord cadre servant de préliminaire à la conclusion d'un accord classique ou à l'application d'une mesure unilatérale⁸⁷².

Pour notre part, l'explication est à rechercher, non pas dans les méandres de la technique juridique mais, dans l'objectif à atteindre. Lorsque le référendum décisionnel est admis, peut-être est-ce pour faire en sorte que toutes les entreprises puissent bénéficier de ces avantages. *A priori*, seules les entreprises de plus de cinquante salariés et quelques unes de plus de onze ont accès à la négociation. Comment justifier que seuls les salariés de grandes entreprises puissent bénéficier de l'intéressement, de la participation et de garanties complémentaires collectives ? En qualifiant d'accord collectif ces accords ratifiés par la majorité du personnel, le législateur permet à tous les travailleurs, quelle que soit la taille de leur entreprise et quels que soient les représentants présents de bénéficier de ces dispositions. La difficulté réside dans le fait que les textes qui instituent ces avantages ne sont pas très clairs. En effet, la vocation naturelle des organisations syndicales à négocier et conclure des accords collectifs de travail aurait dû conduire le législateur à n'envisager le référendum de ratification que lorsque l'entreprise est dépourvue de toute représentation. C'est cette idée qui apparaît clairement dans les lois dites "Aubry" relatives à l'aménagement et à la réduction du temps de travail.

259 - La loi du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail avait pour objectif de faire en sorte que la réduction du temps de travail passe par la négociation. Or, pour ne pas pénaliser les petites entreprises dépourvues de présence syndicale, elle prévoyait un recours au référendum de ratification. Ainsi, d'après les paragraphes VI et VII, visant respectivement la négociation avec les salariés mandatés⁸⁷³ et avec les représentants élus du personnel⁸⁷⁴, ces accords devaient pour être valides avoir été approuvés par la collectivité, à la majorité des suffrages exprimés. Ces consultations donnaient lieu à accord collectif au sens du code du travail, engageant la collectivité des travailleurs immédiatement et obligatoirement⁸⁷⁵. Ce dispositif du mandatement syndical a été pérennisé et généralisé par la loi du 4 mai 2004⁸⁷⁶.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

En dehors de ce cas particulier visant à permettre à toutes les entreprises de négocier la réduction du temps de travail, l'article 19 de la loi susmentionnée conditionnait l'allègement des charges à une approbation majoritaire des salariés, lorsqu'en présence d'organisations syndicales représentatives, l'accord n'avait été signé que par des minoritaires. Autrement dit, les aides n'étaient versées que lorsque l'accord de réduction du temps de travail avait été signé par les organisations ayant recueilli au moins 50% des voix aux dernières élections professionnelles. Lorsque ce seuil n'était pas atteint, l'entreprise ne pouvait bénéficier des aides que si l'accord avait directement été approuvé par la majorité des salariés concernés.⁸⁷⁷ Dans ce paragraphe V de l'article 19 de la loi Aubry II, le référendum ne conditionne pas la qualification d'accord collectif, c'est la signature par les organisations syndicales représentatives qui emporte cette qualification. Cette hypothèse de référendum facultatif⁸⁷⁸ est à écarter de notre étude dans la mesure où le résultat positif ou négatif de la consultation n'a aucune conséquence sur la validité de l'accord.

260 - Si les différents cas de recours à la consultation des salariés posés par le législateur peuvent être qualifiés de référendums de ratification, il n'en va pas de même pour les référendums dits volontaires et notamment institués par accord collectif. Certains accords d'entreprise ont parfois essayé d'instituer la technique référendaire, mais cela ne va pas sans poser d'énormes difficultés.

b. Les cas de recours conventionnels

261 - Les partenaires sociaux ne peuvent se voir priver d'un pouvoir ou d'une prérogative que leur accorde la loi qu'avec leur consentement⁸⁷⁹. Ils peuvent sans aucune difficulté décider de soumettre la validité d'un accord à venir à une approbation majoritaire du personnel concerné. Quelques accords isolés ont prévu un tel dispositif dans des domaines aussi divers que les horaires, le temps de travail et le mode de versement de la rémunération. Le premier accord à avoir conditionné l'applicabilité d'un accord collectif à l'approbation majoritaire des salariés a été signé au sein de la société Potain⁸⁸⁰. Cet accord collectif du 10 février 1993 relatif à la réduction du temps de travail soumettait « l'applicabilité » des différentes mesures prévues dans ledit accord à l'approbation des salariés concernés. L'accord était valide dans la mesure où il avait été signé d'une part, par l'employeur et d'autre part, par une ou plusieurs

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

organisations représentatives des salariés. Cet accord qui visait à diminuer le temps de travail aux fins de maintenir l'emploi prévoyait que pour être appliqué, il devait être approuvé par « au moins 80% des personnes inscrites à l'effectif ». Si ce seuil était atteint, l'employeur devait proposer à chaque salarié une modification de leur contrat, étant précisé que si plus de 20% des salariés refusaient, l'accord ne pourrait pas être appliqué. Le mélange des genres est ici de mise et démontre bien les difficultés que peut poser l'application d'une mesure collective sur les contrats individuels de travail. La décision collective même fortement majoritaire ne peut en aucun cas supplanter l'accord de chaque salarié dès lors qu'un élément de son contrat de travail est en cause.

Peut-être l'exemple de l'accord Thomson Brandt Armements (TBA)⁸⁸¹ est-il plus pertinent. Toujours en vue de maintenir l'emploi, l'employeur a proposé à ses salariés un nouveau partage du travail assorti d'une baisse de la rémunération. Contrairement à l'accord Potain, l'accord TBA n'envisageait pas les conséquences individuelles que pouvaient avoir les choix collectifs. L'accord prévoyait qu'il devait être approuvé par la majorité du personnel répartis en deux collèges⁸⁸². Dans les deux accords précités, l'objectif était de maintenir l'emploi. Cette thématique de négociation est particulièrement risquée et ne peut véritablement être un succès que si elle recueille un large soutien des salariés. Dans cette hypothèse, le référendum de ratification devient un outil permettant de vérifier ce consensus. Il apparaît donc comme une condition indispensable ne remettant pas en cause le pouvoir et les prérogatives que tirent les représentants de la loi⁸⁸³.

Cependant, d'autres accords prévoyant une approbation majoritaire des salariés n'ont *a priori* pas d'autre but que de faire pression sur les instances de représentation titulaires du pouvoir de conclure un accord collectif. Nous pouvons citer l'exemple de l'accord Banque de France⁸⁸⁴ (BDF). Dans cet accord, les partenaires sociaux s'étaient accordés pour consulter les salariés sur la mise en place d'horaires variables préalablement à la consultation du comité d'entreprise et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Même si ces comités conservaient toute latitude pour apprécier le projet, le résultat de la consultation influait directement sur la décision de l'employeur et indirectement sur celle des comités consultés. En l'espèce, on pouvait légitimement se demander si l'employeur ne commettait pas un délit d'entrave au fonctionnement du CE et du CHSCT⁸⁸⁵.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

262 - Sans nier l'importance du référendum, il convient de ne pas lui accorder une portée trop importante. Si le référendum consultatif trouve sa place dans le processus de négociation en permettant le développement du débat et en créant un véritable processus délibératif, le référendum de ratification ne peut exister que lorsqu'il n'entrave pas les prérogatives reconnues aux agents d'exercice de la négociation. Autrement dit, le référendum consultatif doit être intégré dans la phase de négociation et le référendum de ratification ne peut exister que pour palier une éventuelle défaillance de la représentation majoritaire. C'est cette idée qui semble avoir prévalu lors de l'adoption de la loi du 4 mai 2004.

2. La consécration par la loi du 4 mai 2004

263 - La loi du 4 mai 2004 permet de recourir au référendum pour compléter la représentation majoritaire lorsque la condition de majorité ne peut être satisfaite ou, dans le cadre du mandatement syndical⁸⁸⁶. Dans les lignes qui suivent, nous n'envisagerons le référendum que comme un complément de la règle de conclusion majoritaire.

264 - Aujourd'hui, pour être valide, un accord collectif ne doit plus seulement avoir été signé par des représentants d'employeurs ou un employeur pris isolément et par des organisations syndicales représentatives ; il doit en plus avoir été conclu majoritairement. Un accord collectif n'est valide que s'il a été signé par les organisations représentatives ayant obtenu au moins 30% des voix aux dernières élections professionnelles et que les organisations non signataires et majoritaires ne s'y sont pas opposées dans le délai de 8 jours à compter de la notification de l'accord⁸⁸⁷.

265 - Que se passe-t-il lorsque le principe de conclusion majoritaire ne peut pas être respecté faute d'élections professionnelles ou lorsque la majorité nécessaire n'est pas atteinte ?

Dans l'hypothèse d'une carence aux élections professionnelles, l'élément de mesure de la majorité fait défaut. En conséquence, il est nécessaire de recourir à un autre élément de mesure pour apprécier l'existence d'une majorité. Le référendum apparaît le plus approprié et permet de compléter la représentation majoritaire sans pour autant porter atteinte au pouvoir des représentants⁸⁸⁸. Le référendum constitue ici un moyen de

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

mesure par défaut laissé à l'initiative des seules organisations syndicales de salariés⁸⁸⁹. Dans ces conditions, on ne peut qu'approuver le recours à la technique référendaire. La conséquence est, qu'à défaut d'approbation majoritaire des salariés, l'accord n'est pas valide. La seule alternative qui s'offre à l'employeur est de l'appliquer sur le fondement d'un engagement unilatéral ne pouvant comporter que des dispositions plus favorables aux salariés que celles contenues dans leur statut conventionnel et leur contrat de travail. Pour apprécier le bien fondé du recours au référendum dans cette hypothèse, il semble pertinent d'envisager les deux scénarios qui se présentent avec recours au référendum et sans. Si le législateur n'avait pas permis le recours au référendum, la conséquence aurait été de priver un certain nombre d'entreprises de la possibilité de négocier. Cela aurait été manifestement contraire au droit à la négociation collective reconnu à chaque salarié par la Constitution⁸⁹⁰. De plus, dans cette hypothèse, aucune entrave aux pouvoirs des représentants ne peut être relevée. En effet, le référendum permet de vérifier la capacité à engager du représentant qui conserve le pouvoir de signer un accord collectif du travail. Si on admet qu'un délégué syndical puisse signer valablement un accord alors qu'il est impossible de déterminer son audience, cela serait contraire au principe majoritaire censé résoudre les difficultés liées à la légitimité des accords.

Dans le cas où la majorité d'engagement était imposée par un accord de branche étendu et que les signataires d'un accord d'entreprise n'avaient pas recueilli au moins 50% des voix aux dernières élections, l'article L 2232-12 1° proposait une solution de "sauvetage" pour l'accord⁸⁹¹. En principe, dès lors que les partenaires sociaux de branche avaient opté pour une majorité d'engagement, dès lors que cette dernière n'était pas atteinte, l'accord n'était pas valide. Dans ce cas, les signataires ne disposaient pas d'une suffisante capacité à engager. Ainsi, prévoir un sauvetage par référendum allait à l'encontre du principe majoritaire et contribuait à renforcer la faiblesse des représentants en les écartant au profit de la démocratie directe. De plus, ce référendum ne complétait pas la représentation majoritaire mais la concurrençait. Au vu de ces quelques éléments, il nous paraissait difficile de justifier un tel recours au référendum. Or, le fait d'éviter un blocage dans la production normative conventionnelle ne justifiait en aucun cas d'aller à l'encontre même de l'objet de légitimation du principe majoritaire. Afin d'éviter cette difficulté, la loi du 20 août 2008

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

a supprimé ce référendum de sauvetage. Les nouveaux articles L 2232-2 et suivants du Code du travail prévoient que seuls sont valides les accords ayant été signés par les organisations syndicales représentant au moins 30% des salariés et n'ayant pas fait l'objet d'une opposition majoritaire par les non signataires.

266 - En définitive, le législateur a fait une application très mesurée du référendum. Il reste un outil complémentaire au service de la représentation majoritaire. Si le référendum peut avoir vocation à rendre effective la représentation majoritaire, il peut également permettre le développement du dialogue social et de la négociation collective dans les entreprises qui sont dépourvues de toute représentation, notamment, du fait de leur petite taille. La technique du mandatement syndical répond parfaitement à cet objectif.

II. Le référendum comme palliatif à l'absence de représentation : le mandatement syndical

267 - Les lois de mai 2004 et d'août 2008 consacrent et généralisent le recours au référendum de ratification dans les entreprises dépourvues de toute représentation afin de favoriser le développement de la négociation collective⁸⁹². Ces lois laissent la possibilité que s'ouvrent des négociations d'entreprise avec les élus du personnel et à défaut, avec des salariés mandatés⁸⁹³. Lorsque la négociation s'engage avec des salariés mandatés, le résultat de cette négociation ne peut être qualifié d'accord collectif du travail qu'après avoir été validé par la majorité du personnel concerné⁸⁹⁴.

Autoriser le développement de la négociation avec des élus ou des salariés mandatés pose la question des prérogatives des organisations syndicales en la matière. Permettre que de simples salariés mandatés puissent conclure des accords collectifs du travail ne porte-t-il pas atteinte au monopole conféré aux organisations syndicales pour déterminer les conditions de travail des salariés ? La loi du 12 novembre 1996⁸⁹⁵, reprenant l'accord national du 31 octobre 1995, a mis en place, à titre expérimental, la négociation avec des élus ou des mandatés⁸⁹⁶. Certains parlementaires, estimant que cette disposition portait atteinte au monopole syndical de négociation, ont décidé de saisir le Conseil constitutionnel. Dans sa décision du 6 novembre de la même année le Conseil a considéré que les organisations syndicales ne disposaient pas d'un monopole

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

de négociation, mais d'une simple « vocation naturelle » et que d'autres acteurs pouvaient être amenés à négocier dès lors que leur intervention n'avait « ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à la représentation exercée par les organisations syndicales représentatives »⁸⁹⁷.

Ce mode de négociation dérogatoire devait se référer, à défaut de représentant, directement aux titulaires du droit à la négociation que sont les salariés. Or, cela ne pouvait conduire qu'à une consultation directe des salariés devant ratifier à la majorité l'accord signé entre l'employeur et le ou les mandatés. Le référendum de ratification permet dans ce cadre précis d'ouvrir le droit à la négociation à tous les salariés tout en respectant les prérogatives des organisations syndicales représentatives. Bien que ce type d'accord se doive d'être approuvé par la majorité des travailleurs concernés (B), seuls les accords, respectant certaines conditions, peuvent être soumis à l'approbation majoritaire des salariés et devenir de véritables accords collectifs du travail (A).

A. L'encadrement du mandatement par les organisations syndicales

268 - Conformément à la décision du Conseil constitutionnel, le recours à d'autres négociateurs que les organisations syndicales représentatives ne peut se faire que s'il ne porte pas atteinte à la représentation syndicale. Afin d'éviter toute difficulté, les partenaires sociaux avaient souhaité limiter le recours à ce type de négociation à une autorisation des partenaires sociaux de la branche et aux seules entreprises dépourvues de toute représentation syndicale ou élue. La loi du 4 mai 2004 a repris ces deux conditions au sein de l'article L 2232-21 ancien du Code du travail. D'après ce texte, une convention de branche ou un accord professionnel étendu pouvait prévoir que, « dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et lorsqu'un procès-verbal de carence avait établi l'absence de représentants élus du personnel, des accords d'entreprise ou d'établissement étaient conclus par un ou plusieurs salariés expressément mandatés pour une négociation déterminée, par une ou plusieurs organisations syndicales reconnues représentatives sur le plan national ».

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, l'autorisation de la branche n'est plus nécessaire pour négocier et conclure des accords collectifs avec des représentants élus ou des salariés mandatés⁸⁹⁸. Demeurent uniquement les conditions tenant à l'absence de représentation et à l'existence d'un mandat exprès. Seuls les

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

accords respectant ces deux conditions peuvent donner lieu à référendum et devenir de véritables accords collectifs de travail.

1. L'absence de toute représentation

269 - Le mandatement syndical doit rester un complément de la représentation majoritaire permettant que chaque salarié puisse exercer son droit à la négociation collective. Les articles L 2232-21 et suivants posent une gradation. Les agents d'exercice du droit à la négociation demeurent, conformément aux décisions du Conseil constitutionnel, les organisations syndicales représentatives. Lorsque de telles organisations font défaut, mais qu'il existe une représentation élue du personnel, la négociation peut s'engager avec ces élus. Précisons qu'une hiérarchie est également instaurée entre les instances élues pouvant négocier. En effet, lorsqu'un comité d'entreprise existe, l'employeur doit négocier avec ce dernier et non avec les délégués du personnel. En d'autres termes, l'employeur ne peut engager de négociation avec les délégués du personnel que lorsque son entreprise ne dispose pas d'un CE⁸⁹⁹. Ce n'est que lorsque l'entreprise est dépourvue de toute représentation syndicale et élue que l'employeur peut négocier avec des salariés mandatés. Pour que les employeurs ne soient pas tentés de se soustraire à leurs obligations en matière de mise en place d'institutions représentatives du personnel, l'article L 2232-24 du Code du travail prévoit que pour recourir valablement à la technique du mandatement syndical, ces derniers doivent justifier d'un procès verbal de carence⁹⁰⁰. L'employeur se voit contraint et forcé d'établir un procès verbal de carence dans lequel il doit répertorier les différentes diligences faites en vue de l'organisation des élections⁹⁰¹. Au premier tour, il y a carence si aucune organisation syndicale n'a déposé de liste de candidats. Dans cette hypothèse, un second tour, au cours duquel les candidatures sont libres⁹⁰² est organisé par l'employeur. Ce n'est que si aucune liste de candidat n'est déposée lors de ce second tour que l'employeur a l'obligation de dresser un procès verbal de carence⁹⁰³. Plus largement, le procès verbal de carence doit être établi par l'employeur dès lors que l'institution n'a pas pu être mise en place ou renouvelée faute de candidat ou de votant.

Ce n'est donc que si l'employeur peut justifier de ce procès verbal de carence qu'il peut initier la procédure du mandatement syndical. Suite à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004, l'employeur qui souhaitait négocier avec des salariés mandatés devait

en plus justifier d'un accord de branche étendu lui ouvrant cette faculté. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, cette condition n'existe plus.

2. La suppression de l'autorisation par un accord de branche étendu

270 - L'article L 2232-21 du Code du travail ancien conditionnait le recours à ce type de négociation dérogatoire à l'autorisation des partenaires sociaux de la branche. Cette autorisation était matérialisée par la conclusion d'un accord de branche qui devait obligatoirement être étendu. Outre l'ouverture de ce type de négociation, il revenait à cet accord de branche étendu d'encadrer cette négociation. Il lui appartenait de fixer les thèmes qui étaient ouverts à cette négociation, les conditions d'exercice du mandat et les modalités de suivi de ces accords par l'observatoire paritaire de branche.

L'accord de branche étendu pouvait fixer certains thèmes ou rester muet. Dans le premier cas de figure, l'employeur ne pouvait pas engager de négociation sur un autre thème ou sur un thème proche. Dans le second, l'employeur restait libre de déterminer les thèmes de négociation. L'accord de branche étendu pouvait également fixer les conditions dans lesquelles le mandat allait être exécuté. Pour le reste, il appartenait également à l'accord de branche étendu de fixer les conditions d'exercice du mandat. Les partenaires sociaux pouvaient inclure dans leurs accords les modalités selon lesquelles le salarié mandaté devait rendre compte et informer l'organisation mandante, les règles de conclusions applicables lorsque plusieurs salariés avaient été mandatés pour négocier par différentes organisations syndicales représentatives au plan national. À l'heure actuelle, aucun accord de branche étendu n'est allé jusqu'à fixer de telles règles de sorte que la signature d'un seul salarié mandaté peut déboucher sur l'organisation du référendum de ratification et en cas de validation, à l'existence d'un accord collectif du travail.

271 - En définitive, lorsqu'aucun accord de branche étendu n'avait pas autorisé ce type de négociation, la qualification d'accord collectif du travail était exclue⁹⁰⁴. Même si l'employeur avait scrupuleusement respecté les règles procédurales fixées par l'article L 2232-21 ancien et que cet accord avait été approuvé par la majorité du personnel, seule la qualification d'accord atypique était envisageable⁹⁰⁵. Ces accords voyaient leur régime assimilé à celui des engagements unilatéraux⁹⁰⁶ de l'employeur et devenaient une source formelle de droit fondée sur l'exercice du pouvoir règlementaire

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

de l'employeur opposable aux salariés⁹⁰⁷. Une source de droit toujours plus favorable que les accords collectifs et le contrat de travail applicable aux salariés⁹⁰⁸.

272 - Devant la réticence des partenaires sociaux de la branche et le faible nombre d'accords de branche étendus ouvrant la possibilité de négocier avec des salariés mandatés, le législateur a décidé de retirer ce "verrou" et a généralisé cette forme de négociation. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, une négociation avec des salariés mandatés peut s'ouvrir dès lors qu'il n'y a aucun représentant syndical ou élu dans l'entreprise. Le nouvel article L 2232-24 du Code du travail prévoit que « Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et lorsqu'un procès-verbal de carence a établi l'absence de représentants élus du personnel, les accords d'entreprise ou d'établissement peuvent être négociés et conclus par un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche ». Un tel choix permet de conforter le droit de chaque salarié à la négociation collective tel que constitutionnellement prévu. Bien que la négociation avec des salariés mandatés soit plus largement ouverte, lorsque le salarié n'a pas été dûment mandaté par une des organisations syndicales appartenant aux plus représentatives au niveau de la branche⁹⁰⁹, l'accord n'est pas qualifié d'accord collectif mais d'accord atypique.

En généralisant cette négociation avec les salariés mandatés, le législateur élargit les cas de recours au référendum décisionnel dans les petites entreprises. Cependant, le recours à la technique référendaire n'a lieu que s'il existe un mandat exprès entre le salarié et une organisation représentative de la branche.

3. L'existence d'un mandat exprès

273 - Le mandat liant le salarié à l'une des organisations syndicales les plus représentatives au niveau de la branche⁹¹⁰ doit, en plus d'être exprès⁹¹¹, contenir un certain nombre de mentions obligatoires. Le Conseil constitutionnel a décidé à propos de la loi du 12 novembre 1996 que le mandat devait, à peine de nullité, comprendre un certain nombre de mentions obligatoires auxquelles pouvaient s'ajouter certaines précisions⁹¹². Pour être valable, le mandat doit prévoir les modalités de désignation du salarié mandaté par les organisations syndicales, les termes de la négociation, les obligations d'information incombant au salarié mandaté et les conditions dans

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

lesquelles l'organisation mandante peut mettre fin au mandat du salarié. La circulaire d'application de la loi du 4 mai 2004 précise que le mandat doit «comprendre obligatoirement les clauses suivantes :

- les modalités de désignation du salarié mandaté par les organisations syndicales ;
- la fixation précise par le mandant des termes de la négociation ;
- les obligations d'information incombant au salarié mandaté ;
- les conditions dans lesquelles l'organisation mandante peut exercer jusqu'au terme du mandat son droit d'y mettre fin »⁹¹³.

À ces clauses obligatoires, peuvent s'ajouter des dispositions complémentaires. Leur objet est souvent de fixer les règles générales permettant de s'assurer que le mandat est bien exécuté⁹¹⁴. Précisons également que le but de ces dispositions est surtout d'éviter « les pratiques de ratification par un salarié d'un acte qui serait en fait établi de façon unilatérale par l'employeur »⁹¹⁵. Les organisations syndicales ont donc un grand rôle à jouer dans ce dispositif afin que l'accord soumis à la ratification du personnel soit réellement le résultat d'une négociation entre l'organisation mandante par l'intermédiaire du salarié mandaté et l'employeur. C'est aussi pour cette raison que le dispositif de l'article L 2232-26 du Code du travail exclu des salariés qui « en raison des pouvoirs qu'ils détiennent, peuvent être assimilés à l'employeur, ainsi que les salariés apparentés à l'employeur mentionnés au premier alinéa de l'article L 2324-15 ». Peuvent être mandatés tous les salariés à l'exception des conjoints, partenaire lié par un pacte civil de solidarité, concubin, ascendants, descendants, frères, sœurs ou alliés au même degré de l'employeur.

274 - S'il est clairement fixé que le mandat doit être exprès et contenir des mentions obligatoires, quelques questions relatives au mandat lui-même se posent. Faut-il donner d'abord mandat de négocier et ensuite mandat de signer ou le mandat conféré par une organisation représentative au plan national vaut mandat de négocier et de signer ? Si certaines organisations syndicales ont optés pour un mandat unique, mais avec une autorisation expresse de signer, d'autres ont souhaité séparer mandat de négocier et mandat de conclure. La loi du 4 mai 2004 a prévu que le salarié mandaté peut également assurer le suivi de l'application de l'accord avec l'employeur. Dans ce cas, le mandat vaut-il également pour le suivi ou faut-il un mandat différent et exprès pour que ce salarié puisse assurer le suivi. La question revêt une grande importance dans la

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

mesure où le salarié bénéficie d'une période de protection qui varie selon la durée de sa mission. En principe, le salarié mandaté bénéficie de la même protection que le délégué syndical dès lors que l'employeur a connaissance de l'imminence de la désignation⁹¹⁶. Cette protection se termine soit à la signature de l'accord, soit à défaut d'accord, à la fin des négociations matérialisées par un procès verbal de désaccord. Cependant, comme pour les délégués syndicaux, la protection se prolonge un an après l'expiration de son mandat⁹¹⁷. La période de protection varie donc selon qu'il y a suivi ou pas de l'accord⁹¹⁸.

La jurisprudence s'est prononcée sur la question de savoir s'il fallait un mandat exprès de suivi des accords conclus par des mandatés en application des lois Aubry relatives à la réduction et à l'aménagement du temps de travail. Dans un arrêt du 7 novembre 2006, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que le mandatement syndical, établi en vue de la négociation et de la conclusion d'un accord de réduction du temps de travail, n'emporte pas automatiquement mandat d'assurer le suivi de l'accord⁹¹⁹. Pour que le salarié puisse bénéficier du statut protecteur pendant le suivi de l'accord, ce dernier doit avoir obtenu un mandat de suivi de l'organisation qui l'avait mandaté pour négocier. Cette solution est critiquable puisque la logique veut qu'il y ait systématiquement un suivi de l'application de l'accord. De plus, dans cette affaire, le mandat envisageait ce suivi. Il prévoyait que « la négociation devra porter sur le niveau de RTT, le volume et les types d'embauche, la compensation salariale ou annexe au salaire, les formes d'organisation du travail et le suivi de la mise en œuvre de l'accord »⁹²⁰. Il semble que la Cour de cassation ait interprété le mandatement Aubry au regard des dispositions actuelles de l'article L 2411-4 du Code du travail. Cet article n'envisage le suivi de l'accord que comme une faculté laissée aux organisations syndicales mandantes. En conséquence, il est logique qu'un mandat exprès de suivi soit exigé. Cependant, l'article 19 VI, al. 4 ne procédait pas à une telle distinction et affirmait que le mandat devait préciser les modalités selon lesquelles le salarié avait été désigné et fixer précisément les termes de la négociation et les obligations d'information pesant sur le mandataire, notamment les conditions selon lesquelles le projet d'accord était soumis au syndicat mandant au terme de la négociation, ainsi que les conditions dans lesquelles le mandant pouvait mettre fin au mandat. Le mandat précisait également les conditions dans lesquelles le salarié mandaté participait, le cas échéant, au suivi de l'accord, dans la limite de douze mois⁹²¹. Rien ne nous laisse

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

penser à la lecture de cet article qu'un mandat distinct et exprès est nécessaire. Quoi qu'il en soit, cette solution adoptée sous l'empire de la loi du 4 mai 2004 a de fortes chances d'être confirmée.

275 - L'accord qui est négocié et conclu avec un ou plusieurs salariés mandatés n'a pas encore la nature juridique d'un accord collectif. Il n'acquiert cette qualification qu'après avoir été approuvé par la majorité des salariés. Lorsque toutes les conditions liées au mandat ou à l'absence de représentation dans l'entreprise sont remplies, l'accord n'acquiert la qualification d'accord collectif qu'après avoir été approuvé par la majorité des salariés. C'est donc le résultat du référendum décisionnel qui va conditionner la qualification et donc le régime juridique de l'accord.

B. La validation de l'accord par la majorité des salariés

276 - L'article 47 de la loi du 4 mai 2004 mentionnait que les règles relatives à la consultation et à l'approbation des salariés devaient être fixées par décret. La circulaire d'application du 22 septembre ne nous livrait aucun éclairage supplémentaire. C'est le décret du 28 janvier 2005 qui a précisé les modalités selon lesquelles l'approbation des salariés devait être recueillie⁹²². Ce décret a posé des règles similaires pour la consultation organisée à l'initiative des organisations syndicales en cas de carence aux élections professionnelles et pour l'approbation nécessaire à la validité d'un accord signé par un ou plusieurs salariés mandatés. Ces deux consultations doivent respecter les dispositions des articles D 2232-2 à D 2232-6 du Code du travail. La lecture de ces articles nous invite à distinguer entre les conditions générales applicables à toute consultation et les conditions spéciales applicables au mandatement.

1. Les conditions générales applicables à la consultation des salariés

277 - Les conditions générales encadrant l'organisation de la consultation des salariés sont fixées par l'article D 2232-2 du Code du travail. Quelle que soit, la consultation envisagée, elle doit toujours avoir lieu pendant le temps de travail, au scrutin secret et sous enveloppe, et son organisation incombe toujours à l'employeur⁹²³.

278 - Ces principes sont connus depuis longtemps en matière d'élection de Comité d'entreprise⁹²⁴ ou de délégués du personnel⁹²⁵. Dans le cadre de cette approbation d'un

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

accord conclu par un ou plusieurs salariés mandatés, l'employeur est contraint de fixer le scrutin pendant le temps de travail. Comment interpréter cette disposition ? La consultation doit elle impérativement avoir lieu pendant le temps de travail ou peut-il simplement être prévu que le temps passé à la consultation est rémunéré comme du temps de travail. Pour les élections de comité d'entreprise ou de délégués du personnel, le Code du travail admet qu'un accord pré-électoral puisse prévoir que le scrutin ne se ferait pas pendant le temps de travail à condition qu'il ait été conclu par toutes les organisations syndicales concernées⁹²⁶. À la lecture du texte de l'article D 2232-2 du Code du travail, il semble que la consultation doive impérativement avoir lieu pendant le temps de travail. Se pose alors une difficulté d'ordre matériel pour les entreprises qui ont adopté une organisation de travail dite en continu.

Si la consultation doit avoir lieu pendant le temps de travail, cette dernière doit se faire au scrutin secret et sous enveloppe. L'employeur doit nécessairement mettre à disposition des isoloirs et des enveloppes afin de garantir le secret du vote. À défaut, la consultation pourrait être annulée⁹²⁷ et l'accord réputé non écrit.

Pour le reste, l'article D 2232-2 met à la charge de l'employeur toute l'organisation matérielle et financière de la consultation.

279 - Une fois le scrutin terminé, le résultat du vote doit faire l'objet d'un procès verbal qui doit être publié dans les locaux de l'entreprise et annexé à l'accord approuvé lors de son dépôt auprès de la Direction Départementale du Travail et de l'Emploi⁹²⁸. Pour les accords conclus avec un ou plusieurs salariés mandatés, le procès verbal est également adressé à la ou les organisations mandantes.

Toute contestation relative à l'électorat et à la régularité des opérations électorales relève de la compétence du tribunal d'instance selon les règles classiques du contentieux électoral.

2. Les conditions spéciales applicables au mandatement

280 - En plus de fixer les règles minimales visant à la bonne organisation de la consultation, le décret du 28 janvier 2005 pose les grandes lignes de la procédure que doit suivre l'employeur qui souhaite faire approuver un accord conclu avec des salariés mandatés. L'article D 2232-8 du Code du travail prévoit qu'il appartient à l'employeur, après consultation des salariés mandatés, de fixer les modalités d'organisation de la

Négociation organisationnelle et renouvellement de la légitimité des accords collectifs

consultation. Ces règles doivent être posées par l'employeur dans un délai de 15 jours à compter de la signature de l'accord. Une fois les modalités de consultations établies, il notifie ces dernières aux salariés mandatés. Conformément à l'article D 2232-3, l'employeur doit nécessairement fixer les modalités d'information des salariés sur le texte de la convention ou de l'accord, le lieu, la date et l'heure du scrutin, les modalités d'organisation et de déroulement du vote et enfin, le texte et la question qui sera soumise au vote des salariés⁹²⁹. Soit les modalités fixées par l'employeur satisfont les salariés mandatés et les organisations mandantes, soit elles apparaissent insatisfaisantes. En cas de désaccord, c'est le tribunal d'instance qui statue définitivement⁹³⁰ sur les modalités d'organisation à retenir à condition toutefois que les organisations mandantes aient bien saisi le tribunal dans le délai de 8 jours qui leur est imparti⁹³¹. En tout état de cause, qu'il y ait contestation ou pas, les salariés mandatés doivent être informés des modalités retenues pour la consultation au moins 15 jours avant son déroulement.

281 - Tout accord conclu avec des salariés mandatés doit être approuvé par la majorité des salariés. Faut-il prendre en compte la majorité des exprimés ou la majorité du personnel concerné par l'accord ? La rédaction de l'article L 2232-27 ne laisse aucun doute. En effet, il affirme clairement que l'accord signé par un ou plusieurs salariés mandatés doit être approuvé par la majorité du personnel, étant précisé que cette majorité s'apprécie par rapport aux suffrages exprimés. Bien que ce choix soit justifié, il existe un risque de dérive minoritaire. Lorsque l'accord a été approuvé par la majorité des suffrages exprimés mais que ces derniers ne représentent qu'une infime partie du personnel concerné, l'accord ne disposera pas d'une légitimité réelle. La référence à la majorité du personnel concerné aurait certainement évité qu'une telle situation se produise. Sans doute, la référence à la majorité des suffrages exprimés permet que la production conventionnelle ne se bloque.

282 - La consultation directe doit être encouragée. Cependant, pour éviter que la démocratie directe porte atteinte à la démocratie représentative, son recours doit être guidé par deux idées fondamentales.

Le recours au référendum doit nécessairement demeurer un complément de la représentation syndicale laissée à l'initiative des organisations syndicales elles-mêmes. Le référendum consultatif permet aux représentants de mieux connaître et cerner les

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

intérêts des représentés. Dans le cadre du processus de négociation, son développement ne peut qu'être encouragé à condition toutefois que l'initiative d'un tel référendum consultatif soit laissée à la libre appréciation des organisations syndicales présentes.

Le référendum de ratification, quant à lui, ne doit être utilisé que lorsque la représentation majoritaire est impossible et lorsque l'absence de tout représentant conduit à priver les salarié de leur droit à la négociation. En respectant cette idée de complémentarité entre représentation directe et représentation syndicale, on crée un équilibre satisfaisant entre les impératifs de généralisation de la négociation et la protection des prérogatives syndicales.

Conclusion du chapitre 2 :

283 - Réformer le concept de représentativité pour lui donner une dimension plus démocratique (donc source de plus de légitimité) constitue une étape fondamentale mais non suffisante. Pour donner plus de légitimité aux accords collectifs, il est nécessaire que cette légitimité soit régulièrement vérifiée de manière à donner une réelle consistance à la représentation syndicale dans la négociation collective. Dans ce domaine, la vérification se fait tout d'abord, grâce au principe de conclusion majoritaire des accords et ensuite, lorsque le principe majoritaire est impraticable, au travers d'une consultation directe des travailleurs. Ainsi, la représentation des salariés exercée dans la négociation devient un gage que la volonté des représentés est conforme à celle portée par le ou les représentants. Ce n'est qu'au prix de cette double logique d'acquisition et de vérification que la légitimité des conventions et accords collectifs sera incontestable.

Conclusion du titre 2 :

284 - Pour conférer plus de légitimité aux accords collectifs, il est nécessaire de construire une légitimité ascendante ayant pour base l'entreprise (sphère la plus proche des salariés). Cette "reconstruction" passe par le renforcement des liens devant exister entre représentants et représentés⁹³². Une approche plus démocratique de la représentativité syndicale complétée par le principe de conclusion majoritaire des accords devraient être suffisants.

La représentativité doit se fonder sur des critères plus démocratiques applicables quel que soit le niveau considéré permettant une vérification périodique. Une fois cette capacité à représenter acquise, elle doit être complétée par le principe de conclusion majoritaire permettant de vérifier la capacité à engager la collectivité des salariés. Lorsque le principe majoritaire est impraticable, notamment suite à une carence aux élections professionnelles, le recours au référendum apparaît comme un complément de choix pour mesurer la capacité à engager des représentants.

285 - Pour pouvoir négocier et conclure un accord collectif légitime, les organisations syndicales doivent être représentatives et représenter la majorité des salariés compris dans le champ d'application de l'accord. La légitimité de la négociation collective repose essentiellement sur l'octroi de la capacité représentative doublée d'une vérification de la capacité à engager dans la conclusion des conventions et accords collectifs de travail.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE :

286 - La perte de légitimité des accords collectifs était principalement due à l'inadaptation des règles de droit à l'évolution du monde du travail. La création et le développement des accords organisationnels, potentiellement dérogatoires ou "donnant-donnant", a montré les limites d'une légitimité issue d'une représentativité descendante et présumée (liée à une affiliation à une organisation syndicale reconnue représentative au niveau national interprofessionnel).

287 - La légitimité de la négociation collective reposait sur la représentativité reconnue aux organisations syndicales. Or, cette représentativité et ses critères ont été créés pour déterminer les organisations les plus aptes à représenter l'intérêt des salariés au niveau national pour donner naissance à la démocratie sociale dans notre pays. L'introduction de ce concept et de ses critères dans l'entreprise ne posait pas de difficultés dès lors que la négociation à ce niveau n'avait d'autre fonction que d'améliorer la condition de tous les salariés. La discordance existant entre capacité réelle et présumée à représenter les salariés ne donnait lieu à aucune critique compte tenu du caractère systématiquement plus favorable des accords collectifs par rapport à la loi ou à d'autres accords couvrant un champ territorial et professionnel plus large.

Cependant, la négociation collective est progressivement devenue une négociation organisationnelle tenant compte non seulement de l'intérêt des salariés, mais aussi de l'intérêt de l'entreprise. Dès lors que les accords d'entreprise peuvent contenir des obligations ou des concessions pour les salariés, il faut se montrer plus regardant sur la légitimité des négociateurs et des acteurs. Lors de la transformation de la négociation en outil d'organisation, la représentativité ainsi que les règles de conclusion des accords collectifs n'ont plus suffi à conférer une réelle légitimité aux accords collectifs.

288 - Afin de redonner plus de la légitimité aux accords collectifs, il est nécessaire de revoir les règles relatives à la représentativité et d'imposer un principe de conclusion réellement majoritaire des accords. Le concept de représentativité doit être corrigé de manière à matérialiser la capacité réelle à représenter de chaque organisation. Quant au principe de conclusion majoritaire, il doit toujours se mesurer dans l'engagement et non dans l'opposition. Ce n'est qu'à ces deux conditions cumulatives que la négociation collective pourra devenir un vecteur légitime de transformation du monde du travail.

SECONDE PARTIE :

NEGOCIATION

ORGANISATIONNELLE ET

RENOUVELLEMENT DE

L'EFFICACITE DES ACCORDS

COLLECTIFS

289 - Dans le sens commun du terme, l'efficacité rend compte de la qualité d'une personne ou d'une chose à aboutir au résultat escompté. On dit d'un médicament qu'il est efficace lorsqu'il permet de soigner et de guérir le patient. Pourquoi employer ce concept non juridique pour parler du droit de la négociation collective ? La négociation a classiquement pour mission d'améliorer les conditions de vie et de travail des salariés. Depuis 1982, elle a également pour finalité de permettre une meilleure organisation des relations de travail⁹³³. L'efficacité du droit de la négociation collective se conçoit comme la capacité de la règle juridique à favoriser la réalisation des finalités conférées aux accords collectifs.

Si le droit de la négociation a permis aux accords collectifs de créer des avantages supplémentaires aux salariés, il a admis beaucoup plus difficilement que d'autres accords puissent les retirer ou les minorer. Ainsi, le droit de la négociation, guidé par le principe de faveur et l'ordre public social, entrave la conclusion d'accords organisationnels en raison de leur caractère potentiellement dérogatoire ou "donnant-donnant".

Afin de faciliter le développement des accords organisationnels, les partenaires sociaux et le législateur ont souhaité aménager le droit de la négociation collective. Les lois du 4 mai 2004⁹³⁴ et du 20 août 2008⁹³⁵ ont conféré plus d'autonomie au droit négocié, notamment en réduisant la portée du principe de faveur. Un accord de niveau inférieur peut, à certaines conditions⁹³⁶, contenir des dispositions moins favorables

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

qu'un accord couvrant un champ territorial et professionnel plus large. De plus, la loi autorise la négociation à déroger à ses dispositions dans certains domaines tels que le temps et l'organisation du travail. Toute la difficulté consiste à trouver un juste compromis entre liberté de la négociation d'entreprise et protection des salariés⁹³⁷.

290 - Face au risque que la négociation d'entreprise remette en cause les avantages légaux et conventionnels de branche, il convient d'imposer à l'employeur une certaine éthique. Le principe de loyauté pourrait contraindre l'employeur à n'user des accords dérogatoires ou "donnant-donnant" que lorsque l'intérêt de l'entreprise est menacé⁹³⁸. Ainsi, le principe de loyauté de la négociation confèrerait une certaine garantie aux salariés et permettrait aux juges de contrôler si le recours à la négociation organisationnelle est justifié et nécessaire. Plus qu'un moyen de contrôle, le principe de loyauté constitue également une garantie procédurale non négligeable. En effet, durant la négociation d'un accord, lors de sa signature et pendant son exécution, l'employeur ne peut utiliser aucune technique déloyale visant à tromper ses partenaires.

Pour que la négociation collective soit plus efficace et permette d'organiser l'entreprise, il est nécessaire de lui conférer plus d'autonomie (Titre 1). Néanmoins, afin d'éviter que les employeurs utilisent les accords organisationnels dans le seul but de réduire les droits et avantages des salariés, il est tout aussi nécessaire de conférer au principe de loyauté de la négociation une portée beaucoup plus large (Titre 2).

TITRE I : UNE NEGOCIATION COLLECTIVE PLUS AUTONOME

291 - Pour que la négociation collective soit plus efficace, il convient de conférer une certaine autonomie aux partenaires sociaux. Toutefois, autonomie ne veut pas nécessairement dire généralisation des accords dérogatoires ou "donnant-donnant". Le concept d'autonomie doit être pris dans son sens premier, à savoir, le droit de se gouverner soi-même, d'élaborer ses propres lois⁹³⁹. Ainsi, conférer plus d'autonomie à la négociation collective vise à laisser une large place au droit négocié par rapport au droit légiféré et octroyer une importante marge d'adaptation aux accords d'entreprises par rapport aux autres accords lorsque l'intérêt de l'entreprise est en cause (Chap. 1).

Cette recherche d'autonomie passe également par la mise en place d'une nouvelle répartition des compétences entre les différentes sources du droit du travail. Aujourd'hui, il est possible de négocier de tous les thèmes à tous les niveaux, ce qui peut engendrer des conflits de normes portant sur le même objet. Une répartition plus fonctionnelle (selon laquelle chaque niveau de négociation a un rôle bien déterminé) permettrait de limiter les conflits entre normes de niveaux différents et de laisser à chacune d'elles une marge d'autonomie par rapport aux autres. En suivant cette approche, il devient totalement inutile de réduire la portée de l'ordre public social et du principe de faveur (Chap. 2).

CHAPITRE 1 : L'AUTONOMIE ET LA COMPLEMENTARITE DU DROIT NEGOCIE

292 - Afin de conférer aux conventions et accords collectifs plus d'autonomie, il convient d'accorder une place de premier rang au droit négocié dans notre système juridique. Or, le droit social français demeure essentiellement un droit légiféré. Depuis toujours, les partenaires sociaux revendiquent un retrait du législateur au profit de la négociation collective. Devant le développement du droit négocié, le législateur a intégré les conventions et accords collectifs à son propre ordre juridique. Cependant, la dernière évolution de notre système et l'affaiblissement du pouvoir législatif ont conduit les partenaires sociaux à vouloir se libérer de la tutelle étatique⁹⁴⁰. Il semble donc que l'ordre juridique laissé aux partenaires sociaux a de plus en plus tendance à se séparer de l'ordre juridique étatique. La question de l'autonomie collective est de savoir jusqu'où les partenaires sociaux peuvent aller dans la création de normes.

293 - Sans limiter le rôle fondamental du législateur en matière sociale, il convient d'imposer une meilleure complémentarité entre lois et accords collectifs. Ainsi, chaque norme doit avoir une fonction bien particulière afin d'éviter tout conflit. La loi doit fixer les grands principes du droit du travail et la négociation les détails et spécificités. Au sein de l'ensemble conventionnel, chaque niveau doit veiller à préserver l'intérêt des travailleurs (fonction commune) tout en ayant des rôles spécifiques. Il appartient à la négociation nationale interprofessionnelle de fixer les grandes orientations des futures réformes, au niveau de la branche, de fixer les règles minimales applicables aux travailleurs et au niveau de l'entreprise, d'assurer l'adéquation des règles conventionnelles aux spécificités de l'entreprise.

Cependant, l'évolution actuelle du droit se traduit par la généralisation d'accords d'entreprise pouvant déroger à la loi et aux conventions et accords couvrant un champ territorial et professionnel plus large. Une telle démarche peut s'avérer être très néfaste dans la mesure où elle peut conduire à trop "déréguler" le droit du travail.

294 - Le législateur doit accorder une place plus importante aux partenaires sociaux dans la production de la norme sociale. Une certaine complémentarité entre normes légiférées et normes conventionnelles doit être instituée (Section 1). Cependant, les

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

mécanismes de l'ordre public social et du principe de faveur doivent être maintenus. Tout au plus, il est envisageable, dans des domaines particuliers, de laisser les partenaires sociaux décider de la mise entre parenthèses du principe de faveur dans l'articulation entre différents accords collectifs, notamment lorsque l'intérêt de l'entreprise est en cause (Section 2). Conférer plus d'autonomie à la négociation collective, c'est donner plus de place au droit négocié et permettre une meilleure adaptation du droit négocié aux entreprises.

SECTION 1 : LA COMPLEMENTARITE ENTRE ACCORDS COLLECTIFS ET LEGISLATION

295 - Plutôt que d'envisager les rapports entre négociation et loi sous l'angle de la supériorité ou de l'infériorité⁹⁴¹ de l'un par rapport à l'autre ou de la concurrence⁹⁴², nous avons choisi d'examiner les rapports entre ces deux sources de droit sous l'angle de la complémentarité organisée par les dispositions constitutionnelles. D'après l'article 34 de la Constitution, le législateur fixe les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale, alors que le pouvoir réglementaire adopte des décrets ayant pour objet de permettre l'application des lois et éventuellement de les compléter. La Constitution ne fait pas expressément de place à la négociation collective. Néanmoins, elle reconnaît l'existence d'une capacité d'autodétermination des travailleurs de leurs conditions de travail⁹⁴³. Cela sous-entend que le législateur doit se limiter à fixer les règles ou garanties minimales permettant cette autodétermination. Implicitement, la Constitution reconnaît donc un domaine d'intervention à la négociation collective⁹⁴⁴.

296 - Les bases de la complémentarité entre lois et conventions et accords collectifs sont posées par la Constitution elle-même (I) et ont récemment été complétées par la loi (II). Une complémentarité générale entre loi et négociation existe surtout au profit de la négociation d'entreprise qui devient le centre névralgique du dispositif conventionnel⁹⁴⁵ (section 2).

I. La complémentarité inspirée par la Constitution

297 - Aux termes de l'article 34 de la Constitution, le législateur fixe « les principes fondamentaux [...] du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ». Les principes fondamentaux se définissent comme des règles importantes⁹⁴⁶ permettant de définir ce qui relève du domaine de la loi ou du règlement⁹⁴⁷. Une illustration de cette répartition nous est donnée par la décision du Conseil Constitutionnel du 11 juillet 1963 relative à une prime de transport. Dans cette décision, les juges constitutionnels ont retenu que si « l'institution ou l'élargissement d'une prime de transport [...] relève d'un principe fondamental (celui de la libre négociation des salaires), la fixation du montant de cet avantage est de la compétence réglementaire »⁹⁴⁸. La Constitution consacre donc un domaine d'intervention à la loi et au pouvoir réglementaire, mais à aucun moment à la négociation collective. Pourtant, le droit à la négociation collective est reconnu par l'alinéa 8 du préambule de la Constitution qui pose le principe de la libre détermination par les travailleurs de leurs conditions de travail⁹⁴⁹. Le droit à la négociation collective, conféré à chaque salarié, apparaît comme un principe général du droit du travail⁹⁵⁰ permettant la réalisation de cette libre détermination.

298 - À la lecture de ces dispositions constitutionnelles, il est intéressant de s'interroger sur la place de la négociation collective dans la répartition constitutionnelle des compétences. Même si la Constitution ne reconnaît pas un domaine propre à la norme négociée, la pratique en a fait une norme au moins équivalente au règlement. Le terme de complémentarité prend tout son sens si l'on considère que la négociation collective est étroitement liée à l'œuvre du législateur. Participer à l'élaboration (A) et permettre la mise en œuvre de la loi (B) sont les maîtres mots du rôle accordé à la négociation dans notre système normatif⁹⁵¹. Néanmoins, l'autonomie conventionnelle implique une coupure plus radicale entre les partenaires sociaux et le législateur de manière à ce qu'un domaine propre à la négociation soit reconnu. Aujourd'hui, l'objectif n'est plus seulement d'associer la négociation collective au pouvoir normatif, mais de revendiquer le partage de ce pouvoir⁹⁵².

A. La négociation collective dans l'élaboration des lois sociales

299 - La négociation collective participe à l'élaboration de la loi de deux manières différentes. La première consiste à conférer aux partenaires sociaux un droit d'initiative législative leur permettant de négocier des accords nationaux interprofessionnels ayant vocation à servir de base aux débats parlementaires en vue de l'adoption d'une loi. Cette première technique a été utilisée à plusieurs reprises notamment en matière de formation professionnelle⁹⁵³, de dialogue social⁹⁵⁴, de modernisation du marché du travail⁹⁵⁵... Toutefois, il existe un risque de dénaturation du texte négocié. Le résultat législatif peut ne pas satisfaire les partenaires sociaux initiateurs du texte. Or, l'objectif est justement inverse. Ce risque de dénaturation du texte conventionnel a conduit certains auteurs à revendiquer une limitation du droit d'amender un texte lorsqu'il a été proposé par les partenaires sociaux et qu'il est matérialisé dans un accord collectif⁹⁵⁶.

300 - La seconde variante s'inspire davantage du dialogue social au niveau communautaire. Le législateur fixe les objectifs généraux à atteindre dans une loi et laisse le soin de prévoir les modalités concrètes d'application aux partenaires sociaux via la négociation collective. Une fois les négociations clôturées, le législateur dispose d'une option : soit il laisse l'accord collectif tel quel, soit il en reprend les dispositions dans une loi "de transposition". Bien que cette technique ait été utilisée à plusieurs reprises par le législateur français, s'est posée la question du caractère exclusif de la compétence législative. En d'autres termes, le législateur pouvait-il "déléguer" aux partenaires sociaux le soin de fixer les principes fondamentaux du droit du travail auxquels la Constitution se réfère ? Bien que le Conseil d'État ait reconnu que des garanties ou des avantages non prévus par la loi pouvaient être institués par voie de convention collective⁹⁵⁷, le Conseil Constitutionnel ne semble pas tout à fait partager cette vision. Dans leur décision du 6 novembre 1996, les garants de la Constitution ont rappelé le caractère exclusif de la compétence législative pour la mise en place des principes constitutionnels. Il appartient au législateur seul de déterminer, dans le respect des dispositions à valeur constitutionnelle⁹⁵⁸, les conditions et garanties de la mise en œuvre des principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et du droit de la sécurité sociale⁹⁵⁹. Cette décision limite très fortement les renvois de la loi vers la négociation collective⁹⁶⁰. Néanmoins, les partenaires sociaux jouent un rôle fondamental dans la mise en œuvre des lois sociales.

B. La négociation collective dans la mise en œuvre des lois sociales

301 - Pour des thèmes "difficiles" ou "polémiques"⁹⁶¹, le législateur renvoie la mise en place concrète des lois à la négociation. Ainsi, le législateur confie aux partenaires sociaux une partie du pouvoir réglementaire qui appartient en principe au gouvernement⁹⁶². Le Conseil constitutionnel a validé cette transmission du pouvoir réglementaire dans sa décision du 25 juillet 1989 en affirmant que, sur le fondement des dispositions de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 et de l'article 34 de la Constitution de 1958, « il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations du travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte »⁹⁶³. Reste que cette première forme de participation à l'application de la loi n'est pas celle qui pose les plus grandes difficultés. En effet, sont beaucoup plus problématiques les conventions ou accords collectifs qui ont vocation à remplacer la loi⁹⁶⁴.

302 - En consacrant l'existence des accords dérogatoires, le législateur a permis que la loi soit supplétive, c'est-à-dire, qu'elle n'ait vocation à s'appliquer qu'à défaut d'accord collectif. Les négociateurs sont alors investis du pouvoir législatif à mesure seulement de ce que le législateur a voulu⁹⁶⁵. En effet, un accord collectif ne peut déroger à la loi que lorsque cette dernière l'a autorisé. Le Conseil d'État a d'ailleurs précisé que sont nulles les dispositions d'un décret qui prévoient que des accords collectifs peuvent déroger dans un sens défavorable aux salariés alors qu'aucune habilitation législative expresse n'a été consentie⁹⁶⁶. Dans ces circonstances, il est difficile de soutenir que les partenaires sociaux disposent d'une délégation du pouvoir législatif. Tout au plus, peut on dire que ces derniers sont investis d'une parcelle du pouvoir législatif à mesure de ce que le législateur a voulu. Contrairement aux lois supplétives, les lois dispositives ne fixent aucune règle applicable par défaut et renvoient leur mise en œuvre à la négociation entre les « antagonismes sociaux »⁹⁶⁷. L'exemple le plus symptomatique de lois dispositives demeure l'aménagement et la réduction du temps de travail. Qu'il s'agisse des heures supplémentaires⁹⁶⁸, des astreintes⁹⁶⁹ ou des repos compensateurs⁹⁷⁰, la loi renvoie nécessairement à la négociation de branche ou d'entreprise pour fixer leurs modalités concrètes.

303 - L'examen des dispositions constitutionnelles révèle la complémentarité existant entre loi et négociation collective. La politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel a permis de préciser le rôle du législateur, seul à pouvoir fixer les principes fondamentaux du droit du travail et les principes à valeur constitutionnelle. Néanmoins, le garant de la Constitution a autorisé le législateur à déléguer en partiellement son pouvoir normatif aux partenaires sociaux⁹⁷¹, à leur accorder un droit d'initiative législative⁹⁷² et enfin, à leur conférer une partie du pouvoir réglementaire⁹⁷³ dans l'application des lois sociales dites "négociées". Bien que les partenaires sociaux jouent un rôle non négligeable dans l'élaboration et l'application des normes sociales, ils ne disposent pas d'un domaine d'intervention réservé, c'est-à-dire, au sein duquel le législateur doit s'abstenir de toute intervention⁹⁷⁴. Même si les dispositions constitutionnelles ont permis le développement d'une complémentarité entre loi et accords collectifs, législateur a été omniprésent en matière sociale, laissant très peu de place et de grain à moudre⁹⁷⁵ aux partenaires sociaux. Pour lutter contre cette dérive législative, les partenaires sociaux ont revendiqué un retrait du droit légiféré au profit du droit négocié. Cette demande a été entendue par le législateur qui a consacré dans la loi du 31 janvier 2007 une complémentarité entre loi et négociation sur toute réforme du droit du travail.

II. La complémentarité organisée par la loi

304 - Les partenaires sociaux, soucieux de se réappropriier la conduite de la politique sociale⁹⁷⁶, ont envoyé des signes forts au législateur qui leur a conféré une place de premier plan dans l'élaboration de la norme sociale. Derrière la question de la complémentarité entre la loi et la négociation collective se cache celle de la place de la démocratie sociale par rapport à la démocratie politique⁹⁷⁷.

A. L'évolution des revendications des partenaires sociaux

305 - Le premier signe fort visant à faire une plus large place au droit négocié est l'accord interprofessionnel relatif à la politique contractuelle du 31 octobre 1995⁹⁷⁸. À cette date, le législateur ne souhaitait pas limiter ses interventions en matière sociale. Les partenaires sociaux ont dû réaffirmer leur volonté lors de l'adoption de la position

commune du 16 juillet 2001⁹⁷⁹. Suite à ces demandes répétées et soutenues des partenaires sociaux, le législateur a finalement accordé une place au droit négocié.

1. L'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 relatif à la politique contractuelle

306 - Signé le même jour que l'accord interprofessionnel sur l'emploi, l'accord sur la politique contractuelle avait pour but de définir les moyens de développer la pratique contractuelle à tous les niveaux afin que les partenaires sociaux puissent se réapproprier la conduite de la politique sociale en faisant prévaloir la négociation collective sur le recours au législateur⁹⁸⁰. Les partenaires sociaux, conscients des évolutions et changements socio-économiques, proposent de réexaminer le rôle qui est assigné à chacun des trois niveaux de négociation⁹⁸¹ en fonction de celui attribué aux autres de sorte que l'ensemble retrouve sa pleine efficacité et demeure un facteur de progrès et de cohésion sociale et économique⁹⁸².

Pour aboutir à ce résultat, l'accord pose des fonctions spécifiques pour chaque niveau de négociation tout en permettant une articulation fonctionnelle. Il confie à l'accord de branche un rôle normatif plus étendu consistant principalement « à définir les règles applicables à l'ensemble des entreprises et des salariés compris dans son champ d'application pour des questions telles que les grilles de classification, les salaires minimaux, les orientations en matière de formation [...] et l'organisation du temps de travail »⁹⁸³. En plus de cette fonction normative, l'accord de branche doit également encadrer les accords d'entreprise⁹⁸⁴.

307 - Plus intéressant encore est le rôle dévolu à la négociation nationale interprofessionnelle qui a une double vocation : négocier les accords de gestion sociale qui mettent en œuvre des mécanismes de solidarité interentreprises et « permettre l'élaboration de normes à caractère général [...], notamment, lorsque les partenaires sociaux choisissent de mettre en place de nouveaux dispositifs ou encore de définir les modalités d'application de dispositions arrêtées par le législateur »⁹⁸⁵. Ce second rôle met en évidence la volonté des partenaires sociaux de fixer eux-mêmes une partie des normes sociales au lieu et place du pouvoir réglementaire. À ces deux rôles s'ajoute la faculté pour les partenaires sociaux de transposer des directives européennes. En la matière, il n'existe aucun monopole législatif. En pratique, les directives sont le plus souvent transposées par le législateur. Pour remédier à cela, les partenaires sociaux ont

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

acté dans l'ANI du 31 octobre 1995 la volonté de prendre plus d'initiatives à ce niveau. Il est vrai que ce n'est qu'au prix d'initiatives renouvelées, soutenues et de plus en plus nombreuses que peut exister une réelle autonomie collective.

2. La position commune du 16 juillet 2001

308 - Le second signe fort adressé par les partenaires sociaux au législateur est la position commune du 16 juillet 2001. Ce texte est d'autant plus important qu'il ne s'agit pas d'un accord interprofessionnel, mais plutôt d'un relevé de conclusions adressé directement au législateur et au gouvernement⁹⁸⁶. Elle rappelle à nouveau la volonté des partenaires sociaux de faire de la négociation collective un outil fondamental et incontournable dans la production de la norme sociale. Le but affiché par ce texte est de « donner un nouvel élan à la négociation collective au sein d'un système performant de relations sociales, respectueux des personnes, des prérogatives du législateur et de l'ordre public social et adapté à une économie diversifiée et ouverte sur le monde »⁹⁸⁷. La négociation collective apparaît alors comme le support privilégié de l'amélioration des relations professionnelles. Les partenaires sociaux décident de poursuivre trois objectifs : d'abord, développer la négociation collective, ensuite, renforcer les moyens du dialogue social et enfin, créer une dynamique de complémentarité entre la loi et les conventions et accords collectifs. La question est alors de savoir ce que les partenaires sociaux entendent par créer une complémentarité entre la loi et la négociation collective.

309 - Afin de créer une dynamique de complémentarité, la position commune invite à élargir le champ d'action de la négociation collective dans le respect de la loi, à garantir les champs d'action respectifs de la loi et de la négociation collective et à donner de nouvelles fonctions à la négociation⁹⁸⁸.

La principale innovation de la position commune du 16 juillet 2001 est de créer une nouvelle répartition des champs de compétence entre loi et négociation. Elle établit une distinction entre trois champs de compétences : un champ réservé au législateur, un champ partagé entre législateur et partenaires sociaux et un champ de compétence propre aux partenaires sociaux au sein duquel le législateur doit s'interdire d'intervenir.

D'après le texte même de la position commune, le législateur doit limiter son action en matière sociale à la mise en place des principes généraux⁹⁸⁹ tels que la durée

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

maximale du travail, l'âge minimum d'accès au travail, le droit à la représentation collective, l'exercice de la liberté syndicale...⁹⁹⁰. Une fois posés, ces principes peuvent faire l'objet d'une amélioration par accord collectif ; d'où la nécessité que ces principes soient qualifiés de dispositions d'ordre public social et non d'ordre public absolu.

À côté de cette sphère propre appartenant au législateur, les partenaires sociaux souhaitent voir se développer un domaine de compétence partagé au sein duquel ils pourront fixer les modalités d'application des principes généraux fixés par le législateur et transposer les directives européennes en matière sociale⁹⁹¹.

Enfin, les partenaires sociaux souhaitent que leur soit reconnu un domaine de compétence propre et exclusif visant à l'amélioration des dispositions d'ordre public social et à la création de droits nouveaux.

310 - Que penser d'un tel découpage des compétences entre législateur, pouvoir réglementaire et partenaires sociaux ? Si d'un point de vue schématique cette répartition semble simple et cohérente, d'un point de vue plus fonctionnel, elle présente d'énormes difficultés. La principale réside dans le classement d'une disposition donnée dans tel ou tel autre champ de compétence. Par exemple, en matière d'institutions représentatives du personnel, la fixation du nombre de délégués relevait exclusivement du pouvoir du législateur et les partenaires sociaux ne pouvaient ni les augmenter, ni, *a fortiori*, les diminuer⁹⁹². Aujourd'hui, le nombre de délégués fixés par le Code du travail peut être augmenté par voie conventionnelle, mais jamais réduit⁹⁹³. Il en va de même pour la modification du nombre et la composition des collègues⁹⁹⁴. Un certain nombre de domaines qui relevaient de l'ordre public absolu ou strict ont progressivement glissé dans le vaste domaine de l'ordre public social. La jurisprudence joue donc un rôle non négligeable dans la consécration d'une sphère d'autonomie au profit des partenaires sociaux en leur conférant plus de grain à moudre. En définitive, cette répartition de compétences n'est pas étanche et dépend en partie de ce qui doit être classé dans la catégorie des principes fondamentaux du droit du travail.

La position commune ne fait pas référence à des principes fondamentaux, mais généraux. Bien que ces deux notions soient proches, elles ne sont pas identiques⁹⁹⁵. Alors que les principes généraux sont découverts par le Conseil d'État en l'absence de textes précis et qu'ils ont une valeur infra législative, mais supra décrétole, les principes fondamentaux sont fixés par le législateur en vertu de l'article 34 C sous le contrôle du

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

Conseil constitutionnel⁹⁹⁶. La terminologie étant peu claire, la répartition de compétence proposée dans la position commune ne l'est pas plus. D'ailleurs, Gérard Lyon-Caen soulignait que « le champ spécifique des principes généraux, le champ propre aux partenaires sociaux et le champ partagé qu'invente le document étudié, ne font qu'un. C'est le champ d'une négociation collective libre, mais soumise à l'article L 132-4 du Code du travail⁹⁹⁷ »⁹⁹⁸. D'après cet auteur, le seul domaine de compétence exclusivement réservé au législateur est le corps de règles qualifiées d'ordre public strict. Dès lors qu'une disposition ne peut pas être qualifiée comme telle, la négociation collective a la possibilité de déroger à cette règle dans un sens plus favorable aux salariés. Or, ne sont considérées comme d'ordre public strict, que les règles marquées par un intérêt supérieur aux intérêts particuliers, inspirées par des considérations fondamentales et nécessaires socialement⁹⁹⁹. Cette vision donnée par Gérard Lyon-Caen est plus simple et plus praticable que les différentes distinctions établies par la position commune.

Devant ces signes de plus en plus pressants des partenaires sociaux, le législateur a décidé de les intégrer dans son système normatif.

B. L'adoption de la loi du 31 janvier 2007

311 - Les dispositions constitutionnelles nous ont montré que la négociation collective ne disposait d'aucun champ de compétence propre et que seul un partage de son pouvoir par le législateur pouvait redonner une certaine importance à la norme négociée. Le législateur a donc consenti à associer les partenaires sociaux à la création de la norme sociale, d'abord de manière informelle, puis sur la base d'un engagement solennel avant que la loi ne consacre définitivement cette association.

312 - Un partage de compétence informel. En 2002, le gouvernement a décidé, conformément aux engagements du Président de la République, d'accorder une attention toute particulière au dialogue social¹⁰⁰⁰. Le gouvernement a alors consenti à renvoyer certaines réformes à la négociation. Bien que cette démarche ait été suivie pour quelques lois, elle a le plus souvent été mise à l'écart sous couvert d'une certaine urgence législative.

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

313 - Deux réformes illustrent parfaitement cette pratique négociée de la norme sociale. Il s'agit d'une part, de la loi du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi¹⁰⁰¹ et d'autre part, de la loi du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciement économique¹⁰⁰². Le premier texte a considérablement élargi le domaine de la négociation en matière de temps de travail en lui accordant une priorité dans la fixation du contingent annuel d'heures supplémentaires, leur taux de rémunération ou encore le régime applicable aux cadres¹⁰⁰³. La loi du 3 janvier 2003 demeure toutefois le meilleur exemple de collaboration entre législateur et partenaires sociaux. Elle a suspendu les dispositions relatives au licenciement économique de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 au motif qu'elles constituaient un véritable "labyrinthe" conduisant les entreprises à préférer le dépôt de bilan plutôt que de s'engager dans les dédales de la loi¹⁰⁰⁴. Or, compte tenu de l'importance de la question pour les partenaires sociaux, le gouvernement a décidé « de rebattre les cartes sur ce sujet et de redonner la main aux partenaires sociaux »¹⁰⁰⁵. Cependant, le sujet était trop polémique pour aboutir à un accord national interprofessionnel. Suite aux 18 mois de suspension, allongés de 6 par la loi du 30 juin 2004¹⁰⁰⁶, le gouvernement a dû déclarer l'urgence pour ne pas voir la loi de modernisation sociale renaître de ses cendres¹⁰⁰⁷. Finalement, la loi de cohésion sociale, dite aussi loi BORLOO, du 18 janvier 2005¹⁰⁰⁸ scelle définitivement ce feuilleton. Remarquons toutefois que la loi de cohésion sociale n'a pas donné lieu à une consultation des partenaires sociaux. Cela est d'autant plus curieux que la loi du 4 mai 2004¹⁰⁰⁹, réformant notamment le droit de la négociation collective, contenait un engagement solennel du gouvernement visant à faire précéder toute réforme du droit du travail d'une concertation¹⁰¹⁰.

314 - Un engagement solennel. Dans l'exposé des motifs de la loi du 4 mai 2004, le gouvernement a pris l'engagement solennel de donner plus de place aux partenaires sociaux dans l'élaboration de la norme sociale. S'inspirant de la pratique française antérieure et du droit communautaire, le premier ministre a décidé « d'affirmer et de montrer l'application concrète du principe, déjà institué au sein de l'Union Européenne, selon lequel toute réforme substantielle modifiant l'équilibre des relations sociales doit être précédée d'une concertation effective avec les partenaires sociaux et, le cas échéant, d'une négociation entre ceux-ci »¹⁰¹¹. Toutefois, cette concertation doit se faire

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

« sans affecter les responsabilités du gouvernement et du parlement, telles qu'elles sont définies par la Constitution »¹⁰¹². Ainsi, le gouvernement a décidé de limiter son intervention à la fixation des principes fondamentaux et généraux et de laisser les partenaires sociaux intervenir dans le cadre ainsi fixé. Le législateur s'est ainsi engagé à consulter les partenaires sociaux au niveau national interprofessionnel préalablement à toute réforme touchant le droit du travail et à les laisser éventuellement se saisir de la question pour y donner une solution conventionnelle¹⁰¹³.

Toutefois, le gouvernement ne semble pas toujours respecter ses promesses¹⁰¹⁴. Pour s'en convaincre, nous pouvons rappeler la façon dont le Contrat Nouvelle Embauche a été adopté ou encore les déboires du Contrat Première Embauche...

315 - Lors de l'adoption de la loi du 4 mai 2004, la Commission Nationale de la Négociation Collective a été mandatée pour adopter une charte de méthode qui devait servir de support à une loi future. Cette charte avait pour objet de fixer la procédure, selon laquelle, le renvoi du législateur vers les partenaires sociaux devait se faire et le délai qui devait leur être imparti s'ils décidaient de se saisir de la question pour en faire un Accord National Interprofessionnel¹⁰¹⁵. Suite à cet effort de méthode, a été adoptée le 31 janvier 2007, la loi dite de modernisation du dialogue social¹⁰¹⁶ dans laquelle le législateur a consenti à abandonner une partie de son pouvoir aux partenaires sociaux.

316 - La loi du 31 janvier 2007. S'inspirant des revendications contenues dans la position commune et des préconisations inscrites dans le rapport Chertier¹⁰¹⁷, le gouvernement a accordé aux partenaires sociaux au niveau national interprofessionnel un rôle de premier plan dans la production de la norme sociale. Un projet de loi a été déposé par Monsieur Borloo à l'Assemblée Nationale le 22 novembre 2006. À cette occasion, le président de la République a rappelé devant le Conseil économique et social qu' « il ne sera plus possible de modifier le Code du travail sans que les partenaires sociaux aient été mis en mesure de négocier sur le contenu de la réforme engagée et aucun projet de loi ne sera présenté au Parlement sans que les partenaires sociaux soient consultés sur son contenu »¹⁰¹⁸. A ensuite été adoptée le 31 janvier 2007 la loi dite de modernisation du dialogue social¹⁰¹⁹ qui a inséré dans le Code du travail, un chapitre relatif au dialogue social. Ce texte, reprenant les différentes aspirations des partenaires sociaux et du gouvernement, a prévu que toute réforme doit être précédée d'une concertation au cours de laquelle les partenaires sociaux peuvent émettre le

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

souhait de se saisir de la question et de la régler par voie conventionnelle. Sont également instituées des procédures d'information et de consultation qui permettent de mieux garantir la bonne exécution de cette « concertation légiférante »¹⁰²⁰.

317 - Afin de déterminer l'étendue de cet abandon de pouvoir par le législateur au profit des partenaires sociaux, il nous faudra examiner plus en détail les dispositions des articles L 1 à L 3 du Code du travail. Dans les grandes lignes, l'article L 1 du Code du travail pose une procédure obligatoire de concertation avec les partenaires sociaux pour tout projet de réforme du droit du travail, mais exclut le cas où le gouvernement décide de déclarer l'urgence d'un texte. Hors urgence, seules certaines organisations peuvent participer à cette concertation portant sur des projets de loi (et non sur les propositions) relatifs aux domaines qui touchent les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle. D'un point de vue chronologique, cette concertation doit commencer par l'élaboration d'un calendrier des différentes réformes envisagées par le gouvernement¹⁰²¹. Ensuite, lorsque l'un de ses projets de réforme est engagé, le gouvernement doit communiquer aux partenaires sociaux un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options¹⁰²². La concertation se tient suite à cette remise de documents¹⁰²³. Les partenaires sociaux peuvent choisir de régler la question par voie conventionnelle, auquel cas, ils doivent communiquer au gouvernement le temps dont ils ont besoin pour conduire la négociation¹⁰²⁴. À défaut, le gouvernement poursuit son travail en prenant en compte les avis et souhaits formalisés lors de la concertation. Quel qu'ait été le choix des partenaires sociaux, le gouvernement doit ensuite consulter, selon le cas, la Commission nationale des conventions collectives, le Comité supérieur de l'emploi ou le Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie¹⁰²⁵. Suite à cette procédure préalable de concertation et de négociation, le gouvernement peut initier la procédure législative. Si un accord a été conclu par les partenaires sociaux dans le délai qui leur était imparti, le gouvernement a le choix entre laisser l'accord s'appliquer (et développer son effet *erga omnes*) et le reprendre dans un projet de loi¹⁰²⁶.

318 - La loi du 31 janvier 2007 reconnaît aux partenaires sociaux une importante fonction normative. Toutefois, seuls les partenaires sociaux les plus représentatifs au

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

niveau national peuvent y participer et la consultation obligatoire visée par la nouvelle loi ne s'applique que pour les projets de loi déposés par le gouvernement. En toute hypothèse, le gouvernement se ménage "une porte de sortie" grâce à l'exception d'urgence qui permet la mise entre parenthèses de cette procédure. À première vue, ce système prévoit déjà les moyens qui permettront de le détourner.

1. Les acteurs de la concertation

319 - D'après l'article L 1 al. 1 du Code du travail, « *Tout projet de réforme envisagé par le gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation* ». Seules les organisations syndicales et patronales représentatives au plan national interprofessionnel peuvent participer à la production de la norme sociale. En d'autres termes, seuls les cinq grands syndicats de salariés et le MEDEF, la CGPME et l'UPA peuvent participer à l'œuvre du législateur. La question récurrente de la capacité représentative se pose à nouveau. Comment justifier que des organisations représentant au mieux 8% des travailleurs puissent réformer les règles du droit du travail applicables à tous. Cet argument, trop souvent utilisé à tort, doit être relativisé. En effet, nous avons démontré que la légitimité syndicale à représenter était fortement conditionnée par le référentiel juridique du critère des effectifs. Si l'on change de référentiel et que l'on fonde la représentativité sur les différents scrutins professionnels, il n'apparaît plus avec autant de certitude que les syndicats ne représentent qu'une infime partie des travailleurs. Afin de remédier à ce problème de légitimité, la loi du 20 août 2008 a réformé la représentativité syndicale en laissant une place centrale au critère de l'audience. Ainsi, ne peuvent être reconnus représentatifs que les syndicats ayant obtenu un soutien électoral suffisamment important¹⁰²⁷. Par ailleurs, cette loi prévoit que seules les organisations ayant recueillis au moins 30% des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles peuvent conclure un accord collectif.

2. Les textes concernés par la concertation

320 - D'après l'article L 1 du Code du travail, seuls les projets de réforme envisagés par le gouvernement sont visés. De plus, il faut que ces projets traitent des relations individuelles ou collectives du travail, de la formation professionnelle ou de l'emploi et que le domaine visé relève du champ de la négociation interprofessionnelle.

321 - Conçu comme un moyen d'apaiser les relations entre les partenaires sociaux et le gouvernement, le dialogue social légiférant¹⁰²⁸ ne pouvait pas remettre en cause les prérogatives du parlement. Les initiateurs de cette loi du 31 janvier 2007 ont alors limité cette concertation aux textes élaborés et proposés par le gouvernement. Les propositions de loi ne doivent donc pas, en principe, faire l'objet d'une quelconque concertation. Pour détourner ce texte et donc éviter une concertation s'annonçant difficile, il suffit que le gouvernement demande à un des parlementaires de déposer une proposition reprenant un projet de réforme élaboré par le gouvernement¹⁰²⁹. Une telle pratique va à l'encontre même du texte dont la réussite repose essentiellement sur un changement des pratiques et une certaine loyauté. Pour autant, cela n'implique pas que le gouvernement soit tenu de reprendre intégralement le contenu de l'accord négocié par les partenaires sociaux et les parlementaires conservent leur droit d'amender le texte lors de son examen¹⁰³⁰.

De plus, seuls les projets touchant certains domaines doivent faire l'objet d'une concertation. Il faut, tout d'abord, que ce projet soit porteur d'une réforme du Code du travail et ensuite, qu'il touche aux relations individuelles ou collectives du travail¹⁰³¹, à l'emploi ou à la formation professionnelle. Ainsi, toute réforme qui touche au droit du contrat de travail, au licenciement, aux conditions et à la durée du travail, à la rémunération, aux institutions représentatives du personnel, au droit syndical, au droit de la négociation collective, mais aussi les mesures qui visent à favoriser l'emploi¹⁰³² et enfin, les dispositifs relevant de la politique de formation professionnelle... doit obligatoirement donner lieu à une concertation avec les partenaires sociaux les plus représentatifs au niveau national interprofessionnel. Le texte de l'article L 1 du Code du travail parle de tout projet de réforme. Cela veut-il dire que seules les réformes qui empruntent la voie législative doivent donner lieu à concertation ? Ou cette disposition doit-elle s'interpréter comme donnant lieu à concertation pour tout projet de texte législatif ou réglementaire ? Si l'on se réfère à l'article L 2 du Code du travail, la loi ne

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

distingue pas entre textes législatifs et règlementaires¹⁰³³. Tous les projets de réforme qu'ils aient pour support un projet de loi, un projet d'ordonnance, voire un projet de décret doivent être soumis à la procédure de concertation visée à l'article L 1 du Code du travail¹⁰³⁴.

Enfin, la dernière condition qui ouvre droit à cette concertation est que les thèmes abordés soient du ressort de la négociation nationale interprofessionnelle. Or, le droit français de la négociation collective repose sur le principe d'indépendance entre chaque niveau de négociation. Cela a pour conséquence que les partenaires sociaux peuvent négocier des mêmes thèmes à tous les niveaux. La seule limite réside dans l'article L 2221-1 du Code du travail qui fixe le domaine de la négociation collective à « l'ensemble des conditions d'emploi, de formation professionnelle, de travail et de garanties sociales ». Autant dire que tout est négociable, à condition toutefois que le législateur respecte les engagements qu'il a pris envers les partenaires sociaux et les consulte de manière systématique.

3. L'exception de l'urgence

322 - Lorsque le projet de loi du gouvernement fait l'objet d'une déclaration d'urgence, ce dernier n'a pas à engager la procédure de concertation instituée par la loi du 31 janvier 2007. Le dernier alinéa de l'article L 1 dispose que « Le présent article n'est pas applicable en cas d'urgence ». Si l'institution d'une telle procédure d'urgence était indispensable afin de conférer plus de souplesse¹⁰³⁵ au dispositif et d'éviter les blocages, elle demeure une source d'inquiétude tant le nombre des projets de loi déclarés d'urgence ont été nombreux ces temps derniers. Afin d'éviter d'affaiblir cette réforme, l'Assemblée nationale a fait voter un amendement imposant au gouvernement de motiver et de faire connaître aux partenaires sociaux sa décision de recourir à l'urgence¹⁰³⁶. De son côté, le gouvernement a exprimé la volonté de réserver le recours à la procédure d'urgence à des circonstances particulières, tenant notamment à des motifs d'ordre ou de santé publics, qui imposent l'élaboration d'un texte dans des délais très brefs, ou encore pour résoudre une crise sociale grave¹⁰³⁷. Bien que cette volonté reste dépourvue de portée juridique, le législateur et le gouvernement semblent avoir pris la mesure de l'importance des partenaires sociaux.

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

323 - Si cette montée en puissance des partenaires sociaux dans la création de normes était souhaitable¹⁰³⁸, elle ne leur a pas conféré une autonomie conventionnelle suffisante. Compte tenu de la "faiblesse" des partenaires sociaux français, les éventuels Accords Nationaux Interprofessionnels conclus dans le cadre de l'article L 1 du Code du travail ont besoin d'être repris dans un texte législatif afin de leur conférer une portée plus large. Les partenaires sociaux ne relèguent pas le législateur au second plan et ne rendent pas la loi subsidiaire¹⁰³⁹. Ils deviennent des consultants de premier ordre pour le législateur social. Ainsi, les textes élaborés avec les partenaires sociaux sont mieux acceptés par le monde du travail. La légitimité et surtout l'efficacité de la loi en matière sociale se trouvent ainsi fortement améliorées¹⁰⁴⁰.

324 - Les relations entre les accords d'entreprises et les autres normes sociales méritent également une attention toute particulière puisque l'entreprise est progressivement devenue le centre de tout le dispositif conventionnel¹⁰⁴¹. Depuis 1982, le législateur a fait de ces accords un outil d'organisation des relations sociales. Est ainsi consacrée la volonté patronale visant à faire des accords d'entreprise un moyen de gestion¹⁰⁴² pouvant déroger aux règles fixées par le législateur, ou par les partenaires sociaux de branche¹⁰⁴³. La création et le développement de la négociation obligatoire dans l'entreprise ainsi que le développement des accords sur le temps de travail ou l'emploi ont fait de l'entreprise un centre décisionnel important. Ainsi, les accords d'entreprise sont devenus des accords organisationnels pouvant déroger tant aux dispositions législatives qu'aux dispositions des conventions qui ont un champ d'application territorial et professionnel plus large. Cette évolution est depuis peu consacrée par la loi du 4 mai 2004. En effet, elle a considérablement réduit le principe de faveur qui permettait l'application de la disposition conventionnelle la plus favorable au salarié indifféremment de son niveau hiérarchique. L'accord d'entreprise devient de plus en plus autonome et assure une meilleure adaptation des normes sociales aux spécificités des entreprises.

SECTION 2 : L'AUTONOMIE ACCRUE DE L'ACCORD D'ENTREPRISE

325 - Si la négociation a aujourd'hui droit de cité, c'est parce que le législateur a reconnu l'importance du droit négocié et a accepté de limiter son champ d'intervention

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

en matière sociale. Cette revendication des partenaires sociaux s'est traduite par l'octroi d'importantes prérogatives au niveau national interprofessionnel. Les partenaires sociaux constituent les interlocuteurs privilégiés du gouvernement et peuvent, par le biais d'un accord, créer de la législation sociale. Cette autonomie collective tant souhaitée par les partenaires sociaux au niveau national interprofessionnel est fermement critiquée lorsqu'on envisage l'autonomie de la négociation d'entreprise¹⁰⁴⁴. L'accord d'entreprise acquiert progressivement une autonomie juridique¹⁰⁴⁵ lui permettant de fixer des règles indépendamment de la loi et des accords couvrant un champ territorial et professionnel plus large.

326 - Même si l'accord d'entreprise conserve son rôle protecteur des salariés, il est devenu un moyen permettant à l'employeur de gérer son entreprise de manière négociée et non plus de manière imposée¹⁰⁴⁶. Cette négociation dite organisationnelle n'a plus pour objet unique l'amélioration de la condition des travailleurs, mais sert l'intérêt plus global de l'entreprise.

L'accord d'entreprise devient de plus en plus autonome parce que sa référence n'est plus uniquement le travailleur, mais l'intérêt de l'entreprise (I) et parce que sa finalité réside dans une meilleure organisation de l'entreprise dans laquelle la collectivité de travail est incluse (II).

I. Le nouveau référentiel de la négociation d'entreprise : l'intérêt de l'entreprise

327 - La notion d'intérêt de l'entreprise est fluctuante et ne peut pas faire l'objet d'une définition stricte. Elle rend compte de la finalité organisationnelle reconnue à la négociation d'entreprise et permet d'arbitrer entre la protection des travailleurs et la gestion de l'entreprise.

Pour bien comprendre ce qu'est l'intérêt de l'entreprise (B), il est nécessaire de revenir sur la notion d'entreprise (A). Ce n'est qu'en recherchant les finalités de l'entreprise que ses intérêts peuvent être clairement identifiés.

A. De la notion d'entreprise...

328 - La notion d'entreprise a donné lieu à d'importants travaux doctrinaux. Les travaillistes ont été les premiers à la forger. Le rapport élaboré par Paul Durand¹⁰⁴⁷ devant l'association Henry Capitant, la thèse du professeur Despax¹⁰⁴⁸, les travaux de Claude Champaud¹⁰⁴⁹ et de Jean Paillusseau¹⁰⁵⁰ ont défini l'entreprise. Pour ces auteurs, l'entreprise a pour objet principal la conciliation du capital et du travail sur la base de la théorie institutionnelle de Paul Durand¹⁰⁵¹. Par la suite, la notion d'entreprise a été définie par les travaillistes qui lui ont donné une tout autre dimension.

Afin de ne pas donner une approche trop conceptuelle ou trop factuelle¹⁰⁵², nous avons choisi de n'examiner que les trois principaux courants doctrinaux. Si les thèses matérialistes et personnalistes doivent être écartées (1), la thèse réaliste et pragmatique développée, entre autres, par le professeur Paillusseau rend mieux compte de l'entreprise contemporaine (2).

1. Le rejet des thèses matérialiste et personnaliste de l'entreprise

329 - Les thèses personnalistes et matérialistes doivent être rejetées parce qu'elles ne nous permettent pas de découvrir ce qu'est l'intérêt de l'entreprise. La thèse matérialiste repose sur une approche juridique ancienne. En effet, elle est perçue au travers du droit de propriété et se limite à un ensemble de biens affectés à la production. Cette doctrine repose sur l'idée que les moyens de production appartiennent à une personne et font partie de son patrimoine. Selon cette approche, toute la réglementation de l'entreprise repose sur le propriétaire de l'exploitation qui passe des contrats, qui embauche des travailleurs, qui décide des politiques commerciales à adopter... Ainsi, les salariés sont des tiers à l'entreprise qui ne sont liés à elle que par un simple contrat. Suivant cette approche matérialiste, l'intérêt de l'entreprise est facilement identifiable puisqu'il se confond avec l'intérêt du propriétaire. L'entreprise doit alors être gérée dans le seul intérêt de son propriétaire.

Cette vision purement patrimoniale de l'entreprise correspondait certainement à une forme d'organisation de l'entreprise du début du siècle, mais ne rend plus compte des réalités actuelles. Cette doctrine a été utilisée tant par les capitalistes que les marxistes à la seule différence que pour les premiers, la propriété de l'entreprise ne peut être que privée alors que pour les seconds, l'entreprise doit appartenir à l'État et doit être gérée dans l'intérêt public et non privé¹⁰⁵³.

330 - Plus intéressante, parce que plus "moderne", la théorie personnaliste voit dans l'entreprise une collectivité. Cette dernière est composée des apporteurs de capitaux et des apporteurs de travail qui se regroupent afin de donner naissance à un être collectif doté d'une personnalité juridique propre. Accédant à la vie juridique, l'entreprise est dotée d'un patrimoine propre et *a priori*, d'un intérêt propre, différent de celui des apporteurs de capitaux et des salariés. Cette théorie pose cependant quelques difficultés d'ordre organisationnel. Toutes les personnes appartenant à la collectivité sont considérées comme égales, ce qui rend difficile toute prise de décision. Néanmoins, les doctrines personnalistes de l'entreprise ont pour mérite d'intégrer les travailleurs à l'entreprise et de conférer à cette dernière une personnalité juridique propre.

331 - Les théories matérialistes et personnalistes de l'entreprise ne rendent pas compte de la réalité de cette structure. Néanmoins, il est indéniable que l'entreprise est un « ensemble d'éléments et de moyens matériels, ordonnés en vue d'une fin »¹⁰⁵⁴. Cette vision institutionnelle de l'entreprise est beaucoup plus réaliste et pertinente parce qu'elle met en avant la finalité ou le but de l'entreprise. La finalité essentiellement économique (du fait de l'intégration de l'entreprise sur un marché concurrentiel) doit se doubler d'une finalité sociale du fait de l'existence d'une collectivité humaine attachée à la réalisation de la finalité économique. Cette théorie de l'entreprise a été retenue dans la thèse réaliste qui analyse l'entreprise dans son ensemble et non pas sous un angle tantôt économique et tantôt social¹⁰⁵⁵.

2. L'adoption de la thèse réaliste

332 - Les défenseurs de la thèse réaliste analysent l'entreprise comme une cellule sociale hiérarchisée, cimentée par une activité commune sous une autorité unique¹⁰⁵⁶ permettant la réalisation d'un but économique d'intérêt commun. Comme le soulignait Paul Durand, « employeurs et salariés font partie d'un même organisme, leurs intérêts sont solidaires et leur action doit servir l'utilité commune »¹⁰⁵⁷.

L'entreprise est donc une réalité juridique dont les finalités ne sont pas uniquement économiques.

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

333 - Réalité économique de l'entreprise. Le point de départ de l'entreprise réside dans un postulat économique simple : l'entreprise existe parce qu'il y a des personnes qui achètent ses produits et ses services. Or, sur un marché concurrentiel, le produit ou le service doit présenter des qualités non négligeables qui font la différence avec un produit ou un service concurrent. En d'autres termes, l'entreprise doit centrer ses efforts sur la qualité du produit ou du service, sur son prix, sur sa communication ou marketing... Toute l'entreprise doit faire en sorte que ce but soit atteint. Tant les dirigeants que les salariés doivent concourir à proposer le produit ou le service au meilleur rapport qualité-prix. La performance de l'entreprise dépend donc considérablement du savoir-faire et du travail de ses salariés. Cette vision de l'entreprise paraît, à première vue, assez utopique ou idéaliste. Cependant, dire que chacun doit collaborer à la performance de son entreprise est une réalité trop souvent oubliée. Ainsi, la thèse réaliste permet de réduire les oppositions existant dans l'entreprise. Lorsqu'une entreprise rencontre des difficultés économiques réelles et se trouve menacée de disparition, les divergences tendent à s'effacer et à laisser place à une collaboration sans faille dans le but de la sauvegarder.

La réalité économique de l'entreprise laisse apparaître que ses finalités varient selon le contexte et les contraintes du marché.

334 - Finalités de l'entreprise. Conformément à la théorie réaliste, la principale finalité que doit chercher à atteindre l'entreprise est d'offrir à ses clients le meilleur produit au meilleur prix. Cependant, dans un système capitaliste, la finalité première de toute entreprise est irrésistiblement la recherche du meilleur profit afin de rémunérer les capitaux investis et assurer son développement¹⁰⁵⁸. En réalité, la complexité de l'entreprise s'accorde très mal avec une finalité unique. Les finalités de l'entreprise peuvent être classées en deux grands groupes : les finalités économiques et les finalités sociales. Sans s'opposer, ces finalités concourent à la viabilité, la pérennité de l'entreprise et donc des emplois.

335 - D'un point de vue purement économique, la finalité de l'entreprise est de fournir le meilleur produit ou service au meilleur prix afin d'occuper une place de premier rang sur son marché concurrentiel. Pour atteindre cet objectif majeur,

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

l'entreprise doit réaliser suffisamment de profit pour investir afin de rester au premier plan en assurant son développement et rémunérer les capitaux investis¹⁰⁵⁹.

336 - Du point de vue social, l'entreprise se présente comme une collectivité au sein de laquelle les travailleurs demeurent la source première de création de richesses. Sans limiter les travailleurs à un simple facteur de production, l'entreprise doit veiller à ce que ces derniers soient bien rémunérés, bien formés. En plus de cette finalité sociale centrée sur la collectivité des travailleurs, l'entreprise connaît des finalités sociales beaucoup plus larges telles que le financement de notre système de sécurité sociale, de notre système de formation professionnelle, de notre système de chômage... En permettant aux travailleurs de se réaliser socialement, l'entreprise demeure un rouage essentiel de notre société.

337 - L'entreprise n'a pas une finalité unique clairement identifiée. Pour le travailleur, la finalité est, entre autres, de conserver son emploi et d'obtenir le meilleur salaire possible. Pour l'actionnaire, la finalité est d'obtenir la meilleure rémunération des capitaux qu'il a investis et il appartient au chef d'entreprise de concilier ses finalités dans l'intérêt de l'entreprise. Devant cette diversité fluctuante selon le temps et le contexte économique, l'entreprise ne peut pas faire l'objet d'une définition juridique figée. Cette universalité de fait existe, évolue et sa principale manifestation juridique, la société commerciale, ne rend que très partiellement compte de la richesse de l'entreprise¹⁰⁶⁰. Dans ces conditions, il apparaît inutile de définir l'entreprise. En effet, il est seulement nécessaire de trouver les moyens permettant la satisfaction des intérêts en présence. Or, l'intérêt de l'entreprise devient le moyen de concilier ou d'arbitrer les différents intérêts catégoriels existants¹⁰⁶¹.

B. ...À l'intérêt de l'entreprise

338 - L'intérêt de l'entreprise constitue un guide de bonne gestion pour l'employeur. Il permet ainsi aux juges de contrôler les décisions du chef d'entreprise. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous citerons le contrôle du licenciement économique suite à une mutation technologique ou à une réorganisation de l'entreprise¹⁰⁶², le licenciement d'un salarié ayant refusé de se soumettre à une clause de mobilité¹⁰⁶³ et le licenciement d'un salarié suite à un abus du droit de grève¹⁰⁶⁴. Dans toutes ces hypothèses, le juge

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

contrôle si la décision prise par le chef d'entreprise est conforme à l'intérêt de l'entreprise ou ne compromet pas la survie de l'entreprise.

339 - Dire que la négociation d'entreprise doit être guidée par l'intérêt de l'entreprise, c'est dire que le chef d'entreprise n'impose plus ses choix de manière unilatérale, mais de manière négociée, évitant ainsi un éventuel contrôle du juge. De plus, dire que la négociation d'entreprise a pour nouveau référentiel l'intérêt de l'entreprise sous-entend que les représentants des travailleurs doivent prendre en compte, non plus le seul intérêt de la collectivité de travail, mais également celui des autres protagonistes de l'entreprise tels que les apporteurs de capitaux. Il doit alors s'opérer un arbitrage entre les différents intérêts catégoriels dans l'intérêt général de l'entreprise¹⁰⁶⁵.

1. Des intérêts a priori divergents

340 - L'entreprise est perçue comme le regroupement de personnes qui se retrouvent pour des raisons différentes¹⁰⁶⁶. En conséquence, les différents buts poursuivis par ces personnes se matérialisent dans un certain nombre d'intérêts. Face à la complexité des entreprises, trois grandes catégories d'intérêts sont identifiées. Classiquement nous retrouvons l'intérêt des salariés que l'on oppose souvent à l'intérêt des détenteurs du capital et l'intérêt personnel du dirigeant souvent invoqué en droit pénal des affaires. L'intérêt social et l'intérêt de l'entreprise font quant à eux figure d'intérêts globaux. Le premier rend compte de l'intérêt de la société comme structure juridique de l'entreprise¹⁰⁶⁷ alors que le second tient compte des intérêts de cette universalité de fait, cellule économique et sociale organisée par le droit¹⁰⁶⁸. Même si ces deux intérêts semblent proches, certains auteurs estiment qu'ils sont radicalement opposés¹⁰⁶⁹.

341 - Intérêt des actionnaires. Pris isolément, les intérêts présents dans l'entreprise apparaissent divergents. Les actionnaires ou plus largement les apporteurs de capitaux sont guidés par la rémunération des capitaux qu'ils ont investis. Si dans notre histoire du droit des sociétés, les apporteurs de capitaux ont vu leur pouvoir confisqué par les dirigeants (du fait de leur méconnaissance de la réalité de l'entreprise), aujourd'hui la tendance s'est radicalement inversée avec la montée en puissance des investisseurs institutionnels internationaux¹⁰⁷⁰. En effet, ces investisseurs ont comme objectif

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

exclusif la maximisation de leur enrichissement. En soi, l'intérêt de ces investisseurs n'est pas "anormal" dans la mesure où la société (organisation juridique de l'entreprise) existe parce qu'elle a été créée par des associés et qu'elle doit être gérée dans leur intérêt¹⁰⁷¹. Le rapport Marini¹⁰⁷² reprend cette conception en défendant l'idée selon laquelle « La première raison d'être de toute société est l'enrichissement de ses actionnaires »¹⁰⁷³. Cela dit, la maximisation du profit des actionnaires ne doit pas se faire au détriment de la société ou plus généralement de l'entreprise qu'elle organise. En conséquence, il appartient à la règle juridique de veiller au respect des autres intérêts présents dans l'entreprise, dont celui des salariés.

342 - Intérêt des salariés. Les salariés sont indéniablement un élément fondamental de l'entreprise¹⁰⁷⁴. Bien que cette collectivité soit hétérogène, son intérêt doit être pris en compte dans le processus décisionnel du chef d'entreprise au même titre que l'intérêt des apporteurs de capitaux. La reconnaissance de la collectivité des salariés en tant que composante ou "partie prenante" de l'entreprise se fait principalement par le droit du travail, mais aussi par le droit des sociétés qui organisent juridiquement l'entreprise.

343 - Le droit du travail nous donne quelques illustrations de l'intérêt des travailleurs dans l'entreprise à être représentés et à conserver leur emploi en cas de transfert. La collectivité des salariés permet tout d'abord au droit du travail de délimiter l'étendue de l'entreprise. L'UES¹⁰⁷⁵ n'est-elle pas un moyen d'appréhender la réalité socio-économique de l'entreprise ?¹⁰⁷⁶ Quelle que soit l'organisation sociétaire en place¹⁰⁷⁷, dès lors qu'est constatée l'existence d'une unité économique - caractérisée par une communauté de dirigeants manifestant un pouvoir de direction unique¹⁰⁷⁸ et par des activités identiques, complémentaires¹⁰⁷⁹ - et d'une unité sociale - caractérisée par une communauté de travailleurs¹⁰⁸⁰ - la réalité de l'entreprise réapparaît¹⁰⁸¹.

344 - De la même manière, l'entreprise est une activité¹⁰⁸² qui lors de son transfert fait se poursuivre les contrats de travail des salariés. Transmettre une entité économique, conservant son identité, dont l'activité est poursuivie ou reprise, c'est en quelque sorte transmettre une entreprise¹⁰⁸³. Or, une entité économique est un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique¹⁰⁸⁴ ayant conservé son identité et dont l'activité est

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

poursuivie¹⁰⁸⁵ ou reprise¹⁰⁸⁶. La collectivité des salariés fait donc partie de l'entreprise et le transfert ne doit pas avoir pour effet de nuire à leur intérêt, c'est-à-dire au maintien de leur emploi. Autrement dit, lorsque l'entreprise perdure, les salariés attachés à la réalisation de son activité doivent voir leur contrat de travail se poursuivre. Ces deux exemples tirés du droit du travail sont complétés par des dispositions impliquant les représentants des salariés dans la gestion de l'entreprise¹⁰⁸⁷. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous pouvons citer le droit à l'information du comité d'entreprise¹⁰⁸⁸, le droit pour les membres du comité d'entreprise de siéger aux conseils d'administration ou de surveillance des sociétés avec voie consultative¹⁰⁸⁹, la possibilité pour le comité d'entreprise de déclencher une procédure d'alerte quand il a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise¹⁰⁹⁰ et le droit pour le comité d'entreprise de demander une expertise de gestion¹⁰⁹¹ ...

345 - L'intérêt des travailleurs fait indéniablement partie de l'intérêt social. En effet, le droit des sociétés, organisant la société (structure juridique de l'entreprise), reconnaît cet intérêt et le protège¹⁰⁹². Les dirigeants d'entreprise doivent prendre en considération un intérêt ayant pour fonction « de fédérer, de concilier et d'arbitrer les intérêts particuliers »¹⁰⁹³. Cependant, il arrive que ces derniers agissent dans un intérêt propre, ce qui ne va pas sans poser quelques difficultés. Tous ces intérêts catégoriels, bien que semblant s'opposer, ont pour objectif commun la recherche de la prospérité et de la continuité de l'entreprise.

2. Des intérêts a posteriori convergents

346 - Toutes les composantes de l'entreprise doivent au minimum concourir à veiller à la prospérité et à la continuité de l'exploitation, donc de l'entreprise quelle que soit la forme sociétaire qu'elle emprunte. L'intérêt de l'entreprise permet au juge de contrôler si la gestion de l'entreprise se fait conformément à son intérêt et non seulement dans celui de ses actionnaires et encore de ses dirigeants. Or, c'est l'examen de l'intérêt des dirigeants qui est le plus révélateur de l'intérêt dans lequel doit être gérée l'entreprise, ou plus singulièrement, la société. S'il est communément admis que la société existe parce qu'elle a été créée par des associés et qu'elle doit être gérée dans leur intérêt¹⁰⁹⁴, cette dernière doit tenir compte d'un certain nombre d'intérêts catégoriels souvent protégés par le législateur. Les dirigeants doivent agir conformément à l'intérêt social,

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

entendu comme « l'intérêt propre d'une entité autonome et indépendante »¹⁰⁹⁵ ou « 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 ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise »¹⁰⁹⁶.

347 - C'est à l'intérêt social que les juges administratifs et répressifs se réfèrent pour apprécier s'il y a acte de gestion normal ouvrant droit à déduction fiscale ou s'il y a abus de biens sociaux. L'analyse de la jurisprudence pénale et fiscale démontre sans ambiguïté que les dirigeants doivent agir conformément à un intérêt social synonyme d'intérêt de l'entreprise tel que défini par le rapport Viennot précité¹⁰⁹⁷.

Le Code de commerce interdit aux dirigeants « de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent **contraire à l'intérêt de celle-ci**, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement »¹⁰⁹⁸ sous peine d'être condamnés à un emprisonnement de 5 ans et une amende de 375000 euros, pouvant être accompagnés d'une interdiction de gérer. Contrairement à ce que défendent certains commercialistes¹⁰⁹⁹, « les tribunaux répressifs placent l'intérêt social, critère de la qualification pénale, au point de rencontre des divers intérêts constitutifs de l'entreprise »¹¹⁰⁰. Si pendant un temps, les juges répressifs ont considéré que « l'usage des biens d'une société était nécessairement abusif lorsqu'il était fait dans un but illicite »¹¹⁰¹, ils considèrent aujourd'hui que l'usage des biens sociaux n'est plus nécessairement abusif même s'il est commis dans un but illicite¹¹⁰². Pour déterminer si l'infraction est constituée, les juges vérifient si les biens ou les fonds de la société ont été employés conformément à son intérêt social sans se soucier du caractère illicite ou pas du but poursuivi. L'examen de ces arrêts montre que l'intérêt social ne peut en aucune manière se réduire à l'intérêt des associés ou des actionnaires¹¹⁰³. Dès lors que l'utilisation des fonds ou biens de la société permet d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise, il n'y a pas abus de biens sociaux. Toutefois, il y a des espèces dans lesquelles, l'intérêt des travailleurs est manifestement mis à mal. Dans l'arrêt *Rosemain* du 11 janvier 1996, on peut douter de la protection conférée à l'intérêt des salariés lorsque le juge répressif affirme qu'il n'y a pas d'abus de biens sociaux à

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

rémunérer des travailleurs clandestins à l'aide d'une "caisse noire". En définitive, il semble que l'intérêt social auquel font référence les juges répressifs ne se limite aucunement à l'intérêt des apporteurs de capitaux, mais doit s'entendre comme un intérêt propre à une entité économique et sociale autonome. Dans les quelques décisions précitées, le juge pénal se livre presque toujours à un bilan coût-avantages de l'utilisation des fonds sociaux pour conclure à l'absence de contrariété à l'intérêt social. Si les avantages procurés à l'entité économique autonome sont supérieurs au coût de l'opération en cause et ne conduisent pas à un profit personnel du ou des dirigeants, le délit d'abus de biens sociaux ne sera pas caractérisé. Cette conception semble corroborée par le juge fiscal lorsqu'il se pose la question de savoir si certains actes des dirigeants sont des actes de gestion normaux, ouvrant droit à déduction ou pas des charges afférentes.

D'après l'article 39-1 du Code général des impôts, pour être déductibles, les charges doivent être exposées dans l'intérêt direct de l'exploitation ou se rattacher à la gestion normale de l'entreprise. Sans se substituer ou s'immiscer dans les choix de gestion de l'entreprise, l'administration fiscale peut estimer que les charges afférentes à certains actes ne lui sont pas opposables parce qu'ils n'auraient pas dû être faits par l'entreprise. *A contrario*, l'acte normal de gestion est un acte fait dans l'intérêt de l'entreprise et susceptible de lui procurer des avantages matériels dont financiers ou immatériels. Comme pour l'abus de biens sociaux, la qualification d'acte anormal de gestion est indépendante de la licéité de l'opération¹¹⁰⁴ et n'est fonction que de la conformité de l'acte (et donc de la dépense) à l'intérêt social compris comme l'intérêt de l'entreprise, c'est-à-dire permettant d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise. Le Conseil d'État a également admis qu'était un acte normal de gestion, le versement de "pots-de-vin" par une société d'imprimerie à des salariés de sociétés clientes (agent commercial, chef de publicité, magasinier, secrétaire du centre d'achats, acheteur de groupe, publiciste, représentant) dès lors que le chiffre d'affaire réalisé avec les sociétés en question avait progressé de manière significative. Cette progression était due aux "pots-de-vin" qui, compte tenu du nombre d'affaires traitées n'étaient pas disproportionnés¹¹⁰⁵. Des exemples de ce type ne manquent pas et révèlent que dans les affaires, il n'appartient ni au juge fiscal ni au juge pénal de faire respecter une certaine morale ou éthique des affaires¹¹⁰⁶.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

348 - En définitive, l'intérêt social ne se réduit pas à celui des associés ou des actionnaires ni à celui des salariés, mais est un intérêt visant au bien commun de l'entreprise,¹¹⁰⁷ surpassant et transcendant ces intérêts catégoriels, afin de veiller à la prospérité et à la continuité de l'exploitation. L'existence d'un tel intérêt "général" peut conduire, dans certaines hypothèses où la continuité de l'entreprise est compromise, à des choix méconnaissant un ou plusieurs intérêts catégoriels. L'exemple le plus emblématique reste le licenciement pour motif économique. Le juge, saisi pour apprécier le bien-fondé d'un licenciement pour motif économique, doit fonder son examen notamment sur l'intérêt de l'entreprise¹¹⁰⁸. Sans aller jusqu'à contrôler l'opportunité du choix de l'employeur, le juge vérifie qu'il a agi dans l'intérêt de l'entreprise. Lorsque l'employeur démontre que la continuité de l'entreprise est compromise, il peut prendre toute décision visant à remédier à cette situation difficile dans l'intérêt de l'entreprise. Le chef d'entreprise devrait tenir compte des intérêts catégoriels présents dont celui des salariés. Cette conception de l'intérêt de l'entreprise, limitant le pouvoir de l'employeur, a été rejetée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans l'arrêt SAT du 8 décembre 2000. Dans cette affaire, l'employeur avait décidé de procéder à une réorganisation en vue de sauvegarder la compétitivité de son entreprise. Plusieurs choix s'offraient à lui : le maintien de la situation existante avec 86 licenciements, le maintien du site de Riom avec une spécialisation sur certains produits emportant 213 suppressions d'emploi et enfin, la fermeture du site de Riom emportant 318 licenciements. Le chef d'entreprise a opté alors pour la solution la plus coûteuse en termes d'emploi. Rappelons que dans cette affaire, il n'était pas question de déterminer si la décision du chef d'entreprise était abusive, mais de statuer sur le caractère réel et sérieux du motif invoqué. L'Assemblée plénière valide les 318 licenciements au motif « que la réorganisation de l'entreprise, qui entraîne des suppressions d'emplois, est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient » et qu'en conséquence, il n'appartient pas au juge de contrôler « le choix effectué par l'employeur entre les solutions possibles ». Si la cause économique est sans conteste réelle et sérieuse, la décision du chef d'entreprise d'opter pour la solution emportant le plus de suppressions d'emploi n'est pas conforme à l'intérêt de l'entreprise dans la mesure où elle méconnaît totalement l'intérêt des salariés. En définitive, l'intérêt de l'entreprise ne se conçoit pas comme la somme des intérêts présents, mais comme un intérêt propre. Ainsi, dès lors que la pérennité ou la

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

continuité de l'entreprise est assurée, les décisions prises par le chef d'entreprise sont conformes à cet intérêt "général". Le juge ne peut pas contrôler la proportionnalité des décisions du chef d'entreprise à l'aune de l'intérêt de l'entreprise sans se heurter d'une part, à la liberté d'entreprendre (source du pouvoir de direction du chef d'entreprise) et d'autre part, aux propres limites de son pouvoir.

349 - L'intérêt de l'entreprise est un intérêt commun à tous¹¹⁰⁹ puisqu'il a pour objet d'assurer la pérennité et la continuité de l'exploitation. Ce concept permet au juge d'apprécier la légitimité d'un acte ou d'une décision patronale ou de "débusquer" un éventuel détournement de pouvoir¹¹¹⁰. Or, faire de la négociation collective un outil d'organisation ou de management de l'entreprise permet aux dirigeants de négocier sur les conséquences sociales de certains choix économiques tout en évitant l'éventuel contrôle du juge.

II. Le renouvellement du régime juridique de l'accord d'entreprise

350 - La négociation d'entreprise est incontestablement devenue un moyen pour l'entreprise de mieux satisfaire son but économique. Pour reprendre l'expression de Monsieur Barthélémy, la négociation d'entreprise est un outil de gestion¹¹¹¹ ou la principale technique d'organisation de l'entreprise¹¹¹². Néanmoins, la négociation d'entreprise a toujours permis au chef d'entreprise de mieux adapter son personnel aux besoins de son activité. La négociation sur la formation professionnelle permet au chef d'entreprise de mieux adapter la formation de ses travailleurs à l'évolution des techniques ou tout simplement à leur poste de travail. De même, la négociation relative à l'aménagement du temps de travail permet d'adapter la productivité du personnel aux nécessités et aux besoins du marché. Auparavant, il appartenait à l'employeur d'utiliser son pouvoir de direction pour réaliser ces objectifs. Aujourd'hui cela est négociable. Bien qu'il soit incontestable que la formation acquise par les salariés leur est tout aussi profitable qu'à l'entreprise, il n'en reste pas moins que cela révèle une logique différente de la négociation d'entreprise. Cette dernière ne peut plus être perçue comme le simple vecteur de l'amélioration des conditions de travail, mais également comme moyen pour le chef d'entreprise de gérer au mieux son personnel dans l'intérêt de

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

l'entreprise. Ainsi, s'ajoute à la fonction protectrice de la négociation collective, une fonction organisationnelle. La négociation d'entreprise devient ainsi le moyen le moins conflictuel pour gérer le personnel dans l'intérêt général de l'entreprise.

351 - De plus en plus, la négociation d'entreprise est guidée par un intérêt transcendant les différents intérêts catégoriels et permettant de veiller au développement et à la pérennité de l'activité (et donc de l'entreprise). Cependant, la situation est très différente selon que l'entreprise se porte bien ou qu'elle traverse des difficultés. Lorsque la continuité et la pérennité de l'entreprise ne sont pas en cause, la négociation organisationnelle n'est généralement pas synonyme de régression pour les salariés. Négocier sur la formation professionnelle et sur la Gestion Prévisionnelle de l'Emploi et des Compétences a un double effet bénéfique. L'entreprise dispose d'un personnel mieux formé, mieux organisé et donc plus performant. Le salarié accroît son savoir et sa qualification de manière à faire évoluer son salaire et se sentir reconnu dans son entreprise. Or, un salarié dont la qualification augmente grâce à l'entreprise et qui se sent reconnu est plus motivé et donc plus productif. Ce cercle vertueux, où chacun trouve son compte au moyen de l'intérêt de l'entreprise, connaît une limite lorsque l'entreprise traverse des moments difficiles. Confrontée à une situation de crise, l'entreprise ne doit pas recourir à la négociation en vue de faire cautionner aux représentants des salariés les conséquences sociales de décisions économiques peu soucieuses de l'intérêt des salariés. Autrement dit, la négociation d'entreprise doit permettre l'adaptation du personnel aux nécessités de l'entreprise sans pour autant faire supporter toutes les conséquences de ces situations aux seuls salariés. La négociation collective d'entreprise est un élément fondamental permettant de structurer les relations de travail. En aucun cas elle ne doit devenir un moyen de déstructurer les relations sociales.

352 - Face à la dimension organisationnelle de la négociation d'entreprise, il est nécessaire de s'interroger sur la place que doit occuper la règle de droit. La négociation organisationnelle ne doit pas obligatoirement faire l'objet d'une réglementation détaillée. Néanmoins, il convient d'imposer des règles évitant que les droits des salariés ne soient pas sacrifiés sur l'autel des nécessités économiques.

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

La finalité organisationnelle de la négociation d'entreprise doit-elle nécessairement conduire à la création d'un accord d'entreprise particulier ? Les accords dérogatoires et "donnant-donnant" ne suffisent-ils pas ? (A). En tout état de cause, les accords organisationnels, pouvant s'avérer contraire à l'intérêt des travailleurs, doivent être soumis à des règles plus strictes (B).

A. Le rejet d'un accord d'entreprise d'exception

353 - L'accord d'entreprise doit, au même titre que les autres variétés de conventions et d'accords collectifs, être négocié et conclu entre des organisations syndicales de salariés et des organisations syndicales d'employeurs¹¹¹³ ou éventuellement, certaines associations d'employeurs¹¹¹⁴. L'accord d'entreprise a, comme tous les autres accords, vocation à traiter de l'ensemble des conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail et des garanties sociales des travailleurs¹¹¹⁵. De plus, la négociation d'entreprise obligatoire¹¹¹⁶ a pour objet principal la gestion du personnel. L'employeur négocie notamment sur la durée effective et l'organisation du temps de travail et pour les entreprises de plus de 300 salariés, sur la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences¹¹¹⁷. En tout état de cause, la négociation obligatoire doit être « l'occasion d'un examen par les parties de l'évolution de l'emploi dans l'entreprise... »¹¹¹⁸. Cette négociation organisationnelle reste néanmoins encadrée par l'ordre public social et le principe de faveur. Même si les accords organisationnels peuvent emprunter la forme d'accords dérogatoires ou "donnant-donnant", certains groupements d'employeurs (MEDEF et Centre des Jeunes Dirigeants) ont estimé que l'autonomie des accords d'entreprise était encore insuffisante. Afin de conférer plus d'autonomie aux accords organisationnels, ces groupements ont émis le souhait de créer un contrat collectif d'entreprise négocié de bonne foi, conclu avec la collectivité des salariés et s'intégrant dans le contrat de travail¹¹¹⁹ et primant la loi et les conventions et accords collectifs.

354 - Dès 1985 apparaît l'idée que la gestion de l'entreprise doit être individualisée et se détacher du "corset juridique" existant¹¹²⁰. Le Centre des Jeunes Dirigeants (CJD) et Entreprise et progrès ont élaboré des propositions allant dans le sens d'une autorégulation de l'entreprise par le contrat. Pour justifier leurs propositions, ces organismes dénoncent l'inadaptation du droit français aux réalités de l'entreprise et

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

souhaitent que le droit puisse redonner une certaine autonomie à la gestion des ressources humaines dans l'entreprise. Ils préconisent de généraliser la technique de la dérogation à la loi, mais aussi à des accords collectifs couvrant un champ professionnel et territorial plus large. Selon eux, cette évolution est d'autant plus souhaitable qu'elle permet de répondre à la fois aux nouveaux défis économiques¹¹²¹ et en même temps aux nouveaux défis sociaux¹¹²².

355 - En quoi une régulation autonome et individuelle permet à l'entreprise de mieux relever les défis économiques et sociaux ? Est-ce le rôle de la négociation d'entreprise de prévenir les conséquences sociales de choix économiques ? La réponse positive ne semble pas s'imposer aussi facilement que cela a pu être présenté par les organisations patronales. En réalité, il n'est pas certain que la création d'un contrat d'entreprise totalement autonome permette de mieux résoudre les nouveaux défis économiques et sociaux qu'un accord classique. En conséquence, le moyen tiré de la création d'une nouvelle catégorie de contrat (le contrat collectif d'entreprise), dont le régime serait également propre et donc très différent de celui des accords collectifs d'entreprise, doit être rejeté. L'examen du régime juridique proposé pour les contrats d'entreprise démontre que ces derniers ne permettent pas d'organiser l'entreprise de manière plus efficace que les accords collectifs classiques.

Tout d'abord, le contrat collectif doit être négocié de bonne foi et conclu entre l'employeur et la collectivité du personnel. Le signataire de ce contrat est la collectivité du personnel. Or, cela est difficilement concevable dans la mesure où le personnel n'a pas de la personnalité juridique. Une approbation du contrat collectif par l'ensemble des salariés concernés constitue la solution la plus satisfaisante.

D'après le projet élaboré par entreprise et progrès en 1995, les dispositions contenues dans un contrat collectif d'entreprise « priment sur les dispositions législatives, réglementaires et conventionnelles dans tous les domaines du travail, sans toutefois toucher ni à un socle intangible relevant de l'ordre public [...] ni à un éventuel cadre minimal défini par la branche et venant préciser ce socle intangible »¹¹²³. Bien que l'évolution du droit de la négociation ait partiellement consacré cette idée de généralisation de la dérogation¹¹²⁴, cela ne veut pas dire que les autres sources telles que la loi et la négociation collective sont supplétives. Il serait illogique de considérer qu'une loi ou une convention collective ne puisse s'appliquer qu'à défaut de contrat

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

collectif d'entreprise¹¹²⁵. La conséquence serait de créer un ordre public à deux vitesses, source d'inégalité remettant en cause la fragile cohésion au sein de l'entreprise, et de marginaliser encore plus les organisations syndicales de salariés¹¹²⁶. Si une telle évolution permet sans aucun doute une meilleure adaptation des entreprises aux changements économiques ou fluctuations de leur marché, elle causerait une importante désorganisation sociale.

356 - Plutôt que de créer une nouvelle catégorie juridique dotée d'un régime propre, n'est-il pas plus satisfaisant d'utiliser ce qui existe déjà, à savoir, l'accord d'entreprise. La solution réside dans une simple modification de l'objet de l'accord collectif d'entreprise de manière à y intégrer une fonction organisationnelle. Ainsi, l'accord d'entreprise doit prendre en compte, non plus uniquement l'intérêt des salariés, mais l'intérêt de l'entreprise (transcendant les différents intérêts catégoriels présents). La conciliation entre la dimension économique et la dimension sociale de l'entreprise peut alors se réaliser. Afin que la recherche de l'intérêt de l'entreprise ne conduise pas systématiquement à méconnaître l'intérêt des salariés, il est nécessaire d'imposer un devoir plus aigu de la loyauté dans la négociation. Les accords organisationnels présentant un risque non négligeable pour l'intérêt des salariés, doivent faire l'objet d'un encadrement juridique plus strict.

B. Le renforcement de l'encadrement de l'accord d'entreprise

357 - Compte tenu du risque de détournement de la négociation organisationnelle, il convient de doter les accords d'entreprise d'un régime juridique assurant le respect des intérêts catégoriels présents dans l'entreprise et notamment l'intérêt des salariés. Pour aboutir à un tel résultat, trois conditions sont requises. D'abord, il est nécessaire de soumettre ces accords organisationnels à des règles de conclusion révélant l'appui de la majorité du personnel. Le principe de conclusion majoritaire semble satisfaisant dans sa dimension positive, c'est-à-dire lorsqu'il est mesuré dans l'engagement (1). Ensuite, ces accords ne peuvent se soustraire à l'autorité d'accords de niveaux supérieurs et de la loi que dans des conditions très restrictives (2). Enfin, ces accords doivent voir leur durée de vie limitée à l'objectif à atteindre. En d'autres termes, ces accords doivent être régulièrement revus afin d'assurer une meilleure adéquation entre les différents intérêts composant l'intérêt de l'entreprise (3).

1. Des modalités de conclusion plus strictes

358 - Plus les risques de porter atteinte à l'intérêt des salariés sont élevés, plus les garanties d'adhésion des salariés à l'accord doivent être importantes. Or, lorsque le référentiel de la négociation est l'intérêt de l'entreprise, le risque d'atteinte à l'intérêt des travailleurs est toujours présent. C'est pour cette raison que les accords d'entreprises dits de gestion ne peuvent accéder à la vie juridique que s'ils ont été conclus par les organisations syndicales représentant effectivement la majorité des salariés. La loi du 20 août 2008 impose que tout accord collectif soit signé par une ou plusieurs organisations syndicales ayant recueillis au moins 30% des voix des salariés lors du dernier scrutin professionnel de référence (comité d'entreprise, délégation unique du personnel ou à défaut, délégués du personnel). Ainsi, quelle que soit la taille de l'entreprise et quelles que soient les institutions présentes, les accords organisationnels ne peuvent être validés que s'ils ont été conclus par les représentants ayant recueillis les voix de la majorité du personnel.

359 - Pour les entreprises dotées de délégués syndicaux, l'accord n'est valide que s'il est signé par une ou plusieurs organisations ayant obtenu seule ou ensemble au moins 30% des voix au premier tour des dernières élections professionnelles (du Comité d'entreprise, ou à défaut, des délégués du personnel), quel que soit le nombre de votants, et à l'absence d'opposition majoritaire¹¹²⁷. La référence au premier tour des dernières élections professionnelles est pertinente à plusieurs titres. D'abord, ce scrutin permet d'apprécier le poids de chaque organisation syndicale ayant déposé des listes. Ensuite, il permet de s'assurer que ces organisations disposent de l'assentiment d'une grande partie du personnel¹¹²⁸. En effet, pour que le premier tour soit valable, il faut que le quorum soit atteint, c'est-à-dire que le nombre de suffrages exprimés doit être au moins égal à la moitié des électeurs inscrits¹¹²⁹. Notons que la loi du 4 mai 2004 permettait aux organisations signataires ne représentant pas la majorité des salariés de l'entreprise, de demander une validation par référendum d'entreprise¹¹³⁰. Dans ce cas, l'accord était soumis à l'approbation majoritaire des salariés (suffrages exprimés) dans le respect des dispositions relatives au droit électoral. Si l'accord était approuvé par la majorité des salariés exprimés, il valait accord collectif. À défaut, le texte soumis à référendum ne valait pas accord collectif d'entreprise, ce qui n'empêchait pas l'employeur de reprendre certaines dispositions afin de les appliquer de manière

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

unilatérale. Ce mécanisme de sauvetage a été supprimé par la loi du 20 août 2008 qui institue une semi-majorité d'engagement fixée à 30%¹¹³¹.

360 - Les entreprises dépourvues de présence syndicale, mais disposant d'une représentation élue, peuvent négocier avec les instances élues telles que le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel¹¹³². Dans cette hypothèse, un accord collectif organisationnel doit être approuvé par les élus représentant la majorité des salariés. De plus, tout accord signé par les représentants élus doit être approuvé par une commission nationale paritaire de branche. À défaut, il est réputé non écrit.

361 - Enfin, les entreprises ne disposant d'aucune représentation, ni syndicale ni élue, peuvent recourir à la technique du mandatement syndical¹¹³³ pour négocier des accords organisationnels¹¹³⁴. Dans cette hypothèse, la question de la légitimité de l'accord ne se pose pas car ce type d'accord n'est valide que s'il a été approuvé directement par la majorité des salariés.

362 - En définitive, les accords organisationnels doivent reposer sur une importante légitimité. Il faut donc s'assurer que les signataires de ces accords bénéficient du soutien de la majorité du personnel. Pour toute négociation organisationnelle, la majorité d'engagement doit nécessairement être imposée et généralisée. La loi du 20 août 2008 constitue ainsi une avancée considérable.

Même si l'accord d'entreprise organisationnel dispose de la légitimité nécessaire, ce n'est pas pour autant qu'il est habilité à déroger aux accords et conventions couvrant un champ d'application professionnel et territorial plus large.

2. Des nouvelles règles d'articulation avec les autres normes

363 - La négociation collective constitue un processus par lequel les partenaires sociaux, employeurs et salariés, définissent de façon concertée un ensemble de règles qui régissent le fond et la forme de leur rapport¹¹³⁵. La négociation d'entreprise apparaît comme un outil permettant d'organiser l'entreprise et les relations entre salariés et employeurs dans le respect des intérêts de chacun. Ainsi, le développement de la négociation organisationnelle ne doit pas être synonyme d'une régulation autonome et indépendante de l'entreprise, ou plus exactement d'une "dérégulation". En effet,

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

l'accord d'entreprise s'intègre dans un ordre juridique donné composé d'autres normes avec lesquelles il est amené à interagir. L'accord d'entreprise (quel que soit son objet) doit s'articuler avec les conventions et accords collectifs de branche et interprofessionnels. Or, l'ordre public social et le principe de faveur coordonnent très bien cette articulation. En réalité, il n'est pas nécessaire de réduire la portée de l'ordre public social et du principe de faveur qui constituent l'essence même du droit du travail. Il est plus pertinent de prévoir une nouvelle répartition des compétences entre ces différents niveaux de négociation. Autrement dit, il ne faut pas remettre en cause les règles protectrices inhérentes au droit du travail, mais prévoir une articulation plus fonctionnelle ou thématique de manière à éviter les conflits entre les différentes normes appartenant à un même ordre juridique¹¹³⁶.

364 - C'est en ce sens que se sont déterminés les partenaires sociaux dans l'Accord National Interprofessionnel du 31 octobre 1995 relatif à la politique contractuelle¹¹³⁷. Ils ont proposé une articulation fonctionnelle entre les accords de niveaux différents¹¹³⁸. Ils ont assigné une mission particulière à chaque niveau afin que la négociation « retrouve sa pleine efficacité et demeure un facteur de progrès et de cohésion sociale et économique »¹¹³⁹.

365 - Selon l'accord du 31 octobre 1995, il appartient à la négociation nationale interprofessionnelle de mettre en œuvre des mécanismes de solidarité interentreprises, d'élaborer des normes à caractère général ou encore de définir les modalités d'application des dispositions arrêtées par le législateur. En plus de ces missions, ne doit pas être négligé son rôle fondamental de fixation des grandes orientations ou des objectifs prioritaires de la négociation¹¹⁴⁰. La question de l'articulation avec les accords d'entreprise organisationnels ne se pose qu'avec les conventions ou accords de branche¹¹⁴¹.

366 - L'ANI de 1995 prévoit que la branche doit fixer les règles minimales applicables à tous les salariés y travaillant. Ce rôle fondamental est complété par celui d'encadrer la négociation d'entreprise. Suite au développement des accords organisationnels, la branche doit encadrer la négociation d'entreprise afin de préserver l'intérêt des salariés. Pour cela, il convient de maintenir l'impérativité des accords de

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

branche tout en permettant une certaine adaptation au niveau des entreprises. La loi du 4 mai 2004 a réécrit les articles L 2252-1 et L 2253-3 du Code du travail en s'inspirant de cette idée. L'article L 2253-3 permet à l'accord d'entreprise de déroger à un accord de branche dès lors que ce dernier ne l'a pas expressément interdit. La logique d'encadrement aurait voulu que l'accord d'entreprise puisse déroger à la branche uniquement dans la mesure et aux conditions fixées par l'accord auquel il est dérogé. En procédant de la sorte, on laisse une certaine marge d'adaptation à l'entreprise tout en préservant les droits des travailleurs.

367 - En clarifiant les rôles de chaque niveau de négociation, on réduit les risques de conflit et on permet que les intérêts de tous soient préservés. Il est donc inutile de réduire le nombre de dispositions d'ordre public social et de limiter l'application le principe de faveur¹¹⁴².

3. Des accords à durée déterminée

368 - La réalité de l'entreprise et les fluctuations de son activité se laissent difficilement enfermer dans une périodicité de négociation fixée par avance. Dès lors que l'on pose l'existence d'une négociation guidée non plus exclusivement par l'intérêt des salariés, mais par l'intérêt général de l'entreprise, qui conduit à en faire un moyen d'adaptation, c'est en fonction des besoins et des évolutions que la négociation doit s'engager.

Il est néanmoins pertinent de poser une périodicité minimale. Comme pour la négociation obligatoire, les partenaires sociaux doivent se rencontrer chaque année ou tous les trois ans pour examiner s'il y a des évolutions qui nécessitent une adaptation de l'entreprise. Cela oblige les partenaires sociaux à examiner et donc à anticiper ces évolutions afin de mieux les gérer. Le support de la négociation obligatoire semble à cet égard présenter un certain nombre d'avantages. En posant une obligation périodique de négocier, sans nécessairement imposer une quelconque conclusion, les partenaires sociaux sont en mesure de faire le bilan de ce qui a été fait et de dresser les éventuelles modifications à apporter¹¹⁴³. Les exemples les plus parlants sont d'une part, la négociation sur la formation professionnelle continue et la négociation sur la GPEC (Gestion Prévisionnelle de l'Emploi et des Compétences).

369 - L'évolution de la négociation d'entreprise démontre que les représentants des salariés deviennent un rouage fondamental et indispensable, tant pour assurer la protection des salariés, que pour permettre à l'entreprise de mieux s'adapter. Ces représentants ne doivent plus demeurer passifs, mais doivent au contraire devenir le vecteur d'un équilibre entre intérêt de l'entreprise et intérêt des salariés. L'adaptation de l'entreprise ne doit pas nécessairement se faire au détriment des salariés et à l'inverse, les revendications des salariés ne doivent pas mettre en péril l'équilibre économique de l'entreprise. Sans utopie aucune de notre part, ce genre de considération ne peut être pertinent et apporter des effets bénéfiques que si les employeurs et les représentants des salariés font preuve de loyauté et de transparence¹¹⁴⁴.

Conclusion du chapitre 1 :

370 - En définitive l'autonomie des partenaires sociaux est consacrée à deux niveaux.

Au niveau national, ces derniers jouent un rôle fondamental dans la conception et dans la production de la norme sociale. Depuis l'adoption de la loi du 31 janvier 2007¹¹⁴⁵, il n'est plus possible de modifier le Code du travail sans que les partenaires sociaux soient mis en mesure de négocier sur le contenu de la réforme engagée et aucun projet de loi ne peut être présenté au Parlement sans que les partenaires sociaux soient consultés sur son contenu. Cette procédure permet de négocier les réformes tout en préservant l'intérêt des travailleurs.

Au niveau de l'entreprise, les choses sont très différentes. Les accords ne tendent plus uniquement à l'amélioration des conditions de travail des salariés, mais permettent également à l'entreprise de s'adapter. Autrement dit, contrairement aux autres niveaux de négociation, l'accord d'entreprise a pour objet l'intérêt de l'entreprise au sein duquel l'intérêt des travailleurs est fondu.

371 - Bien que cette transformation de la finalité de la négociation soit prévisible et, dans une certaine mesure souhaitable, elle ne doit pas se faire au détriment des règles protectrices concomitantes au droit du travail telles que l'ordre public social ou le principe de faveur¹¹⁴⁶. La négociation d'entreprise doit permettre une optimisation du fonctionnement de l'entreprise tout en continuant à préserver les intérêts des salariés.

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

La loi du 4 mai 2004 a consacré la dérogation tout en posant certaines garanties¹¹⁴⁷. La crainte serait qu'une loi future vienne faciliter le recours à la dérogation au niveau de l'entreprise et brise l'équilibre entre protection et flexibilité institué par la loi précitée.

CHAPITRE 2 : L'AUTONOMIE DU DROIT NEGOCIE ENCADREE PAR L'ORDRE PUBLIC SOCIAL ET LE PRINCIPE DE FAVEUR

372 - Le droit de la négociation présente la particularité d'être un droit progressiste. Ce caractère est devenu un élément de définition du droit du travail entendu comme « une série de prescriptions de caractère impératif, marquées du signe de l'ordre public social, constituant au profit des salariés un minimum intangible auquel la négociation peut ajouter sans retrancher »¹¹⁴⁸. Ainsi, le caractère "plancher" des lois sociales, améliorables par accord collectif, constitue l'essence même du droit du travail¹¹⁴⁹. En permettant que des conventions collectives puissent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur, le législateur consent à conférer une plus grande autonomie conventionnelle aux partenaires sociaux. Cependant, certains soutiennent que l'autonomie s'arrête là où commence l'ordre public. Ils estiment que la diminution des dispositions d'ordre public renforcerait l'autonomie reconnue aux partenaires sociaux¹¹⁵⁰. Ainsi, l'ordre public social serait une rigidité empêchant le progrès économique des entreprises. Bien que magistralement réfutée par Gérard Lyon-Caen¹¹⁵¹, cette thèse semble guider l'action du législateur.

373 - Depuis 1982, l'évolution du droit du travail est marquée par l'octroi d'une plus importante liberté du droit négocié par rapport au droit légiféré. En effet, la loi ouvre aux partenaires sociaux la faculté de déroger aux dispositions législatives ou conventionnelles dans un sens moins favorable aux salariés. D'un droit progressiste, visant à appliquer la norme la plus favorable aux salariés quelle que soit sa position hiérarchique, on passe à un droit rendant les dispositions légales supplétives par rapport aux dispositions conventionnelles. L'ordre public social et le principe de faveur constitueraient ainsi « un bloc de contraintes inadéquat tant aux exigences de la gestion des entreprises qu'aux nécessités de la lutte pour l'emploi »¹¹⁵². Certains auteurs défendent l'idée que le droit de la négociation collective est devenu un droit de compromis qui n'intégrerait plus uniquement l'intérêt des travailleurs, mais plus largement l'intérêt de l'entreprise. Jusqu'à présent, ces thèses libérales avaient été

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

écartées. Cependant, elles semblent aujourd'hui être consacrées par le législateur. Le titre II de la loi du 4 mai 2004 relatif au dialogue social permet que les accords d'entreprise dérogent à des conventions ou accords couvrant un champ territorial et professionnel plus large¹¹⁵³. Le principe de faveur se trouve donc réduit à une peau de chagrin. Demeure alors l'ordre public social, dernier rempart dressé contre la flexibilité revendiquée par les doctrines libérales¹¹⁵⁴.

L'ordre public social (section 1) et le principe de faveur (section 2) demeurent des principes indispensables à la protection des travailleurs n'entravant pas le développement des accords organisationnels. Néanmoins, les lois du 4 mai 2004 et du 20 août 2008 ont réduit la portée de ces principes. Revoir les rôles respectifs de la loi et des conventions et accords de niveaux différents de manière à les rendre complémentaire conférerait plus d'autonomie au droit négocié tout en respectant les droits des salariés.

SECTION 1 : LE MAINTIEN DES DISPOSITIONS D'ORDRE PUBLIC

374 - Dans l'ordre juridique, il existe des dispositions posées par le législateur auxquelles on ne peut déroger par contrat. Ces règles particulièrement importantes et « indispensables au maintien de l'organisation sociale »¹¹⁵⁵ sont assez nombreuses en droit du travail. Cependant, ces normes d'ordre public ne se limitent pas à poser des règles impératives sur lesquelles la loi privée n'a pas de prise¹¹⁵⁶, elles visent également à protéger la partie faible au contrat. Souvent comparé à l'ordre public de protection¹¹⁵⁷, l'ordre public au sens du droit du travail s'en distingue dans la mesure où il constitue un minimum ou un plancher « destiné à barrer toute limitation apportée aux droits des salariés reconnus par la loi, mais toujours susceptibles de dépassement en leur faveur »¹¹⁵⁸.

Depuis 1982, s'est développé un "ordre public dérogatoire". Il s'agit de dispositions législatives que des conventions ou accords collectifs peuvent aménager, au besoin, dans un sens moins favorable aux salariés. La législation relative au temps de travail en constitue le meilleur exemple. En effet, la loi du 20 août 2008 a fixé un cadre intangible dans lequel les partenaires sociaux ont toute liberté pour aménager et organiser le temps de travail dans l'entreprise. Peut-on encore véritablement parler d'ordre public pour qualifier des lois susceptibles de dérogations ? N'est-il pas antinomique de soutenir que

certaines dispositions sont d'ordre public, mais ne s'imposent pas aux contrats ? La multiplication des dispositions d'ordre public dérogatoire (I), ainsi que le retrait du législateur dans la production normative (II) ont contribué à réduire le nombre de dispositions d'ordre public social.

I. Le développement de "l'ordre public dérogatoire"

375 - L'ordre public dérogatoire se compose de normes légales qui autorisent les dérogations conventionnelles dans un sens moins favorable aux salariés. Il remet en cause le caractère impératif reconnu aux lois sociales en y substituant une règle conventionnelle moins favorable aux salariés. Quel est l'intérêt de poser une règle légale si les partenaires sociaux peuvent y déroger par accord collectif ? N'est-il pas plus pertinent de laisser directement les partenaires sociaux traiter de la question par voie conventionnelle ? Si, l'autonomie de la négociation était renforcée, le concept d'ordre public dérogatoire n'aurait plus aucune raison d'être.

L'examen de l'ordre public social, âme du droit du travail¹¹⁵⁹ (A), nous invite à postuler le rejet d'un ordre public dérogatoire (B).

A. La détermination de l'ordre public en droit du travail

376 - Le concept d'ordre public inscrit à l'article 6 du Code civil se définit comme l'ensemble des lois auxquelles des conventions particulières ne peuvent pas déroger. Ne se limitant pas au droit civil, l'ordre public pénètre toutes les branches du droit dont le droit du travail. D'ailleurs, la rédaction de l'article L 2251-1 présente une certaine similitude avec l'article 6 du Code civil précité à la différence qu'il ne s'agit pas de simples contrats, mais de conventions et d'accords collectifs¹¹⁶⁰.

377 - Classiquement, la doctrine opère un rapprochement entre l'ordre public social et l'ordre public de protection. L'ordre public de protection est issu de l'ordre public économique¹¹⁶¹, c'est-à-dire d'un « ensemble des règles obligatoires dans les rapports contractuels, relatives à l'organisation économique, aux rapports sociaux et à

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

l'économie interne du contrat »¹¹⁶². L'ordre public économique regroupe d'une part, l'ordre public de direction et d'autre part, l'ordre public de protection. Sont considérées comme des règles appartenant à l'ordre public de direction, les dispositions législatives concourant « à une certaine direction de l'économie nationale, en éliminant des contrats privés tout ce qui pourrait contrarier cette direction »¹¹⁶³. De leur côté, sont qualifiées d'ordre public de protection, les règles qui ont pour effet de protéger, dans certains contrats, la partie la plus faible¹¹⁶⁴. La fonction protectrice du droit du travail a créé une passerelle entre l'ordre public au sens du droit du travail et ordre public de protection. Pour certains auteurs, l'ordre public en droit du travail n'est qu'une illustration particulière de l'ordre public de protection car il limite la libre négociation des conventions et accords collectifs de manière à protéger les travailleurs (partie faible)¹¹⁶⁵. L'ordre public social permet aux conventions ou accords collectifs de contenir des dispositions plus favorables que les lois et règlements en vigueur. En conséquence l'application des lois dites d'ordre public est écartée au profit d'une norme négociée plus favorable aux salariés. Cette indérogabilité relative¹¹⁶⁶ a créé une nouvelle articulation des normes visant à appliquer la norme la plus favorable aux travailleurs¹¹⁶⁷. L'ordre public social apparaît avec toute sa singularité, déterminant à la fois le minimum commun à tous les salariés¹¹⁶⁸ et constituant une règle particulière d'articulation¹¹⁶⁹.

378 - Ordre public social et ordre public en droit du travail sont-ils synonymes ? La tentation est grande de réduire l'ordre public en droit du travail à l'ordre public social. Cependant, le droit du travail connaît un certain nombre de dispositions dont la violation est sanctionnée par la nullité, même lorsque la dérogation se fait dans un sens favorable aux salariés. Le Conseil d'État a apporté une précision importante sur l'ordre public social dans son célèbre avis du 22 mars 1973¹¹⁷⁰. Le ministre chargé des affaires sociales avait été saisi d'une demande d'extension d'une convention collective contenant des dispositions relatives aux institutions représentatives du personnel. Compte tenu du caractère impératif des dispositions relatives à ces institutions, il a préféré solliciter l'avis du Conseil d'État¹¹⁷¹. La haute juridiction lui a répondu d'abord qu'« *il résulte des termes même de l'article 31 a du livre Ier du Code du travail (article L 132-4 actuel) que, conformément d'ailleurs aux principes généraux du droit du travail, les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine de ce*

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

droit présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux, lesquels ne peuvent, en aucun cas être supprimés ou réduits, mais ne font pas obstacle à ce que des garanties ou avantages non prévus par les dispositions législatives ou réglementaires soient institués par voie conventionnelle... ». Ainsi, le Conseil d'État a reconnu que les dispositions législatives relatives au droit du travail sont d'ordre public parce qu'elles fixent un plancher qui peut être uniquement aménagé par voie de convention ou d'accords collectifs dans un sens favorable aux travailleurs. La législation du travail est considérée comme un socle commun auquel tout salarié peut prétendre¹¹⁷². La loi d'ordre public doit être considérée comme celle qui définit la condition plancher du travailleur salarié¹¹⁷³.

379 - L'ordre public en droit du travail ne se limite pas à cet ordre public à dérogeabilité relative, il laisse également place à un ordre public "général" composé des règles qui ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation même dans un sens favorable aux salariés. En effet, le Conseil d'État a précisé que, même si des conventions ou accords collectifs peuvent déroger aux dispositions légales dans un sens favorable aux travailleurs, *« une convention collective de travail ne saurait légalement déroger ni aux dispositions qui par leurs termes mêmes, présentent un caractère impératif, ni aux principes fondamentaux énoncés dans la Constitution ou aux règles de droit interne – ou le cas échéant internationales – lorsque ces principes ou règles débordent le domaine du droit du travail, ou intéressent des avantages ou garanties échappant, par leur nature, aux rapports conventionnels »*. Ces règles qui ne peuvent en aucun cas faire l'objet d'aménagements par voie conventionnelle se regroupent d'après le Conseil d'État en trois catégories. Appartiennent à l'ordre public strict les règles qui, par leurs termes, présentent un caractère impératif et les principes fondamentaux ou les règles de droit interne ou international qui débordent le domaine du droit du travail et qui échappent à la négociation.

380 - Dans la majeure partie des cas, les termes mêmes de la disposition nous renseignent sur le caractère d'ordre public. En effet, trois types d'indication sont à distinguer. Certains textes mentionnent expressément qu'ils sont d'ordre public¹¹⁷⁴, d'autres sont rédigés d'une manière particulièrement impérative ou prohibitive¹¹⁷⁵ et enfin, certains sanctionnent de nullité toute clause ou convention contraire, ou la

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

réputent non écrite¹¹⁷⁶. Lorsque le texte reste muet sur son caractère ou non d'ordre public, il appartient aux juges de déterminer le caractère impératif d'une disposition en fonction de son importance et de l'intérêt général qui la sous-tend. Cette catégorie d'ordre public découverte par le juge est qualifiée "d'ordre public virtuel" et illustre le rôle primordial des tribunaux. Une convention peut être déclarée nulle comme étant contraire à un texte intéressant l'ordre public ou à une règle non écrite issue d'un principe général du droit¹¹⁷⁷.

381 - Les principes fondamentaux et règles qui débordent le domaine du droit du travail s'imposent à la négociation. Il s'agit de dispositions qui visent à maintenir la cohésion du droit du travail. Si ces règles étaient aménagées par voie de convention ou d'accord collectif, ces changements pourraient conduire à perturber le bon fonctionnement de la société. Pour illustrer notre propos, il suffit de se livrer à une rapide analyse de la législation et de jurisprudence relative à l'extension ou l'annulation des conventions ou accords collectifs de travail. Comme le soulignait dès 1973 le professeur Lyon-Caen, même si l'ordre public social occupe une place prépondérante en droit du travail, « il ne faudrait pas conclure trop vite à l'éclipse de toute législation impérative, à indérogabilité absolue en matière de conventions collectives »¹¹⁷⁸.

La loi réputé nulles les clauses conventionnelles indexant les salaires sur le coût de la vie¹¹⁷⁹ ou les clauses dites de monopole syndical¹¹⁸⁰ ou encore les clauses "couperet"¹¹⁸¹. De son côté, la jurisprudence refuse que des dispositions conventionnelles dérogent aux règles de compétence des conseils de prud'hommes¹¹⁸², que les salariés français renoncent au privilège de juridiction qu'ils tirent des articles 14 et 15 du Code civil¹¹⁸³ et déclare inopposable aux salariés toutes les clauses compromissoires insérées dans un contrat de travail¹¹⁸⁴ ou dans une convention ou un accord collectif¹¹⁸⁵. Bien que la liste ne soit pas exhaustive, les juges donnent régulièrement de la consistance à l'ordre public strict. L'article L 2314-26 du Code du travail prévoit que « les délégués du personnel sont élus pour quatre ans » et rééligibles. Certaines organisations syndicales de salariés ont voulu imposer, par voie conventionnelle, des délais plus courts. La Cour de cassation a refusé de faire produire le moindre effet à ces clauses en affirmant le caractère d'ordre public de cet article¹¹⁸⁶. La solution peut être étendue à toutes les durées des mandats conférés aux différentes

institutions représentatives du personnel. Depuis, le législateur a permis que les partenaires sociaux puissent négocier des durées de mandats plus courts¹¹⁸⁷.

382 - Le droit du travail connaît deux catégories d'ordre public : l'ordre public strict (qui ne souffre d'aucune dérogation) et l'ordre public social dont la vocation est de permettre aux salariés de revendiquer l'application de la norme qui leur est la plus favorable. Les dispositions impératives permettent de donner un sens protecteur au droit du travail et de fixer des limites qui ne peuvent, en aucun cas, être franchies sans remettre en cause les fondements mêmes de la société. Suivant cette conception, l'ordre public dérogatoire ne peut qu'être rejeté.

B. L'exclusion de "l'ordre public dérogatoire" et le développement des lois supplétives

383 - L'ordre public dérogatoire doit être rejeté principalement pour deux raisons. Conformément à l'article L 2251-1 du Code du travail et à l'avis du Conseil d'État de 1973, ne sont d'ordre public, au sens du droit du travail, que les dispositions qui ne souffrent d'aucune dérogation et celles qui ne peuvent qu'être améliorées. D'après cet avis, il n'y a aucune place pour un ordre public défavorable aux salariés. Consacrer l'existence d'un ordre public dérogatoire rendrait la loi supplétive¹¹⁸⁸. Ainsi, la loi n'aurait plus d'autre objet que de suppléer à l'absence de volonté des partenaires sociaux. Beaucoup d'auteurs estiment qu'il existe des liens étroits entre la règle susceptible de dérogation et la règle supplétive. Le professeur Mazeaud note dans son ouvrage de droit du travail que « le législateur accepte une mise entre parenthèses de l'ordre public social, la loi devenant, en ce domaine, supplétive d'accord collectif »¹¹⁸⁹. D'autres soulignent que la technique dérogatoire fait de la loi « une solution supplétive de l'accord »¹¹⁹⁰. Nonobstant ces opinions doctrinales, il existe une différence majeure entre dérogation et supplétivité. En droit social, la règle légale reste impérative tant qu'elle ne fait pas l'objet de dérogations. Tout au plus, elle devient supplétive uniquement lorsqu'un accord dérogatoire est conclu. La supplétivité de la loi sociale est donc conditionnée par l'existence même d'un accord dérogatoire¹¹⁹¹. Or, la dérogation n'existe que lorsque le législateur l'a expressément admis et uniquement lorsque certaines conditions sont remplies. Une loi est considérée comme supplétive dès lors qu'existe un accord collectif postérieur portant sur le même objet.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

L'article L 2232-12 du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 4 mai 2004, était une parfaite illustration de loi supplétive. Cet article posait les règles de conclusion majoritaires nécessaires à la validité de tout accord collectif. Pour chaque niveau de négociation, il posait une solution applicable à défaut d'accord collectif. Lorsqu'aucun accord de branche étendu n'avait prévu des règles particulières applicables dans l'entreprise, un accord y était valablement conclu dès lors qu'une organisation syndicale représentative l'avait signé et que les organisations non-signataires, représentant la majorité des salariés, ne s'y étaient pas opposées dans le délai de huit jours¹¹⁹². L'article L 2232-12 posait donc une règle qui n'avait vocation à s'appliquer qu'à défaut d'accord collectif. Cet article a été modifié par la loi du 20 août 2008 qui a imposé une majorité de 30% pour la conclusion de tous les accords collectifs¹¹⁹³.

Constituent également des dispositions supplétives les articles L 2252-1 et L 2253-1 et suivants du Code du travail, qui règlent l'articulation entre les différents niveaux de négociation. Il ressort de ces textes qu'un accord collectif de niveau inférieur peut déroger à un accord ou une convention couvrant un champ territorial et professionnel plus large sauf si l'accord de niveau supérieur l'interdit expressément. Un accord d'entreprise ne peut déroger à un accord de branche que si les partenaires sociaux de la branche n'ont pas conféré un certain caractère impératif à leur convention. Ce n'est donc qu'à défaut de disposition contraire que la faculté de dérogation est ouverte¹¹⁹⁴.

Par contre, constituait une disposition dérogatoire à la durée hebdomadaire de travail l'article L 3122-9 du Code du travail relatif à l'annualisation du temps de travail. Ce texte prévoyait la possibilité de déroger à la durée hebdomadaire de travail fixée à 35 heures par accord collectif à condition toutefois que, sur l'année, cette durée n'ait pas excédé 1607 heures et que les plafonds posés aux articles L 3121-35 et L 3121-36 soient respectés. À la différence des dispositions simplement supplétives, les dispositions dérogeables sont entourées d'un certain nombre de conditions et de garanties¹¹⁹⁵.

384 - Dans les deux cas précités, l'existence d'un accord collectif conduit à écarter l'application de la norme légale. D'un point de vue théorique, ces deux techniques sont fort différentes. Les dispositions légales autorisant des dérogations sont toujours d'ordre public tant elles s'imposent, mais elles peuvent s'accompagner de facultés de

dérogation conventionnelle. « La volonté du législateur est d'assurer le respect de la norme légale en autorisant parfois, dans certaines hypothèses et aux conditions prescrites, des manifestations de volonté différentes »¹¹⁹⁶. Certains auteurs affirment d'ailleurs que « les textes auxquels il est dérogé ne perdent pas leur caractère d'ordre public »¹¹⁹⁷ et que « les textes qui autorisent les dérogations conservent, en raison de leur nombre restreint et de leurs conditions de mise en œuvre, la marque de leur caractère foncier d'ordre public »¹¹⁹⁸. À l'opposé, les lois dites supplétives n'ont vocation à s'appliquer qu'à défaut d'accord ayant le même objet. Dès lors qu'un accord est valablement conclu, la règle supplétive a vocation à disparaître ou à s'effacer¹¹⁹⁹ au profit de cet accord.

385 - Dans un système où existent des normes d'ordre public strict ou absolu, des normes d'ordre public social et des normes supplétives, quelle place accorder aux dispositions d'ordre public dérogatoire ? Si l'on opte pour un retrait du législateur au profit des partenaires sociaux, la technique des accords dérogatoires à la loi n'a plus lieu d'exister, les lois supplétives étant moins contraignantes. À l'opposé, si l'on choisit un accroissement raisonné de l'autonomie des partenaires sociaux, la loi dérogatoire peut demeurer, mais doit rester exceptionnelle et entourée de conditions minimales¹²⁰⁰. Tout en rejetant l'idée d'un ordre public dérogatoire général, cette technique présente un intérêt non négligeable dans des domaines très restrictifs et hautement polémiques afin de maintenir une certaine cohérence au niveau national.

II. Le retrait du législateur dans l'élaboration du droit du travail

386 - L'interventionnisme étatique accentué par le désengagement des partenaires sociaux dans la création de normes a provoqué une multiplication des lois et des règlements. Depuis le début des années 80, cet interventionnisme est de plus en plus remis en cause. Les organisations syndicales de salariés souhaitent se rapprocher un rôle important dans la production normative et les organisations patronales souhaitent que l'on allège un Code du travail devenu trop touffu¹²⁰¹. La répartition des compétences entre lois et règlements posée par la Constitution et les différentes décisions du Conseil constitutionnel¹²⁰², nous invite à nous interroger sur le bien-fondé

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

du foisonnement des lois en matière sociale. Appartient-il au législateur et/ou au pouvoir réglementaire de fixer que l'employeur doit mettre à disposition de ses salariés une source d'eau potable¹²⁰³ ou que l'entreprise doit comporter des vestiaires collectifs pourvus d'armoires individuelles coupe feu¹²⁰⁴, qui doivent permettre de suspendre deux vêtements de ville et qui doivent être équipés d'une serrure ou d'un cadenas¹²⁰⁵... Si ces dispositions présentent une certaine importance, il semble qu'elles relèvent du domaine de la négociation. Devant cette multiplication des prescriptions légales, certains ont mis en avant l'inaccessibilité du droit du travail pour la quasi-totalité de la population¹²⁰⁶. Une inaccessibilité renforcée par le ballet incessant des réformes et des contre-réformes. Deux exemples suffisent à caractériser cette instabilité : les réformes du temps de travail et du droit du licenciement économique.

387 - La loi du 21 août 2007 en faveur du travail et du pouvoir d'achat¹²⁰⁷ permet aux entreprises et aux salariés de travailler plus pour gagner plus. Cette loi modifie certaines dispositions du Code général des impôts et du Code du travail de manière à ce que les heures supplémentaires soient exonérées d'impôt sur le revenu pour le travailleur et fassent l'objet d'une réduction des cotisations salariales. Pour l'entreprise, ces heures supplémentaires bénéficient d'un allègement de cotisations sociales, ce qui les incite à accroître leur offre de travail¹²⁰⁸. Plus simplement, cette loi vise à diminuer le coût du travail pour les entreprises qui augmentent la durée de travail de leurs salariés, tout en incitant ces derniers à travailler plus afin d'accroître substantiellement leurs revenus. En définitive, la loi du 21 août 2007 remet indirectement en cause le dispositif des heures supplémentaires institué par les lois Aubry. La loi du 20 août 2008¹²⁰⁹ a accentué la possibilité pour les partenaires sociaux de fixer par accord le niveau du contingent des heures supplémentaires ainsi que leurs contreparties.

388 - L'instabilité législative a atteint son paroxysme avec la réforme du droit du licenciement économique. Suite à un changement de majorité au parlement, la loi du 3 janvier 2003¹²¹⁰ a suspendu les dispositions de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002¹²¹¹ relatives au licenciement pour motif économique. Le législateur a renvoyé la réforme du licenciement économique à la négociation. Suite à l'absence d'accord entre les partenaires sociaux nationaux, le législateur a tranché en adoptant la loi dite de programmation pour la cohésion sociale le 18 janvier 2005¹²¹².

389 - Ces deux exemples démontrent l'instabilité législative existant en droit du travail. Toutefois, le dernier exemple est aussi révélateur de l'incapacité des partenaires sociaux à s'entendre sur des questions "sensibles". Dans ces conditions, comment faire le procès du législateur alors que les partenaires sociaux sont trop divisés pour trouver un compromis négocié. Quoi qu'il en soit, le procès fait au législateur est infondé. S'il est vrai que certaines dispositions de moindre importance pourraient être supprimées sans bouleverser les comportements des acteurs sociaux, le problème de la prolifération de la réglementation ne pourrait pas être solutionné en remplaçant une règle légale par une règle conventionnelle¹²¹³. En réalité c'est le procès à l'excès de réglementation qui est fait. C'est aussi pour cela que l'on peut parler du faux dilemme entre la loi et le contrat¹²¹⁴. Ceux qui critiquent l'omniprésence du législateur en matière sociale ne militent pas pour une plus grande autonomie des partenaires sociaux, mais pour une plus grande flexibilité pour l'entreprise¹²¹⁵. Plus habilement, le rapport élaboré par Michel De Virville¹²¹⁶ s'appuie sur la double mission conférée au droit du travail. Selon le rapporteur, le droit du travail a pour mission de protéger le salarié qui est placé dans une situation de subordination en garantissant le respect de ses droits individuels et collectifs, tels qu'ils sont fixés par la loi et la négociation collective et d'assurer « une organisation efficace de l'activité économique des entreprises, en donnant à l'employeur un pouvoir de direction clair et sans ambiguïté lui permettant d'encadrer et d'orienter l'activité des salariés »¹²¹⁷. Or, d'après le rapport, une réglementation trop détaillée des droits accordés aux salariés nuit au développement de l'activité, et donc à l'emploi des salariés que cette réglementation est censée protéger. L'inflation législative rend le droit du travail difficilement compréhensible et difficilement applicable. Dans ces conditions, comment soutenir qu'une réglementation frappée d'ineffectivité puisse étrangler la liberté de l'entreprise ?¹²¹⁸

Sans minimiser le rôle accordé à la loi, il faut reconnaître que certaines dispositions du Code du travail sont surabondantes. Il est nécessaire d'établir un double équilibre entre prérogatives du législateur et des partenaires sociaux et entre fixation des principes généraux et de leurs modalités concrètes d'application.

390 - Le législateur (comme moyen d'expression de la volonté générale) doit rester un acteur fondamental dans la production de la norme sociale. Cependant, la spécificité

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

du droit social oblige à associer plus activement les partenaires sociaux les plus légitimes au niveau national. Une lecture plus stricte des dispositions constitutionnelles posant les compétences respectives du législateur et du pouvoir réglementaire nous semble transposable aux relations entre législateur et partenaires sociaux. Il ne s'agirait non pas d'un désengagement du législateur en matière sociale, mais d'une délégation de son pouvoir normatif. De plus, en impliquant les représentants des travailleurs et des employeurs dans le processus législatif, on leur reconnaît une certaine autonomie tout en évitant que des lois soient imposées sans concertation. La loi du 31 janvier 2007¹²¹⁹, dite de modernisation du dialogue social¹²²⁰, a conféré une place de premier rang aux partenaires sociaux dans l'élaboration de la norme sociale. Ce changement va très certainement éviter que l'inflation des textes législatifs se poursuive.

391 - En définitive, l'examen de l'ordre public en droit du travail a montré qu'il existait un ordre public absolu qui ne souffre d'aucune dérogation, un ordre public social comprenant un ensemble de dispositions minimales améliorables par voie conventionnelle et enfin, un ordre public dérogatoire qui doit rester très exceptionnel et qui autorise, à certaines conditions restrictives, les partenaires sociaux à déroger à la règle légale dans un sens moins favorable aux travailleurs. Plus qu'un ensemble de dispositions législatives améliorables, l'ordre public social, essence du droit du travail, constitue également une règle particulière d'articulation entre normes légiférées et normes négociées. Conformément à l'article L 2251-1 du Code du travail, il permet au salarié de se voir appliquer toute norme conventionnelle plus favorable que la loi. L'ordre public social, principe fondamental reconnu par les lois de la république, est assimilé à une disposition constitutionnelle qui échappe au législateur. Le développement des lois supplétives et dérogatoires permet ainsi d'éviter l'application de l'ordre public social. Ne pouvant pas le supprimer, la loi du 4 mai 2004 n'a pas modifié l'article L 2251-1 précité, mais a réduit à sa plus simple expression le principe de faveur qui constitue le prolongement de l'ordre public social dans l'articulation entre les autres sources du droit du travail. Néanmoins, il n'est pas certain que le législateur ait le pouvoir de réduire le champ d'application du principe de faveur. En effet, si l'ordre public social n'est qu'une manifestation particulière du principe de faveur, ce dernier a également une valeur constitutionnelle.

SECTION 2 : LE MAINTIEN DU PRINCIPE DE FAVEUR

392 - Le principe de faveur a fait son apparition très tardivement en droit du travail. Ce principe "émergent"¹²²¹ rend compte du caractère protecteur du droit du travail en permettant que la norme la plus favorable aux travailleurs s'applique quelque soit sa position hiérarchique. Ce principe s'applique à toutes les sources du droit du travail de par sa généralité. Pour certains, le principe de faveur est une règle englobante dont l'une des manifestations est l'ordre public social¹²²². Pour d'autres, « principe de faveur et ordre public social ne se confondent pas même si les deux normes se combinent »¹²²³ et reposent de la même idée de protection. Le caractère d'ordre public ne peut être conféré qu'à une loi et non à un accord collectif. De ce fait, il est faux de dire que c'est en vertu de l'ordre public social que le salarié peut prétendre à revendiquer l'application de son contrat de travail plus favorable qu'un accord collectif. L'ordre public social vise à régler les conflits entre normes légales et normes conventionnelles alors que le principe de faveur solutionne les concours entre les autres normes conventionnelles, unilatérales ou contractuelles. Cela dit, il nous paraît plus pertinent de soutenir que l'ordre public social est une des manifestations particulière du principe de faveur, mais qui est dénommé ordre public social parce qu'il met en jeu des lois impératives¹²²⁴.

393 - En application du principe de faveur, un accord d'entreprise ou d'établissement ne pouvait qu'être plus favorable qu'une convention ou un accord de branche qui ne pouvait être que plus favorable qu'un accord national interprofessionnel. Ce phénomène de "cliquet anti retour" était complété par le principe selon lequel les partenaires sociaux pouvaient négocier sur tous les thèmes à tous les niveaux. Cette confusion a amené les partenaires sociaux à clarifier le rôle respectif de chaque norme. Suite à la conclusion de l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995¹²²⁵ et de la position commune du 16 juillet 2001¹²²⁶, le législateur a modifié l'articulation des normes en supprimant l'application du principe de faveur entre les conventions et accords de niveaux différents. La loi du 04 mai 2004¹²²⁷ confère ainsi à l'accord d'entreprise une plus grande autonomie par rapport à la branche. Néanmoins, elle a réduit la portée du principe de faveur (B) sur la base d'une nature juridique incertaine (A). En effet, comment soutenir que le principe de faveur, qui englobe l'ordre public

social et qui constitue « l'âme du droit du travail »¹²²⁸, ne puisse pas échapper au bon vouloir du législateur ?

I. Un principe essentiel du droit du travail aux fondements fragiles

394 - Le principe de faveur, essence ou âme du droit du travail, donne sa spécificité à ce droit. Gérard Lyon-Caen a défini le droit du travail en 1951 comme « l'ensemble des règles qui régissent : l'exploitation du travail humain en régime capitaliste, les instruments de lutte ouvrière contre cette exploitation et les résultats de cette lutte, c'est-à-dire les modifications incessantes subies par le régime d'exploitation lui-même »¹²²⁹. Cette définition montre que le droit du travail admet et reconnaît une certaine exploitation de l'Homme par l'Homme¹²³⁰. Cependant, elle montre également que la combinaison des différentes sources du droit du travail doit permettre d'améliorer les droits des travailleurs ou d'en instituer de nouveaux¹²³¹. Aujourd'hui, cette définition trouve écho dans le rapport établi par Michel De Virville qui rappelle que « *Le droit du travail est né et s'est développé au croisement de l'efficacité économique et des droits des salariés. Il poursuit en effet deux missions essentielles. Il protège le salarié placé dans une situation de subordination juridique, garantissant le respect de ses droits individuels et collectifs, tels qu'ils sont fixés par la loi et la négociation collective. Il contribue à une organisation efficace de l'activité économique des entreprises, en donnant à l'employeur un pouvoir de direction clair et sans ambiguïté lui permettant d'encadrer et d'orienter l'activité des salariés. Il est par là même source d'emploi* »¹²³². Le droit du travail repose donc sur l'opposition pouvant exister entre protection des salariés et de l'intérêt de l'entreprise. Ainsi, l'accord d'entreprise n'est pas uniquement « un instrument de démocratisation de la vie économique et de développement de la citoyenneté d'entreprise »¹²³³, il a également pour objet « d'améliorer la condition salariale »¹²³⁴. Le principe de faveur assure la protection des travailleurs sans pour autant entraver l'adaptation des entreprises.

A. Un principe d'articulation des normes

395 - Le principe de faveur fonde le caractère protecteur du droit du travail tant dans la création des normes sociale que de leur application. Il constitue un guide général dans la création des normes sociales (1) et une solution en cas de conflit (2).

1. Le principe de faveur et la création des normes sociales

396 - La lecture de certaines dispositions du Code du travail nous indique qu'il est tout à fait possible pour une norme de niveau inférieur de contenir des dispositions plus favorables aux travailleurs. En droit du travail (conformément à la théorie de Kelsen) la norme inférieure est conditionnée par la norme qui lui est directement supérieure. Or, ce qui conditionne la création de la norme inférieure est son caractère plus favorable. Le principe de faveur jouit ainsi d'une place centrale dans notre ordre juridique social. Il englobe donc l'ordre public social qui se limite au caractère plancher impératif que présentent les lois en droit du travail. Le fait qu'une convention ou un accord collectif de travail puisse contenir des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles des lois et règlements en vigueur n'est finalement qu'une application particulière du principe de faveur en tant que règle d'articulation dans la création des normes composant le droit du travail. Cela permet d'expliquer qu'une disposition moins favorable n'est pas annulée comme contraire à l'ordre public social, mais simplement écartée au profit de la disposition plus favorable d'une norme inférieure.

397 - Le principe de faveur, en sa qualité de guide pour la création des normes sociales, se retrouve au sein des articles L 2251-1, L 2252-1, L 2253-1 à L 2253-3 et L 2254-1 du Code du travail¹²³⁵. Quelque soit la façon dont il est formulé, le principe de faveur vise à ce que la norme inférieure puisse contenir des dispositions plus favorables que celles qui lui sont supérieures. Une formulation positive se retrouve au sein de l'article L 2251-1 du Code du travail qui dispose que « la convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que les lois et règlements en vigueur ». *A contrario*, les conventions collectives ou accords ne peuvent en aucun cas contenir des dispositions moins favorables que celles des lois et règlements en vigueur. C'est cette formulation négative que nous retrouvons aux articles L 2252-1, L 2253-1 à L 2253-3 et L 2254-1 du même Code. Le premier nous apprend que les conventions ou accords de branche ne peuvent pas contenir des

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

dispositions moins favorables aux salariés que celles qui leur sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial et professionnel plus large. Le second reprend la même prohibition des clauses moins favorables entre accords d'entreprise et accords de branche. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004, cette interdiction de clauses moins favorable est conditionnée par la volonté expresse des partenaires sociaux. Ainsi, l'accord de niveau inférieur peut contenir des dispositions moins favorables aux salariés que celles d'un accord supérieur sauf si cet accord a expressément prévu qu'il est en tout ou partie impératif, c'est-à-dire uniquement améliorable. Néanmoins, l'article L 2253-3 du Code du travail prévoit que les dispositions réputées impératives par le législateur ne peuvent faire l'objet d'aucune diminution par voie d'accord d'entreprise¹²³⁶ même lorsque les partenaires sociaux n'en ont pas manifesté la volonté.

398 - La formulation de l'article L 2254-1 du Code du travail, relatif à l'articulation entre accords collectifs et contrats de travail, diffère des formulations précédemment étudiées. En effet, cet article ne conditionne pas l'élaboration du contrat de travail à son caractère plus favorable. Il se limite à résoudre les concours pouvant exister entre les dispositions du contrat et des conventions ou accords collectifs. Les auteurs qui ne voient dans le principe de faveur qu'un principe d'articulation résolvant les conflits de normes ont logiquement limité le siège de ce principe à cet article du Code ou en ont fait la principale manifestation¹²³⁷.

399 - À la lecture des différentes manifestations du principe de faveur, on peut conclure qu'il s'agit d'une règle conférant à notre ordre juridique social toute sa cohérence en permettant à chaque norme d'être plus favorable aux salariés que celle qui lui est supérieure. Chaque norme constitue ainsi un plancher qui sert de point de départ à l'élaboration des normes inférieures. C'est ce caractère plancher que le législateur a remis en cause en consacrant les accords dérogatoires à la loi et à des conventions ou accords couvrant un champ d'application plus large.

2. Le principe de faveur et l'application des normes sociales

400 - Au stade de l'application des normes sociales, il se peut que des conflits se produisent. Lors de concours ou de conflits, les avantages ayant le même objet ne

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

peuvent être appliqués cumulativement et seul celui qui est le plus favorable au salarié doit l'être¹²³⁸. Néanmoins, la règle du non-cumul des avantages ayant le même objet ou la même cause ne s'applique que si les partenaires sociaux n'ont pas expressément prévu le cumul¹²³⁹. Le principe de faveur permet ainsi de résoudre les conflits existant entre toutes les normes sociales à l'exception de la loi pour laquelle c'est son caractère d'ordre public social qui va réguler le conflit. En définitive, les juges appliquent le principe de faveur pour solutionner les concours entre conventions collectives et accords de niveaux différents (en application des articles L 2252-1 et L 2253-1 à L 2253-3 du Code du travail), entre conventions ou accords collectifs et contrat de travail (en application de l'article L 2254-1 du Code du travail). Ils font du principe de faveur une règle générale de résolution de conflit détachable des dispositions du Code en l'appliquant aux usages et accords atypiques.

Qu'il s'agisse d'une hypothèse visée par le Code ou pas, dès lors qu'existe un conflit ou un concours entre des normes sociales de niveaux différents (a), le principe de faveur oblige les juges à opérer une comparaison entre les normes concurrentes (b) et à appliquer celle qui est la plus favorable au salarié.

a. Détermination des concours soumis au principe de faveur

401 - Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004, le principe de faveur ne s'applique plus à certains concours. Ainsi, lorsqu'existe un conflit entre normes conventionnelles de niveaux différents, ce n'est plus systématiquement la plus favorable qui l'emporte. En effet, la disposition la plus favorable s'applique uniquement si les partenaires sociaux en décident expressément ainsi¹²⁴⁰, si un accord antérieur à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi est en cause¹²⁴¹ et ou si on touche aux quatre domaines visés à l'article L 2253-3 du Code du travail auxquels les accords d'entreprise ne peuvent apporter aucune dérogation¹²⁴². Par ailleurs, le principe de faveur continue à solutionner les conflits se présentant entre une norme conventionnelle et le contrat de travail, entre le contrat et un usage...

402 - La difficulté est de déterminer s'il y a concours. Pour les juges, il y a concours lorsque des dispositions contenues dans des normes de niveaux différents ont le même objet ou la même cause¹²⁴³. Cette prescription, tout aussi simple qu'imprécise¹²⁴⁴, pose des difficultés non négligeables pour les magistrats. Cette imprécision explique en

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

partie que les solutions jurisprudentielles soient parfois contradictoires. D'après la jurisprudence, il y a concours, donc impossibilité de cumul, entre une indemnité de licenciement et une allocation de mise à la retraite¹²⁴⁵. Par contre, ne sont pas en concours une indemnité conventionnelle de licenciement et les prestations offertes par un régime de prévoyance¹²⁴⁶. Afin de redonner une certaine cohérence à la jurisprudence sur cette question de concurrence, il est nécessaire de fixer clairement les conditions d'existence d'un conflit. Il y a conflit lorsque deux dispositions de niveaux différents ont le même objet ou la même cause. Quatre conditions semblent en découler. Il faut tout d'abord que deux ou plusieurs normes issues de sources différentes règlent un objet identique. Il faut ensuite que le conflit ne porte pas sur des thèmes qui relèvent exclusivement d'une source particulière¹²⁴⁷. Il faut encore que les normes de niveaux différents coexistent et produisent leurs effets de manière simultanée. Et enfin, il doit y avoir une incompatibilité entre les normes de niveaux différents réglant le même objet¹²⁴⁸. Ces quatre conditions étant cumulatives, il n'y a pas conflit lorsque des normes ont des objets différents ou complémentaires, lorsqu'elles ne sont pas soumises à une compétence exclusive, se succèdent dans le temps et enfin, sont conciliables¹²⁴⁹.

Ces prescriptions s'appliquent aisément lorsqu'il s'agit d'une appréciation avantage par avantage. Cependant, leur mise en œuvre est plus difficile lorsque la méthode de comparaison englobe des dispositions qui ne sont pas de même nature et qui n'ont pas le même objet.

b. Comparaison des avantages concurrents

403 - Dès lors que le principe de faveur est applicable et qu'il existe un concours ou un conflit entre deux normes de niveaux différents, seule la plus favorable a vocation à recevoir application. Une comparaison doit donc s'opérer pour déterminer la disposition la plus favorable au salarié. Dans la mesure où seules les dispositions ayant le même objet ou la même cause sont concurrentes, il est logique que la méthode de comparaison retenue soit analytique et non globale. Cependant, le développement d'accords "donnant-donnant" (dans lesquels des contreparties réciproques sont consenties) crée une indivision entre des dispositions n'ayant pas le même objet ou la même cause. Les juges ont modifié leur position pour ce type particulier d'accord en considérant que les contreparties réciproques forment un tout indivisible. En toute

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

hypothèse, pour déterminer la disposition la plus favorable, les juges doivent rechercher les dispositions les plus favorables à l'ensemble des salariés concernés.

a. Une comparaison analytique

404 - Prenant appui sur le principe dégagé par la Cour de cassation, selon lequel, « en cas de concours de conventions collectives, les avantages ayant le même objet ou la même cause ne peuvent, sauf stipulation contraire, se cumuler, le plus favorable d'entre eux devant seul être accordé »¹²⁵⁰, les juges ont opté pour une méthode de comparaison analytique¹²⁵¹. La comparaison ne se fait pas règle par règle, mais par ensemble d'avantages se rapportant à la même cause¹²⁵². Les juges rejettent ainsi, la possibilité pour un salarié de se prévaloir d'une durée de congés payés posée par une convention collective et d'une définition des périodes de travail effectif ouvrant droit à congé posé par une autre convention¹²⁵³.

405 - Si cette méthode de comparaison apparaît simple lorsque les dispositions en cause sont quantifiables, elle est beaucoup plus difficile à appliquer lorsque ces dispositions ne sont pas quantifiables ou lorsque les dispositions concurrentes sont liées à d'autres se rapportant à un autre objet ou une autre cause. Lorsque cette méthode de comparaison a été posée, le seul rôle de la négociation était d'améliorer la situation des travailleurs. En d'autres termes, le droit du travail ne connaissait à cette époque que des négociations de progrès social¹²⁵⁴. Or, l'apparition des accords "donnant-donnant", dans lesquels l'employeur consent de nouvelles avancées en contrepartie d'abandons d'avantages acquis, a créé une certaine indivisibilité entre ces contreparties. Cela a forcé le juge à adapter son mode de comparaison. L'exemple le plus révélateur est celui des accords sur l'emploi. Depuis le milieu des années 90, les partenaires sociaux ainsi que le gouvernement affirment leur volonté de négocier sur les conditions permettant de donner une nouvelle impulsion à l'emploi et à la lutte contre le chômage¹²⁵⁵. Cette évolution a amené les employeurs à mettre l'emploi dans la balance conventionnelle. Ainsi, se sont développés des accords "donnant-donnant" dans lesquels l'employeur s'engage à ne pas licencier en contrepartie de la suppression d'un ou de plusieurs avantages conventionnels. Comment déterminer la disposition applicable aux salariés ? Quelle disposition est la plus favorable compte tenu du fait que l'emploi est en cause et qu'il constitue avec l'avantage supprimé un tout indivisible ? La Cour de cassation,

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

dans son arrêt Géophysique du 19 février 1997, adopte une méthode de comparaison globale¹²⁵⁶. En l'espèce, un accord d'entreprise relatif à une prime est révisé par un autre accord conclu entre une partie seulement des signataires initiaux. De plus, cet accord de révision diminuait de moitié la prime et posait en contrepartie une prime de résultat et un engagement de maintenir l'emploi. Certains salariés ont revendiqué l'application de l'ancienne prime plus favorable. La cour d'appel a accordé l'octroi de l'ancienne prime au motif que le nouvel accord « ne pouvait être considéré comme plus favorable que celui de 1980 dans la mesure où la réduction de la prime n'était pas compensée par une mesure financière d'un montant équivalent, mais avait pour objet essentiel de permettre la diminution du nombre de licenciements ». Les juges du fond ont appliqué la méthode analytique (avantage par avantage) pour conclure que l'ancienne prime n'était pas compensée par une disposition ayant le même objet ou la même cause, mais par une disposition visant à diminuer le nombre de licenciements. La Cour de cassation a censuré la Cour d'appel et a rappelé (outre la question de la révision) que « la détermination du régime le plus favorable doit résulter d'une appréciation tenant compte des intérêts de l'ensemble des salariés et non de tel ou tel d'entre eux » et qu'en l'espèce, « la prime semestrielle était compensée par une prime sur les résultats et que cette suppression avait en outre pour contrepartie le maintien des salariés dans leur emploi menacé [...], ce dont il résultait que l'accord de 1986 (le nouvel accord) était plus favorable aux salariés ». Ainsi, sans le dire expressément, les juges ont interprété de manière globale les concessions réciproques pour déterminer le caractère plus ou moins favorable du nouvel accord. C'est sur la base de cet arrêt qu'une partie de la doctrine a cru bon de soutenir que la Cour de cassation avait abandonné la comparaison analytique au profit de la comparaison globale. Même si cette solution a été rappelée en 1999¹²⁵⁷ dans une espèce similaire, il ne faut pas conférer à cet arrêt une portée aussi générale¹²⁵⁸. Tout au plus il faut retenir de ces arrêts que l'accord "donnant-donnant" s'accorde mal avec la méthode analytique compte tenu de l'indivisibilité de ses concessions réciproques. Les arrêts les plus récents démontrent bien que la Cour de cassation n'a pas abandonné sa méthode de comparaison qui demeure analytique,¹²⁵⁹ mais elle l'adapte aux accords "donnant-donnant" en se basant objectivement sur l'intérêt de l'ensemble des salariés. C'est donc parce que le maintien de l'emploi est plus favorable à la collectivité que l'employeur peut minorer ou supprimer un avantage conventionnel de moindre importance¹²⁶⁰.

406 - En définitive, l'appréciation du caractère plus ou moins favorable d'un accord par rapport à un autre de niveau différent ne peut se faire selon une méthode unique. La méthode analytique doit être appliquée par principe sauf lorsqu'il s'agit d'un accord "donnant-donnant" pour lequel, la méthode globale est plus pertinente. Quelque soit la méthode de comparaison retenue, l'appréciation du caractère plus favorable doit toujours être faite par rapport à l'ensemble des salariés.

β. Une comparaison objective au regard de l'intérêt de l'ensemble des bénéficiaires

407 - Pour déterminer la norme la plus favorable, il est nécessaire de prendre en considération l'ensemble des salariés concernés et non seulement l'un d'eux. Il est inconcevable d'abandonner l'appréciation du caractère plus favorable au subjectivisme. Admettre qu'un même concours puisse avoir des résultats différents selon les individus concernés créerait une certaine instabilité quant à l'application des conventions et accords collectifs de travail. Ainsi, une comparaison objective laissée à la seule appréciation du juge s'impose¹²⁶¹. De plus, la fonction de la convention ou de l'accord collectif d'assurer un traitement homogène des salariés compris dans son champ d'application oblige également à retenir comme référentiel d'appréciation l'intérêt de l'ensemble des salariés.

408 - La jurisprudence est encore hésitante et ne semble pas encore avoir opté pour une solution unique et définitive de comparaison. Ce flottement¹²⁶² jurisprudentiel est peut-être volontaire et permet d'éviter que les juges ne s'enferment définitivement dans une appréciation ou une autre¹²⁶³. L'examen de la jurisprudence démontre que les solutions et modes d'appréciation du caractère plus favorable fluctuent selon qu'un ou plusieurs salariés sont concernés¹²⁶⁴. En d'autres termes, lorsque le résultat du concours ne concerne qu'un salarié, il semble logique d'opérer la comparaison par rapport à son intérêt. Par contre, lorsque la solution du concours vaut pour toute une collectivité, il est tout à fait normal de prendre en considération l'intérêt global de cette collectivité. Lorsque la solution du concours vise à déterminer le statut conventionnel applicable à toute l'entreprise, les juges tiennent compte de l'intérêt de l'ensemble du personnel¹²⁶⁵. De la même manière, lorsque le résultat du concours vise à accorder un droit ou un avantage à un salarié, il est logique d'apprécier le caractère plus ou moins favorable des

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

dispositions par rapport à son intérêt¹²⁶⁶. Comme le soulignent les professeurs Bossu, Dumont et Verkindt dans leur manuel de droit du travail, « face à des enjeux collectifs, la méthode d'appréciation doit être collective »¹²⁶⁷, mais face à des enjeux individuels, la méthode d'appréciation doit être individuelle¹²⁶⁸.

409 - Une difficulté se pose lorsqu'existe une indivision entre des dispositions qui n'ont pas le même objet ou la même cause. Dans ce cas, l'appréciation se fait de manière globale et in abstracto. L'exemple le plus caractéristique de cette appréciation globale et abstraite se trouve dans les accords "donnant-donnant" dans lesquels l'emploi est en cause. Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 19 février 1997, Compagnie générale de géophysique¹²⁶⁹, les juges semblent recourir à une appréciation in abstracto pour déterminer le caractère plus ou moins favorable d'un accord. Cette position s'explique par la nature particulière de ces accords. Admettre une appréciation *in concreto* bouleverserait l'équilibre global de l'accord et créerait des disparités entre les salariés, ce qui irait à l'encontre même de la fonction de la norme conventionnelle. L'appréciation doit se faire *in abstracto* parce que la question du maintien de l'emploi concerne toute la collectivité des salariés de l'entreprise. Cela veut dire que si la contrepartie est individuelle et non collective comme l'emploi, l'appréciation du caractère plus favorable doit se faire par rapport aux intérêts du salarié concerné par le litige. De cette manière, les juges continuent à respecter un certain parallélisme entre le cadre d'application des dispositions conventionnelles en conflit et l'intérêt permettant d'apprécier le caractère plus ou moins favorable. Les juges ont ainsi reconnu plus favorable pour l'ensemble des salariés concernés un régime d'indemnisation du travail posté prévoyant une majoration de 25 % sur le salaire réel de nuit par rapport à un régime prévoyant pour les semaines de travail de nuit une majoration de 15 % du salaire minimum de l'emploi et pour les semaines de travail de jour une majoration de 10 % sur le même salaire¹²⁷⁰. En définitive, dès lors que des dispositions ne font pas l'objet d'une indivision conventionnelle, les juges recherchent celle qui est la plus favorable au(x) salarié(s) concerné(s)¹²⁷¹.

B. Un principe de portée incertaine

410 - Le débat relatif à la nature juridique du principe de faveur est assez ancien. Cependant, ces dernières années, il s'est intensifié à cause du développement des

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

accords organisationnels. Les juges judiciaire, administratif et constitutionnel considèrent que le principe de faveur est un principe général du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution. Une solution qui n'est pas si certaine.

1. La qualification jurisprudentielle de Principe Général du Droit

411 - Alors que le Conseil d'État et le Conseil Constitutionnel qualifient le principe de faveur de principe général ou fondamental du droit du travail, la Cour de cassation parle de principe fondamental sans autre précision. Le principe de faveur a une double dimension. Il est, tout d'abord, une règle de création du droit interdisant à une norme inférieure de contenir des dispositions moins favorables que celle qui lui est supérieure. Néanmoins, il est également une règle de conflit permettant au salarié de revendiquer l'application de la norme qui lui est la plus favorable. Apparaît alors une ligne de démarcation entre le principe de faveur, comme principe fondamental conditionnant la création de normes et comme principe général résolvant les conflits entre normes sociales¹²⁷². La jurisprudence n'opère pas clairement une telle distinction.

412 - La jurisprudence du Conseil Constitutionnel. En 1967, le Conseil Constitutionnel a décidé que le principe du plus favorable était « un principe fondamental au sens de l'article 34 de la Constitution »¹²⁷³. Cette qualification a été reprise dans une décision postérieure du 25 juillet 1989¹²⁷⁴ dans laquelle les juges de la Constitution ont affirmé que « constitue un principe fondamental du droit du travail, le principe selon lequel une convention collective de travail peut contenir des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles des lois et règlements »¹²⁷⁵. La formulation de ces décisions est sans équivoque quant à la nature juridique du principe de faveur. Cependant, les décisions postérieures sont plus ambiguës.

413 - Dans sa décision du 6 novembre 1996, le Conseil Constitutionnel devait examiner la constitutionnalité des dispositions permettant au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel de négocier des accords collectifs de travail. D'après les députés et sénateurs à l'origine de la saisine, ces dispositions étaient contraires au principe de faveur. Sans véritablement examiner la nature juridique du principe de faveur, les juges ont décidé que les dispositions contestées « se bornaient à prévoir des

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

procédures nouvelles de conclusion de conventions ou d'accords collectifs de travail »¹²⁷⁶ et qu'en conséquence, le principe de faveur n'était pas affecté.

414 - Dans sa décision du 13 janvier 2003, le principe de faveur a été invoqué par les parlementaires aux fins de faire échec à loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi¹²⁷⁷. Dans leur saisine, les parlementaires soutenaient que le principe de faveur, énoncé à l'article L 2251-1 du Code du travail, était un principe fondamental reconnu par les lois de la République à valeur constitutionnelle¹²⁷⁸ et qu'il constituait « une exigence constitutionnelle de nature à protéger les salariés et propre à aménager l'harmonie des normes entre la loi et la négociation collective, pour toujours aller dans le sens de la protection des travailleurs »¹²⁷⁹. Les juges constitutionnels ont répondu de manière péremptoire que « le principe ainsi invoqué ne résultait d'aucune disposition législative antérieure à la Constitution de 1946, et notamment pas de la loi du 24 juin 1936 susvisée ; que, dès lors, il ne pouvait être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du Préambule de la Constitution de 1946 »¹²⁸⁰. Bien que la réponse du Conseil Constitutionnel soit souveraine, il nous est quand même permis d'émettre quelques doutes sur son bien fondé. En réalité, les dispositions contenues à l'article L 2251-1 du Code du travail¹²⁸¹ ont bien été instituées par la loi du 24 juin 1936¹²⁸², c'est-à-dire sous la III^e République et ont été appliquées de manière constante depuis¹²⁸³. Si l'on considère que l'ordre public social n'est qu'une manifestation particulière du principe de faveur et que l'ancien article L 2251-1 du Code du travail a été créé par la loi de juin 1936 précitée, le principe de faveur constitue indéniablement un Principe Fondamental Reconnu par les Lois de la République.

415 - En définitive, la décision du Conseil Constitutionnel la plus riche d'enseignements a été rendue le 29 avril 2004 à propos de la loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social¹²⁸⁴. Cette loi du 4 mai 2004 remet en cause l'articulation entre conventions et accords collectifs couvrant des champs territoriaux et professionnels différents. Ainsi, l'article 41 de cette loi modifie les articles L 2252-1 et L 2253-1 à L 2253-3 du Code du travail de manière à ce qu'une convention ou un accord couvrant un champ plus restreint puisse déroger à un accord couvrant un champ plus large sauf lorsque ce dernier en dispose autrement. Avant cette

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

réforme, ces textes disposaient que les accords de niveau inférieur pouvaient contenir des dispositions plus favorables que celles qui leur étaient supérieures. L'examen de ces articles démontre que le principe de faveur est un principe conditionnant la création des normes sociales en leur permettant de contenir des dispositions toujours plus favorables aux travailleurs. Lors de la saisine du Conseil Constitutionnel, les parlementaires arguaient du fait que ce principe de création de norme devait être regardé comme un principe fondamental du droit du travail auquel le législateur ne pouvait porter atteinte que de manière limitée et expresse¹²⁸⁵. Le Conseil a reconnu la constitutionnalité du texte et a affirmé que *« les articles 41 et 42 de la loi déférée n'ont ni pour objet ni pour effet de modifier, d'une part, les rapports entre les normes législatives ou réglementaires et les accords collectifs, et, d'autre part, les rapports entre les accords collectifs et les contrats de travail ; qu'ils se bornent à régir l'articulation entre les différents accords collectifs afin d'ouvrir à des accords de niveau inférieur la faculté de déroger à un accord de niveau supérieur, sous réserve que les signataires de ce dernier n'aient pas exclu cette faculté ; que ces accords devront, selon les cas, soit ne pas avoir fait l'objet d'une opposition de la part d'une majorité d'organisations syndicales ou de la part des organisations syndicales majoritaires, soit avoir été signés par des organisations syndicales majoritaires, dans les conditions prévues par l'article 37 de la loi déférée ; que la possibilité, pour un accord d'entreprise, de déroger à un accord de niveau supérieur est exclue en matière de salaires minima, de classifications et de garanties collectives dans le cadre de la mutualisation de certains risques et des fonds de la formation professionnelle ; qu'enfin ces nouvelles dispositions n'auront pas de portée rétroactive, comme le précise l'article 45 de la loi déférée ; que, compte tenu de l'ensemble de ces garanties, le législateur n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence »*. Comment interpréter cette réponse du Conseil Constitutionnel ? Le Conseil semble avoir admis que le législateur ne pouvait pas toucher à l'articulation entre normes légales et normes conventionnelles et entre accords collectifs et contrats de travail. La motivation aurait pu s'arrêter là. Cependant, cherchant à se justifier, les juges ont affirmé que cette faculté de dérogation ouverte entre accords collectifs de niveaux différents était suffisamment encadrée¹²⁸⁶. Est-ce reconnaître que les articles L 2252-1 et L 2253-1 à L 2253-3 du Code du travail étaient une traduction de ce principe fondamental du droit du travail dénommé principe de faveur ?

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

Bien que le Conseil ait déjà statué sur la nature juridique du principe de faveur, les parlementaires auraient pu motiver également leur saisine sur l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. La réponse n'aurait peut-être pas été différente, cependant, elle aurait obligé le Conseil à s'expliquer sur ce point. Bien que cette nature juridique de principe fondamental du droit du travail à valeur législative ne soit pas satisfaisante, elle a également été retenue par les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif.

416 - La jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État. La généralité du principe de faveur rend difficile son appréciation. Les juges semblent en faire un principe "englobant" laissant des traces dans certains articles du Code du travail¹²⁸⁷. Il n'est alors pas étonnant que les juges l'aient qualifié de principe "fondamental" ou "général" du droit du travail tant il transcende la matière et reflète le caractère protecteur et progressiste consubstantiel au droit du travail.

417 - Depuis les arrêts EDF¹²⁸⁸ et SNCF¹²⁸⁹ du 17 juillet 1996, la Cour de cassation affirme régulièrement qu'en vertu du principe fondamental de faveur, en droit du travail, « la situation des salariés doit être régie, en cas de conflit de normes, par celle qui leur est la plus favorable »¹²⁹⁰. La généralité de la formule et l'absence de disposition précise du Code du travail ne trompent donc pas : le principe de faveur est bien un principe fondamental inhérent au droit du travail. Lorsque la Cour de cassation parle de « normes », elle n'opère aucune distinction selon les normes en conflit. Il peut s'agir d'un conflit entre la loi et un accord, d'un conflit entre un contrat de travail et un usage, voire même un conflit entre la loi et le statut national de certaines entreprises telles qu'EDF-GDF et SNCF. Si la généralité du principe de faveur ne pose pas de difficulté pour la Cour de cassation, elle ne se prononce pas clairement sur son autorité ou plus exactement sur sa place dans la hiérarchie des normes. La Cour de cassation reconnaît-elle au principe de faveur une portée constitutionnelle ? Bien qu'elle ne l'ait jamais affirmé clairement, la chambre sociale de la Cour de cassation semble admettre que le principe de faveur soit un principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution. En conséquence, le principe de faveur doit servir de guide de l'action du législateur qui ne peut y porter atteinte que de manière limitée, exceptionnelle et justifiée. Cependant, nous devons en déduire que le principe de faveur

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

n'a pas de portée constitutionnelle pour la Cour de cassation. Il en va de même pour le Conseil d'État qui le qualifie de principe général du droit du travail.

418 - Dans son avis de 1973, le Conseil d'État avait admis qu'une convention puisse être étendue alors même qu'elle dérogeait à une disposition légale dans un sens plus favorable au travailleur. Il a également décidé que la loi était améliorable par voie conventionnelle conformément à un principe général du droit retranscrit à l'article L 2251-1 du Code du travail. C'est sur la base de ce principe général du droit du travail que les juges se sont fondés pour limiter le pouvoir réglementaire. Le Conseil d'État a notamment retenu le même raisonnement dans son arrêt CGT du 8 juillet 1994. En l'espèce, un décret avait autorisé des accords d'entreprise ou d'établissement à allonger jusqu'à deux ans le délai d'un an fixé à l'article R 4624-16 du Code du travail, à l'issue duquel devait être renouvelé l'examen médical dont bénéficie tout salarié. Le Conseil d'État en a profité pour réaffirmer le principe selon lequel « *conformément au principe général du droit du travail [...] le pouvoir réglementaire ne peut, sauf habilitation législative expresse, prévoir des conventions collectives comportant des stipulations moins favorables aux travailleurs, que les dispositions qu'il a lui-même édictées* »¹²⁹¹. Il en résulte que seul le législateur dispose du pouvoir de prévoir que des conventions ou des accords collectifs du travail puissent contenir des dispositions moins favorables aux salariés. Cela semble logique compte tenu de la place infra-législative, mais supra-réglementaire qu'occupent les principes généraux dans la hiérarchie des normes.

419 - L'examen de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour de cassation révèle que le principe de faveur revêt la nature juridique et la normativité d'un principe général du droit du travail ou fondamental au sens de l'article 34 de la Constitution¹²⁹². La conséquence en est qu'il est possible au législateur, sous certaines restrictions et conditions, d'y apporter des aménagements. C'est pour cette raison que la loi du 4 mai 2004 (et plus particulièrement ses articles 41 à 43) a été validée par le Conseil Constitutionnel. Cette position est doublement critiquable. Si l'on se rallie à la position adoptée par les juges constitutionnels, on reste dubitatif quant au raisonnement qui est suivi pour conclure à la constitutionnalité du texte. Par ailleurs, il est encore possible de soutenir que le principe de faveur est un principe fondamental reconnu par les lois de la République à valeur constitutionnelle.

2. La possible reconnaissance d'un Principe Fondamental Reconnu par les Lois de la République

420 - Le principe de faveur, dans sa dimension conditionnant la création de normes aussi bien que dans celle résolvant les conflits, doit être qualifié de principe fondamental reconnu par les lois de la République. Cependant, reconnaître un nouveau principe fondamental à valeur constitutionnelle n'aurait peut-être pas, pour autant, entaché la loi du 4 mai 2004 d'inconstitutionnalité. En effet, la loi précitée ne modifie pas l'article L 2251-1 du Code du travail, seul à remplir les conditions d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Néanmoins, il convient de rappeler que l'article précité n'est qu'une manifestation particulière du principe de faveur et non sa source exclusive.

421 - La qualification de principe fondamental reconnu par les lois de la République, inscrite dans le préambule de la Constitution de 1946¹²⁹³, a été redécouverte par les juges constitutionnels dans la décision du 16 juillet 1971¹²⁹⁴. Pour qu'un principe soit reconnu comme tel, il faut qu'une loi, dont la date est antérieure à la promulgation de la Constitution de 1946 et qui n'a pas connu d'interruption entre sa consécration et cette promulgation, contienne un principe suffisamment important ou fondamental¹²⁹⁵. En d'autres termes, il doit s'agir d'un principe suffisamment important se rattachant au fond législatif de la France¹²⁹⁶.

422 - Le principe de faveur est-il un principe suffisamment important et fondamental pour être considéré comme un principe à valeur constitutionnelle ? Pour répondre à cette première interrogation, il nous faut rechercher quelle a été l'intention des rédacteurs du préambule de la Constitution de 1946 lors de la création de ces principes fondamentaux. Ils estimaient qu'il devait exister une certaine continuité entre les textes révolutionnaires de 1789 et le préambule de 1946¹²⁹⁷. Ils souhaitaient prendre pour référence les périodes républicaines antérieures à la promulgation de la Constitution de 1946 et les droits économiques et sociaux qui y avaient été consacrés. En reconnaissant l'existence des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, l'assemblée constituante a rendu un formidable hommage à un certain nombre de lois sociales ou « progressistes » formant une continuité entre 1789 et 1946¹²⁹⁸. Or, y a-t-il un droit plus fondamental que celui découlant du caractère protecteur du droit du

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

travail ? Le principe de faveur est présent dans plusieurs textes du Code du travail. Outre dans les articles L 2251-1 et L 2254-1, il était également présent aux articles L 2252-1 et L 2253-1 à L 2253-3. Deux de ces quatre textes ont été adoptés avant 1946 et leur application n'a jamais été interrompue. Tout d'abord, l'article L 2251-1 du Code du travail (article L 132-4 ancien Code du travail) a été créé par la loi du 24 juin 1936 bien que le Conseil Constitutionnel en ait décidé autrement le 13 janvier 2003¹²⁹⁹ et le 29 avril 2004¹³⁰⁰. Le législateur de 1936 a introduit dans le Code du travail la logique de faveur en prévoyant que « les conventions collectives ne devaient pas contenir de dispositions contraires aux lois et règlements en vigueur, mais pouvaient stipuler des dispositions plus favorables ». Bien que la formulation ait quelque peu évolué avec le temps, l'idée de faveur était déjà présente en 1936. Cette règle conditionnait la création de conventions et accords collectifs qui pouvaient, sans encourir de nullité, prévoir de nouveaux droits ou améliorer ceux qui existaient déjà. Le principe énoncé disposait donc d'une généralité suffisante pour être reconnu comme principe fondamental reconnu par les lois de la république (PFRLR). Cependant, sa portée se limitait à l'articulation entre lois et textes conventionnels. En effet, seule cette disposition était antérieure à 1946. Doit-on retenir comme PFRLR l'ensemble des manifestations du principe de faveur ou uniquement celui visant l'articulation entre lois et conventions collectives ? Autrement dit, peut-on considérer comme un PFRLR une règle pour partie écrite et pour partie non écrite ? Le Conseil Constitutionnel a toujours refusé d'assimiler une tradition républicaine non écrite à un PFRLR¹³⁰¹. Si l'on opte pour une conception extensive des PFRLR, le principe de faveur est un principe qui vise à régler la création des normes sociales et à résoudre leurs conflits en donnant la priorité à la norme la plus favorable. Si l'on opte pour une conception restrictive, seul le principe de faveur contenu dans l'article L 2251-1 pourrait être considéré comme un PFRLR.

423 - En définitive, il semble que le principe de faveur ne peut pas constituer un PFRLR dans son ensemble. Par contre, il en va différemment pour l'une de ses composantes, à savoir, l'ordre public social qui voit son champ d'action limité aux interactions entre lois et conventions. D'ailleurs, les juges garants de la Constitution ont rappelé dans leur décision du 29 avril 2004, que « les articles 41 et 42 de la loi déferée¹³⁰² n'ont ni pour objet ni pour effet de modifier, d'une part, les rapports entre les normes législatives ou réglementaires et les accords collectifs ». Les juges

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

reconnaissent ainsi que le législateur ne peut pas modifier l'article L 2251-1 du Code du travail parce qu'il dispose d'une autorité supérieure. En tout état de cause, le principe de faveur dans son ensemble demeure un principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution, ce qui permet au législateur d'en limiter la portée. Cependant, le principe de faveur, issu de l'ordre public social, mais disposant d'une portée plus large, aurait dû disposer d'une normativité beaucoup plus forte et donc échapper au bon vouloir du législateur.

Compte tenu des dernières évolutions législatives, le champ d'application du principe de faveur a été considérablement réduit.

II. Un principe essentiel au champ d'application limité

424 - Le principe de faveur conditionne tant la création des normes sociales que leur articulation de manière à faire prévaloir la norme la plus favorable aux salariés. Lors de l'élaboration des normes sociales, le principe de faveur se manifeste en autorisant une norme hiérarchiquement inférieure à contenir des dispositions plus favorables qu'une norme supérieure. Ce principe se retrouvait au sein des articles L 132-4, L 132-13, L 132-23 et L 132-5 de l'ancien Code du travail¹³⁰³. Une convention ou un accord collectif pouvait contenir des dispositions plus favorables que la loi et les accords de branche pouvaient contenir des dispositions plus favorables qu'un accord interprofessionnel... Les juges en avaient alors déduit qu'en cas de concours entre normes sociales de niveaux différents, les avantages ayant le même objet ou la même cause ne se cumulant pas, c'était la disposition la plus favorable au travailleur qui devait recevoir application¹³⁰⁴. La loi du 4 mai 2004 a perturbé cette articulation en restreignant le champ d'application du principe de faveur dans l'articulation des conventions et accords de niveaux différents. Alors que le principe de faveur s'applique pleinement dans les rapports entre loi et convention et entre conventions et contrat de travail, il ne s'applique, dans les rapports entre conventions, que si les parties l'ont expressément prévu.

425 - La loi du 4 mai 2004 n'a pas totalement supprimé le principe de faveur, elle a laissé subsister cinq hypothèses de concours dans lesquelles la norme la plus favorable

doit recevoir application et en ajoute une nouvelle. Ainsi, le principe de faveur continue obligatoirement à régir les relations entre la loi et l'accord collectif, entre les accords collectifs et le contrat de travail comme auparavant. Cependant, il continue à régir les relations entre conventions de niveaux différents uniquement dans trois hypothèses : lorsque l'accord de niveau supérieur a été adopté avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004, lorsque l'accord d'entreprise traite de l'un des quatre thèmes formant le "noyau dur" des accords de branche¹³⁰⁵ et lorsque les signataires de l'accord de niveau supérieur ont expressément prévu son impérativité totale ou partielle à l'égard des accords de niveau inférieur. À ces hypothèses, le législateur a ajouté les concours qui peuvent se produire entre accords d'entreprise ou d'établissement et les accords de groupe¹³⁰⁶.

A. L'articulation entre les accords de branche et les accords couvrant un champ territorial et professionnel plus large

426 - L'article L 2252-1 du Code du travail règle les rapports entre les accords de branches et les accords supérieurs. Dans sa rédaction antérieure, cet article établissait une distinction selon que l'accord de niveau supérieur était antérieur ou postérieur à l'accord de branche. Lorsqu'un accord de branche était conclu après un accord couvrant un champ territorial et professionnel plus large, il ne pouvait pas comporter de dispositions moins favorables que celles de l'accord supérieur. De même, lorsqu'un accord de branche était conclu antérieurement à un accord ayant un champ d'application plus large, il devait être adapté afin de "gommer" les dispositions éventuellement moins favorables.

427 - Aujourd'hui, ces règles demeurent, mais sont conditionnées par la volonté des partenaires sociaux. En effet, la règle selon laquelle une « convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel ne peut comporter des dispositions moins favorables aux salariés que celles qui leur sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large » ne vaut plus qu'à « la condition que les signataires de cette convention ou de cet accord aient expressément stipulé qu'il ne pourrait y être dérogé en tout ou partie »¹³⁰⁷. Respectant un certain parallélisme, l'obligation d'adaptation d'un accord d'entreprise à un accord

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

de branche postérieur ne s'applique plus que si une disposition de la convention ou de l'accord de niveau supérieur l'a expressément prévu¹³⁰⁸.

428 - En définitive, les accords de branche conclus antérieurement ou postérieurement à un accord couvrant un champ territorial et professionnel plus large peuvent contenir des dispositions moins favorables qu'un accord supérieur sauf s'il a exclu toute dérogation. Ce bouleversement de logique dans l'articulation entre accords de branches et accords supérieurs pose peu de difficultés car la branche reste le centre normatif du dispositif conventionnel alors que les niveaux supérieurs ont un rôle beaucoup plus "politique"¹³⁰⁹. Ainsi, les hypothèses de concours sont assez limitées.

Il n'en va pas de même en ce qui concerne les rapports entre les accords de branche et les accords d'entreprise dans lesquels le même mécanisme a été transposé.

B. L'articulation entre les accords de branche et les accords d'entreprise

429 - Depuis l'adoption de la loi du 13 novembre 1982, les articles L 2253-1 à L 2253-3 reprennent la même logique que celle existant à l'article L 2252-1 du Code du travail. Ce texte règle l'articulation entre accord de branche et d'entreprise en distinguant selon leur date de signature. Lorsque l'accord d'entreprise est conclu postérieurement à l'accord de branche, ce dernier peut « adapter les dispositions des conventions de branche ou des accords professionnels ou interprofessionnels applicables dans l'entreprise aux conditions particulières de celle-ci ou des établissements considérés ». En plus d'aménager les dispositions de la branche, l'accord d'entreprise peut également « comporter des dispositions nouvelles et des clauses plus favorables aux salariés »¹³¹⁰. Lorsqu'un accord de branche est conclu postérieurement à un accord d'entreprise, l'article L 2253-2 prévoit que cet accord d'entreprise doit être modifié de manière à ce que l'accord inférieur ne contienne pas de dispositions moins favorables que l'accord qui lui est supérieur. Bien que cela ne soit pas clairement exprimé par le texte, la jurisprudence considère que lorsqu'un accord de branche est conclu postérieurement à un accord d'entreprise et que ce dernier contient des dispositions moins favorables aux salariés, cela n'empêche pas les dispositions plus favorables de s'appliquer¹³¹¹.

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

430 - Cette articulation privilégiant l'application de la norme la plus favorable, tout en évitant que des conflits puissent se produire, a été remise en cause par la loi du 4 mai 2004. Dans les nouveaux articles L 2253-1 à L 2253-3 du Code du travail, la logique d'articulation est inversée. Sauf dans quatre matières précisément visées à l'article L 2253-3 du Code du travail, le principe est que « la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut comporter des dispositions dérogeant en tout ou en partie à celles qui lui sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord en dispose autrement ». Sauf dans les quatre domaines constituant le "noyau dur" de la branche, l'application du principe de faveur est écartée dès lors que les partenaires sociaux de la branche n'ont pas conféré à leur accord une certaine impérativité. L'accord d'entreprise se voit donc « débridé »¹³¹² et libéré des accords supérieurs sauf pour certains thèmes indérogeables et sauf l'éventuelle volonté des négociateurs de la branche. L'impérativité de l'accord de branche devient ainsi doublement supplétive.

431 - Les dispositions formant le "noyau dur"¹³¹³ de la branche, auxquelles aucun accord d'entreprise ne peut déroger, sont les salaires minima, les classifications, les garanties collectives mentionnées à l'article L 912-1 du Code de la sécurité sociale et la mutualisation des fonds recueillis au titre du livre IX du Code du travail. Ainsi, la circulaire d'application de la loi du 4 mai 2004¹³¹⁴ prévoit que les salaires minima se définissent comme « les salaires minima hiérarchiques horaires ou mensuels et les salaires garantis minima mensuels ou annuels (RAG) correspondant aux grilles de classification fixées par la convention ou l'accord collectif de branche »¹³¹⁵. Il n'est pas utile de rappeler l'impérativité accordée aux grilles de salaire négociées au niveau des branches car l'article L 2253-4 l'affirme déjà¹³¹⁶. En définitive, l'innovation est plus notable concerne les classifications¹³¹⁷. En effet, la loi reconnaît leur impérativité au même titre qu'aux salaires minima. Une clarification importante dans la mesure où l'employeur peut toujours adapter les classifications aux spécificités de son entreprise dans la limite des dispositions fixées par la convention de branche. En verrouillant ainsi les deux domaines complémentaires que sont les salaires et les classifications¹³¹⁸, le législateur évite toute variation des salaires et des règles qui permettent sa fixation.

Sont également impératives la mutualisation des fonds recueillis pour la formation professionnelle, c'est à dire, tout ce qui touche au régime de la collecte et de l'usage

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

des fonds par les organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA) et « les garanties collectives mentionnées à l'article L 912-1 du Code de la sécurité sociale ». Ces garanties complémentaires sont, la plupart du temps, régies par voie conventionnelle et ont notamment pour objet « la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité ou d'invalidité... »¹³¹⁹. Ainsi, lorsque de telles garanties complémentaires sont rendues obligatoires par la convention collective ou un accord de branche, les entreprises relevant de ces accords ne peuvent pas négocier des accords qui y dérogeraient. Le domaine des garanties complémentaires du titre 1^{er} du livre IX du Code de la sécurité sociale intègre ainsi le "noyau dur" de la branche auquel l'accord d'entreprise ne peut apporter aucune dérogation ni limitation.

432 - Pour conclure, il convient de préciser que la loi du 4 mai 2004 a posé une clause de sécurisation pour les conventions et accords de branche conclus antérieurement à son entrée en vigueur. Son article 45 dispose que « la valeur hiérarchique accordée par leurs signataires aux conventions et accords conclus avant l'entrée en vigueur de la présente loi demeure opposable aux accords de niveaux inférieurs ». Cet article déclare impératifs les accords conclus avant le 5 mai 2004. Grâce à cet article, le bouleversement annoncé par cette réforme n'a pas eu lieu. En effet, beaucoup de conventions et d'accords de branches ou interprofessionnels antérieurs à l'entrée en vigueur de la réforme ont été conclus à durée indéterminée. Cela veut donc dire que la nouvelle articulation que nous décrivons et la faculté générale de dérogation que nous critiquons ne vont se mettre en place que sur une longue période¹³²⁰. Cela est confirmé par le bilan de la négociation collective 2008 établi par la DARES. Ainsi, une distinction s'est opérée entre les accords postérieurs à la réforme, auxquels la faculté de déroger s'applique et les conventions ou accords antérieurs pour lesquels cette faculté est mise entre parenthèses. Les conventions ou accords antérieurs font l'objet de révisions régulières. La question est alors de savoir si les dispositions des articles 41 à 43 de la loi du 4 mai 2004 s'appliquent aux accords de révision ? Autrement dit, est-ce qu'un avenant de révision d'un accord antérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004 permet aux accords de niveau inférieur d'y déroger ? La réponse à cette question nous est donnée par la circulaire d'application du 22 septembre 2004. D'après l'article 2 de la fiche 2 de cette circulaire, « *Lorsqu'un avenant se borne*

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

à modifier certaines clauses d'un accord conclu antérieurement à la loi, les nouvelles règles en matière de hiérarchie des accords ne s'appliquent qu'aux clauses ainsi modifiées, ainsi qu'aux clauses directement liées à celles-ci, et non à l'ensemble de l'accord »¹³²¹. Selon ce texte, seules les dispositions révisées auxquelles n'ont pas été expressément conféré d'effet impératif peuvent faire l'objet de dérogation par des accords de niveau inférieur. Ensuite, lorsque les clauses révisées sont indivisibles de certaines clauses préexistantes, le régime applicable à ces clauses révisées s'applique également aux clauses avec lesquelles elles forment un bloc. Ainsi, le caractère impératif ou supplétif conféré à un avenant peut être étendu à d'autres dispositions non révisées. Comme l'a souligné le professeur MORVAN, un tel dispositif présente deux difficultés majeures. D'une part, la lecture des accords est plus complexe puisqu'il faut recenser les dispositions impératives et supplétives. D'autre part, cela rend la tâche des juges plus fastidieuse et difficile en cas de contentieux ce qui peut être source d'une certaine insécurité juridique.

Bien que le législateur ait décidé de généraliser la dérogation et donc l'articulation entre les différents accords collectifs, il consacre une nouvelle catégorie d'accords qui ne peut jamais déroger à d'autres accords de même niveau ou de niveau supérieur : l'accord de groupe.

C. L'articulation entre accords de groupe, accords d'entreprise et accords de branche ou interprofessionnels

433 - Dès 2003, la jurisprudence a reconnu le groupe comme niveau de négociation. Dans l'arrêt AXA du 30 avril 2003¹³²², la chambre sociale de la Cour de cassation a adapté le droit de la négociation collective à la complexification des entreprises¹³²³. Le groupe est devenu un niveau pertinent de négociation, permettant d'uniformiser le statut social applicable à toutes les entreprises qui le composent. La seule difficulté réside dans son articulation avec les accords d'entreprise. Confirmant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 31 janvier 2001¹³²⁴, la chambre sociale de la Cour de cassation énonce pour la première fois que les employeurs et les syndicats représentatifs peuvent négocier au niveau du groupe et donc conclure un accord à ce niveau. Cependant, la Cour précise également que ces accords de groupe ne sont valables que s'ils ne se substituent pas à la négociation d'entreprise¹³²⁵. Il semble donc que les accords de groupe doivent porter sur des sujets d'intérêt commun aux personnels des entreprises

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

concernées du groupe et ne pas concurrencer les accords d'entreprise. Ces idées ont été reprises par la loi du 4 mai 2004 dans son article 46 instituant l'article L 2232-30 du Code du travail¹³²⁶.

434 - Le premier alinéa de l'article L 2232-33 du Code du travail dispose que « la convention ou l'accord de groupe emporte les mêmes effets que la convention ou l'accord d'entreprise » et le dernier alinéa¹³²⁷ prévoit que « l'accord de groupe ne peut comporter des dispositions dérogatoires aux accords de branche dont relèvent les entreprises ou établissements qui lui appartiennent, sauf si ces accords l'y autorisent ». Ces deux dispositions règlent donc l'articulation entre accords de groupe, accords d'entreprises et accords de branche ou interprofessionnels.

1. Articulation entre accord de groupe et accord d'entreprise

435 - La loi du 4 mai 2004 place l'accord de groupe au même niveau que l'accord d'entreprise. Ainsi, il est opposable à l'ensemble des salariés, sans que le relai d'un accord d'entreprise soit nécessaire¹³²⁸. Comment se résolvent les conflits qui peuvent survenir entre accords de groupe et accords d'entreprises ? En principe, comme l'ont rappelé les juges dans l'arrêt AXA de 2003, l'accord de groupe ne peut servir qu'à harmoniser des sujets d'intérêt commun sans jamais pouvoir se substituer à la négociation d'entreprise. En d'autres termes, le législateur a entendu consacrer un espace de négociation complémentaire à la négociation d'entreprise et non concurrent. D'ailleurs, la circulaire d'application de la loi du 4 mai 2004 précise clairement que « la négociation de groupe n'a pas vocation, en l'état des textes, à se substituer à la négociation d'entreprise »¹³²⁹. En conséquence, le fait qu'un accord de groupe traite de questions normalement dédiées à la négociation d'entreprise ne prive absolument pas les négociateurs d'entreprise de leur pouvoir¹³³⁰. En sens inverse, que se passe-t-il lorsqu'un accord de groupe contient des dispositions ayant le même objet que celles d'un accord d'entreprise préexistant ? Dans cette hypothèse, l'accord d'entreprise reçoit application sauf dispositions plus favorables de l'accord de groupe. En définitive, nous pouvons remarquer que les accords de groupe n'ont pas vocation à contenir des dispositions moins favorables que les accords d'entreprises et ce, qu'ils soient postérieurs ou antérieurs. Le niveau du groupe constitue un niveau complémentaire par rapport au niveau central qu'est l'entreprise. Bien que l'accord de groupe emporte les

mêmes conséquences que l'accord d'entreprise, il n'a pas vocation à déroger aux conventions ou accords de niveaux supérieurs¹³³¹.

2. Articulation entre accord de groupe et accord de branche ou interprofessionnel

436 - Contrairement aux accords d'entreprise, les accords de groupe restent soumis au principe de faveur tel qu'il existait avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004. La dérogation par un accord de groupe à un accord de niveau supérieur n'est pas totalement exclue, mais doit être expressément prévue par l'accord supérieur. L'article L 2232-35 du Code du travail dispose *in fine* que « *Les conventions ou les accords de groupe ne peuvent comporter des dispositions dérogatoires à celles qui sont 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* ». Ce texte doit s'interpréter de la même manière que les articles L 2251-1, L 2252-1 et L 2253-1 à L 2253-3 du Code du travail. Ainsi, l'accord de groupe peut contenir des dispositions plus favorables que les accords de branches professionnels ou interprofessionnels dont relèvent les entreprises du groupe¹³³² et ne peut en aucun cas contenir des dispositions qui y dérogeraient en tout ou partie à moins que ces derniers l'autorisent expressément¹³³³. Lorsqu'il s'agit des accords de groupe, le principe de faveur s'applique pleinement. Cette limitation de la faculté de déroger se manifeste aussi dans les accords à prendre en compte pour déterminer le caractère plus ou moins favorable de l'accord de groupe.

Un groupe peut comporter des entreprises relevant de branches différentes. Lors de la négociation d'un accord de groupe, ce dernier prévoit son champ d'application, c'est-à-dire les différentes entreprises concernées. Lorsque le champ d'application de l'accord recouvre des entreprises appartenant à des branches différentes, il faut se référer à l'ensemble des accords en cause pour déterminer le caractère dérogatoire ou plus favorable de l'accord de groupe. L'article L 2232-35 du Code du travail oblige à prendre en compte les conventions ou accords « *qui sont applicables en vertu de conventions de branche ou d'accords professionnels dont relèvent les entreprises ou établissements appartenant à ce groupe* ». Cette disposition permet d'écarter l'application d'un accord de groupe alors qu'il est moins favorable qu'un accord de branche, lui-même applicable à une entreprise du groupe. Bien que justifiée, ces règles

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

risquent de rendre plus complexe le travail des négociateurs de groupe et des juges en cas de litige.

437 - L'évolution du droit du travail rend compte d'une volonté de "libérer" la négociation collective d'entreprise de manière à en faire un outil d'organisation et de gestion des relations sociales. Depuis 2004, le législateur a remis en cause les règles protectrices inhérentes au droit du travail que constituent l'ordre public social et le principe de faveur. Néanmoins, la portée de cette atteinte doit être relativisée. Tout d'abord, le législateur, tout en laissant plus de place aux partenaires sociaux dans la création de la norme sociale, demeure garant de l'ordre public. Ensuite, réduire l'intervention du législateur ne se traduit pas nécessairement par une diminution des dispositions constituant le minimum auquel tout salarié peut prétendre et qui peut être amélioré par voie conventionnelle. Enfin, la réduction du principe de faveur dans l'articulation entre les accords collectifs de niveaux différents est relativisée par le jeu de la clause de sécurisation des accords antérieurs et par la volonté des partenaires sociaux de continuer à faire des accords de branches un minimum impératif applicable à toutes les entreprises entrant dans son champ d'application. En définitive, le renversement de la hiérarchie des normes en droit du travail ne s'est réalisé que pour des conventions et accords conclus postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004 et seulement si les partenaires sociaux n'ont pas expressément déclarés impératifs ces conventions ou accords de niveaux supérieurs.

Conclusion du chapitre 2 :

438 - Les partenaires sociaux militent depuis longtemps pour un accroissement de leur autonomie conventionnelle. Le législateur a pris acte de cette revendication en leur conférant une place de premier plan dans l'élaboration du droit du travail.

Cependant, l'autonomie conférée à l'accord d'entreprise par rapport à la loi et aux accords couvrant un champ professionnel ou territorial plus large est plus problématique. En effet, le législateur a consacré l'existence d'accords d'entreprise organisationnels pouvant déroger non seulement à la loi, mais également aux accords supérieurs. Pour permettre aux accords organisationnels, potentiellement dérogatoires

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

ou "donnant-donnant", de développer leurs pleins effets, le législateur a réduit la portée de l'ordre public social et du principe de faveur. En réalité, la consécration des accords d'entreprise organisationnels ne devait pas nécessairement se traduire par la réduction des règles protectrices des salariés. La solution la plus satisfaisante aurait été de conférer à chaque niveau de négociation une fonction spécifique de manière à éviter au maximum les concours ou les conflits. Ainsi, la négociation collective répondrait à sa double finalité de protéger les travailleurs tout en permettant à l'entreprise d'adapter son organisation aux contraintes économiques qui pèsent sur elle.

CONCLUSION DU TITRE 1 :

439 - Depuis toujours, les négociateurs cherchent à s'émanciper de la tutelle de l'État. Aujourd'hui, la négociation est devenue un outil indispensable dans la production normative. La loi du 31 janvier 2007 a accordé une place de première importance dans la production de la norme sociale. Néanmoins, l'autonomie ne s'entend pas que par rapport à la loi, mais aussi dans les relations entre les différents accords. Ce second volet de l'autonomie conventionnelle marque la spécificité de chaque accord. Ainsi, la négociation a une fonction générale de protection des travailleurs et des fonctions plus spécifiques, telles que l'organisation ou la gestion des entreprises.

440 - Pour être réellement efficace, la réglementation juridique qui encadre la négociation doit favoriser la réalisation de ses différentes finalités. Il appartient à la négociation nationale interprofessionnelle de réfléchir et de proposer les évolutions que doit suivre le droit du travail, à la négociation de branche de fixer les socles minimaux applicables à tout travailleur et à la négociation d'entreprise de permettre l'amélioration des droits et avantages consentis aux travailleurs, tout en adaptant certaines dispositions de la branche aux spécificités de l'entreprise. Le verbe « adapter », présent à l'article L 2253-1 du Code du travail, ne veut pas nécessairement dire déroger. En effet, la négociation de branche fixe les grandes lignes et la négociation d'entreprise, les différents détails d'application. En matière de GPEC ou de formation professionnelle, les accords de branche se contentent de poser les règles minimales applicables à toutes les entreprises. Il appartient ensuite à la négociation d'entreprise d'appliquer les dispositions de la branche en les adaptant aux spécificités de son activité et de son organisation de travail.

441 - Lorsque l'autonomie s'accompagne d'une répartition fonctionnelle selon les différents niveaux de négociation, les risques de conflits diminuent. Les seuls conflits qui demeurent doivent être réglés par l'application de l'ordre public social ou du principe de faveur. Un tel système permet incontestablement à la négociation de veiller à la protection des travailleurs tout en accordant à l'entreprise une certaine flexibilité. Lors de la préparation de la loi du 4 mai 2004, le législateur n'a pas jugé ce compromis

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

satisfaisant et a décidé de réduire le champ d'application du principe de faveur afin de permettre aux accords d'entreprises de déroger aux minima fixés par la négociation de branche¹³³⁴. Une telle orientation laisse trop de marge à la négociation d'entreprise qui peut devenir un moyen de réduire les droits et avantages des salariés.

442 - Afin d'éviter que la finalité organisationnelle de la négociation d'entreprise porte atteinte de manière injustifiée aux droits et avantages des salariés, il est nécessaire d'instaurer un mécanisme de contrôle. La conclusion d'accords dérogatoires ou "donnant-donnant" ne devrait être autorisée que lorsque l'intérêt de l'entreprise l'exige réellement. Dès lors que la dérogation n'est pas justifiée par l'intérêt de l'entreprise, la négociation serait considérée comme déloyale. Le principe de loyauté pourrait ainsi encadrer le recours aux accords d'entreprise organisationnels.

TITRE 2 : UNE NEGOCIATION COLLECTIVE PLUS LOYALE

443 - Pour être plus efficace et permettre la protection des salariés tout en respectant les intérêts des entreprises, la négociation doit disposer d'une plus grande autonomie. Les partenaires sociaux doivent pouvoir gérer les difficultés sociales qui se posent, notamment au niveau des entreprises. Conférer plus d'autonomie à la négociation conduit à responsabiliser fortement les négociateurs. En effet, depuis l'adoption des lois du 4 mai 2004 et du 20 août 2008, les accords d'entreprise peuvent contenir des dispositions moins favorables que la loi ou que des accords couvrant un champ territorial ou professionnel plus large. Afin d'éviter que l'autonomie reconnue aux accords d'entreprise engendre un trop important déséquilibre des pouvoirs et une réduction injustifiée des droits et avantages des salariés¹³³⁵, il est indispensable de moraliser davantage la négociation d'entreprise. Le principe de loyauté doit guider la négociation. Il doit être appliqué non seulement à la procédure de négociation, mais également à son contenu. Ainsi, un accord d'entreprise dérogatoire ou "donnant-donnant" pourrait être considéré comme déloyal lorsque l'intérêt de l'entreprise ne justifie aucunement la réduction des droits ou avantages des salariés. Au delà de la négociation collective, le principe de loyauté pénètre l'ensemble du droit contractuel dont le droit du travail¹³³⁶.

444 - Le principe de loyauté constitue un principe général du droit de la négociation (Chap. 1) découvert par le juge dans l'exécution des conventions et accords collectifs de travail qui a vocation, en raison de sa nature juridique, à s'appliquer à toute la négociation (procédure et au fond) (Chap. 2).

CHAPITRE 1 : LA DECOUVERTE D'UN PRINCIPE GENERAL DE LOYAUTE DANS LE DROIT DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE

445 - Les principes généraux du droit permettent de déterminer la légitimité d'une loi ou d'une action, le plus souvent, par rapport à la morale. Ces principes constituent les fondements qui sous-tendent la construction d'un ordre juridique¹³³⁷. La loyauté est une loi morale qui a vocation à s'appliquer à toute négociation.

446 - Dans un système de plus en plus autonome et au sein duquel les règles protectrices des salariés sont réduites¹³³⁸, la loyauté permet d'éviter le développement de certains comportements. Lors de la négociation, chacun développe des tactiques et dispose d'armes, mais tout n'est pas autorisé. Une certaine loyauté doit exister dans la pratique de la négociation.

447 - Le principe de loyauté ne peut constituer une garantie protectrice de l'intérêt des salariés que s'il est reconnu comme un principe général du droit. Ainsi, il doit être suffisamment général, permanent et transcender le droit de la négociation collective (section première). Par ailleurs, il est également nécessaire que le juge le découvre de la formulation de certaines règles éparses contenues dans un ensemble législatif donné¹³³⁹ (section seconde). Si le principe de loyauté constituait un principe général du droit de la négociation collective, les juges pourraient en faire une application beaucoup plus large sans nécessairement se rattacher à un texte précis. Ils pourraient donc appliquer le principe de loyauté non seulement pour contrôler la procédure de négociation, mais aussi le contenu des accords. La loyauté est une attitude morale qu'il ne faut pas réduire à une garantie procédurale¹³⁴⁰.

SECTION 1 : UN PRINCIPE GENERAL DU DROIT PORTEUR D'UNE VALEUR MORALE UNIVERSELLE

448 - Conformément à la théorie générale du droit, le juge ne peut dégager un principe général de loyauté que si ce dernier est suffisamment général, transcendant et

permanent¹³⁴¹. Bien que le caractère de généralité (II) soit souvent présenté comme le plus important, il ne faut pas pour autant négliger les autres critères (I).

I. La loyauté, un principe permanent et transcendant

449 - La loyauté est un principe transcendant et permanent parce qu'elle se fonde sur une valeur morale fondamentale et universelle. La loyauté se présente comme une norme morale de comportement qui a vocation à se retrouver dans toute règle juridique visant à encadrer les relations entre individus¹³⁴². Cependant, toutes les règles ou valeurs morales ne sont pas autorisées à pénétrer la règle de droit. Seules les valeurs morales universelles¹³⁴³ le sont. Au sein d'un ordre juridique donné, la loyauté permet de juger de la conduite des acteurs juridiques¹³⁴⁴.

La loyauté peut être considérée comme un principe permanent et transcendant parce qu'elle tire son fondement d'une valeur morale universelle (A) qui implique un certain nombre de devoirs moraux (B).

A. Une valeur morale universelle

450 - La loyauté se définit comme une qualité de l'homme qui agit avec honneur et probité¹³⁴⁵. Elle guide le comportement que doit adopter chaque individu appartenant à une société donnée afin de garantir son bon fonctionnement. La loyauté apparaît comme une règle d'action et une valeur qui fonctionne comme une norme dans une société. Autrement dit, la loyauté permet de guider l'action de l'homme en société et permet une distinction entre ce qui est loyal et ce qui ne l'est pas.

La portée juridique de la loyauté est fonction de sa force en tant que valeur morale. Le droit n'a normalement pas vocation à intégrer des valeurs ou des idéologies. Seules les valeurs morales dites universelles peuvent faire l'objet de transcriptions juridiques parce qu'elles font partie d'un socle minimal reconnu par tous. La question est alors de savoir si la loyauté appartient aux valeurs morales universelles ou simplement aux valeurs morales relatives.

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

451 - Le concept de morale universelle repose sur le postulat que chaque être a connaissance des valeurs morales dites objectives et absolues. Un certain nombre de grands penseurs ont défendu cette idée de la connaissance sous différentes formes. Platon¹³⁴⁶, Aristote¹³⁴⁷, Augustin et Thomas d'Aquin¹³⁴⁸, Hegel¹³⁴⁹ et Marx¹³⁵⁰ ont tous, selon leur époque et à des degrés divers, reconnu l'existence d'une morale universelle intangible et immuable intégrée dans la connaissance commune de chaque être vivant doté de raison. Pour d'autres penseurs, il n'y a pas de morale universelle, mais uniquement des morales relatives et subjectives. Cette vision plus moderne a été défendue par des penseurs tels que Spinoza¹³⁵¹, Hume¹³⁵² et Nietzsche¹³⁵³. Pour certains d'entre eux, la morale n'a pas de fondement et repose sur des valeurs relatives variant en fonction de l'individu. La morale est pour eux conditionnée ou choisie en fonction des désirs de l'homme et ne peut donc pas être universelle par essence, mais éventuellement universalisable.

452 - C'est finalement Durkheim qui a développé la vision la plus réaliste de la morale universelle. Sans se rattacher à l'un ou l'autre de ces courants de pensée, il soutient que la morale est universelle lorsqu'elle est contenue dans « la conscience des consciences »¹³⁵⁴, c'est-à-dire l'ensemble des croyances communes à la moyenne des membres d'une société¹³⁵⁵. Ainsi, la morale est un ensemble de valeurs universelles composant un dénominateur commun à chaque Être dictant leur comportement à l'égard des autres. La loyauté fait partie de ce socle de valeurs morales universelles liées au respect de l'autre en tant qu'Homme.

453 - De la même manière que la morale encadre le comportement de l'homme en société, le droit saisit les rapports entre sujets de droit. L'homme est un sujet de droit et ses relations avec les autres peuvent être règlementées. Il est d'ailleurs admis que la règle de droit est « une norme de conduite humaine, à l'observation de laquelle la société peut nous contraindre »¹³⁵⁶. Ainsi, la loyauté, qui se déduit de certaines règles éparses, constitue une norme de comportement qui imprègne tout un ordre juridique. Cette valeur morale est progressivement devenue un principe juridique permanent et transcendant dans notre droit. En définitive, la loyauté constitue une valeur morale absolue indépendante de la volonté subjective de chaque individu. Elle fait partie de la

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

conscience collective de chaque Homme et chacun doit veiller à respecter les prescriptions qu'elle impose.

La reconnaissance de la loyauté comme principe général du droit permet de conférer à cette valeur morale une importante force contraignante. Alors que la règle juridique peut produire des obligations, la règle morale ne produit que des devoirs¹³⁵⁷.

B. Une source de devoirs moraux

454 - La loyauté est incontestablement une valeur morale essentielle. Elle emporte un certain nombre de devoirs moraux pour les individus. Certains de ces devoirs ont été pris en considération par le Droit et sont devenus des obligations juridiques. Dans le droit de la négociation collective, la transcription de ces devoirs moraux est très incomplète. Pour développer le principe de loyauté dans la négociation collective, il faut nécessairement repartir des devoirs moraux qu'impose la loyauté.

455 - La loyauté est un principe guidant l'action de chaque individu de manière à ce qu'ils agissent avec honnêteté et sincérité. Cet impératif a souvent été traduit comme le devoir de se conduire en homme honnête, diligent et consciencieux¹³⁵⁸. Plutôt que de lister de manière exhaustive les effets du devoir de loyauté sur l'action des individus, nous tenterons de fixer quelques lignes directrices. Le devoir de loyauté s'organise de deux manières différentes et comporte plusieurs degrés. Soit il impose un acte positif, soit un acte négatif, sachant que tous deux peuvent aller de la simple absence de mauvaise foi au dévouement le plus complet¹³⁵⁹. Ainsi, la loyauté est une notion cadre au contenu flou (et donc à la grande souplesse) dont l'intensité peut facilement évoluer avec le temps et les circonstances¹³⁶⁰.

A un comportement loyal, celui qui agit avec droiture. Un individu qui agit loyalement adopte une attitude cohérente conforme aux règles du devoir et de la morale¹³⁶¹. Le corollaire de cette droiture est sans aucun doute l'absence de duplicité, c'est-à-dire ne pas avoir une position fluctuante selon les personnes et le temps¹³⁶².

Être loyal, c'est ensuite agir avec honnêteté et sincérité. Cette vision de la loyauté se rapproche de la « *treu und glauben* » connue du droit allemand¹³⁶³. L'exemple le plus emblématique d'un comportement honnête et sincère se manifeste dans la relation de travail. Il est normal que la relation de travail repose sur une base de loyauté, de sincérité et d'honnêteté. Cela est d'autant plus vrai que le salarié occupe des fonctions

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

importantes dans l'entreprise. Le devoir de loyauté explique l'existence de l'obligation de non-concurrence¹³⁶⁴ ou justifie l'exercice de son pouvoir disciplinaire par l'employeur lorsqu'un salarié cherche à le tromper¹³⁶⁵ ou à le voler.

456 - Dans les relations avec autrui, être loyal, c'est aussi respecter les intérêts de son partenaire et veiller à ce que les engagements pris soient exécutés conformément à leur volonté commune. Cette dimension de la loyauté marque de son sceau l'article L 2262-4 du Code du travail applicable à l'exécution des conventions et accords collectifs de travail. En obligeant les parties signataires d'une convention ou d'un accord collectif à ne rien faire qui soit de nature à nuire à son exécution loyale, le législateur impose aux partenaires sociaux une certaine rectitude et la volonté de tout mettre en œuvre pour que l'accord conclu produise les effets escomptés par les signataires au moment de la conclusion. Le principe d'exécution loyale emporte alors deux conséquences. La première est d'imposer aux parties un certain comportement en permettant éventuellement au juge de sanctionner un manœuvre trop déloyale¹³⁶⁶. Au delà de cette dimension comportementale, la loyauté constitue aussi un principe d'interprétation permettant de déterminer la portée des obligations souscrites notamment lorsque la rédaction de l'accord est hasardeuse¹³⁶⁷.

457 - À la lecture de cette dernière manifestation de la loyauté, on remarque que certains devoirs moraux ont pénétré les règles juridiques. Néanmoins, il existe une différence fondamentale entre devoirs moraux et obligations juridiques. D'après certains auteurs, seule la mort peut libérer l'individu de ses devoirs moraux¹³⁶⁸. Comment expliquer que tant de devoirs moraux soient délibérément et régulièrement foulés au pied. L'Homme est certes doté de raison, de conscience et de réflexion, mais n'agit pas toujours conformément à l'idéal moral. Le Droit vient alors au secours des lois morales les plus importantes, celles que nous avons qualifiées d'universelles et auxquelles la loyauté appartient, afin d'orienter le comportement des individus vers le comportement idéal¹³⁶⁹ et de sanctionner les comportements qui s'en écartent trop et qui, de ce fait, nuisent à autrui.

II. La loyauté, un principe général

458 - La démonstration de la portée générale du principe de loyauté dans notre droit n'est plus à faire. Cependant, la question est toujours en débat lorsqu'on envisage le droit de la négociation collective. La généralité du principe de loyauté est attestée non seulement par la présence de cette obligation dans d'autres domaines du droit, mais surtout par la portée et la généralité des principes directeurs que la loyauté implique. La loyauté imprègne toutes les relations juridiques (A) afin d'y imposer un comportement idéal (B)

A. Généralité des manifestations de la loyauté

459 - Le droit est une science sociale¹³⁷⁰ qui a pour objet de « permettre la vie en société, c'est-à-dire éviter l'anarchie et l'insécurité... »¹³⁷¹. Il vise donc à régir les relations des individus entre eux ou plus exactement les actions de l'Homme en société. Or, la loyauté est également une norme de comportement, ce qui explique l'existence de relations étroites. Alors que la loyauté morale se teinte de subjectivisme parce qu'elle se fonde sur l'individu¹³⁷², la loyauté juridique tend à objectiver les comportements de chacun afin de réglementer la vie en société¹³⁷³. La loyauté vue par la morale se distingue donc de sa conception juridique de par son appréciation objective. La loyauté morale juge du comportement de chaque individu par rapport à un modèle idéal. L'objectif est la recherche de la perfection individuelle¹³⁷⁴. La loyauté, au sens juridique, se limite à examiner le comportement d'un individu en se mettant à la place d'autrui. La vision juridique se caractérise plus par la volonté de ne pas nuire à autrui que d'agir conformément à « notre devoir être »¹³⁷⁵. L'avantage de la loyauté, dans sa traduction juridique, est qu'elle est peu emprunte au subjectivisme. Cependant, ce principe ne présente pas toujours la même intensité. Plus le risque de déloyauté est important, plus le droit impose des normes de comportement strictes. Le principe de loyauté vise tous les engagements et s'applique plus ou moins strictement selon le degré d'altérité des relations en cause¹³⁷⁶. La loyauté guide les parties qui sont dans des relations de confiance aussi bien que ceux qui voient leurs relations se nouer sur fond de méfiance ou de conflit.

La négociation collective peut difficilement être classée dans l'une ou l'autre de ces catégories. Selon les circonstances et les thèmes abordés dans la négociation, l'altérité

est plus ou moins forte. Quelle que soit la situation envisagée, il nous faut remarquer la corrélation entre le degré d'altérité et l'importance de la loyauté. Plus la relation devient conflictuelle, plus l'exigence de loyauté doit être intense.

1. La loyauté dans les relations de faible altérité

460 - Dans les relations de faible altérité, la loyauté se présente comme un guide que les partenaires doivent suivre. La loyauté constitue un principe directeur pour les parties, imposant un certain nombre de comportements positifs.

461 - Du point de vue juridique, être loyal c'est tout d'abord, être droit, honnête et fidèle. Cela présuppose que les parties intègrent et respectent les intérêts d'autrui. Cette exigence se manifeste tant au niveau de la formation de la convention qu'au niveau de son exécution. Les corollaires de cette loyauté sont nombreux et leur non respect peut être sanctionné par le juge. Lorsque la loyauté impose aux parties d'être désintéressées et d'avoir une attitude altruiste¹³⁷⁷, le juge peut sanctionner la partie qui cherche à tirer profit des circonstances pour obtenir des conditions trop avantageuses. La loyauté guide le juge qui sanctionne les clauses abusives¹³⁷⁸ et la conduite malhonnête de tout gestionnaire de biens d'autrui¹³⁷⁹. Le principe de loyauté fonde également le devoir d'information existant entre contractants afin que leur consentement soit effectivement éclairé et donc réel¹³⁸⁰.

462 - De manière plus indirecte, adopter un comportement loyal, c'est être actif dans le processus de négociation, mais aussi lors de l'exécution des obligations contractées. La loyauté s'accommode très mal avec un comportement passif¹³⁸¹. Pour les relations qui ont vocation à durer dans le temps, être loyal c'est aussi veiller à l'adaptation des stipulations négociées à l'évolution du contexte dans lequel s'inscrit cette relation¹³⁸².

463 - Dans le domaine de la négociation collective, nous constatons l'importance des quelques principes directeurs qu'impose la loyauté. En effet, les parties à la négociation doivent faire preuve d'honnêteté et de fidélité envers leurs partenaires. Cela sous-entend que, dans la négociation d'entreprise, l'employeur soit tenu d'informer les organisations syndicales des circonstances et des justifications qui entourent la négociation. Ainsi, il doit éviter de tirer profit de circonstances économiques difficiles

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

pour obtenir une réduction des droits et avantages conférés aux salariés par la loi ou une convention ou un accord plus large. Les parties à la négociation doivent ensuite respecter les intérêts de leurs partenaires même s'ils sont opposés. La loyauté n'impose pas d'abandonner son intérêt au profit de celui de son cocontractant, mais de chercher un intérêt commun. Or, dans la négociation d'entreprise, cet intérêt ne peut être que l'intérêt de l'entreprise dans le sens que nous lui avons donné dans nos précédents développements¹³⁸³.

Si ces quelques principes directeurs ont vocation à s'appliquer aux relations de faible altérité, ils s'appliquent également aux relations de plus forte altérité. Cependant, le législateur, ou à défaut, le juge donnent plus d'intensité à la loyauté dans ces relations de manière à protéger l'une ou l'autre des parties.

2. La loyauté dans les relations de forte altérité

464 - Dans les relations de forte altérité, ou potentiellement conflictuelles, la loyauté doit être encore plus présente afin d'éviter que l'une des parties n'abuse de la faiblesse de l'autre. Sont des relations de forte altérité les relations qui se nouent sur fond de méfiance¹³⁸⁴ et de conflit¹³⁸⁵. Bien qu'il existe une gradation entre ces deux types de relations, nous avons choisi de les regrouper car l'exigence de loyauté y est presque similaire. Dans les relations de forte altérité, le risque que la partie réputée la plus forte puisse abuser de sa position est très élevé. En conséquence, le législateur ou le juge mettent à la charge des parties "fortes" une obligation de loyauté renforcée qui se traduit par la prohibition de certains comportements ou agissements.

465 - Au stade de la formation du contrat, le principe de loyauté a pour objet de protéger l'intégrité du consentement des parties. Ainsi, l'accent est mis sur la prohibition de toute tromperie, de toute manœuvre dolosive ou frauduleuse. Contrairement aux relations de faible altérité, en plus d'encourager certains comportements loyaux, on sanctionne certains agissements jugés déloyaux. L'on retrouve ces idées dans diverses branches du droit. En ce qui concerne le contrat de vente, l'acheteur peut se montrer méfiant vis-à-vis du vendeur. Le rôle du droit est alors de veiller à ce que le vendeur ne vicie pas le consentement de l'acquéreur en employant des manœuvres déloyales. La loyauté sous-entend également que les parties ne doivent pas abuser de leur droit de rompre unilatéralement les pourparlers ou les négociations.

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

La rupture reste toujours possible, mais ne doit pas être fautive. Or, elle est considérée comme fautive lorsque l'un des contractants engage des négociations ou des pourparlers tout en sachant qu'il ne va conclure aucune convention. Dans le droit de la négociation collective, un employeur pourrait être sanctionné pour déloyauté lorsqu'il engage des négociations annuelles pour satisfaire à son obligation alors qu'il sait qu'aucun accord ne sera signé. La reconnaissance d'un principe général de loyauté permettrait au juge de rechercher et de sanctionner tout comportement déloyal sans s'arrêter à ce qui est prévu par les textes.

Cependant, l'exigence accrue de loyauté ne se limite pas à la formation du contrat, elle s'étend également à son exécution.

466 - Au stade de l'exécution du contrat, la loyauté impose une certaine collaboration ou coopération¹³⁸⁶. En plus d'exécuter utilement¹³⁸⁷ la convention qui les lie, les parties engagées dans des relations de forte altérité ne doivent pas abuser de leurs droits ni chercher à rendre l'obligation de l'autre partie plus difficile, voire impossible à exécuter. La loyauté lors de l'exécution d'une convention oblige également les parties à renégocier les termes de leur engagement en cas d'imprévision¹³⁸⁸. Ces manifestations de la loyauté se retrouvent également dans la négociation collective, notamment, lorsque l'employeur s'oblige, par accord collectif, à maintenir un certain niveau d'emploi, en contrepartie de l'abandon de certains avantages conventionnels pour les salariés. Lorsque l'évolution du contexte économique rend impossible l'exécution de son obligation pour l'employeur et que cette évolution ne lui est pas imputable, directement ou indirectement, le principe de loyauté impose de prendre en considération les intérêts de l'autre partie, mais aussi de les comprendre et de renégocier plutôt que de s'entêter dans l'exécution forcée d'une obligation devenue irréalisable.

467 - Lorsque les contractants sont adversaires, l'obligation de loyauté doit être encore plus marquée. Tous les coups ne sont pas permis¹³⁸⁹. Dans toute relation de forte altérité, où l'une de parties risque d'abuser de la faiblesse de l'autre, il appartient au législateur et surtout aux juges de veiller scrupuleusement au respect du principe général de loyauté. Le juge peut sanctionner tout comportement déloyal sans qu'il y ait besoin du soutien d'un texte. L'appréciation du comportement loyal ou déloyal relève

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

du pouvoir souverain des juges du fond qui apprécient au cas par cas si le comportement examiné s'écarte ou pas du comportement loyal auquel on peut s'attendre.

468 - Le principe général de loyauté ouvre des potentialités considérables au droit de la négociation collective. Pour être consacré au sein des principes généraux du droit et plus particulièrement du droit de la négociation collective, il convient de démontrer la généralité de ses applications.

B. Généralité de la notion de loyauté

469 - La manifestation la plus connue de la loyauté dans la sphère juridique reste incontestablement l'article 1134 al. 2 du Code civil¹³⁹⁰. De manière assez classique, la loyauté est présentée comme la composante la plus importante de la bonne foi. Depuis l'antiquité, elle est synonyme de fidélité dans les engagements et sincérité dans les paroles¹³⁹¹. Aujourd'hui, elle dicte aux sujets de droit une conduite modèle et honnête¹³⁹². La loyauté est donc un concept dynamique imposant une attitude active et appréciée de manière objective. Autrement dit, la loyauté implique un devoir de coopération, mais aussi de collaboration entre les individus¹³⁹³, notamment entre contractants.

470 - L'idée de la loyauté traverse tout notre ordre juridique, du droit civil au droit de la négociation collective en passant par le droit commercial et le droit de la consommation... Il est alors indispensable de rechercher ce que doit être ce comportement loyal objectif. Les manifestations de la loyauté en droit sont nombreuses. Pourtant, elles peuvent être regroupées dans quatre grandes catégories d'action qui valent quelle que soit la situation et quel que soit le rapport juridique.

1. Ne pas tromper

471 - Dans le langage juridique, ne pas tromper sous entend que l'un des cocontractants ne doit pas chercher à nuire à l'autre, mais aussi à ne pas employer de manœuvres qui ont pour objet de l'induire en erreur. Plus exactement, il s'agit d'interdire que l'un des contractant puisse utiliser des manœuvres déloyales afin d'obtenir le consentement de l'autre¹³⁹⁴. Nous sommes loin de la vision romaine qui

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

considérerait le dol comme « un bon tour joué par un homme habile à un partenaire trop naïf »¹³⁹⁵. En droit, ne pas tromper c'est donc ne pas mentir ou s'abstenir de délivrer une information déterminante du consentement de son partenaire, mais c'est également ne pas employer des manœuvres pouvant vicier son consentement¹³⁹⁶. Il s'agit essentiellement de ne pas agir avec dol et ne pas chercher à exploiter les faiblesses de son partenaire¹³⁹⁷. L'objectif est principalement de protéger l'intégrité du consentement de la personne qui s'oblige. Cette dimension de la loyauté a permis que soit dégagée une obligation de renseignement et d'information à la charge du contractant "fort". Dans le droit de la négociation collective, ne pas tromper c'est tout d'abord informer ou renseigner sur les éléments entourant et conditionnant la négociation. L'employeur doit informer et renseigner au mieux ses interlocuteurs (notamment syndicaux)¹³⁹⁸. Cela sous-entend non seulement de donner des informations, mais surtout, de donner les informations nécessaires à une bonne compréhension. Sans aller jusque là, le Code du travail impose parfois une obligation d'informer pesant sur l'employeur¹³⁹⁹. Pour la Négociation obligatoire, l'article L 2242-2 du Code du travail indique que lors de la première réunion de Négociation Obligatoire (NO), doivent être précisés « Le lieu et le calendrier des réunions, les informations que l'employeur remettra aux délégués syndicaux et aux salariés composant la délégation sur les matières prévues par le présent chapitre et la date de cette remise... »¹⁴⁰⁰. La jurisprudence confirme l'idée d'une information pertinente, notamment, lorsqu'il s'agit de négociations salariales¹⁴⁰¹. Cependant, être loyal dans la négociation ne se limite pas à ne pas chercher à tromper ou à informer.

2. Adopter une attitude active et constructive dans la négociation

472 - Être loyal c'est aussi adopter une attitude active et constructive pendant les négociations. Cet impératif révèle le devoir qu'ont les parties de faire du mieux qu'elles peuvent pour faire aboutir les négociations. Les partenaires ont « le devoir de faire des propositions sérieuses susceptibles de faire progresser la discussion et doivent se garder de toute offre manifestement inacceptable »¹⁴⁰². Cette dimension de la loyauté est fondamentale dans le droit de la négociation collective. Lorsqu'un des négociateurs place son interlocuteur devant le fait accompli en le privant de toute marge de négociation, il n'agit pas avec loyauté. Adopter une attitude active et constructive implique également de ne pas mettre fin unilatéralement à la négociation dans des

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

conditions dommageables. Cela explique la solution retenue à l'article L 2242-3 du Code du travail relatif à la négociation obligatoire. Ce texte interdit à l'employeur, sauf en cas d'urgence, d'arrêter, pendant les négociations, des mesures unilatérales relatives aux thèmes négociés¹⁴⁰³. Ce n'est qu'après la conclusion d'un procès verbal de désaccord que l'employeur recouvre toute liberté¹⁴⁰⁴. La loyauté dans la négociation¹⁴⁰⁵ appelle un minimum de confiance et de rectitude dans le partenaire¹⁴⁰⁶. Cela implique que les négociateurs n'agissent pas dans l'unique but de détourner l'objet de la négociation et d'en faire un droit purement illusoire pour les salariés. Cependant, la complexité des relations industrielles fait que la négociation collective s'inscrit souvent sur fond d'une relation de méfiance, voire de conflit. La loyauté devient alors indispensable au bon déroulement et à la réussite de telles négociations.

3. Ne pas chercher à se soustraire à ses obligations

473 - Être loyal c'est aussi ne pas chercher à se soustraire à ses obligations. Autrement dit, un cocontractant doit nécessairement exécuter les obligations qu'il a souscrites de manière loyale. La difficulté vient ici du fait que toutes les obligations découlant de l'exécution du contrat ne sont pas expressément stipulées.

474 - Lorsque les obligations et leurs modalités d'exécution sont fixées par le contrat, la force obligatoire du contrat, couplé au devoir de loyauté, impose d'exécuter le plus fidèlement possible les obligations incombant à chacune des parties. Cela empêche donc l'un des cocontractants de rendre impossible ou plus difficile l'exécution de son partenaire ou encore de ne pas vider de sa substance son obligation. L'exemple le plus caractéristique en droit du travail demeure incontestablement l'arrêt *Expovit* dans lequel la chambre sociale de la Cour de cassation a affirmé qu'un licenciement pour cause de mutation technologique ne pouvait être fondé sur un motif économique réel et sérieux que si l'employeur, « tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail », avait obéi à son devoir de veiller à l'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi¹⁴⁰⁷. Dans le droit de la négociation collective, l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi les conventions et accords qu'il a signé, ne peut pas chercher à minorer la portée des obligations souscrites, notamment lorsqu'il s'engage à maintenir un certain niveau d'emploi.

475 - Lorsque toutes les modalités d'exécution des obligations ne sont pas prévues, les cocontractants ne doivent pas se limiter à ce qui est stipulé. En effet, la loyauté impose aux parties de chercher à atteindre au moins le niveau de satisfaction attendu par le partenaire. Les parties ne doivent pas se limiter à l'exécution stricte des obligations stipulées au contrat, mais doivent, en plus, exécuter les éventuelles obligations accessoires à l'obligation principale du contrat auxquelles le cocontractant peut légitimement s'attendre¹⁴⁰⁸. Cela rejoint l'idée développée par Pothier selon laquelle « s'obliger à faire quelque chose, c'est s'obliger à le faire utilement »¹⁴⁰⁹. Autrement dit, « le débiteur doit répondre à la confiance de son créancier en offrant d'exécuter de la façon la plus utile possible, en présence d'un contrat qui n'a pas prévu toutes les modalités de son exécution »¹⁴¹⁰. Les parties doivent donc dépasser leurs simples intérêts et prendre en compte l'intérêt de l'autre dans l'exécution d'un contrat ou plus généralement, d'une obligation. Demogue affirmait que « les contractants forment un microcosme [...] où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels »¹⁴¹¹. Nous retrouvons dans les écrits de cet éminent auteur une idée fondamentale applicable au droit de la négociation collective. En effet, le but de la négociation d'entreprise n'est plus aujourd'hui de satisfaire le seul intérêt des salariés, mais l'intérêt général de l'entreprise, c'est-à-dire un intérêt commun. Lorsque l'employeur privilégie un intérêt catégoriel et élude l'intérêt commun, il adopte un comportement déloyal qui peut être juridiquement sanctionné.

4. Être tolérant en cas d'inexécution non fautive

476 - Cette dernière manifestation de loyauté vaut pour tout type d'obligation, mais est particulièrement pertinente lorsqu'on envisage les relations collectives du travail. En effet, le droit de la négociation collective n'est pas aussi réfractaire que le droit des contrats à admettre la théorie de l'imprévision. Est-ce loyal d'exiger l'exécution d'un accord devenu " inexécutable " par l'une des parties à cause d'un bouleversement non provoqué des données qui ont conduit à son élaboration ? Le principe de loyauté nous invite à répondre par la négative. Toutefois, le juge judiciaire français est très réticent à admettre la validité des clauses de révision pour imprévision¹⁴¹² au motif qu'elles sous-entendent l'acceptation de certaines concessions par les contractants. Cela nécessite donc un contrôle assez poussé des conditions dans lesquelles la renégociation est ouverte. L'objectif d'un tel contrôle est « d'éviter toute spéculation ou manœuvre

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

déloyale »¹⁴¹³. Lorsque le fait générateur du bouleversement a échappé aux prévisions raisonnables des parties et est indépendant de leur action, l'économie du contrat doit être modifiée.

477 - Ces quelques développements relatifs à l'imprévision nous montrent que même si la loyauté commande la révision, le risque de détournement est tel que les juges du contrat fait preuve d'une extrême méfiance. Une telle réticence est quasiment absente dans le droit de la négociation collective où les signataires d'un accord s'entendent immédiatement sur les conditions et modalités d'une éventuelle révision¹⁴¹⁴. Même lorsque les parties n'intègrent pas de dispositions relatives à la révision de l'accord, cette dernière se fait librement selon les modalités fixées aux articles L 2261-7 et L 2261-8 du Code du travail (article L 132-7 ancien Code du travail).

Suivant la logique de l'imprévision, les dispositions relatives à la révision permettent de faire évoluer l'accord lorsque son environnement est modifié. Lorsque le changement de circonstances provoque un bouleversement de l'économie de l'accord, et que l'exécution des obligations est devenue plus difficile, voire impossible, la loyauté impose de chercher à renégocier plutôt que d'agir en exécution forcée. Cependant, il faut que cette inexécution ne soit pas fautive, c'est-à-dire, qu'elle n'ait pas été provoquée volontairement par le débiteur. La loyauté comporte ici un double volet. Elle permet de prendre en considération une certaine imprévision et elle constitue une limite en rejetant toute spéculation ou manœuvre déloyale¹⁴¹⁵. La négociation sur la durée et l'organisation du travail constitue le meilleur exemple de la flexibilité-loyauté nécessaire au droit de la négociation collective.

478 - Le principe de loyauté a été consacré de manière générale dès l'élaboration du Code civil. Considérée comme la plus juridique des règles morales¹⁴¹⁶, la loyauté (plus généralement la bonne foi) n'est pas seulement un principe général des contrats¹⁴¹⁷, mais constitue aussi le fondement de tous les engagements¹⁴¹⁸.

En définitive, le principe de loyauté constitue bien un principe général du droit, mais aussi, un principe général du droit de la négociation collective. En effet, il guide les faits et gestes des partenaires du début de leurs rapports à leur achèvement¹⁴¹⁹. Néanmoins, la portée du principe de loyauté dépend en grande partie de la volonté des

juges. Dans le droit de la négociation collective, les juges ont découvert un principe général de loyauté dans l'exécution des accords collectifs et l'ont étendu à toutes les étapes de la négociation. Cependant, cette extension du domaine de la loyauté dans l'exécution des conventions et accords est incomplète.

SECTION 2 : UN PRINCIPE RECONNU PAR LE JUGE DANS L'EXECUTION DES ACCORDS COLLECTIFS

479 - La loyauté est présente dans toutes les relations, mais son intensité varie selon son degré d'altérité. Dans les relations conventionnelles qui se nouent entre les partenaires sociaux, il est difficile de trouver un degré d'altérité commun tant les missions et les objets confiés aux différents niveaux de négociation sont variés. Toutefois, il est incontestable que le niveau le plus conflictuel est celui de l'entreprise. Par conséquent, c'est à ce niveau que le principe de loyauté doit être le plus étoffé.

480 - Dans la négociation, le principe de loyauté a été découvert par le juge en s'appuyant sur le texte de l'article L 2262- 4 du Code du travail (article L 135-3 ancien Code du travail). Selon ce texte, « *les organisations de salariés et les organisations ou groupements d'employeurs, ou les employeurs pris individuellement, liés par une convention ou un accord collectif de travail, sont tenus de ne rien faire qui soit de nature à en compromettre l'exécution loyale. Ils ne sont garants de cette exécution que dans la mesure déterminée par la convention ou l'accord* ». Bien que ce texte vise indistinctement les syndicats de salariés et d'employeurs, le juge fait peser cette obligation essentiellement sur la partie patronale, réputée partie forte à l'accord¹⁴²⁰.

481 - Le principe de loyauté a été découvert par les juges en suivant une méthodologie bien particulière. Ces derniers ont adopté dans un premier temps une lecture stricte de l'article L 2262-4 du Code du travail en ne sanctionnant que les comportements les plus graves (I). Progressivement, les juges ont donné une portée plus large au principe de loyauté (II) et l'ont appliqué à tout le processus de négociation¹⁴²¹.

I. Une lecture stricte du principe de loyauté

482 - Dans un contexte où les conventions et accords collectifs ne pouvaient être que plus favorables aux salariés, il n'apparaissait pas fondamental de donner plus d'importance au principe de loyauté. La création de la dérogation dans le droit de la négociation, couplée au développement de l'amoralisme dans le monde des affaires¹⁴²², a conduit à donner de nouvelles virtualités au principe de loyauté, dernier rempart à l'anarchie. Faisant une lecture stricte de l'article L 2262-4 du Code du travail, les juges ne sanctionnaient que les comportements qui compromettaient la bonne exécution de l'accord collectif. L'exécution loyale se limitait alors à l'exécution normale imposant aux parties (et notamment à l'employeur) de ne pas chercher à se soustraire à leurs obligations (A) et à ne pas commettre d'abus de droit ou de détournement de pouvoir (B).

A. L'interdiction de se soustraire à ses engagements

483 - Comme l'a souligné le professeur Picod, la loyauté, dans sa version minimaliste, se définit par opposition ou de façon négative¹⁴²³. Être loyal se limite à ne pas commettre de dol, ne pas se rendre coupable de fraude et ne pas abuser d'un droit que l'une des parties tient du contrat ou de l'accord. Dans le droit de la négociation collective, les manifestations négatives du principe de loyauté se résument principalement à ne pas chercher à se soustraire à ses obligations. Cette vision de la loyauté correspond à la lecture stricte de l'article L 2262-4 du Code du travail qui invite les parties à l'accord à ne rien faire qui soit de nature à compromettre son exécution loyale.

484 - L'interdiction de chercher à se soustraire à ses obligations vaut pour l'employeur, mais aussi pour les organisations syndicales de salariés. La création et le développement des accords dérogatoires et "donnant-donnant" au niveau des entreprises met à la charge des salariés un certain nombre d'obligations ou de concessions qu'ils s'engagent par l'intermédiaire des organisations syndicales représentatives signataires à respecter. Pour autant, l'employeur reste le principal débiteur des différentes obligations qu'il a souscrites par accord ou convention. Cela est

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

particulièrement vrai pour les accords dits de maintien de l'emploi et, plus généralement, pour tout accord "donnant-donnant".

485 - Il semble qu'une certaine confusion soit née sur la portée qu'il fallait donner à l'obligation d'exécuter loyalement les conventions et accords collectifs de travail. Trop souvent la doctrine a confondu exécution et exécution loyale. La formulation de l'article L 2262-4 du Code du travail y est peut être pour beaucoup¹⁴²⁴. L'examen de la jurisprudence démontre que les juges se positionnent sur le terrain de l'exécution de l'accord pour sanctionner tout manquement par la mise en cause de la responsabilité contractuelle et ne recourent à l'obligation de loyauté (ou de bonne foi) qu'à défaut. La ligne de démarcation entre exécution et exécution loyale semble varier en fonction du caractère clair ou flou de l'engagement souscrit. Il arrive en effet très souvent que les employeurs se retranchent derrière l'imprécision de certaines dispositions conventionnelles pour soutenir qu'il ne s'agit pas d'engagements, mais de simples mentions informatives ou justificatives. Dès lors que l'une des parties manque à l'un de ses engagements, qu'il soit clairement stipulé ou non, elle manque à son obligation d'exécuter loyalement l'accord¹⁴²⁵. Cependant, les juges ne partagent pas toujours la même vision.

1. Reconnaissance dans l'arrêt Case France (1997)

486 - Lorsque les stipulations d'un accord collectif sont claires et ne sont pas sujettes à interprétation, les parties sont liées par les engagements qu'il contient en vertu de la force obligatoire des accords¹⁴²⁶. L'employeur est tenu de respecter ses engagements tant vis-à-vis des signataires que des salariés entrant dans son champ d'application¹⁴²⁷. La force obligatoire de l'accord collectif implique que la responsabilité contractuelle de l'employeur peut être engagée sur le fondement de l'article 1147 du Code civil. Dans ce cas, la loyauté vient suppléer la force obligatoire de l'accord en sanctionnant l'employeur qui méconnaît l'un des engagements souscrits le lendemain de la fin d'application de l'accord. Cela s'est notamment posé au sujet de la méconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi.

487 - Dans l'arrêt *Case France* du 1^{er} avril 1997¹⁴²⁸, la chambre sociale de la Cour de cassation fait pour la première fois référence à l'exécution de bonne foi des

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

conventions et accords collectifs de travail dans lesquels l'employeur s'engage à ne pas licencier pendant une période définie. Dans l'espèce précitée, la société Case France s'engage, dans un accord d'entreprise daté du 21 janvier 1992, à « ne pas licencier trente personnes dans le plan de licenciement économique en cours ». Cet engagement de maintien de l'emploi, conclu à durée déterminée, n'était applicable que jusqu'au 31 janvier 1993. Quelques jours avant la fin de cette période de garantie, l'employeur propose à l'un des salariés d'adhérer à une convention de conversion. La proposition est acceptée par le salarié et la convention est signée le 1^{er} février 1993, soit le lendemain de la fin d'application de l'accord de maintien de l'emploi. Le salarié saisit alors la juridiction prudhomme afin d'obtenir de l'employeur le paiement de dommages et intérêts pour n'avoir pas respecté son engagement de maintien de l'emploi. *A priori*, l'engagement n'est pas réellement violé car l'employeur n'a fait signer la convention de conversion que le lendemain de la fin d'application de l'accord litigieux. Cependant, la procédure avait été initiée pendant ladite période de garantie. En conséquence, les juges du fond et la Cour de cassation condamnent l'employeur, sur le fondement de la déloyauté, à réparer le préjudice qui résultait de la rupture du contrat¹⁴²⁹. Il est donc manifeste que les juges ne recourent au principe d'exécution loyale que lorsque l'employeur, tout en respectant le texte de l'accord, en viole l'esprit¹⁴³⁰.

488 - Cette solution appelle deux remarques relatives d'une part, à la sanction attachée à une telle violation et d'autre part, à sa portée.

La solution retenue par la Cour de cassation est rendue en application de l'article 1134 du Code civil qui dispose que les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Ne niant pas la portée de cet article dans notre ordre juridique, il aurait certainement été plus pertinent de se référer à l'article L 2262-4 du Code du travail constituant le pendant de l'article 1134 en matière de conventions et d'accords collectifs de travail. Peut-on soutenir que le fait de débiter la procédure de licenciement avant la fin de l'application d'un accord de maintien de l'emploi soit de nature à compromettre son exécution loyale ? Une réponse affirmative semble s'imposer. En effet, lorsque l'employeur ne respecte pas ses engagements, il fait ou omet de faire quelque chose et que cela nuit à la bonne exécution de l'accord, il fait preuve de déloyauté. Ainsi, la déloyauté vise toute action ou omission de l'employeur qui méconnaît l'obligation ou

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

l'engagement qu'il a souscrit en violant la commune intention des parties¹⁴³¹. Ainsi, dès lors que l'employeur fait quelque chose qui porte atteinte au texte comme à l'esprit¹⁴³² de l'engagement qu'il a souscrit, il compromet l'exécution loyale de l'accord et doit être sanctionné. La difficulté est ici de déterminer quelle sanction appliquer. Faut-il rester sur le terrain du droit des obligations en sanctionnant l'inexécution par des dommages et intérêts ou déclarer les licenciements prononcés en méconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi comme dépourvus de cause réelle et sérieuse ?

Dans l'affaire *Case France*, le salarié demandait que son licenciement soit déclaré sans cause réelle et sérieuse. Cependant, les juges ont décidé de n'attribuer au plaignant que des dommages et intérêts compensant la violation par l'employeur de son engagement. Cette solution doit être approuvée et saluée¹⁴³³. En effet, la violation d'un engagement conventionnel ne doit pas se conduire à priver un éventuel licenciement de cause réelle et sérieuse, mais à la réparation du préjudice subi. De plus, la cause réelle et sérieuse d'un licenciement s'apprécie indépendamment de toute stipulation conventionnelle conformément aux dispositions du Code du travail. Admettre l'inverse aurait pour conséquence de priver l'employeur de son pouvoir de licencier¹⁴³⁴. Comme l'a très justement souligné le professeur Couturier, « si l'employeur peut bien consentir des restrictions à son droit de licencier¹⁴³⁵, il ne peut renoncer tout à fait à ce droit, qui est d'ordre public dans son principe »¹⁴³⁶. Bien que cela puisse relativiser la portée réelle de ces engagements de maintien de l'emploi, la sanction de méconnaissance d'un tel engagement se réduit à la violation d'une obligation de faire qui ne peut être qu'indemnitaires¹⁴³⁷.

489 - L'examen de cette affaire nous apprend que le principe d'exécution loyale vient conforter ou renforcer l'exécution "normale" de l'accord. Cependant, il apparaît que le principe de loyauté ne se limite pas à cette hypothèse. L'employeur qui ne respecte pas un engagement clairement exprimé dans l'accord viole nécessairement son obligation de loyauté dans la mesure où son action (ou éventuellement son omission) met en cause la bonne exécution de l'accord. La jurisprudence a retenu une position contraire, notamment dans l'arrêt *Briou* rendu par la Cour de cassation le 22 janvier 1998¹⁴³⁸.

2. Interrogation suite à l'arrêt Briou (1998)

490 - Dans l'affaire *Briou*, la société CMB plastique avait négocié et signé un accord collectif "donnant-donnant" dans lequel les salariés acceptaient une réduction de leur salaire en contrepartie de quoi, l'employeur s'engageait à maintenir une partie de l'activité sur le site de Grenay au lieu de le fermer. Malgré cet engagement précis de maintien d'activité sur un site, l'employeur décide, quelques mois plus tard, de procéder à sa fermeture. Sans toutefois licencier, l'employeur propose aux salariés travaillant sur le site menacé d'accepter par modification de leur contrat un transfert sur un autre site. L'employeur viole son engagement de maintien d'activité même s'il ne procède à aucun licenciement. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation. En se référant uniquement aux articles L 2262-11 et L 2262-12 du Code du travail (articles L 135-5 et L 135-6 de l'ancien Code du travail), les juges ne font pas référence à l'exécution loyale, mais uniquement à la faculté ouverte à toute personne liée par l'accord d'obtenir l'exécution des engagements contractés, et le cas échéant, des dommages et intérêts. La solution retenue par la Haute juridiction est critiquable. En effet, l'employeur décide de manière unilatérale la fermeture du site alors qu'il s'était expressément engagé par accord à ne pas le faire. En agissant de la sorte, il se rend coupable de déloyauté vis-à-vis des personnes qui ont accepté une réduction de leur salaire. Pour éviter ce comportement déloyal, l'employeur aurait dû engager la procédure de révision prévue pour les accords collectifs aux articles L 2262-7 et L 2262-8 du Code du travail¹⁴³⁹. La loyauté est omniprésente dans cette affaire puisque l'employeur doit réviser l'accord au lieu de prendre une décision unilatérale contraire¹⁴⁴⁰.

491 - La jurisprudence *Briou* constitue une avancée implicite dans l'application du principe de loyauté. Cette interprétation n'allait pas de soi à la lecture de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation. Dans son arrêt *Case France* du 13 décembre 1995¹⁴⁴¹, les juges ont affirmé qu'un accord collectif, comportant un engagement de maintien de l'emploi, ne paralyse pas le droit de licencier de l'employeur lorsque ces licenciements sont inévitables et qu'ils « ne sont pas subordonnés à une renégociation de l'accord »¹⁴⁴². Cependant, cette avancée doit être relativisée. Les deux espèces énoncées doivent être distinguées. Dans l'affaire *Briou*, il est question d'un engagement conventionnel prévoyant le maintien de l'activité sur un

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

site alors que dans l'affaire *Case France*, il s'agit clairement d'un engagement de maintien de l'emploi. Si l'employeur ne peut pas se priver totalement de son droit de licencier parce qu'il est d'ordre public¹⁴⁴³, il peut restreindre son pouvoir de fermer un site. Dès lors qu'il limite par voie conventionnelle son pouvoir, l'employeur doit, s'il veut y renoncer, réviser l'accord qui comporte son engagement. À défaut, il n'exécute pas loyalement l'accord.

492 - Suite à ces quelques remarques, nous ne pouvons que regretter que la Cour de cassation n'ait pas fait expressément référence à l'article L 2262-4 du Code du travail (article L 135-3 ancien Code du travail) et sanctionné l'employeur pour ne pas avoir exécuté loyalement l'accord qui le liait. Cette vision restrictive du principe d'exécution loyale des conventions et accords collectifs de travail ne se manifeste que dans ces accords particuliers où l'emploi est menacé. Pour le reste, il semble que les juges sont moins réticents et sanctionnent régulièrement les employeurs qui n'exécutent pas loyalement les conventions ou accords qu'ils ont signés. Il en va notamment ainsi pour une société qui méconnaît les dispositions conventionnelles normalement applicables¹⁴⁴⁴, lorsque l'employeur supprime par accord d'entreprise un droit reconnu dans la convention collective¹⁴⁴⁵. De manière tout aussi logique, les juges décident que l'employeur compromet l'exécution loyale d'un accord en ne convoquant pas l'ensemble des signataires à la négociation de révision¹⁴⁴⁶.

493 - Comment apprécier la portée de la jurisprudence *Briou* qui fait application du principe de loyauté sans y faire la moindre référence ? Certains auteurs ont soutenu que la Cour de cassation voulait rappeler avec force le caractère obligatoire de l'accord collectif et la sanction encourue en cas de violation¹⁴⁴⁷. Pourtant, que les plaignants agissent sur le fondement de l'exécution normale ou de l'exécution loyale, la sanction ne peut être qu'indemnitaires. L'employeur engage donc sa responsabilité contractuelle dès lors qu'il n'exécute pas ou qu'il compromet l'exécution loyale de l'accord collectif qui le lie.

494 - En définitive, nous ne pouvons que regretter la timidité de la Cour de cassation vis-à-vis du principe de loyauté. Lorsque les engagements souscrits par l'employeur sont clairs, il ne peut rien faire qui soit de nature à compromettre sa bonne

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

exécution¹⁴⁴⁸, mais il ne peut pas non plus agir en totale méconnaissance de l'esprit du texte en licenciant dès le lendemain de la fin d'application d'un engagement de maintien de l'emploi¹⁴⁴⁹. Une correction est à apporter en ce qui concerne les accords dans lesquels l'employeur se prive du droit de licencier pendant un certain temps. Les potentialités offertes par le principe d'exécution loyale des conventions et accords collectifs de travail ne semble pas encore avoir été trop utilisé par les juges. En réalité, le principe de loyauté de la négociation collective a un grand rôle à jouer lorsque les engagements souscrits par les parties sont peu clairs ou obscurs ou encore allusifs. Dans ce cas, le principe de loyauté invite à rechercher quelle a été la volonté réelle des parties au moment de la conclusion de l'accord.

Être loyal c'est exécuter les obligations ou engagements qu'on a contracté en leur donnant toute leur portée¹⁴⁵⁰. Toutefois, être loyal, c'est aussi ne pas utiliser un droit de manière extrême ou abusive dans le seul but de pénaliser son cocontractant.

B. L'interdiction d'abuser de ses droits

495 - La loyauté et l'abus de droit sont des concepts juridiques distincts, mais qui entretiennent des liens étroits. Comme l'ont relevé certains auteurs, « la notion d'abus de droit abrite souvent des fautes qui pourraient aussi bien être sanctionnées comme manquements aux devoirs de loyauté et au principe de bonne foi »¹⁴⁵¹. La théorie de l'abus de droit est reconnue, mais demeure limitée par les juges à l'intention de nuire ou à la légèreté blâmable. Lorsque les juges ne peuvent retenir l'abus de droit, ils ont la possibilité de recourir à l'obligation de loyauté.

1. Complémentarité entre loyauté et abus de droit

496 - La loyauté commande de ne pas abuser de ses droits. Agit avec déloyauté le contractant qui exécute son obligation de la manière la plus pénalisante pour son cocontractant. Se rend coupable de déloyauté le signataire d'une convention ou d'un accord collectif qui utilise certains de ses droits dans le but de compromettre la bonne exécution des engagements souscrits. Ces comportements peuvent-ils tomber sous le coup de l'abus de droit ? La tentation de répondre positivement est grande. Cependant, la conception retenue par les juges est trop restrictive et ne permet pas de sanctionner tous les comportements déloyaux. Seuls les plus graves sont susceptibles de tomber sous le joug de l'abus de droit. Le principe général de loyauté permet donc aux juges de

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

sanctionner des comportements moins graves pour lesquels l'abus de droit est impuissant. L'abus de droit et la loyauté apparaissent donc complémentaires dans la recherche d'une éthique des relations conventionnelles¹⁴⁵².

La solution n'aurait certainement pas été la même si la théorie objective ou finaliste de l'abus de droit avait été retenue. La théorie finaliste de l'abus de droit a été développée essentiellement par le doyen Josserand. Pour lui, l'exercice d'un droit est abusif dès lors qu'il est utilisé dans un but contraire à son esprit ou sa finalité. L'acte abusif est donc l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit, à sa finalité. La difficulté est que cette théorie s'avère particulièrement difficile à mettre en œuvre. Selon la théorie finaliste, pour sanctionner un comportement, il convenait de rechercher le but dans lequel le droit avait été accordé et les mobiles qui avaient animé son titulaire lors de son exercice. Cette théorie a été fermement critiquée compte tenu de l'étendue qu'elle laissait à l'abus de droit et de ses difficultés de mise en œuvre. La théorie finaliste conférait une telle place à l'abus de droit qu'elle empêchait la loyauté de se développer. Selon cette théorie, les deux notions étaient concurrentes¹⁴⁵³.

497 - Plus tard, le doyen Rippert développait l'idée que l'exercice d'un droit devait être déclaré abusif lorsqu'il n'était pas conforme aux exigences morales¹⁴⁵⁴. Cette analyse, bien que plus restrictive a également été critiquée parce qu'elle faisait de la théorie de l'abus de droit un mécanisme de contrôle de moralité dans l'exercice des droits dits subjectifs¹⁴⁵⁵.

498 - Bien que l'abus de droit ait provoqué d'importantes querelles doctrinales, les juges n'en ont pas tenu compte, refusant de se laisser enfermer dans des méthodes trop complexes ou trop rigides. Ils ont souhaité réparer le dommage causé à autrui par l'utilisation dévoyée d'un droit¹⁴⁵⁶. Aujourd'hui, l'intention de nuire, caractéristique de l'abus de droit, n'est plus indispensable. La seule faute dans l'exercice d'un droit suffit aux juges pour engager la responsabilité de son auteur¹⁴⁵⁷.

499 - La conception non fautive de l'abus de droit s'applique au droit des contrats, mais aussi au droit de la négociation collective. La nature hybride des conventions et accords collectifs de travail fait que la théorie de l'abus de droit a aussi vocation à s'appliquer lorsque l'une des parties à l'accord exécute une de ses obligations de la

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

manière la plus nuisible à son partenaire ou commet une faute dans l'exécution de son engagement qui cause un préjudice à son contractant. La frontière entre loyauté et abus de droit varie selon le droit ou la prérogative en cause et la gravité du manquement.

Les juges sanctionnent déjà sur le fondement de l'abus de droit tout employeur qui mute un salarié dans un autre secteur géographique, sans que sa décision soit guidée par l'intérêt de l'entreprise et bien que le contrat comporte une clause de mobilité¹⁴⁵⁸. En plus de se rendre coupable d'abus de droit, l'employeur peut être déloyal notamment lorsqu'il impose à un salarié, se trouvant dans une situation familiale critique, un déplacement immédiat dans un poste qui pouvait être occupé par d'autres salariés¹⁴⁵⁹. Suivant le même raisonnement, les juges n'hésitent pas à sanctionner un employeur lorsqu'il rompt un contrat de travail pendant la période d'essai de façon abusive, c'est-à-dire, pour un motif étranger à la finalité de l'essai¹⁴⁶⁰. Les juges admettent que lorsque l'employeur détourne de sa finalité un droit, il se rend coupable de déloyauté. Bien que ce raisonnement ne puisse pas être généralisé, il peut être transposé au domaine particulier de la négociation collective.

500 - L'abus de droit doit permettre de sanctionner tout employeur qui détourne de sa finalité un droit qu'il tire d'une convention, d'un accord collectif, ou de la loi, dans le seul but de nuire soit aux organisations syndicales signataires, soit aux salariés. De la même manière, doit être sanctionné sur le terrain de l'abus de droit l'employeur qui agit avec désinvolture dans l'utilisation d'un droit ou en exécutant un engagement conventionnel et qui cause un préjudice qui aurait pu être évité si ce dernier avait fait preuve d'un minimum de bonne foi¹⁴⁶¹.

Par contre, dans ces deux hypothèses, l'employeur peut aussi voir sa responsabilité retenue sur le fondement d'une exécution déloyale d'un accord ou d'une convention collective. À ce jour, la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur la question. Cependant, il est fort probable que les juges décident, comme en matière de mobilité, que l'employeur abuse de son droit et fait preuve de déloyauté lorsqu'il détourne ce droit de sa finalité afin de causer un préjudice à autrui. L'exemple le plus évident tient à la faculté qu'à l'employeur de dénoncer une convention ou un accord collectif de travail. Le droit accordé aux parties à un accord de le dénoncer est en principe libre. Cela ne veut pas nécessairement dire que cette dénonciation puisse se faire dans n'importe quelle condition et pour n'importe quel moyen. La théorie de l'abus de droit

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

pourrait donc trouver à s'appliquer lorsque l'une des parties à l'accord use de son droit à dénonciation de manière abusive. Constitue également une déloyauté flagrante, le fait de dénoncer un accord dans le seul but de pénaliser les autres signataires. C'est en ce sens que s'est prononcé le TGI de Nanterre dans un arrêt du 25 novembre 2005¹⁴⁶². En l'espèce, un employeur décide de dénoncer un accord collectif reconnaissant une Unité Économique et Sociale suite à un mouvement de grève important. Les organisations syndicales contestent la dénonciation de cet accord instituant certains droits pour les institutions représentatives du personnel au motif qu'elle est illicite parce qu'elle est motivée par la grève. Les juges font droit aux demandes des organisations syndicales et admettent que la dénonciation est illicite pour deux raisons. Le motif principal de l'illicéité de la dénonciation réside dans l'atteinte indirecte au droit de grève et plus largement aux droits des Institutions Représentatives du Personnel (IRP). À ce motif principal s'ajoute celui de la déloyauté dont s'est rendu coupable l'employeur. Au lieu de dénoncer l'accord, l'employeur aurait dû le réviser conformément aux dispositions d'un accord cadre. D'après les juges, la décision de dénoncer « paraît dénuée de loyauté au sens de l'article L 135-3 du Code du travail¹⁴⁶³ ». En l'espèce, la dénonciation ne pouvait pas tomber sous le coup de l'abus de droit, mais elle constituait une manœuvre déloyale contraire à l'article L 2262-4 du Code du travail (article L 135-3 ancien Code du travail). La loyauté apparaît donc bien être complémentaire à l'abus de droit.

Cette complémentarité se retrouve également de manière implicite dans la dénonciation d'usages. Bien que les juges n'aient pas fait référence à l'abus de droit de dénoncer ou à la loyauté, ils ont admis qu'une dénonciation en bloc de tous les usages applicables dans l'entreprise dans l'unique but de faire cesser un mouvement de grève est illicite et doit être annulée¹⁴⁶⁴. Si ce comportement porte atteinte au droit de grève, il constitue incontestablement une pratique déloyale ou, tout au moins, une utilisation dévoyée ou abusive du droit de dénoncer un usage.

501 - Les notions d'abus de droit et de loyauté sont intimement liées et leur utilisation permet de sanctionner des comportements abusifs, souvent révélateurs de déloyauté. Même si ces notions se recoupent, elles disposent chacune d'un champ d'action propre.

2. Équivalence entre loyauté et abus de droit

502 - Les juges retiennent qu'une intention de nuire, une légèreté blâmable, une simple faute, une malveillance, un acte malicieux, une mauvaise foi, voire une erreur grossière suffisent à caractériser un abus de droit. L'intention de nuire n'est donc plus le seul critère conditionnant l'application de la théorie de l'abus de droit. Il suffit que l'utilisation dommageable d'un droit résulte d'un acte intentionnel pour que l'abus soit caractérisé.

503 - La politique jurisprudentielle, visant à étendre la notion d'abus de droit, porte atteinte au domaine normalement réservé à la loyauté. Lorsque les juges estiment que la mauvaise foi suffit à caractériser un abus de droit, ils sanctionnent un comportement déloyal. Dans le droit de la négociation collective, les juges peuvent opter soit pour l'abus de droit, soit pour le défaut d'exécution loyale, prévu à l'article L 2262-4 du Code du travail, pour obtenir réparation. Plus largement, ces deux notions sont tenues comme équivalentes dès lors que l'utilisation abusive d'un droit entrave l'exécution loyale d'une convention ou d'un accord collectif. Comme l'a remarqué le professeur Stoffel-Munck, il existe un lien très intime entre la bonne foi (dans sa dimension loyauté) et l'abus de droit¹⁴⁶⁵. Ce lien est renforcé par les juges qui rapprochent ces deux notions jusqu'à les assimiler. Dans ces hypothèses, l'abus se traduit par une faute du contractant consistant à agir avec déloyauté ou malice¹⁴⁶⁶.

504 - Dans le droit de la négociation collective, loyauté et abus de droit sont tenus pour équivalents lorsque la déloyauté résulte d'un abus dans l'exécution de la convention ou de l'accord. La déloyauté est également caractérisée lorsque l'une des parties décide volontairement de ne pas exécuter une ou plusieurs de ses obligations. Dans ce cas, l'abus de droit abrite des fautes qui peuvent aussi bien être sanctionnées comme manquement au devoir de loyauté ou au principe de bonne foi. Les professeurs Cadiet et Le Tourneau préfèrent qualifier ces situations « d'abus par déloyauté »¹⁴⁶⁷. L'abus de droit ne devrait pas absorber la déloyauté. Au contraire, une partie à une convention ou un accord collectif, qui commet un abus de droit, peut également être sanctionnée sur le terrain de la loyauté lorsque l'exercice abusif de son droit contrarie son exécution.

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

Cet abus par déloyauté peut prendre deux formes. Soit le droit dont on abuse est prévu par la convention ou l'accord, auquel cas, il s'agit d'un abus de droit conventionnel soit, le droit dont on abuse lui est extérieur et est analysé en un abus de droit dans l'exécution de la convention ou de l'accord. L'abus du droit de dénoncer une convention ou un accord collectif de travail peut prendre deux formes selon que l'accord ou la convention prévoit ou pas les modalités de cette dénonciation. Lorsque l'ensemble des signataires employeurs ou salariés dénoncent une convention ou un accord collectif de travail, *a priori*, ils utilisent un droit. Cependant, l'abus de droit et la déloyauté peuvent être retenus lorsque les mobiles qui ont conduit à la dénonciation sont étrangers à la finalité pour laquelle ce droit a été institué. Le droit de dénoncer, utilisé dans l'unique but de nuire aux autres parties à l'accord, constitue, à la fois, un abus de droit et surtout un acte déloyal entravant la bonne exécution dudit accord. La même analyse peut être faite lorsque la dénonciation résulte d'une malveillance, d'un acte malicieux, d'une erreur grossière ou enfin, d'une légèreté blâmable.

Dans ces circonstances d'abus par déloyauté dans l'exécution d'accords collectifs, l'abus de droit et la déloyauté apparaissent comme concurrents. En réalité, les deux fondements étant différents, les juges doivent sanctionner ces deux comportements par l'octroi de dommages et intérêts.

505 - La loyauté a une place de premier rang dans l'exécution des conventions et accords collectifs. Les juges sanctionnent les comportements déloyaux les plus graves. Autrement dit, doivent être condamnés pour entrave à l'exécution loyale d'une convention ou d'un accord les employeurs qui d'une part, cherchent à se soustraire aux engagements qu'ils ont signé ou qui d'autre part, abusent de certains droits ou détournent certains pouvoirs de leur finalité. Cependant, dans ces hypothèses, la loyauté n'a pas été utilisée par les juges. De manière générale, être loyal, c'est s'abstenir de toute déloyauté. Soutenir cette vision de la loyauté revient à admettre qu' « aimer c'est s'abstenir de toute haine »¹⁴⁶⁸. Dans l'exécution des conventions et accords collectifs de travail, tout acte entravant leur bonne exécution est déloyal et doit être sanctionné sur le fondement de l'article L 2262-4 du Code du travail. Bien plus qu'un principe négatif, la loyauté implique un certain nombre de comportements positifs facilitant l'exécution des conventions ou accords collectifs de travail.

II. Une lecture potentiellement extensive du principe de loyauté

506 - Du point de vue philosophique, la loyauté peut aller jusqu'au dévouement le plus total à l'égard d'un partenaire. Sans toutefois aller jusque là, il nous est permis de soutenir qu'exécuter loyalement une convention ou un accord collectif de travail, c'est aussi l'exécuter de manière à procurer à l'autre partie la plus grande satisfaction possible¹⁴⁶⁹. Il nous est également permis d'en déduire que les parties doivent accepter de réviser l'accord lorsque son exécution est compromise par un élément extérieur.

A. L'obligation d'exécuter utilement les conventions et accords collectifs

507 - Dans sa dimension positive le principe de loyauté impose à tout contractant d'agir avec diligence de manière à faire produire tous ses effets au contrat. Autrement dit, la loyauté impose aux parties à se comporter en Homme consciencieux et diligent ayant le sens des responsabilités¹⁴⁷⁰. Comme l'avait souligné Pothier, « s'obliger à faire quelque chose, c'est s'obliger à le faire utilement »¹⁴⁷¹. Ainsi, exécuter loyalement une convention ou un accord collectif de travail c'est d'une part, respecter ce qui a été initialement prévu par les parties et d'autre part, exécuter en recherchant la plus grande efficacité possible pour son contractant¹⁴⁷². Chaque contractant doit déterminer les obligations qu'il a souscrites ainsi que leur étendue de manière à les exécuter conformément aux attentes de l'autre. Ainsi, lorsque les engagements contractés sont flous ou que toutes les modalités d'exécution du contrat ne sont pas prévues, la loyauté intervient pour révéler les obligations sous-jacentes ou accessoires et pour déterminer la portée exacte d'un engagement obscur.

508 - Dans la négociation collective, le principe d'exécution loyale des conventions et accords permet de guider l'interprétation d'une disposition obscure afin de déterminer s'il s'agit d'un engagement ou juste d'une disposition allusive (1). Dans une moindre mesure, ce principe permet au juge de découvrir un certain nombre d'obligations accessoires nécessaires à une bonne exécution de la convention ou de l'accord (2).

1. Loyauté et interprétation des engagements obscurs

509 - La question de la clarté des engagements souscrits par les parties dans une convention ou un accord collectif de travail ne s'est pas souvent posée par le passé. Ce n'est que depuis le milieu des années 1990 et l'apparition des engagements de maintien d'emploi que les juges ont eu l'occasion de se prononcer. Certains employeurs ont essayé de se retrancher derrière le caractère obscur ou peu clair d'une disposition écrite de l'accord pour justifier qu'il ne s'agissait en aucune manière d'un engagement, mais simplement d'une allusion ou justification. Ce comportement peut être déloyal lorsque l'employeur a présenté la disposition litigieuse comme un engagement alors que pour ne pas la respecter, il se retranche derrière les méandres de la langue française.

L'article L 2262-4 du Code du travail et le principe de loyauté qu'il pose impliquent de ne pas s'arrêter au sens littéral d'une disposition conventionnelle, mais de rechercher ce que les parties entendent faire de cette stipulation. Le principe de loyauté devient donc un guide permettant d'interpréter les dispositions conventionnelles afin de déterminer si elles posent de réels engagements ou de simples informations ou allusions. La Cour de cassation ne semble pas encore avoir donné une telle portée au principe de loyauté en ce qui concerne les engagements de maintien de l'emploi. Cependant, un certain nombre d'arguments militent pour sa reconnaissance.

510 - La doctrine a relevé que la plupart du temps, les engagements de maintien de l'emploi sont souvent allusifs ou obscurs¹⁴⁷³, ce qui leur confère une portée incertaine¹⁴⁷⁴. Cela s'explique en grande partie par la difficulté pour les employeurs d'assurer avec fermeté qu'ils seront en mesure de maintenir l'emploi, sachant que bien souvent, ils ne sont pas les détenteurs du pouvoir de décision. De ce fait, les dispositions relatives à l'emploi sont analysées comme posant un objectif à atteindre ou comme la justification d'un autre engagement plus précis¹⁴⁷⁵. Quelle est la réaction des juges face à ces clauses obscures ?

Dans son arrêt *Potain* du 13 décembre 1995, la Cour de cassation décide que « l'accord du 10 février 1993 [...] intervenu dans le cadre d'un licenciement collectif concernant 274 salariés, comporte un engagement de l'employeur "d'éviter" le recours à des licenciements ; que cet engagement ne paralyse pas jusqu'à la fin de l'année 1994 son droit de procéder à des licenciements lorsqu'ils sont inévitables »¹⁴⁷⁶. Dans cette affaire, un projet de plan social avait été proposé par le chef d'entreprise aux salariés.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

Un accord avait été trouvé le 10 février 1993 entre la direction et les principales organisations syndicales. Dans cet accord, l'employeur s'engageait à éviter tout licenciement économique pour la période 1993-1994 et s'obligeait à renégocier l'accord si la situation de l'entreprise se trouvait notablement modifiée. Ainsi, le chef d'entreprise ne pouvait licencier que s'il avait préalablement renégocié ledit accord. La Cour de cassation n'a pas suivi ce raisonnement et s'est montrée plus réservée quant à la portée qu'il fallait donner à l'accord. En se retranchant derrière la lettre de l'accord, les juges ont décidé que l'employeur ne s'engageait qu'à éviter de licencier, ce qui n'était révélateur que d'une obligation de moyen et qui ne privait pas ce dernier de son pouvoir de procéder à des licenciements¹⁴⁷⁷.

511 - La solution de la Cour de cassation n'est pas exempte de toute critique. En effet, les juges se sont arrêtés à la lettre de l'accord alors que son esprit manifestait clairement l'intention de ne pas licencier sans préalablement le réviser. Compte tenu de la nature hybride des conventions et accords collectifs de travail, les juges auraient dû suivre soit les directives d'interprétation posées par les articles 1156 et suivants du Code civil, soit celles relatives à l'interprétation de la loi. La question se déplace donc irrémédiablement vers l'interprétation des conventions et accords collectifs de travail et les difficultés qu'elle pose¹⁴⁷⁸. Dans les accords de maintien de l'emploi et plus généralement, pour tout accord organisationnel, la dimension contractuelle de l'accord collectif prime sur sa dimension réglementaire. Il apparaît donc logique de se référer aux directives d'interprétation des contrats, même si elles s'avèrent parfois difficiles à appliquer aux accords collectifs.

L'article 1156 du Code civil¹⁴⁷⁹ invite à rechercher quelle a été la commune intention des parties lors de la conclusion de l'accord sans s'arrêter à la lettre du texte. Dans l'affaire *Potain*, les organisations syndicales ont signé l'accord du 10 février 1993 en pensant que l'employeur s'engageait à ne pas licencier pendant une période donnée. En réalité, l'employeur ne s'était engagé qu'à éviter de tels licenciements. Même dans cette hypothèse de double interprétation d'un texte, l'article 1157 du Code civil vient au secours des organisations syndicales en disposant que « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ». Dans l'affaire *Potain*, interpréter l'accord comme l'ont fait les juges est contraire à cet article.

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

En effet, l'interprétation retenue ne fait produire aucun effet à la disposition. L'employeur aurait-il pu faire l'économie d'un tel engagement pour obtenir certaines concessions des salariés ? Il semble que la réponse à cette question soit clairement négative. En interprétant de manière littérale l'accord, les juges l'ont privé de toute efficacité¹⁴⁸⁰. De plus, une telle interprétation va à l'encontre du caractère protecteur du droit du travail qui invite les juges à interpréter les dispositions d'un accord collectif en faveur des salariés¹⁴⁸¹. Même si certains militent pour la généralisation d'une interprétation favorable aux salariés, la jurisprudence ne l'a pas encore affirmé explicitement¹⁴⁸². Pourtant, il semble que cette règle guide implicitement l'interprétation des juges¹⁴⁸³.

512 - La divergence entre les solutions retenues dans les arrêts *Potain*, *Case France* et *Briou* s'explique par le caractère flou ou précis des dispositions conventionnelles de maintien de l'emploi. Alors que dans l'arrêt *Case France*, l'employeur s'était engagé à ne pas licencier, dans l'arrêt *Potain*, il s'engageait à éviter de licencier¹⁴⁸⁴. Ainsi, alors que dans le premier arrêt, l'engagement était assimilable à une obligation de résultat, dans le second, il se rapprochait plus d'une obligation de moyen. Lorsque les engagements sont obscurs allusifs ou peu clairs, le principe de loyauté devrait conduire à ne pas s'attacher au texte, mais à rechercher quelle était la commune intention des parties au moment de la conclusion de l'accord. Une lecture extensive du principe de loyauté posé à l'article L 2262-4 du Code du travail permet d'éviter que les parties se réfugient derrière la lettre de l'accord pour éviter d'exécuter leurs engagements. Cette solution aurait pu être affirmée avec clarté dans l'arrêt *Briou*¹⁴⁸⁵. Les juges en ont décidé autrement. Cependant, la montée en puissance de l'éthique et de la loyauté dans notre ordre juridique pourrait bien faire évoluer la jurisprudence sur ce point.

513 - En plus d'être une directive d'interprétation pour déterminer la portée des engagements souscrits par les parties à l'accord, le principe de loyauté permet également de déterminer un certain nombre d'obligations accessoires nécessaires à la bonne exécution des conventions et accords même lorsque le texte ne les prévoit pas.

2. Loyauté et détermination des obligations accessoires

514 - Exécuter loyalement une convention ou un accord collectif c'est l'exécuter utilement, c'est-à-dire de manière à procurer le meilleur niveau de satisfaction à son ou ses cocontractants. Or, pour atteindre cet objectif, la loyauté permet de découvrir des obligations dites accessoires qui permettent une bonne exécution de l'accord. Autrement dit, l'exécution de l'obligation principale peut nécessiter l'exécution d'une obligation accessoire que les parties n'ont pas prévue, mais qui est cependant nécessaire à la bonne exécution de l'obligation principale. Le principe d'exécution loyale des conventions et accords de travail permet donc de découvrir des obligations non expressément prévues par le texte de l'accord. Ainsi, la loyauté devient « un critère de détermination du contenu contractuel »¹⁴⁸⁶. La loyauté supplée la volonté des parties à l'accord chaque fois qu'elle est insuffisamment exprimée. Cette dimension de la loyauté contractuelle apparaît comme complémentaire de la loyauté en tant que principe d'interprétation. Ces deux volets de la loyauté invitent à rechercher ce qu'a été la commune intention des parties lors de la formation de l'accord.

515 - Les obligations accessoires au contrat ou à l'accord peuvent être nombreuses et variées. En tout état de cause, lorsque l'employeur refuse d'exécuter une obligation accessoire, non expressément prévue, mais nécessaire à l'obligation principale, il nuit à l'exécution loyale de l'accord collectif et peut être sanctionné sur le fondement de l'article L 2262-4 du Code du travail au paiement de dommages et intérêts. Cela vaut pour tous les signataires d'un accord collectif.

516 - Le principe d'exécution loyale implique que les parties doivent s'abstenir de recourir à une action incompatible avec l'exécution de l'accord. Côté salarié, le droit de grève a souvent été présenté comme susceptible de compromettre l'exécution loyale d'un accord collectif. La jurisprudence et la doctrine se sont toujours refusées à admettre que le droit de grève, constitutionnellement reconnu pouvait être limité. Les juges ont très tôt admis que la négociation pouvait avoir pour objet la grève sans pour autant entraver ce droit¹⁴⁸⁷. Plus tard, ils ont affirmé que les clauses conventionnelles instituant un préavis de grève ne s'appliquaient qu'aux organisations syndicales et non aux salariés¹⁴⁸⁸. Dans notre cas, la situation est différente, dans la mesure où la convention ou l'accord ne règlemente pas l'exercice du droit de grève. La question est

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

ici de savoir si une grève relative à des questions traitées par accord compromet son exécution loyale. Même si l'idée de voir dans une convention ou un accord collectif un traité de paix est séduisante, il est difficile de soutenir que l'exercice d'un droit constitutionnel quasi-discrétionnaire peut compromettre l'exécution loyale d'une convention ou d'un accord collectif et donc porter atteinte à l'article L 2262-4 du Code du travail.

Signalons à titre conclusif que le droit de grève reconnu aux salariés constitue un moyen de pression en vue de renégocier l'accord et non en vue de l'anéantir. Il serait donc absurde d'admettre que l'on puisse sanctionner les organisations syndicales pour avoir incité à renégocier un accord dont l'exécution est compromise.

B. L'obligation de réviser les conventions ou accords à l'exécution compromise

517 - La plupart des conventions et des accords contiennent des dispositions relatives à leur révision. Sans limiter la portée de ces clauses à un simple rappel de la procédure de révision, nous pouvons soutenir que de telles clauses imposent aux parties d'engager une révision avant que la convention ou l'accord devienne impossible à exécuter pour l'une des parties. N'est-il pas logique qu'un employeur qui s'engage à maintenir l'emploi dans son entreprise ne renégocie pas le contenu de cet accord avant de procéder à des licenciements ?

Pour nourrir notre réflexion, nous utiliserons la théorie classique de l'imprévision¹⁴⁸⁹.

518 - Exécuter loyalement, c'est exécuter utilement. Cette idée appelle les partenaires à un minimum de collaboration et de coopération¹⁴⁹⁰ dans le but commun d'obtenir une satisfaction optimale lors de l'exécution du contrat. Cela vaut pour tout contrat ou toute convention qui n'a pas vocation à durer. Lorsqu'un contrat ou une convention dure dans le temps, le risque de changement et donc de bouleversement de l'économie du contrat est de plus en plus élevé. Dans le monde des affaires, la rapidité des évolutions économiques des opérateurs peuvent très rapidement rendre l'exécution d'un contrat ruineux pour une des parties. La question est donc de savoir si le principe d'exécution loyale n'oblige pas à renégocier les termes du contrat ou de l'accord lorsqu'il est devenu ruineux pour l'une des parties ?

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

Cette interrogation nous donne une lecture encore plus dynamique du principe d'exécution loyale. Il ne permet pas de déterminer les obligations des parties, mais assure la pérennité du lien contractuel en cas d'imprévision¹⁴⁹¹. Le droit des contrats a toujours été réticent à reconnaître la théorie de l'imprévision. Contrairement à d'autres législations¹⁴⁹², notre droit est peu enclin à admettre qu'on puisse exiger de bonne foi l'exécution d'un contrat ou d'une convention lorsque les circonstances économiques ont bouleversé les données initiales¹⁴⁹³ et l'ont rendu ruineux pour l'autre partie. L'idée de justice et de fidélité, qui inonde notre Code civil, est centrée sur la volonté exprimée par les parties. Dès lors, la fidélité implique de s'en tenir aux stipulations contractuelles reflétant cette volonté¹⁴⁹⁴. Cependant, cet argument doit être nuancé. La maxime latine *pacta sunt servanda* raisonne dans l'esprit de tout juriste alors que son corollaire *rebus sic stantibus* est moins connu. Si le contrat fait la loi des parties qui doivent s'y tenir, cela ne vaut que si les choses demeurent en l'état, c'est-à-dire, si les circonstances qui ont conduit à la conclusion du contrat n'ont pas changé¹⁴⁹⁵.

Dans les contrats des affaires, se sont développées des clauses prévoyant une renégociation en cas d'imprévision entravant l'exécution du contrat ou de la convention. Lorsqu'il existe une clause de révision, aucune atteinte n'est portée au principe de la force obligatoire du contrat. La seule difficulté est de reconnaître et d'accepter que les parties doivent faire des concessions pour maintenir le rapport contractuel. Dans ce cadre, la loyauté implique que les parties entament un dialogue dans le but de conclure. Toute partie qui a pour seul objectif de faire échouer la renégociation adopte un comportement déloyal. Ainsi, la loyauté interdit aux contractants de formuler des propositions inacceptables par l'autre partie dans le seul but de faire échouer les négociations.

Cette dimension de la renégociation pour imprévision est transposable à la négociation collective.

519 - Les conventions et accords collectifs ont le plus souvent vocation à durer dans le temps. Ces conventions ou accords ont pour fonction sociale de régler certaines difficultés tout en apaisant les relations sociales. L'importance de la fonction sociale des conventions et accords collectifs fait que, le plus souvent, les parties acceptent de renégocier le contenu de l'accord afin de l'adapter aux évolutions. La permanence du lien conventionnel et l'importance de la fonction sociale des conventions et accords

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

incite les parties à accepter certaines concessions. Dans les conventions ou accords de branche, qui ont vocation à être étendus, l'article L 2261-22 du Code du travail impose que les dispositions relatives à leur révision soient prévues. En ce qui concerne les accords d'entreprise, aucun texte n'impose un tel contenu. L'article L 2222-5 du Code du travail, relatif à la révision des conventions et accords du travail, ouvre aux négociateurs la possibilité de prévoir d'autres modalités de révision. Dans la majeure partie des accords d'entreprise sont prévues les modalités relatives à leur révision. La critique que l'on peut formuler à l'encontre de ces accords, est qu'ils se limitent à reprendre les dispositions prévues par les articles L 2261-7 et L 2261-8 du Code du travail. Sans pouvoir déroger aux articles précités, les conventions et accords peuvent prévoir librement les formes selon lesquelles et l'époque à laquelle ils sont renouvelés ou révisés¹⁴⁹⁶. Cela implique que les négociateurs puissent modifier les modalités de révision et imposer lorsque l'exécution de l'accord est compromise de recourir préalablement à cette procédure. L'exemple des accords sur l'emploi reste sans aucun doute le plus évocateur. Généralement, l'employeur s'engage à maintenir un certain niveau d'emploi au sein de l'entreprise en contrepartie de l'abandon de certains droits ou avantages par les salariés. Ces accords ont la plupart du temps une durée bien déterminée. Même si la période n'est pas particulièrement longue, les évolutions économiques étant devenues trop rapides, l'employeur peut se voir plus tôt qu'il le croyait dans l'obligation de procéder à des licenciements.

520 - Lorsque l'employeur est dans l'impossibilité d'exécuter un accord collectif de maintien de l'emploi, doit-il réviser l'accord avant d'engager une procédure de licenciement ? Cette interrogation complexe appelle une réponse en deux temps. Si, l'accord ne prévoit pas expressément une obligation de renégociation en cas d'imprévision, il devient difficile d'imposer à l'employeur de renégocier même si le principe d'exécution loyale l'y invite. A l'inverse, lorsqu'une obligation de renégociation est prévue, la force obligatoire de l'accord oblige l'employeur à engager une négociation de révision avant tout licenciement. La difficulté vient de la sanction qu'encourt un employeur qui licencie alors que l'accord qui le lie l'obligeait à renégocier. C'est en quelque sorte la prolongation de son obligation de maintien de l'emploi. Peut-on dès lors soutenir que les licenciements ainsi prononcés sont dépourvus de cause réelle et sérieuse ? Bien qu'il soit impossible de priver totalement

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

l'employeur de son pouvoir de licencier¹⁴⁹⁷, il est permis de conditionner son droit. La jurisprudence ne retient que les engagements clairement exprimés¹⁴⁹⁸. Les juges admettent très difficilement que les licenciements prononcés en violation d'une obligation préalable de réviser soient considérés comme dépourvus de cause réelle et sérieuse¹⁴⁹⁹.

Cependant, au niveau de la réparation du préjudice qui en résulte, aucune distinction ne doit être faite. L'employeur qui méconnaît un engagement de maintien de l'emploi ou qui ne respecte pas son obligation de renégocier avant de licencier commet une faute qui emporte droit à réparation pour tout salarié licencié¹⁵⁰⁰. Il s'agit d'un manquement à une obligation de ne pas faire ou à une obligation de faire qui permet au salarié d'obtenir réparation. Dans l'affaire *Briou*¹⁵⁰¹, l'employeur s'engageait à maintenir une activité sur un site. Ne respectant pas son engagement, les juges ont décidé qu'il « devait réparation du préjudice qui en est résulté ». Le fait générateur de responsabilité étant la fermeture du site¹⁵⁰² (et non le transfert¹⁵⁰³), les salariés pouvaient obtenir réparation du préjudice que cette fermeture leur avait causé. Cette action en réparation formée par les salariés se fonde sur les dispositions de l'article L 2262-12 du Code du travail. Ce texte autorise toute personne liée par une convention ou un accord collectif à intenter toute action visant à obtenir l'exécution des engagements contractés et, le cas échéant, des dommages et intérêts. Saisi d'une telle demande d'exécution, les juges disposent d'une option. D'abord ils peuvent, enjoindre à l'employeur de procéder à la révision de l'accord. Si cela s'avère impossible, ils peuvent demander réparation préjudice causé par cette violation. La jurisprudence est encore hésitante sur le type de responsabilité et sur l'appréciation du préjudice. Elle fait quelquefois encore référence à la responsabilité contractuelle et à l'article 1147 du Code civil pour indemniser les salariés¹⁵⁰⁴. Nous pensons que la référence aux règles du droit civil est inappropriée au cas d'engagements souscrits dans des accords collectifs du fait de leur nature particulière. À l'égard des salariés, l'accord collectif développe un effet normatif important. Partant de cet effet normatif, l'article L 2262-12 du Code du travail pose des sanctions applicables. Ce fondement permet, à lui seul, de réparer le préjudice subi par un salarié du fait de la violation de l'un de ses engagements par l'employeur.

521 - L'obligation d'exécution loyale pourrait donc s'interpréter de manière à préférer réviser un accord plutôt que de s'entêter dans une exécution qui est plus que

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

compromise. La force de cette obligation varie selon le support qui la porte. Imposer une telle obligation en se fondant sur le devoir de loyauté prévu à l'article L 2262-4 du Code du travail nous semble logique. Cependant, les tribunaux ne sont pas encore prêts à admettre une telle logique. Les choses sont radicalement différentes lorsque cette obligation de loyauté trouve une traduction dans un accord collectif du travail. Dans ce cas, l'employeur est lié par l'accord qu'il a conclu et doit respecter les engagements qu'il a pris. Si la révision est conventionnellement prévue, l'employeur ne peut pas s'en dispenser, sauf à se voir condamner à réparer le préjudice qui en résulte.

522 - Afin d'éviter que cette obligation de révision soit détournée de son objet, trois conditions sont nécessaires¹⁵⁰⁵. Tout d'abord, il est nécessaire que le fait générateur de la révision soit anormal, c'est-à-dire, qu'il doit avoir échappé aux prévisions raisonnables des parties ainsi qu'à leur action. Ensuite, il est nécessaire que le changement de circonstances ait provoqué un réel bouleversement de l'équilibre de l'accord. Enfin, le recours à la révision pour imprévision ne doit pas contraindre l'une des parties à accepter des concessions telles qu'elle sacrifierait totalement ses intérêts. Le droit de la négociation collective semble le plus à même de permettre le développement de cette dimension de la loyauté qu'est la révision en cas d'imprévision. Encore faut-il que les acteurs de la négociation et les juges en prennent conscience.

523 - Le principe de loyauté a été découvert par les juges dans l'article L 2262-4 du Code du travail. Aujourd'hui, malgré le travail qui a déjà été fait, le principe d'exécution loyale des conventions et accords collectifs est sous-utilisé. Bien au contraire, l'application que font les juges et les partenaires sociaux de cette loyauté ne constitue que la partie visible d'un iceberg.

Conclusion du chapitre 1 :

524 - Nous avons démontré que la négociation collective avait grand besoin d'autonomie. Cependant, le législateur a choisi de conférer plus d'autonomie aux partenaires sociaux en réduisant les règles protectrices des travailleurs que sont l'ordre public social et le principe de faveur. Dans ce contexte, les salariés sont beaucoup

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

moins bien protégés contre le déséquilibre des pouvoirs que connaît la négociation collective et qui traverse le droit du travail. Afin d'éviter les conséquences les plus graves de cette "déprotection", le principe de loyauté apparaît comme la dernière arme dont disposent les salariés et leurs représentants pour lutter contre certains comportements déviants et donc, rétablir un certain équilibre¹⁵⁰⁶. La loyauté constitue un principe général du droit de la négociation collective découvert par les juges dans l'exécution des accords. Ce principe général, transcendant et permanent constitue une ressource trop peu utilisée qui doit être étendue à tout le processus de négociation sans devoir rechercher un fondement textuel.

CHAPITRE 2 : L'APPLICATION DU PRINCIPE GENERAL DE LOYAUTE A L'ENSEMBLE DU PROCESSUS DE NEGOCIATION

525 - La loyauté est un principe général applicable au droit de la négociation collective. Dans un contexte de négociation organisationnelle, guidée par l'intérêt de l'entreprise, la loyauté assure un certain rééquilibrage des pouvoirs. Il est alors nécessaire d'étendre la portée de ce principe à toutes les étapes de la négociation et dans l'exécution des accords¹⁵⁰⁷. Même si la négociation « est un théâtre d'ombres où chacun se réserve quelques armes, où tactiques et stratégies cohabitent naturellement »¹⁵⁰⁸, la loyauté permet de distinguer ce qui est du jeu normal de la négociation de ce qui ne l'est pas. Les partenaires sociaux, conscients de l'importance de la loyauté de la négociation, œuvrent à la construction « de codes de bonne conduite ou de rites excluant les comportements déloyaux »¹⁵⁰⁹.

526 - Compte tenu de la généralité du principe de loyauté de la négociation, il ne doit pas se limiter à l'exécution des conventions et accords¹⁵¹⁰, mais doit s'étendre à tout le processus de négociation. La loyauté doit guider les partenaires sociaux lors de la préparation de la négociation (section première), mais aussi pendant le déroulement des négociations (section seconde).

SECTION 1 : LA LOYAUTE DANS LA PREPARATION DE LA NEGOCIATION

527 - La loyauté est une norme de comportement qui tire son essence de la philosophie morale. Au stade de la préparation des négociations, elle incite les parties à adopter un comportement favorisant la conclusion d'une convention ou d'un accord. Elle veille à ce que les parties soient dans les meilleures dispositions pour aboutir à un accord. Les conventions et accords collectif de travail et les contrats conclus entre professionnels et consommateurs ont en commun un certain déséquilibre. De même que le professionnel est le principal débiteur de l'obligation de loyauté, l'employeur supporte principalement les obligations découlant du principe de loyauté de la

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

négociation¹⁵¹¹. La question est de savoir jusqu'où ce devoir de loyauté doit se manifester dans la phase préparatoire de la négociation¹⁵¹².

Sans aller jusqu'au dévouement le plus complet, l'employeur doit adopter un comportement loyal, notamment, en invitant toutes les organisations aptes à négocier (I) et en leur transmettant une information suffisante en vue de négocier en toute connaissance de cause (II).

I. L'obligation d'inviter les acteurs de la négociation

528 - Le droit de la négociation a connu un élargissement considérable des acteurs qui peuvent négocier de réels accords collectifs de travail. Les articles L 2232-21 à L 2232-29 du Code du travail ont introduit comme négociateurs d'entreprises le comité d'entreprise, le délégué du personnel et le salarié mandaté¹⁵¹³. Cela dit, les organisations syndicales demeurent les acteurs privilégiés du droit de la négociation. C'est ce qu'a rappelé à plusieurs reprises le Conseil constitutionnel, notamment dans sa décision du 29 avril 2004¹⁵¹⁴. Les syndicats ne disposent pas d'un monopole, mais d'une simple vocation prioritaire à négocier.

529 - Face à cette pluralité d'acteurs, l'employeur doit-il tous les inviter à négocier ? Doit-il n'inviter que les organisations syndicales ? Peut-il n'en inviter que certaines ? Autant de questions auxquelles la loyauté apporte une solution. Au niveau de l'entreprise, le principe de loyauté de la négociation oblige l'employeur à inviter toutes les organisations syndicales représentatives et rien que les organisations syndicales représentatives¹⁵¹⁵. Autrement dit, l'employeur ne peut envisager de négocier avec d'autres acteurs que lorsqu'aucune organisation syndicale représentative n'a désigné de délégué syndical dans l'entreprise.

A. L'invitation de toutes les organisations syndicales représentatives

530 - Le principe, selon lequel doivent être invitées toutes les organisations syndicales représentatives, vaut quel que soit le niveau et le type de négociation. Qu'il s'agisse d'une négociation de branche ou d'entreprise, qui prenne la forme d'une

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

négociation facultative, obligatoire ou de révision, toutes les organisations syndicales représentatives au niveau considéré doivent nécessairement être conviées à la négociation.

En vertu du principe général de loyauté, cette solution vaut aussi bien pour l'ouverture des négociations que pour toutes les réunions postérieures.

531 - Dès 1988, la chambre sociale de la Cour de cassation a admis que toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise devaient être conviées à l'ouverture des négociations¹⁵¹⁶. Les juges n'ont opéré aucune distinction entre négociation facultative et négociation obligatoire. À l'époque le débat ne s'orientait pas sur la loyauté de l'invitation, mais sur la discrimination syndicale que constituait la mise à l'écart d'une ou plusieurs organisations¹⁵¹⁷. Cette solution prenait appui sur l'article L 132-19 al. 1 (devenu l'article L 2232-16 du Code du travail) et s'expliquait par l'égalité existant entre tout syndicat ayant obtenu la capacité représentative. Les juges ont retenu que lorsque le syndicat est représentatif, il a vocation à représenter l'intérêt collectif des travailleurs et non seulement l'intérêt de ses membres. En admettant que l'employeur puisse écarter l'une de ses organisations en ne l'invitant pas, les juges auraient porté atteinte à la représentation des syndicats ainsi qu'au droit des salariés à la négociation constitutionnellement reconnu¹⁵¹⁸. La solution semble donc acquise pour la négociation d'entreprise. Cependant, des doutes subsistaient quant à la portée de cette obligation d'inviter toutes les organisations syndicales représentatives. S'applique-t-elle dans les négociations de niveau supérieur ? S'applique-t-elle à la négociation d'un accord de révision ? S'applique-t-elle à la négociation obligatoire ?

532 - La négociation obligatoire, revue par la loi du 18 janvier 2005¹⁵¹⁹, reconnaît l'existence une obligation de loyauté à l'article L 2242-7 du Code du travail¹⁵²⁰. Ce texte pose que les négociations relatives aux salaires effectifs doivent avoir été au moins engagées sérieusement et loyalement. Cet engagement sérieux et loyal des négociations implique d'abord de convoquer à la négociation les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et de fixer le lieu et le calendrier des réunions. Il appartient également à l'employeur de communiquer « les informations nécessaires pour permettre aux organisations syndicales représentatives de négocier en toute connaissance de cause et de répondre « de manière motivée aux éventuelles

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

propositions des organisations syndicales »¹⁵²¹. La loi du 23 mars 2006¹⁵²², relative à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes, reprend la même conception de la négociation loyale¹⁵²³ et l'insère au sein de l'article L 3122-36 du Code du travail¹⁵²⁴.

533 - De manière générale, la loyauté de la négociation impose que soient invitées toutes les organisations représentatives au niveau considéré même s'il s'agit d'une négociation de révision. La logique aurait voulu que seules les parties signataires de l'accord initial puissent le réviser. Ce n'est pas ce qu'a décidé la Cour de cassation. La solution est aujourd'hui bien installée tant le principe posé par l'arrêt Sanofi du 26 mars 2002 est général. En l'espèce, une partie des sociétés du groupe Sanofi voulaient réviser un accord de groupe. Se fondant sur l'article L 2261-7 du Code du travail¹⁵²⁵, ne permettant qu'aux organisations signataires ou ayant adhéré à l'accord initial de signer l'avenant de révision, l'employeur a décidé de ne convier à la négociation que les organisations signataires de l'accord initial. La chambre sociale de la Cour de cassation a annulé l'avenant de révision au motif que « tous les syndicats représentatifs, qui ont un délégué syndical dans l'entreprise, doivent être appelés à la négociation des conventions et accords d'entreprise, y compris lorsque la négociation porte sur des accords de révision »¹⁵²⁶. À la lecture de cet arrêt, il ne fait aucun doute que toutes les organisations représentatives au niveau considéré doivent être conviées à la négociation.

534 - Le même raisonnement trouve-t-il à s'appliquer pour la négociation des accords de branche ? Les conventions et accords de branche sont le plus souvent destinés à être étendus par arrêté du ministère du travail. Or, pour que cette extension soit possible, la convention ou l'accord doit avoir été négocié dans une commission paritaire composée de toutes les organisations représentatives de la branche. La Cour de cassation refuse de faire produire effet à un arrêté d'extension adopté alors qu'une organisation représentative n'a pas été conviée à la commission¹⁵²⁷. Le Conseil d'État annule tout arrêté d'extension qui a été pris alors qu'une organisation n'a pas été invitée à participer à la commission¹⁵²⁸. Au niveau de la branche, il appartient au ministre du travail d'inviter les différentes organisations qu'il estime être représentatives à participer à la commission.

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

535 - Dans un arrêt du 17 septembre 2003, la Cour de cassation pose un principe n'opérant aucune distinction entre le niveau de négociation ou le type de négociation. Dans cette affaire relative à la révision d'un accord de branche, la Cour de cassation a affirmé de manière péremptoire que « un accord collectif ne peut être conclu ou révisé sans que l'ensemble des organisations syndicales représentatives aient été invitées à sa négociation »¹⁵²⁹.

Depuis l'arrêt du 17 septembre 2003, aucun doute n'est plus permis quant à la généralité de l'obligation d'inviter toutes les organisations syndicales représentatives dans le champ d'application de l'accord à participer à sa révision¹⁵³⁰. En se référant aux articles L 2221-1¹⁵³¹, L 2261-7¹⁵³² du Code du travail et aux alinéas 6 et 8 du préambule de la Constitution de 1946, la Cour de cassation considère que l'obligation de convoquer l'ensemble des organisations syndicales représentatives à la négociation ainsi qu'à la révision d'un accord collectif participe, non seulement du droit des salariés à la négociation collective, mais aussi de la liberté syndicale¹⁵³³.

536 - Toute violation de l'obligation de loyauté conduit à l'annulation de l'accord conclu. La seule interrogation qui demeure concerne la nature de nullité encourue. Lorsque toutes les organisations représentatives n'ont pas été invitées, l'accord est-il soumis au régime de la nullité absolue ou de la nullité relative ? À première vue, la solution retenue est destinée à protéger l'organisation qui a été écartée de la négociation. Logiquement, seule cette dernière pourrait agir et obtenir la nullité de l'accord. Ce raisonnement doit pourtant être rejeté pour plusieurs raisons. Comme nous l'avons déduit de l'arrêt du 17 septembre 2003, l'obligation d'inviter toutes les organisations syndicales ne vise pas uniquement à protéger le ou les syndicats qui seraient mis à l'écart mais aussi le droit des salariés à la négociation collective. De plus, un accord collectif développe ses effets entre les organisations signataires et à l'égard de tout salarié entrant dans son champ d'application. Ces deux raisons nous invitent à conclure que le régime de la nullité absolue doit s'imposer de manière à permettre à toute personne intéressées de soulever la nullité de l'accord.¹⁵³⁴

537 - En définitive, toutes les organisations syndicales représentatives doivent être conviées à la négociation. Or, la loi du 20 août 2008 a posé en principe que seules les organisations syndicales qui recueillent au moins 10% des voix des salariés au premier

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

tour des élections professionnelles peuvent être reconnues représentatives au niveau de l'entreprise. Ainsi, seules les organisations syndicales ayant obtenu au moins 10% des suffrages doivent être invitées aux négociations. Cependant, au niveau de l'entreprise, la loi précitée a autorisé les syndicats constitués depuis au moins deux ans et remplissant les conditions d'indépendance et de respect des valeurs républicaines à déposer des listes aux élections professionnelles. Ces organisations non encore représentatives pourraient-elles demander à être invitées aux négociations d'entreprise ? Dans la mesure où ces organisations ne disposent pas encore de la capacité représentative, il est difficile d'imposer que l'employeur doive les inviter à négocier. Si la liste déposée obtient au moins 10% et que l'organisation syndicale désigne un délégué syndical, l'employeur sera dans l'obligation de l'inviter à toute négociation¹⁵³⁵.

538 - Compte tenu de l'importance et de la généralité du principe de loyauté, il est logique d'étendre l'obligation d'inviter toutes les organisations syndicales représentatives à toutes les réunions postérieures¹⁵³⁶. La Cour de cassation a rappelé dans un arrêt du 10 octobre 2007 que « la nullité d'une convention ou d'un accord collectif est encourue lorsque toutes les organisations syndicales n'ont pas été convoquées à sa négociation ou si l'existence de négociations séparées est établie ou encore si elles n'ont pas été mises à même de discuter les termes du projet soumis à la signature en demandant, le cas échéant, la poursuite des négociations jusqu'à la procédure prévue pour celle-ci »¹⁵³⁷. Dans cet arrêt, les juges appliquent le principe de loyauté s'applique à tout le processus de négociation même si en pratique, la question des réunions postérieures ainsi que l'interdiction de toute négociation séparée ne font plus partie de la phase préparatoire à la négociation, mais de la négociation proprement dite¹⁵³⁸.

B. L'invitation des seules organisations syndicales représentatives

539 - Les organisations syndicales représentatives disposent d'une vocation naturelle et d'une priorité en matière de négociation. Cela n'empêche pas les employeurs de négocier et de conclure des accords atypiques avec le comité d'entreprise ou les délégués du personnel. Pourtant, le principe de négociation loyale devrait permettre aux employeurs de négocier ces accords atypiques uniquement lorsqu'ils ont engagé sérieusement et loyalement des négociations en vue de conclure un accord collectif

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

avec les représentants syndicaux et que cette tentative a échoué. La loyauté de la négociation oblige l'employeur à ne convier que les organisations syndicales représentatives (lorsqu'elles sont présentes). Cependant, l'employeur n'est pas obligé d'inviter plusieurs organisations syndicales affiliées à une même confédération.

*1. L'exclusion des accords atypiques*¹⁵³⁹

540 - Lorsqu'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives sont implantées dans l'entreprise, la loyauté interdit à l'employeur de négocier avec d'autres acteurs. Depuis la loi du 12 novembre 1996, le législateur a ouvert progressivement le champ de la négociation au comité d'entreprise et aux délégués du personnel en matière d'intéressement, de participation¹⁵⁴⁰ et de réduction du temps de travail. La loi du 4 mai 2004 a généralisé la faculté offerte à l'employeur de négocier avec les représentants élus et des salariés spécialement mandatés sur l'ensemble des domaines ouverts à la négociation. Cette faculté de négociation, reprise aux articles L 2232-21 à L 2232-29 du Code du travail, ne pouvait avoir lieu que si un accord de branche l'avait autorisé et en avait fixé les modalités et les thèmes. La condition tenant à l'autorisation des partenaires de branche a été supprimée par la loi du 20 août 2008 à compter du 31 décembre 2009. Depuis cette date, d'autres acteurs peuvent négocier lorsqu'aucune organisation syndicale représentative n'est présente dans l'entreprise¹⁵⁴¹. Le principe de négociation loyale n'empêche pas que ces négociations aient lieu. Par contre, l'employeur se rend coupable de déloyauté s'il entame des négociations avec le comité d'entreprise, les délégués du personnel ou les salariés mandatés alors qu'il existe des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise.

541 - Lorsque l'employeur ne respecte pas les conditions posées par les articles L 2232-21 et suivants, l'accord conclu avec les élus ou des mandatés n'est pas nul, mais est considéré comme un accord atypique empruntant son régime juridique aux engagements unilatéraux. La déloyauté consiste donc ici à rechercher la conclusion d'un accord atypique alors que sont présentes dans l'entreprises une ou plusieurs organisations syndicales représentatives. Pour autant, les juges ne se sont pas encore prononcés sur ce point.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

542 - La question de la déloyauté dans la négociation est plus complexe qu'il n'y paraît. Le droit du travail organise la consultation des institutions représentatives du personnel sur des thèmes qui peuvent faire l'objet de négociations avec les représentants syndicaux. Il y a donc inévitablement concours entre les organes consultés et les agents d'exercice de la négociation¹⁵⁴². Au demeurant, il est anormal d'autoriser la conclusion d'accords atypiques aux motifs que cela constitue une entrave syndicale. Ainsi, il est logique d'interdire à l'employeur de conclure un accord atypique alors qu'il existe des organisations syndicales dans son entreprise. Tout au plus, dans une situation de blocage, on pourrait admettre que l'employeur engage des négociations atypiques. Cependant, cela sous-entend que l'employeur ait préalablement engagé sérieusement et loyalement des négociations avec les syndicats et qu'il ait réellement voulu aboutir à un accord. C'est sans aucun doute cette idée qui explique la réticence des juges à sanctionner les accords atypiques.

De la même manière que l'article L 2242-3 du Code du travail¹⁵⁴³ interdit à l'employeur de prendre une mesure unilatérale pendant les négociations, la loyauté devrait leur interdire de recourir à la négociation avec d'autres acteurs que les délégués syndicaux lorsqu'ils existent¹⁵⁴⁴. Pour l'instant, la Cour de cassation ne donne pas toute sa force au principe de loyauté de la négociation. Dans un arrêt remarqué du 28 mars 1995¹⁵⁴⁵, la chambre criminelle a écarté le délit d'entrave alors que l'employeur avait consulté les salariés sur l'un des thèmes normalement soumis à la négociation obligatoire. La chambre criminelle pose toutefois une limite à ces pratiques. Elle affirme que lorsque la négociation est obligatoire, le chef d'entreprise ne peut pas exclure du champ de la négociation obligatoire des questions qui en relèvent normalement. Autrement dit, rien n'empêche l'employeur de trouver un accord avec d'autres acteurs à condition que le contenu de la négociation obligatoire ne soit pas réduit¹⁵⁴⁶. Cette solution montre l'embarras des juges à appliquer le principe de loyauté dans le choix des acteurs de la négociation¹⁵⁴⁷. La chambre criminelle semble avoir intégré que toute négociation, menée avec d'autres acteurs que le délégué syndical, doit être frappée de nullité. Depuis un arrêt du 18 novembre 1997, les juges criminels affirment que tout accord passé avec des représentants élus est nul dès lors qu'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives sont présentes dans l'entreprise. Comme l'a souligné le Professeur Chalaron, ce n'est qu'en cas d'absence totale de délégués syndicaux que la validité des accords atypique est assurée¹⁵⁴⁸.

543 - La loyauté dans le choix des acteurs de la négociation n'est pas encore arrivée à maturité. Espérons que les réflexions relatives aux accords négociés et conclus avec le comité d'entreprise, les délégués du personnel ou les salariés mandatés vont permettre aux juges d'affirmer plus clairement que la loyauté doit guider l'employeur dans le choix de ses interlocuteurs.

Si la loyauté interdit de recourir à la conclusion d'accords atypiques alors que des organisations sont présentes dans l'entreprise, elle ne va pas jusqu'à obliger l'employeur à inviter toutes les organisations syndicales affiliées à une même confédération.

2. L'exclusion des organisations syndicales affiliées à une même confédération

544 - L'évolution du syndicalisme a fait de l'affiliation à une fédération ou à une confédération syndicale une constante. Le développement de l'affiliation s'explique, en grande partie, par les effets qu'elle produit. Lorsqu'une organisation syndicale se crée, elle n'a que très peu de prérogatives jusqu'à ce qu'elle prouve sa représentativité. L'affiliation à une confédération reconnue représentative au niveau national conférait¹⁵⁴⁹ au syndicat affilié une représentativité irréfragable à son niveau¹⁵⁵⁰ et lui permettait de négocier des accords collectifs.

545 - Les organisations syndicales présentes hors de l'entreprise et reconnues représentatives au niveau national ont pris l'habitude de désigner des délégués syndicaux pour les représenter auprès des employeurs. Cependant, compte tenu de l'organisation professionnelle et territoriale des syndicats et de la complexité des sociétés, il arrive que deux organisations syndicales affiliées à une même confédération représentative nationale désignent deux délégués syndicaux dans une même entreprise. Les juges ont admis que « lorsqu'un syndicat représentatif a désigné un délégué syndical, la désignation d'un autre délégué par un deuxième syndicat affilié à la même confédération n'emporte pas caducité du premier mandat que seul le syndicat désignataire peut révoquer »¹⁵⁵¹. L'employeur peut donc voir dans son entreprise deux délégués syndicaux désignés par des syndicats affiliés à la même confédération syndicale.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

546 - La question est de savoir si, lors de négociations, l'employeur doit convier tous les délégués syndicaux, même ceux qui ont été désignés par des syndicats affiliés à une même confédération. La logique de la représentation des salariés voudrait que tous les représentants soient conviés à participer aux négociations. Les différents courants existant au sein d'un même syndicat peuvent confirmer cette solution. Cependant, la Cour de cassation en a décidé autrement. Dans son arrêt du 16 janvier 2008, la chambre sociale affirme que « si un accord d'entreprise ne peut être conclu ou révisé sans que l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise au sens de l'article L 132-2 du Code du travail, aient été invitées à la négociation, l'employeur n'est pas tenu d'y inviter l'intégralité des organisations syndicales qui se prévalent d'une affiliation à une même confédération représentative au plan national »¹⁵⁵². Même si la solution de la Cour raisonne comme un principe à portée générale, les faits de l'espèce et la faible publication de l'arrêt ne nous invitent pas nécessairement à la même conclusion.

En l'espèce, un accord relatif aux conséquences de la reconnaissance d'une UES sur la représentation du personnel est signé le 2 janvier 2007 au sein de la société Generali France. Cet accord signé par le syndicat UGICT CGT des salariés du groupe Generali France métropolitaine modifie le nombre d'établissements distincts et pose le nombre de délégués syndicaux centraux et d'établissement pour chaque organisation syndicale représentative. En suivant cette nouvelle répartition conventionnelle, le syndicat d'entreprise UGICT CGT désigne ses délégués centraux et d'établissement. Dans le même temps, une Union locale CGT désigne un délégué syndical dans l'un des établissements dont le caractère distinct avait été supprimé par l'accord du 2 janvier 2007. La société Generali, ainsi que le syndicat UGICT CGT, saisissent le tribunal d'instance pour contester la validité de la désignation du délégué par l'Union locale. De son côté, l'Union locale conteste la validité de l'accord du 2 janvier 2007 et des désignations qui ont suivi. Le tribunal d'instance, se penchant par voie d'exception sur la validité de l'accord, décide que ce dernier est nul dans la mesure où le délégué syndical désigné par l'Union locale n'avait pas été invité aux négociations. Le tribunal d'instance retient « qu'un accord collectif ne peut être conclu ou révisé dans l'entreprise sans que toutes les organisations syndicales représentatives aient été invitées à sa négociation et que le principe d'unicité syndicale ne saurait faire obstacle à la neutralité de l'employeur qui doit, même en présence de plusieurs organisations

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

appartenant à la même confédération syndicale, favoriser la négociation loyale des accords collectifs »¹⁵⁵³. Le tribunal décide que lorsqu'il existe plusieurs organisations syndicales affiliées à une même confédération, l'employeur est dans l'obligation de les convier à toute négociation qui intéresse le niveau auquel elles sont désignées.

Insatisfait de cette solution, la société Generali ainsi que le syndicat UGICT CGT et quelques salariés forment un pourvoi en cassation. La Cour de cassation casse et annule le jugement du tribunal d'instance au motif que « si un accord d'entreprise ne peut être conclu ou révisé sans que l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise au sens de l'article L 132-2 du code du travail, aient été invitées à la négociation, l'employeur n'est pas tenu d'y inviter l'intégralité des organisations syndicales qui se prévalent d'une affiliation à une même confédération représentative au plan national ». La Cour maintient son principe selon lequel toutes les organisations syndicales représentatives doivent être invitées à la négociation. Pour autant, lorsqu'un accord prévoit une nouvelle répartition de la représentation des travailleurs, l'employeur n'est pas dans l'obligation d'inviter à la négociation les délégués syndicaux qui ont été désignés en méconnaissance dudit accord et par une organisation affiliée à une même confédération. Autrement dit, l'accord du 2 janvier 2007 faisait perdre son caractère distinct à l'établissement de Sainte-Luce-sur-Loire, ce qui avait pour conséquence d'invalider la désignation d'un délégué syndical. Même si l'employeur a décidé de laisser faire, ce dernier n'est pas tenu d'inviter cette organisation à négocier les futurs accords collectifs d'entreprise.

Au regard du principe de loyauté, la solution peu paraître surprenante. Si la loyauté impose de convier aux négociations toutes les organisations syndicales représentatives, elle implique aussi de respecter ce qui a été décidé par accord, notamment en ce qui concerne une nouvelle répartition de la représentation des salariés suite à la reconnaissance d'une UES.

547 - La loyauté guide fortement le comportement des employeurs qui doivent systématiquement et obligatoirement convoquer à la négociation toutes les organisations syndicales représentatives. Le législateur et les juges semblent avoir pris la juste mesure de cette dimension de la loyauté. Quel que soit le type de négociation, quel que soit le niveau de négociation, dès lors que des organisations syndicales représentatives sont présentes, l'employeur est obligé de les convier sous peine de

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

nullité de l'accord¹⁵⁵⁴. Par contre, dans les petites entreprises, dès lors qu'il n'existe aucune organisation syndicale représentative, la loi permet aux élus ou aux mandatés de conclure de réels accords collectifs. Ces négociations dites déroatoires conduisent, non plus à la conclusion d'accords atypiques, mais à la conclusion de véritables accords collectifs de travail.

La loyauté ne se limite pas à une simple invitation à négocier, elle implique également que l'employeur informe les organisations syndicales de salariés afin qu'elles puissent négocier en toute connaissance de cause.

II. L'obligation "pré-conventionnelle" d'information.

548 - La loyauté dans la négociation implique que les parties n'ignorent aucun fait ou aucune circonstance importante entourant l'accord ou la convention¹⁵⁵⁵. Autrement dit, être loyal, c'est informer et s'informer¹⁵⁵⁶ de manière à ce que les parties s'engagent en toute connaissance de cause. Cette obligation d'information qui pèse sur les parties n'est que le prolongement normal de l'obligation de ne pas tromper. En informant et en s'informant, le risque de tromperie se trouve fortement réduit. Une telle obligation d'information existe en droit des contrats et guide toute la phase précontractuelle, mais se retrouve également au stade de l'exécution, notamment pour les contrats à exécution successive¹⁵⁵⁷. L'obligation d'informer ou de renseigner repose principalement sur la partie qui détient les informations essentielles afin que l'autre partie puisse contracter en toute connaissance de cause. Cette obligation d'information peut prendre plusieurs formes et peut présenter des degrés divers. L'obligation de renseigner répond à la nécessité de rétablir un certain équilibre dans des relations conventionnelles lorsqu'elles sont trop déséquilibrées¹⁵⁵⁸. Toutefois, l'idée d'équilibre ne signifie pas que tout doit être dit¹⁵⁵⁹. En tout état de cause, l'obligation d'information repose sur le principe de loyauté qui doit gouverner toute relation conventionnelle.

549 - L'obligation précontractuelle de renseignement, bien connue du droit civil, n'existe pas encore de manière aussi générale dans le droit de la négociation collective. Pourtant, la transposition d'une obligation générale d'information précontractuelle serait possible pour au moins deux raisons. Il est admis depuis longtemps que l'accord

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

collectif est traité comme un contrat lorsqu'on envisage sa conclusion. De plus, il existe un déséquilibre important entre les parties à l'accord. Ces deux arguments justifient l'existence d'une obligation précontractuelle de renseignement dans le droit de la négociation collective fondée sur le principe de loyauté. La jurisprudence et le législateur découvrent progressivement cette obligation d'information dans la phase préalable à la négociation. Pour l'instant, elle n'est présente que dans la négociation obligatoire¹⁵⁶⁰. Néanmoins, il paraît opportun de s'inspirer des quelques idées développées dans la négociation obligatoire pour en faire un principe général d'information¹⁵⁶¹. Ainsi, la loyauté de la négociation implique, non seulement de communiquer toutes les informations nécessaires pour que les parties puissent négocier en toute connaissance de cause, mais aussi de répondre de manière motivée aux propositions des uns et des autres.

550 - L'obligation d'informer n'existe que lorsque l'une des parties a connaissance de faits ou d'éléments essentiels que l'autre partie ne peut pas connaître (A). Dès lors que cette condition d'ignorance légitime est remplie, la partie détentrice de l'information doit la délivrer à l'autre partie. Cette information doit être suffisante, c'est-à-dire, être pertinente et sincère (B).

A. La mise en œuvre de l'obligation d'information

551 - En droit des contrats, la jurisprudence a reconnu une obligation précontractuelle de renseignement à la charge des parties dès lors qu'il existe un déséquilibre des compétences et des connaissances entre contractants. Les juges imposent une obligation d'information à chaque fois que l'une des parties ignore légitimement des informations qui lui sont utiles et que l'autre connaît ou se doit de connaître¹⁵⁶². La seule limite à cette condition d'application réside dans l'obligation posée à l'encontre de chaque contractant de recueillir toutes les informations qui lui sont accessibles¹⁵⁶³. Il n'y a ignorance légitime que lorsque l'une des parties détient une information que l'autre ne peut pas connaître.

552 - L'ignorance légitime est la seule et unique condition d'existence de l'obligation d'information. Cette condition est très subjective car elle dépend du niveau de compétence ou de connaissance de l'autre partie. Ainsi, l'éventuel déséquilibre de

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

compétences ou de connaissances entre des parties doit être apprécié *in concreto* et au cas par cas. L'appréciation *in concreto* implique de tenir compte de toutes les circonstances personnelles qui permettent de juger la capacité réelle de l'ignorant à se renseigner. Dès lors qu'est constatée l'incapacité pour un contractant de chercher ou de trouver une information quelconque sur le contrat projeté, il doit être retenu une obligation d'information à l'égard de l'autre. Comme l'a souligné le professeur Ghestin, « celle des parties qui connaissait, ou qui devait connaître, en raison spécialement de sa qualification professionnelle, un fait, dont elle savait l'importance déterminante pour l'autre contractant, est tenu d'en informer celui-ci, dès l'instant qu'il était dans l'impossibilité de se renseigner lui-même, ou qu'il pouvait légitimement faire confiance à son contractant, en raison de la nature du contrat, de la qualité des parties, ou des informations inexactes que ce dernier lui avait fournies »¹⁵⁶⁴. Le professeur Ghestin a une vision plus large de l'obligation d'information. Pour cet auteur, il existe une obligation d'information non seulement lorsque le contractant est dans l'impossibilité de connaître l'information, mais aussi lorsque ce dernier peut légitimement attendre que l'autre partie l'informe¹⁵⁶⁵.

553 - Ces trois principes dégagés de l'obligation prétorienne de renseignement trouvent à s'appliquer parfaitement dans les relations entre syndicats et employeurs. Dans la négociation d'une convention ou d'un accord collectif, notamment au niveau de l'entreprise, l'employeur a une position plus avantageuse dans la mesure où il détient les informations les plus importantes. Pour lutter contre un tel déséquilibre, l'obligation de loyauté lui impose de communiquer un certain nombre d'informations aux organisations syndicales. Ces dernières ne peuvent que beaucoup plus difficilement accéder aux informations entourant la négociation et la conclusion d'un accord collectif. Pour palier à l'ignorance légitime des organisations syndicales, l'employeur est tenu d'une obligation générale d'information.

554 - L'obligation d'information n'existe textuellement que dans la négociation obligatoire et n'est utile qu'en cas d'échec des négociations. Pour l'instant, la loyauté permet uniquement de justifier que l'employeur a bien engagé des négociations sérieuses et loyales, mais que malgré cela, aucun accord n'a été trouvé. L'article L 2242-10 du Code du travail¹⁵⁶⁶ dispose à cet effet que le procès verbal de désaccord

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

doit attester que « l'employeur a engagé sérieusement et loyalement les négociations ». Pour respecter cette prescription, l'employeur doit non seulement avoir invité toutes les organisations syndicales représentatives, mais doit aussi « 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 ».

555 - Il est devenu nécessaire de généraliser l'obligation de loyauté à tous les niveaux. En définitive, l'employeur est tenu d'une obligation de loyauté lui imposant une certaine transparence dans les informations qu'il détient. Par ailleurs, l'obligation de loyauté l'oblige aussi à répondre à toute question ou toute proposition qui est formulée par une organisation syndicale. Cette information a pour but de permettre aux organisations présentes de négocier en toute connaissance de cause. La question se déplace logiquement sur le contenu de cette information. Jusqu'où l'employeur doit-il faire preuve de transparence dans l'information qu'il donne aux organisations syndicales préalablement à l'ouverture d'une négociation ?

B. La portée de l'obligation d'information

556 - L'objet de toute obligation d'information est d'éclairer le consentement des personnes qui s'engagent. Afin d'éviter tout vice du consentement, l'employeur se doit de communiquer toute information nécessaire pour que les parties à la négociation puissent négocier en toute connaissance de cause. Ainsi, l'information délivrée doit être pertinente et sincère. Ces prescriptions, bien connues du droit de la consommation et du droit de la distribution, trouvent également à s'appliquer à la négociation.

1. Pertinence de l'information

557 - L'information est pertinente lorsqu'elle permet à l'autre partie de comprendre le bien fondé et l'utilité de l'accord dont la négociation est proposée. Dans ce cas, la pertinence rime avec transparence. Le principe de loyauté impose ainsi aux employeurs d'expliquer aux organisations syndicales les raisons qui les poussent à vouloir négocier et conclure un tel accord. Lors de la négociation d'un accord relatif à l'organisation du travail, l'employeur doit expliquer les raisons sous-tendant cette modification. Souvent, la préservation de l'emploi ou d'un site est le motif mis en avant par les employeurs. Il

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

en va de même pour la négociation obligatoire¹⁵⁶⁷ relative à la GPEC¹⁵⁶⁸ instituée par la loi du 18 janvier 2005¹⁵⁶⁹. Sans entrer dans le détail du dispositif, les articles L 2242-15 et suivants du Code du travail obligent l'employeur à anticiper les risques que sa stratégie peut avoir sur l'emploi. Dans la phase préparatoire à l'ouverture d'une négociation sur la GPEC, l'employeur doit expliquer cette stratégie afin que les organisations puissent vérifier que les mesures concrètement proposées par l'employeur sont de nature à éviter au maximum les licenciements¹⁵⁷⁰. La GPEC apparaît comme un moyen d'adapter le personnel (volume et qualifications) à la stratégie choisie par la direction en évitant de recourir à des licenciements. L'efficacité d'un tel dispositif sous-entend que l'employeur respecte cinq phases fondamentales. Dans un tout premier temps, l'employeur doit faire l'inventaire des ressources humaines existantes tant sur le plan quantitatif que qualitatif (volume et qualification de son effectif). Il doit traduire la stratégie de l'entreprise en termes de besoins en effectifs et en compétences. Il doit ensuite procéder à la comparaison entre l'existant et les besoins afin de déterminer les moyens à mettre en œuvre pour atteindre l'objectif fixé. La dernière phase consiste à communiquer aux organisations syndicales toute information utile afin qu'elles puissent négocier en toute connaissance de cause.

558 - La pertinence de l'information ne se limite pas à donner les raisons qui amènent à la négociation d'un accord, elle s'entend également comme l'obligation pour l'employeur de délivrer une information visant à éclairer les contours de la négociation envisagée ainsi que son contenu. Sur ce point précis, la négociation obligatoire constitue un exemple qui mérite la plus grande attention. L'article L 2242-2 du Code du travail¹⁵⁷¹, prévoit qu'il appartient à l'employeur dès la première réunion de négociation de préciser d'une part, le lieu et le calendrier des réunions et d'autre part, les informations que l'employeur compte remettre à la délégation syndicale. Cet article se poursuit en indiquant que « ces informations doivent 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. Elles font apparaître les raisons de ces situations ». Au delà des différents thèmes de la négociation obligatoire, cet article démontre que l'information qui doit être délivrée par l'employeur doit être pertinente. Pour illustrer la pertinence de l'information qui doit être donnée par l'employeur, nous pouvons reprendre les quelques prescriptions

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

données par l'administration. En ce qui concerne la négociation sur la durée et l'organisation du travail, l'administration prévoit que l'information doit porter « sur le nombre et la répartition des heures supplémentaires par catégorie de salariés, la répartition dans l'entreprise des horaires de travail dans le cadre de la semaine, du mois, etc., l'application éventuelle de différentes formules de répartition du temps de travail, la mise en place du temps partiel... »¹⁵⁷². De la même manière, les informations transmises par l'employeur lors d'une négociation sur l'égalité professionnelle doivent être pertinentes, c'est-à-dire, 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 ».

559 - Cette obligation incombant à l'employeur de délivrer une information pertinente aux organisations syndicales dans la négociation obligatoire doit être généralisée à tout type de négociation. Le principe de loyauté de la négociation permet qu'une telle obligation s'impose. Par ailleurs, la loyauté oblige l'employeur à délivrer une information sincère afin de ne pas induire en erreur les autres parties à l'accord.

2. Sincérité de l'information

560 - La sincérité de l'information garantit l'intégrité du consentement des parties¹⁵⁷³. Ainsi, la loyauté invite l'employeur à fournir tout renseignement nécessaire à l'expression d'un consentement éclairé¹⁵⁷⁴. La sincérité se présente alors comme une manifestation de l'obligation de loyauté consistant, pour celui qui est détenteur d'une information importante de la révéler de manière spontanée¹⁵⁷⁵.

561 - L'information donnée ne doit être ni viciée ni trompeuse et ne pas comporter d'erreurs. Cela revient à s'interroger sur le degré de précision de l'information qui doit être délivrée. L'une des parties peut-elle cacher un élément dont elle estime que l'influence sur le consentement de l'autre partie n'est que mineure ? En principe, la sincérité implique de ne rien chercher à cacher à l'autre même si le fait ou l'information en question n'influencera pas le consentement des parties¹⁵⁷⁶. Dans le cadre d'une négociation annuelle sur les salaires, l'employeur doit communiquer aux délégations syndicales la moyenne des salaires par catégorie¹⁵⁷⁷, le rapport entre les salaires des hommes et des femmes et aussi le rapport entre le salaire le plus élevé et le plus faible

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

dans chaque catégorie¹⁵⁷⁸. Par contre, l'employeur ne doit pas aller jusqu'à communiquer les salaires individualisés. La sincérité de l'information conduit l'employeur à communiquer une information très précise dès lors qu'elle permet d'éclairer le consentement des négociateurs.

562 - La sincérité implique enfin que l'information soit claire et lisible. Pour remplir son obligation d'information, il ne suffit pas à son débiteur de transmettre toutes les informations entourant l'accord auxquelles il a accès. La sincérité évite donc les pratiques visant à transmettre un maximum d'information de manière à "noyer" son destinataire. La transmission d'une information claire et lisible permet incontestablement de préserver le consentement des parties, notamment de la partie que n'a pas accès à l'information.

En définitive, la loyauté oblige la transmission d'une information pertinente et sincère dans toute relation où il existe un déséquilibre de connaissance. La seule limite à cette obligation d'information réside dans l'obligation de chacun, selon ses capacités, de se renseigner.

563 - L'obligation d'information s'apprécie *in concreto* et peut être sanctionnée sur plusieurs terrains par les juges. La question de la sanction du non respect de cette obligation d'information présente une certaine singularité par rapport au droit des contrats. Il est difficilement envisageable de considérer que les partenaires sociaux décident d'anéantir leur accord pour réticence dolosive visée à l'article 1116 du Code civil. Bien qu'une convention ou un accord soit soumis aux règles communes applicables à tout contrat en matière de vice du consentement, la fonction régulatrice d'une convention ou d'un accord collectif empêche souvent d'en rechercher la nullité. Le faible nombre d'arrêts en la matière témoigne du peu d'engouement des partenaires sociaux pour les vices du consentement¹⁵⁷⁹. La sanction est plus à rechercher dans la violation du principe de loyauté de la négociation conduisant à l'octroi de dommages et intérêts. La violation de l'obligation "pré-conventionnelle" d'information constitue une violation de l'obligation de loyauté, mais également une faute pouvant entraîner la responsabilité délictuelle de son auteur¹⁵⁸⁰.

564 - En définitive, l'obligation générale de loyauté dans le droit de la négociation collective se manifeste notamment dans la phase préalable à la négociation. Elle oblige principalement à ce que toutes les organisations aptes à négocier soient invitées et soient informées. La généralité de ce principe de loyauté de la négociation permet d'en faire également un principe assurant le bon déroulement des négociations.

SECTION 2 : LA LOYAUTE DANS LE DEROULEMENT DE LA NEGOCIATION

565 - La loyauté guide le comportement des parties pendant toute la négociation. Ainsi, les parties doivent adopter une attitude constructive et non passive¹⁵⁸¹ démontrant leur volonté réelle de conclure un accord. La loyauté impose donc de ne pas se limiter à de simples négociations formelles sans volonté réelle d'aboutir.

Aujourd'hui, la loyauté dans la phase de négociation se limite à interdire à l'employeur de prendre toute décision unilatérale susceptible d'entraver la négociation (I) et à interdire les négociations séparées (II).

I. L'interdiction des décisions unilatérales

566 - Le principe de loyauté de la négociation interdit aux parties de prendre une décision unilatérale¹⁵⁸² entravant le bon déroulement des négociations en cours. Les parties se voient privées de tout pouvoir unilatéral¹⁵⁸³ dès lors que son exercice porte atteinte à la négociation. Pour les organisations syndicales de salariés, la question ne se pose que de manière indirecte au travers du droit de grève. Une organisation peut-elle lancer un appel à la grève pendant les négociations ? *A priori*, il serait normal que les organisations invitées à la négociation et/ou y participant ne puissent pas engager un tel mouvement. Cependant, le droit de grève est un droit constitutionnel appartenant aux salariés et non aux organisations syndicales¹⁵⁸⁴. Il serait donc anormal d'interdire un mouvement de grève sous prétexte que des négociations sont en cours¹⁵⁸⁵. La même analyse doit être retenue dans l'exécution des conventions et accords collectifs de travail.

567 - Bien que cette interdiction d'entraver le bon déroulement des négociations vaille pour toutes les parties, en droit du travail, elle pèse essentiellement sur

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

l'employeur. Ce dernier se voit partiellement privé de son pouvoir unilatéral pendant le déroulement des négociations. Il lui est interdit de prendre toute décision unilatérale (A) qui pourrait porter atteinte à la négociation (C) pendant toute sa durée (B).

A. Une interdiction générale

568 - L'interdiction faite à l'employeur de prendre des décisions unilatérales pendant la négociation se retrouve à l'article L 2242-3 du Code du travail. Cet article dispose que « Tant que la négociation est en cours conformément aux dispositions de la présente section, l'employeur ne peut, dans les matières traitées, arrêter de décisions unilatérales concernant la collectivité des salariés, sauf si l'urgence le justifie ». Bien que la formulation de cette obligation soit générale, elle n'a en réalité vocation à s'appliquer qu'à la négociation obligatoire. La question est donc de savoir si cette interdiction vaut aussi pour la négociation dite facultative et si elle ne vaut que pour la négociation d'entreprise ? La loyauté constitue un principe général du droit de la négociation qui a vocation à s'appliquer à toute négociation quel que soit son niveau.

1. L'application à toute négociation d'entreprise

569 - À s'en tenir à une lecture stricte du texte, il semble que le législateur n'ait voulu créer cette obligation que dans le cadre de la négociation obligatoire, ce qui a pour effet de la rendre inopérante pour la négociation facultative. En réalité, la loyauté est un principe général du droit de la négociation collective consacré notamment par l'article L 2242-3 du Code du travail relatif à la négociation obligatoire. Il est donc illogique de limiter la portée d'un principe général à l'une de ses manifestations textuelles. Que serait devenue la bonne foi du Code civil si les juges s'étaient limités à borner son application aux seuls textes qu'elle imprègne¹⁵⁸⁶. Le principe de loyauté, dégagé de la négociation obligatoire, doit également s'appliquer à la négociation facultative. Même si les juges ne se sont pas encore prononcés explicitement sur la question, la nature juridique du principe de loyauté devrait les y inviter.

570 - Quel que soit le type de négociation, l'employeur est tenu de ne rien faire qui puisse compromettre son bon déroulement. De la même manière, il doit s'abstenir de prendre une décision unilatérale qui a pour effet de vider la négociation de son contenu ou qui a pour conséquence de compromettre la conclusion de l'accord. Les

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

prescriptions de l'article L 2242-3 du Code du travail constituent des pistes qui permettent d'éviter toute déloyauté pendant le déroulement des négociations. Le principe général de loyauté est riche de potentialités et permet de limiter le développement de certains comportements déviants. C'est pour cette raison que le principe de loyauté ne doit pas être limité à un texte. Tout au plus, nous pouvons dire que certains textes traduisent ce principe dans des domaines particuliers.

En définitive, l'interdiction faite à l'employeur de prendre des décisions unilatérales pendant les négociations est tellement générale qu'elle ne se limite pas à la seule négociation d'entreprise.

2. L'application à tout niveau de négociation

571 - Le principe de loyauté s'applique à tous les niveaux de négociation. Il guide tous les acteurs de la négociation ou du dialogue social. Pour preuve, la loi du 31 janvier 2007, interdit au gouvernement de poursuivre le processus législatif tant que le délai imparti aux partenaires sociaux pour négocier n'a pas expiré.

572 - Les articles L 1 et suivants du Code du travail posent le principe selon lequel « Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation ». Les partenaires sociaux nationaux ont donc un droit de se saisir de la problématique en vue d'y apporter une solution conventionnelle. Pour que cette concertation sociale soit efficace, le législateur interdit au gouvernement de prendre des décisions ou des mesures qui entraveraient le bon déroulement des négociations. Cette obligation n'est pas explicitement posée, mais résulte de l'application du principe de loyauté dans le dialogue social. Dans l'hypothèse où les partenaires sociaux décident de se saisir d'une question, le texte précise qu'ils doivent informer le gouvernement du temps qui leur est nécessaire pour conduire la négociation. Cela sous-entend que le gouvernement se prive de son pouvoir de déposer un projet traitant sur les thèmes laissés à la négociation pendant tout le temps de la négociation.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

La seule exception à cette suspension est l'urgence. Dans une telle circonstance, le gouvernement peut passer outre son obligation de consultation et déposer directement un projet de loi au parlement. Afin d'éviter que l'urgence ne vide de tout son sens le principe de loyauté, il convient d'interpréter cette exception de manière très restrictive.

573 - Au niveau de la branche, les considérations sont identiques bien que, ni la jurisprudence, ni la loi ne nous donnent des pistes. Lorsqu'une convention collective ou un accord de branche doit être révisé, les partenaires sociaux représentatifs à ce niveau se réunissent en commission paritaire. Que se passe-t-il si lors de cette négociation de révision, les organisations patronales décident de dénoncer purement et simplement la convention ? Comment traiter cette décision unilatérale de dénonciation émanant des groupements patronaux pendant une réunion de révision ? En dénonçant, ils privent d'objet la négociation de révision en cours. Le principe général de loyauté de la négociation interdit une telle pratique au motif qu'elle réduit à néant le droit à la négociation lui-même¹⁵⁸⁷. Une solution analogue a déjà été retenue à propos de la dénonciation d'un accord d'entreprise intervenu au cours de négociations obligatoires¹⁵⁸⁸.

Bien que le texte de l'article L 2242-3 du Code du travail ne semble s'appliquer qu'à la négociation obligatoire, le principe de loyauté qu'il reprend transcende tout le droit de la négociation sans s'arrêter à un niveau ou à un type particulier de négociation. Néanmoins, l'interdiction des mesures unilatérales se limite à la durée de la négociation.

B. Une interdiction couvrant toute la durée de la négociation

574 - Le principe de loyauté prive les parties de leur pouvoir unilatéral tant que les négociations sont en cours. Afin de déterminer la période pendant laquelle l'interdiction de mesures unilatérales s'applique, il est nécessaire de rechercher le point de départ de la négociation et la date à laquelle elle prend fin. En principe, il appartient aux partenaires sociaux de déterminer ces dates clefs. Toutefois, lorsque les négociateurs n'ont pas prévu les dates de début et de fin des négociations, il appartient aux juges de les fixer.

1. De l'ouverture des négociations...

575 - La question de l'ouverture des négociations est cruciale parce qu'elle marque pour l'employeur le point à partir duquel il ne peut plus faire usage de son pouvoir unilatéral. À quel moment les négociations commencent-elles ? Le premier contact entre les négociateurs est identifié au moment de la réception de l'invitation à négocier. Cependant, compte tenu du décalage qu'il peut y avoir entre la réception des différentes invitations, il est plus pertinent de retenir comme point de départ des négociations la première réunion. Dans l'arrêt *Mutuelles du Mans* du 29 juin 1994¹⁵⁸⁹, les juges retiennent que l'employeur s'interdit de prendre des décisions unilatérales à compter de la date prévue pour la première réunion. Dans l'arrêt des *Mutuelles du Mans*, la lettre d'invitation prévoyait que la première réunion devait avoir lieu le **2 mars** 1988. Or, pour des raisons d'organisation, cette dernière avait été reportée au **18 mars**, date à laquelle la réunion s'était effectivement tenue. La spécificité de cette affaire résidait dans le fait que les employeurs avaient décidé unilatéralement de procéder à la dénonciation d'un accord antérieur portant sur le même objet que la négociation projetée le **11 mars**. La dénonciation en cause a été analysée en décision unilatérale. La question était alors de savoir si cette décision unilatérale avait été prise avant ou pendant la période de négociation. Les juges ont d'abord décidé que la dénonciation devait être qualifiée d'acte unilatéral au sens de l'article L 2242-3 du Code du travail¹⁵⁹⁰ et ensuite, que la négociation était déjà en cours au jour de ladite dénonciation. En conséquence, la décision unilatérale tombait sous le coup de la prohibition et devait être considérée comme nulle¹⁵⁹¹.

576 - La date marquant le début de la prohibition des décisions unilatérales de l'employeur est la date mentionnée dans la convocation à la négociation et non la date à laquelle cette réunion se tient effectivement. En retenant cette solution, les juges évitent que l'employeur puisse reporter volontairement la date à partir de laquelle il est privé de son pouvoir unilatéral.

D'après le professeur Jean Savatier, il faut que l'invitation soit régulière pour que les négociations soient réellement en cours¹⁵⁹². Il ne doit pas y avoir de confusion entre les différentes manifestations du principe général de loyauté de la négociation. Violer le principe de loyauté, l'employeur qui ne convoque pas toutes les organisations représentatives dans le champ d'application du futur accord ou qui mène des

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

négociations séparées. De la même manière, viole également le principe de loyauté l'employeur qui décide unilatéralement de dénoncer un accord antérieur portant sur le même objet que des négociations en cours.

L'employeur voit son pouvoir unilatéral suspendu pendant une période qui débute à la date prévue pour la première réunion. Si la date de début de l'interdiction est bien déterminée par les juges, celle de la clôture est plus aléatoire.

2. ... à la clôture des négociations

577 - En principe, lors de la première réunion, les parties fixent le calendrier des négociations précisant la durée approximative des négociations. Cependant, il n'existe aucune certitude quant à la date à laquelle les négociations prendront réellement fin.

578 - Deux hypothèses doivent être distinguées. Lorsque les négociateurs s'accordent pour signer, c'est la date de conclusion de l'accord qui marque la fin des négociations. L'employeur retrouve alors son pouvoir unilatéral. La question est beaucoup plus délicate lorsqu'aucun accord n'est conclu. Dans ce cas, à partir de quel moment peut-on considérer que les négociations sont closes ? De manière générale, en cas d'échec des négociations, les parties rédigent un procès verbal de désaccord dans lequel elles répertorient le dernier état des négociations et les causes de blocage. La difficulté vient du fait que seules les dispositions relatives à la négociation obligatoire prévoient la rédaction d'un tel procès-verbal. L'article L 2242-4 du Code du travail dispose que « si, au terme de la négociation, aucun accord n'a été conclu, il est 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 ». Ainsi, la négociation obligatoire prend fin soit au moment de la conclusion de l'accord, soit au moment de la rédaction du procès-verbal de désaccord. Autrement dit, en l'absence de PV de désaccord, la négociation obligatoire est toujours en cours et l'employeur ne peut prendre de mesure unilatérale sur les domaines intéressant la négociation¹⁵⁹³.

A contrario, l'employeur est libre de prendre toute mesure unilatérale après la signature du PV de désaccord. Les juges ont ainsi admis que plusieurs mois après l'échec des négociations sur la réduction du temps de travail, l'employeur pouvait imposer ladite réduction de manière unilatérale¹⁵⁹⁴. Plus récemment, les juges ont

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

décidé, dans une espèce similaire, de suspendre une décision unilatérale prise par l'employeur au motif que cette mesure avait des effets sur les salaires effectifs et devait, en conséquence, être examinée dans le cadre de la négociation obligatoire¹⁵⁹⁵. Une lecture attentive de cet arrêt montre que les juges ont voulu affirmer que toute mesure unilatérale, portant sur des thèmes de la négociation obligatoire, devait être suspendue dès lors que la période d'ouverture de cette négociation approchait. La loyauté impose donc à l'employeur, au delà de la prohibition posée à l'article L 2242-3 du Code du travail de ne pas prendre de décision unilatérale sur les thèmes normalement prévus pour la négociation obligatoire. Cette solution est fondée lorsque l'employeur abuse de son pouvoir unilatéral, c'est-à-dire, lorsque la mesure unilatérale qu'il prend vise à réduire à néant les négociations obligatoires qui doivent s'ouvrir. Les juges donnent ainsi « un effet utile au principe de loyauté, au-delà de la périodicité légale de la négociation »¹⁵⁹⁶.

579 - La période pendant laquelle les négociations sont en cours et pendant laquelle l'employeur est privé d'une partie de son pouvoir unilatéral est plus facilement identifiable dans la négociation obligatoire que dans la négociation facultative. La seule question qui demeure est de rechercher quelles sont les mesures unilatérales susceptibles d'entrer dans le champ de cette prohibition.

C. Une interdiction visant certaines décisions unilatérales

580 - L'article L 2242-3 du Code du travail dispose que l'employeur ne peut, dans les matières faisant l'objet de négociations, « arrêter de décisions unilatérales concernant la collectivité des salariés... ». À la lecture de ce texte, deux critères semblent nécessaires pour apprécier la portée de l'interdiction. Il faut d'une part, que la décision unilatérale porte sur l'une des matières traitées par la négociation et d'autre part, que la décision concerne la collectivité des salariés. Le critère tenant à la collectivité des salariés ne pose pas de problème particulier compte tenu de la nature même des décisions unilatérales. Par contre, le critère permettant de déterminer si les décisions unilatérales sont rattachables aux matières traitées par la négociation est plus complexe.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

En vertu du principe de loyauté, les juges retiennent que toute décision unilatérale qui porte atteinte directement ou indirectement à la négociation en cours ou à naître doit être annulée¹⁵⁹⁷.

1. Interdiction de toute mesure unilatérale imposant le choix de l'employeur

581 - La négociation est un processus long permettant un fonctionnement démocratique de l'entreprise. Ainsi, il est normal de privilégier le négocié sur l'unilatéral¹⁵⁹⁸. En conséquence, la négociation ne doit pas être réduite par l'exercice du pouvoir unilatéral de l'employeur. Pendant la phase de négociation, chacun fait valoir ses arguments et essaye d'emporter la conviction de l'autre. Le principe de loyauté empêche l'employeur d'imposer son avis de manière unilatérale et par conséquent, de vider de toute substance la négociation en cours ou à venir.

582 - Au-delà de la lettre du texte de l'article L 2242-3 du Code du travail, l'interdiction des décisions unilatérales doit s'étendre à la période qui entoure la négociation. En effet, est-ce loyal qu'un employeur impose de manière unilatérale une réduction du temps de travail et des salaires alors que la négociation obligatoire doit bientôt être engagée ? Les juges ont choisi de suspendre toute mesure unilatérale jusqu'au déroulement des négociations afin de ne pas les priver d'objet¹⁵⁹⁹.

583 - Pendant le déroulement des négociations, l'interdiction est encore plus marquée. Toute décision unilatérale présentant un lien direct ou indirect avec les thèmes en négociation doit être annulée. Ce qui importe est de faire respecter l'obligation de négocier loyalement. Or, le meilleur moyen de faire respecter cette obligation de loyauté dans la négociation « est de rendre nul et de nul effet tout acte qui entrave le déroulement normal de la négociation »¹⁶⁰⁰. L'annulation des décisions unilatérales de l'employeur entravant le bon déroulement des négociations ne pose que peu de problèmes¹⁶⁰¹. Il n'en va pas de même lorsque l'acte unilatéral vise à dénoncer un accord portant sur les thèmes ouverts à la négociation.

2. Interdiction de dénoncer un accord portant sur l'un des thèmes de la négociation

584 - Dans l'arrêt du 29 juin 1994, la chambre sociale de la Cour de cassation admet qu'une dénonciation par l'employeur est un acte unilatéral qui ne peut être pris pendant les négociations lorsque les thèmes de l'accord sont identiques ou proches des thèmes négociés¹⁶⁰². Dans cette affaire, l'employeur invite les syndicats représentatifs à une première réunion de négociation sur les salaires le 2 mars 1988. Pour des raisons propres à l'employeur, cette première réunion est reportée au 18 mars. Cependant, l'employeur dénonce le 11 mars un accord collectif portant sur les modalités de rémunération. Les juges constatent que la dénonciation est antérieure à la première réunion. Cependant, les juges décident que cette dénonciation doit être annulée dans la mesure où les négociations sont en cours dès la date prévue par les lettres de convocation. En conséquence, même si la date effective de la réunion est reportée, les négociations sont présumées avoir débutées à la date fixée par l'invitation. Toute mesure unilatérale prise sur l'un des objets de la négociation entre la date fixée par l'invitation et la date de tenue effective de la première réunion doit être annulée.

La dénonciation d'un accord collectif constitue une mesure unilatérale interdite lorsqu'elle est prise au cours des négociations et qu'elle porte directement ou indirectement sur les thèmes ouverts à cette négociation. Ainsi, dès lors que la décision de l'employeur porte atteinte aux négociations en cours, elle doit être annulée de manière à ce qu'elle ne produise aucun effet. Qu'il s'agisse d'une négociation obligatoire ou facultative nous semble n'avoir aucune incidence. Néanmoins, il convient d'admettre que la négociation est un outil majeur qui serait fortement fragilisé si l'employeur, par le biais de mesures unilatérales, se gardait le droit de priver la négociation en cours ou la future négociation de tout objet¹⁶⁰³.

3. Interdiction de toute consultation portant atteinte à la négociation

585 - La consultation et la négociation sont les principales manifestations du dialogue social¹⁶⁰⁴. Leur complémentarité n'est plus à prouver notamment au niveau des entreprises.

En principe, la consultation est source de loyauté puisqu'elle permet de connaître l'opinion des salariés par l'intermédiaire de leurs représentants sur l'ensemble des sujets ouverts à la négociation. Lorsque la négociation porte sur la mise en place d'une

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

nouvelle organisation de travail, le comité d'entreprise ainsi que le CHSCT doivent être consultés. La consultation constitue alors un moyen d'enrichir la négociation à venir ou en cours. Cependant, l'utilisation de la consultation peut quelquefois porter atteinte au bon déroulement de la négociation, notamment dans deux hypothèses.

586 - Lorsque l'employeur négocie et conclut un accord avec les représentants élus alors qu'il existe des représentants syndicaux dans l'entreprise, il se rend coupable de déloyauté. La signature d'un accord atypique entrave donc toute négociation à venir sur le même thème. Or, la loyauté implique que l'employeur ne puisse pas conclure d'accords avec les représentants élus lorsqu'il existe un ou plusieurs délégués syndicaux valablement désignés dans l'entreprise¹⁶⁰⁵. Dans un arrêt important du 18 novembre 1997, la chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé qu'une telle pratique était constitutive d'un délit d'entrave aux prérogatives des délégués syndicaux. En l'espèce, la direction de l'entreprise *Sietam Industrie* avait décidé de mettre en place par accord avec les comités d'établissement une modulation du temps de travail. Cependant, ce thème relevait normalement de la négociation annuelle obligatoire qui devait avoir lieu avec les délégués syndicaux. Les juges ont retenu que le principe selon lequel : « *La conclusion d'accords entre l'employeur et des institutions représentatives du personnel distinctes des organisations syndicales constitue le délit prévu et réprimé par les articles L 412-1¹⁶⁰⁶ et L 481-2¹⁶⁰⁷ du Code du travail lorsqu'elle a eu pour objet ou pour effet de porter atteinte au monopole que la loi confère aux organisations syndicales pour représenter les intérêts des salariés dans la négociation collective* ». Les juges empêchent ainsi l'employeur de contourner ses obligations en matière de négociation. Depuis l'entrée en vigueur des lois du 4 mai 2004 et du 20 août 2008, le recours aux institutions représentatives pour négocier est quasiment généralisé dans toutes les entreprises ne disposant pas d'une représentation syndicale¹⁶⁰⁸. Lorsque cette négociation est permise, les représentants élus ne concluent plus d'accords atypiques, mais de véritables accords collectifs de travail. Malgré cette évolution, la solution de la chambre criminelle de la Cour de cassation doit être maintenue. Dès lors qu'un délégué syndical est désigné dans l'entreprise, l'employeur ne peut pas négocier et conclure un accord avec les représentants élus du personnel. Pour le droit du travail, un accord conclu dans ces conditions ne serait pas nul, mais ne vaudrait que comme accord

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

atypique avec les conséquences de droit qui s'y attachent dont l'impossibilité d'être moins favorable qu'un accord collectif de travail.

587 - S'il est déloyal de négocier avec des représentants élus alors qu'il existe des représentants syndicaux, il est également déloyal d'instrumenter la consultation de manière à contourner ou invalider la négociation. Dans un arrêt du 28 mars 1995¹⁶⁰⁹, les juges criminels ont décidé de sanctionner certaines manœuvres patronales visant à affaiblir la négociation obligatoire. En l'espèce, deux établissements d'une même entreprise, mais ayant des statuts conventionnels différents, décident de fusionner. Dans le cadre de l'opération, une catégorie de personnel a été rattachée à l'autre établissement. Cependant, la rémunération de ces salariés était fixée de manière très particulière. Afin que soit maintenue une certaine égalité dans la rémunération de cette catégorie de personnel appartenant aux deux anciens établissements, l'employeur a décidé de les consulter directement sur le mode de calcul de leur paye. En conséquence, il a écarté la question de leur rémunération de la négociation annuelle obligatoire. La chambre criminelle de la Cour de cassation a sanctionné l'employeur au motif que la consultation ne l'autorisait à restreindre le champ de la négociation obligatoire¹⁶¹⁰.

588 - Le principe de loyauté de la négociation interdit à l'employeur d'exercer son pouvoir unilatéral dans le but de porter atteinte à la négociation ou de la vider de tout objet. Sans se limiter aux textes, la prohibition de toute mesure unilatérale vaut pendant toute négociation et non seulement pour la négociation obligatoire. De plus, l'employeur ne peut pas prendre de mesure unilatérale portant sur le même objet qu'une négociation à venir. Néanmoins, lorsque l'employeur peut justifier d'une urgence, il a la possibilité d'adopter une mesure unilatérale qui risque d'entraver la négociation. Afin de protéger la négociation, il est nécessaire de donner une interprétation assez stricte de l'urgence.

Pendant la phase de négociation, le principe général de loyauté n'implique pas seulement de priver temporairement le chef d'entreprise de son pouvoir unilatéral. Il implique également de ne pas négocier séparément avec les différentes organisations syndicales représentatives.

II. L'interdiction des négociations séparées

589 - Le principe général de loyauté de la négociation empêche le développement de certaines pratiques. La négociation est loyale lorsqu'elle est menée jusqu'à son terme par l'employeur avec toutes les organisations syndicales qui peuvent constamment exprimer leurs propositions, motiver leur refus, formuler des contre-propositions¹⁶¹¹. L'interdiction des négociations séparées constitue le corollaire naturel de l'obligation d'inviter toutes les organisations reconnues représentatives dans le champ d'application de l'accord négocié. La loyauté impose que l'employeur ne puisse pas éviter certaines organisations syndicales et en favoriser d'autres. À ce jour, les juges annulent toute convention ou accord dès lors que l'ensemble des organisations syndicales représentatives n'ont pas été convoquées à sa négociation¹⁶¹², ou si l'existence de négociations séparées est établie, ou encore, si les organisations syndicales n'ont pas été mises à même de discuter les termes du projet soumis à la signature¹⁶¹³.

A. La prohibition des discussions séparées au cours de la négociation

590 - L'interdiction des négociations séparées s'applique à toute négociation. Au niveau de la branche, cette question ne fait pas débat. En effet, en application de l'article L 2261-19 du Code du travail, toutes les organisations syndicales représentatives de la branche doivent avoir été convoquées à participer aux négociations qui se déroulent au sein d'une commission unique¹⁶¹⁴. À défaut, l'accord de branche ne peut être étendu.

591 - Les difficultés apparaissent surtout au niveau de l'entreprise. La loyauté impose à l'employeur de négocier dans le même temps et dans le même lieu avec toutes les organisations syndicales représentatives¹⁶¹⁵. Depuis 1988, la Cour de cassation décide que l'employeur ne peut pas négocier un accord avec un seul syndicat même à la demande de ce dernier¹⁶¹⁶. Dans ce cas, l'employeur est tenu d'inviter à négocier toutes les autres organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. En cas de difficulté, le juge des référés a le pouvoir de mettre fin aux négociations isolées et d'imposer que la négociation se déroule loyalement, c'est-à-dire, avec toutes les organisations syndicales représentatives. La généralité de la solution impose de

Négociation organisationnelle et renouvellement de l'efficacité des accords collectifs

n'opérer aucune distinction entre négociation obligatoire et négociation facultative¹⁶¹⁷. La généralité du principe de loyauté de la négociation confirme cette vision. Après quelques hésitations¹⁶¹⁸, les juges font à nouveau preuve de fermeté et sanctionnent à nouveau toute négociation séparée en annulant l'accord qui en résulte. Depuis l'arrêt de la chambre sociale du 9 juillet 1996, les juges réaffirment que la négociation n'est régulière que si elle a été menée jusqu'à son terme par l'employeur avec toutes les organisations syndicales¹⁶¹⁹. Il ressort de cet arrêt que toutes les organisations syndicales représentatives doivent être invitées à toutes les réunions et ce, jusqu'à la clôture des négociations. Bien qu'une organisation syndicale puisse refuser de participer aux réunions ou quitter les débats en cours de négociation, il n'en demeure pas moins que l'employeur doit avoir valablement convoqué toutes lesdites organisations. La doctrine reconnaît unanimement qu'il y a une antinomie flagrante entre le droit des salariés à la négociation et la tenue de réunions séparées¹⁶²⁰.

592 - Que recouvre cette interdiction de mener des négociations séparées ? Au sens strict, il s'agit de sanctionner les employeurs qui négocient la conclusion d'un accord dans des temps et des lieux différents selon les organisations syndicales. La jurisprudence considère que cette interdiction de mener des négociations séparées s'applique pendant toute la période de négociation. L'employeur ne peut pas mener des négociations séparées dès la première réunion ni même par la suite alors que toutes les organisations sont présentes à cette première réunion. Qu'en est-il lorsque l'employeur modifie unilatéralement le projet d'accord entre la dernière réunion de négociation et la séance prévue pour la signature ? Cette modification unilatérale doit-elle être considérée comme une négociation séparée interdite ? Il semble que la jurisprudence admette implicitement cette extension en décidant que les parties doivent avoir été mises à même de discuter les termes du projet soumis à signature en demandant, le cas échéant, la poursuite des négociations.

B. La prohibition des discussions séparées sur le projet d'accord soumis à la signature

593 - Dire que les organisations syndicales représentatives doivent avoir été mises en mesure de discuter les termes du projet c'est tout d'abord réaffirmer que la négociation doit avoir été menée avec toutes les organisations syndicales

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

représentatives jusqu'à son terme. Ensuite, c'est permettre à toutes les organisations représentatives d'exprimer leurs positions, motiver leur refus et formuler des contrepropositions¹⁶²¹. Enfin, mettre les organisations syndicales en mesure de discuter les termes du projet c'est leur faire connaître les éventuelles modifications du texte en cours de négociation ou entre la dernière séance de négociation et la séance de signature.

Depuis deux arrêts de 2006 et de 2007, les juges sanctionnent les employeurs lorsque les organisations syndicales n'ont pas été mises en mesure de discuter les éventuelles modifications apportées au projet d'accord. Lorsque des modifications interviennent pendant la phase de négociation, il suffit aux organisations syndicales de demander la poursuite des négociations comme prévu¹⁶²². De la même manière, lorsque les modifications interviennent après la fin des négociations, mais avant la signature, les organisations syndicales peuvent demander la réouverture des négociations¹⁶²³. Dans tous les cas, les organisations syndicales sont seules juges de l'importance des modifications qui sont apportées au texte. Cela explique en partie que la Cour de cassation ait décidé que la nullité de l'accord n'est encourue que si l'employeur refuse aux organisations syndicales la poursuite ou la réouverture des négociations. Les juges reconnaissent que toute modification du projet, unilatérale ou résultant d'une négociation séparée, est déloyale. Cependant, elle n'annule l'accord que si les organisations syndicales n'ont pas eu connaissance de ces modifications et n'ont pu y répondre, notamment en demandant la poursuite ou la réouverture des négociations.

594 - L'interdiction de négocier de manière séparée et de modifier unilatéralement le texte d'un projet d'accord sont des manifestations particulières du principe de loyauté au même titre que l'interdiction faite à l'employeur de prendre des mesures unilatérales entravant la négociation en cours. En conférant une portée relativement large au principe général de loyauté, les juges veillent au bon déroulement de la négociation.

Conclusion du chapitre 2 :

595 - La loyauté est un principe général du droit de la négociation en plein essor. Il implique de ne pas tromper, d'adopter une attitude active et constructive durant la négociation, de ne pas chercher à se soustraire à ses engagements, notamment en exécutant utilement ses obligations et en n'abusant pas de ses droits. En application de ce principe général de loyauté, les juges disposent d'une importante marge de manœuvre pour sanctionner certains comportements déloyaux. Toutefois, à ce jour, la loyauté dans la négociation se limite à deux obligations et deux interdictions. Chronologiquement, la loyauté implique d'inviter à la négociation toutes les organisations syndicales représentatives dans le champ d'application professionnel et territorial du projet d'accord¹⁶²⁴. La loyauté implique ensuite que la partie "forte" doive délivrer à la partie "faible" une information pertinente et sincère préalablement à l'ouverture des négociations, mais aussi au cours des négociations en cas de changement majeur. Pendant la phase de négociation, l'employeur se voit privé du pouvoir de prendre des décisions unilatérales portant atteinte aux négociations en cours¹⁶²⁵ et ne peut en aucun cas mener des négociations séparées ni apporter des modifications en secret au projet d'accord avant sa signature.

596 - Bien que les manifestations du principe de loyauté soient nombreuses, les juges et les partenaires sociaux n'ont pas encore exploité toutes les potentialités qu'offre un tel principe dans le droit de la négociation collective.

CONCLUSION DU TITRE 2 :

597 - La loyauté constitue incontestablement un principe général du droit de la négociation collective qui vise à dicter un comportement moral aux négociateurs. Au niveau de l'entreprise, le principe de loyauté fait figure de "garde fou" permettant d'éviter que la branche ne soit plus qu'une garantie fictive de droits. Depuis la réforme du 4 mai 2004, les accords d'entreprise peuvent déroger aux conventions et accords de branche. Néanmoins, la loyauté impose de ne pas user de cette faculté à mauvais escient. Lorsque l'intérêt de l'entreprise est réellement compromis, les partenaires

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

sociaux peuvent décider d'écarter ou de déroger aux dispositions de la branche et ainsi, assurer la continuité de l'entreprise. *A contrario*, lorsque l'intérêt de l'entreprise n'est pas en cause, l'employeur qui use de la dérogation abuse de son droit et se rend coupable de déloyauté. Les juges n'ont pas encore consacré cette position. Toutefois, les partenaires sociaux disposent d'autres moyens pour imposer un comportement loyal. Les chartes éthiques¹⁶²⁶, prenant la forme juridique d'accords collectifs ou d'actes réglementaires, pourraient imposer à l'employeur d'adopter un comportement loyal et de ne recourir à la dérogation que lorsque cela s'avère réellement nécessaire eu égard à l'intérêt de l'entreprise.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE :

598 - L'efficacité de la négociation collective s'entend comme sa capacité à remplir ses finalités, dont celle d'organiser¹⁶²⁷ les relations sociales. Afin de favoriser le développement de la négociation organisationnelle, le législateur a conféré aux accords collectifs une certaine autonomie par rapport à la loi et aux conventions ou accords couvrant un champ professionnel ou territorial plus large.

Pour donner toute son efficacité aux accords d'entreprise organisationnels, la loi du 4 mai 2004 a réduit le champ d'application du principe de faveur. Les articles L 2252-2 et L 2253-1 à L 2253-3 du Code du travail ont été modifiés de manière à permettre aux accords de niveau inférieur de déroger aux accords de niveau supérieur. Bien que certaines conditions soient posées¹⁶²⁸ et quatre matières déclarées impératives¹⁶²⁹, la négociation d'entreprise est en partie "libérée" des contraintes imposées par la branche ou la loi. Le risque est que cette marge de liberté accordée à l'entreprise soit utilisée à mauvais escient et conduise à une multiplication incontrôlée et injustifiée des accords dérogatoires et "donnant-donnant". Le principe de loyauté de la négociation apparaît alors comme un moyen de moraliser le recours à la dérogation.

Le principe général de loyauté ne se limite pas à la négociation des accords d'entreprise. Il s'étend également à la négociation ou la concertation instituée par la loi du 31 janvier 2007¹⁶³⁰ aux articles L 1 et suivants du Code du travail. La loyauté implique notamment de ne pas utiliser cette procédure de concertation dans un seul but « médiatique et hypnotique »¹⁶³¹ et de ne pas la réduire à un simple rendez-vous formel sans réelle intention de négocier.

CONCLUSION GENERALE

599 - La négociation collective n'a plus pour finalité exclusive d'améliorer les conditions de vie et de travail des salariés. Elle constitue également un procédé consensuel permettant d'organiser l'entreprise et, plus largement, les relations de travail¹⁶³². Les accords qui en résultent présentent la particularité d'être « adaptés aux souhaits des salariés en même temps qu'aux exigences et moyens de l'entreprise »¹⁶³³ et peuvent, non seulement améliorer, mais aussi réduire les droits et avantages légaux ou conventionnels des salariés, dans les limites des dispositions impératives, lorsque l'intérêt de l'entreprise le commande. La négociation devient ainsi une technique permettant aux employeurs d'organiser leur entreprise en fonction des évolutions économiques.

600 - Face à cette profonde mutation de la pratique conventionnelle, il était indispensable de s'interroger sur l'influence de la finalité organisationnelle sur le droit de la négociation collective. La problématique ainsi posée nous a permis de démontrer que les évolutions du droit de la négociation collective ont eu pour objet de consacrer juridiquement les accords organisationnels. La loi Auroux du 13 novembre 1982¹⁶³⁴ a autorisé pour la première fois des accords d'entreprise à « adapter les dispositions des conventions de branche ou des accords professionnels et interprofessionnels applicables dans l'entreprise aux conditions particulières de celle-ci »¹⁶³⁵ et à déroger aux « dispositions législatives ou réglementaires »¹⁶³⁶. La loi du 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle et au dialogue social¹⁶³⁷, a ensuite étendu la faculté laissée aux accords d'entreprise organisationnels de déroger à des conventions ou des accords couvrant un champ professionnel et/ou géographique plus large. Or, pour déroger aux dispositions légales ou conventionnelles de branche, les accords d'entreprise devaient disposer d'une légitimité suffisante. La loi du 20 août 2008¹⁶³⁸ a alors modifié les règles de représentativité¹⁶³⁹ et a imposé que tout accord soit signé par les organisations syndicales représentant la majorité des salariés.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

601 - Les évolutions législatives récentes ont ainsi contribué à la création d'un nouveau droit de la négociation collective assurant une place centrale à la finalité organisationnelle. Au niveau national interprofessionnel, la loi de modernisation du dialogue social du 31 janvier 2007¹⁶⁴⁰ a confié aux partenaires sociaux une importante autonomie collective¹⁶⁴¹ en les impliquant systématiquement dans l'élaboration et la mise en œuvre des lois sociales. Ils doivent alors prendre en compte l'intérêt général et non plus uniquement l'intérêt des salariés. La négociation nationale interprofessionnelle constitue ainsi le moyen le plus consensuel d'organiser les relations sociales tout en préservant les intérêts des salariés.

Au niveau de l'entreprise, la négociation permet à l'employeur de gérer son personnel en concertation avec les organisations syndicales représentatives. La progression des accords organisationnels, notamment relatifs à l'aménagement du temps de travail, à la GPEC, à la formation professionnelle..., démontre que la fonction protectrice de la négociation d'entreprise perd de son importance. Bien qu'elles ne soient pas systématiquement opposées, la fonction organisationnelle reconnue à la négociation prend progressivement le pas sur la fonction protectrice. Seuls les conventions et accords de branche (instituant un socle minimal de droits applicable à tous les salariés d'un même secteur d'activité) conservent un caractère protecteur, même si la loi du 4 mai 2004 permet aux accords d'entreprise organisationnels d'y déroger sous certaines conditions¹⁶⁴².

602 - Afin d'éviter que les accords organisationnels dérogatoires ou "donnant-donnant" ne soient utilisés dans le seul but de réduire ou de supprimer les droits des salariés, leur utilisation ne doit être autorisée que lorsque l'intérêt de l'entreprise est menacé ou compromis. Le principe général de loyauté de la négociation pourrait ainsi permettre aux juges de sanctionner les chefs d'entreprise utilisant les accords organisationnels dérogatoires ou "donnant-donnant" dans d'autres cas. Le principe général de loyauté ne serait alors plus uniquement une garantie procédurale¹⁶⁴³, mais également une garantie de fond encadrant les négociations organisationnelles.

603 - Face à l'ampleur de l'évolution du droit de la négociation collective que nous venons de décrire, il semble difficile de soutenir que les conventions et accords collectifs compensent encore au niveau collectif le déséquilibre inhérent à toute

Conclusion générale

relation individuelle de travail¹⁶⁴⁴. Pourtant, le développement de la négociation organisationnelle pouvait se faire sans porter atteinte à l'ordre public social et au principe de faveur.

604 - Il aurait été possible de repenser l'articulation entre les conventions et accords de niveau différent en leur conférant une fonction spécifique de manière à éviter les conflits de normes. La négociation nationale interprofessionnelle constituerait un espace de concertation pouvant concourir à l'élaboration des lois sociales et à la détermination des grandes orientations de la politique conventionnelle. La négociation de branche conserverait son objet de créer un statut minimal de droits applicables à tous les salariés travaillant dans un même secteur d'activité. Les conventions ou accords conclus à ce niveau devraient conserver leur impérativité, sauf stipulation expresse contraire des signataires. Au niveau de l'entreprise, devraient cohabiter les fonctions protectrice et organisationnelle. Ainsi, les accords conclus à ce niveau pourraient améliorer les droits et avantages que les salariés tiennent de la loi ou d'une convention couvrant un champ professionnel et/ou territorial plus large. Par ailleurs, les accords d'entreprise devraient permettre à l'employeur d'adapter l'organisation de son entreprise dans le respect des dispositions impératives légales ou de branche.

605 - Dans un système où chaque niveau de négociation disposerait d'une autonomie fonctionnelle par rapport aux autres, les conflits qui pourraient encore se présenter seraient résolus par l'application soit de l'ordre public social, soit du principe de faveur. En définitive, la consécration de la négociation organisationnelle aurait pu se faire en respectant les règles protectrices des salariés.

606 - En conférant une fonction spécifique à chaque niveau de négociation et en autorisant l'employeur à négocier sur les conséquences sociales de ses choix organisationnels, on concilie protection des travailleurs et efficacité économique de l'entreprise¹⁶⁴⁵.

Lille, le 27 juin 2010.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

TRAITÉS ET MANUELS

BARJOT (A.),

La sécurité sociale. Son histoire à travers les textes (1945-1981), tome III, Association pour l'étude de l'histoire de la sécurité sociale, 1988, 903 p.

BARTHELEMY (J.),

Droit social, technique d'organisation de l'entreprise, éd. Liaisons 2003, 495 p.

BENTHAM (J.),

Traité de législation civile et pénale, trad. par E. DUMONT, tome I, Rey et Gravier, 1830, 404 p.

BERGEL (J.-L.),

Théorie générale du droit, 4^e éd., Dalloz, coll. Méthode du droit, 2003, 374 p.

BOLDT (G.), DURAND (P.), HORION (P.), KAYSER (A.), MENGONI (L.), MOLENAAR (A. N.),

Les sources du droit du travail, coll. du droit du travail, Le droit du travail dans la communauté, Dalloz Sirey, 1962, 192 p.

BOSSU (B.), DUMONT (F.), VERKINDT (P.-Y.),

Droit du travail, tome I, *Introduction, relations individuelles de travail*, 2^e éd., Montchrestien, 2008, 529 p.

Droit du travail, tome II, *Relations collectives de travail, réglementation du travail*, 2^e éd., Montchrestien, 2007, 406 p.

**Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation
organisationnelle**

BRUN (A.) et GALLANT (H.),

Droit du travail, les rapports collectifs de travail, 2^e éd., tome II, Sirey, 1978, 596 p.

CAMERLYNCK (G.-H.), LYON-CAEN (G.),

Droit du travail, 9^e éd., Dalloz, coll. Précis, 1978, 776 p.

CARBONNIER (J.),

Droit civil, Introduction, 18^e éd., PUF, Paris, 1988, 341 p.

CATALA (N.),

L'entreprise, Traité de droit du travail, publié sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK, tome IV, Dalloz, 1980, 1292 p.

CÈURET (A.), ROTSCCHILD-SOURIAC (M.-A.), VERDIER (J.-M.)

Droit du travail. Volume 1, Rapports collectifs, 15^e éd., Dalloz, 2009, 330 p.

COUTURIER (G.),

Traité de droit du travail, Les relations collectives de travail, tome II, 1^{re} éd., PUF, coll. Droit fondamental, Droit social, 2001, 568 p.

Droit du travail, Les relations individuelles de travail, tome I, 3^e éd. mise à jour, PUF, coll. Droit Fondamental, 1996, 606 p.

Droit du travail, Les relations collectives de travail, tome II, 2^e éd., PUF, coll. Droit Fondamental, 1993, 528 p.

DEMOGUE (R.),

Traité des obligations en général, tome VI, Paris, 1994, 756 p.

DESPAX (M.),

Négociations, conventions et accords collectifs, Traité de droit du travail, publié sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK, Paris, Dalloz 1989, 586 p.

Traité de droit du travail, Conventions collectives, tome VII, publié sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK, Dalloz 1966, 256 p.

DURKHEIM (E.),

Les formes élémentaires de la vie religieuse (1912), 4^e éd., PUF, 1960, 647 p.

Bibliographie

FAVENNEC-HÉRY (F.), VERKINDT (P.-Y.),

Droit du travail, LGDJ, coll. Manuel, 2009, 738 p.

GAUDU (F.), VATINET (R.),

Traité des contrats, les contrats du travail, LGDJ, 2001, 625 p.

GHESTIN (J.),

Traité de droit civil, tome 2, Les obligations : Le contrat : formation, LGDJ, 2^e éd., 1988, 1096 p.

GIDDENS (A.), BLAIR (T.),

La troisième voie : le renouveau de la social-démocratie, éd. du Seuil, 2002, 266 p.

HAURIOU (M.),

Précis de droit constitutionnel, 2^e éd., Sirey, 1929, 759 p.

HEGEL (F.),

Principes de la philosophie du droit, Préface, trad. par A. KAAAN, 3^e éd., Gallimard, 1940, 266 p.

HEMARD (J.),

Précis élémentaire de droit civil, 2^e éd., Sirey, 1934, 516 p.

HUME (D.),

Traité de la nature humaine, Livre III, *La morale*, trad. par Ph. SALTEL, GF Flammarion, 1993, 282 p.

LAMBERT (G.), BARBEROUX (G.),

Cours de droit civil, Livre premier : introduction générale au droit », Librairie de l'Université, 1977, 355 p.

LANDIER (H.), LABBE (D.),

Les organisations syndicales en France, des origines aux évolutions actuelles, 2^e éd., éd. Liaisons, 2004, 239 p.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

LAUVAUX (Ph.),

Les grandes démocraties contemporaines, 3^e éd., PUF, 2004, 1060 p.

LE GOFF (J.),

Petit traité de droit du travail, Travail et société, relations collectives du travail, tome II, PU Rennes 2002, 590 p.

MACQUERON (J.),

Histoire des obligations. Le droit romain, 2^e éd., Assoc. A. Dumas, 1975, 505 p.

MAZEAUD (A.),

Droit du travail, 6^e éd., Montchrestien Lextenso, 2008, 677 p.

OLLIER (P.-D.),

Le droit du travail, Armand Colin, 1972, 591 p.

PACTET (P.),

Institutions politiques et droit constitutionnel, 19^e éd., Armand Colin, 2000, 627 p.

PELISSIER (J.), SUPIOT (A.), JEAMMAUD (A.),

Droit du travail, 24^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2008, 1516 p.

RAY (J.-E.),

Droit du travail, Droit vivant, 2009/2010, 18^e éd., éd. Liaisons, 794 p.

RIVERO (J.), SAVATIER (J.),

Droit du travail, 11^e éd., PUF, 1989, 714 p.

ROUBIER (P.),

Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, Dalloz, 2005, 337 p.

Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, 2^e éd. revue et augmentée, Sirey, 1951, 337 p.

SCELLE (G.),

Précis élémentaire de législation industrielle, Sirey, 1927, 362 p.

Bibliographie

SINZHEIMER (H.),

La théorie des sources et le droit ouvrier, Annales de l'institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1934.

TEYSSIE (B.),

Les sources du droit du travail, PUF, coll. Droit, Éthique et Société 1998, 237 p.

VERDIER (J.-M.),

Traité de droit du travail, Syndicats, tome V, publié sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK, Dalloz, 1966, 504 p.

VERKINDT (P.-Y.),

Le droit du travail, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, 162 p.

VINEY (G.), JOURDAIN (P.),

Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité, publié sous la direction de J. GHESTIN, 3^e éd., LGDJ, 2006, 1397 p.

DICTIONNAIRES, ENCYCLOPÉDIES ET RÉPERTOIRES

BORENFREUND (G.),

« Syndicats professionnels », I, Droit syndical dans l'entreprise, *Répertoire Travail Dalloz*.

BURDEAU (G.),

« Démocratie », *Encyclopaedia Universalis*, 1996, Corpus 7, p.151.

CADIET (L.), LE TOURNEAU (Ph.),

« Abus de droit », *Répertoire civil Dalloz*.

CHALARON (Y.),

« Négociation, conventions et accords collectifs – Qualification et nature juridique », *Juris-Classeur Travail traité*, Fasc. 1-30, mis à jour par C. NEAU-LEDUC.

« Négociation, conventions et accords collectifs. Rapports avec les autres sources de droit », *Juris-Classeur Travail traité*, ancien Fasc. 1-36.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

CHAUVEL (P.),

« Dol », *Répertoire civil Dalloz*.

CŒURET (A.),

Juris-Classeur Travail traité, fasc. 82-20.

CORNU (G.),

Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant, 7^{ème} éd., P.U.F. 2006, 970 p.

COURTIEU (G.),

« Abus de droit et abus de pouvoir », *Juris-Classeur Civil Code*, fasc. 131-20.

FROSSARD (J.),

« Syndicats professionnels », *Juris-Classeur Travail traité*, fasc. 12-20.

GEGOUT (M.),

« Ordre public et bonnes mœurs », *Juris-Classeur Civil code*, art. 6, fasc. I.

LE TOURNEAU (Ph.),

« Bonne foi », *Répertoire Dalloz*, oct. 1995.

LEGAL, BRETHER de la GRESSAYE,

Encyclopédie Dalloz, Droit social, Syndicats professionnels.

MOREAU (M.),

« Sources », *Juris-Classeur Travail traité*, fasc. 1-10.

POULAIN (G.),

« Période d'essai », *Juris-Classeur Travail traité*, fasc. 17-16.

OUVRAGES SPÉCIAUX

MONOGRAPHIES ET THÈSES

ADLER (M.),

Démocratie politique et démocratie sociale, 1^{re} éd., éd. Anthropos, 1970, 214 p.

ALIPRANTIS (N.),

La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes, Thèse Strasbourg, LGDJ, 1980, 363 p.

AMADIEU (J.-F.),

Les syndicats en miettes, éd. du seuil, Paris, 1999, 217 p.

ANDOLFATTO (D.),

Les syndicats en France, La documentation française, coll. Les Études de la Documentation française, 2004, 176 p.

ANTONMATTEI (P.-H.),

Les conventions et accords collectifs de travail, Connaissance du droit, Dalloz 1997, 105 p.

ARISTOTE,

La Métaphysique, éd. Presses Pocket, coll. Agora, 2002, 558 p.

ARNION (J.-M.),

L'évolution des conventions collectives de travail, Thèse Lille, 1938, 276 p.

ARSEGUEL (A.),

La notion d'organisations syndicales les plus représentatives, Thèse Toulouse, 1976, 698 p.

AUVRAY-ASSAYAS (C.),

Cicéron, Les Belles Lettres, coll. Figures du savoir, vol. 37, 2006, 150 p.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

BAREGE (A.),

L'éthique et le rapport de travail, Thèse Lille : 2006, LGDJ, Bibliothèque de droit social, 2008, 495 p.

BARREAU (J.),

Quelle Démocratie sociale dans le monde du travail, Presses Universitaires de Rennes, coll. Des sociétés, 2003, 218 p.

BARTHELEMY (J.) et CETTE (G.),

Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique, La documentation française, Coll. Conseil d'analyse économique, 2010, 200 p.

BERGERON (A.),

Tant qu'il y aura du grain à moudre, éd. Robert Laffont, 1988, 244 p.

BORENFREUND (G.),

L'action revendicative au niveau de l'entreprise : le rôle des délégués du personnel et des délégués syndicaux, Thèse Nanterre, 1987, 1956 p.

BRETHER DE LA GRESSAYE (J.),

De la nature juridique de la convention collective, Thèse Bordeaux, 1921, 199 p.

BRUNET (P.),

Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État, Thèse Paris 10 : 1997, LGDJ 2004, 396 p.

CANUT (F.),

L'ordre public en droit du travail, Thèse LGDJ, Bibliothèque de l'institut André TUNC, 2007, 513 p.

CHALARON (Y.),

Négociations et accords collectifs d'entreprise, Litec, 1990, 429 p.

Bibliographie

CHAUCHARD (J.-P.),

La conception française de la négociation collective de travail, Thèse Paris 1, 1983.

HAZEL (F.), COMMAILLE (J.),

Normes juridiques et régulation sociale, LGDJ, coll. Droit et Société, 1991, 426 p.

CLARISSE (V.),

De la représentation. Son rôle dans la création des obligations, Thèse Lille, 1949, 238 p.

DABIN, (J.),

La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé, éd. Bruylant, 1935, 367 p.

DAUXERRE (N.),

Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, 581 p.

DESCOLA (Ph.), HAMEL (J.) et LEMONNIER (P.),

La production du social, Librairie Arthème Fayard, 1999, 515 p.

DESGORCES (R.),

La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives, Thèse Paris 2, 1992.

DESPAX (M.),

L'entreprise et le droit, Thèse LGDJ, 1956, 443 p.

DE TERSSAC (G.),

La théorie de la régulation sociale de Jean-Daniel REYNAUD, éd. La Découverte, 2003, 448 p.

DE VISSCHER (Ch.),

Le contrat collectif de travail, Thèse Paris, 1911, 404 p.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

DOCKES (E.),

Valeurs de la démocratie, coll. Méthode Du droit, Dalloz, 2005, 183 p.

DOUMENGE (A.),

Recherche sur la représentativité des partenaires sociaux dans le cadre de l'union Européenne, Thèse Paris 2, 1996.

DURKHEIM (E.),

De la division du travail social, PUF, coll. Quadrige, Grands textes, 2007, 416 p.

FARJAT (G.),

L'ordre public économique, Thèse Dijon : 1961, LGDJ, 1963, 543 p.

FOURCADE (C.),

L'autonomie collective des partenaires sociaux. Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale, Thèse LGDJ, Bibliothèque de droit social, 506 p.

GERMAIN (C.),

Droit du travail et théorie générale de l'acte juridique, Thèse Bordeaux IV, 2000, 489 p.

GIROD (L.),

La convention collective comme moyen de législation secondaire du travail, Thèse Paris, 1939, 266 p.

GURVITCH (G.),

Le temps présent et l'idée du droit social, Thèse Paris, 1931, 336 p.

HAURIUO,

L'institution et le droit statutaire, Rec. de législation de Toulouse, 1906, pp. 134 à 182.

JULLIARD (J.),

Autonomie ouvrière. Étude sur le syndicalisme d'action directe, Gallimard-seuil, 1988, 298 p.

Bibliographie

KANT (E.),

Critique de la raison pure (1781), trad. par A. DELAMMARRE et F. MARTY, Gallimard, coll. Folio/Essais, 1990, 1018 p.

Fondements de la métaphysique des mœurs (1785), trad. par V. DELBOS, Delagrave, 1975, 210 p.

Critique de la raison pratique, trad. par J. BARNI, Librairie philosophie de Ladrange, 1848, 400 p.

KELSEN (H.),

Théorie pure du droit, trad. par EISENMANN, Bruylant LGDJ, 1999, 367 p.

LEGER (N.),

Le synallagmatisme et la convention collective de travail, Thèse Paris 1, 2003, 524 p.

LOCQUIN (E.),

L'amicable composition en droit comparé et international, Litec, 1980, 385 p.

LYON-CAEN (A.), JEAMMAUD (A.),

Droit du travail, Démocratie et crise : en Europe occidentale et en Amérique, Actes Sud, 1986, 259 p.

MALAURIE (Ph.),

L'ordre public et le contrat, thèse Paris : 1951, éd. Matot-Braine, 1953, 278 p.

MARINI (Ph.),

La modernisation du droit des sociétés, Rapport au Premier ministre, La documentation française, 1996, 288 p.

MARX (K.),

Contribution à la critique de la philosophie du droit de Hegel, éd. Allia, 1998, 46 p.

MATHEY (N.),

Recherches sur la personnalité morale en droit privé, Thèse Paris 2, 2001, 649 p.

**Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation
organisationnelle**

MILLOT (M.), ROULLEAU (J.-P.),

Les relations sociales en Europe, éd. Liaisons, 2005, 362 p.

MONTESQUIEU,

De l'esprit des lois (1748), tome II, Les belles Lettres, 1955, 465 p.

MOREAU (M.),

L'autonomie des partenaires sociaux, les litiges nés de l'interprétation des conventions collectives en droit québécois et français, Thèse Paris 2 : 1994, LGDJ, 1998, 362 p.

MORIN (G.),

La loi et le contrat, la décadence de leur souveraineté, Alcan, 1927, 170 p.

MORIN (M.-L.),

Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit, Thèse Toulouse I : 1991, LGDJ, 1994, 681 p.

NIETZSCHE (F.),

Humain, trop humain, Hachette, coll. Pluriel, 2001, 709 p.

PETIT (F.),

La notion de représentation dans les relations collectives du travail, Thèse Paris 1 : 1997, LGDJ, 2000, 575 p.

PHILIPPE (D.),

Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, éd. Bruylant, 1986, 686 p.

PIROU (G.),

Les conceptions juridiques successives du contrat collectif de travail en France, Thèse Rennes, 1909, 482 p.

PLATON,

La République, trad. par G. LEROUX, Flammarion, 2002, p. 801.

Bibliographie

POTHIER,

De la vente, Paris 1825.

RENARD (G.),

La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique, Thèse Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1930, 639 p.

REYNAUD (J.-D.),

Les règles du jeu : l'action collective et la régulation sociale, 3^e éd., Armand Colin, coll. U. Série Sociologie, 1997, 348 p.

RIPPERT (G.),

La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, 4^e éd., 1949, 421p.

ROSANVALLON (P.),

Le peuple introuvable, histoire de la représentation démocratique en France, Gallimard, 2002, 491 p.

ROUAST (A.),

Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations, Thèse Lyon, 1909, 434 p.

ROUSSEAU (J.-J.),

Du contrat social : ou principes du droit politique, Amsterdam, 1672, 376 p.

SANTI ROMANO,

L'ordre juridique, trad. par L. FRANÇOIS, P. GOTHOT, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1975, 174 p.

SATORI (G.),

Théorie de la démocratie, 3^e éd., Armand Colin, 1973.

SPINOZA,

L'éthique, Gallimard, coll. Folio/Essais, 2007, 398 p.

SPYROPOULOS (G.),

La liberté syndicale, Thèse LGDJ, 1956, 392 p.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

STOFFEL-MUNCK (Ph.),

L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie, Thèse Aix-Marseille 3 : 1999, LGDJ, 2000, 649 p.

SUPIOT (A.),

Critique du droit du travail, 2^e éd., PUF, coll. Quadrige/Essais, débats, 2007, 280 p.

TROUVE (H.),

La notion des syndicats les plus représentatifs de la profession, Thèse Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1942, 300 p.

VACHET (G.),

Les conflits entre conventions collectives en droit français, Thèse Lyon 3, 1977, 310 p.

VILLEY (M.),

Philosophie du droit. Définitions et fins du droit, tome I ; *Les moyens du droit*, tome II, Dalloz 2001, 339 p.

VIRALLY (M.),

La pensée juridique, LGDJ, 1960, 225 p.

VOIRIN (P.),

De l'imprévision dans les rapports de droit privé, Thèse Nancy, 1922, 307 p.

YANNAKOUROU (S.),

L'État, l'autonomie collective et le travailleur. Étude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale, Thèse Paris 10 : 1994, LGDJ, 1995, 393 p.

OUVRAGES COLLECTIFS

AMADIEU (J-F.), BOISSART (D.),

« *La démocratie sociale en danger* », éd. Liaisons, 2001, 86 p.

Bibliographie

DARES,

« Présence syndicale : des implantations en croissance, une confiance des salariés qui ne débouche pas sur des adhésions », *Premières synthèses, informations*, avril 2007, n° 14.2.

« Mythe et réalité de la désyndicalisation en France », *Premières synthèses informations*, oct. 2004, n°44.2.

Entreprise et progrès,

« Pour un nouveau pacte économique et social d'entreprise », *JCP E*, 1996 n°3, I, n° 521.

« Inventer de nouvelles relations dans l'entreprise, le contrat collectif d'entreprise », *Liaisons sociales*, documents, n° 9/95 du 16 janvier 1995.

« Le contrat collectif d'entreprise », De nouveaux espaces à la liberté contractuelle, *Cah. dr. entr.* 1995, n° 2.

« Le contrat collectif d'entreprise », *Liaisons sociales*, documents, n° 27/85 du 6 mars 1985.

« Le nouveau droit de la négociation collective »,

(*Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004*), publié sous la direction de Bernard TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2004, coll. Colloques, 125 p.

« Les notions fondamentales du droit du travail »,

Publié sous la direction de Bernard TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2009, coll. Colloques, 231 p.

NUMÉROS SPÉCIAUX DE REVUES

ACTION JURIDIQUE CFDT,

« Dossier représentativité : fonction publique et secteur privé », 1998, n°133.

« La négociation collective », 1998, n° 128.

« La politique contractuelle », 1996, n° 116.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

CAHIERS DE DROIT DE L'ENTREPRISE,

« Entreprise : la négociation collective », 1986, n° 1.

« La négociation collective dans l'entreprise », 1985, n° 1.

« La négociation sociale de gestion économique de l'entreprise », 1994, n° 1.

CHRONIQUE INTERNATIONALE DE L'IRES,

« La représentativité syndicale », sept. 2000, n°66.

« La représentation patronale », sept.2001, n°72.

DROIT SOCIAL,

« Conventions et accords d'entreprise », n° spécial janv. 1988.

« La négociation collective d'entreprise », n° spécial juillet-août1990.

« La négociation dans l'entreprise », n° spécial nov. 1982.

« Négociation collective et emploi », n° spécial avril 1998.

« La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes. Premier bilan de l'application des articles L. 1 et s. du Code du travail » n° spécial mai 2010.

LEGI-SOCIAL,

« Conventions et accords collectifs », juill.-août 1998.

« La négociation collective d'entreprise », janv. 1999.

LIAISONS SOCIALES,

« La négociation collective après la loi des 35 heures », Colloque Nanterre juin 1998, W, n° 118/98.

Revue DROITS,

« Définir le droit », 1989/1, n° 10 et 1990/2, n°11.

SEMAINE SOCIALE LAMY,

« 1980-2000 : regards sur 20 ans de droit du travail », n°1000, 23 oct. 2000.

TRAVAIL ET PROTECTION SOCIALE,

« Négocier les 35 heures », hors série juill. 1998.

ARTICLES, ÉTUDES ET CHRONIQUES

ADAM (G.),

« À propos du droit d'expression des salariés : réflexions, critiques sur un texte sans importance », *Dr. soc.* 1982, n° spécial avril, p. 288.

« La négociation collective en France : éléments de diagnostic », *Dr. soc.* 1978, p. 420.

ADAM (G.), GRANGER (B. P.),

« La représentativité syndicale dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 90.

ADOM, (J. K.),

« Principe de la licéité des accords de groupe et conditions d'opposabilité aux syndicats non-signataires », *JCP E* 2003, n° 44, p. 1776.

ALIPRANTIS (N.),

« Le droit conventionnel relatif à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1979, p. 7.

AMAUGER-LATTES (M.-C.), DESBARATS (I.),

« Pour la réactivation du mandatement dans le système français de négociation collective », *Dr. soc.* 2003, p. 365.

AMOSSE (T.), PIGNONI (M.-T.),

« La transformation du paysage syndical depuis 1945 », *Conditions de travail et relations professionnelles*, Données sociales, la société française, éd. 2006, pp. 405 à 412.

ANACHE (C.),

« Les accords collectifs prévoyant la réduction du salaire contre le maintien de l'emploi », *JSL* 1998, n° 20 du 17 septembre 1998.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

ANCEL (P.),

« Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle, in D. MAINGUY et *alii*, L'abus de droit dans les contrats, *Cah. dr. entr.* 1998, n° 6.

ANTONMATTEI (P.-H.),

« Les critères de représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008 », *Dr. soc.* 2008, p. 771.

« La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations », *Dr. soc.* 2004, p. 601.

« Négociation collective : brève contribution au débat sur la réforme », *Dr. soc.* 2003, p. 87.

« Accord collectif et contrat de travail : liaisons dangereuses », *Liaisons sociales mag.*, nov. 1998, p. 56.

« Comité d'entreprise et négociation collective : le courant passe », *RJS* 1998, p. 611.

« À propos du développement de la négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 164.

ARSEGUEL (A.),

« Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », in *Mélanges dédiés à M. DESPAX*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 401.

ARSEGUEL (A.), CABANIS (A.),

« Quelle gestion pour la sécurité sociale ? Les controverses et les choix de 1945 », *LPA* 1997, n° 24, p.88.

ARSEGUEL (A.), VERDIER (J.-M.),

« Quelle réforme de la représentativité syndicale ? », *RDT* 2006, p. 284.

ASSCHER-VONK (J.-P.),

« Possibilité d'écarter certaines dispositions de droit à caractère impératif dans les conventions collectives », in *Études de droit du travail offertes à A. BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 13.

Bibliographie

AUBREE (Y.),

« L'accord "substitué" au statut collectif mis en cause », *RJS* 1999, p. 275.

AYNES (L.),

« L'obligation de loyauté », *Arch. Phil. Dr.* 2000, n°44, p. 195.

BALLESTRERO (M.-V.),

« La négociation d'entreprise. L'expérience juridique italienne », *Dr. soc.* 1990, p. 653.

BALLET (S.),

« Du droit à la négociation à la capitulation du droit », *Dr. ouvrier* 1979, p. 77.

BARBEROT (Ch.),

« L'exercice du droit d'opposition à un accord d'entreprise dérogatoire. Quelle majorité ? », *RJS* 1999, p. 3.

« Les acteurs de la négociation collective ; leur représentativité », *Dr. ouvrier* 1998, p. 332.

BARTHELEMY (J.),

« Vers de nouvelles évolutions du droit de la négociation collective ? En guise de synthèse », *Dr. soc.* 2009, p. 907.

« La réforme de la négociation collective », *LPA* 2003, n°232, p. 21.

« Conventions et accords collectifs : pour un vrai droit de leur négociation », *Dr. soc.* 2003, p. 832.

« Collectivité du personnel et notion d'entreprise », *D.* 2000, chron., p. 279.

« L'innovation sociale par plus de contrat. Réflexions à propos du contrat collectif d'entreprise », *JCP E* 1996, chron. n° 521.

« Le référendum en droit social », *Dr. soc.* 1993, p. 89.

« La négociation collective outil de gestion de l'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 580.

« Négociation collective d'entreprise : dérogations et concessions », *Dr. soc.* 1988, p. 554.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

« La négociation collective outil de gestion de l'entreprise », *JCP E* 1987, I, 16837.

BAZEX (M.),

« Détermination unilatérale ou négociation », *Dr. soc.* 1989, p. 784.

BEAL (S.),

« Accords de groupe : la jurisprudence Axa du 30 avril 2003, est-elle dépassée après la loi du 4 mai 2004 sur la négociation collective », *JSL* 2005, n° 166, p. 4.

BELIER (G.),

« Les novations dans le droit de la négociation collective », *Dr. soc.* 1999, p. 1014.

« Un délégué syndical sans adhérents : d'accord ou pas d'accord ? », *Liaisons sociales mag.*, sept. 1997, p. 10.

« Les incertitudes de la négociation d'entreprise dans le domaine des relations sociales », *Dr. soc.* 1988, p. 724.

« Les dérogations au droit du travail dans de nouveaux contrats d'entreprise », *Dr. soc.* 1986, p. 49.

« Le double niveau de négociation dans les lois Auroux », *Dr. soc.* 1983, p. 74.

BELIER (G.), FAVENNEC-HERY (F.),

« Accords de réduction du temps de travail et compensation financière », *Dr. soc.* 1998, p. 970.

BENABENT (A.),

« La bonne foi, rapport français », *Travaux de l'association Henri Capitant*, Tome XLIII, Litec, 1992, p. 295.

BERTREL (J.-P.),

« Modernisation du droit des sociétés : ce que prévoit le "rapport Marini" », *Dr. et patrimoine*, n° 42, octobre 1996, p. 10-15.

BIED-CHARRETON (M-F.),

« Le comité d'entreprise peut-il négocier ? », *Dr. ouvrier* 1993, p. 129.

Bibliographie

« L'articulation des missions du syndicat et du comité d'entreprise au sein de l'entreprise », *Dr. ouvrier* 1995, p. 56.

BLANC-JOUVAN (X.),

« La négociation collective d'entreprise : l'expérience des États-Unis », *Dr. soc.* 1990, p. 638.

BOCQUILLON (F.),

« Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : les enjeux de la distinction en droit du travail », *D.* 2005, p. 803.

« Que reste-t-il du principe de faveur ? », *Dr. soc.* 2001, p. 255.

BOISSARD (D.),

« Représentativité, un pavé dans la mare syndicale », *Liaisons sociales mag.*, juin 2000, p. 5.

BOITEL (M.),

« La représentativité des organisations syndicales », *Dr. ouvrier* 1948, p. 176.

BONAFE-SCHMITT (J.-P.),

« La pratique de la négociation collective dans l'entreprise », *RFAS* 1982, n° 4, p. 167.

BONNARD-PLANCKE (L.),

« Convention collective et collectivité de travail. Aux origines de l'idée majoritaire en matière de négociation collective », *Dr. soc.* 2005, p. 866.

BONNECHERE (M.),

« Sur l'ordre public en droit du travail : les principes sont toujours là », *Dr. ouvrier* 2008, p. 11.

« La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères », *Dr. ouvrier* 2001, p. 411.

« De la connaissance et de l'usage du droit communautaire dans la pratique quotidienne du droit social », *Dr. ouvrier* 2000, p. 84.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

« L'ordre public en droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité », *Dr. ouvrier* 1988, p. 171.

« L'ordre public au sens du droit du travail », *JCP CI*, 1974, études et commentaires, n° 11604, p. 601.

BONNIN (V.),

« Le choix de l'organe de représentation des salariés lors de la conclusion d'un accord collectif », *Dr. ouvrier* 1998, p. 341.

BOQUILLON (F.),

« Que reste-t-il du principe de faveur ? », *Dr. soc.* 2001, p. 255.

BORENFREUND (G.),

« Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats : le défi de l'audience électorale », *RDT* 2008, p. 360.

« L'idée majoritaire dans la négociation collective », in *Mélanges dédiés à Michel DESPAX*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 429.

« Les syndicats bénéficiaires d'un accord collectif », *Dr. soc.* 2001, p. 821.

« Pouvoir de représentation et négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 1006.

« L'articulation du contrat de travail et es normes collectives », *Dr. ouvrier* 1997, p. 514.

« La licéité des accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel », *Dr. soc.* 1992, p. 893.

« La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. soc.* 1991, p. 685.

« La résistance du salarié à l'accord collectif, l'exemple des accords dérogatoires », *Dr. soc.* 1990, p. 626.

« Propos sur la représentativité syndicale », *Dr. soc.* 1988, p. 476.

Bibliographie

BORENFREUND (G.), SOURIAC (M.-A.),

« Les rapports de la loi et de la négociation collective : une mise en perspective », *Dr. soc.* 2003, p. 72.

BORGETTO (M.),

« Quelle démocratie sociale ? », *Revue du droit public*, n°1/2-2002, p. 194.

« Sécurité sociale et démocratie sociale : état des lieux », *Revue française de finances publiques*, 1998, n° 64, p. 25.

BOSSU (B.),

« La loyauté », in *Les notions fondamentales du droit du travail*, sous la direction de Bernard TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2009, pp. 185 à 209.

BOUAZIZ (P.),

« Syndicat catégoriel et représentativité », *Dr. ouvrier* 1978, p. 164.

BOUBLI (B.),

« Retour sur l'arrêt ADECCO : un tour d'horizon nécessaire », *SSL* 2007, n°1302 du 10 avr. 2007.

« Représentativité syndicale dans l'entreprise », *SSL* 2006, n° 1263 du 29 mai 2006.

« À propos de la représentativité syndicale », *SSL* 1999, n° 916 du 11 jan. 1999, p.8.

« Le juge, la norme et le droit du travail », in *Les sources du droit du travail*, PUF 1998, p. 33.

BOULMIER (D.),

« Consultation et négociation dans l'entreprise : la navette sociale, un remède à la pesenteur », *Dr. ouvrier* 1998, p. 350.

« Référendum. L'expression majoritaire des salariés de l'entreprise, lie-t-elle la minorité ? », *SSL* 1998, n° 872, p. 6.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

BRETHER DE LA GRESSAYE (J.),

« La convention collective de travail est-elle un contrat ? », in *Études CAPITANT* 1977, p. 101.

BRIENS (G.),

« Le référendum, une forme d'accord collectif méconnue », *SSL* 2003, n°1133, forum.

BRUN (A.),

« L'extension des conventions collectives de travail en jurisprudence », *Dr. soc.* 1960, p. 644.

BUNEL (J.),

« Représentation patronale et représentativité des organisations patronales », *Travail et Emploi*, n°70, p. 3.

CAIRE (G.),

« Une forme de régulation des rapports sociaux : la négociation collective », *Revue Connexion*, n° 50/1987-2.

CAMERLYNCK (G.-H.),

« La clause de maintien des avantages acquis dans les conventions collectives », *Dr. soc.* 1959, p. 406.

CANUT (F.),

« Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », *Dr. soc.* 2010, p. 379.

CATRICE-LOREY (A.),

« La sécurité sociale en France, une institution anti-paritaire ? », *La revue de l'IREES* 1997, n° 24, p. 87.

CESARO (J.-F.),

« La négociation dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.* 2009, p. 658.

Bibliographie

« Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social », *JCP S* n°8, du 20 février 2007, n° 1117.

CHALARON (Y.),

« L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Dr. soc.* 1998, p. 355.

« La conduite de la négociation », *Dr. soc.* 1990, p. 584.

« L'application de la disposition la plus favorable », *in* Les transformations du droit du travail. *Études offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 243.

« La sanction pénale du droit conventionnel », *Dr. soc.* 1984, p. 505.

CHAMPAUD (Cl.),

« Prospective de l'entreprise », *in* *Connaissances politiques, L'entreprise*, Dalloz, 1983, p. 8.

CHAMPEAUX (F.),

« Le tonnerre de Brest a-t-il fait long feu ? », *SSL* 1442, p. 10.

CHEVILLARD (A.),

« La notion de disposition plus favorable », *Dr. soc.* 1993, p. 363.

CHOURAQUI (A.), GAUTIER (A.-M.),

« Les accords d'entreprise : de quel niveau parle-t-on ? », *Dr. soc.* 1988, p. 17.

CŒURET (A.),

« Du nouveau sur la reconnaissance de l'unité économique et sociale ? », *RJS* 2009, p. 671

COHEN (M.),

« Faut-il modifier les règles de la représentativité syndicale ? », *Liaisons sociales mag.*, déc. 1998, p. 10.

« La réduction négociée des avantages des salariés », *Dr. soc.* 1996, p. 18.

« La mission générale de représentation du délégué syndical », *RPDS* 1971, p.7.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

COIN (G.),

« Politique contractuelle : l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 », *Dr. soc.* 1996, p. 3.

COINTEPAS (M.),

« Les règles de droit et le déclin syndical en France », *Dr. soc.* 1992, p. 250.

CONCHE (M.),

« Droits de l'homme, droits de Dieu », dans n° spécial du *Nouvel Observateur*, Hors série de janvier 2002, La guerre des Dieux, p. 98.

CORNU (G.),

« La bonté du législateur », *RTD civ.* 1991, p. 283.

CORRIGNAN-CARSIN (D.),

« Loyauté et droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de H. BLAISE*, *Économica*, 1995, p. 125.

COSTE-FLORET (P.),

« Vers une conception étatique de la convention collective de travail », *Rev. Crit.* 1937, p. 194.

COUTURIER (G.),

« Encore une réforme du droit des licenciements économiques », *SSL* 2006, n° 1242 supplément.

« Que reste-t-il de la section syndicale d'entreprise ? », in *Mélanges en l'honneur de J.-M. VERDIER*, Dalloz, 2000, p. 36.

« La méconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi », *Dr. soc.* 1998, p. 375.

« L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », *Études FLOUR*, *Répertoire du notariat Deffrénois*, 1979, p. 95.

DAL-RE (F.V.),

« Représentation et représentativité syndicales en Espagne », *Travail et Emploi*, n°35, 1988, p.37.

Bibliographie

DAVID (R.),

« L'imprévision dans le droit européen », in *Mélanges JAUFFRET*, 1974, p. 211.

DELOS (J.-T.),

« Le problème des rapports du droit et de la morale », *Arch. Phil. Dr.* 1933, p. 84.

DENIS (J.-M.),

« Le syndicalisme autonome face à la construction européenne : quelles menaces ? Quelles perspectives ? », *Dr. soc.* 2001, p.526.

DESJARDINS (B.),

« Modification du contrat de travail et droit de l'emploi », *D.* 1998, n° 1501 à 1575.

DEPREZ (J.),

« La part faite à l'idée de négociation dans la théorie juridique des accords d'entreprise », *Dr. soc.* 1988, p. 57.

DESPAX (M.),

« Dénonciation d'une convention collective et sort des droits acquis en matière de rémunération », *Dr. soc.* 1990, p. 156.

« Les paradoxes de la négociation d'entreprise », in *études offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz 1989, p. 267.

« La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel », *Dr. soc.* 1988, p. 8.

« De l'accord à la loi », *Dr. soc.* 1987, p. 184.

« La dénonciation des conventions collectives de travail après la loi du 13 novembre 1982 », *Dr. soc.* 1984, p. 531.

« La représentativité des organisations syndicales au regard du droit des conventions collectives », *Dr. soc.* 1979, p. 229.

« La réforme du droit des conventions collectives de travail par la loi n° 71-561 du 13 juillet 1971 », *Dr. soc.* 1971, p. 530.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

« L'application des conventions collectives de travail hors de leur domaine normal d'application », *Dr. soc.* 1965, p. 384.

« Garanties de carrière et conventions collectives », *Dr. soc.* 1964, p. 94, 156.

« Qualification professionnelle et salaire au rendement dans les conventions collectives et les accords d'entreprise », *Dr. soc.* 1964, p. 580.

DESPLATS (M.-J.),

« La notion d'organisations syndicales les plus représentatives », *Dr. soc.* 1945, p. 271.

DOBKINE (M.),

« Réflexions itératives à propos de l'abus de biens sociaux », *D.* 1997, chron., p. 323.

DOCKES (E.),

« Consécration de la nature contractuelle du salaire », *RJS* 1998, p. 168.

« La réciprocité des dispositions de la convention collective », *Dr. ouvrier* 1997, p. 503.

« L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. soc.* 1994, p. 227.

« L'avantage individuel acquis », *Dr. soc.* 1993, p. 826.

DUMONT (F.),

« L'exécution de bonne foi d'un accord collectif suppose le respect de son préambule », *JCP S* 2008, n° 1470.

DUPEYROUX (J.-J.),

« Les accords collectifs relatifs à la protection sociale des salariés », *Dr. soc.* 1994, p. 820.

DURAND (P.),

« Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Dr. soc.* 1982, p. 438.

« L'évolution du droit des relations professionnelles en France depuis la Libération », *Rev. int. trav.* 1956, 575

Bibliographie

« Conventions collectives : Les effets de l'arrêté d'extension », *Dr. soc.* 1956, p. 214.

« La conclusion des conventions collectives de travail par les associations soumises à la loi du 1^{er} juillet 1901 », *Dr. soc.* 1950, p. 357.

« La loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives de travail », *Dr. soc.* 1950, p. 186.

« Retour aux conventions collectives », *Dr. soc.* 1949, p. 281.

« Le dualisme de la convention collective de travail », *RTD civ.* 1939, p. 353.

DURRY (G.),

« La responsabilité civile des délégués syndicaux », *Dr. soc.* 1984, p.69.

EISENMANN (Ch.),

« La représentation dans les actes juridiques », *Travaux de l'association Henry CAPITANT*, 1949, p. 144.

EYRAUD (F.), JOBERT (A.), ROZENBLATT (P.), TALLARD (M.),

« Les classifications dans l'entreprise : production des hiérarchies professionnelles et salariales », *Travail et Emploi* 1988, n°38, p.64.

FAVENNEC-HERY (F.),

« La représentativité syndicale », *Dr. soc.* 2009, p. 630.

FAVEREAU (O.),

« Les systèmes de classifications professionnelles, le point de vue de l'économiste », *Travail et Emploi*, 1988, n°38, p.17.

FAVOREU (L.),

« Une convention collective peut-elle comporter des dispositions à caractère rétroactif ? », *D.* 1995, chron. p. 82.

FEVRIER (J.-M.),

« Sur l'idée de légitimité », *RRJ* 2002-1, p. 367.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

FOURGOUX (J.-C.),

« Intérêt personnel, intérêt de l'entreprise et intérêt des actionnaires », *Gaz. Pal.* 1999, p. 360.

FREYRIA (Ch.),

« Les accords d'entreprise atypiques », *Dr. soc.* 1988, p. 43.

« Les conflits de lois dans le temps relatifs aux conventions collectives de travail », *Dr. soc.* 1955, p. 364.

FROUIN (J.-Y.),

« L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail », *RJS* 3/96, p. 137.

« L'envers du problème Basirico », *Dr. soc.* 1996, p. 608.

FOURNIER (P.),

« L'extension des conventions collectives », *Dr. soc.* 1952, p. 242.

GADBIN (D.),

« L'association des partenaires économiques et sociaux organisés aux procédures de décuision en droit communautaire », *RTD eur.* 2000, n°36, janv.-mars 2000, p. 1.

GAILLARD (E.), THULLIER (G.),

« Convention collective et promotion sociale », *Dr. soc.* 1963, p. 542.

GARCIA MURCIA (J.),

« Les organisations syndicales et d'entreprises les plus représentatives », Madrid, *MTSS*, 1987.

GAUDU (F.),

« L'ordre public en droit du travail », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Mélanges offerts à J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 363.

« Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi », *Dr. soc.* 1998, p. 367.

« L'exécution des conventions d'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 607.

Bibliographie

GAUME (G.),

« Le temps de la démocratie dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1982, p. 267.

GAURIAU (B.),

« La représentation collective », *in Les notions fondamentales du droit du travail*, sous la direction de Bernard TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2009, pp. 61 à 80.

« La position commune du 9 avril 2008 : première lecture sur la représentativité syndicale », *JCP S*, 2008, act. 197, libres propos.

« La consécration jurisprudentielle de la représentation syndicale de groupe et de l'accord de groupe », *Dr. soc.* 2003, p. 732.

« Le référendum et les accords "AUBRY II". À propos de l'article 19 de la loi », *Dr. soc.* 2000, p. 311.

« Le référendum, un préalable nécessaire », *Dr. soc.* 1998, p. 338.

GAUTIER-SAVAGNAC (D.),

« La négociation interprofessionnelle sur l'emploi », *Petites affiches* 2003, n° 232 du 20 nov. 2003, p. 29.

GELINEAU-LARRIVET (G.),

« Quelques observations sur le respect des engagements en matière d'emploi », *Dr. soc.* 1998, p. 380.

GINSBOURGER (F.), POTEL (J.-Y.),

« La pratique de la négociation collective », *Travail et Emploi*, juin 1984, p. 7.

GRANGE (J.),

« Les conventions et accords collectifs de groupe », *SSL* 2004, n°1183-Supplément du 27-09-2004 (La réforme du dialogue social. Les points clefs de la loi).

GRANGE (J.), EL AOUGRI (N.),

« La négociation de groupe », *SSL* 2003, n°1144 du 17-11-2003.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

GREVY (M.), PESKINE (E.), NADAL (S.),

« Regards sur la position commune du 9 avril 2008, À propos du devenir (incertain ?) des syndicats dans l'entreprise », *RDT* 2008, p. 431.

GRIMALDI D'ESDRA (J.),

« Nature et régime juridique du référendum en droit social », *Dr. soc.* 1994, p. 397.

GROUDEL (H.),

« La réforme du droit des conventions collectives », *JCP G* 1972, I, n°2462.

GUBAL (J.-C.),

« Point de vue, plaidoyer pour un contrat collectif d'entreprise », *Dr. soc.* 1986, p. 602.

« Plaidoyer pour un contrat collectif d'entreprise », *Dr. soc.* 1986, p. 602.

GUILLOUX (P.),

« Négociation collective et adaptation professionnelle des salariés aux évolutions de leurs emplois », *Dr. soc.* 1990, p. 818.

HAUTEFORT (M.),

« La détermination du ou des syndicats majoritaires suppose un « vrai » premier tour », *JSL* 2007, n° 204 du 30 janvier 2007.

HEGE (A.),

« La représentativité syndicale, sa reconnaissance, son renouvellement », *in* La représentativité syndicale, *Chron. int. IRES*, n°66, sept. 2000, p. 113.

« Décentralisation de la négociation collective, éléments d'un débat », *Chron. int. IRES*, mars 1998, p. 23.

HOFMAN (P.),

« Les lois Auroux : un droit qui encadrera ou un droit qui stimulera ? », *Dr. soc.* 1982, p. 273.

Bibliographie

HUMBERT (F.),

« L'obligation de négocier dans les entreprises à établissements multiples », *Dr. soc.* 1984, p. 625.

IVANOV (S.),

« Sur la participation des syndicats à la gestion des entreprises dans le contexte du progrès scientifique et technique », in *Études de droit du travail offertes à A. BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 281.

JAVILLIER (J.-C.),

« Les enseignements de l'analyse comparative et la pratique française », *Dr. soc.* 1990, p. 661.

« Le patronat et les transformations du droit du travail », in *Les transformations du droit du travail, études offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz 1989, p. 193.

« Négociations et accords d'entreprise en matière de rémunération », *Dr. soc.* 1988, p. 68.

« Syndicats et représentations élues dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1984, p. 31.

« La partie "obligatoire" de la convention collective », *Dr. soc.* 1971, p. 258.

JEAMMAUD (A.),

« Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p. 115.

« Le droit du travail en changement », *Dr. soc.* 1998, p. 212.

« Les principes dans le droit français du travail », *Dr. soc.* 1982, p. 618.

JEAMMAUD (A.), LE FRIANT (M.), LYON-CAEN (A.),

« L'ordonnancement des relations du travail », *D.* 1998, chron, p. 359, n° 19.

JOBERT (A.),

« La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982 », *Dr. soc.* 2010, p. 367.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

JOIN-LAMBERT (M.-T.),

« Le système d'indemnisation du chômage et son articulation avec la protection sociale », *in Politiques sociales*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1994, p. 571.

JOURDAIN (P.),

« La bonne foi, rapport français », *Travaux de l'association Henri CAPITANT*, Tome XLIII, Litec, 1992, p. 121.

KESSLER (F.),

« La capacité de conclure des conventions collectives : les controverses et solutions ouest-allemandes », *Dr. soc.* 1988, p. 33.

KESSOUS (R.),

« Sur la dénonciation partielle des conventions collectives », *Dr. soc.* 1995, p. 365.

« Incidences de la disparition des organismes signataires d'une convention collective », *Dr. soc.* 1995, p. 370.

KRIEGEL (B.),

« Le principe de légitimité », *in Mélanges F. TERRE*, Dalloz 1999, p. 47.

LAFRANGE (G.),

« La figure du législateur et l'idéal politique jacobin », *Études françaises*, vol. 25, n° 2-3, 1989, pp. 89 à 99.

LANDIER (H.),

« Les accords de méthode : contenu et raisons de leur développement », *Petites affiches* 2003, n° 232 du 20 nov. 2003, p. 9.

LANGLOIS (Ph.),

« La négociation collective d'un régime de retraite par répartition », *Dr. soc.* 1997, p. 1023.

« Droit public et droit social en matière de négociation collective », *Dr. soc.* 1992, p. 5.

Bibliographie

« Droit public et droit social en matière de négociation collective », *Dr. soc.* 1991, p. 933.

« La négociation d'entreprise : politique communautaire », *Dr. soc.* 1990, p. 673.

« La définition du cadre de la négociation collective annuelle obligatoire dans les entreprises », *Dr. soc.* 1990, p. 603.

« La technique juridique et la réforme des conventions collectives », *Dr. soc.* 1982, p. 284.

« Contrat individuel de travail et contrat collectif de travail, un nouveau cas de représentation », *Dr. soc.* 1975, p. 283.

LE FRIANT (M.),

« La comparaison entre dispositions conventionnelles : la position de la Cour de cassation ne fait pas école Outre-Rhin », *Dr. soc.* 1999, p. 904.

LE GOFF (J.),

« Naissance des conventions collective, retour sur un débat doctrinal significatif (1890-1920), *RFTJ* 1990, p. 58.

LE MIRE (A.),

« Négociation des conventions et accords collectifs », *RPDS* 1997, p. 311.

LENOIR (G.),

« Le contenu des conventions collectives », *Dr. soc.* 1955, p. 478.

« Droit civil et contrat collectif de travail », *Dr. soc.* 1988, p. 395.

LESIRE-OGREL (H.),

« Au sujet de la représentativité des syndicats indépendants » *Dr. soc.* 1959, p. 286.

LHUILIER (G.),

« Le dualisme de la convention collective devant la Cour de cassation », *Dr. soc.* 1995, p. 162.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

LOUSSOUARN (Y.),

La bonne foi, Rapport de synthèse, *Travaux de l'association Henri CAPITANT*, Tome XLIII, Litec, 1992, p. 7.

LUTTRINGER (J.-M.),

« Formation professionnelle tout au long de la vie et négociation collective », *Dr. soc.* 2004, n° spécial, p. 472.

LYON- CAEN (A.),

« L'emploi comme objet de la négociation », *Dr. soc.* 1998, p. 316.

« Les règles de la représentation syndicale à l'épreuve des changements », *Travail et Emploi* 1998, n°35, p. 32.

« La négociation collective dans ses dimensions internationales », *Dr. soc.* 1997, p.352.

« La négociation collective : nouveaux horizons ? Nouveaux problèmes ? », *Dr. soc.* 1997, p. 1004.

« Le maintien de l'emploi », *Dr. soc.* 1996, p. 655.

« Grandeur et décadence de la loi professionnelle », in *Les conventions collectives de branche, déclin ou renouveau ?*, Cereq, étude n°65, 1993, p. 57.

« Les règles de la représentation syndicale à l'heure des changements », *Travail et Emploi*, mars 1988, p. 36.

« Le droit et les classifications », *Travail et Emploi* 1988, n°38, p.21.

« Le comité d'entreprise à l'heure du changement », *Dr. soc.* 1982, p. 299.

LYON-CAEN (G.),

« Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Dr. soc.* 2003, p. 355.

« Contribution au travail législatif sur la négociation collective », *Dr. soc.* 2003, p. 1110.

« A propos d'une négociation sur la négociation », *Dr. ouvrier* 2001, p. 1.

Bibliographie

« La Constitution française et la négociation collective », *Dr. ouvrier* 1996, p. 479.

« La légitimité de l'action syndicale », *Dr. ouvrier* 1988, p. 47.

« La bataille truquée de la flexibilité », *Dr. soc.* 1985, p. 801.

« Droit syndical et mouvement syndical », *Dr. soc.* 1984, p. 5.

« Les principes généraux du droit du travail », in *Tendances du droit du travail français contemporain*, Études offertes à G.H. CAMERLYNCK, Dalloz 1978, p. 35.

« Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail : première approche », *RTD civ.* 1974, p. 244.

« Négociation collective et législation d'ordre public », *Dr. soc.* 1973, p. 88.

« Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du travail », in *Hommage à P. HORION*, Liège 1972, p. 173.

« Veut-on vraiment encourager la "politique contractuelle" ? (à propos d'un texte nouveau sur les conventions collectives de travail) », *D.* 1970, chron. p. 159.

« Le droit conventionnel du travail », *D.* 1963, chron. p. 15.

« Les fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Dr. ouvrier* 1951, p. 1.

MARQUET DE VASSELLOT (L.),

« La représentativité syndicale, la dérogation à la loi et l'emploi », *RJS* 1996, p. 563.

« L'annualisation de la durée du travail et le droit d'opposition », *RJS* 1996, p. 799.

MATHIEU (B.),

« Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective », *D.* 1997, chron. p. 152.

MAZEAUD (A.),

« Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux depuis la position commune du 16 juillet 2001 », *Dr. soc.* 2003, p. 361.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

MENIN (J.),

« Le rapport Auroux tue le pluralisme syndical », *Dr. soc.* 1982, p. 278.

MENY (Y.),

« Démocratie locale et démocratie européenne », in DARNTON (R.), DUHAMEL (O.), *Démocratie*, éd. du Rocher, 5^e éd., 1998, p. 202.

MICHEL (S.),

« Le critère de l'indépendance au sein de l'article L 133-2 du Code du travail », *Dr. ouvrier* 2003, p. 133.

MINE (M.),

« La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », *Travail et Emploi*, n° 84, oct. 2000, p. 47.

MORAND (M.),

« Les nouveaux acteurs de la négociation collective d'entreprise », *TPS* 1997, chron. 4.

MOREAU (M.-A.),

« Sur la représentativité des partenaires sociaux européens », *Dr. soc.* 1999, p. 53.

« L'interprétation des conventions collectives de travail : à qui profite le doute ? », *Dr. soc.* 1995, p. 171.

« La portée des avis rendus par une commission paritaire d'interprétation », *Dr. soc.* 1995, p. 359.

MOREL (R.),

« Les conventions collectives de travail et la loi du 25 mars 1919 », *Rev. Trim.*, 1919, p. 117.

MORIN (M.-L.), SUBLET (R.),

« La loi quinquennale, une étape pour le régime du temps de travail », *Travail et Emploi*, n° 73, p. 16.

Bibliographie

MORIN (M.-L.),

« Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé », *Dr. soc.* 2000, p. 1080.

« La loi et la négociation collective : concurrence ou complémentarité », *Dr. soc.* 1998, p. 419.

« Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 25.

« L'articulation des niveaux de négociation dans l'accord interprofessionnel sur la politique contractuelle du 31 octobre 1995 », *Dr. soc.* 1996, p. 11.

« Des titulaires du droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1988, p.30.

MORIN (M.-L.), TEYSSIER (F.),

« L'accord-cadre », *Dr. soc.* 1988, p. 741.

MORVAN (P.),

« Conventions et accords dérogatoires après la loi du 4 mai 2004 : de la théorie des flaques d'eau », in *Le nouveau droit de la négociation collective (Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004)*, éd. Panthéon-Assas, 2004, coll. Colloques, p. 43.

MOUSSERON (J.-M.),

« La gestion des risque pas le contrat », *RTD civ.* 1988, p. 481.

MURCIER (J.-P.),

« Réflexions sur la négociation collective en France », *Dr. soc.* 1979, p. 268.

« Procédures et structures de la négociation collective aux niveaux de l'entreprise et de l'établissement », *Dr. soc.* 1985, p. 104.

NAGY (L.),

« Le statut juridique des syndicats », in *Études de droit du travail offertes à A. BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 395.

NEVEU (Y.),

« Le devoir de loyauté pendant la période précontractuelle », *Gaz. Pal.* du 5 décembre 2000, p. 2112.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

NOTAT (N.),

« L'État doit respecter les partenaires sociaux », *Liaisons sociales mag.*, oct. 2000, p. 34.

ODOUL-ASOREY (L.),

« Convocation des syndicats représentatifs à la négociation d'un accord collectif », *D.* 2004, Sommaires commentés, p. 388.

PAILLUSSEAU (J.),

« Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^e siècle », *D.* 2003, chron, p. 260.

« Entreprise, société, actionnaires, salariés, quel rapport ? », *D.* 1999, chron., p. 161.

« La modernisation du droit des sociétés commerciales. "Une reconception du droit des sociétés commerciales" », *D.* 1996, chron, p. 287.

« Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.* 1993, p. 705.

« Qu'est ce que l'entreprise ? », in *L'entreprise : nouveaux apports*, sous la coordination de J. JUGAULT, *Économica*, coll. travaux et recherches, série faculté des sciences juridiques de Rennes, 1987, pp. 11 à 88.

PAISANT (G.),

« Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995, *D.* 1995, chron. 99.

PASCRE (R.),

« Le nouvel article L. 132-7 du Code du travail », *Dr. ouvrier* 1993, p. 123.

« Conventions et accords collectifs : le cap de l'extension », *Dr. ouvrier* 1986, p. 241.

« Les conditions d'une authenticité de la négociation collective en France », *Dr. ouvrier*, févr. 1982, p. 40.

Bibliographie

PECAUT-RIVOLIER (L.),

« La représentativité syndicale à la française n'est pas contraire aux textes européens », *Dr. soc.* 2010, p. 647.

PELISSIER (J.),

« Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail ? », in *Mélanges dédiés à Michel DESPAX*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 389.

« La loyauté dans la négociation collective », *Dr. ouvrier*, 1997, p. 496.

« La loi dite "des 35 heures" : contrats et perspectives », *Dr. soc.* 1998, p. 793.

« Conventions collectives applicables après une restructuration », *RJS* 1991, p. 3.

« La négociation sur les salaires », *Dr. soc.* 1984, p. 401.

« La fonction syndicale dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1984, p. 41.

« Les horaires individualisés », *Dr. soc.* 1981, p. 555.

PERROT (A.-M.),

« Transformations récentes de la négociation collective en France », *Dr. ouvrier* 1994, p. 422.

PETIT (F.),

« Les périmètres de l'entreprise en matière syndicale et électorale », *Dr. soc.* 2010, p. 634.

« De la négociation à la conclusion d'un avenant portant révision d'un accord collectif », *D.* 2002, jurisprudence, p. 3231.

« Sur les clauses de garantie d'emploi », *Dr. soc.* 2000, p. 80.

PETROVSKI (M.), PAUCARD (D.),

« Les accords de méthode et leur impact sur les procédures d'information et de consultation des représentants du personnel : quelques résultats à partir de huit études de cas », *Revue de l'IRES* 2006, n° 50, p. 103.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

PICOD (Y.),

« L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque I.D.A. Aix-en-Provence, 28 mai 1993, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1993, p. 57.

« L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G*, 1988, I, n° 3318.

PIROVANO (A.),

« La "boussole" de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.* 1997, chron., A-24, p. 189.

POCHET (P.),

« La jurisprudence relative à la mise en cause de la convention ou de l'accord collectif », *JCP E* 1995, I, 442.

POIRIER (M.),

« La clause dérogatoire *in pejus* », *Dr. soc.* 1995, p. 885.

PRADEL (J.),

« La sanction pénale des dispositions conventionnelles plus favorables que la loi », *Dr. soc.* 1979, p. 172.

PRETOT (X.),

« Le Conseil constitutionnel et les sources du droit du travail : l'articulation de la loi et de la négociation collective », *Dr. soc.* 2003, p. 260.

« Les bases constitutionnelles de la négociation collective », *TPS* 1997, p. 4.

« La conformité à la Constitution de la loi relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion », *Dr. soc.* 1989, p. 701.

RADE (Ch.),

« Commentaire des articles 10, 11, 12 et 13 de l'accord sur la modernisation du marché du travail : clarification des clauses spécifiques du contrat de travail et sécurisation dans sa rupture », *Lexbase Hebdo*, Edition Sociale, n° 289 du 24 Janvier 2008.

Bibliographie

« L'ordre public social et la renonciation du salarié », *Dr. soc.* 2002, p. 931.

RAY (J.-E.),

« Les sources de la loi du 31 janvier 2007 », *Dr. soc.* 2010, p. 496.

« L'accord d'entreprise majoritaire », *Dr. soc.* 2009, p. 887.

« Du droit d'opposition à l'accord majoritaire : vers un grand chambardement », *Liaisons sociales mag.*, oct. 2007, p. 66.

« Les curieux accords dits "majoritaires" de la loi du 4 mai 2004 », *Dr. soc.* 2004, p. 590.

« La négociation d'entreprise : quel avenir ? », in *Mélanges dédiés à M. DESPAX*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 445.

« Du tout-État au tout-contrat ? (De l'entreprise citoyenne à l'entreprise législateur ?) », *Dr. soc.* 2000, p. 574.

« Les grandes manœuvres du droit de la négociation collective », *Dr. soc.* 1999, p. 1018.

« Du droit d'opposition à l'accord majoritaire : vers un grand chambardement », *Liaisons sociales mag.*, oct. 1999, p. 66.

« Un accord atypique n'est pas un accord collectif », *Liaisons Sociale mag.*, nov. 1998, p. 58.

« Quelques questions autour de la loi Aubry I », *Dr. soc.* 1998, p. 764.

« Du collectif à l'individuel : les oppositions possibles », *Dr. soc.* 1998, p. 347.

« De l'ANI du 31 octobre 1995 à la loi Aubry de 1998 », *Dr. soc.* 1998, p. 312.

« Les accords sur le temps de travail », *Dr. soc.* 1988, p. 99.

« Droit du travail et règles morales », in *Éthique, déontologie et gestion de l'entreprise*, sous la direction de H. DE LA BRUSLERIE, *Économica*, 1992, p. 95.

REHFELD (U.),

« La représentativité : dimensions politiques et historiques du débat théorique », *Chronique internationale de l'IRES*, n°66, sept. 2000, p. 120.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

« Moins de syndicats et moins de syndiqués », *Chron. int. IRES* 1998, n°50, p. 34.

REMY (P.),

« Représentation dans la négociation collective, les limites du principe majoritaire », *Dr. ouvrier* 1999, p. 269.

« La décentralisation de la négociation collective en Allemagne sous l'angle de la représentation », *Dr. soc.* 1997, p. 1015.

RENNES (P.),

« Pour une histoire du droit en matière de représentativité », *Le peuple* n°1529, 14 juin 2000, p. 31.

RENET (Th.),

« L'ordre public dans les relations de travail », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, sous la coordination de Th. RENET, Dalloz, 1996, p. 43.

REYNAUD (J.-D.),

« La classification, quelques réflexions », *Travail et Emploi* 1988, n° 38, p.14.

RIPERT (G.),

« L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Études GENY*, tome II, 1934, p. 347.

« Abus ou relativité des droits. À propos de l'ouvrage de monsieur Josserand », *Rev. Crit.*, 1929, p.33.

RIVERO (J.),

« Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *D.* 1972, chron., p. 265.

« Syndicalisme et pouvoir démocratique », *Dr. soc.* 1965, p. 166.

« La convention collective et le droit public français », *Revue économie* 1951, p. 21.

Bibliographie

ROBINEAU (Y.),

« Rapport relatif à la loi et à la négociation collective », *Liaisons sociales*, 8 juillet 1997, p.15.

ROCARD (M.),

« Un avenir négocié », *Dr. soc.* 1988, p. 129.

RODIERE (P.),

« L'émergence d'un nouveau cadre de négociation collective », *SSL* 2003, n° 1125, p. 6 ; *JSL*, n° 125, p. 14.

« Accord d'entreprise et convention de branche ou interprofessionnelle. Négociation indépendante, subordonnée, articulée ? », *Dr. soc.* 1982, p. 711.

RODRIGUEZ-PINERO (M.), CRUZ VILLALON (J.),

« La legge spagnola sulla liberta sindacale », *Gior. Di. Dir. Lav. Rel. Ind.* 1987, n° 33, p. 87.

ROSANVALLON (P.),

« Le nouveau travail de la représentation », *Revue Esprit*, février 1998, p. 41.

ROTSCHILD-SOURIAC (M.-A.),

« Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique », *Dr. soc.* 1997, p. 1061.

« Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs », *Dr. soc.* 1996, p. 395.

« Regards sur le référendum », *Liaisons sociales mag.*, 1993, p. 88.

« Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques », *Dr. soc.* 1991, p. 491.

« Les incertitudes juridiques de la négociation d'entreprise : quelques illustrations », *Dr. soc.* 1988, p. 731.

ROUAST (A.),

« Nature et efficacité de la convention collective de travail », *Dr. soc.* 1960, p. 639.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

ROY-LOUSTAUNAU (Cl.),

« La convention collective ne peut déroger aux cas de recours au contrat à durée déterminée », *Dr. soc.* 1998, p. 110.

ROZES (L.),

« Remarques sur l'ordre public en droit du travail », *Dr. soc.* 1977, p. 311.

ROZET (J.-P.),

« Règles de négociation et de représentativité », *Le peuple* n°1529, 14 juin 2000, p. 29.

SAGLIO (J.),

« Les négociations de branche et l'unité du système français de relations professionnelles : le cas des négociations de classification », *Dr. soc.* 1987, p. 20.

SALVAGE (P.),

La compétence du délégué syndical, *Dr. soc.* 1976, p. 397.

SARAMITO (F.),

« À la recherche d'une majorité dans la négociation collective », *Dr. ouvrier* 2000, p. 428.

« Les accords dérogatoires », *Dr. ouvrier* 1990, p. 253.

« Évolution du droit du travail à la suite du mouvement revendicatif », *Dr. ouvrier* 1969, p. 77.

« Les dispositions de l'ordonnance du 27 septembre 1967 sur les conventions collectives », *Dr. ouvrier* 1968, p. 158.

SARFATI (J.-J.),

« Faut-il réformer la notion de représentativité syndicale après l'arrêt rendu le 18 juillet 2000 par la Cour de Cassation ? », *Petites affiches*, n°150, 30 juillet 2001, p. 16.

SACHS-DURAND (C.),

« La légitimité syndicale dans l'entreprise », *Dr. ouvrier* 1993, p. 39.

Bibliographie

SAUVE (J.-M.),

« La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes », *Dr. soc.* 2010, p. 489.

SAVATIER (J.),

« L'organisation de la représentation syndicale dans les groupes de sociétés », *Dr. soc.* 2001, p. 498.

« Les accords collectifs conclus par des salariés expressément mandatés », *Dr. soc.* 1998, p. 330.

« L'interdiction des décisions unilatérales de l'employeur au cours de la négociation annuelle obligatoire d'entreprise », *Dr. soc.* 1995, p. 43.

« La distinction du statut collectif et du contrat de travail », *Dr. soc.* 1995, p. 234.

« Les transformations de la fonction représentative des syndicats », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz 1989, p. 179.

« Les accords collectifs d'intéressement et de participation », *Dr. soc.* 1988, p. 89.

« Accords d'entreprises atypiques », *Dr. soc.* 1985, p. 188.

« La "révolution" de mai et le droit du travail », *Dr. soc.* 1968, p. 438.

« Espèces et variétés dans la famille des accords collectifs », *Dr. soc.* 1960, p. 598.

SAVATIER (R.),

« Accord et usage d'entreprise », *RJS* 1995, p. 231.

SAURET (A.),

« Les aspects innovants des lois Fillon I portant réforme de la négociation collective en matière de licenciement économique et Fillon II relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi », *Petites affiches* n° 232 du 20 nov. 2003, p. 5.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

SCHMIDT (D.),

« Prolégomènes », *Bull. Joly Sociétés*, 2004, p. 469.

« De l'intérêt social », *JCP E*, 1995, I, p. 488.

« De l'intérêt commun des associés », *RDBB* 1994, p. 204.

« La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ.*, 1974, p. 72.

SEGUIN (Ph.),

« Rôle et réalité de la négociation d'entreprise dans les relations sociales d'aujourd'hui », *Dr. soc.* 1988, p. 2.

SIHOL (B.),

« Branche et entreprise dans le nouveau droit de la négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 935.

SINAY (H.),

« Le degré d'intensité de la présence syndicale dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1969, p. 447.

SIWECK (J.-L.),

« Le dialogue social au niveau communautaire : d'où vient-on, où en est-on ? », *Rev. Marché commun*, n° 427, Avril 1999, p.230.

SOUBIE (R.),

« Quelques observations sur les accords "donnant-donnant" », *Dr. soc.* 1985, p. 614.

« L'obligation de négocier et sa sanction », *Dr. soc.* 1983, p. 55.

« La négociation collective : chances et risques de la réforme en cours », *Dr. soc.* 1982, p. 280.

SOULIER (P.),

« Le bilan de la loi du 31 décembre 1992 », *Liaisons sociales* 1996, C1, n°18.

« La révision des conventions et accords, de l'inopposabilité à l'opposition », *Dr. trav.* 1994, hors série, p. 47.

« L'objet de la négociation », *Dr. soc.* 1990, p. 596.

Bibliographie

SOURIAC-ROTCILD (M.-A.),

« L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.* 2004, p. 579

« Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », *Dr. soc.* 1997, p. 1061.

« Regards sur le référendum », *Liaisons sociales mensuel*, décembre 1993, p. 88.

SPYROPOULOS (G.),

« Le droit du travail à la recherche de nouveaux objectifs », *Dr. soc.* 2002, p. 391.

« Les relations professionnelles dans le tourbillon de la mondialisation », *Dr. soc.* 1999, p. 230.

SUPIOT (A.),

« La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *Dr. soc.* 2010, p. 525.

« Justice sociale et libéralisation du commerce international », *Dr. soc.* 2009, p. 131.

« Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003, p. 59.

« Du bon usage des lois en matière d'emploi », *Dr. soc.* 1997, p. 229.

« La réglementation patronale de l'entreprise », *Dr. soc.* 1992, p. 295.

« Le progrès des lumières dans l'entreprise », in *Les transformations du droit du travail*, études offertes à G. LYON-CAEN, Dalloz, 1989, p. 463.

« Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.* 1989, p. 195.

« Les accords préélectoraux », *Dr. soc.* 1988, p. 115.

« Actualité de Durkheim. Notes sur le néo-corporatisme en France », *Dr. et société* 1987, p. 175.

« Les syndicats et la négociation collective », *Dr. soc.* 1983, p. 63.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

« La négociation collective : chances et risques de la réforme », *Dr. soc.* 1982, p. 280.

« La réduction conventionnelle de la durée du travail », *Dr. soc.* 1981, p. 648.

SZUBERT (V.),

« Rapports du droit du travail et de la politique sociale », in *Études de droit du travail offertes à A. BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 555.

TARDY (A.),

« Paritarisme et institutions de formation professionnelle continue », *Dr. soc.* 1995, p. 914.

TEISSIE (B.),

« Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe », *Dr. soc.* 2005, p. 643.

« L'intérêt de l'entreprise, aspects du droit du travail », *D.* 2004, chron., p. 1680.

« La négociation d'accords collectifs par des représentants du personnel ou des salariés mandatés », *D.* 2004, p. 2383.

« Les conventions et accords collectifs de groupe », *LPA* 2004, n° 97, p. 59.

« À propos de la négociation collective d'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 575.

« Propos autour d'un projet d'autodafé », *Dr. soc.* 1986, p. 559.

« La négociation collective. Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 », *JCP CI* 1983, n° 14056, p. 511.

TEISSIER (A.),

« La clause de non-concurrence en droit du travail : loyauté renforcée ou forcée », *JCP S*, 2005, n°5, p. 11.

TISSANDIER (H.),

« L'articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes », *Dr. soc.* 1997, p. 1045.

Bibliographie

THIEBAULT (H.),

« La négociation collective, l'expérience Allemande », *Dr. soc.* 1990, p. 647.

TREBULLE (F.-G.),

« Stakeholders Theory et droit des sociétés », première partie, *Bulletin Joly Sociétés*, 2006 n° 12, p. 1337 et seconde partie, *Bulletin Joly Sociétés*, 2007 n° 1, p. 7.

TRIGEAUD (J.-M.),

« Justice et fidélité dans les contrats », *Arch. Phil. Dr.* vol. 28, 1983, Sirey, p. 207.

TUCHSZIRER (C.), VINCENT (C.),

« Une représentativité syndicale dopée par la reprise du dialogue social », *Chron. int. IRES*, n° 66, septembre 2000, p. 72.

VACHET (G.),

« L'articulation entre accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté ? », *Dr. soc.* 2009 p. 896.

« La fonction organisationnelle de la convention collective », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à Jean PELISSIER*, Dalloz 2004, p. 559.

« La réforme de la négociation collective », *JCP E*, 2004, commentaires, n°1245, p.1332.

« La révision des conventions et accords collectifs », *Dr. soc.* 1993, p. 134.

« L'interprétation des conventions collectives », *JCP E* 1992, I, 186.

« Les accords atypiques », *Dr. soc.* 1990, p. 621.

VAGNER (F.),

« Ouvrir le champ de la coopération syndicale », *Le peuple*, n°1529, 14 juin 2000, p. 27.

VAN OMMESLAGHE (P.),

« La bonne foi », Rapport général, *Travaux de l'association Henri CAPITANT*, Tome XLIII, Litec, 1992, p. 25.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

VATINET (R.),

« L'expression des salariés », in *Les transformations du droit du travail*, études offertes à G. LYON-CAEN, Dalloz, 1989, p. 395.

VEDEL (G.),

« Démocratie politique, démocratie économique, démocratie sociale », *Dr. soc.* 1947, p. 45.

VERDIER (J.-M.),

« Critères de la représentativité syndicale : recomposition et contrôle du juge de cassation ? », *Dr. soc.* 2003, p. 298.

« Négocier la représentation : quels agents, quels pouvoirs, quel statut ? », *Dr. soc.* 1997, p. 1040.

« Les syndicats français, problèmes et perspectives », in *Le syndicalisme contemporain et son avenir*, colloque international de LODZ, 1995, p. 9.

« Secret et principe du contradictoire : la liberté syndicale en question ? », *Dr. soc.* 1993, p. 886.

« Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales. Quelques réflexions, rappels, suggestions », *Dr. soc.* 1991, p. 5.

« Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales », *Dr. soc.* 1991, p. 5.

« La présence syndicale dans l'entreprise et la loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel », *Dr. soc.* 1983, p. 37.

« Négociation collective et représentativité syndicale. Du pluralisme intégral au pluralisme tempéré », in *Mélanges A. WEIL*, Dalloz-Sirey, 1983, p. 569.

« Les réformes et le droit syndical », *Dr. soc.* 1982, p. 291.

« Pluralisme syndical et représentativité dans la pratique juridique française », in *Mélanges O. KAHN-FREUND*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1980, I. Relations industrielles, p. 301.

Bibliographie

« Sur les rapports entre la représentativité syndicale et la représentation élue du personnel dans l'entreprise », in *Études de droit du travail offertes à A. BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 263.

« Réalité, authenticité et représentativité syndicales », in *Études de droit du travail offertes à A. BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 571.

VERDIER (J.-M.), LANGLOIS (P.),

« Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *D.* 1972, chron., p. 253.

VERICEL (M.),

« Les substituts consensuels à l'accord collectif », *Dr. ouvrier* 1997, p. 509.

VERGE (P.),

« À la croisée de la loi et de la convention collective : l'arbitrage des griefs au Québec », in *Études de droit du travail offertes à A. BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 589.

VERKINDT (P.-Y.),

« L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale », *Dr. soc.* 2010, p. 519.

« Les conventions de forfait », *Dr. soc.* 2010, p. 387.

« L'entreprise » in *Les notions fondamentales du droit du travail*, sous la direction de Bernard TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2009, pp. 43 à 60.

« Les élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2009, p. 648.

« Une étrange équation : absence de quorum au premier tour des élections professionnelles = carence », *Dr. soc.* 2007, p.453.

« De la consultation à la négociation : Question de procédure », *Dr. soc.* 1998, p. 321.

VERPEAUX (M.),

« Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ont-ils encore un avenir ? », *D.* 2004, chron., p. 1537.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

« Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou les principes énoncés dans les lois de la République ? », 1^{re} partie, *LPA* du 14 juillet 1993, n° 84, p. 9.

WAQUET (Ph.),

« Contrat de travail et statut collectif », *RJS* 1994, p. 399.

« Un syndicaliste non salarié peut-il faire partie de la délégation syndicale à la négociation annuelle obligatoire dans l'entreprise ? », *Dr. soc.* 1994, p. 958.

« Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 1999, p. 383.

WELCMAN (R.),

« Le respect des avantages acquis dans les conventions collectives », *QPFS* 1973, p. 129.

NOTES, CONCLUSIONS, RAPPORTS ET OBSERVATIONS

ANTONMATTEI (P.-H.),

obs. sous Cass. crim. 28 mars 1995, *JCP G* 1996, I, p. 520, n° 22.

obs sous Cass. soc., 25 janv. 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 274.

AUDIT (B.),

obs. sous Cass. 1^{re} civ. 19 nov. 1985, *D.* 1986, IR, p. 286.

BAERBEROT,

chron. Cass. soc. 18 nov. 1998, *RJS* 1/99, décision du mois, n°81.

BALLET,

note sous Cass. ass. plén. 18 mars 1988, *Dr. ouvrier* 1988, p. 515.

BARTHELEMY (J.),

obs. sous Cass. soc. 18 nov. 1998, *Dr. soc.* 1999, p. 104.

Bibliographie

BIED-CHARRETON (M.),

note sous Cass. soc. 15 décembre 1995, *Dr. ouvrier* 1996, p. 245.

BLAISE (H.),

obs. sous Cass. soc. 10 juill. 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 976.

BOQUILLON (F.),

note sous CE 27 juill. 2001, *RJS* 01/02, n° 107.

BORENFREUND (G.),

obs. sous Cass. soc. 17 mars 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 513.

obs sous Cass. soc. 7 déc. 1995, *Dr. soc.* 1996, p. 434.

obs sous Cass. soc. 16 déc. 1992, *Dr. soc.* 1992, p. 285.

BOUILLOUX,

obs. sous Cass. soc. 15 mars 1995, *D.* 1995, Somm. 362.

BOUTITIE (L.),

note sous Cass. soc. 18 nov. 1998, *JCP G* 1999, II, n°10185.

BRETHER DE LA GRESSAYE,

note sous Cass. soc. 9 mars 1957, *D.* 1958, p. 91.

CAMERLYNCK (G.-H.),

note sous Cass. soc. 20 mars 1963, *JCP* 1963, II, n° 13357.

CHAMPEAUX (F.),

note sous Cass. soc. 14 avril 2010, n° 09-60426, *SSL* 2010, n° 1442, du 19 avril 2010.

CHAUCHARD,

note sous Cass. ass. plén. 18 mars 1988, *D.* 1989, p. 221.

CHAUNY (Y.),

concl. sous Cass. soc. 6 juill. 1994, *JCP G* 1995, II, n° 22365.

CHORIN (J.),

note sous Cass. soc. 17 juill. 1996, *EDF, JCP G*, 1997, n° 10, p. 111.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

COHEN (M.),

note sous Cass. soc. 8 nov. 1994, *Dr. soc.* 1995, p. 68.

CORRIGNAN-CARSIN,

note sous Cass. soc. 24 avr. 2001, *JCP E* 2001, p. 1582.

COURBE (P.),

note sous Cass. 1^{re} civ. 19 nov. 1985, *JCP* 1987 n° 20810.

COURSIER (Ph.),

obs. sous Cass. soc. 13 févr. 1996, *JCP E* 1996, I, p. 429.

COUTURIER (G.),

obs sous Cass. soc. 26 mai 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 886.

note sous Cass. soc. 19 mai 1998, *Dr. Soc.* 1998, p. 885.

note sous Cass. soc. 28 janv. 1998, *Dr. Soc.* 1998, p. 523.

obs sous Cass. soc., 19 nov. 1997, *Dr. soc.* 1998, p. 89.

obs. sous Cass. soc. 19 févr. 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 432.

DARMAISIN (S.),

obs sous Cass. soc. 26 mars 2002, *JCP E* 2002, p. 1764.

DEFOSSEZ (M.),

note sous Cass. soc. 25 févr. 1992, *D.*, 1992, 390.

DEL SOL (M.),

note sous Cass. soc. 15 juill. 1998, *JCP E* 1998, p. 181.

DESPAX (M.),

obs sous Cass. soc., 9 mars 1989, *Dr. soc.* 1989, p. 631.

DUBOEUF-HILD (V.),

note sous Cass. soc. 22 janv. 1998, *JCP E* 1998, p. 1974.

DUCOULOUX-FAVARD (C.),

note sous Cass. crim. 11 janv. 1996, *LPA* du 3 avril 1996, n° 41, p. 23.

Bibliographie

DUQUESNE (F.),

obs. sous Cass. soc. 21 mai 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 779.

note sous Cass. soc. 15 mai 2001, *JCP E* 2001, p. 1479.

note sous Cass. soc. 28 avr. 1994, *JCP E*, 1994, n° 22379.

FREYRIA (Ch.),

obs sous Cass. soc., 7 janv. 1988, *Dr. soc.* 1988, p. 466.

FROUIN (J.-Y.),

rapp. sous Cass. soc. 17 juin 1997, *RJS* 8-9/97, n° 990.

GOINEAU (J.),

note sous Cass. soc. 13 juill. 1988, *D.* 1989, somm. p. 202.

GRÉVY (E.),

note sous Cass. soc. 7 nov. 2006, *RDT* 2007, p. 189.

obs. sous Cass. Soc. 27 mai 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 757.

HAMON (L.),

note sous Cons. Const. 11 juill. 1963, *D.* 1964, p. 109.

HERBAUD,

obs sous Cass. soc. 8 déc. 1965, *Dr. soc.* 1966, p. 629.

HUET (A.),

note sous Cass. 1^{re} civ. 19 nov. 1985, *JDI* 1986, p. 719.

KEHRIG (M.),

note sous Cass. soc. 10 juill. 2002 (3 arrêts), *Gaz. Pal.*, 2002, n° 340, p. 9.

LAGARDE (B.),

obs sous Cass. soc. 23 mai 1973, 1^{ère} esp., *RCDIP* 1974, p. 354.

LANGLOIS (Ph.),

obs sous Cass. soc. 3 mars 1988, *D.* 1988, Somm. p. 324.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

LEQUETTE (Y.),

note sous Cass. 1^{re} civ. 19 nov. 1985, *RCDIP*, déc. 1986 p. 713.

LINDON,

note sous Cass. soc. 16 déc. 1960, *JCP G* 1961, II, 11977.

LYON-CAEN (A.),

note sous Cass. soc. 16 avr. 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 484.

note sous Cass. soc. 11 févr. 1985, *D.* 1985, inf. rap. p. 456.

LYON-CAEN (G.),

note sous Cass. soc. 30 nov. 1963, *D.* 1964, p. 139.

LYON-CAEN (P.),

concl. sous Cass. soc. 17 juill. 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 1049.

MASSE-DESSEN,

obs. sous Cass. soc. 17 juin 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 742.

MATSOPOULOU (H.),

note sous Cass. crim. 22 avr. 1992, *D.* 1995, n° 4, p. 59.

MOREAU-BOURLES,

note sous Cass. soc. 11 févr. 1985, *RCDIP* 1986, p. 47.

MORIN (M.-L.),

note sous Cass. soc. 26 mars 2002, *Dr. soc.* 2002, p. 620.

MORVAN (P.),

obs sous Cass. soc. 22 janv. 1998, *JCP E* 1998, chron., p. 1141.

MOUSSY (P.),

note sous Cass. soc. 10 juill. 1996, *Dr. ouvrier* 1996, p. 457.

NIBOYET-HAEG,

note sous Cass. soc. 11 févr. 1985, *RCDIP* 1986, p. 469.

Bibliographie

PERRUCHOT-TRIBOULET (V.),

note sous Cass. com. 11 févr. 2003, *LPA* du 17 septembre 2003, n° 186, p.3.

PHIBERT (A.),

note sous Cass. soc. 18 nov. 1997, *CSBP* 1998, 37 A.7.

obs sous CE 28 oct. 1988, *Dr. soc.* 1989, p. 237.

PICCA (G.), SAURET (A.),

note sous Cass. soc. 11 juin 2002, *LPA*, 24 juill. 2002, n° 147, p. 20.

PRETOT (X.),

note sous CE 08 juill. 1994, *RJS* 12/94, n° 1386.

comm. sous Cons. Const. 25 juill. 1989, *Dr. soc.* 1989, p. 627.

PREVAULT (J.),

note sous Cass. 1^{re} civ. 19 nov. 1985, *D.* 7 août 1986, n° 28.

PUIGELIER (C.),

note sous Cass. soc. 18 mai 1999, *JCP E* 2000, n°40.

RADE (Ch.),

note sous Cass. soc. 26 oct. 1999, *Dr. soc.* 2000, p. 381.

RAY (J.-E.),

obs sous Cass. soc. 22 janv. 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 292.

obs sous Cass. soc. 1^{er} avr. 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 646.

obs sous Cass. soc. 7 juin 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 835.

obs sous Cass. soc. 21 janv. 1987, *Dr. soc.* 1987, p. 426.

RENUCCI (J.-F.),

note sous Cass. crim. 6 févr. 1997, *D.* 1997, Jur. p. 334.

ROTSCHILD-SOURIAC (M.-A.),

note sous Cass. soc. 10 oct. 2007, *RDT* 2008, p. 188.

note sous Cass. soc. 12 oct. 2006, *RDT* 2007, p. 186.

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

obs. sous Cass. soc. 18 nov. 1997, *D.* 1998, somm. comm. 260.

obs. sous TGI Paris 6 mars 1989, *D.* 1990, Somm. Comm. 166.

obs sous Cass. soc. 9 juill. 1996, *D.* 1998, somm. comm., p. 258.

SAVATIER (J.),

obs. sous Cass. soc. 15 déc. 2004, *Dr. soc.* 2005, p. 348.

obs. sous Cass Ass plén, 6 nov. 1998, *Dr. soc.* 1999, p. 94.

obs sous Cass. soc. 5 mai 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 726.

obs. sous Cass. soc. 19 nov. 1997, *Dr. soc.* 1998, p. 14.

obs sous Cass. soc., 18 mars 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 544.

obs sous Cass. soc. 5 janv. 1994, *Dr. soc.* 1995, p. 193.

obs sous Cass. soc. 20 juil. 1983, *Dr. soc.* 1983, p. 77.

obs. sous Cass. ass. plén., 2 déc. 1977, *Dr. soc.* 1978, p. 131.

obs sous Cass. soc. 2 mai 1973, *Dr. soc.* 1974, p. 147.

obs. sous Cass. soc. 14 févr. 1973, *Dr. soc.* 1973, p. 381.

note sous Cass. soc. 12 févr. 1970, *Dr. soc.* 1970, p. 233.

obs sous Cass. soc. 20 mars 1963, *Dr. soc.* 1963, p. 419.

obs. sous Cass. 2^o civ. 15 mars 1962, *Dr. soc.* 1962, p. 626.

obs sous Cass. soc., 11 janv. 1962, *Dr. soc.* 1962, p. 290.

obs sous CE 17 juin 1960, *Dr. soc.* 1961, p. 170.

obs sous Cass. soc. 7 juill. 1983, *Dr. soc.* 1984, p. 86.

TEYSSIE (B.),

obs sous Cass. soc. 5 nov. 1986, *JCP E* 1987, I, 16192, n° 4.

obs sous Cass. soc. 23 juin 1983, *JCP E* 1984, I, n°13087, p. 38.

TEYSSIE (B.), DESCOTTE,

obs sous Cass. soc. 5 janv. 1978, *JCP CI* 1978, I, n°7087.

Bibliographie

TOURREIL (J.-E.),

note sous Cass. soc. 10 oct. 2007, *JSL* 2007, n° 222, p. 20.

note sous Cass. soc. 12 oct. 2006, *JSL* 2006, n° 199, p. 13.

TRICOT,

rapp. sous Cass. ass. plén., 20 mars 1992, *Dr. soc.* 1992, p. 360.

VACHET (G.),

note sous Cass. soc. 13 févr. 1996, *JCP E* 1996, II, 898.

note sous Cass. ass. plén., 20 mars 1992, *JCP E* 1992, II, 324.

VERDIER (J.-M.),

note sous Cass. soc. 27 mai 1997, *D.* 1997, jsp., p. 416.

note sous Cass. soc. 12 janvier 1993 et Cass. soc. 4 mai 1993, *Dr. soc.* 1993, p. 869.

VERKINDT (P.-Y.),

obs sous Cass. soc. 20 déc. 2006, *Dr. soc.* 2007, p. 457.

note sous Cass. soc. 7 nov. 2006, *Dr. soc.* 2007, p. 117.

obs sous Cass. soc. 22 juin 2005, *Dr. soc.* 2005, p. 1062.

WAQUET (P.),

obs sous Cass. soc. 3 nov. 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 1101.

note sous Cass. soc. 16 avr. 1996, *RJS* 1996, n° 560, p. 311.

rapp. sous Cass. soc. 20 nov. 1991, *Dr. soc.* 1992, p.53.

rapp. sous Cass. soc. 19 déc. 1990, *Dr. soc.* 1990, p. 267.

INDEX ANALYTIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

- Abus de droit**, 495 à 505
- Accord atypique**, 250, 256, 271, 272, 541
et s., 586
- Accord de branche**, 18,19, 140, 147, 231,
265, 270 et s., 426 et s.
- Accord de groupe**, 433 et s.
- Accord national interprofessionnel**, 3, 16,
57, 147, 231, 306 et s., 393
- Ancienneté**, 50, 65 et s., 182 à 185
- Articulation des normes**, 14, 372 et s.
- Audience**, 24, 28, 67 et s., 73 et s., 85 et s.,
114, 118, 129, 157 et s., 183, 186 et s.,
198, 205 à 207
- Autonomie collective**, 48, 292 et s., 307,
325

C

- Capacité à représenter**, 34, 36, 92, 111 et
s., 123 et s., 151, 181, 190, 216 et s.
- Comparaison analytique**, 404 à 409
- Comparaison objective**, 407 à 409
- Concertation**, 2 et s., 147, 314 et s.
- Consultation directe**, 224, 246 et s.
- Cotisations**, 65, 68, 76,78, 86, 90, 184

D

- Décisions unilatérales**, 566 et s.
- Démocratie sociale**, 3, 30, 38 et s., 61, 287
- Devoirs moraux**, 449 et s., 454 et s.

E

- Effectifs**, 27, 65 et s., 70 et s., 86 et s., 181,
185
- Efficacité**, 17, 22, 221 et s., 289 et s., 364,
598
- Électorat de référence** (mesure de
l'audience et calcul du principe
majoritaire), 237 à 239
- Engagements Unilatéraux**, 250 et 251,
271, 566 et s.
- Effet *Erga Omnes***, 12, 58, 134 , 142 à 145

F

- Finalité organisationnelle**, 14 et s
- Finalité progressiste**, 9 et s., 191
- Finalité réglementaire**, 12 et 13
- Finalité sociale**, 10 et 11, 334

I

- Indépendance**, 66, 68, 75, 78, 114, 180 et
s.
- Influence**, 68 à 75, 118, 180 et s.
- Intérêt collectif**, 35, 49, 60, 93, 107, 110,
124, 129, 219 et 220
- Intérêt de l'entreprise**, 7, 22, 327 à 349,
443, 504,602
- Invitation à négocier**, 530 à 547

L

- Légitimité**, 21, 25 à 29, 30 et s., 133, 151 à
154, 155 à 188, 216 et s., 286 à 288

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

Loi supplétive, 384

Loyauté, 290, 443 à 598

M

Majorité d'engagement, 18, 118, 139 à 141, 155, 218, 228 à 245

Majorité d'opposition, 18, 140 et 141, 155, 229 à 235, 265

Mandat, 104 à 106

Mandat représentatif, 107 à 110

Mandatement syndical, 147, 267 à 283

Morale universelle, 450 à 453

N

Négociation organisationnelle, 14 à 16 (définition), 95, 131 à 133, 149 et 150, 219 et s., 289, 355, 356

Négociations séparées, 589 à 594

O

Obligation d'information, 471, 548 à 564

Ordre public, 309 et 310, 355, 374

Ordre public dérogatoire, 375, 383 à 385

Ordre public social, 10 à 13, 22, 291, 371, 377 à 383, 441

Organisations les plus représentatives, 34, 36, 39, 48, 49 à 60, 61 à 64, 66, 81, 83 à 93, 196

P

Pluralisme syndical, 35 à 37, 163, 190

Présomption de représentativité, 29, 31, 47, 87, 127, 134 à 141, 179, 190, 192, 196 à 201, 286 à 288

Principe de concordance, 114 à 116, 124, 193 à 195

Principe de faveur, 9 à 11, 14, 20 à 24, 291, 363 à 367, 372 et 373, 392 et 393, 394 à 423 (nature juridique), 424 à 438 (champ d'application), 441

Principe fondamental reconnu par les lois de la république, 414 à 419, 420 à 423

Principe majoritaire, 18, 119, 140, 223, 226 et 227, 228 à 245, 284 à 288

R

Référendum, 248 à 283

Référendum consultatif, 249 à 253

Référendum de ratification, 254 à 266

Représentation syndicale, 32 et 33, 81, 94, 98 à 111

Représentation dans la négociation collective, 217 à 227

Représentativité,

Notion, 34 à 60

Critères, 61 à 82

Vérification périodique, 189 et s., 202 à 207

Représentativité électorale, 157 à 188, 159 à 178 (Espagne)

Respect des valeurs républicaines, 180, 184 à 186, 214, 241, 537

S

Scrutin de référence (mesure de l'audience et calcul du principe majoritaire), 240 à 245

Section syndicale, 95, 107, 109, 122, 127 à 130

Index

T

Thèses matérialiste et personnaliste de l'entreprise, 329 à 331
Thèse réaliste de l'entreprise, 332 à 337
Transparence financière, 184 et 185

U

Unicité de signature, 21, 133, 136 à 141
Urgence, 312, 317 et 318, 322 à 324, 472, 568, 572, 588

TABLE DES MATIERES

<i>Introduction générale</i>	13
I. La finalité progressiste du droit de la négociation collective	22
A. La finalité sociale du droit de la négociation collective	23
B. La finalité réglementaire du droit de la négociation collective	24
II. La finalité organisationnelle du droit de la négociation collective.....	27
A. La notion de négociation organisationnelle.....	29
B. Les incidences de la finalité organisationnelle sur le droit de la négociation collective	32
PREMIÈRE PARTIE : NEGOCIATION ORGANISATIONNELLE ET RENOUVELLEMENT DE LA LEGITIMITE DES ACCORDS COLLECTIFS	39
TITRE 1 : L'INSUFFISANCE DE LA REPRESENTATIVITE SYNDICALE CLASSIQUE POUR LEGITIMER LES ACCORDS ORGANISATIONNELS	43
<i>Chapitre 1 : Un concept créé pour la représentation nationale des salariés</i>	45
Section 1 : Un outil de sélection des organisations syndicales nationales les plus légitimes	45
I. Une limite au pluralisme syndical.....	46
II. Un élément de la démocratie sociale.....	47
A. La notion de démocratie sociale	48
B. Le rôle de la représentativité syndicale dans la démocratie sociale	53
1. La désignation des représentants non gouvernementaux de l'OIT.....	54
2. La participation aux organismes consultatifs	58
3. La gestion paritaire d'institutions sociales	60
4. La négociation et la conclusion d'accords nationaux.....	64
Section 2 : Des critères de sélection pertinents pour la représentation nationale	68
I. L'élaboration des critères permettant la sélection des organisations les plus représentatives.	70
A. Des critères façonnés par l'administration	71
B. Des critères complétés par les juges	76
1. Les critères primaires.....	77
2. Les critères secondaires	82
II. Le cadre d'application privilégié des critères de représentativité	85
A. Le cadre interprofessionnel	86
B. La branche d'activité.....	91
Conclusion du chapitre 1 :.....	94
<i>Chapitre 2 : Un concept inadapté à la représentation des salariés dans la négociation d'entreprise</i>	97
Section 1 : Une discordance entre représentativité syndicale et capacité réelle à représenter les salariés ...	98
I. Deux concepts indissociables.....	99
A. La fonction de représentation	99
1. La représentation du syndicat	100
2. La représentation par ricochet des travailleurs.....	106

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

B. La représentativité, une qualité nécessaire à la représentation	109
1. Une qualité nécessaire à la représentation de l'intérêt collectif.....	110
2. Une qualité insuffisante pour la représentation liée à la négociation.....	113
II. L'implantation syndicale dans l'entreprise, cause de séparation de ces concepts	117
A. La consécration légale de la représentativité par affiliation	118
B. La consécration jurisprudentielle de la section syndicale sans adhérent	122
Section 2 : Une discordance incompatible avec la négociation organisationnelle.....	128
I. La possibilité pour un syndicat représentatif de signer seul un accord applicable à tous les salariés	130
A. Le principe de l'unicité de signature.....	132
B. L'effet <i>erga omnes</i>	139
II. La possibilité pour un syndicat représentatif de signer seul un accord dérogatoire ou "donnant-donnant".....	145
A. Évolution de la finalité de la négociation collective	145
B. Évolution du contenu de la négociation collective.....	150
Conclusion du chapitre 2 :	153
Conclusion du titre 1 :.....	155
TITRE 2 : L'INSTITUTION D'UNE DOUBLE VERIFICATION DE LA LEGITIMITE DES ACCORDS ORGANISATIONNELS	157
<i>Chapitre 1 : La vérification a priori de la capacité représentative des organisations syndicales.</i>	159
Section 1 : L'élaboration d'une représentativité plus démocratique	159
I. Le rejet d'une représentativité strictement électorale	159
A. Le modèle de la représentativité électorale espagnole	160
1. Organisations les plus représentatives et simplement représentatives	161
a. Les organisations syndicales les plus représentatives.....	162
b. Les organisations syndicales simplement représentatives	164
2. Représentativité et négociation collective	165
a. La légitimation initiale	165
b. La composition des commissions de négociation.....	167
B. L'impossible transposition du modèle de représentativité espagnol à la France.....	170
II. Le choix d'une représentativité essentiellement électorale	174
A. Les orientations envisageables.....	174
B. L'orientation choisie par les partenaires sociaux	179
1. La mise à jour des critères de représentativité.....	179
2. La place centrale de l'audience	181
Section 2 : Le contrôle périodique de la représentativité syndicale.....	184
I. L'acquisition de la représentativité.....	189
A. L'application du principe de concordance	190
B. Le maintien d'une présomption simple.....	193
II. L'entretien de la représentativité.....	197
A. Le rejet d'une représentativité définitive	197
1. La vérification périodique de l'audience	197
2. La modification des règles relatives à la reconnaissance des organisations représentatives..	198
B. La réservation de certains avantages conventionnels aux membres des organisations signataires	200

Conclusion du chapitre 1 :	202
<i>Chapitre 2 : La vérification a posteriori de la capacité à engager des organisations syndicales.</i> 205	
Section 1 : La généralisation de la règle de conclusion majoritaire des accords collectifs	206
I. Une représentation hybride entre représentation d'intérêts et représentation de personnes	207
A. La nature juridique de la représentation dans la négociation collective	208
B. L'efficacité de la représentation des salariés dans la négociation collective	212
1. Développer l'implication des salariés	212
2. Permettre l'établissement de liens forts entre représentants et représentés	214
II. Une représentation nécessitant une majorité d'engagement	216
A. Le rejet de la majorité d'opposition.....	217
1. L'échec d'une majorité d'engagement optionnelle	218
2. La majorité d'engagement imposée	220
B. La dimension électorale de la majorité d'engagement.....	222
1. L'électorat de référence	222
2. Le scrutin de référence.....	224
Section 2 : L'utilisation complémentaire de la consultation directe des salariés	228
I. Le référendum comme complément de la représentation majoritaire.....	230
A. Le recours au référendum consultatif	230
1. Référendum consultatif et engagements unilatéraux.....	231
2. Référendum consultatif et négociation collective	233
B. L'encadrement du référendum de ratification.....	234
1. La multiplication des cas de recours	234
a. Les cas de recours légaux	235
b. Les cas de recours conventionnels.....	238
2. La consécration par la loi du 4 mai 2004	240
II. Le référendum comme palliatif à l'absence de représentation : le mandatement syndical.....	242
A. L'encadrement du mandatement par les organisations syndicales	243
1. L'absence de toute représentation.....	244
2. La suppression de l'autorisation par un accord de branche étendu	245
3. L'existence d'un mandat exprès	246
B. La validation de l'accord par la majorité des salariés	249
1. Les conditions générales applicables à la consultation des salariés	249
2. Les conditions spéciales applicables au mandatement.....	250
Conclusion du chapitre 2 :	252
Conclusion du titre 2 :	253
Conclusion de la première partie :	255

SECONDE PARTIE : NEGOCIATION ORGANISATIONNELLE ET RENOUVELLEMENT DE L'EFFICACITE DES ACCORDS COLLECTIFS 257

TITRE I : UNE NEGOCIATION COLLECTIVE PLUS AUTONOME	259
<i>Chapitre 1 : L'autonomie et la complémentarité du droit négocié.....</i>	261
Section 1 : La complémentarité entre accords collectifs et législation.....	262
I. La complémentarité inspirée par la Constitution.....	263
A. La négociation collective dans l'élaboration des lois sociales.....	264

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

B. La négociation collective dans la mise en œuvre des lois sociales.....	265
II. La complémentarité organisée par la loi	266
A. L'évolution des revendications des partenaires sociaux	266
1. L'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 relatif à la politique contractuelle	267
2. La position commune du 16 juillet 2001	268
B. L'adoption de la loi du 31 janvier 2007	270
1. Les acteurs de la concertation.....	274
2. Les textes concernés par la concertation	275
3. L'exception de l'urgence.....	276
Section 2 : L'autonomie accrue de l'accord d'entreprise	277
I. Le nouveau référentiel de la négociation d'entreprise : l'intérêt de l'entreprise.....	278
A. De la notion d'entreprise.	279
1. Le rejet des thèses matérialiste et personnaliste de l'entreprise.....	279
2. L'adoption de la thèse réaliste.....	280
B. ...À l'intérêt de l'entreprise	282
1. Des intérêts a priori divergents.....	283
2. Des intérêts a posteriori convergents.....	285
II. Le renouvellement du régime juridique de l'accord d'entreprise	289
A. Le rejet d'un accord d'entreprise d'exception	291
B. Le renforcement de l'encadrement de l'accord d'entreprise	293
1. Des modalités de conclusion plus strictes	294
2. Des nouvelles règles d'articulation avec les autres normes.....	295
3. Des accords à durée déterminée	297
Conclusion du chapitre 1 :	298
<i>Chapitre 2 : L'autonomie du droit négocié encadrée par l'ordre public social et le principe de</i>	
<i>faveur.....</i>	<i>301</i>
Section 1 : Le maintien des dispositions d'ordre public.....	302
I. Le développement de "l'ordre public dérogatoire".....	303
A. La détermination de l'ordre public en droit du travail	303
B. L'exclusion de "l'ordre public dérogatoire" et le développement des lois supplétives	307
II. Le retrait du législateur dans l'élaboration du droit du travail.....	309
Section 2 : Le maintien du principe de faveur.....	313
I. Un principe essentiel du droit du travail aux fondements fragiles	314
A. Un principe d'articulation des normes	315
1. Le principe de faveur et la création des normes sociales	315
2. Le principe de faveur et l'application des normes sociales	316
a. Détermination des concours soumis au principe de faveur	317
b. Comparaison des avantages concurrents.....	318
α. Une comparaison analytique.....	319
β. Une comparaison objective au regard de l'intérêt de l'ensemble des bénéficiaires	321
B. Un principe de portée incertaine	322
1. La qualification jurisprudentielle de Principe Général du Droit.....	323
2. La possible reconnaissance d'un Principe Fondamental Reconnu par les Lois de la République	328
.....	328

II. Un principe essentiel au champ d'application limité	330
A. L'articulation entre les accords de branche et les accords couvrant un champ territorial et professionnel plus large	331
B. L'articulation entre les accords de branche et les accords d'entreprise	332
C. L'articulation entre accords de groupe, accords d'entreprise et accords de branche ou interprofessionnels	335
1. Articulation entre accord de groupe et accord d'entreprise.....	336
2. Articulation entre accord de groupe et accord de branche ou interprofessionnel.....	337
Conclusion du chapitre 2 :.....	338
Conclusion du titre 1 :	341
TITRE 2 : UNE NEGOCIATION COLLECTIVE PLUS LOYALE.....	343
<i>Chapitre 1 : La découverte d'un principe général de loyauté dans le droit de la négociation collective</i>	345
Section 1 : Un principe général du droit porteur d'une valeur morale universelle.....	345
I. La loyauté, un principe permanent et transcendant	346
A. Une valeur morale universelle.....	346
B. Une source de devoirs moraux	348
II. La loyauté, un principe général.....	350
A. Généralité des manifestations de la loyauté.....	350
1. La loyauté dans les relations de faible altérité	351
2. La loyauté dans les relations de forte altérité.....	352
B. Généralité de la notion de loyauté	354
1. Ne pas tromper.....	354
2. Adopter une attitude active et constructive dans la négociation.....	355
3. Ne pas chercher à se soustraire à ses obligations	356
4. Être tolérant en cas d'inexécution non fautive	357
Section 2 : Un principe reconnu par le juge dans l'exécution des accords collectifs	359
I. Une lecture stricte du principe de loyauté	360
A. L'interdiction de se soustraire à ses engagements	360
1. Reconnaissance dans l'arrêt Case France (1997).....	361
2. Interrogation suite à l'arrêt Briou (1998).....	364
B. L'interdiction d'abuser de ses droits.....	366
1. Complémentarité entre loyauté et abus de droit.....	366
2. Équivalence entre loyauté et abus de droit.....	370
II. Une lecture potentiellement extensive du principe de loyauté.....	372
A. L'obligation d'exécuter utilement les conventions et accords collectifs	372
1. Loyauté et interprétation des engagements obscurs	373
2. Loyauté et détermination des obligations accessoires.....	376
B. L'obligation de réviser les conventions ou accords à l'exécution compromise	377
Conclusion du chapitre 1 :.....	381
<i>Chapitre 2 : L'application du principe général de loyauté à l'ensemble du processus de négociation</i>	383
Section 1 : La loyauté dans la préparation de la négociation	383
I. L'obligation d'inviter les acteurs de la négociation	384

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

A. L'invitation de toutes les organisations syndicales représentatives	384
B. L'invitation des seules organisations syndicales représentatives	388
1. L'exclusion des accords atypiques	389
2. L'exclusion des organisations syndicales affiliées à une même confédération	391
II. L'obligation "pré-conventionnelle" d'information	394
A. La mise en œuvre de l'obligation d'information.....	395
B. La portée de l'obligation d'information	397
1. Pertinence de l'information	397
2. Sincérité de l'information.....	399
Section 2 : La loyauté dans le déroulement de la négociation.....	401
I. L'interdiction des décisions unilatérales.....	401
A. Une interdiction générale.....	402
1. L'application à toute négociation d'entreprise	402
2. L'application à tout niveau de négociation.....	403
B. Une interdiction couvrant toute la durée de la négociation	404
1. De l'ouverture des négociations	405
2. ... à la clôture des négociations.....	406
C. Une interdiction visant certaines décisions unilatérales	407
1. Interdiction de toute mesure unilatérale imposant le choix de l'employeur	408
2. Interdiction de dénoncer un accord portant sur l'un des thèmes de la négociation.....	409
3. Interdiction de toute consultation portant atteinte à la négociation	409
II. L'interdiction des négociations séparées	412
A. La prohibition des discussions séparées au cours de la négociation	412
B. La prohibition des discussions séparées sur le projet d'accord soumis à la signature	413
Conclusion du chapitre 2 :	415
Conclusion du titre 2 :	415
<i>Conclusion de la seconde partie :</i>	417
Conclusion générale	419
<i>Bibliographie</i>	423
<i>Index analytique</i>	485
<i>Table des matières</i>	489

Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle

La négociation collective est une pratique apparue, en France, à l'aube du XX^e siècle. Elle compense au niveau collectif le déséquilibre entre employeur et salarié inhérent à tout contrat de travail individuel. L'essor de la pratique conventionnelle a conduit le législateur à élaborer un véritable droit de la négociation collective tendant à l'amélioration des conditions de vie et de travail des salariés.

Depuis 1982, la négociation collective a également pour finalité l'amélioration de l'organisation de l'entreprise et des relations de travail. Les accords collectifs organisationnels défendent des intérêts plus généraux tels que l'intérêt de l'entreprise ou de la société et non plus uniquement l'intérêt catégoriel des salariés. Ils peuvent ainsi créer des obligations à la charge des salariés ou contenir des dispositions qui leurs sont moins favorables.

Pour permettre aux accords organisationnels de développer pleinement leurs effets, le législateur a réformé les règles protectrices des salariés et autorisé les accords collectifs – notamment d'entreprise – à déroger, dans un sens moins favorable, à la loi ou à un accord supérieur.

Cette étude a pour objet de démontrer qu'une autre voie était possible. En effet, la consécration des accords organisationnels pouvait se réaliser sans porter atteinte aux règles protectrices des salariés, traditionnellement inhérentes au droit du travail. Néanmoins, le caractère potentiellement dérogatoire ou « donnant-donnant » des accords organisationnels obligeait à réformer les règles relatives à leur légitimité.

A new law of collective bargaining:

As the 20th century dawned in France collective bargaining emerged as a new practice. At mass-level it compensates the inequality between an employer and an employee in the power relationship which stems from any individual employment contract.

Following the development of that conventional practice lawmakers have established a new field of law concerning collective bargaining which aims at improving the working and living conditions of salaried workers. Since 1982, the aim of collective bargaining has been extended to cover the improvement of organization and relations on the workplace. Organizational collective agreements have come to defend (more) general interests such as the interest of a given company or of society and not only the interests of the different categories of salaried workers. These agreements can thus create duties for the employees or contain clauses which are less favourable to them.

In order for the organizational agreements to be fully effective law-makers have reformed the regulations which govern the protection of employees and in some cases even approved collective agreements -namely company agreements- which depart from the law or higher level agreement, and become less favourable.

This study will demonstrate that it was possible to act differently.

Indeed organizational agreements could have existed without infringing the protection of worker's rights, such as it is required by labour law. Nevertheless, the potentially less favourable character or quid pro quo principle of organizational agreements required reforming the rules relating their legitimacy.

Discipline: Droit privé

Mots clés:

Négociation organisationnelle – conventions et accords collectifs du travail – légitimité – représentativité – audience – représentation – accords organisationnels – intérêt de l'entreprise – intérêt des salariés – démocratie sociale – syndicats – principe majoritaire – référendum – autonomie collective – articulation fonctionnelle des normes – ordre public social – principe de faveur – principe généraux du droit du travail – loyauté –

École doctorale n° 74, Université de Lille 2, Droit et Santé, BP 629, 59024 Lille Cedex