



L'acteur.trice syndical.e salarié.e de l'entreprise

Nicolas Cognet

► To cite this version:

Nicolas Cognet. L'acteur.trice syndical.e salarié.e de l'entreprise. Droit. Université de Lyon, 2019. Français. NNT : 2019LYSE2092 . tel-02499872

HAL Id: tel-02499872

<https://theses.hal.science/tel-02499872>

Submitted on 5 Mar 2020

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.



N° d'ordre NNT : 2019LYSE2092

THESE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

Opérée au sein de

L'UNIVERSITÉ LUMIÈRE LYON 2

École Doctorale : ED 492 Droit

Discipline : Droit social

Soutenue publiquement le 18 novembre 2019, par :

Nicolas COGNET

L'acteur.trice syndical.e salarié.e de l'entreprise.

Devant le jury composé de :

Nicolas MOIZARD, Professeur des universités, Université de Strasbourg, Président

Sophie BEROUD, Professeure des universités, Université Lumière Lyon 2, Examinatrice

Emmanuel DOCKES, Professeur des universités, Université Paris Nanterre, Examineur

Florence DEBORD, Maître de conférences HDR, Université Lumière Lyon 2, Directrice de thèse

Contrat de diffusion

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

UNIVERSITÉ LUMIÈRE LYON 2

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (ED 492)

L'acteur.trice syndical.e salarié.e de l'entreprise.

Thèse pour le doctorat en droit privé.

Présentée et soutenue publiquement par

Nicolas COGNET

Le 18 novembre 2019.

Directrice de la recherche :

Madame Florence DEBORD, Maître de conférence à l'Université
Lumière Lyon 2, titulaire de l'Habilitation à diriger des recherches.

Membres du jury :

Madame Sophie BÉROUD, Professeure à l'Université Lumière Lyon 2,

Monsieur Emmanuel DOCKÈS, Professeur à l'Université Paris-Ouest
Nanterre La Défense,

Monsieur Nicolas MOIZARD, Professeur à l'Université de Strasbourg.

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

Note aux lecteur.trice.s : pour des raisons pratiques, l'écriture inclusive, adoptée pour le titre de cette thèse, n'a pas été reprise dans son corps.

Mes premiers remerciements reviennent à Madame Florence Debord qui, avec toute sa confiance et sa bienveillance, m'a accompagné tout au long de cette thèse. Sa disponibilité et ses précieux encouragements ont été déterminants dans la réalisation de mon travail. Je tiens à lui adresser ma sincère reconnaissance ainsi que mon profond respect.

J'adresse également mes remerciements au cabinet d'avocat Thierry Malardé, structure d'accueil dans le cadre du contrat CIFRE, aux membres du CERCRID, aux enseignants, aux chercheurs, aux personnels administratifs ainsi qu'à mes camarades doctorants.

Je tiens aussi à exprimer toute ma gratitude aux organisateurs et intervenants du séminaire d'écriture de Goutelas-en-Forez, notamment à Pierre-Emmanuel Berthier dont les lumières ont été salutaires pour la construction de mon plan. L'avancée de ma thèse doit beaucoup à cette riche expérience tant humaine qu'intellectuelle.

Je songe évidemment à ma très chère équipe de relecteurs : Antonin Cognet, Cédric Meurant, Clémentine Pérol, Glen Kergunteuil, Linxin He et Ilda Gunduz. J'adresse un remerciement tout particulier à Lise Rouanet et Marie Rascle pour leur amitié à toute épreuve, puisse l'avenir me donner l'occasion d'en être digne.

Enfin, merci à ma famille pour son soutien inestimable et à mes amis pour les débats moins scientifiques mais tout aussi enrichissants. À la musique, qui donne la force, à Bruce, qui montre le chemin, aux étoiles, qui l'ont éclairé.

À mes parents,

SOMMAIRE

INTRODUCTION	17
PARTIE I. L’AFFAIBLISSEMENT DE LA STRUCTURE SYNDICALE DANS L’ENTREPRISE.....	46
TITRE 1. L’IMPLANTATION D’UNE STRUCTURE SYNDICALE DIVISÉE	49
Chapitre 1. La perméabilisation de la frontière entre syndicat représentatif et syndicat non représentatif dans l’entreprise.....	49
Chapitre 2. La mise en concurrence permanente des syndicats dans l’entreprise	67
TITRE 2. LA FRAGILISATION DE LA QUALITÉ D’ORGANISATION REPRÉSENTATIVE PAR SON CONDITIONNEMENT À L’ÉLECTION PROFESSIONNELLE.....	111
Chapitre 1. La raréfaction de l’élection professionnelle dans l’entreprise	114
Chapitre 2. Les répercussions de la fragilisation de la représentativité sur le mandat du délégué syndical.....	147
PARTIE II. L’AFFAIBLISSEMENT DES PRÉROGATIVES DE L’ACTEUR SYNDICAL.....	177
TITRE 1. LA MARGINALISATION DE L’ACTEUR SYNDICAL DE LA NÉGOCIATION COLLECTIVE.....	178
Chapitre 1. La décentralisation du droit du travail au niveau de l’entreprise.....	179
Chapitre 2. La mise à distance de l’acteur syndical de la négociation collective d’entreprise	209
TITRE 2. DES MOYENS D’ACTION SYNDICALE PERFECTIBLES	236
Chapitre 1. La fragilisation des moyens d’action de l’acteur syndical dans l’entreprise	237
Chapitre 2. Les limites de l’action syndicale devant le juge	282
CONCLUSION GÉNÉRALE	309
BIBLIOGRAPHIE	315
INDEX ALPHABÉTIQUE	347

LISTE DES ABRÉVIATIONS

Aff.	Affaire
AGIRC	Association générale des institutions de retraite des cadres
AIT	Association internationale des travailleurs
AJDA	Actualité juridique droit administratif
Al.	Alinéa
AME	Accord de maintien de l'emploi
AMI	Accord de mobilité interne
AN	Assemblée nationale
ANI	Accord national interprofessionnel
APC	Accord de performance collective
APDE	Accord de préservation ou de développement de l'emploi
Arr.	Arrêté
Art.	Article
Ass. nat.	Assemblée Nationale
Ass. plén.	Assemblée Plénière de la Cour de cassation
Av.	Avec
BCO	Bureau de conciliation et d'orientation
BIT	Bureau international du travail
BS	Bulletin social
Bull. civ.	Bulletin civil
Bull. crim.	Bulletin criminel
C. ou c/	Contre
CA	Cour d'appel
Cah. Soc	Cahier social
Cass.	Cour de Cassation
C. civ.	Code civil
C. cons.	Code de la consommation
C. déf.	Code de la défense
CDFUE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
CE	Conseil d'État
CEDS	Comité européen des droits sociaux

CEN	Conseil d'entreprise
CES	Conseil économique et social
Cf.	Confère
CFDT	Confédération française démocratique du travail
CFTC	Confédération française des travailleurs chrétiens
CGC	Confédération générale des cadres
CGCL	Code général des collectivités locales
CGPME	Confédération générale des petites et moyennes entreprises
CGT	Confédération générale du travail
CGT-FO	Confédération générale du travail - Force ouvrière
Ch.	Chapitre
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Ch. réunies	Chambres réunies de la Cour de cassation
Chron.	Chronique
CHSCT	Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
CIFRE	Convention industrielle de Formation en Entreprise Circulaire
Circ.	Circulaire
CISL	Confédération internationale des syndicats libres
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CLS	Comité de la liberté syndicale
CMT	Confédération mondiale du travail
CNR	Conseil national de la Résistance
CNT	Confédération nationale du travail
Coll.	Collection
Concl.	Conclusion
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Consid.	Considérant
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'Homme
Cour EDH	Cour européenne des droit de l'Homme
CPC	Code de procédure civile
CPH	Conseil de prud'hommes
CPIJ	Cour permanente de justice internationale
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CSB ou CSBP	Cahiers sociaux (anciens Cahiers sociaux du Barreau de Paris)

CSE	Comité social et économique
CSEU	Charte sociale européenne
CSS	Code de la sécurité sociale
C. transp.	Code des transports
C. trav.	Code du travail
D.	Dalloz
DARES	Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques
Dir.	Sous la direction de
DIRECCTE	Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi
DP	Délégué du personnel
<i>Dr. ouvrier</i>	Droit ouvrier
DS	Délégué syndical
<i>Dr. social</i>	Droit social
DRT	Direction des relations du travail
DUP	Délégation unique du personnel
Éd.	Édition
EHESS	École des hautes études en sciences sociales
Ex.	Exemple
FNSP	Fondation nationale des sciences politiques
FSM	Fédération syndicale mondiale
FSU	Fédération syndicale unitaire
GADT	Les grands arrêts du droit du travail
<i>Gaz. Pal.</i>	La gazette du Palais
GR-PACT	Groupe de recherche pour un autre Code du travail
<i>Ibid.</i>	Dans le même lieu (<i>Ibidem</i>)
IGPDE	Institut de la gestion publique et du développement économique
<i>Infra</i>	Ci-dessous
<i>JCP E</i>	Semaine juridique, édition entreprise
<i>JCP G</i>	Semaine juridique, édition générale
<i>JCP S</i>	Semaine juridique, édition sociale
JOAN	Journal officiel de l'Assemblée nationale
JORF	Journal officiel de la République française

JSL	Jurisprudence Sociale Lamy
L.	Partie législative
La Doc. Fr.	La Documentation Française
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Lia. Soc. Quo	Liaisons sociales quotidien
MARD	Modes alternatifs de règlement des différends
MEDEF	Mouvement des entreprises de France
Min.	Ministérielle
Obs.	Observations
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OIT	Organisation internationale du travail
ONU	Organisation des nations unies
Op. cit.	déjà cité (<i>opere citado</i>)
P. / pp.	Page / pages
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
PME	Petites et moyennes entreprises
Préf .	Préface
PSE	Plan de sauvegarde de l'emploi
Pt.	Point
PUF	Presses universitaires de France
PUG	Presses universitaires de Grenoble
PUR	Presses universitaires de Rennes
R.	Partie réglementaire
Rapp.	Rapport
RDP	Revue de droit public
RDT	Revue de droit du travail
RDT eur.	Revue de droit du travail européen
Req.	Requête
Rev. Fr. de sc. Po.	Revue française de science politique
RIT	Revue internationale du travail
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RSS	Représentant de la section syndicale
Sect.	Section

<i>Sem. Soc. Lamy</i>	Semaine sociale Lamy
SMIC	Salaire minimum indice croissance
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Spéc.	Spécification
STAAAP	Syndicat des transports et des activités aéroportuaires sur les aéroports parisiens
<i>Supra</i>	Ci-dessus
T.	Tome
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPE	Très petites entreprises
<i>TPS</i>	Travail et protection sociale
UES	Unité économique et sociale
UNSA	Union nationale des syndicats autonomes
URSSAF	Unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales
VRP	Voyageur, représentant et placier
§	Paragraphe

INTRODUCTION

1. En dépit de la prohibition des corporations et groupements professionnels, instituée par les lois « d'Allarde »¹ et « Le Chapelier »², complétée par l'instauration d'un délit de coalition³, les travailleurs se sont rassemblés depuis XIX^{ème} siècle pour défendre leurs intérêts. C'est donc dans la clandestinité que s'est structuré le mouvement ouvrier : en partant de la base et à l'échelle locale. Ces derniers se sont regroupés par métiers en « *chambres syndicales* » et « *bourses du travail* »⁴, constituant des lieux de rencontre dans lesquels s'est organisée la solidarité mutualiste mais aussi l'enseignement, la presse syndicale, l'affichage et la centralisation d'offres d'emplois. La première Fédération des Bourses du travail a ainsi vu le jour suite au congrès de Saint-Etienne en 1892⁵ et les unions locales et départementales, représentants géographiques des grandes confédérations, en sont aujourd'hui l'héritage. L'unification syndicale s'est également réalisée au sein des branches d'industrie ou branches d'activité économique (les fédérations)⁶.

¹ Loi du 2-17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et

² Loi du 14 juin 1791 relative aux assemblées d'ouvriers et artisans de même état et profession, dite loi « *Le Chapelier* ». Elle a interdit aux ouvriers et compagnons de « *former des règlements sur leurs prétendus intérêts communs* » et aux citoyens d'établir entre eux des conventions « *tendant à refuser de concert ou à n'accorder qu'à un prix déterminé le secours de leur industrie* ».

³ C. pén., art. 414 et 415 (anciens).

⁴ L. Chevalier, *Classes laborieuses, classes dangereuses, à Paris, pendant la première moitié du XIXe siècle*, Paris, Plon, Coll. « Pour l'histoire », 1958, 566 pp.

⁵ P. Schöttler, *Naissance des bourses du travail*, Paris, PUF, Coll. « Pratiques théoriques », 1985, 294 pp.

⁶ Les travailleurs de l'industrie sont regroupés au sein d'une fédération, qu'ils soient soudeurs, manœuvres, ingénieurs ou bien ouvriers non qualifiés. Le terme s'avère être toutefois polysémique. La fédération représente également l'organisation pour la protection d'intérêts de travailleurs qualifiés ou avec un savoir-faire proche des artisans, en excluant les travailleurs non qualifiés. Malgré quelques exceptions de syndicats de métier ou catégoriels (fédération du Livre (CGT), Pilotes de l'aviation civile, Conducteurs des métropolitains parisiens), le syndicalisme en France est

2. Après avoir évoqué, dans cette introduction, la construction d'un paysage syndical français composé d'organisations plurielles, il sera traité de l'entrée de ces dernières au sein de l'entreprise, illustrant le développement au cours des XIX^{ème} et XX^{ème} d'un droit du travail protecteur des salariés. Cette réglementation inégale en faveur de la partie faible au contrat de travail a été remise en cause à partir du milieu des années 1980 au profit d'une dérégulation qui se réalise notamment à travers la négociation collective au niveau le plus bas. Cette dernière se heurte inévitablement à l'acteur syndical de l'entreprise, dont la mission est d'assurer la défense des droits et des intérêts des salariés.

3. Porteuse de réformes majeures dans la construction du droit du travail⁷, la III^{ème} République a consacré la libre création des syndicats avec la loi dite « *Waldeck-Rousseau* » du 21 mars 1884⁸, tout en fixant leur domaine de compétences. Car si le texte vise tous les groupements professionnels, il a également contribué au développement d'un syndicalisme dont le mot d'ordre est la défense des intérêts et droits des travailleurs. Contrairement à ses homonymes nord-européens, le syndicalisme en France est fortement lié à l'histoire politique. Le syndicat est un outil précieux pour l'organisation des travailleurs mais aussi un moteur d'organisation politique⁹. La construction de la Confédération générale du travail (CGT) témoigne de ce syndicalisme politique français. Cette organisation a en effet succédé à une première Fédération nationale des syndicats fondée en 1886, d'inspiration Guesdiste¹⁰, et proche du parti ouvrier français. L'échec

très majoritairement structuré en branches professionnelles qui intègrent en leur sein l'intégralité des travailleurs qui la constitue.

⁷ Création de l'inspection du travail (loi du 19 mai 1874. V. J. Luciani (dir.), *Histoire de l'Office du travail : 1890-1914*, Paris, Syros, 1992, 430 pp), imposition d'un délai de préavis pour la rupture du contrat de louage de service (loi du 27 décembre 1890), indemnisation des accidents du travail (loi du 9 avril 1898 concernant les responsabilités dans les accidents du travail, JORF du 10 avril 1898, P. 2209), repos hebdomadaire et création du ministère du travail (décret du 25 octobre 1906 portant création d'un ministère du Travail – JORF du 24 octobre 1906. V. B. Dänzer-Kantof, V. Lefebvre et F. Torres, *Un siècle de réformes sociales, Une histoire du ministère du travail 1906-2006*, Paris, La Doc. Fr., 2006, 264 pp), journée de travail huit heures (loi du 23 avril 1919 dite « *Loi des huit heures* »), conventions collectives (loi du 25 mars 1919 relative aux conventions collectives de travail - JORF 28 mars 1919), prémisses des caisses d'assurance maladie, invalidité et vieillesse (loi du 5 avril 1928 sur les assurances sociales). Tout ce travail législatif ayant été compilé dans un Code du travail édité à partir de 1910 (A. Jeammaud, « La codification en droit du travail », *Droits*, 27/1998, p. 161).

⁸ Loi relative à la création des syndicats professionnels dite « *Waldeck-Rousseau* », du nom du ministre de l'Intérieur républicain Pierre Waldeck-Rousseau.

⁹ D. Andolfatto, D. Labbé, *Histoire des syndicats (1906-2006)*, Paris, Seuil, Coll : « XXe siècle », 2011, 378 pp.

¹⁰ Tire son nom du leader socialiste Jules Guesde. Le guesdisme se définit par la préparation méthodique de la Révolution par la lutte des classes, le refus du socialisme réformiste et de la participation aux gouvernements bourgeois, le refus de la Révolution immédiate tant que les conditions de réussite ne sont pas réunies. V. G. Pirou, *Les*

de cette première tentative d'unification a conduit à la création lors du Congrès de Limoge en 1895 de la Confédération générale du travail, rejointe en 1902 par la Fédération des bourses du travail. Ce syndicalisme confédéré a revendiqué dès ses prémices son autonomie vis à vis de tous partis politiques. La Charte d'Amiens¹¹, adoptée lors du neuvième congrès de la CGT en 1906, a renforcé l'idée d'indépendance en ajoutant que tout travailleur était libre d'adhérer au syndicat, quelles que soient ses opinions politiques. Elle déclare en outre que « *le syndicat groupe en dehors de toute école politique, les travailleurs conscients de la lutte à mener pour la disparition du salariat* ».

4. Cette prise de distance avec les partis politiques ne signifie toutefois pas que le syndicat doive être politiquement neutre. Bien au contraire, il intervient dans le débat politique au sein duquel il prend des décisions et positions. Toutefois, le cumul d'un mandat syndical avec un mandat politique est exclu. La Charte d'Amiens a d'ailleurs en ce sens doté le syndicat d'une mission de revendication « *quotidienne* » et d'« *émancipation intégrale des travailleurs* ». Elle a ainsi eu l'intention de réaliser un compromis entre des courants syndicaux majoritaires dont notamment l'« *anarcho-syndicalisme* »¹², inspiré de Bakounine, considérant le syndicat comme organe d'organisation de l'action politique et des transformations sociales dans la perspective « *d'une rupture révolutionnaire fondée en même temps sur une prise de conscience progressive de leur pouvoir par les masses populaires* »¹³. Ce courant était partisan d'une action directe et prônait l'abolition du capitalisme par la grève générale¹⁴. Au contraire, le second courant majoritaire au sein de la CGT, dit « *réformiste* », reconnaissait et acceptait le jeu de la démocratie bourgeoise¹⁵, n'excluant pas une certaine collaboration avec les partis politiques et pouvoirs publics. Selon le courant réformiste, l'action syndicale doit œuvrer à une amélioration progressive des conditions

doctrines économiques en France depuis 1870, Paris, Armand Colin, 1925, Livre 1, chapitre 1 : « De la Commune à 1914 », p. 1925.

¹¹ N. Decoopman, G. Soulier, D. Rosenberg, *L'actualité de la Charte d'Amiens*, Paris, PUF, Coll. « CURAP », 1987, 238 pp.

¹² Le terme « *anarcho-syndicalisme* » est employé pour la première fois lors du Congrès fondateur de la Confédération générale du travail unitaire en 1922 par Alexandre Lozovski. L'utilisation de ce néologisme visait à dénigrer les syndicalistes minoritaires, suspectés d'acointance avec la CGT.

¹³ G. Hermet, B. Badie, P. Birnbaum, P. Braud, *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, 4^e éd., Paris, Armand Colin, Coll. « Coursus », 2000, 287 pp.

¹⁴ P. Bance, *Les fondateurs de la CGT à l'épreuve du droit*, Claix, La Pensée sauvage, 1978, 251 pp.

¹⁵ La démocratie bourgeoise est un régime politique qui admet un certain pluralisme tout en préservant fondamentalement la domination de classe de la bourgeoisie dans le cadre du système politico-économique capitaliste. Sur cette notion v. notamment J. Jaurès et J. Guesde, *Les Deux Méthodes. Conférence par à l'Hippodrome Lillois*, Lille, Imprimerie Ouvrière P. Lagrange, Coll. « Bibliothèque du Parti ouvrier », 1900, 15 pp.

d'existence des travailleurs dans le cadre du capitalisme, via l'adoption de lois sociales ou de réformes structurelles, telles que les nationalisations.

5. Parallèlement à ces syndicats confédérés a émergé en 1905 un syndicalisme s'inspirant de la doctrine sociale de l'Église catholique¹⁶, prêchant une conciliation du travail avec le capital¹⁷. De ce courant est née en 1919 la Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC), regroupant un nombre de syndicats de métier et des adhérents en grande majorité employés.

6. Sous l'Occupation, le régime de Vichy collaborant avec l'Allemagne nazie a dissout par décret les confédérations CGT, CFTC¹⁸. La Charte du travail de 1941¹⁹ prévoyant une organisation corporatiste du travail sur le modèle des régimes fascistes allemands et italiens²⁰, l'ambition pétainiste a été d'éradiquer toute notion de lutte des classes et de favoriser une culture d'union et de coopération entre salariat et patronat, teintée de paternalisme²¹, sous le strict contrôle de l'État. Les syndicats ont toutefois continué leur activité clandestinement. Malgré le ralliement de certains de ses responsables à la « *Révolution nationale* »²², la CGT a tenu une place importante dans la Résistance²³. Bon nombre de ses membres ont été déportés pour leur engagement. Les communistes ont également joué un rôle majeur au sein du CNR. Dès 1945, ces derniers sont devenus majoritaires au sein de la CGT²⁴ qui, forte de sa participation à la Résistance, est sortie renforcée à la Libération. Tel a également été le cas pour la CFTC, restée jusque-là minoritaire au sein du paysage syndical français. Comptant elle-aussi en son sein de nombreux résistants, la CFTC est sortie aguerrie du second conflit mondial. Elle est restée dès lors éloignée de

¹⁶ M. Launay, *Le syndicalisme Chrétien en France de 1885 à nos jours*, Paris, Desclee, Coll. « Bibliothèque d'histoire du christianisme », 93 pp.

¹⁷ A. Supiot, « La dimension juridique de la doctrine sociale de l'Église », *Dr. social*, 1991, p. 916.

¹⁸ Décret du 9 novembre 1940 portant dissolution de la confédération française des travailleurs chrétiens, de la confédération des syndicats professionnels français et de la confédération générale du travail – JORF du 12 novembre 1940.

¹⁹ Loi du 4 octobre 1941 portant organisation sociale des professions - JORF du 26 octobre 1941.

²⁰ J.-P. Le Crom (préf. Robert Paxton), *Syndicats, nous voilà ! : Vichy et corporatisme*, Paris, L'Atelier, Coll. « Patrimoine », 1995, 410 pp.

²¹ P. Pic, J. Kréher, *Le nouveau droit ouvrier français dans le cadre de la Charte du travail*, Paris, LGDJ, 1943, 462 pp.

²² M. Margairaz et D. Tartakowsky (dir.), *Le syndicalisme dans la France occupée*, Rennes, PUR, Coll. « Histoire », 2008, 508 pp.

²³ Elle était représentée au sein du CNR par Louis Saillant, succédant à George Bidault.

²⁴ D. Andolfatto, D. Labbé, *op. cit.*

l'organisation du clergé, mais rapprochée de la gauche laïque, voir des communistes, qu'elle a côtoyés dans les maquis.

7. La Libération a vu naître la Confédération nationale du travail (CNT), d'inspiration anarchiste, fondée par des militants de la CNT espagnole (« *Confederación nacional del trabajo* ») en exil et des anciens membres de la CGT. C'est dans cette même période qu'a été créée la Confédération Générale de Cadres (CGC)²⁵. Prônant un syndicalisme réformateur, et peu contestataire, la CGC s'est élargie à tout le personnel encadrant, y compris aux agents de maîtrise. Elle a été à l'origine du régime de retraite complémentaire propre, créé en 1948 par accord interprofessionnel²⁶. Le syndicat a changé son nom en 1981 pour devenir la Confédération Française de l'Encadrement CGC (CFE-CGC). Il est resté minoritaire auprès de l'ensemble salariés²⁷.

8. L'entrée dans la guerre froide a suscité des tensions et divergences entre les tendances communistes et socialistes majoritaires au sein de la CGT. Une motion oppositionnelle, d'orientation réformiste, a quitté la CGT pour former la Confédération générale du travail Force ouvrière (CGT-FO). Discréditée à ses débuts pour sa proximité avec le pouvoir, la CGT-FO est devenue progressivement protestataire dans les années 1980-1990. Une scission a frappé au cours des années 1960 le syndicalisme chrétien. La CFTC est devenue majoritairement anticapitaliste et tiers-mondiste. Elle a tourné la page avec toute référence confessionnelle tout en souhaitant la radicalisation des luttes sociales. Une modification des statuts a ainsi été votée à une large majorité lors du congrès du mois de novembre 1964 prévoyant la transformation de la CFTC en Confédération française démocratique du travail (CFDT). Les minoritaires du congrès, fidèles à la doctrine sociale de l'Église catholique, ont choisi de conserver la CFTC. La CFDT a privilégié l'action unitaire avec la CGT en s'affirmant partisane d'un syndicalisme d'autogestion. Elle s'est également rapproché de nombreux intellectuels et est devenue le moteur d'une réflexion intense sur la lutte syndicale et sociale²⁸.

9. À partir des années 1980, la CFDT a considéré que l'action syndicale devait se concilier aux lois du libre-échange, s'attachant à réguler ses effets, notamment par le compromis

²⁵ D. Andolfatto, D. Labbé, *op. cit.*, p. 310.

²⁶ L. Boltanski, *Les cadres. La formation d'un groupe social*, Paris, Minuit, 1982, 523 pp.

²⁷ Au niveau national et interprofessionnel, la CFE-CGC a obtenu en 2017 le score le plus bas, de 10,67% des suffrages exprimés (Arrêté du 22 juin 2017 fixant la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel - JORF n°0152 du 30 juin 2017 texte n°32).

²⁸ Y. Krumenacker, J.-F. Cullaïroz (dir.), *CFDT 1968-2018. Transformer le travail, transformer la société ? Des luttes autogestionnaires au réformisme*, Lyon, Chronique sociale, Coll. « Comprendre la société », 2018, 360 pp.

et la négociation. La ligne « *d'accompagnement du changement social* » de la CFDT, illustrée par son soutien au « *Plan Juppé* » de réforme de la Sécurité sociale et des retraites dès 1995 jusqu'à son approbation de la loi dite « *Travail* »²⁹ en 2016, en a fait un interlocuteur privilégié du patronat. Malgré cette position, la CFDT a obtenu le plus haut score aux élections professionnelles de 2017 (26,37%)³⁰.

10. La CGT s'est retrouvée isolée au cours des années 1990 face à l'alliance des organisations syndicales réformistes. Elle a également pris au cours de cette décennie ses distances avec le Parti communiste³¹. La Confédération partage aujourd'hui la même ligne que les principales forces de gauche n'ayant pas encore cédé au « *réalisme* »³². Elle maintient une ligne contestataire et confirme son poids dans le paysage syndical français³³, en témoigne d'ailleurs son rôle déterminant dans le mouvement de contestation de la loi dite « *Travail* » à l'été 2016³⁴. La CGT-FO campe également sur la défense des acquis sociaux mais adopte selon les événements des choix plus ou moins nuancés.

11. Durant les années 1980 se sont encore développées des organisations autonomes telles que « *Solidaires, unitaires et démocratiques* » (SUD) et l'« *Union nationale des syndicats autonomes* » (UNSA), créées par des militants dissidents de la CFDT, affiliées à l'« *Union syndicale-Groupe des Dix* »³⁵. Ce « *Groupe des Dix* » (G10) a été constitué en 1981 autour d'organisations syndicales autonomes non affiliées aux organisations historiques afin de favoriser l'émergence d'une nouvelle force. Les organisations membres ont souhaité garder leur indépendance. Elles ont refusé de s'organiser en confédération tout en maintenant des liens entre elles. Si les débuts du G10 ont été fragiles, le groupe s'est développé et élargi de manière conséquente au cours des années 1990 avec l'intégration de nouveaux syndicats dont SUD-PTT, le

²⁹ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels - JORF du 9 août 2016, dite « *Travail* ».

³⁰ Arrêté du 22 juin 2017 fixant la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel – JORF du 30 juin 2017.

³¹ M. Branciard, *Histoire de la CFDT : soixante-dix ans d'action syndicale*, Paris, La Découverte, Coll. « Textes à l'appui », 1990, 365 pp.

³² É. Fassin, *Gauche: L'avenir d'une désillusion*, Paris, Textuel, Coll. « Petite encyclopédie critique », 2014, 62 pp.

³³ Au niveau national et interprofessionnel, la CGT a obtenu le deuxième score le plus élevé derrière la CFDT, de 24,85 % (Arrêté du 22 juin 2017 fixant la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel - JORF du 30 juin 2017).

³⁴ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016, préc.

³⁵ J.-M. Denis, *Le Groupe des Dix. Un modèle syndical alternatif*, Paris, La Doc. Fr., Coll. « Cahier travail & emploi », 2001, 244 pp.

syndicat des infirmières (CRC-Santé), SUD-Rail, SUD-Éducation et SUD-Étudiant. L'union se réfère à la Charte d'Amiens de la CGT. Elle a développé des approches nouvelles en matière de propositions socio-économiques ainsi que dans les méthodes d'organisation et de fonctionnement, sans hiérarchie et avec une recherche de consensus. L'« *Union nationale des syndicats autonomes* » a quant à elle été fondée en 1993 par cinq organisations syndicales non confédérées³⁶. Elle a été renforcée en 1996 après une scission locale de CGT-FO liée à la trop forte influence trotskiste du parti des travailleurs sur la confédération. L'UNSA regroupe des organisations non affiliées de manière interprofessionnelle, comme la Fédération de l'Éducation nationale (FEN) devenue autonome en 1948 suite à la scission au sein de la CGT avec CGT-FO. L'UNSA s'inscrit dans une dynamique réformiste et de rassemblement des syndicats tout en prônant l'indépendance syndicale. Elle est de manière générale active lors des conflits sociaux.

12. Le paysage actuel du syndicalisme salarié en France est ainsi composé d'une multitude d'organisations dont les lignes et doctrines sont divergentes. Cette pluralité illustre *a priori* un manque d'unité syndicale, incarné notamment par le clivage dressé entre les syndicats « *réformistes* » (CFDT) ou « *contestataires* » (CGT). Cette dualité, certes existante, mérite toutefois d'être nuancée. Si les premiers sont censés privilégier le dialogue, et les seconds le rapport de force, il s'avère que ces moyens d'actions, bien souvent complémentaires, sont en réalité adoptés tour à tour par ces deux courants, dans des proportions toutefois différentes. En outre, malgré une division doctrinale certaine, la défense de l'intérêt et des droits des salariés constitue le dénominateur commun de ces syndicats sur la base duquel il leur arrive de mener d'importantes mobilisations unitaires³⁷. D'autant plus qu'au sein des entreprises, dans lesquelles l'action syndicale est moins politique et plus directement liée aux intérêts des salariés, cette divergence se fait un peu moins ressentir. Il est d'ailleurs arrivé que les syndicats dits « *réformistes* » fassent preuve d'une certaine virulence, à l'instar de la CFDT de l'usine

³⁶ Militants UNSA Éducation en mai 2011, la Fédération de l'Éducation nationale (FEN) devenue en 2000 l'UNSA Éducation, la Fédération générale des syndicats de salariés des organisations professionnelles de l'agriculture et de l'industrie agroalimentaire (FGSOA) appelée maintenant UNSA Agriculture Agroalimentaire, La Fédération autonome des transports (FAT), la Fédération maîtrise et cadres des chemins de fer (FMC) dénommée désormais UNSA Cheminots, la Fédération générale autonome des fonctionnaires (FGAF) qui avait reçu l'adhésion du syndicat de policiers FASP, dissoute en 1997.

³⁷ La mobilisation (infructueuse) en hostilité aux « *ordonnances Macron* » du mois de septembre 2017 organisée à l'appel de la CGT a été suivie par CGT-FO, CFDT, CFTC, CFE-CGC ainsi que les syndicats indépendants.

« *ArcelorMittal* » qui, en 2009, a mené une lutte importante contre la fermeture des hauts-fourneaux de Florange³⁸.

13. Le paysage syndical est également caractérisé par un faible taux d'adhésion dont la chute au cours des années 1980 peut s'expliquer par un rejet des organisations syndicales mais aussi par des facteurs sociologiques, économiques et juridiques. La France détient actuellement un taux de syndicalisation proche de 11 %³⁹ qui se décompose ainsi : un peu plus de 15 % de travailleurs syndiqués dans la fonction publique (territoriale, hospitalière et étatique) et les grandes entreprises publiques et un peu moins de 5 % dans le secteur privé⁴⁰. La France se positionne comme le troisième pays le moins syndiqué des pays membres l'OCDE, et l'un des moins syndiqué au sein de l'Union européenne⁴¹. Mais ce nombre reste néanmoins stable en France. Plus de 40 % des salariés font état d'une présence syndicale sur leur lieu de travail. De plus, 90 % des salariés bénéficient d'une convention collective en France, ce qui est un des taux les plus élevés au monde. Enfin, 11 % des salariés syndiqués, représentant plus de deux millions de personnes, équivalent à une base militante de poids, bien au-dessus des principaux partis politiques.

14. Il faut d'ailleurs noter que le faible taux de syndiqués ne conduit pas forcément à discréditer les syndicats. Ces derniers tirent leur légitimité de leur action, notamment leur contribution par la lutte et la négociation collective à la défense des intérêts des salariés et de leurs combats hors du champ de l'entreprise⁴². Cette légitimité tient également au statut que leur confère le droit du travail. Si elles ont été contraintes à la clandestinité, puis tolérées sous le second Empire⁴³, les organisations syndicales ont dû patienter jusqu'en 1884⁴⁴ pour obtenir la personnalité

³⁸ A. Robert, « *Une trempe d'acier* », *Libération.fr*, 16 mars 2012, https://www.liberation.fr/futurs/2012/03/16/une-trempe-d-acier_803430 [consulté le 16 juin 2018].

³⁹ DARES analyses, « *La syndicalisation en France Des salariés deux fois plus syndiqués dans la fonction publique* », mai 2016, n°25.

⁴⁰ Ce qui est inférieur aux autres pays européens, notamment la Suède ou le Danemark dont les taux de syndicalisation sont supérieurs à 80 %. Vient ensuite l'Italie au-dessus de 50%, l'Allemagne et le Royaume-Uni autour de 30%. Les États-Unis, contre toute attente, conservent un taux deux fois supérieur à celui de la France

⁴¹ L. Fulton, « *La représentation des travailleurs en Europe* », Labour Research Department et ETUI (publication en ligne), 2013, « Systèmes nationaux de relations professionnelles », *Worker-participation.eu*, <http://fr.worker-participation.eu/Systemes-nationaux> [consulté le 20 juillet 2019] ; « Taux de syndicalisation en Europe », *Alternatives économiques*, <https://www.alternatives-economiques.fr/taux-de-syndicalisation-en-europe-010720167190.html> [consulté le 20 juillet 2019].

⁴² Opposition à la première guerre mondiale, participation active à la Résistance, opposition à la guerre d'Algérie.

⁴³ F. Soubiran-Paillet, *L'invention du syndicat (1791-1884)*, Paris, LGDJ, Coll. « Droit et société », 1999, 189 pp.

⁴⁴ Loi du 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels - JORF du 22 mars 1884, dite « *Waldeck-Rousseau* ».

juridique et leur libre constitution⁴⁵. Cette loi a alors posé les fondements premiers du développement d'un système de relations professionnelles dont les modalités sont prévues aujourd'hui par le Code du travail. La liberté syndicale correspond au droit pour les travailleurs de défendre leurs intérêts. Elle est aujourd'hui garantie par l'ensemble des conventions internationales relatives aux droits des travailleurs⁴⁶ et bénéficie d'une valeur constitutionnelle⁴⁷.

15. Positivement, elle permet à tout salarié d'avoir une activité syndicale. Toute entrave à cette liberté⁴⁸ et toute discrimination en découlant est pénalement sanctionnée⁴⁹. La liberté syndicale dispose également d'un aspect collectif qui se révèle par la liberté de constitution et d'organisation des syndicats. Les formalités de constitution sont légères et dispensent de contrôle administratif ou judiciaire préalable⁵⁰. Les règles de fonctionnement des syndicats, le choix des représentants⁵¹ et leurs relations avec leurs homologues sont déterminées librement en interne. Sur un plan négatif, la liberté syndicale est celle de ne pas adhérer ou de se retirer⁵² d'une organisation⁵³. Elle illustre le caractère hybride de ce droit individuel qui s'exerce collectivement⁵⁴. Le Conseil constitutionnel a consacré cette nature plurielle en déclarant que « *la liberté personnelle du salarié, comme la liberté syndicale, a valeur constitutionnelle* »⁵⁵.

⁴⁵ Soit dix-sept ans avant la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association - JORF du 2 juillet 1901.

⁴⁶ PIDESC, art. 8 ; Conv. EDH, art. 11 ; CSEU, art. 5 ; Conv. OIT n°87.

⁴⁷ Constitution du 27 octobre 1946, Préamb. al. 6.

⁴⁸ C. trav., art. L. 2146-1.

⁴⁹ Loi n°2008-496 du 27 mai 2008, art. 1.

⁵⁰ C. trav., art. L. 2131-3, R. 2131-1. Une simple déclaration en mairie suffit.

⁵¹ Conv. OIT n°87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, art. 3.

⁵² Loi n° 56-416 du 27 avril 1956 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical - JORF du 31 mai 1956 ; C. trav., art. L. 2141-1, L. 2141-3.

⁵³ Sur ce fondement, les pressions syndicales interdisant la sortie du syndicat (pénalités, mise à l'index, etc.) sont prohibées. Sont également illicites, les clauses qui garantissent la force du syndicat en imposant à l'employeur de n'engager que des ouvriers déjà syndiqués (clauses de « *Closed shop* ») ou qui s'engagent à adhérer au syndicat (clause d' « *Union shop* »).

⁵⁴ A. Supiot, *Le droit du travail*, Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2016, p. 84 et 85.

⁵⁵ Cons. const., DC n°89-257 du 25 juillet 1989 (JO du 28 juillet), *Dr. social*, 1989, p. 701, obs. X. Pretot. Le conseil constitutionnel soulignait la liberté du salarié de conduire personnellement la défense de ses intérêts « *devant le juge prud'homal et s'opposer à l'action en substitution du syndicat* ».

16. Contrairement aux organisations patronales, les syndicats de salariés bénéficient d'un encadrement légal strict⁵⁶. Le Code du travail les définit comme des personnes morales de droit privé ayant pour objet la représentation et la défense d'intérêts collectifs d'ordre professionnel. Les syndicats ne représentent pas seulement l'intérêt direct de leurs membres, leur objet est bien plus vaste. Monsieur Pierre Rosanvallon rappelle ainsi que leur légitimité à représenter est historique et essentielle⁵⁷. Au-delà de leurs adhérents, les syndicats représentent tous les collectifs de travailleurs auxquels ils s'identifient. Toutefois, seules les personnes qui appartiennent à la catégorie visée par le syndicat peuvent y adhérer. Les syndicats professionnels regroupent des personnes « *exerçant la même profession, des métiers similaires ou des métiers connexes, concourant à l'établissement de produits déterminés ou la même profession libérale* »⁵⁸. Les syndicats se constituent autour d'un métier, d'une profession ou d'une catégorie d'emploi. Ils sont la plupart du temps organisés autour d'une branche d'activité ou d'une entreprise. La loi du 21 mars 1884, adoptée alors que les syndicats d'industrie étaient rares, a dû être interprétée de telle sorte qu'aujourd'hui, toute personne qui exerce une activité productive peut faire partie d'un syndicat.

17. Si les syndicats professionnels ont vu le jour en tant qu'institution en 1884 grâce à la loi « *Waldeck-Rousseau* »⁵⁹ consacrant la liberté syndicale, ils sont restés tenus aux portes de l'entreprise jusqu'à la loi du 27 décembre 1968⁶⁰.

18. L'extension des droits syndicaux dans l'entreprise a été, au cours de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, un objectif permanent des deux plus importantes centrales syndicales françaises (CGT et CFDT). À l'occasion des grèves de mai 1968, la constitution de la section syndicale d'entreprise a surgi au premier plan des revendications. Elle a figuré à quelques nuances près comme position commune des trois Confédérations CGT, CFDT, CGT-FO. Lors des

⁵⁶ Il n'existe pas de réglementation spéciale quant aux groupements d'employeurs, en association ou en syndicat. La forme juridique du groupement est indifférente (CE, 31 mai 2002, req. n°229574). Ainsi, les principales organisations telles que le MEDEF et la CGPME ont opté pour la constitution en association, dont le régime est plus souple que celui du syndicat. En tant qu'association, son objet n'est pas limité à la représentation et la défense d'intérêts collectifs d'ordre professionnel ainsi qu'aux autres obligations posées par la loi du 21 mars 1884 (préc.). Les associations d'employeurs peuvent avoir un objet plus large et rassembler des membres de secteurs d'activités différents.

⁵⁷ P. Rosanvallon, *La question syndicale. Histoire et avenir d'une forme sociale*, Paris, Calmann-Lévy, Coll. « Liberté de l'esprit », 1988, 268 pp.

⁵⁸ C. trav., art. L. 2131-2.

⁵⁹ Loi du 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels - JORF du 22 mars 1884, p. 1577.

⁶⁰ Loi n°68-1179 du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises - JORF du 31 décembre 1968, art. 3.

négociations des accords de Grenelle les 25 et 26 mai 1968, les parties ont convenu de la nécessité d'une loi pour permettre la constitution d'une section syndicale par les syndicats représentatifs ainsi que la désignation de délégués syndicaux. Reconnaisant l'exercice du droit syndical « *dans toutes les entreprises dans le respect des droits et libertés garantis par la Constitution de la République* »⁶¹, la loi a octroyé au bénéfice de la section syndicale des outils pour organiser son activité tels qu'un droit d'affichage des communications sur des panneaux ou encore la mise à la disposition d'un local commun. Instituant un contre-pouvoir syndical dans l'entreprise, la loi du 27 décembre 1968 fait figure d'avancée remarquable en droit du travail. Elle « *représente sans conteste un temps fort dans l'organisation des relations sociales* »⁶² et a fait de l'entreprise un lieu de rassemblement et d'organisation des travailleurs. Les employeurs ont ainsi dû « *accepter le fait syndical en tant que tel sur le lieu même où s'exécute la prestation de travail* »⁶³. La section syndicale permet d'assurer la représentation des intérêts professionnels (matériels et moraux) de ses membres⁶⁴. Elle structure l'organisation syndicale au sein de l'entreprise, joue un rôle premier d'information, de formation, de mobilisation et représente l'intérêt de ses membres auprès de l'employeur. Son activité n'a pas à être connue de ce dernier. À sa création en 1968⁶⁵, le législateur n'a pas souhaité étendre cette prérogative à l'ensemble du personnel, afin de ne pas heurter le principe de la liberté syndicale⁶⁶.

19. En tout état de cause, la loi du 27 décembre 1968 témoigne bien de la construction d'un droit du travail protecteur des salariés face à l'employeur tout en permettant à ces derniers de s'organiser pour défendre leurs intérêts, voire même revendiquer des droits nouveaux. Le droit du travail s'est d'ailleurs « *largement construit en construisant les syndicats* »⁶⁷. Intimement liés, les

⁶¹ *Ibid.*, art. 1.

⁶² G. Borenfreund, « La loi du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise : les syndicats forcent les portes de l'entreprise » in J.-P. Le Crom (dir.) *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Paris, l'Atelier, Coll. « Points d'appui », 1998, 287 pp.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ C. trav., art. L. 2142-1; C. trav., art. L. 412-6 ancien.

⁶⁵ Loi n°68-1179 du 27 décembre 1968, préc.

⁶⁶ Cela n'a pas grand intérêt En pratique puisqu'en matière de défense d'un intérêt individuel, l'employeur ne peut pas vérifier l'appartenance syndicale d'un salarié. Il ne peut en conséquence contester l'intervention de la section syndicale pour défendre les intérêts de ce dernier.

⁶⁷ G. Borenfreund, M.-A. Souriac, « Propos introductifs », in *Syndicats et droit du travail*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2008, p. 2.

dynamiques et évolutions⁶⁸ du premier se répercutent mécaniquement sur les seconds. D'abord « *législation industrielle* », puis « *droit ouvrier* » et ensuite « *droit du travail* », les XIX^{ème} et XX^{ème} siècles ont contribué à l'élaboration d'un droit protecteur des salariés. Cette construction a conduit à l'avènement d'une discipline⁶⁹ instituant un régime contractuel nécessairement inégal en faveur du salarié pour remédier à un rapport de force en faveur de l'employeur. Le collectif est largement présent dans le droit du travail dont les règles tiennent compte de la dimension collective des relations sociales. Il est pour certains le fruit de la capacité de l'État, soucieux du sort des classes laborieuses, à réformer⁷⁰. Pour d'autres, il est le résultat des luttes sociales menées par le prolétariat et constitue alors un « *droit de classe* »⁷¹.

20. Le rapport de force défavorable entre les parties au contrat de travail réside dans l'absence de volonté pleine et entière du salarié. Les motivations et les enjeux qui poussent à contracter ne sont pas les mêmes selon l'une ou l'autre des parties au contrat de travail. D'après Hegel, la liberté se réalise par le libre arbitre, correspondant non pas à la volonté brute mais à celle qui décide véritablement, grâce au jugement et au discernement⁷². Le système de production capitaliste repose sur des relations marchandes au titre desquelles le salarié vend « *librement* » ses services, cette liberté le distinguant de l'esclave ou du serf. Mais l'expression de cette liberté se réalise au sein d'un rapport de domination fondé sur l'organisation de la production, entre le capital qui possède les outils de production et les travailleurs qui, par définition, ne disposent que de leur travail. Le libre arbitre, tel qu'évoqué par Hegel, ne se retrouve pas forcément dans les choix du salarié. Pour trouver l'argent indispensable à sa subsistance, celui-ci est contraint de mettre sa force de travail, à savoir ses capacités physiques et intellectuelles, à la disposition d'un employeur et aux conditions de ce dernier⁷³. Le salarié n'est pas contraint juridiquement de

⁶⁸ G. Aubin et J. Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail*, Paris, PUF, Coll. « Droit fondamental, Droit social », 1995, 318 pp.

⁶⁹ G. Scelle, *Le droit ouvrier: tableau de la législation française actuelle*, 2^e éd., Paris, Colin, 1929, 221 pp ; P. Durand, R. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, avec la collaboration de A. Vitu (t. 2, t. 3), Paris, Dalloz, 1947-1957, 1040 pp (t.2), 1125 pp (t.3) ; A. Brun et H. Galland, *Droit du travail*, 2^e éd., t. 1, Les rapports individuels de travail, t. 2, Les rapports collectifs de travail, Paris, Sirey, 1978, XIV et 983, VIII et 596 pp.

⁷⁰ M. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle (les lois ouvrières)*, 5^e éd., Paris, Rousseau, 1922, 1043 pp ; M. Amiaud, *Cours de législation industrielle*, Paris, Loviton, Cours de droit, 1949-1950, 947 pp.

⁷¹ G. Scelle, *Le droit ouvrier: tableau de la législation française actuelle*, préc.

⁷² G. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Flammarion, Coll. « G.F. », 1999, 444 pp.

⁷³ En période de chômage de masse, la capacité des salariés à faire preuve de libre arbitre est davantage réduite puisque la rareté du travail accroît cette contrainte sociale.

travailler pour untel mais socialement contraint de travailler pour vivre⁷⁴. À l'inverse, l'employeur n'est ni juridiquement ni socialement obligé d'embaucher.

21. C'est d'ailleurs sur le critère de dépendance économique qu'a reposé la qualification du contrat de travail au début du XX^{ème} siècle. Elle s'est définie comme une situation dans laquelle la subsistance du salarié est conditionnée à la location de sa force de travail, caractérisant un rapport de force économique défavorable au salarié⁷⁵. Avec la mise en place de l'assurance chômage et des revenus minimums légaux, les conséquences sociales de la perte de l'emploi ont été réduites. Le salarié sans emploi ne se trouve désormais plus privé de tout moyen de subsistance. La dépendance économique a donc été reléguée au second plan mais constitue toujours un élément du contrat de travail. C'est le lien de subordination juridique qui figure désormais comme l'élément essentiel du contrat de travail⁷⁶, se caractérisant « *par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements* ». La propriété privée⁷⁷ constitue le fondement du pouvoir de l'employeur dans son entreprise. Propriétaire des outils de production, il est fondé à diriger et bénéficie pour cela d'un pouvoir de direction qui se concrétise par l'émission d'ordres précis ou de normes générales (règlement intérieur). Ainsi la « *volonté* » du salarié, très relative à la négociation du contrat, l'est d'autant plus durant l'exécution du contrat de travail⁷⁸.

22. Le concept de subordination juridique a été pensé à l'origine⁷⁹ comme un mécanisme permettant d'asseoir l'autorité de l'employeur sur une classe ouvrière indisciplinée⁸⁰. Selon Montesquieu⁸¹, tout détenteur d'un pouvoir étant amené à en abuser, son exercice doit être

⁷⁴ L'impératif de « survie » est atténué avec l'apparition des systèmes de solidarité (assurance chômage et des revenus minimums légaux) qui permettent d'assurer un (maigre) revenu au salarié dépourvu d'emploi.

⁷⁵ G. Virassamy, « *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique* », Thèse de doctorat, Droit privé, Université Paris 1, Paris, LGDJ, 1986, p. 133 s.

⁷⁶ Cass. soc., 13 novembre 1996, « *Société générale* », Bull. 1996, V, n°386, n°94-13187, *Dr. social*, 1996, p. 1067-1070, note J.-J. Dupeyroux.

⁷⁷ L'article 17 de la DDHC de 1789 consacre la propriété comme « *un droit inviolable et sacré* ».

⁷⁸ P. Lokiec, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Thèse de doctorat, Droit privé, Université Paris 10, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit privé », 2004, p. 160 : « *Omniprésente, la volonté n'en est pas moins difficile à saisir* ».

⁷⁹ A. Cottureau, « Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIX^e siècle) » in *Annales. Histoire, sciences sociales*, 57^e année, Paris, EHESS, 2002, p. 1521-1557.

⁸⁰ E. -D. Glasson, *Le Code civil et la question ouvrière*, Paris, F. Pichon, 1886, 72 pp.

⁸¹ C.-L. De Secondât (Montesquieu), *De l'esprit des lois*, Genève, Barillot et fils, 1748, 1086 pp.

limité afin de prévenir d'éventuels abus. Au même titre que la Constitution encadre l'action du souverain, le droit du travail limite le pouvoir patronal. Malgré tout, dans la pratique au sein de nombreuses entreprises, la subordination dépasse largement ce que le droit autorise l'employeur de commander. Le lien de subordination juridique ignore bien souvent le pouvoir de subordination de fait selon lequel une personne est amenée à s'exécuter alors qu'elle n'y est pas contrainte par le droit⁸². Le droit du travail vient également protéger l'objet du contrat de travail qui réside dans la personne même du salarié. La mise à disposition volontaire du salarié n'en épargne pas moins sa personne physique.

23. Ainsi, pour pallier ces inconvénients et pour rétablir un certain équilibre contractuel, « *le droit doit être non pas égal mais inégal* », en faveur du salarié⁸³. Cette asymétrie est nécessaire pour garantir une égalité réelle entre les parties⁸⁴. Le droit protège le salarié dans la logique de la célèbre maxime de Lacordaire selon qui « *entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit* »⁸⁵. La protection du salarié s'est d'ailleurs inscrite comme corollaire logique et naturel du progrès économique. En témoigne, l'allocution de Jean Bonhomme, rapporteur de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales à l'occasion de l'élaboration du droit du licenciement au début des années 1970, considérant que « *donner aux travailleurs plus de dignité et plus de sécurité constitue une aspiration essentielle de la société. C'est répondre à cette aspiration que de chercher à libérer les hommes des risques et des incertitudes de la vie professionnelle. La voie de cet affranchissement passe par une protection renforcée du travailleur dans l'entreprise* ». Le droit du travail a donc été porteur depuis sa naissance d'un progrès certain, apportant entre autre la

⁸² A. Jeammaud, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », *Sem. Soc. Lamy*, 2008, n°1340, p. 15-26.

⁸³ K. Marx, F. Engels, *Critique des programmes de Gotha et d'Erfurt*, Paris, Sociales, Coll. « Classiques du marxisme », 1972, 158 pp.

⁸⁴ J. Le Goff, *Du silence à la parole. Droit du travail, société, Etat (1830-1985)*, Thèse de doctorat de sciences politiques (Université Rennes I), Quimper, Calligrammes, 1985, 374 pp.

⁸⁵ H. Lacordaire, « Sermon à la chaire de Notre-Dame (1848) » in *Conférences de Notre-Dame de Paris*, t. 3, Paris, Sagnier et Bray, 1848, p. 246.

baisse de la durée du travail, la création d'un salaire minimum⁸⁶, la création et l'allongement des congés payés⁸⁷ et la construction du droit syndical⁸⁸.

24. Les premiers efforts de systématisation ont analysé le droit du travail de manière purement formelle⁸⁹ ou comme un droit d'arbitrage découlant d'une volonté législative de protéger les salariés⁹⁰ tout en réalisant la justice sociale⁹¹. Si les liens entre le droit du travail et la vie économique ont pu être évoqués, l'idée d'une détermination du droit du travail par l'économie capitaliste était quant à elle exclue⁹². L'analyse matérialiste a montré dès les années 1950 le caractère réversible⁹³ du droit du travail ainsi que sa participation à l'édification de la « *superstructure* »⁹⁴. S'il est protecteur et en faveur des salariés, le droit du travail conforte aussi les intérêts patronaux⁹⁵. Expression du pouvoir de la classe dominante, la loi a pour fonction première de protéger ses intérêts. Il y a ainsi dans le Code du travail « *autant de textes qui assurent la protection des intérêts du patronat que de textes qui assurent la défense des intérêts*

⁸⁶ Le SMIC a succédé, en application de la Loi n° 70-7 du 2 janvier 1970 portant réforme du salaire minimum garanti et création d'un salaire minimum de croissance - JORF du 4 janvier 1970, au salaire minimum interprofessionnel garanti (SMIG) instauré par la loi n°50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail - JORF du 12 février 1950.

⁸⁷ Fixés à quinze jours à l'origine par les Accords Matignon, les congés payés ont été étendus à trois semaines par la loi n°56-332 du 27 mars 1956 modifiant le régime des congés payés annuels - JORF 31 mars 1956, quatre semaines par la loi du 2 mai 1968, cinq semaines par l'ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés – JORF du 17 janvier 1982..

⁸⁸ Reconnaissance des syndicats par la loi 21 mars 1884 (préc.), constitutionnalisation de la liberté syndicale par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, reconnaissance de la section syndicale d'entreprise, des délégués syndicaux et de leurs prérogatives par la loi n°68-1179 du 27 décembre 1968 (préc.), renforcées par la loi n°82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel - JORF du 29 octobre 1982, dite « *Auroux II* ».

⁸⁹ H. Capitant et P. Cuhe, *Précis de législation industrielle*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1939, 601 pp.

⁹⁰ M. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle (les lois ouvrières)*, préc. ; M. Amiaud, « *Cours de législation industrielle* », préc.

⁹¹ G. Scelle, *Le droit ouvrier: tableau de la législation française actuelle*, préc.

⁹² P. Durand, « *Traité de droit du travail* », préc.

⁹³ G. Lyon-Caen, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Paris, Dalloz-Sirey, Coll. « Connaissance du droit », 1997, 99 pp.

⁹⁴ Selon Marx, la société et l'histoire révèlent deux structures: une infrastructure, qui est la base de tout, constituée des techniques et les conditions de production, et la superstructure, comprenant la morale, les religions, les institutions politiques et le droit (J.-A. Lesourd, C. Gérard, *Histoire économique, XIX^e et XX^e siècles*, Paris, Colin, Coll. « U. série », 1968, p. 164).

⁹⁵ A. Jeammaud, « Propositions pour une compréhension matérialiste du droit du travail », *Dr. social*, 1978, p. 337.

des salariés »⁹⁶. En rendant plus supportable le capitalisme, le droit du travail contribue à le légitimer⁹⁷. Ce « *droit capitaliste du travail* »⁹⁸ ou « *droit bourgeois qui s'ajuste au travail* »⁹⁹, vient justifier l'« *accumulation illimitée de capital par des moyens formellement pacifiques* » et distiller la violence du système¹⁰⁰.

25. La réversibilité intrinsèque qui caractérise le droit du travail, l'idée qu'il sert deux intérêts, s'applique également aux syndicats. Selon certains auteurs, le syndicalisme salarié s'est d'ailleurs « *laissé construire par la légalité républicaine* »¹⁰¹. La légalisation et la consolidation juridique des syndicats, opérée sur initiative de l'Etat, les a « *adulé et cajolé* »¹⁰² en atténuant la vitalité de leur action, toujours plus restreinte et orientée vers la négociation collective. En l'institutionnalisant et en l'encadrant¹⁰³, le droit du travail a joué un rôle conséquent dans l'affaiblissement du mouvement syndical¹⁰⁴, réduisant la liberté syndicale au choix pour le salarié d'adhérer et d'appartenir à telle ou telle organisation, veillant davantage au pluralisme de l'offre syndicale qu'à l'équilibre du rapport de force entre salariés et patronat. Mais en retour, la liberté syndicale met à la disposition des salariés un instrument efficace pour défendre collectivement leurs droits et intérêts¹⁰⁵. Ce double mouvement illustre bien la dualité caractérisant le droit du travail, qui recouvre simultanément le régime d'exploitation du travail humain en régime capitaliste et à la fois les instruments permettant de lutter contre ce système et d'en limiter la rigueur¹⁰⁶. Son état à un instant « *T* » est déterminé par l'équilibre des forces à ce même moment. La réglementation du travail salarié est donc en constante évolution, elle progresse ou recule selon l'équilibre des forces en présence¹⁰⁷. Par analogie au mythe de Pénélope, le droit du travail n'est

⁹⁶ T. Grumbach, « *Le simple et le complexe dans le droit du travail* », *Dr. social*, 2003, p. 48.

⁹⁷ G. Lyon-Caen, « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Dr. ouvrier*, 1951, p. 1.

⁹⁸ F. Collin, R. Dhoquois, A. Jeammaud, et autres, *Le droit capitaliste du travail*, Grenoble, PUG, Coll. « Critique du droit », 1980, 280 pp.

⁹⁹ B. Edelman, *La légalisation de la classe ouvrière*, Paris, Bourgois, Coll. « Un pas en avant » 1978, p. 12.

¹⁰⁰ L. Boltanski et E. Chiapello, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, Coll. « Essais », 1999, 980 pp.

¹⁰¹ G. Lyon-Caen, « Droit syndical et mouvement syndical », *Dr. social*, 1984, p.7.

¹⁰² G. Lyon-Caen, *Le droit du travail. Une technique réversible*, préc., p. 71.

¹⁰³ M. Cointepas, « Les règles de droit et le déclin syndical en France », *Dr. social*, 1992, p. 250.

¹⁰⁴ G. Adam, « L'institutionnalisation des syndicats », *Dr. social*, 1983, p. 597.

¹⁰⁵ G. Lyon-Caen, « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail », préc.

¹⁰⁶ F. Collin, R. Dhoquois, A. Jeammaud, et autres, *Le droit capitaliste du travail*, préc.

¹⁰⁷ Le rapport de classes ressort dans le droit du travail plus que dans n'importe qu'elle autre branche du droit, d'où sa qualification de « *législation de classe* ».

jamais dans une dynamique constante et linéaire mais plutôt dans une remise en cause perpétuelle, qui évolue au gré des flux et reflux historiques¹⁰⁸.

26. Toujours est-il que depuis la fin du XX^{ème} siècle, l'équilibre des forces penche radicalement en faveur de la partie patronale, marquant le triomphe d'un capitalisme qui laisse peu d'alternative. La récession économique liée aux « *chocs pétroliers* » des années 1970 a entraîné des restructurations et abandons de bassins industriels provoquant une crise de l'emploi. La mondialisation des marchés et la mise en concurrence internationale des travailleurs, à travers notamment les Traités européens ou les pays émergents à main d'œuvre à bas coût, ont contribué à accroître ce chômage¹⁰⁹. Ce contexte a ainsi constitué un terreau fertile pour le développement des thèses de « *dérégulation* » ou « *déréglementation* », prônant le retrait de l'État de l'activité économique et la mise en concurrence généralisée. Ces thèses reprennent alors les arguments qui existent depuis la naissance du droit du travail, à savoir que les protections salariales dissuadent l'embauche et portent *in fine* préjudice aux salariés¹¹⁰. Ainsi, au nom de la lutte pour l'emploi, les revenus du travail doivent être bloqués, les conditions juridiques d'utilisation de la force de travail flexibilisées et la sanction de leur manquements atténuée¹¹¹, les gains de productivité en découlant devant inciter les employeurs à investir et créer des emplois¹¹². Les salariés doivent donc accepter que leurs protections soient altérées en l'échange d'une hypothétique reprise de l'économie, entraînant la prospérité des entreprises qui peut-être un jour embaucheront et récompenseront leurs efforts¹¹³. Sur un modèle se rapprochant de celui du début XIX^{ème} siècle¹¹⁴, les relations de travail

¹⁰⁸ G. Lyon-Caen, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Paris, Dalloz-Sirey, Coll. « Connaissance du droit », 1997, p. 66.

¹⁰⁹ P. Auer, G. Besse, D. Méda (dir.), *Délocalisations, normes du travail et politiques d'emploi*, Paris, La Découverte, Coll. « Recherches », 2005, 286 pp ; C. Hannoun, « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail », *RDT*, 2008, p. 288.

¹¹⁰ T. Clay, *Les Lois du sarkozysme*, Paris, Odile Jacob, 2013, spéc. p. 33 et s.

¹¹¹ J. Michel, « Quelques réflexions sur une évolution possible des sanctions en droit du travail », *Dr. social*, 2004, p. 817.

¹¹² La théorie économique du « *ruissellement* » de Schmidt est un slogan politique énoncé par le chancelier ouest-allemand Helmut Schmidt le 3 novembre 1974 selon qui « *les profits d'aujourd'hui sont les investissements de main et les emplois d'après demain* », pour e justifier le passage à une politique économique ouvertement libérale, prônant la réduction des salaires.

¹¹³ B. Edelman, « Droit du travail, droit de la concurrence- un nouveau contrat social », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 1547.

¹¹⁴ Dans lequel les relations de travail étaient conçues comme le fruit d'une liberté contractuelle totale, organisées par deux des « *trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie* (C. civ. art. 1779 et s. ancien) à savoir le louage de service pour les « *ouvriers à temps* » et domestiques, et le louage d'ouvrage pour les « *maçons*,

salarié doivent être libérées de tout interventionnisme légal, le mot d'ordre des partisans de ces thèses étant de « *défaire méthodiquement* » *in fine* ce droit protecteur des salariés et, plus globalement, la structure de l'État providence telle qu'établie à la Libération¹¹⁵.

27. Le droit du travail, en constante transformation, et sujet aux évolutions du rapport de force qui le caractérise, s'inscrit dans une certaine tendance¹¹⁶ depuis le milieu des années 1980. Il est en effet loisible d'observer qu'un certain nombre des réformes entreprises à partir de cette époque font prévaloir l'intérêt de l'employeur.

28. Fidèle aux engagements de l'élection présidentielle d'avril et mai 1981, le gouvernement de Pierre Mauroy¹¹⁷ avait pourtant annoncé, avant même la tenue des élections législatives du mois de juin, des réformes sociales (et sociétales) audacieuses, constituant « *un chapitre capital de notre histoire contemporaine* »¹¹⁸. Comprenant entre autres l'augmentation du SMIC, le relèvement des allocations familiales et de l'allocation logement, la majoration du minimum vieillesse et de l'allocation adultes handicapés, la revalorisation de 10 % de la retraite de base des agriculteurs, la réduction du temps de travail de quarante à trente-neuf heures hebdomadaires¹¹⁹, la cinquième semaine de congés payés, le principe du départ à la retraite à soixante ans, ces mesures législatives ont effectivement participé à améliorer les conditions de vie, et de travail, des travailleurs. Il en est de même des lois « *Auroux* »¹²⁰, adoptées durant l'année 1982 et peu remises en cause depuis, qui ont participé à faire du salarié un véritable « *citoyen dans*

charpentiers, serruriers et autres ouvriers ». Ces deux types de contrats se formaient librement et leur contenu (le montant du salaire ou encore la durée du travail) résultait de la libre négociation des parties.

¹¹⁵ D. Kessler, « Adieu 1945, raccrochons notre pays au monde ! », *Challenges*, 4 octobre 2007.

¹¹⁶ Ce terme est utilisé au sens d'évolutions, v. notamment *Tendances du droit du travail français contemporain, études offertes à G. H. Camerlynck*, Paris, Dalloz, 1977, 360 pp.

¹¹⁷ Pierre Mauroy a été nommé Premier ministre le 21 mai 1981 par François Mitterrand. Incarnant une position à mi-chemin entre le courant mitterrandiste et la « *deuxième gauche* », cet homme de synthèse avait tenu tête à François Mitterrand sur une ligne politique de gouvernement, qu'il jugeait plus réaliste. En nommant Pierre Mauroy, François Mitterrand avait souhaité poser un certain équilibre.

¹¹⁸ R. Rémond, « Conclusion » in S. Berstein, P. Milza y J.-L. Bianco (dir.), *Les années Mitterrand, les années du changement (1981-1984)*, Actes du colloque « Changer la vie. Les années Mitterrand 1981-1984 » (Paris, 14-16 janvier 1999), Paris, Perrin, 2001, p. 953.

¹¹⁹ Dans l'attente d'une grande négociation sur les trente-cinq heures qui n'a jamais eu lieu.

¹²⁰ Loi n°82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise – JORF 6 août 1982, loi n°82-915 du 28 octobre 1982, préc., Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail - JORF du 14 novembre 1982, dite « *Auroux III* », Loi n°82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail - JORF du 26 décembre 1982, dite « *Auroux IV* ».

l'entreprise ». Le gouvernement a également procédé à des mesures de nationalisations¹²¹, est entré majoritairement au capital d'entreprises de secteurs-clés¹²² tout en lançant une vaste politique industrielle via différents plans¹²³ de modernisation du tissu industriel.

29. Mais au lendemain du premier tour des élections municipales de mars 1983, alors que la gauche voit sa position majoritaire renversée¹²⁴, la politique économique du gouvernement a été questionnée¹²⁵. Tout en défendant les réformes entreprises en 1981 et 1982, le nouveau gouvernement a présenté en mars 1983 un programme d'action pour le rétablissement des équilibres extérieurs prévoyant des réductions du déficit budgétaire¹²⁶ touchant en priorité les ménages¹²⁷, retirant de la consommation à peu près 2 % du PIB. Ces mesures ont entraîné une baisse de la consommation, un ralentissement des importations, un recul de la croissance et, *in fine*, une hausse du chômage¹²⁸. C'est à ce moment que des commentateurs ont décelé une rupture avec la politique menée depuis 1981. Le « *tournant de 1983* » ou « *tournant de la rigueur* » est devenu depuis une expression désignant un virage politique historique emprunté par la gauche. Pour la droite, elle signifie son incompetence à gouverner¹²⁹ puisque ses promesses de campagne

¹²¹ Prenant possession de sept grandes sociétés industrielles, trente-neuf banques et deux compagnies financières, contrôlant désormais 95 % de la distribution du crédit en France (M. Margairaz, « Les nationalisations : la fin d'une culture politique ? » in S. Berstein, P. Milza y J.-L. Bianco (dir.), *op. cit.*, pp. 344-385).

¹²² « Matra », « Dassault Aviation », « Usinor-Sacilor », « ITT France », « CII-Honeywell Bull, Roussel Uclaf ».

¹²³ Plan informatique, plan câble, plan machine-outil, plan acier, *etc.*

¹²⁴ Le 10 mai 1981, dans les villes de plus de 30 000 habitants, François Mitterrand obtenait 53,1 %. Au premier tour des élections municipales de 1983, dans les mêmes villes, la gauche n'a obtenu que 44,9 % des suffrages exprimés (J. Jaffré, « L'inversion du rapport gauche-droite », *Le Monde*, 18 mars 1983).

¹²⁵ Depuis l'automne 1982, François Mitterrand était en contact avec des personnalités du monde économique, notamment Jean Riboud, ou d'hommes politiques tels que Monsieur Jean-Pierre Chevènement, Monsieur Laurent Fabius et Pierre Bérégovoy prônant un changement de ligne politique.

¹²⁶ La diminution des besoins de financement des entreprises du secteur public, des mesures de soutien à l'épargne afin de financer les entreprises et de réduire la consommation des ménages, des mesures permettant d'équilibrer les comptes de la Sécurité sociale pour les exercices 1983 et 1984, des mesures de lutte contre le déficit extérieur grâce à un contrôle des changes renforcé avec, notamment, une mesure qui va frapper les esprits : la création d'un carnet de change obligatoire pour tout achat de devises étrangères ; des mesures de lutte contre l'inflation ; un certain nombre de mesures concernant l'épargne, dont la plus importante est la création d'un emprunt obligatoire remboursable sur trois ans représentant 10 % de l'impôt sur le revenu de 1981.

¹²⁷ Il est à noter toutefois que plusieurs de ces mesures épargnent les ménages les plus en difficulté.

¹²⁸ A. Antier, « L'Année politique, économique et sociale en France », in *Politique étrangère*, Paris, Moniteur, 1984, p. 711.

¹²⁹ À ce propos, durant toutes les années 1970, la compatibilité du programme socialiste avec la réalité économique a été questionnée, notamment lors du débat télévisé du 5 mai 1981 avant le second tour de la campagne par Valéry

sont avortées au bénéfice de politiques économiques libérales¹³⁰. À gauche, « *mars 1983* » symbolise la trahison des sociaux-démocrates au profit du capital. Les actuels sociaux-démocrates¹³¹ y voient eux l'avènement d'une gauche réformatrice consciente de la réalité socio-économique. La radicalité de « *mars 1983* » a toutefois été nuancée par certains travaux qui inscrivent au contraire ce tournant dans une perspective plus longue¹³², ce virage ne marquant pas totalement l'abandon d'une politique sociale au profit d'une unique politique néolibérale¹³³.

30. Mais force est de constater que depuis cette période, les droits acquis au profit des salariés ont été sérieusement remis en question. Tous les gouvernements ont contribué à faire pencher le droit du travail davantage en faveur des intérêts patronaux¹³⁴. Cette dynamique s'est d'ailleurs intensifiée dès la fin des années 1990, époque depuis laquelle les réformes du droit du travail ont été précédées de commissions et rapports d'économistes¹³⁵ prônant à l'unanimité la nécessité de revenir sur les protections de la partie salariée au contrat de travail¹³⁶. De ces rapports a notamment pu émerger le concept de « *flexisécurité* », emprunté aux pays nordiques, visant à

Giscard d'Estaing, lequel affirmait que « *dans le monde tel qu'il est, avec les difficultés économiques que nous avons, l'économie française n'est pas en état de faire face à de telles surcharges et chacun de vous qui croira pouvoir vivre mieux, vivra en réalité plus mal* ». Dans les rangs même du PS, ce sentiment était partagé par la ligne Michel Rocard qui considérait que le projet socialiste était inadapté à la crise économique française.

¹³⁰ Conseiller du ministre de l'Économie et des Finances Monsieur Jacques Delors en 1983, Monsieur Gérard Mestrallet a déclaré au mois de février 2014, alors à la tête de « *GDF-Suez* » (devenue ensuite « *Engie* »), suite à l'annonce des mesures économiques par Monsieur François Hollande : « *J'espère qu'il s'agit d'un nouveau mars 1983* » (J.-M. Bezat, « *Mestrallet : le 'pacte de responsabilité' a un goût de 'mars 1983'* », *Le Monde*, 27 février 2014).

¹³¹ Dont la plupart ont rejoint les rangs de LREM.

¹³² S. Berstein, J.-L. Bianco, P. Milza (dir.), *op. cit.* ; G. Saunier, « Le gouvernement français et les enjeux économiques européens à l'heure de la rigueur 1981-1984 » in É. Bussière, M. Dumoulin, S. Schirmann (dir.), *Milieus économiques et intégration européenne au XXe siècle. La relance des années quatre-vingt (1979-1992)*, actes du colloque des 1er et 2 décembre 2005, Paris, IGPDE, Coll. « XIX^e et XX^e siècles », 2007, p. 109.

¹³³ G. Saunier, « La politique économique de la gauche et le tournant de 1983 », Fondation Jean Jaurès, 7 juin 2017, <https://jean-jaures.org/nos-productions/la-politique-economique-de-la-gauche-et-le-tournant-de-1983> [consulté le 10 juillet 2019].

¹³⁴ G. Lyon-Caen, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Paris, Dalloz-Sirey, Coll. « Connaissance du droit », 1997, 99 pp.

¹³⁵ M. Camdessus, *Le sursaut. Vers une nouvelle croissance pour la France*, Paris, La Doc. Fr, Coll. « Des rapports officiels », 2004, 202 pp ; OCDE, « Réglementation relative à la protection de l'emploi et performance du marché du travail » (Chapitre 2) in *Perspectives de l'emploi*, 2004, p. 65 ; J. Attali (dir.), *Pour la libération de la croissance française 300 propositions pour changer la France*, Paris, La Doc. Fr., Coll. « Des rapports officiels », 2008, 333 pp ; J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Paris, La Doc. Fr., 2015, 140 pp.

¹³⁶ J. Gautier, « Les économistes contre la protection de l'emploi », *Dr. social*, 2005, p. 3.

apporter à l'employeur une plus grande facilité de licenciement tout en garantissant aux salariés des indemnités importantes et plus longues. Le rapport « *Boissonnat* » a recommandé en 1995 la création d'un « *contrat d'activité* » assurant la protection des droits des salariés amenés à changer souvent d'emploi¹³⁷. Il a influencé la « *Commission de Virville* » de 2003 prônant « *un Code du travail plus efficace* »¹³⁸ et l'adaptation du travail aux besoins du marché tout en prétendant conserver une sécurité pour les travailleurs. Le rapport « *Cahuc-Kramarz* » de 2004 a quant à lui proposé une véritable « *sécurité sociale professionnelle* »¹³⁹ et notamment le remplacement des CDI et CDD par un contrat de travail unique. Les rapports « *Camdessus* » (2004)¹⁴⁰ et « *Attali* » (2008)¹⁴¹ ont de même servi de relai au niveau national des organisations économiques internationales d'obédience néo-libérale telles que l'OCDE¹⁴². Seul le rapport « *Supiot* »¹⁴³, au niveau européen, a proposé un cadre alternatif, partant des besoins du travail pour déterminer l'intensité de sa protection avec en outre la création d'un « *état professionnel* » permettant aux travailleurs de passer de diverses situations professionnelles sans compromettre leurs conditions de subsistance. Ce rapport a notamment inspiré les organisations syndicales à travailler dans le sens d'une « *sécurité sociale professionnelle* »¹⁴⁴ ou encore certains sociologues et économistes à faire émerger le concept d'un « *revenu universel* »¹⁴⁵.

31. La « *flexisécurité* »¹⁴⁶ a visiblement été privilégiée par le législateur. Mais la conciliation des intérêts du capital avec celui des travailleurs qu'elle prétend réaliser n'est pas aisée. C'est la recherche du profit qui anime l'économie capitaliste. Le marché assure dans ce

¹³⁷ J. Boissonnat, *Le travail dans vingt ans*, Paris, La Doc. Fr, 1995, 373 pp.

¹³⁸ M. De Virville, *Pour un code du travail plus efficace : rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*, Paris, La Doc. Fr., Coll. « Rapport officiels », 2004, 131 pp.

¹³⁹ P. Cahuc, F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité: vers une sécurité sociale professionnelle*, Paris, La Doc. Fr, Coll. « Des rapports officiels », 2005, 202 pp.

¹⁴⁰ M. Camdessus, *op. cit.*

¹⁴¹ J. Attali (dir.), *op. cit.*

¹⁴² OCDE, préc.

¹⁴³ A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Flammarion, 1999, 321 pp ; L. Freedland, « Sur l'application du droit du travail et de l'emploi au-delà du contrat de travail », *RIT*, 2007/1-2, vol. 146, p. 3.

¹⁴⁴ Formule utilisée par la CGT, « *sécurisation des trajectoires professionnelles* » pour la CFDT (S. Grimault, « sécurisation des parcours professionnels et flexisécurité : analyse comparative des positions syndicales », *Travail et emploi*, 2008, n°113, p. 75).

¹⁴⁵ B. Friot, *L'Enjeu du salaire*, Paris, La Dispute, Coll. « Travail et salariat », 2012, 203 pp.

¹⁴⁶ C. Erhel, *Les Politiques de l'emploi*, Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2009, 128 pp ; B. Crettez (dir.), « *Les politiques de l'emploi, 1995 - 2017* », Paris, Aristoclès, 2017, p. 48.

schéma une régulation et constitue le terrain d'affrontement d'une rude concurrence entre les entreprises. Chaque employeur est ainsi amené à maximiser son profit pour rester en position de force dans la compétition. Pour ce faire, il doit limiter le coût du travail humain et rester souverain dans la direction de l'entreprise. Les protections salariales augmentent le coût de la main d'œuvre et pèsent sur la valeur ajoutée qui doit être reversée aux actionnaires ou bien affectée à l'investissement. Les protections salariales réduisent les profits et entrent ainsi en opposition avec le marché, lequel pousse à toujours plus à baisser les prix. La flexisécurité prétend donc réformer le droit du travail en trouvant un point de conciliation entre le travail et le capital. Or, le droit du travail est justement façonné par ces deux intérêts divergents. Sa capacité à satisfaire les intérêts de l'une ou de l'autre dépend du rapport de force en présence. Mises à part quelques exceptions, les parties ne sont pas dupes et savent qu'il n'y a pas de conciliation dans ce qui s'avère être une véritable lutte¹⁴⁷. La flexisécurité peut donc apparaître comme un leurre qui, sous couvert de la conciliation d'intérêts antagonistes, a permis d'accroître considérablement la « *flexibilité* », réduisant la « *sécurité* » à de maigres et ponctuelles¹⁴⁸ contreparties¹⁴⁹. Elle consiste à ramener les travailleurs à un coût, un capital humain, qu'il faut ajuster en fonction de la conjoncture économique.

32. C'est ce à quoi a contribué de manière très claire la droite libérale installée durablement au pouvoir à compter du second mandat de Jacques Chirac (2002-2007) jusqu'à celui de Monsieur Nicolas Sarkozy (2007-2012). C'est à compter de cette période qu'ont ainsi été adoptées de manière régulière des réformes pesant de manière conséquente sur les droits des salariés¹⁵⁰. D'importants conflits sociaux ont d'ailleurs émaillé cette période, notamment la forte

¹⁴⁷ Les capitalistes sont visiblement conscients de l'existence d'une lutte des classes. En témoigne Warren BUFFET, pendant un temps l'homme le plus riche du monde, qui sur la chaîne CNN déclarait en 2005: « *Il y a une guerre des classes, c'est un fait. Mais c'est ma classe, la classe des riches, qui mène cette guerre et qui est en train de la gagner* » (B. Stein, « *In class warfare, guess which class is winning* », *The New York Times*, 26 novembre 2006).

¹⁴⁸ Loi n°2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle - JORF du 1^{er} avril 2014, dite « *Florange* ».

¹⁴⁹ Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi - JORF 16 juin. 2013, qui prévoyait l'obligation pour l'employeur d'affiliation à une mutuelle professionnelle offrait en contrepartie la possibilité pour l'employeur de négocier dans certaines conditions des accords de maintien de l'emploi qui lui permettent de déroger au régime du licenciement pour motif économique en cas de refus du salarié de se voir appliquer les dispositions de l'accord (Article L. 5125-1 du Code du travail).

¹⁵⁰ Loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social - JORF du 5 mai 2004, loi n°2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs - JORF 22 août 2007, loi n°2008-596 du 25 juin 2008 portant

mobilisation lors de la réforme des retraites en 2003¹⁵¹ ou encore l'opposition en 2006 au « *Contrat première embauche* » (CPE) - permettant à l'employeur de procéder au licenciement sans motif des salariés de moins de vingt-six ans – et qui a alors contraint le gouvernement De Monsieur Dominique De Villepin à renoncer. Contrairement à ce qui a pu être supposé à l'époque, le changement de majorité avec la présidence de Monsieur François Hollande (2012-2017) s'inscrit dans la continuité de cette dynamique. À l'adoption d'un nombre toujours plus important de réformes¹⁵², s'est en effet rajoutée l'utilisation de mécanismes constitutionnels d'accélération de la procédure législative au détriment du débat parlementaire. Lors de l'adoption de la loi dite « *Travail* » du 8 août 2016¹⁵³, Monsieur Manuel Valls a utilisé l'article 49 alinéa 3 permettant l'adoption de la loi sans vote de l'Assemblée Nationale. Pour la première réforme du mandat de Monsieur Emmanuel Macron, présenté comme centriste, Monsieur Édouard Philippe a recouru en septembre 2017 aux ordonnances¹⁵⁴, permettant au Gouvernement d'intervenir dans des domaines normalement réservés au Parlement¹⁵⁵. En matière de réforme du droit du travail, il faut aller vite et si possible ne pas trop discuter.

33. Certaines évolutions du droit du licenciement permettent alors d'illustrer de manière significative cette dynamique. En 1958, l'employeur a été obligé de notifier le congé du salarié par lettre recommandée et de respecter un préavis. De cette disposition ont alors découlé plusieurs avancées dont la loi du 13 juillet 1973 fait à l'évidence partie¹⁵⁶. Celle-ci, en imposant à

modernisation du marché du travail – JORF 26 juin 2008, loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail - JORF du 21 août 2008.

¹⁵¹ Loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites - JORF du 22 août 2003.

¹⁵² Loi n°2013-504 du 14 juin 2013, préc., loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi – JORF du 18 août 2015, dite « *Rebsamen* », loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques – JORF du 7 août 2015, loi n°2016-1088 du 8 août 2016, préc.

¹⁵³ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016, préc.

¹⁵⁴ Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective – JORF du 23 septembre 2017, ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales – JORF du 23 septembre 2017, ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail – JORF du 23 septembre 2017.

¹⁵⁵ Les mesures réglementaires prises par le gouvernement étant sanctionnées par une loi d'habilitation.

¹⁵⁶ Loi n°73-680 du 13 juillet 1973 portant modification du Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée - JORF du 18 juillet 1973.

l'employeur de motiver le licenciement par une cause réelle et sérieuse, sous peine de sanction¹⁵⁷, a effectivement conduit à faire passer le licenciement d'un droit discrétionnaire à un droit causé¹⁵⁸. Jean-Antoine Gau, député socialiste de l'Isère, jugeait d'ailleurs lors des débats parlementaires que cette sanction était « *insuffisante pour avoir un véritable caractère dissuasif* ». Devant l'Assemblée Nationale, le Ministre du Travail de l'époque, Georges Gorse, déclarait également qu'il était « *aujourd'hui impensable que le développement économique vienne porter préjudice aux travailleurs qui contribuent à le réaliser. Expansion économique et protection sociale doivent aller de pair* ». La loi du 3 janvier 1975 a exigé par la suite une autorisation administrative préalable aux licenciements économiques. Cette autorisation a été supprimée dès 1986 par la droite victorieuse des élections législatives du 13 mars de la même année¹⁵⁹. Le gouvernement de Monsieur Jean-Marc Ayraud, socialiste, a supprimé en 2013 le contrôle des plans de sauvegarde de l'emploi par le juge judiciaire et a rendu automatique la qualification du caractère réel et sérieux des licenciements prononcés sur le fondement d'un accord de mobilité ou de maintien de l'emploi¹⁶⁰. Le Gouvernement de Monsieur Édouard Philippe, a abrogé l'indemnité plancher de six mois de salaire au profit d'un barème plafonnant les indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Toutes ces réformes ont été menées avec les mêmes mots d'ordres : la compétitivité des entreprises et l'emploi¹⁶¹. La crédibilité du législateur réside désormais dans sa capacité à supprimer les contraintes que constituent les garanties du droit du travail¹⁶², au détriment du travail¹⁶³.

¹⁵⁷ Réintégration du salarié ou versement d'une indemnité d'un montant d'au moins six mois de salaire. Pour les salariés de plus de deux ans d'ancienneté dans les entreprises de plus de onze salariés. Pour les autres, l'indemnité devait réparer le « préjudice subi » par le licenciement « *abusif* » (C. trav., art. L. 1235-5 ancien).

¹⁵⁸ J. Pélissier, *Le nouveau droit du licenciement*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1980, 379 pp.

¹⁵⁹ La loi n°86-797 du 3 juillet 1986 relative à la suppression de l'autorisation administrative de licenciement – JORF du 4 juillet 1986, a prévu dans son article premier: « *à compter du 1er janvier 1987, l'autorisation administrative de licenciement pour motif économique est supprimée* ».

¹⁶⁰ « *Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application de l'accord à leur contrat de travail, leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et ouvre droit aux mesures d'accompagnement que doit prévoir l'accord* » (C. trav., art. L. 5125-2 al. 2 ancien).

¹⁶¹ Elles portent en outre un bilan global très discutable sur l'emploi. Plusieurs études de l'OIT, du FMI et de l'OCDE ont récemment démontré l'absence d'impact de ces transformations sur l'emploi, voir même l'absence de toute corrélation entre le niveau de protection des salariés et le chômage (A. Parienty, « La flexibilité réduit-elle le chômage ? », *Alternatives économiques*, Hors-série pratique n°046, 1er octobre 2010).

¹⁶² Monsieur François Hollande avait déclaré sur lors du traditionnel entretien du 14 Juillet 2015 à la presse: « *S'il n'y a pas de baisse du chômage, je l'ai dit plusieurs fois, je ne serai pas candidat* ». Il a réitéré sa promesse lors des vœux

34. Cette tendance d'une réforme du droit du travail en faveur des intérêts patronaux se réalise de diverses manières. Les modifications peuvent être effectuées par la loi de manière directe. Tel est l'exemple de la remise en cause du droit du licenciement, évoquée précédemment. En témoignent également, l'évolution de la gestion du temps de travail ou encore la diversification des formes juridiques d'emploi. La loi a en effet permis aux employeurs d'utiliser diverses formes contractuelles adaptées à l'activité de l'entreprise, à la disponibilité de la main-d'œuvre ou encore de recourir à des contrats de travail subventionnés par l'État¹⁶⁴. De manière plus brutale, la loi a donné aux employeurs les outils pour exclure du champ du droit du travail des travailleurs placés sous la subordination d'un donneur d'ordre unique. C'est le cas notamment des auto-entrepreneurs dont le statut a été créé en 2008¹⁶⁵ pour aider à la création d'entreprise. Ce statut, dont la frontière avec le contrat de travail est très poreuse, est bien souvent détourné pour dissimuler une situation de travail salarié. Malgré les nombreuses requalifications en contrat de travail et les précisions apportées par la Cour de cassation¹⁶⁶, le recours à ce type d'emploi ne cesse de croître, notamment via les applications digitales de transport et de livraison. Comme le loueur d'ouvrage du XIX^{ème} siècle, l'auto-entrepreneur est considéré comme un travailleur indépendant qui facture librement ses services et pour lequel ne s'applique aucune protection du droit du travail.

35. Mais le législateur intervient également et surtout de manière indirecte, en se contentant de déléguer progressivement la production du droit du travail aux conventions et accords collectifs de travail tout en leur permettant de déroger dans un sens défavorable aux salariés. L'entreprise est le niveau de négociation qui a été privilégié. Sous prétexte de vouloir élaborer la réglementation du travail salarié au plus près de l'entreprise, le législateur a en fait localisé sa production là où le rapport de force est le plus favorable à l'employeur¹⁶⁷. La négociation collective d'entreprise s'affirme donc comme l'outil principal de la dérégulation¹⁶⁸, la loi étant limitée à ne fixer qu'un cadre procédural déterminant les domaines de négociation et l'intensité de la dérogation. Présenté comme un mécanisme de démocratie sociale, ce nouvel

présidentiels du 31 décembre 2015: *"Toutes nos forces seront tendues vers un seul but : inverser la courbe du chômage d'ici un an, [...] coûte que coûte."*

¹⁶³ P. Lamy, « Un petit boulot, c'est mieux que pas de boulot du tout », *Le Monde*, 2 avril 2014.

¹⁶⁴ Contrat unique d'insertion, contrats initiative-emploi, contrats d'accompagnement dans l'emploi.

¹⁶⁵ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie – JORF du 5 août 2008.

¹⁶⁶ Cass. soc., 6 mai 2015, n°13-27535 ; soc., 28 novembre 2018, n°17-20.079, FP+P+B+R+I.

¹⁶⁷ F. Géa, « Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise », *Dr. social*, 2016, p. 516.

¹⁶⁸ G. Lyon-Caen, « La bataille truquée de la flexibilité », *Dr. social*, 1985, p. 807 : « La loi du travail pourrait être, non dans sa totalité, mais dans la majeure partie de son contenu, de type supplétif. C'est cela la déréglementation ».

ordonnancement fait écho à ce que certains auteurs ont pu nommer dès le début des années 2000¹⁶⁹ la « *contractualisation* » du droit du travail¹⁷⁰. Dans ce cadre, l'employeur peut tirer des avantages allant bien au-delà de ce que la loi lui accorderait, en imposant ses intérêts aux salariés¹⁷¹. Sous couvert de dialogue social, il est en fait question d'éroder le droit du travail et relocaliser peu à peu les rapports employeurs - salariés sous l'empire du droit commun des obligations¹⁷².

36. Les années 1980, durant lesquelles sont apparus les premiers mécanismes de flexibilité¹⁷³, et notamment l'essor des accords d'entreprise dérogatoires¹⁷⁴, peuvent constituer un point de départ de ce processus de dérégulation. Mais il est tout aussi possible de ramener ce dernier aux dispositifs adoptés dans les années 1990, prétendant remédier au chômage par le partage du temps de travail¹⁷⁵. Transposant les dispositions de l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995¹⁷⁶ adopté dans la foulée de l'arrêt « *Charre* » de la Chambre sociale¹⁷⁷, la loi du 12 novembre 1996¹⁷⁸ a institué un système de baisse de cotisations sociales patronales en faveur des entreprises réalisant une réduction collective du temps de travail¹⁷⁹. Cette mesure devait

¹⁶⁹ A. Supiot, « La contractualisation de la société », in Y. Michaux (dir.) *Qu'est ce que l'humain ?*, Travaux de l'université de tous les savoirs, vol. 2, Paris, Jacob, 2000, p. 157 s.

¹⁷⁰ Impactant tout aussi bien les relations individuelles de travail, v. notamment C. Bessy, *La contractualisation de la relation de travail*, Paris, LGDJ, Coll. « Droit et société », 317 pp.

¹⁷¹ F. Géa, préc.

¹⁷² G. Lyon-Caen, préc. p. 810. : « *L'objectif recherché est de rendre l'ensemble du Code du travail supplétif. De rendre son entière souveraineté au contrat de travail individuel* ».

¹⁷³ *Ibid.*, p. 801.

¹⁷⁴ La loi n°82-957 du 13 novembre 1982 (préc.) permettant à l'accord d'entreprise de déroger, dans un sens plus favorable, aux conventions et accords collectifs de niveaux supérieurs.

¹⁷⁵ La loi n°93-1313 quinquennale du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle – JORF du 21 décembre 1993, a mis en place le premier mécanisme de subvention d'une réduction du temps de travail afin de développer ou préserver l'emploi.

¹⁷⁶ Accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 relatif aux négociations collectives.

¹⁷⁷ Cass. soc., 25 janvier 1995, n°90-45796 « *Dame Charre c/ Comité français contre la faim* ».

¹⁷⁸ Loi n°96-502 du 11 juin 1996 tendant à favoriser l'emploi par l'aménagement et la réduction conventionnels du temps de travail – JORF du 12 juin 1996, dite loi « *Robien* ».

¹⁷⁹ L'aide était adressée aux entreprises qui réalisaient une réduction collective du temps de travail des salariés de 10 ou 15 % pour favoriser l'emploi, en effectuant de nouvelles embauches d'au moins 10 % de salariés (CDI) ou en évitant un plan de licenciement. Contre cette réduction de la durée collective de travail, les entreprises bénéficiaient d'une réduction de cotisations sociales patronales : durant une période de sept ans si elles réduisaient le temps de travail pour embaucher ; pour trois ans, reconductibles quatre ans, si leur démarche s'inscrit dans le cadre d'un plan

être exécutée par la négociation collective, dérogeant aux dispositions légales, sans se soucier de son caractère défavorable ou non. La loi a en outre permis la conclusion d'accords collectifs de travail dans les entreprises qui ne disposent pas de délégué syndical (DS)¹⁸⁰. Il a été désormais possible de mandater un salarié par une organisation syndicale représentative extérieure à l'entreprise ou de négocier avec des représentants élus du personnel¹⁸¹. Cette dérogation au monopole des organisations syndicales n'a pas été invalidée par le Conseil constitutionnel¹⁸². La loi du 12 novembre 1996 a été abrogée par la loi du 13 juin 1998¹⁸³ qui, sur le même modèle incitatif, a prévu l'abaissement de la durée légale du travail à trente-cinq heures hebdomadaire par une seconde loi¹⁸⁴. Entraînant un développement inédit de la négociation collective¹⁸⁵, ces lois ont accru l'espace de la négociation collective dérogatoire en matière de temps de travail avec notamment la création des conventions de forfaits en jours ou encore la réduction du temps de travail par attribution de jours de repos. Elles ont servi d'appui aux réformes postérieures établissant peu à peu la primauté de l'accord collectif d'entreprise.

social et vise à limiter le nombre de licenciements économiques. Durant la période d'application, l'aide prenait la forme d'une convention entre l'État et l'entreprise ou l'établissement, devant obligatoirement être précédée d'un accord collectif de branche ou d'entreprise. Ce dispositif a été abrogé par la première loi « Aubry ».

¹⁸⁰ Ou bien dans les entreprises de moins de cinquante salariés, de délégués du personnel désignés comme délégué syndical, à condition qu'un accord de branche le prévoie (art. 6).

¹⁸¹ Ces accords collectifs devant être validés par les partenaires sociaux de la branche, en commission paritaire composée de toutes les organisations représentatives.

¹⁸² « *Considérant qu'aux termes du sixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : "Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale..." ; qu'aux termes du huitième alinéa du même préambule : "Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises." ; que si ces dispositions confèrent aux organisations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs, elles n'attribuent pas pour autant à celles-ci un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective ; que des salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité, peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail dès lors que leur intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives* » (Cons. const., DC n°96-383 du 6 novembre 1996, « *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective* », consid. n°8 ; *Dr. ouvrier*, 1996, p. 479, note G. Lyon-Caen.

¹⁸³ Loi n°98-461 du 13 juin 1998, d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail - JORF 14 juin 1998, dite « Aubry ».

¹⁸⁴ Inaugurant une nouvelle méthode d'interaction entre la législation et la négociation collective : celle d'une loi d'orientation suivie d'une loi tenant compte du résultat des négociations.

¹⁸⁵ Avec près de 43 000 accords d'entreprise signés en trois ans entre 1999 et 2001 (A. Jobert, « La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982 », *Dr social*, 2010, p. 370).

37. Si son point de départ est difficilement identifiable, il est par contre certain que cette dérégulation se heurte à l'acteur syndical, émanation du droit du travail dans l'entreprise¹⁸⁶. Véritable garde-fou des protections salariales, sa « *vocation naturelle* » est d'assurer la défense des droits et des intérêts des travailleurs¹⁸⁷. Par souci de clarté, il est précisé que l'acteur syndical est entendu dans cette thèse comme l'ensemble des acteurs institués par le Code du travail et dont les prérogatives sont prévues par des dispositions spécifiques (la section syndicale, le délégué syndical, le représentant de section syndicale (RSS) et le représentant syndical aux instances élues dans l'entreprise). La notion d'entreprise y est quant à elle définie comme la communauté de salariés co-contractants¹⁸⁸ d'un seul et même employeur, constituant le cadre de mise en œuvre des institutions représentatives du personnel, de la constitution de la section syndicale et la désignation des mandats syndicaux¹⁸⁹. Sans avoir une mission d'intérêt général, l'acteur syndical a la capacité d'exprimer et de défendre les intérêts de l'ensemble des salariés de l'entreprise, même non adhérents mais appartenant à la même catégorie que ses membres. Il dispose à ce titre de diverses prérogatives pour mener à bien cette mission dans l'entreprise, mais aussi devant les juridictions.

38. Au sein de l'entreprise, l'acteur syndical est le représentant principal de la partie salariée lors de la négociation collective, outil par lequel s'opère la dérégulation. Il en est alors à la fois l'acteur mais constitue en même temps l'ultime rempart à franchir pour que ce processus aboutisse. Aussi, après avoir érigé l'acteur syndical en acteur démocratique pour mieux justifier la décentralisation du droit du travail au niveau de l'entreprise, le législateur semble vouloir le reléguer au rôle de simple spectateur. Car une fois celui-ci marginalisé, l'employeur sera en mesure de traiter directement avec ses salariés. Il lui sera alors possible de faire triompher d'autant plus facilement ses intérêts par le biais d'une négociation collective d'entreprise dont les thèmes et la force normative ne cessent de croître¹⁹⁰. En définitive, se pose la question de savoir par quels

¹⁸⁶ G. Borenfreund, M.-A. Souriac, « *Propos introductifs* », *op. cit.*

¹⁸⁷ Cons. const., DC n°96-383 du 6 novembre 1996, préc.

¹⁸⁸ S. Guinchard, T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Paris, Dalloz, 2017, p. 463.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ Cette situation existe déjà depuis l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 (préc.) dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés et dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et vingt salariés, en l'absence de membre élu de la délégation du personnel du comité social et économique. L'employeur peut proposer un projet d'accord aux salariés, rédigé par lui-même en amont, qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise prévus par le Code du travail (C. trav., art. L. 2232-21). Lorsque le projet d'accord est approuvé à la majorité des deux tiers du personnel, il est considéré comme un accord valide (C. trav., art. L. 2232-22).

mécanismes le législateur œuvre-t-il pour limiter la vocation de l'acteur syndical de l'entreprise à défendre l'intérêt et les droits des salariés. Pour éroder la capacité la résistance de l'acteur syndical, durant les trois dernières décennies, le législateur a affaibli l'implantation de ce dernier dans l'entreprise (PARTIE I) tout en restreignant ses prérogatives (PARTIE II).

PARTIE I. L'AFFAIBLISSEMENT DE LA STRUCTURE SYNDICALE DANS L'ENTREPRISE

39. Afin de limiter la vocation de l'acteur syndical de l'entreprise à défendre l'intérêt et les droits des salariés, le législateur a fragilisé la structure syndicale dans l'entreprise en modifiant les conditions d'acquisition de la qualité d'organisation représentative. La notion de représentativité est apparue avec le Traité de Versailles du 28 juin 1919¹⁹¹, à l'origine de la création de l'OIT, prévoyant que « *Les Membres s'engagent à désigner [à la Conférence générale] 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* »¹⁹². La Cour permanente de justice internationale¹⁹³ a interprété ces dispositions et considéré dans un avis du 31 juillet 1922 que les gouvernements devaient déterminer et désigner les organisations les plus représentatives en prenant notamment en compte le nombre d'adhérents¹⁹⁴.

40. L'activité de représentation des organisations syndicales va au-delà du cadre institutionnel établi par le droit. Elle occupe un champ plus large allant de l'établissement de relations quotidiennes avec les salariés jusqu'à la mobilisation collective. En catalysant les mécontentements individuels sur le terrain pour les transformer en parole collective, elle contribue à l'élaboration puis à l'expression des revendications salariales. La construction et la protection de cet intérêt commun par le syndicat se matérialisent notamment à travers la mobilisation et la négociation collective¹⁹⁵. La qualité d'organisation représentative fonde « *la légitimité du pouvoir syndical* »¹⁹⁶ et confie comme « *mission impérative* »¹⁹⁷ la représentation de l'ensemble des

¹⁹¹ JORF du 13 octobre 1919.

¹⁹² Traité de Versailles, 29 juin 1919, art. 389 al. 3 (Const. OIT, art. 3.5 nouveau).

¹⁹³ CPIJ, 31 juillet 1922 Décision au sujet de l'interprétation de l'article 389 du Traité de Versailles, BIT, Bulletin officiel du 16 août 1922, Vol. VI, n°7, p. 299.

¹⁹⁴ Cette exigence a été intégrée au droit national par le décret du 31 janvier 1921 relatif à la réorganisation du Conseil supérieur du travail - JORF du 5 février 1921 et du 8 février 1921, puis dans le décret du 16 janvier 1925 portant constitution d'un Conseil national économique - JORF du 17 janvier 1925.

¹⁹⁵ J.-M. Pernot, *Syndicats : lendemains de crise ?*, Paris, Gallimard, Coll. « Folio », 2010, 395 pp.

¹⁹⁶ M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective principe général du droit*, Thèse de doctorat, Droit privé, Université Toulouse 1, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque du droit social », 1994, p. 15.

travailleurs et non simplement des adhérents. Si la qualité d'organisation représentative donne une légitimité à l'action syndicale, son institutionnalisation par le droit régule et rythme en retour son action.

41. Si en Allemagne ou au Royaume-Uni, la représentativité est basée sur la reconnaissance mutuelle des partenaires sociaux, les organisations syndicales doivent en France satisfaire à des critères imposés par le législateur, lequel bénéficie d'une certaine liberté dans la réglementation de la représentativité¹⁹⁸. En effet, le législateur peut, sans méconnaître le principe de la liberté syndicale, subordonner l'exercice de certaines prérogatives à une condition de représentativité¹⁹⁹. Dans l'entreprise, la qualité d'organisation « *représentative* » permet entre autre à l'acteur syndical de désigner des délégués syndicaux et de participer en priorité à la négociation d'accords collectifs. La représentativité ne découle donc pas directement de la reconnaissance de la liberté syndicale, elle constitue un critère de filtrage légal pour l'exercice de certaines prérogatives découlant de cette liberté. Ce classement entraîne des conséquences sur l'appréciation de la représentativité qui peut notamment varier selon la prérogative ou le niveau de négociation considérés. En sélectionnant les syndicats, la représentativité structure l'expression des acteurs professionnels²⁰⁰. Réservée aux organisations les plus à même de recueillir et présenter les préoccupations des salariés, cette qualité évite la fragmentation des revendications et renforce la parole des salariés. En effet, moins les interlocuteurs sont nombreux, plus les risques de division sont faibles, plus leur message a de l'impact.

42. À la Libération, la représentativité a été conçue de manière descendante. La qualité représentative des cinq grandes confédérations nationales (CGT, CFDT, CGT-FO, CFE-CGC, CFTC) a été arrêtée par voie légale et réglementaire²⁰¹. Au niveau de l'entreprise, les syndicats

¹⁹⁷ A. Arseguet, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, Thèse de doctorat, Droit privé, Université Toulouse 1, 1976, (p. III.) 698 pp.

¹⁹⁸ Cour EDH, 2^e sect., 21 novembre 2006, « *Demir et Baykara c. Turquie* », n°34503/97, §154 D et B.: « *les Etats restent libres d'organiser leur système pour garantir un statut spécial aux syndicats représentatifs* ».

¹⁹⁹ Cons. const., DC du 14 décembre 2006, n°2006-544 ; Cass. soc., 16 septembre 2008, n°07-13.440, Bull. Civ. V, n°162.

²⁰⁰ P. Rosanvallon, *op. cit.*

²⁰¹ Décision du 8 avril 1948 relative à la détermination des organisations appelées à la discussion et à la négociation des conventions collectives de travail, *Dr. social*, 1948, p. 156 ; Loi n°50-205 du 11 février 1950, préc. ; Arrêté du 31 mars 1966 relatif à la détermination des organisations appelées à la discussion et à la négociation des conventions collectives de travail – JORF 2 avril 1966.

affiliés à ces confédérations bénéficiaient d'une présomption irréfragable de représentativité²⁰², les autres syndicats devant quant à eux prouver cette qualité. Ce régime n'était pas perçu comme illégitime car il consacrait des positions acquises reposant sur une audience réelle des organisations syndicales ainsi reconnues. Il institutionnalisait un échange politique octroyant aux principales confédérations nationales une reconnaissance et des droits en contrepartie de l'acceptation de règles fondant le fonctionnement des institutions représentatives et paritaires et le développement de la négociation collective. Surtout, la représentativité présumée protégeait les syndicats de la menace constante d'une contestation judiciaire et leur conférait une assise solide. En figeant et en limitant la représentativité, le système de la présomption évitait une trop grande division syndicale et renforçait de fait la coalition des salariés au sein de l'entreprise.

43. La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail²⁰³ est venue rompre avec ce régime en changeant la logique de l'acquisition de la qualité d'organisation représentative. Faisant passer le système de présomption à un système de démonstration, tout acteur syndical dans l'entreprise est désormais tenu de satisfaire à plusieurs critères de représentativité dont notamment celui de l'audience électorale, critère déterminant. Alors que jusqu'à présent seuls les syndicats non affiliés aux cinq confédérations nationales devaient démontrer être représentatifs, tous doivent désormais s'acquitter de cette tâche. Prétendant renforcer la légitimité des organisations syndicales, dont le taux d'adhérents a depuis les trente glorieuses chuté de manière conséquente, la loi du 20 août 2008 a durci les critères d'acquisition de la qualité d'organisation représentative, conditionnée en partie au vote des salariés. Afin que les syndicats soient évalués et récompensés par leur action sur le terrain, la loi a favorisé l'implantation syndicale dans l'entreprise en étendant aux syndicats non représentatifs certaines prérogatives qui jusque-là étaient réservées aux seuls syndicats représentatifs. Si le regain de légitimité promis par cette réforme ne s'est pas fait ressentir, la loi du 20 août 2008 a toutefois contribué à diviser (TITRE 1) et précariser (TITRE 2) l'implantation syndicale dans l'entreprise.

²⁰² Cass. soc., 5 juillet, *Dr. ouvrier*, 1978, p. 44 ; 28 juin 1978, Bull. civ. V, n°534 ; 7 juillet 1983, *Dr. social*, 1984. p 86.

²⁰³ Loi n°2008-789 du 20 août 2008, préc.

TITRE 1. L'IMPLANTATION D'UNE STRUCTURE SYNDICALE DIVISÉE

44. Pour limiter sa capacité de défense des intérêts et droits des salariés, le législateur a fragilisé la structure syndicale en renforçant la division déjà existante entre les organisations. Contrairement à ce qu'elle prétendait, la loi du 20 août 2008 n'a pas réellement facilité l'implantation syndicale dans l'entreprise mais a davantage intensifié sa division. Pour bénéficier de la qualité d'organisation représentative, la loi a contraint tous les syndicats de l'entreprise à démontrer satisfaire plusieurs critères qualitatifs et quantitatifs, nécessairement cumulés. L'audience électorale, élément déterminant, est censée mesurer et récompenser par le vote des salariés l'action du syndicat sur le terrain. Afin que la course aux votes, à laquelle les syndicats se livrent désormais dans l'entreprise, ne soit pas faussée, la loi du 20 août 2008 a étendu au profit des organisations non représentatives des prérogatives qui jusqu'alors étaient réservées à celles qui sont représentatives. Cette homogénéisation des prérogatives syndicales provoque inévitablement un effritement de la frontière entre les qualités de syndicat représentatif et non représentatif. Cette perméabilité est susceptible d'accroître la rivalité présente entre les organisations représentatives et non représentatives (Chapitre 1). Elle intensifie la concurrence permanente dans laquelle ont été placés tous les syndicats dans l'entreprise par l'obligation de démontrer leur représentativité, en satisfaisant notamment au critère de l'audience électorale, calculé à l'occasion des élections professionnelles (Chapitre 2).

Chapitre 1. La perméabilisation de la frontière entre syndicat représentatif et syndicat non représentatif dans l'entreprise

45. La division de la structure syndicale dans l'entreprise est intensifiée par l'homogénéisation des prérogatives des syndicats représentatifs et non représentatifs. Avant la loi du 20 août 2008, la qualité d'organisation syndicale représentative conférait aux syndicats bénéficiaires des prérogatives propres dont les syndicats non représentatifs étaient privés. Afin que la compétition instaurée entre les syndicats soit le moins possible altérée, la loi du 20 août 2008 a octroyé aux syndicats non représentatifs les moyens nécessaires pour faire leurs preuves dans l'entreprise. En conséquence, si la représentativité octroie toujours des prérogatives propres aux

organisations qui jouissent de cette qualité, la loi du 20 août 2008 a étendu certaines attributions aux syndicats non représentatifs dans l'entreprise. Les prérogatives de ces derniers restent globalement différentes, mais la frontière qui les sépare est de plus en plus perméable (Section 1). La loi du 20 août 2008 a également institué au profit des syndicats non représentatifs un nouvel acteur, le représentant de section syndicale, dont les prérogatives concurrencent celles du délégué syndical (Section 2).

Section 1. L'extension aux syndicats non représentatifs de prérogatives naguère propres aux syndicats représentatifs

46. Depuis la loi du 20 août 2008, la représentativité doit être démontrée dans l'entreprise par chaque organisation syndicale. Celles-ci devant faire leurs preuves sur le terrain, la loi a octroyé en conséquence aux syndicats non représentatifs des prérogatives jusque-là réservées aux syndicats représentatifs, à condition qu'ils satisfassent au respect des valeurs républicaines et d'indépendance, qu'ils soient légalement constitués depuis au moins deux ans et que leur champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concerné²⁰⁴. Ces critères vont au-delà de la question de la représentativité puisqu'ils révèlent « *la qualité même de syndicat ou son authenticité* » et conditionnent son existence légale²⁰⁵. Les syndicats qui satisfont à ces critères minimums de respect des valeurs républicaines, d'indépendance et d'ancienneté « *réunissent les conditions essentielles qui les qualifient en tant que syndicats et leur confèrent une aptitude à devenir représentatifs* »²⁰⁶. Ces derniers peuvent en conséquence participer à la négociation du protocole préélectoral et présenter des candidats au premier tour des élections professionnelles (A). La loi du 29 août 2008 leur a en outre autorisé à constituer une section syndicale dans l'entreprise (B). Ces prérogatives doivent permettre aux syndicats de s'implanter dans l'entreprise et d'y développer une activité pour à terme être récompensés par le vote des salariés et bénéficier de la qualité d'organisation représentative.

²⁰⁴ Cf. *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

²⁰⁵ P. Rodière, « Du dialogue social à la démocratie sociale – Quelques questions sur la réforme de la réforme », *Sem. Soc. Lamy*, n° 1370 ; J.-E. Ray, *Droit du Travail, droit vivant*, 11^e éd., Rueil-Malmaison, Liaisons, Coll. « Droit vivant », p. 418 et s.

²⁰⁶ P. Rodière, *préc.*

A. L'extension aux syndicats non représentatifs de prérogatives électorales

47. La loi du 20 août 2008 a conditionné la représentativité dans l'entreprise à une audience électorale minimum²⁰⁷. Afin que les syndicats non représentatifs disposent des mêmes chances de bénéficier de cette audience, la loi a logiquement permis à ces derniers de participer à la négociation du protocole préélectoral (1) ainsi que de présenter des candidats au premier tour des élections professionnelles (2).

1. *La participation au protocole d'accord préélectoral*

48. L'invitation des organisations syndicales à la négociation du protocole préélectoral est une obligation qui incombe à l'employeur. Son non-respect est sanctionné par la nullité de plein droit des élections professionnelles²⁰⁸, tel est le cas si l'employeur négocie un protocole avec des candidats libres²⁰⁹. Si aucun syndicat ne répond à son invitation, l'employeur doit fixer unilatéralement le protocole d'accord préélectoral. Avant la loi du 20 août 2008, l'article L. 2324-4 du Code du travail²¹⁰ indiquait sans plus de précisions que le protocole d'accord préélectoral était négocié entre le chef d'entreprise ou son représentant et les « *organisations syndicales intéressées* » qu'il doit inviter. L'expression « *organisations intéressées* », recouvrait en réalité les seules organisations syndicales représentatives dans l'entreprise²¹¹ même si elles n'y avaient aucun adhérent ou aucune activité²¹².

49. Depuis l'intervention de la loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail²¹³, la liste des organisations syndicales devant être conviées à négocier le protocole d'accord préélectoral a été élargie à compter des élections dont la date de la première réunion de négociation du protocole était postérieure au 21 août 2008, date de la publication de la loi. Comme sous l'empire de l'ancien régime, l'employeur doit inviter les organisations syndicales

²⁰⁷ C. trav., art. L. 2121-1 et L. 2122-1.

²⁰⁸ Cass. soc., 1er avril 1998, n°96-60.433. L'élection n'est toutefois pas annulée si le syndicat qui demande l'annulation a, sans émettre expressément de réserves, participé à la signature du protocole préélectoral ou présenté des candidats (Cass. soc., 2 mars 2011, n°10-60.201).

²⁰⁹ Cass. soc., 5 février 1997, n°96-00.009.

²¹⁰ C. trav., art. L. 433-13 ancien.

²¹¹ Cass. soc., 14 février 1984, n°83-60.947.

²¹² Cass. soc., 1er avril 1998, n°96-60.433, Bull. civ. V, n°195 ; Cass. soc., 24 septembre 2003, n°02-60.521 D ; Cass. soc., 14 février 2007, n°06-60.106.

²¹³ Loi n°2008-789 du 20 août 2008, préc.

reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement²¹⁴. Il doit désormais convier aussi les organisations syndicales non représentatives ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement ainsi que celles qui sont affiliées à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel, ces invitations devant être faites par courrier. Les organisations syndicales conviées par l'employeur doivent satisfaire aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, être légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concerné²¹⁵. Depuis la loi du 20 août 2008, l'employeur doit à la fois procéder à une invitation par affichage dans l'entreprise ou l'établissement et à une invitation par courrier²¹⁶.

50. Le champ des syndicats invités à négocier le protocole préélectoral a donc considérablement été élargi par la loi du 20 août 2008 puisqu'il intègre désormais les syndicats non représentatifs satisfaisant au respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constitués depuis au moins deux ans, dont champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés, ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement et / ou affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel. Les syndicats représentatifs ne sont donc plus les seuls à bénéficier de cette prérogative. Depuis l'institution du comité social et économique (CSE) par l'ordonnance du 22 septembre 2017²¹⁷, dans les entreprises dont l'effectif est compris entre onze et vingt salariés, lorsqu'aucun salarié ne s'est porté candidat aux élections dans les trente jours suivant la diffusion de l'information par l'employeur au personnel de l'organisation prochaine des élections, l'employeur est dispensé d'inviter les organisations syndicales à négocier le protocole d'accord préélectoral²¹⁸. Dans un tel cas, celui-ci peut fixer seul les modalités de l'élection.

²¹⁴ Si l'entreprise est composée d'établissements distincts, les syndicats représentatifs au niveau de l'entreprise doivent être invités aux négociations du protocole préélectoral. Cette obligation doit être respectée même s'ils n'ont pas de délégué syndical au niveau de l'établissement concerné par les élections (Cass. soc., 6 avril 2005, n°04-60.310 ; Cass. soc., 15 février 2006, n°04-60.525 P+B) et même si le protocole préélectoral de l'entreprise prévoyait de ne convier à la négociation des protocoles d'établissements que les syndicats représentatifs « *présents* » dans l'établissement (Cass. soc., 14 février 2007, n°06-60.106 P+B).

²¹⁵ C. trav., art. L. 2314-5.

²¹⁶ Lorsque l'invitation est faite par courrier, la convocation peut être adressée au DS, au RSS, syndicat auteur de la désignation du DS ou bien les deux (Cass. soc., 21 novembre 2007, n°07-60.023).

²¹⁷ Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017, préc., art. 1.

²¹⁸ C. trav., art. L. 2314-5.

2. La présentation des candidats au premier tour des élections professionnelles

51. Avant la loi du 20 août 2008, seules étaient admises au premier tour des élections professionnelles les candidatures présentées par les organisations syndicales²¹⁹ « *intéressées* »²²⁰, à savoir les organisations syndicales représentatives. La loi du 28 octobre 1982²²¹ avait en effet donné aux syndicats représentatifs un monopole inconditionnel de candidature pour le premier tour des élections professionnelles. En raison de ce monopole, ceux-ci ne pouvaient faire liste commune avec des syndicats non représentatifs²²². Depuis la loi du 20 août 2008, sont désormais admises à présenter des candidatures dès le premier tour de scrutin les organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement, mais également celles ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement ou affiliées²²³ à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel, satisfaisant 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 concerné²²⁴. Ces nouvelles règles sont applicables aux élections professionnelles organisées sur la base d'un protocole préélectoral dont la première réunion de négociation est postérieure au 21 août 2008, date de la publication de la loi²²⁵. La représentativité du syndicat s'appréciant à la date du dépôt des listes de candidatures²²⁶, il doit en être de même concernant

²¹⁹ C'est l'organisation syndicale représentative qui présente la liste aux élections et non la section syndicale, celle-ci ne dispose pas de la personnalité juridique (Cass. soc., 30 mai 2001, n°00-60.159, Bull. civ. V, n°40).

²²⁰ C. trav., art. L. 433-10 ancien.

²²¹ Loi n°82-915 du 28 octobre 1982, préc.

²²² Cass. soc., 1er novembre 1993, n°92-60.306.

²²³ Les syndicats affiliés à une même confédération nationale ne peuvent présenter qu'une seule liste de candidats par collège lors des élections professionnelles. En conséquence, plusieurs listes ne peuvent se réclamer d'une même confédération syndicale représentative sur le plan national pour le même scrutin (Cass. soc., 16 octobre 2001, n°00-60.203, Bull. civ. V, n°322 ; Cass. soc., 13 octobre 2004, n°03-60.416, Bull. civ. V, n°262). (Cass. soc., 22 septembre 2010, n°10-60.135). Dans cette affaire, deux organisations syndicales affiliées à une même confédération nationale avaient présenté chacune une liste de candidats dans un même collège électoral. Les juges du fond avaient validé l'élection en estimant qu'aucune disposition du Code du travail n'interdit à des organisations syndicales représentant la même catégorie de personnel et appartenant à la même confédération de présenter des listes de candidats distinctes lors des élections. Ce jugement a été censuré par la Cour de cassation considérant que « *les syndicats affiliés à une même confédération nationale, qu'elle soit ou non représentative, ne peuvent présenter qu'une seule liste de candidats, par collège, lors des élections professionnelles dans l'entreprise* ».

²²⁴ C. trav., art. L. 2324-4 et L. 2324-22.

²²⁵ Cass. soc., 21 octobre 2009, n°09-60.090 P+B.

²²⁶ Cass. soc., 12 mars 2008, n°07-60.282.

l'appréciation des nouvelles conditions prévues par la loi portant rénovation de la démocratie sociale concernant les syndicats non représentatifs.

52. Qu'ils soient représentatifs ou non, les syndicats dans l'entreprise peuvent participer à l'élaboration du protocole préélectoral et présenter des listes de candidats dès le premier tour des élections professionnelles. Les candidats à la course aux votes des salariés sont donc plus nombreux. La loi du 20 août 2008 a octroyé en outre aux syndicats non représentatifs la possibilité de constituer une section syndicale dans l'entreprise pour y organiser et développer leur action.

B. La constitution d'une section syndicale dans l'entreprise

53. La section syndicale structure l'activité de l'organisation syndicale dans l'entreprise (1). Sa constitution a été permise par la loi du 20 août 2008 aux syndicats non représentatifs dans l'entreprise sous réserve de satisfaire à certaines conditions (2).

1. Structure de l'organisation syndicale dans l'entreprise

54. Instituée par la loi du 27 décembre 1968²²⁷, la section syndicale d'entreprise permet d'assurer la représentation des intérêts professionnels de ses membres²²⁸ et structure l'organisation syndicale au sein de l'entreprise. L'existence de la section syndicale se réalise par la simple manifestation de ses activités ordinaires (tractage, affichage, réunions, collecte des cotisations) qui satisfont à l'impératif posé par le Code du travail selon lequel elle doit assurer « *la représentation des intérêts professionnels [matériels et moraux] de ses membres* »²²⁹. La loi ne conditionne l'existence de la section syndicale à aucune structure ou forme spécifique ni dépôt de statut ou publicité. Elle n'interfère pas dans la vie de l'organisation et n'impose aucune structure interne à la section syndicale, notamment les organes dont elle se dote (bureau, exécutif, secrétaire). À partir du moment où l'existence de la section a été portée à la connaissance de l'employeur et que sa présence est matérialisée par un minimum d'adhérents²³⁰, elle peut revendiquer à l'intérieur de l'entreprise l'usage des moyens d'action syndicale reconnus par la loi. L'information du chef d'entreprise permet simplement la mise en œuvre de ces moyens à l'intérieur de l'entreprise.

²²⁷ Loi n°68-1179 du 27 décembre 1968, préc., art. 3.

²²⁸ C. trav., art. L. 2142-1 (L. 412-6 ancien).

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ Cf. *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

2. La constitution de la section syndicale par les syndicats non représentatifs

55. Antérieurement à la loi du 20 août 2008, seules les organisations représentatives dans l'entreprise pouvaient constituer une section syndicale²³¹. L'ancien article L. 412-6 du Code du travail²³² réservait la constitution d'une section syndicale à « *chaque syndicat représentatif* ». La Cour de cassation considérait que « *tout syndicat affilié à l'une des organisations représentatives sur le plan national* » bénéficiait d'une présomption irréfragable de représentativité²³³. Ces derniers étant présumés représentatifs de manière irréfragable, il leur était possible de constituer une section syndicale au sein de l'entreprise ainsi qu'un salarié représentant la section, le délégué syndical, doté de plus de pouvoirs que le représentant de section syndicale. La loi du 20 août 2008²³⁴, est venue modifier ce régime en ouvrant la constitution d'une section syndicale aux syndicats non représentatifs dans l'entreprise. L'article L. 2142-1 du Code du travail prévoit et autorise désormais la création d'une section syndicale au bénéfice de :

- chaque syndicat représentatif dans l'entreprise (selon les nouveaux critères de représentativité posés par la loi du 20 août 2008²³⁵).
- chaque syndicat affilié à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel²³⁶.
- chaque syndicat qui satisfait aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constitué depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise concernée.

56. La possibilité de constituer une section syndicale pour ces syndicats est une innovation capitale puisqu'elle était jusque-là réservée aux seules organisations représentatives, la

²³¹ « *Chaque syndicat représentatif peut décider de constituer au sein de l'entreprise une section syndicale qui assure la représentation des intérêts matériels et moraux de ses membres (...).* » (C. trav., art. L. 412-6 ancien).

²³² Créé par la loi n°68-1179 du 27 décembre 1968, préc., art. 3. Puis modifié par la loi n°82-915 du 28 octobre 1982, préc., art. 10.

²³³ Cass. soc., 7 juillet 1983, nos 83-60025, 83-60026, 83-60028, 83-60029.

²³⁴ Loi n°2008-789 du 20 août 2008, préc., art. 6 (V).

²³⁵ Il s'agit des syndicats satisfaisant à l'ensemble des critères de représentativité visés à l'article L. 2121-1 du Code du travail, dont celui de l'audience électorale.

²³⁶ Les syndicats affiliés aux organisations syndicales dont la liste a été fixée par le ministre du Travail, c'est-à-dire celles dont la représentativité au niveau national et interprofessionnel aura été démontrée par agrégation des résultats aux élections professionnelles dans les entreprises. Les organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel sont : la CGT, la CFDT, la CGT-FO, la CFTC et la CFE-CGC (Arr. min., 22 juin 2017, NOR : MTRT171705A - JORF 30 juin).

jurisprudence estimant alors que la désignation d'un délégué syndical suffisait à établir l'existence d'une section syndicale²³⁷. Celle-ci dispose d'un local mais aussi de moyens pour communiquer dans l'entreprise comme la mise à disposition d'un panneau d'affichage²³⁸. Elle peut également organiser, en dehors du temps de travail, des réunions mensuelles²³⁹ pour les salariés. Elle peut enfin distribuer des tracts syndicaux²⁴⁰.

57. La constitution d'une section syndicale n'est soumise à aucune condition d'effectif dans l'entreprise²⁴¹. Pour autant, dans tous les cas, le syndicat doit pouvoir justifier « *de plusieurs adhérents dans l'entreprise ou l'établissement* »²⁴², qu'il soit représentatif (selon les nouveaux critères de représentativité²⁴³), affilié à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel²⁴⁴ ou non représentatif dans l'entreprise. Cette disposition est d'application immédiate et, précise la Cour de cassation, l'expression « *plusieurs adhérents* » doit s'entendre comme « *au moins deux* » salariés²⁴⁵, quel que soit l'effectif de l'entreprise²⁴⁶, parmi lesquels peut être compté le salarié désigné comme représentant de la section syndicale²⁴⁷. L'adhésion du salarié à un syndicat relevant de sa vie personnelle, la Cour de cassation a jugé que le syndicat « *ne peut produire ou être contraint de produire une liste nominative de ses adhérents* » sauf si ces derniers ont donné leur accord express.

58. La section syndicale ne bénéficie en outre pas expressément d'une personnalité juridique. La Cour de cassation lui refuse cette qualité et considère de manière ferme que « *la section syndicale d'entreprise [...] étant dépourvue de personnalité morale n'a pas qualité pour*

²³⁷ Cass. soc., 27 mai 1997, Bull. Civ. V, n°1997.

²³⁸ C. trav., art. L. 2142-3.

²³⁹ C. trav., art. L.2142-8.

²⁴⁰ C. trav., art. L. 2142-4.

²⁴¹ La dissolution d'une section syndicale ne peut donc être ordonnée d'après le seul constat que l'effectif de l'entreprise était inférieur à cinquante salariés. (Cass. soc., 24 février 1993, n°91-60.237, Bull. civ. V, n°70).

²⁴² C'est à dire « *au moins deux* » salariés (Cass. soc., 8 juillet 2009, n°08-60.599, Bull. civ. V, n°181) quel que soit l'effectif de l'entreprise (Cass. soc., 4 novembre 2009, n°09-60.075 Bull. civ. V, n°244, *Cahiers Lamy du CE* n°88, p. 17) , parmi lesquels on peut compter le salarié désigné comme représentant de la section syndicale (Cass. soc., 26 mai 2010, n°09-60.278, Bull. civ. V, n°117, *Cahiers Lamy du CE*, n°96, p. 4).

²⁴³ Il s'agit des syndicats satisfaisant à l'ensemble des critères de représentativité visés à l'article L. 2121-1 du Code du travail, dont celui de l'audience électorale.

²⁴⁴ CGT, la CFDT, la CGT-FO, la CFTC et la CFE-CGC (Arr. min., 22 juin 2017, préc.).

²⁴⁵ Cass. soc., 8 juillet 2009, n°08-60.599, Bull. civ. V, n°181.

²⁴⁶ Cass. soc., 4 novembre 2009, n°09-60.075 Bull. civ. V, n°244, *Cahiers Lamy du CE*, n°88, p. 17.

²⁴⁷ Cass. soc., 26 mai 2010, n°09-60.278, Bull. civ. V, n°117, *Cahiers Lamy du CE*, n°96, p. 4.

agir [...] »²⁴⁸. La section syndicale ne peut donc agir en justice, ni au pénal en matière d'entrave au droit syndical, ni devant le juge administratif, ni devant les juridictions civiles et prud'homales²⁴⁹. Elle ne peut pas non plus conclure de protocole préélectoral pour les élections professionnelles²⁵⁰ et ne peut présenter une liste de candidats²⁵¹. N'ayant pas de personnalité juridique, la section syndicale ne peut enfin conclure en son nom des accords ayant la portée d'actes juridiques (protocoles préélectoraux, par exemple). Elle peut en revanche détenir une compétence statutaire pour engager l'organisation syndicale. Dans un tel cas, ses représentants concluront pour le syndicat. Il se peut aussi que seul le syndicat dispose statutairement de ce pouvoir. Il est représenté par les mandataires qu'il désigne, notamment les délégués syndicaux en titre qui agissent alors comme représentants du syndicat. S'il y a conflit entre la section et l'organisation syndicale dont elle émane, la discipline syndicale est mise en jeu.

59. En cas de contestation de l'existence d'une section syndicale, le syndicat doit apporter les éléments de preuve permettant d'établir la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise mais pas les éléments permettant d'identifier ses adhérents. La Cour de cassation prévoit dans ce domaine une dérogation au principe du contradictoire selon laquelle seul le juge est en droit de prendre connaissance du nom des adhérents de la section²⁵². Cette restriction du principe du contradictoire est cependant limitée aux seuls éléments d'identification des adhérents au syndicat²⁵³. Dans un tel cas, le recours à une autorité extérieure pour attester de l'existence d'adhérents sans divulguer leur identité ne semble pas être exclue²⁵⁴.

60. Si une union de syndicats ou une confédération n'a pas d'adhérents dans l'établissement ou l'entreprise dans laquelle elle souhaite constituer une section syndicale, elle peut se prévaloir des adhérents du syndicat auquel elle est affiliée, lesquels sont présents dans l'établissement ou l'entreprise en question²⁵⁵. Selon la Cour de cassation, la qualité d'adhérent est

²⁴⁸ Cass. soc., 18 juillet 1979, n°79-60.118, Bull. civ. V, n°646 ; Cass. soc., 30 mai 2001, n°00-60.159, Bull. civ. V, n°188.

²⁴⁹ Elle ne saurait être reçue dans une action en dommages-intérêts engagée contre l'employeur pour non-respect de la convention collective (CPH Annemasse, 10 juin 1985, Cah. prud'h. 1985, p.196).

²⁵⁰ Des représentants du personnel (Cass. soc., 18 juillet 1979, n°79-60.118, Bull. civ. V, n°646).

²⁵¹ Cass. soc., 30 mai 2001, n°00-60.159, Bull. civ. V, n°188.

²⁵² Cass. soc., 8 juillet 2009, n°09-60.011, Bull. civ. V, n°180, *Cahiers Lamy du CE*, n°85, p. 16 ; Cass. soc., 14 décembre 2010, n°10-60.137, Bull. civ. V, n°290.

²⁵³ Cass. soc., 14 novembre 2012, n°11-20.391, Bull. civ. V, n°293.

²⁵⁴ Rapp. AN n°992, Poisson, p. 129.

²⁵⁵ Cass. soc., 13 janvier 2010, n°09-60.155, Bull. civ. V, n°13.

déterminée par les statuts du syndicat. Saisi d'une contestation relative à l'existence de la section syndicale, le Tribunal d'instance doit se référer aux dispositions des statuts pour caractériser l'adhésion²⁵⁶.

61. La jurisprudence de la Cour de cassation²⁵⁷ antérieure à la loi du 20 août 2008 considérait que la seule désignation d'un délégué syndical suffisait à établir l'existence d'une section syndicale. Cette jurisprudence n'a aujourd'hui plus lieu d'être²⁵⁸. En exigeant un nombre minimum d'adhérents, certes réduit par la Cour de cassation à au moins deux salariés²⁵⁹, la loi du 20 août 2008 a durci les conditions de constitution d'une section syndicale pour les syndicats représentatifs par affiliation à l'une des cinq centrales nationales. Alors qu'ils n'avaient auparavant qu'à nommer un délégué syndical pour établir l'existence de la section syndicale, ces deniers doivent désormais établir la preuve d'au moins deux salariés membres de la section.

62. La loi du 20 août 2008 a étendu aux syndicats non représentatifs dans l'entreprise des prérogatives qui jusque-là étaient réservées aux syndicats représentatifs. Afin de pouvoir convenablement faire leurs preuves sur le terrain et satisfaire au critère de l'audience électorale, la loi leur a permis, sous réserve de certaines conditions, de constituer une section syndicale pour organiser leur activité dans l'entreprise. Comme cette activité doit être récompensée (ou non) par les urnes, la réforme de 2008 a logiquement prévu leur présence à la négociation du protocole préélectoral ainsi que la présentation de listes dès le premier tour des élections professionnelles. Homogénéisant les prérogatives entre syndicats représentatifs et non représentatifs, la loi portant rénovation de la démocratie sociale a complété ces dispositions par l'institution du représentant de section syndicale au profit des syndicats non représentatifs dans l'entreprise. Les prérogatives et pouvoirs de ce dernier viennent concurrencer celle du délégué syndical, nommé par les syndicats représentatifs.

²⁵⁶ En l'espèce, le tribunal aurait dû rechercher si aux termes des statuts, la seule manifestation de volonté d'adhérer au syndicat ne suffisait pas à caractériser l'adhésion (Cass. soc., 22 novembre 2017, n°16-22.184, D).

²⁵⁷ Cass. soc., 27 mai 1997, n°96-60.239.

²⁵⁸ Cass. soc., 5 avril 2011, n°10-20.538.

²⁵⁹ Cass. soc., 8 juillet 2009, n°08-60.599, Bull. civ. V, n°181.

Section 2. L'institution d'un représentant de section syndicale au profit des syndicats non représentatifs

63. En plus de l'ouverture de la constitution d'une section syndicale, de la négociation du protocole préélectoral et la présentation de candidatures au premier tour des élections professionnelles aux organisations non représentatives, la loi du 20 août 2008²⁶⁰ a institué un nouvel acteur, le représentant de la section syndicale, au bénéfice de celles-ci dans l'entreprise ou de l'établissement d'au moins cinquante salariés²⁶¹. La nomination d'un représentant de section syndicale doit obéir à certaines conditions (A). Les prérogatives de ce nouvel acteur concurrencent celles du délégué syndical, nommé par un syndicat représentatif (B).

A. Les conditions préalables à la nomination du représentant de section syndicale

64. La nomination d'un représentant de section syndicale est ouverte aux organisations syndicales ainsi qu'aux unions de syndicats « à laquelle la loi reconnaît la même capacité civile qu'aux syndicats eux-mêmes » dès lors qu'elles ont plusieurs adhérents dans l'entreprise, que leur champ de compétence national et interprofessionnel couvre l'entreprise, et que leurs statuts n'interdisent pas d'intervenir directement dans une entreprise en l'absence d'organisation adhérente compétente dans le champ géographique et professionnel couvrant cette dernière²⁶². La Cour de cassation a d'ailleurs précisé que, pour la désignation d'un RSS, une union de syndicats peut se prévaloir des adhérents du syndicat auquel elle est affiliée et qui sont présents dans l'entreprise dans laquelle elle souhaite désigner un RSS²⁶³. De même, le salarié désigné comme RSS doit être pris en compte dans les adhérents de la section syndicale²⁶⁴. Mais comme pour la désignation du délégué syndical, plusieurs syndicats affiliés à une même confédération, ou utilisant un même sigle confédéral ne peuvent désigner, dans un même périmètre, qu'un seul RSS. Dans ce cas, la Cour de cassation privilégie la désignation parvenue en premier dans l'ordre chronologique²⁶⁵.

²⁶⁰ Loi n°2008-789 du 20 août 2008, préc., art. 6 (V).

²⁶¹ C. trav., art. L. 2142-1-1.

²⁶² Cass. soc., 8 juillet 2009, n°09-60.012, Bull. civ. V, n°182 ; Cass. soc., 13 janvier 2010, n°09-60.108, Bull. civ. V, n°12, *Cahiers Lamy du CE*, n°90, p. 14.

²⁶³ Cass. soc., 13 janvier 2010, n°09-60.155, Bull. civ. V, n°13, *Cahiers Lamy du CE*, n°90, p. 14.

²⁶⁴ Cass. soc., 26 mai 2010, n°09-60.278, Bull. civ. V, n°117.

²⁶⁵ Cass. soc., 17 février 2016, n°14-25.711, Bull. civ. V, n° 37, *JSL*, n°407-3 ; Cass. soc., 17 février 2016, n°14-23.854, Bull. civ. V, n°38, *JSL*, n°407-3.

Chaque section syndicale ne peut désigner qu'un seul RSS (1) en suivant en outre des conditions précises (2).

1. La nomination d'un seul représentant par section syndicale

65. Un syndicat non représentatif ne peut désigner qu'un seul RSS et ce quel que soit l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement²⁶⁶. Il peut désigner un RSS dans un établissement même s'il n'est pas présent dans tous les sites de l'établissement, ou encore au sein de l'entreprise même s'il n'est pas implanté dans l'ensemble des établissements qui la compose²⁶⁷. Il peut encore désigner un RSS, soit au niveau des établissements distincts, soit au niveau de l'entreprise, mais aucune disposition légale n'institue un représentant de section syndicale central²⁶⁸. Un syndicat qui a obtenu la représentativité au niveau de l'entreprise, et qui a désigné un délégué syndical central, peut désigner un RSS dans un établissement où il n'aurait pas obtenu le score électoral suffisant pour y être représentatif. Dans un premier temps, la Cour de cassation a apporté une réponse négative à cette question, en considérant qu'il y avait incompatibilité entre la désignation d'un délégué syndical d'entreprise et la désignation d'un RSS d'établissement²⁶⁹. De plus, la Haute juridiction écartait la possibilité de déroger à cette règle par un accord collectif. Cette décision n'allait pas sans poser des difficultés aux organisations syndicales qui étaient représentatives au niveau de l'entreprise, mais qui n'avaient pas atteint le seuil de 10 % dans un établissement : elles ne pouvaient, dans cet établissement, désigner de RSS, et ne pouvaient y désigner un délégué syndical qu'à la condition de renoncer à la désignation d'un délégué syndical central²⁷⁰.

66. Dans un arrêt du 13 février 2013, la chambre sociale de la Cour de cassation est revenue sur cette position en permettant à un syndicat représentatif au niveau de l'entreprise de désigner un délégué syndical central, mais également de désigner un RSS dans un établissement où il n'aurait pas atteint le score électoral pour être représentatif. La Haute juridiction a considéré que le syndicat représentatif au niveau de l'entreprise ne saurait, dans un établissement où il n'est pas représentatif, bénéficier de moins de prérogatives que celles accordées à un syndicat non

²⁶⁶ Cass. soc., 14 décembre 2010, n°10-60.263, Bull. civ. V, n°293, *Cahiers Lamy du CE*, n°105, p. 24.

²⁶⁷ Cass. soc., 8 juillet 2009, n°09-60.048, Bull. civ. V, n°178.

²⁶⁸ Cass. soc., 29 octobre 2010, n°09-60.484, Bull. civ. V, n°251; Cass. soc., 31 mai 2011, n°10-25.688, Bull. civ. V, n°135 ; Cass. soc., 20 juin 2012, n°11-60.202, Bull. civ. V, n°195.

²⁶⁹ Cass. soc., 10 mai 2012, n°11-21.144, Bull. civ. V, n°146.

²⁷⁰ V.-L. Pécaut-Rivoliér, « Chronique des jurisprudences sur la représentation du personnel », *Sem. Soc. Lamy*, 2012, n°1559, p. 4.

représentatif²⁷¹. Un syndicat représentatif au niveau de l'entreprise peut donc désigner un délégué syndical central tout en conservant la possibilité de désigner un RSS dans un établissement où il n'a pas fait la preuve de sa représentativité.

2. La désignation du représentant de section syndicale

67. Les mêmes organes habilités à désigner un délégué syndical ou un représentant syndical au comité d'entreprise (CE) ou au comité social et économique sont habilités à désigner un RSS²⁷². Ainsi, les statuts de l'UNSA habilitant son secrétaire général à désigner des délégués syndicaux ou des représentants syndicaux au comité d'entreprise, celui-ci peut désigner un représentant de la section syndicale²⁷³. Pour pouvoir être désigné RSS, le salarié doit remplir les mêmes conditions que le délégué syndical, sauf celle de l'audience électorale²⁷⁴. Ainsi, ne peut être désigné comme RSS un salarié qui dispose d'une délégation écrite d'autorité, expressément acceptée, et qui exerce effectivement le pouvoir disciplinaire dans l'agence qu'il dirige²⁷⁵. Les formalités de désignation sont les mêmes que pour le délégué syndical.

68. Pour que sa désignation soit valable, le syndicat doit indiquer dans la lettre qu'il notifie au chef d'entreprise le cadre dans lequel il est désigné, à savoir, soit l'entreprise, soit l'établissement²⁷⁶. Ces formalités sont requises sous peine de nullité²⁷⁷. Quant à la contestation de sa désignation, elle doit se faire par simple déclaration au greffe dans les quinze jours de la désignation²⁷⁸ et donc en aucun cas par télécopie ou par courriel, ces modes de contestation ne répondant pas à l'exigence posée par le Code du travail²⁷⁹. Par ailleurs, comme pour le délégué syndical, un salarié mis à disposition peut être désigné comme RSS dans l'entreprise utilisatrice²⁸⁰. Ses fonctions sont compatibles avec celles des délégués du personnel (DP), de membre du

²⁷¹ Cass. soc., 13 février 2013, n°12-19.663, Bull. civ. V, n°44.

²⁷² Sauf disposition contraire des statuts du syndicat.

²⁷³ Cass. soc., 18 novembre 2009, n°09-65.639, Bull. civ. V, n°263.

²⁷⁴ En plus d'être nommé par un syndicat représentatif dans l'entreprise, le délégué syndical doit bénéficier depuis la Loi du 20 août 2008 d'un score d'au moins 10 % des suffrages exprimés sur son nom propre aux dernières élections professionnelles (C. trav., art. L. 2143-3).

²⁷⁵ Cass. soc., 21 mars 2018, n°17-12.602.

²⁷⁶ Cass. soc., 8 juillet 2009, n°09-60.048, Bull. civ. V, n°178.

²⁷⁷ Cass. soc., 18 novembre 2009, n°09-60.033, Bull. civ. V, n°262.

²⁷⁸ C. trav., art. R. 2143-5.

²⁷⁹ Cass. soc., 18 novembre 2009, préc.

²⁸⁰ Cass. soc., 29 février 2012, n°11-10.904, Bull. civ. V, n°84, *JSL*, n°320-6.

CHSCT, ou de représentant élu au comité d'entreprise, ou de membre de la délégation du personnel au comité social et économique mais en aucun cas avec celle de délégué syndical. Cependant, lorsqu'à la suite des élections un syndicat perd sa représentativité, il peut désigner son ancien délégué syndical comme représentant de la section syndicale²⁸¹.

69. Cet acteur est censé représenter le syndicat et œuvrer à son implantation dans l'entreprise qui, en fonction de son activité, sera récompensée par une audience électorale nécessaire pour bénéficier de la qualité d'organisation représentative. La loi confère au RSS la même protection statutaire que celle du délégué syndical²⁸². Il est donc protégé pendant toute la durée de son mandat et à la fin de celui-ci pendant douze mois à condition qu'il ait exercé son mandat pendant un an. Il lui est accordé un temps de délégation de quatre heures par mois au moins²⁸³. Le régime de ces heures de délégation, et notamment celui de leur paiement et de la contestation de leur utilisation, est aligné sur celui des heures de délégation des autres institutions représentatives du personnel²⁸⁴.

70. Par analogie avec les règles applicables pour la désignation des délégués syndicaux, dans les entreprises qui emploient moins de cinquante salariés, un délégué du personnel (ou un membre de la délégation du personnel au CSE) peut être désigné, pour toute la durée de son mandat, comme représentant de la section syndicale²⁸⁵. Il n'est pas prévu de crédit d'heures spécifique, sauf accord collectif le prévoyant expressément. Le délégué du personnel (ou le membre de la délégation du personnel au CSE) ainsi désigné pourra utiliser les heures de délégation que lui confère son mandat pour l'exercice de ses fonctions de RSS. Les règles applicables à la désignation d'un délégué du personnel (ou un membre de la délégation du personnel au CSE) comme délégué syndical sont potentiellement transposables. Ainsi, comme pour la désignation d'un délégué syndical, seul un délégué du personnel (ou un membre de la délégation du personnel au CSE) titulaire peut être désigné comme représentant de la section syndicale, puisque lui seul bénéficie d'un crédit d'heures de délégation²⁸⁶.

²⁸¹ Cass. soc., 20 mars 2013, n°11-26.836, Bull. civ. V, n°81.

²⁸² C. trav., art. L. 2142-1-2 et L. 2421-1 ; Cass. soc., 11 octobre 2017, n°16-11.048.

²⁸³ C. trav., art. L. 2142-1-3.

²⁸⁴ C. trav., art. L. 2142-1-2 ; C. trav., art. L. 2142-1-3.

²⁸⁵ C. trav., art. L. 2142-1-4.

²⁸⁶ Cass. soc., 27 mars 2013, n°10-20.369, Bull. civ. V, n°94.

71. Avant la loi du 20 août 2008, le Code du travail faisait de l'entreprise le cadre de constitution de la section syndicale²⁸⁷. La Cour de cassation avait toutefois reconnu la section syndicale au niveau de l'établissement distinct²⁸⁸. Dans sa rédaction issue de la loi du 20 août 2008, l'article L. 2142-1 du Code du travail vise indifféremment l'entreprise ou l'établissement²⁸⁹. Pour la Cour de cassation, le cadre de la désignation du RSS est le même que celui de la désignation du délégué syndical²⁹⁰.

72. Le représentant de section syndicale bénéficie de prérogatives importantes, proches de celles du délégué syndical.

B. Les prérogatives importantes du représentant de section syndicale

73. L'article L. 2142-1-1 du Code du travail dispose que le représentant de la section syndicale « *bénéficie des mêmes prérogatives que le délégué syndical, à l'exception du pouvoir de négocier des accords collectifs* ». Ainsi, alors qu'il est nommé par un syndicat qui n'est pas représentatif, le représentant de section syndicale dispose de prérogatives semblables à celle du délégué syndical mise à part la participation à la négociation collective (1). Néanmoins, même dans ce domaine, le représentant de section syndicale peut être amené à concurrencer le délégué syndical (2).

1. *Des prérogatives semblables à celles du délégué syndical*

74. Exerçant les « *mêmes prérogatives que le délégué syndical, à l'exception du pouvoir de négocier des accords collectifs* », le représentant de section syndicale représente son syndicat auprès de l'employeur pour lui formuler des propositions, des revendications ou des réclamations. Il assure en outre l'interface entre les salariés et l'organisation syndicale à laquelle il appartient et anime la section syndicale. Il peut enfin assurer la défense des salariés, assister ceux qui le souhaitent lors d'un entretien préalable²⁹¹ à une sanction disciplinaire ou lors d'une instance

²⁸⁷ C. trav., art. L. 412-6 ancien: « *Chaque syndicat représentatif peut décider de constituer au sein de l'entreprise une section syndicale qui assure la représentation des intérêts matériels et moraux de ses membres [...].* »

²⁸⁸ Cass. soc., 29 octobre 1987, n°87-60.133; Cass. soc., 21 juillet 1986, n°85-60.681, Bull. civ. V, n°451.

²⁸⁹ « *Dès lors qu'ils ont plusieurs adhérents dans l'entreprise ou dans l'établissement ...* » (C. trav., V.-L. Pécaut-Rivolier, préc., av., art. L. 2142-1).

²⁹⁰ Cass. soc., 14 décembre 2010, n°10-60.221, Bull. civ. V, n°292.

²⁹¹ C. trav., art. L. 1232-4.

devant le Conseil de prud'hommes²⁹². Toutefois, contrairement au délégué syndical, le représentant de section syndicale n'a pas accès à la base de données économiques et sociales²⁹³

75. Pour se consacrer à ses fonctions, le RSS bénéficie du statut de salarié protégé²⁹⁴ contre le licenciement et dispose d'un crédit mensuel de quatre heures de délégation²⁹⁵, considérées comme du temps de travail effectif et payées à l'échéance normale. Comme pour les délégués syndicaux, les heures de délégation sont donc rémunérées comme du temps de travail et doivent être payées à échéance normale²⁹⁶, même lorsque l'employeur conteste leur utilisation²⁹⁷. Dans un tel cas, une rétention de salaire est assimilable à une sanction pécuniaire. L'employeur ne peut saisir le juge qu'après avoir demandé au préalable au salarié des précisions et indications sur l'utilisation des heures litigieuses²⁹⁸. Le crédit d'heures alloué au représentant de section est inférieur à celui des délégués syndicaux, variant entre dix et vingt heures par mois selon la taille de l'entreprise²⁹⁹, voire plus lorsqu'un accord collectif le prévoit³⁰⁰. Cette différence d'heures s'explique notamment par le fait que le représentant de section ne participe pas à la négociation collective.

76. Dans les entreprises qui emploient moins de cinquante salariés, les syndicats non représentatifs dans l'entreprise peuvent désigner un membre de la délégation du personnel au comité social et économique comme représentant de la section syndicale. Néanmoins, ce mandat de représentant ne peut ouvrir droit à un crédit d'heures supplémentaire à celui dont il dispose en tant que représentant du personnel à moins qu'un accord collectif ne le prévoit³⁰¹. Celui-ci peut alors utiliser le temps dont il dispose comme membre de la délégation du personnel au comité social et économique pour l'exercice de ses fonctions³⁰². Durant ses heures de délégation, le RSS

²⁹² C. trav., art. L. 1453-1.

²⁹³ C. trav., art. L. 2323-8.

²⁹⁴ C. trav., art. L. 2411-1 ; Cass. soc., 11 octobre 2017, n°16-11.048.

²⁹⁵ C. trav., art. L. 2142-1-3 al. 1.

²⁹⁶ C. trav., art. L. 2143-17 et L. 2142-1-3.

²⁹⁷ Cass. soc., 9 décembre 1985, Bull. Civ. V, n°851, p. 423 ; Cass. soc., 28 février 1989, Bull. Civ. V, n°143, p. 87.

²⁹⁸ L. Dauxerre, *La représentativité syndicale, instrument du dialogue social*, Thèse de doctorat, Droit privé, Université Aix-en-Provence, PUAM, 2005, p. 138.

²⁹⁹ C. trav., art. L. 2143-13.

³⁰⁰ Par exemple, l'accord de groupe EADS sur le droit syndical et le dialogue social du 13 février 2009 porte le crédit d'heures de délégation à 25 heures mensuelles pour le délégué syndical dans les établissements de moins de 500 salariés (article 5.8).

³⁰¹ C. trav., art. L. 2143-13.

³⁰² C. trav., art. L. 2142-1-4.

peut se déplacer en dehors de l'entreprise, circuler librement à l'intérieur de celle-ci et prendre les contacts nécessaires à l'accomplissement de sa mission, notamment auprès d'un salarié à son poste de travail, sous réserve de ne pas gêner le travail des salariés.

77. Par analogie avec le délégué syndical, le représentant de section syndicale bénéficie d'une grande liberté dans l'utilisation de son crédit d'heures. Il peut les utiliser pendant les horaires de travail ou en-dehors, dans l'entreprise ou à l'extérieur³⁰³ et peut même les fractionner. L'employeur ne peut *a priori* contrôler l'utilisation des heures de délégation en les soumettant à une procédure d'autorisation préalable, sous peine de commettre le délit d'entrave à l'exercice du droit syndical. L'employeur peut cependant effectuer un contrôle *a posteriori* en demandant certaines informations sur la tâche accomplie. Après concertation, l'employeur peut également mettre en place des délais de prévenance ou soumettre l'utilisation du crédit d'heures à l'emploi de bons de délégation. La Cour de cassation précise toutefois que la pratique des bons de délégation ne doit pas être détournée de son objet d'information préalable³⁰⁴.

78. Si le représentant de section syndicale ne peut participer à la négociation collective, il peut, dans certains cas, concurrencer le délégué syndical sur cette prérogative.

2. Des prérogatives concurrentes à celles du délégué syndical

79. Ses prérogatives ayant été étendues au représentant de section syndicale, c'est désormais sa fonction de négociateur qui fonde la spécificité du délégué syndical. Le Code du travail prévoit que les conventions ou les accords d'entreprise ou d'établissement sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise³⁰⁵. Le délégué syndical est donc amené à négocier chaque fois que l'employeur souhaite l'ouverture de discussions en vue de la conclusion d'un accord et, au minimum, lors des négociations périodiques obligatoires dont l'employeur est tenu de prendre l'initiative.

80. Le représentant de section syndicale, tel que le précise expressément l'article L. 2142-1-1 du Code du travail, ne dispose pas du pouvoir de négocier des accords collectifs. Néanmoins, cette faculté lui est ouverte, sur mandatement d'une organisation syndicale affiliée à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel, si aucun délégué syndical n'a pu être désigné au premier tour des élections professionnelles ou s'il n'existe

³⁰³ L. Dauxerre, *op. cit.*, p. 131.

³⁰⁴ Cass. soc., 10 mai 2006, n°05-40.802, Bull. Civ. V, n°174, p. 168.

³⁰⁵ C. trav., art. L. 2242-10.

pas de délégué syndical dans l'entreprise³⁰⁶. Dans un tel cas, la validité de l'accord est subordonnée à son approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés. Faute d'approbation, l'accord est réputé non écrit³⁰⁷. Aucune disposition du Code du travail ne prévoit les modalités de détermination d'un crédit d'heures dédié à la négociation des accords collectifs. Le représentant de section syndicale ne peut toutefois pas négocier des accords dans les entreprises relevant de branches dans lesquelles un accord prévoit déjà que des délégués du personnel, des membres du comité d'entreprise ou des salariés mandatés peuvent négocier un accord collectif³⁰⁸.

Conclusion du Chapitre 1

81. Rompant avec le régime de la représentativité présumée, établi au sortir de la seconde guerre mondiale, la loi du 20 août 2008 a contraint l'intégralité des organisations syndicales dans l'entreprise à démontrer leur représentativité par la satisfaction de critères cumulés, dont celui de l'audience électorale, critère déterminant. Souhaitant placer tous les syndicats sur la même ligne de départ pour la course à la représentativité, la loi a doté les syndicats non représentatifs de moyens d'action et d'expression nécessaires pour faciliter leur implantation dans l'entreprise et acquérir à terme la qualité d'organisation représentative. Elle a étendu en conséquence à ces derniers des prérogatives qui étaient jusque-là réservées aux syndicats représentatifs. Ainsi, les organisations syndicales non représentatives dans l'entreprise satisfaisant aux critères de l'article L. 2142-1 du Code du travail³⁰⁹ peuvent désormais constituer une section syndicale, présenter des candidats au premier tour des élections professionnelles et participer à la négociation du protocole d'accord préélectoral³¹⁰. Ces organisations peuvent entre outre désigner un représentant de section syndicale qui « *bénéficie des mêmes prérogatives que le délégué syndical, à l'exception du pouvoir de négocier des accords collectifs* »³¹¹ sauf si aucun délégué syndical n'a pu être désigné au premier tour des élections professionnelles ou s'il n'existe pas de délégué syndical dans l'entreprise.

³⁰⁶ C. trav., art. L. 2143-23.

³⁰⁷ C. trav., art. L. 2232-14.

³⁰⁸ Loi n°2008-789 du 20 août 2008, préc., art. 6 III.

³⁰⁹ Nombre minimum d'adhérents dans l'entreprise, respect des valeurs républicaines, indépendance, légalement constitué depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés.

³¹⁰ C. trav., art. L. 2324-4.

³¹¹ C. trav., art. L. 2142-1-1.

82. De prime abord, il est difficile d'affirmer que l'extension de telles prérogatives aux syndicats non représentatifs dans l'entreprise ne serait pas bénéfique à l'implantation syndicale dans l'entreprise. Il est même tentant de considérer que l'accroissement du nombre de sections syndicales dans l'entreprise, ajouté à l'arrivée d'un nouvel acteur syndical (le RSS), puisse renforcer le rapport de force en faveur de l'acteur syndical et *in fine* renforcer la protection des intérêts des salariés. Mais il est tout aussi légitime de craindre que cette extension de prérogatives à l'acteur syndical non représentatif soit préjudiciable à l'implantation syndicale. En perméabilisant la frontière qui sépare ce dernier du syndicat représentatif, la rivalité qui peut exister entre ces deux types d'organisations risque d'être intensifiée. En banalisant la qualité d'organisation représentative, cette homogénéisation des prérogatives risque en outre de diluer la parole syndicale et l'affaiblir en conséquence. La voix et les revendications salariales sont en effet plus efficacement portées par quelques syndicats représentatifs, bénéficiant de prérogatives importantes, que par une multitude de sections syndicales faibles et divisées, à moins que ces dernières ne fassent preuve d'une entente et d'une collaboration hors pair, ce qui paraît peu évident³¹². L'homogénéisation et la multiplication des acteurs syndicaux dans l'entreprise risque ainsi de favoriser leur division.

83. Cette dispersion est en outre intensifiée par la mise en concurrence permanente de ces deniers pour l'acquisition de la qualité d'organisation représentative.

Chapitre 2. La mise en concurrence permanente des syndicats dans l'entreprise

84. L'ancien régime de représentativité syndicale, établi à la Libération, reposait sur une conception majoritaire de la représentativité. Mais la prédominance de la CGT, qui entretenait à l'époque des liens étroits avec le Parti communiste, a amené le législateur à favoriser une conception pluraliste³¹³. Un certain équilibre des forces entre représentation syndicale et patronale a été abandonné au profit de l'égalité entre syndicats représentatifs, favorisant les prémices d'une

³¹² Sachant déjà que l'arrivée de nouveaux syndicats dans l'entreprise, disposant de prérogatives étendues, a de grandes chances d'être accueillie d'un mauvais œil par les syndicats plus anciens.

³¹³ À la Libération, le scrutin majoritaire a été adopté pour les élections professionnelles. Les lois n°47-1234 du 7 juillet 1947 relative à la modification de l'art. 10 de l'ordonnance du 22 février 1945 – JORF du 8 juillet 1947 et n°47-1235 du 7 juillet 1947 relative à la modification de l'art. 9 de la loi du 16 avril 1946 – JORF du 8 juillet 1947, l'ont remplacé par un scrutin à la proportionnelle.

division entre syndicats³¹⁴. L'interprétation de la représentativité résultait de la jurisprudence de la Cour de cassation mais également des interventions législatives de 1968 et 1982. Dans l'entreprise, deux conceptions de la représentativité coexistaient: la représentativité de droit des syndicats affiliés à une confédération représentative, inscrite à l'arrêté du 31 mars 1966³¹⁵, et la représentativité prouvée des syndicats ayant démontré leur importance dans l'entreprise ou la branche. La loi n°82-915 du 28 octobre 1982³¹⁶ a fait bénéficier aux syndicats d'entreprise affiliés à une centrale représentative sur le plan national et interprofessionnel d'une présomption de représentativité irréfragable³¹⁷. L'affiliation à une confédération nationale non reconnue représentative au niveau national interprofessionnel ne permettait pas aux syndicats d'être représentatif dans l'entreprise³¹⁸. Ces derniers devaient alors se prévaloir d'une représentativité prouvée³¹⁹. Le retrait de l'affiliation à une organisation nationale représentative emportait le retour de la représentativité par la preuve³²⁰.

85. Si la loi du 20 août 2008 a étendu aux organisations non représentatives certaines prérogatives réservées jusqu'alors aux organisations représentatives, elle a en retour considérablement amoindri la « *capacité représentative* » des syndicats³²¹. Reprenant sur ce point la position commune du 9 avril 2008, la loi portant rénovation de la démocratie sociale a mis un terme à la présomption de représentativité des cinq confédérations nationales fixée par l'arrêté du 31 mars 1966 pour placer tous les syndicats de l'entreprise dans une situation de concurrence permanente. Sous l'empire de l'ancien système, la représentativité dans l'entreprise devait être démontrée par seulement certains syndicats (ceux non affiliés à une des cinq confédérations nationales). Désormais, la représentativité doit obligatoirement être démontrée par l'intégralité des syndicats, en satisfaisant à des critères posés par le législateur (Section 1). La concurrence

³¹⁴ A. Supiot, « Parité, égalité, majorité dans les relations collectives de travail », in N. Aliprantis, F. Kessler, *Le droit collectif du travail, questions fondamentales, évolutions récentes, études en hommage à H. Sinay*, Francfort, Lang, 1994, p. 59.

³¹⁵ Arrêté du 31 mars 1966, préc.

³¹⁶ La loi a souhaité mettre fin aux ambiguïtés issues du texte antérieur. Le deuxième alinéa du nouvel article L.412-4 énonçait ainsi 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* ».

³¹⁷ Cass. soc., 7 juillet 1983, *Dr. social*, 1984, p. 86.

³¹⁸ Cass. soc., 20 juillet 1981, Bull. civ. V, n°719 ; 23 février 1973, *Dr. ouvrier*, 1973, p. 217.

³¹⁹ Cass. soc., 20 décembre 1988, Bull. civ. V, n°431 ; 24 février 1993, *RJS*, 4/93, n°416.

³²⁰ Cass. soc., 3 mars 1993, *RJS* 4/93, n°415 ; 26 juin 2001, Bull. civ. V, n°228.

³²¹ C. Dufour et A. Hege, *L'Europe syndicale au quotidien. La représentation des salariés en France, Allemagne, Grande-Bretagne et Italie*, Bruxelles, PIE Peter Lang, Coll. « Travail et société », 2002, 256 pp.

instaurée entre les syndicats est intensifiée par le critère déterminant de l'audience électorale (Section 2).

Section 1. La démonstration obligatoire de la représentativité par chaque syndicat

86. Dans l'entreprise, par la force des choses, la faculté de négociation de l'employeur pour lui-même n'est conditionnée à aucun critère. Jusqu'à la loi du 5 avril 2014³²², la représentativité des organisations patronales ne devait d'ailleurs pas être démontrée, sauf dans le seul cas des conventions collectives étendues³²³. Dans ce cas, le parallélisme des formes entre salariés et employeurs était en réalité bien illusoire et inégalitaire au profit des seconds dont la représentativité, dans les faits, dépendait exclusivement des effectifs. Ce critère était satisfait en fonction du nombre d'adhérents à l'organisation, en nombre et en pourcentage³²⁴, et de l'importance du groupement en fonction du nombre de salariés des entreprises la composant³²⁵ et non pas en fonction de leur poids économique. Le critère de l'indépendance était exigé pour les organisations patronales dans un tel cas, mais se résumait à l'interdiction d'adhérer à deux organisations patronales distinctes³²⁶.

87. Pour les syndicats de salariés, l'acquisition de la qualité d'organisation représentative est bien plus complexe. La loi du 20 août 2008 a mis un terme à la représentativité présumée des cinq centrales nationales et des organisations qui leur étaient affiliées (A). Dans l'entreprise, comme à chaque niveau de négociation, tout syndicat doit, désormais, démontrer satisfaire à plusieurs critères de représentativité cumulatifs (B).

³²² Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises. Elle a conditionné la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs à la satisfaction des critères cumulatifs de respect des valeurs républicaines, l'indépendance, la transparence financière, ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation, l'influence et de l'audience mesurée en fonction du nombre d'entreprises adhérentes (C. trav., art. L. 2151-1).

³²³ L. Flament, « Quelques questions actuelles sur la représentativité des organisations patronales », *RDT*, 2010, p. 273.

³²⁴ CE, 9 novembre 2007, n°257252.

³²⁵ CE, 13 juillet 1966, *JCP*, 1966, II, 14900, note J.-M. Verdier.

³²⁶ L. Dauxerre, « Réflexions sur la question de la représentativité des organisations patronales », *JCP S*, 2006, n°30 p. 11.

A. La fin du régime de la représentativité présumée

88. L'ancien régime de présomption figeait la représentativité des cinq grandes confédérations nationales et faisait présumer par extension la représentativité dans l'entreprise des organisations qui leur étaient affiliées (1). Avec la chute du taux de syndicalisation à partir des années 1980 et l'avènement des syndicats indépendants, ce régime a peu à peu perdu de son sens (2).

1. La présomption de représentativité des cinq confédérations nationales et des organisations affiliées

89. Après la victoire du Front Populaire, la loi du 24 juin 1936³²⁷ a consacré un statut particulier réservé aux conventions collectives conclues par les organisations syndicales les plus représentatives, lesquelles ont pu être étendues par le Ministre du travail à tous les employeurs, tous les salariés et toutes zones géographiques compris dans leur champ d'application. La notion de représentativité a été utilisée par la suite dans divers textes juridiques³²⁸. À la Libération, le gouvernement s'est appuyé sur certaines organisations syndicales qui, fortes de leur stabilité et de leur participation active à la Résistance, étaient susceptibles d'aider à la réorganisation sociale et professionnelle de la France³²⁹. Ce régime de la représentativité a permis de donner une légitimité aux grandes centrales nationales qui ont alors été désignées en quelque sorte comme les portes paroles du monde salarié pour l'élaboration de la norme conventionnelle.

90. La décision du 8 avril 1948³³⁰ puis la loi du 11 février 1950³³¹ ont donné un cadre institutionnel et juridique aux relations professionnelles³³² en consacrant une présomption de

³²⁷ Loi du 24 juin 1936 modifiant et complétant le chapitre IV « *bis* » du titre II du livre Ier du Code du travail : « *De la convention collective de travail* » - JORF du 26 juin 1936.

³²⁸ Par exemple: loi du 4 mars 1938 sur les procédures de conciliation et d'arbitrage - JORF du 5 mars 1938 ; Loi n°46-2924 du 23 décembre 1946 relative aux conventions collectives de travail - JORF du 25 décembre 1946 ; Ordonnance n°45-280 du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprises - JORF du 23 février 1945 ; Loi n°46-730 du 16 avril 1946 portant statut des délégués du personnel dans les entreprises, JORF du 17 avril 1946 ; Loi n°50-205 du 11 février 1950, préc. ; Décret n°59-479 du 27 mars 1959 fixant les conditions de désignation des membres du Conseil économique et social - JORF du 29 mars 1959 ; Loi n°68-1176 du 27 décembre 1968, préc.

³²⁹ Circulaire A. Parodi du 28 mai 1945 relative à l'appréciation du caractère représentatif des organisations syndicales - JORF du 28 juin 1945, *Dr. social*, 1945, p. 275.

³³⁰ Décision du 8 avril 1948 relative à la détermination des organisations appelées à la discussion et à la négociation des conventions collectives de travail, *Dr. social*, 1948, p. 156.

³³¹ Loi n°50-205 du 11 février 1950, préc.

représentativité au niveau national, d'application générale³³³, pour quatre confédérations (CGT, CGT-FO, CFTC, CGC). Elle a été actualisée par l'arrêté du 31 mars 1966³³⁴ prenant acte de la création de la CFDT suite à la scission de la CFTC³³⁵. La loi du 13 juillet 1971 a ensuite considéré que tout syndicat affilié à l'une de ces centrales était présumé représentatif dans le cadre de l'entreprise³³⁶ puis la Cour de cassation a précisé que « *tout syndicat affilié à l'une de ces organisations représentatives sur le plan national* » bénéficiait d'une présomption irréfragable de représentativité³³⁷. La représentativité présumée permettait notamment aux syndicats affiliés aux cinq centrales de désigner des représentants syndicaux dans les entreprises et de négocier les accords et conventions collectives. Ils bénéficiaient de ces prérogatives importantes simplement au nom de leur affiliation à une confédération représentative au niveau national et interprofessionnel, même s'ils n'avaient qu'un seul militant dans l'entreprise.

91. Le régime de la représentativité présumée laissait toutefois la possibilité aux syndicats non affiliés aux confédérations présumées représentatives de bénéficier de cette qualité après avoir démontré satisfaire à des critères non cumulatifs³³⁸ : « – *les effectifs* ; – *l'indépendance* ; – *les cotisations* ; – *l'expérience et l'ancienneté du syndicat* ; – *l'attitude patriotique pendant l'occupation* »³³⁹. Le critère des effectifs³⁴⁰, critère quantitatif, était le plus important. Il visait à garantir la capacité de l'organisation à parler au nom des salariés. La représentativité était déniée aux organisations trop faibles en nombre³⁴¹. La présence d'un certain nombre d'adhérents

³³² G. Caire, *La négociation collective*, Paris, PUF, Coll. « Que sais-je », 1992, 127 pp.

³³³ Cass. soc., 20 juillet 1981, « *Dame Machefer et autre c/ Service sarthois de médecine du travail* », Bull. V, n°719, D., 1982, p. 397, obs. P. Langlois.

³³⁴ Arrêté du 31 mars 1966, préc.

³³⁵ Lors du Congrès de 1964 de la CFDT, il a été considéré qu'elle était la continuation de l'ancienne CFTC et devait bénéficier à ce titre de la présomption irréfragable de représentativité.

³³⁶ C. trav., art. L. 2122-1.

³³⁷ Cass. soc. 20 juillet 1981, Bull. civ. V, n°719. ; 7 juillet 1983, nos 83-60025, 83-60026, 83-60028, 83-60029.

³³⁸ Cass. soc., 5 novembre 1986, n°86-60.043, Bull. civ. V, n°512.

³³⁹ C. trav., art. L. 133-2 ancien.

³⁴⁰ Cass. soc. 23 juillet 1980, « *Association pour la protection de l'enfance, la formation intellectuelle et technique de la jeunesse, l'aide aux malades et aux vieillards c/ Syndicat Union des travailleurs de l'enfance inadaptée et autre* », n°80-60.233.

³⁴¹ Cass. soc., 17 mars 1971, n°70-40149, « *Union régionale des chauffeurs professionnels du Nord de la France et autres c/ S.A.R.L. Fosse et Compagnie* », Bull. V, n°219 ; Cass. soc., 29 mai 1972, n°70-92.627 : Bull. civ., AP, n°5, « *Syndicat du personnel du C.E.A.-C.F.D.T. c/ Union des syndicats de l'énergie nucléaire C.G.T. et autres* », Dr. social, 1973, p. 590, obs. J. Savatier.

constituait une condition minimale de la représentativité, dont la charge de la preuve reposait sur l'organisation se prétendant représentative³⁴². Ce critère s'appréciait de manière relative puisqu'il était considéré en fonction des effectifs des autres organisations ainsi que les effectifs non syndiqués³⁴³. Si les effectifs étaient inconnus ou dérisoires par rapport aux autres organisations ou aux effectifs globaux, la représentativité était refusée³⁴⁴. Le critère de l'audience, tenant compte des résultats aux élections des délégués du personnel et des comités d'entreprise³⁴⁵, était rapproché du critère des effectifs.

92. Le critère de l'indépendance assurait que le syndicat ne soit pas une création de l'employeur, inféodée à ce dernier. Les adhésions devaient ainsi être acceptées librement et l'employeur ne pouvait exercer des pressions sur le syndicat ou au contraire le subventionner³⁴⁶, prendre à sa charge certains frais ou adopter un comportement complaisant à son égard³⁴⁷. Dans l'autre sens, le syndicat qui partageait la ligne patronale lors d'un mouvement social ne pouvait satisfaire au critère de l'indépendance³⁴⁸. Celle-ci était appréciée par rapport à l'employeur, avec comme indices le nombre d'adhérents et de cotisations suffisant ou l'activité réelle du syndicat dans l'entreprise³⁴⁹.

93. L'expérience et l'ancienneté venaient appuyer le critère de l'activité réelle³⁵⁰. La date récente de constitution n'excluait pas, à elle seule, la représentativité si elle était compensée par des effectifs importants, une activité réelle et une certaine influence³⁵¹. La prise en compte d'éléments non quantitatifs relevait de la conception pluraliste de la représentativité. Les éléments qualitatifs permettaient aux petites confédérations de conserver une place parmi les organisations représentatives sans pour autant suspecter leur indépendance. La Cour de cassation estimait ainsi que la faiblesse des effectifs pouvait être « *compensée par l'activité, l'audience, l'expérience et*

³⁴² Cass. soc., 17 octobre 1971, *D.*, 1972, p. 44 ; 22 juillet 1981, Bull. civ. V, n°748.

³⁴³ Cass. soc., 29 mai 1972 et 6 décembre 1973, *Dr. ouvrier*, 1974, p. 287.

³⁴⁴ Cass. soc., 29 mai 1972, *Dr. ouvrier*, 1974, p. 287.

³⁴⁵ Cass. soc., 10 février 1977, *D.*, 1977, IR 111.

³⁴⁶ Cass. soc., 31 janvier 1973 « *Syndicat autonome du personnel de la manufacture de confection Daudignon c/ Syndicat C.F.D.T. des Landes* », Bull. V, n°50.

³⁴⁷ Cass. soc., 10 octobre 1990 « *Union locale C.G.T. c/ Mme Macles et autre* », Bull. V, n° 455, R.J.S. 1990, n°877, *Gaz. Pal.*, 13 mars 1991, p. 70.

³⁴⁸ Cass. soc., 11 janvier 1979 « *Dame Payelle et autres c/ la Confédération autonome du travail et autres* », Bull. V, n°31, p. 23, *D.*, 1979, IR.326, obs. P. Langlois.

³⁴⁹ Cass. soc., 8 janvier 1997, Bull. civ. V, n°13.

³⁵⁰ Cass. soc., 16 décembre 1998, *RJS*, 2/99, n°229.

³⁵¹ Cass. 21 juillet 1981, Bull. civ. V, n°727 et 730.

l'indépendance du syndicat »³⁵², les effectifs ne pouvant, à l'inverse, rendre un syndicat représentatif en l'absence d'une influence dans l'entreprise ou d'une réelle activité³⁵³.

94. Le critère des cotisations servait à démontrer l'attachement dans la durée des membres de l'organisation, leur satisfaction à l'égard de son action, et assurait de son autonomie financière³⁵⁴. Les critères de l'expérience et de l'ancienneté crédibilisaient l'action effective et continue de l'organisation syndicale³⁵⁵. Le critère de l'attitude patriotique pendant l'occupation visait quant à lui à valoriser les syndicats résistants et pénaliser ceux qui s'étaient compromis avec le régime de Vichy³⁵⁶.

95. Les critères légaux énumérés par l'article L. 133-2 à propos de la négociation ont été précisés par des circulaires ministérielles. La loi du 4 mai 2004³⁵⁷ n'a pas modifié ce texte, mais a ouvert la possibilité, pour une convention ou un accord de branche choisissant de subordonner la validité des conventions ou accords à venir à leur signature par une ou des organisations syndicales représentant une majorité de salariés de la branche, de prévoir une consultation directe périodique des salariés de la branche afin de « *mesurer la représentativité* » des organisations présentes dans ce secteur³⁵⁸. Parmi les critères énumérés, les deux premiers ont une valeur de critères principaux. La Cour de cassation précisait que ces critères n'étaient pas cumulativement exigés³⁵⁹.

³⁵² Cass. soc., 2 novembre 1993, *RJS*, 12/93, n°1219.

³⁵³ Cass. soc., 21 octobre 1998, *RJS*, 12/98 n°1505.

³⁵⁴ Cass. soc., 17 octobre 1990 « *Syndicat C.S.L. du personnel composites Aquitaine et autres c/ Syndicat F.O. de la métallurgie et autres* », Bull. V, n°485 ; Cass. soc. 22 juillet 1981 « *Syndicat autonome du personnel de la Société anonyme à responsabilité limitée Florimond Desprez veuve et fils et autres c/ Union locale des syndicats CGT de Lille et environs et autres* », Bull. V, n°748, *JCP G*, 1981, p. 367.

³⁵⁵ Tel n'est pas le cas du syndicat qui se crée quelques jours avant l'élection des délégués du personnel (Cass. soc., 13 novembre 1975 « *Roussel, Syndicat C.G.T. des V.R.P. c/ Syndicat autonome des Etablissements Gestetner* », D. 1975.IR.244. V. également Cass. soc., 8 juillet 1970 « *Dame Jouvernaux c/ Syndicat C.G.T. Confection pour hommes région parisienne* », Bull. V, n° 472, *JCP*, 1970, p. 234 ; Cass. soc., 4 mars 1970 « *Daret et autre c/ Lapeyre et autre* », Bull. V, n° 161 ; Cass. soc., 22 juillet 1970 « *Centre national des salariés c/ Syndicat C.G.T. des métaux du Bourget* », Bull. V, n° 493 ; Cass. soc., 2 décembre 1970 « *Tranchant et autres c/ l'union des syndicats C.G.T. de la Vienne et autres* », Bull. V, n°682.).

³⁵⁶ Circulaire du 28 mai 1945 relative à l'appréciation du caractère représentatif des organisations syndicales - JORF du 28 juin 1945, p. 3915.

³⁵⁷ Loi n°2004-391 du 4 mai 2004, préc.

³⁵⁸ C. trav., art. L. 132-2-2, II ancien.

³⁵⁹ Cass. soc., 21 mai 1986, Bull. civ. V, n°236.

96. L'autorité administrative était compétente pour reconnaître la représentativité au niveau national interprofessionnel. Dans l'entreprise, les contestations de la représentativité étaient souvent tranchées par le juge d'instance, juge des élections et du contentieux de la désignation des délégués syndicaux³⁶⁰. L'appréciation de la représentativité dans l'entreprise pouvait aussi incomber au TGI, alors juge de la validité des conventions et accords collectifs, dont la validité supposait la représentativité du ou des syndicats signataires. La jurisprudence considérait que la preuve de la représentativité dans l'entreprise n'emportait pas la représentativité dans un établissement³⁶¹. Elle considérait également que la représentativité dans d'autres entreprises de la même branche d'industrie n'impliquait pas la représentativité dans une entreprise précise³⁶². La preuve devait être rapportée devant le Tribunal d'instance ou le Tribunal de grande instance selon la nature du contentieux dans le cadre duquel apparaissait le litige sur la représentativité. La représentativité s'appréciait à la date d'une échéance spécifique. Ainsi dans l'entreprise pour les élections au comité d'entreprise, ou la désignation d'un délégué syndical, la représentativité s'appréciait à la date du dépôt des candidatures³⁶³ ou à la date de la désignation³⁶⁴. Le fait d'avoir été en mesure de présenter des listes de candidats à une élection antérieure ne suffisait pas³⁶⁵. Le juge pouvait ainsi se placer avant les élections pour autoriser une organisation à présenter des candidats à cette élection, et non pas tirer du résultat de ces élections la preuve de la représentativité³⁶⁶.

97. Ainsi, selon ce régime, dans une entreprise tout juste créée, un syndicat affilié, par exemple, à la CFDT ou la CGT pouvait constituer librement une section syndicale. Une organisation affiliée au syndicat SUD devait quant à elle faire d'abord la démonstration de sa représentativité. S'il était très certainement critiquable et perfectible, le régime de la présomption avait comme avantage de garantir une stabilité de la représentativité syndicale. Il empêchait en outre que les organisations ne soient trop divisées au sein de l'entreprise afin de mieux défendre l'intérêt des salariés. Le développement des nouvelles organisations syndicales, nées après l'arrêté du 31 mars 1966, ajouté à la baisse du taux de syndicalisation, a remis en cause ce régime.

³⁶⁰ Cass. soc., 27 mars 1952, *Dr. social*, 1952, p. 398.

³⁶¹ Cass. soc., 9 mars 1972, *Dr. ouvrier*, 1972, p. 194.

³⁶² Cass. soc., 27 octobre 1971, *Dr. ouvrier*, 1972, p. 196.

³⁶³ Cass. soc., 1er février 1983, *Bull. civ. V*, n°66.

³⁶⁴ Cass. soc., 3 mars 1993, *RJS*, 4/93, n°415.

³⁶⁵ Cass. soc., 27 novembre 1974, *Bull. civ. V*, n°361.

³⁶⁶ « les résultats favorables ou défavorables des élections ne peuvent établir l'aptitude ou l'inaptitude d'un syndicat à présenter des listes » (Cass. soc., 13 novembre 1975, *D.*, 1975, IR 244).

2. La remise en cause du régime de la représentativité présumée

98. La jurisprudence considérait que la liste fixée par l'arrêté du 31 mars 1966 était exhaustive et limitative. Elle excluait le bénéfice de la présomption à d'autres syndicats. C'est à ce titre que la Cour de cassation³⁶⁷ a considéré en 2004 que « *L'Union nationale des syndicats autonomes* » (UNSA), créée en 1993, devait prouver sa représentativité en démontrant qu'elle réunissait les critères légaux dans le périmètre en question. Le Ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement lui avait reconnu la qualité d'organisation représentative sur le plan national mais uniquement dans le cadre de la convention collective nationale de branche « *sociétés d'assurance* ». Selon la Cour, cela ne suffisait pas à établir la représentativité de ce syndicat au niveau national et interprofessionnel.

99. La présomption irréfragable de représentativité des syndicats a donc fait l'objet de contestations et de critiques venant notamment de syndicats indépendants nés après l'arrêté du 31 mars 1966. Ces derniers représentaient un nombre conséquent de salariés dans certaines entreprises. Ils considéraient la représentativité présumée du « *club des cinq* » non pas comme un moyen d'instaurer un rapport de force stable mais comme un privilège réservé de manière arbitraire à certaines organisations syndicales qui, s'il avait un sens à la Libération, était devenu obsolète³⁶⁸. Selon ces syndicats indépendants, la présomption de représentativité permettait en outre à certaines organisations sans réelle légitimité de négocier avec l'employeur de graves renonciations sociales.

100. Le déclin du taux de syndicalisation amorcé dès la fin des années 1970³⁶⁹ a servi d'argument à la mise en crise de la représentativité des organisations syndicales historiques et la remise en question du régime en place. Cette baisse du nombre de militants témoignait en partie d'un « *syndicalisme virtuel* »³⁷⁰ dont la légitimité n'était pas fondée sur une aptitude à représenter massivement les travailleurs mais dépendait majoritairement de sa reconnaissance par la puissance

³⁶⁷ Cass. ass. plén., « *Unsa* », 5 novembre 2004, n°257878.

³⁶⁸ L'UNSA, créée en 1993, a attaqué l'arrêté du 31 mars 1966 (préc.) sur la base de son score de plus de 5 % aux élections prud'homales de 2002, mais a été déboutée.

³⁶⁹ « *En une quinzaine d'années, de 1976-1977 à 1990, les principaux syndicats français ont perdu une grande part de leurs effectifs. La CGT a chuté de près de 1,8 million d'adhérents – voire 2,4 millions selon les données officielles – à moins de 600 000. La CFDT a reculé de 750 000 adhérents à moins de 500 000* » (D. Andolfatto, D. Labbé, « La transformation des syndicats français : vers un nouveau "modèle social" ? », *Rev. Fr. de sc. Po.*, 2006, p. 281).

³⁷⁰ C. Howell, « Virtual trade unionism in France: a commentary on the question of unions, public opinion, and the state » in H. Chapman, M. Kesselman, and M. Schain, (dir.), *A Century of Organized Labor in France: A Union Movement for the Twenty-First Century?*, New York, St Martin's Press, 1998, pp. 205-212.

publique. En retour, les syndicats jouaient le rôle de courroie de transmission au sein du monde du travail pour la mise en place des politiques économiques et sociales.

101. Cette chute importante du nombre de salariés syndiqués a amené la CFDT et la CGT à considérer comme nécessaire la redéfinition des règles du jeu syndical en prenant notamment part à la position commune adoptée le 4 décembre 2006³⁷¹. Un rapport a également été remis en 2006 au Premier Ministre par Monsieur Raphaël Haldas-Lebel³⁷². Il préconisait d'établir une représentativité établie par le vote et la simplification des modalités de validité des accords collectifs. Dans son avant-projet rendu public le 25 septembre 2006, le Conseil économique et social a également proposé que la représentativité ne soit plus présumée mais établie sur la seule audience électorale des syndicats³⁷³. La CFDT s'est montrée hostile à ces propositions qui risquaient selon elle d'aboutir à une démocratie sociale d'opinion, basée davantage sur l'image d'un syndicat que sur l'effectivité de son action sur le terrain. Validé par le Conseil économique et social³⁷⁴, ce rapport a été suivi par la position commune³⁷⁵ signée en 2008 par la CGT, la CFDT, le MEDEF et la CGPME³⁷⁶ à l'issue de quatre mois de négociations, engageant une véritable rupture de l'implantation syndicale et des principes de la représentativité³⁷⁷, prenant acte de la nécessité d'une réforme. Au-delà des changements de règles, c'est un modèle des relations syndicales qui a été remis en cause au profit d'une nouvelle conception de la démocratie sociale.

³⁷¹ Position commune du 4 décembre 2006 sur la représentativité des organisations syndicales et la validation des accords collectifs.

³⁷² R. Hadas-Lebel, *Pour un dialogue social efficace et légitime : Représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, Paris, La Doc. Fr., Coll. « Des rapports officiels », 2006, 136 pp.

³⁷³ Le Conseil économique et social proposait de conférer le statut de « *représentativité nationale* » aux organisations ayant obtenu une audience électorale supérieure à 5 % aux élections prud'homales.

³⁷⁴ R. Barroux, « Le CES veut asseoir la représentativité syndicale sur le vote des salariés », *Le Monde*, 28 novembre 2006.

³⁷⁵ Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

³⁷⁶ Refus de la CFE-CGC, de la CFTC et de la CGT-FO, pour les salariés, et de l'UPA, pour le patronat. Les prévisions des possibles conséquences de la position commune confortaient la présence de la CGT et de la CFDT mais fragilisaient la CFE-CGC et la CFTC qui craignaient de perdre la représentativité au niveau national. La CGT-FO se voyait quant à elle perdre sa représentativité dans certaines entreprises. L'UNSA et Solidaires craignaient de ne pas acquérir de représentativité nationale et interprofessionnelle vue leur faible présence dans de nombreuses branches et entreprises.

³⁷⁷ La position commune plaidait aussi pour une modification des règles de la négociation et de la transparence financière des comptes syndicaux.

102. Les organisations non-signataires considéraient cette position commune dangereuse puisqu'elle ne tenait notamment pas compte du fait que les élections professionnelles ne se tenaient que dans les entreprises avec un effectif minimum, ce qui excluait en France la moitié des salariés³⁷⁸. Le contraste entre l'autosatisfaction des auteurs et les critiques de ses opposants a donc été important. La CGT et la CFDT, signataires, ont présenté le résultat de la négociation comme un pas historique vers la conquête d'une véritable démocratie sociale ou comme un pas vers de profonds changements des relations sociales. Côté patronal, la CGPME et le MEDEF ont considéré ce texte comme une avancée majeure sur la voie de la rénovation du dialogue social. Sans surprise, les organisations non signataires n'ont pas partagé ces appréciations, voyant dans ce texte « *un recul du droit syndical* » (CGT-FO)³⁷⁹, « *les germes d'une déconstruction du syndicalisme* » (CFE-CGC)³⁸⁰, la « *remise en cause du pluralisme syndical* » (CFTC)³⁸¹ ou encore un texte « *inacceptable, scandaleux, mensonger* » (UPA). Les organisations CGT-FO et CFTC ont d'ailleurs effectué des recours en conventionalité³⁸² et en constitutionnalité³⁸³ contre ce texte.

103. Les organisations qui ne bénéficiaient pas de la représentativité présumée ont encore plus sévèrement jugé ces « *petits arrangements entre amis* » (Solidaires)³⁸⁴ ou ce « *simulacre de démocratie qui n'a d'autre objectif que de recomposer le paysage syndical autour de la CGT et de la CFDT* » (UNSA)³⁸⁵. Ces organisations non présumées représentatives, manifestement hostiles au texte, ont toutefois pu y percevoir la mise sur un même pied d'égalité de l'ensemble des organisations syndicales pour l'acquisition de la qualité d'organisation représentative. Il est vrai que les deux grosses confédérations ont vu dans la refonte des modalités

³⁷⁸ Une élection nationale, du type des élections prud'homales, aurait permis à tous les travailleurs (chômeurs et jeunes retraités compris) de voter pour le syndicat de leur choix, qu'il soit présent ou non dans leur entreprise.

³⁷⁹ « *Représentativité syndicale: fin de négociation, position commune sans FO ni l'UPA* », *Ladepeche.fr*, 10 avril 2008, <https://www.ladepeche.fr/article/2008/04/10/447718-representativite-syndicale-fin-negociation-position-commune-fo-ni-upa.html> [consulté le 25 avril 2018].

³⁸⁰ Comité Confédéral CFE-CGC, « *Recomposition du paysage syndical français* », 12 juin 2008, p. 7.

³⁸¹ A. Bevort, « *La réforme des règles de la représentativité syndicale (2008-2010)* » in *Idées économiques et sociales*, 2011/1 (N°163), p. 8.

³⁸² Cass. soc., 24 octobre 2012, n°11-25.530, Bull. 2012 V, n°280.

³⁸³ Cons. constit., DC n°2010-63 du 12 novembre 2010, « *Fédération nationale CFTC de syndicats de la métallurgie* » ; C. Radé, « *Cour de cassation et Conseil constitutionnel : la convergence, après la méfiance* », *Constitutions*, janvier-mars 2011, n° 2011-1, p. 89.

³⁸⁴ Solidaires, « *Représentativité syndicale: petits arrangements entre amis!* », communiqué du 10 avril 2008, http://sundep.org/spip.php?article387#outil_sommaire [consulté le 25 avril 2018].

³⁸⁵ A. Bevort, préc.

de la représentativité, notamment par la prise en compte du score électoral aux élections professionnelles, le moyen de fédérer en leur sein les petites structures syndicales. En signant la position commune, la CGT et la CFDT ont fait le pari que les nouvelles règles du jeu renforcent démocratiquement leur représentativité et établissent de manière incontestable leur légitimité auprès des employeurs, de l'État mais aussi des salariés, en espérant que ces derniers adhèrent en retour. Les deux signataires auraient toutefois pu légitimement douter de la volonté sincère du gouvernement et du patronat d'œuvrer en faveur de la consolidation des syndicats. Le MEDEF et la CGPME ont eu visiblement d'autres attentes envers cette position commune qui, au passage, n'a présenté « aucune analyse du déficit de légitimité des organisations syndicales »³⁸⁶.

104. La position commune a été transposée dans un projet de loi présenté par le gouvernement et débattu au Parlement à l'été 2008. Après la saisine et l'avis du Conseil constitutionnel³⁸⁷, la loi adoptée a été publiée au Journal officiel le 21 août 2008³⁸⁸. La loi du 20 août 2008³⁸⁹ « portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail » a repris assez fidèlement la position commune, du moins dans la partie relative aux règles de la représentativité³⁹⁰. Elle prétendait rénover la démocratie sociale afin de renforcer la légitimité des syndicats mais aussi celle des conventions et accords collectifs qu'ils signent³⁹¹. Elle a défini de nouveaux critères de représentativité en rompant avec le régime de présomption irréfutable des cinq grandes confédérations nationales et des organisations affiliées par l'arrêté du 31 mars 1966³⁹².

105. Alors qu'auparavant les cinq grandes centrales syndicales représentatives au niveau national conféraient la représentativité aux syndicats situés au niveau de l'entreprise qui

³⁸⁶ D. Andolfatto, D. Labbé, « La rénovation de la démocratie sociale à la française : mythe ou réalité », Communication aux Journées internationales de sociologie du travail, GREE/université de Nancy 2, 25-26 juin 2009, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00417926/document> [consulté le 13 juin 2019].

³⁸⁷ Cons. const., DC n°2008-568 du 7 août 2008, « Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail » ; V. Bernaud, « De quelques apports "estivaux" du droit constitutionnel au droit du travail », *Dr. social*, 2009, p. 147.

³⁸⁸ Loi n°2008-789 du 20 août 2008, préc.

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ Le législateur a également développé un deuxième volet sur la réforme de la réglementation du temps de travail, qui va très largement au-delà de l'expérimentation très limitée qu'évoquaient en une ligne les partenaires sociaux dans la position commune.

³⁹¹ J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, *Précis de droit du travail*, 27^e éd., Paris, Dalloz, 2013, 1556 pp.

³⁹² A. Bevort, « De la position commune sur la représentativité au projet de loi: renouveau et continuité du modèle social français », *Dr. social*, 2008, p. 823 à 833.

s'affiliaient à elles, tous les syndicats doivent désormais établir leur représentativité au niveau de l'entreprise. Il ne suffit plus à un syndicat d'entreprise de s'affilier à une confédération représentative pour bénéficier de cette qualité. La représentativité de chaque syndicat doit être démontrée par la satisfaction de critères cumulatifs.

B. La satisfaction de nouveaux critères de représentativité cumulatifs

106. Suivant la « *Position commune* »³⁹³ des principales confédérations syndicales salariées et patronales, la loi du 20 août 2008³⁹⁴ a abrogé la présomption de représentativité posée par l'arrêté du 31 mars 1966 et a institué de nouveaux critères de représentativité. Pour être représentatif dans l'entreprise, l'acteur syndical doit désormais démontrer qu'il satisfait à des critères énumérés à l'article L. 2121-1 du Code du travail. Ces critères, cumulatifs³⁹⁵, sont qualitatifs (1) et quantitatifs (2).

1. *Les critères qualitatifs*

107. Le syndicat doit satisfaire aux critères de respect des valeurs républicaines (a), d'indépendance (b) et d'ancienneté (c).

a. Le respect des valeurs républicaines

108. Le critère du respect des valeurs républicaines remplace en quelque sorte l'ancien critère de « *l'attitude patriotique sous l'occupation* », qui a aujourd'hui quelque peu perdu de son sens. Il s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence « *Front national de la Police* » qui interdisait à un syndicat de prôner des distinctions fondées sur la race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique³⁹⁶. Le texte ne précise pour autant pas la notion de « *valeurs républicaines* ». Lors des débats parlementaires, un amendement du Sénat avait souhaité reprendre la formule de la Position commune du 9 avril 2008, selon laquelle le concept recouvrait « *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* ». L'amendement n'a pas été repris dans la loi, les députés souhaitant ne pas limiter le pouvoir d'appréciation du juge par une formule jugée par ailleurs

³⁹³ Position commune du 9 avril 2008, préc.

³⁹⁴ Loi du 20 août 2008 n°2008-789, préc.

³⁹⁵ C. trav., art. L. 2121-1 al. 1^{er}.

³⁹⁶ Cass. ch. mixte, 10 avril 1998, n°97-17.870, Bull. civ., n°2.

limitée³⁹⁷. La Cour de cassation a toutefois précisé le contenu du critère en considérant que « *méconnaît les valeurs républicaines un syndicat qui prône des discriminations directes ou indirectes, en raison de l'origine du salarié* »³⁹⁸. En cas de contentieux, la preuve du non-respect de ce critère doit être rapportée par celui qui le conteste à un syndicat³⁹⁹. Le seul fait de se référer au contenu de ses statuts n'est pas suffisant, la preuve d'actions portant atteinte aux valeurs républicaines doit être rapportée⁴⁰⁰. Si les éléments produits au juge ne démontrent pas suffisamment que son action est contraire aux valeurs républicaines, l'organisation syndicale qui laisse présumer, de par sa dénomination, des discriminations liées aux origines du salarié peut quand même présenter sa candidature aux élections professionnelles⁴⁰¹.

b. L'indépendance

109. Le critère de l'indépendance a été sauvegardé et repris de l'ancienne rédaction⁴⁰². Il est une « *condition fondamentale de l'aptitude d'un syndicat à représenter la collectivité des travailleurs* »⁴⁰³. L'indépendance doit exister aussi bien à l'égard de l'employeur qu'à celui de groupements extérieurs au monde du travail (partis politiques, groupements religieux, sectes)⁴⁰⁴. L'indépendance vis à vis de l'employeur est notamment assurée par le financement dont bénéficie le syndicat concerné. Sur ce point, la loi du 20 août 2008 a introduit le critère de la transparence financière sans toutefois que cela n'ait de conséquences particulières. Les sources de financement sont d'origines multiples. Les cotisations doivent constituer la source principale de financement des syndicats. La position commune du 9 avril 2008 avait rappelé sur ce point que l'activité du syndicat pouvait être financée par des sources différenciées, à condition que les cotisations provenant de leurs adhérents représentent « *la partie principale de leurs ressources* », ce qui

³⁹⁷ « *De mon point de vue, le respect des valeurs républicaines s'entend, vous l'avez vous-même rappelé, comme le respect de l'ensemble de ce qui est contenu dans le bloc constitutionnel, en particulier la Déclaration des droits de l'homme, mais il inclut aussi d'autres éléments qui sont mentionnés dans la Déclaration des droits de l'homme et qui ne figurent pas dans le texte issu de la Position commune, par exemple la résistance à l'oppression, le respect de la propriété privée, tout ce qui est lié à l'ordre public* » (J.-F. Poisson, JOAN, 1re séance, 2 juillet 2008, p. 4147).

³⁹⁸ Cass. soc., 12 décembre 2016, n°16-25.793, Bull. civ. V, n°247.

³⁹⁹ Cass. soc., 8 juillet 2009, n°08-60.599, Bull. civ. V, n° 181.

⁴⁰⁰ Cass. soc., 13 octobre 2010, n°10-60.130, Bull. civ. V, n° 235 ; Cass. soc., 9 septembre 2016, n°16-20.605, Bull. civ. V, n° 160.

⁴⁰¹ Cass. soc., 12 décembre 2016, n°16-25.793. Il s'agissait en l'espèce du Syndicat des travailleurs corses.

⁴⁰² Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, B.

⁴⁰³ Rapport de la Cour de cassation pour l'année 2002.

⁴⁰⁴ Eu égard notamment à l'objet donné au syndicat par l'article L. 2131-1 du Code du travail.

constitue « *la seule véritable garantie d'indépendance* »⁴⁰⁵. La collecte des cotisations se fait généralement dans l'enceinte de l'entreprise, à l'intérieur pendant les heures de travail et sur les lieux de travail, mais aussi en dehors. Par ailleurs, l'employeur ne peut prélever les cotisations syndicales sur les salaires de ses salariés ni payer les cotisations en lieu et place de ces derniers⁴⁰⁶. Cette disposition vise à éviter la mise en œuvre de pressions exercées par l'employeur à l'encontre d'un syndicat.

110. L'absence d'indépendance du syndicat peut être constatée par le comportement de ce dernier⁴⁰⁷, l'attitude de l'employeur⁴⁰⁸, l'absence de cotisations alors que le syndicat est le seul à bénéficier d'une subvention de la direction⁴⁰⁹ ou encore le comportement des adhérents⁴¹⁰. Comme pour le critère du respect des valeurs républicaines, la Cour de cassation considère que c'est à celui qui invoque l'absence d'indépendance du syndicat d'apporter des éléments pour soutenir ses allégations⁴¹¹.

c. L'ancienneté

111. Le critère de l'ancienneté, avant la loi du 20 août 2008, ne comportait pas d'exigence de durée minimale. Désormais, le syndicat doit justifier d'une ancienneté minimale de deux ans dans les champs professionnels et géographiques couvrant le niveau de négociation, cette durée s'appréciant à compter de la date de dépôt légal des statuts. L'ancienneté d'un syndicat n'est pas menacée s'il modifie ses statuts pour changer d'affiliation. Dès lors qu'il a toujours pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels de ses membres, il n'y a pas de création d'un nouveau syndicat, mais seulement d'une modification des statuts sans incidence sur l'ancienneté acquise par le syndicat⁴¹².

⁴⁰⁵ B. Gauriau, « La rénovation de la démocratie sociale », *JCP S*, 2008, n°36, p. 15.

⁴⁰⁶ C. trav., art. L. 2141-6.

⁴⁰⁷ Cass. soc., 11 janvier 1979, n°78-60.672, Bull. civ. V, n°31.

⁴⁰⁸ Cass. soc., 10 octobre 1990, n°89-61.346, Bull. civ. V, n°455.

⁴⁰⁹ Cass. soc., 31 janvier 1973, n°72-60.076, Bull. civ. V, n°50.

⁴¹⁰ Cass. soc., 26 février 1975, n°74-60.129, Bull. civ. V, n°102.

⁴¹¹ Cass. soc., 9 septembre 2016, n°16-20.575, Bull. civ. V, n°161.

⁴¹² Cass. soc., 3 mars 2010, n°09-60.283, Bull. civ. V, n°54.

2. Les critères quantitatifs

112. Les critères d'effectif et des cotisations ont été maintenus⁴¹³. Le syndicat doit également justifier son influence, caractérisée par l'activité et l'expérience. Mis en exergue par la Cour de cassation dès 2002, l'influence se constitue par « *des résultats objectifs d'une activité authentiquement tournée vers la défense des intérêts des travailleurs et pas seulement de l'aptitude à faire connaître le syndicat* »⁴¹⁴. L'activité s'apprécie au regard des actions menées par le syndicat et témoigne de l'effectivité de la présence syndicale⁴¹⁵. L'expérience se fonde dans l'activité car elle recouvre des situations et les problèmes affrontés, plus ou moins résolus⁴¹⁶. Pour apprécier le critère de l'influence, le juge doit prendre en compte l'ensemble des actions menées par le syndicat. Ainsi, en cas de changement d'affiliation, le syndicat ne perd pas le bénéfice des actions menées sous son affiliation précédente⁴¹⁷.

113. Mais pour être représentatif dans l'entreprise, le syndicat doit cumuler l'intégralité de ces critères. La loi a été à ce titre plus exigeante que les préconisations de la Position commune du 9 avril 2008 qui proposait que l'appréciation de ces critères soit établie « *dans un cadre global* ». Si « *tous les critères devaient être remplis* », leur pondération pouvait varier « *selon les situations et les niveaux, en fonction de leur importance relative* ». La Cour de cassation semble avoir pris en considération ces préconisations puisqu'elle a considéré en 2012 que les sept critères ne s'apprécient pas de la même façon⁴¹⁸. Le respect des valeurs républicaines, l'indépendance et la transparence financière doivent être satisfaits de manière autonome. Les autres critères⁴¹⁹ font en revanche l'objet d'une appréciation globale. La démarche « *globalisante* »⁴²⁰ adoptée par la Haute

⁴¹³ C. trav., art. L. 2121-1, 7°.

⁴¹⁴ Cass. soc., 3 décembre 2002, n° 01-60.729, v. rapp. annuel Cass. 2002.

⁴¹⁵ Position commune du 9 avril 2008, préc., art. 1-3.

⁴¹⁶ P. Le Cohu, « Représentation syndicale: nouveaux critères », *Les Cahiers du DRH*, 2008, n°143, p. 54.

⁴¹⁷ Cass. soc., 28 septembre 2011, n°10-26.545, Bull. civ. V, n°213.

⁴¹⁸ Cass. soc., 29 février 2012, n°11-13.748 ; *Dr. social*, 2012, p. 529, note L. Pécaut-Rivolier. En l'espèce, un syndicat présent dans l'entreprise depuis plus de deux ans a obtenu plus de 10 % des suffrages. Il a vu les désignations de son délégué syndical d'établissement et de son délégué syndical central annulées par le juge au motif que sa représentativité n'était pas établie au regard de l'influence, du nombre d'adhérents, ainsi que de la transparence financière. Selon la Cour, les critères de l'influence et du nombre d'adhérents devaient faire l'objet d'une appréciation globale avec l'ancienneté du syndicat, qui était d'au moins deux ans, et celui de l'audience, qui était de plus de 10 %.

⁴¹⁹ À savoir : l'influence, les effectifs d'adhérents et cotisations, l'ancienneté, dès lors qu'elle est égale à deux ans, et l'audience, dès lors qu'elle est au moins égale à 10 % des suffrages exprimés.

⁴²⁰ L. Pécaut-Rivolier, « Chronique des jurisprudences sur la représentation du personnel », *Sem. Soc. Lamy*, 2012, n°1540, p. 7.

Cour évite que des résultats puissent dénier injustement la représentativité au niveau de l'entreprise à un syndicat qui aurait atteint un score électoral largement supérieur à 10 % mais qui ne bénéficierait pas d'importantes cotisations par exemple. La Cour de cassation a en outre précisé que les critères autonomes doivent être satisfaits de manière permanente. La représentativité d'un syndicat peut être remise en cause dès lors qu'il ne satisfait plus à l'un de ces derniers, ce qui contribue à précariser la qualité d'organisation représentative. Les critères appréciés de façon globale le sont en revanche pour la durée du cycle électoral. Ils ne peuvent ainsi être remis en cause avant les nouvelles échéances professionnelles⁴²¹.

114. Autre critère quantitatif, et déterminant, celui de l'audience obtenue lors des élections professionnelles, intensifie rudement la concurrence entre les syndicats dans l'entreprise.

Section 2. L'intensification de la concurrence entre les syndicats par le critère de l'audience électorale

115. Le critère dominant de la représentativité démontrée, institué par la loi du 20 août 2008, est celui de l'audience électorale. L'idée d'instaurer un tel critère remonte au rapport Hadas-Lebel, présenté au Premier ministre en 2006⁴²². L'avis du Conseil économique et social rendu cette même année⁴²³, en faisait également état. Les partenaires sociaux ont ensuite entériné ce critère dans la position commune du mois d'avril 2008, reprise par le législateur dans la loi du 20 août de la même année subordonnant la reconnaissance de la représentativité aux résultats obtenus aux dernières élections professionnelles dans l'entreprise ou dans l'établissement considéré⁴²⁴. Découlant de la volonté de donner aux syndicats représentatifs une légitimité démocratique, le critère de l'audience électorale est en conséquence déterminant (A). Il plonge toutefois les syndicats dans une course aux votes dont les effets sont peu propices à l'unité syndicale (B).

A. Un critère déterminant dans l'acquisition de la qualité de syndicat représentatif

116. Le score de 10 % dont doivent bénéficier les syndicats représentatifs lors des élections professionnelles (1) doit tenir compte, le cas échéant, des établissements de l'entreprise

⁴²¹ Cass. soc., 14 novembre 2013, n°12-29.984, Bull. civ. V, n°268 ; *JSL*, n°358-13.

⁴²² R. Hadas-Lebel, *op. cit.*

⁴²³ Conseil économique et social, « Consolider le dialogue social », avis adopté le 29 novembre 2006, p.14.

⁴²⁴ C. trav., art. L. 2122-1.

situés dans les territoires ultramarins (2) et peut être affecté par la tenue d'éventuelles élections partielles (3). Il emporte une conséquence du changement d'affiliation sur la représentativité (4) et se calcule différemment selon les effectifs de l'entreprise (5).

1. Le score d'au moins 10 % des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles

117. Pour bénéficier de la qualité d'organisation représentative, les organisations syndicales dans l'entreprise doivent satisfaire au critère de l'audience qui exige d'avoir recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles⁴²⁵. En cas de liste commune composée de plusieurs organisations syndicales, il est prévu que la répartition entre elles des suffrages exprimés se fasse sur la base qu'ils ont indiquée lors du dépôt de leur liste, ce qui était la solution préconisée sous l'empire des anciens textes⁴²⁶. Cette répartition doit faire l'objet d'une publicité préalable au scrutin auprès de l'employeur, des autres syndicats et des électeurs de l'entreprise ou de l'établissement concerné par l'élection⁴²⁷. À défaut d'indication et de publicité, la répartition des suffrages se fait à parts égales entre les organisations concernées⁴²⁸. La Cour de cassation a considéré, dans un arrêt du 24 octobre 2012, qu'à défaut de respecter toutes les exigences en matière de publicité auprès de l'employeur, mais également à l'égard des électeurs avant les élections, c'est la répartition égalitaire des voix entre les syndicats présentant la liste commune qui s'impose⁴²⁹. Depuis la loi de rénovation de la démocratie sociale, ce point est d'autant plus important qu'il se répercute sur le score de chaque organisation syndicale aux élections et peut donc avoir une incidence sur la représentativité de celle-ci et sur sa capacité à désigner un délégué syndical. Dans l'arrêt du 24 octobre 2012, la répartition choisie par les syndicats n'était pas égalitaire. Elle aurait conduit à priver un des syndicats de la possibilité de désigner un délégué syndical. Mais comme toutes les exigences de publicité de la répartition des voix n'avaient pas été respectées, les juges ont considéré qu'il convenait de retenir une répartition égalitaire et le syndicat concerné a pu valablement désigner un délégué syndical.

⁴²⁵ Dans le cadre d'un groupe, la mesure de l'audience est effectuée par addition de l'ensemble des suffrages obtenus dans les entreprises ou établissements concernés (C. trav., art. L. 2122-4).

⁴²⁶ Deux syndicats, A et B, décident de faire liste commune. Prenant en compte leurs résultats aux dernières élections, ils peuvent, par exemple, décider de se répartir les suffrages à hauteur de 30 % pour la liste A et de 70 % pour la liste B.

⁴²⁷ Cass. soc., 2 mars 2011, n°10-17.603 P+B ; Cass. soc., 13 janvier 2010, n°09-60.208 P+B.

⁴²⁸ C. trav., art. L. 2122-3.

⁴²⁹ Cass. soc., 24 octobre 2012, n°11-61.166.

118. Les suffrages pris en considération sont ceux exprimés⁴³⁰ au premier tour, où seules sont présentes les listes syndicales, quel que soit le nombre de votants⁴³¹, c'est-à-dire indépendamment des conditions de quorum nécessaire pour la validité du premier tour de l'élection⁴³². L'élection doit permettre de calculer l'audience de chaque organisation syndicale indépendamment du nombre de sièges qu'elle gagne⁴³³. Ces règles de calcul de l'audience, applicables aux syndicats « *généralistes* », sont les mêmes pour les organisations syndicales catégorielles. Les 10 % d'audience doivent être calculés sur la base des résultats dans les collèges électoraux correspondant à la catégorie définie dans les statuts⁴³⁴. Ce mode de calcul pour les syndicats catégoriels a été validé par le Conseil constitutionnel⁴³⁵. Ce seuil de 10 % est déterminant et d'ordre public absolu. L'acteur syndical qui ne l'a pas atteint ne peut être reconnu représentatif dans l'entreprise, même par accord collectif ou décision unilatérale de l'employeur⁴³⁶. Le scrutin se fait par vote électronique ou par correspondance et l'employeur n'est pas obligé de mettre à disposition des salariés le matériel informatique permettant le vote électronique⁴³⁷.

119. Le critère de l'audience et notamment son mode de calcul ont suscité d'intenses débats. Les questionnements portaient sur le fait de savoir si ce système permettait un calcul fiable et objectif et à quel niveau réaliser la mesure. Plusieurs élections étaient pressenties pour servir de base de référence à la détermination de la représentativité des syndicats, dont les élections prud'homales. L'idée d'organiser des élections spécifiques pour déterminer la représentativité a

⁴³⁰ Il résulte des débats parlementaires que la notion de « *suffrages exprimés* » doit être entendue comme « *suffrages valablement exprimés* », soit après exclusion des bulletins nuls ou blancs (JOAN, 2 juillet 2008, 1^{re} séance, p. 4151).

⁴³¹ Un syndicat qui a obtenu deux voix, alors que seulement dix électeurs sur les cinquante inscrits ont voté, est considéré comme ayant une audience électorale de 20 %.

⁴³² Cass. soc., 16 novembre 2011, n°09-68.427, Bull. civ. V, n°269.

⁴³³ La mesure de l'audience d'un syndicat « *généraliste* » se fait en comptabilisant les voix obtenues pour l'intégralité des collèges électoraux, quand bien même le syndicat n'a présenté de candidats que dans un seul collège (Cass. soc., 22 septembre 2010, n°10-10.678, Bull. civ. V, n°195).

⁴³⁴ C. trav., art. L. 2122-2.

⁴³⁵ Le Conseil constitutionnel considère que cette réglementation ne méconnaît pas le principe d'égalité puisque les syndicats catégoriels ne se trouvent pas dans la même situation que les syndicats généralistes. En prévoyant que, pour ces organisations catégorielles, le seuil de 10 % est calculé dans les seuls collèges dans lesquels ils ont vocation à présenter des candidats, le législateur a institué une différence de traitement en lien direct avec l'objet de la loi (Cons. const., QPC n° 2010-42 du 7 octobre 2010 « *CGT-FO et autres* » ; C. Nicod, « Droit du travail - Représentativité syndicale », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 849).

⁴³⁶ Cass. soc., 18 mai 2011, n°10-60.406, Bull. civ. V, n°116, *JSL*, n°302-4.

⁴³⁷ C. trav., art. L. 2122-10-7.

même été avancée. Pour que des résultats électoraux puissent servir d'instrument sérieux et incontesté de la mesure de la représentativité, les élections dont ils découlent doivent faire l'objet d'un dépouillement exhaustif, doublé d'un contrôle de l'administration du travail qui en atteste la régularité. Les seules élections qui bénéficiaient de telles garanties étaient en 2008 celles des membres du comité d'entreprise⁴³⁸. Les élections professionnelles sont les seules à donner lieu à des procès-verbaux envoyés ensuite à l'administration du travail. Cette dernière en contrôle la régularité, adresse les résultats à l'administration centrale qui les publie⁴³⁹.

120. Très logiquement, la volonté des partenaires sociaux, inscrite dans la position commune du 9 avril 2008, a été reprise sur ce point par la loi du 20 août 2008. La loi a finalement penché pour les résultats obtenus aux élections professionnelles comme base de mesure de la représentativité. Le choix est judicieux puisque les élections professionnelles bénéficient d'un taux de participation nettement plus élevé que les élections prud'homales⁴⁴⁰. Il était donc logique d'exclure ces dernières. Cependant, le fait d'avoir retenu l'entreprise comme niveau de détermination de la représentativité a entraîné des conséquences juridiques importantes, dont la disparition de la présomption irréfragable de représentativité au bénéfice des syndicats affiliés aux cinq confédérations nationales.

121. Avant l'ordonnance du 22 septembre 2017⁴⁴¹, les élections étaient celles des titulaires au comité d'entreprise. À défaut d'élections pour le comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel (DUP), il fallait se référer aux dernières élections des titulaires des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants⁴⁴². Désormais, les échéances électorales à prendre en compte sont les dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants⁴⁴³. La Cour de cassation, se prononçant sur la prise en compte des bulletins raturés, a précisé qu'un bulletin sur lequel des noms ont été rayés compte pour une voix au profit de la liste pour mesurer la représentativité du syndicat considéré⁴⁴⁴.

⁴³⁸ A. Arseguet, *op. cit.*

⁴³⁹ <http://travail-emploi.gouv.fr> [consulté le 16 mai 2019].

⁴⁴⁰ En décembre 2008, seulement 25,5 % des salariés appelés ont voté (*Liaisons sociales Quotidien*, 5 décembre 2008, p. 1).

⁴⁴¹ Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017, préc., art. 4.

⁴⁴² C. trav., art. L. 2122-1 ancien.

⁴⁴³ C. trav., art. L. 2122-1.

⁴⁴⁴ Cass. soc., 6 janvier 2010, n°10-60.168, P.

2. Le cas des établissements de l'entreprise dans les territoires d'outre-mer

122. La loi du 20 août 2008 n'étant pas directement applicable dans les territoires d'outre-mer, les résultats obtenus dans les établissements qui y sont implantés ne sont pas pris en compte pour la mesure de la représentativité. Dans ces territoires, le principe de concordance ne s'applique pas directement. Un accord collectif de transposition doit avoir été signé entre les syndicats et l'employeur pour que la représentativité d'un syndicat dans une entreprise comportant des établissements ultramarins (Mayotte, Nouvelle-Calédonie, Wallis et Futuna, Polynésie française) soit calculée en tenant compte des résultats obtenus dans ces établissements⁴⁴⁵.

3. L'incidence des élections partielles sur la représentativité

123. La question s'est posée de savoir si dans une entreprise à établissements multiples, le calcul de la représentativité syndicale au niveau supérieur devait se faire à chaque election, même partielle, ou exclusivement à la fin du cycle électoral. En l'espèce, les élections des membres des comités des quatre établissements de la société « *Mécachrome* » (mécanique de haute précision) se sont déroulées entre 2009 et 2011. La Fédération générale des mines de la métallurgie CFDT a obtenu 9,25 % des suffrages exprimés. Cependant, suite à la démission d'un représentant du collège des cadres dans l'un des établissements, des élections partielles ont été organisées. La CFDT, se prévalant d'avoir atteint suite à ces élections partielles le seuil de 10 % des suffrages, posé par la loi du 20 août 2008, a en conséquence désigné un délégué syndical central. La Fédération CGT-FO de la métallurgie a contesté cette désignation. Le tribunal d'instance a validé la désignation litigieuse en retenant que la représentativité d'un syndicat s'appréciait au jour de la désignation du délégué syndical. Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation a considéré que « *les résultats obtenus lors d'élections partielles ne peuvent pas avoir pour effet de modifier la mesure de la représentativité calculée lors des dernières élections générales* »⁴⁴⁶.

124. Mais si l'organisation d'élections partielles peut permettre à un syndicat d'accéder à la représentativité, elle peut aussi le conduire à perdre cette qualité⁴⁴⁷. Cependant, la direction du

⁴⁴⁵ Cass. soc., 27 février 2013, n°11-23.331, P.

⁴⁴⁶ Cass. soc., 13 février 2013, n°12-18.098, P.

⁴⁴⁷ Circ. DGT n°20 du 13 novembre 2008, *JCP S*, 2008, p. 42-56. : « *Les élections partielles sont prises en compte dans l'appréciation de la représentativité; elles peuvent conduire à modifier celle-ci. Ainsi, un calcul de représentativité consolidé doit avoir lieu après chaque election partielle, afin de déterminer les nouveaux pourcentages, qui fonderont la mesure pour la validité des accords* ».

travail a préconisé « *de favoriser la stabilité, et de ne pas prendre en considération les élections partielles, sauf lorsque ces élections conduisent à un renouvellement complet des sièges* »⁴⁴⁸. En effet, la prise en compte systématique des élections partielles entraînerait une instabilité accrue de la représentativité des syndicats dans l'entreprise et avec elle les prérogatives qui lui sont attachées. Face à l'imprécision des textes législatifs et réglementaires, la Cour de cassation a finalement dû trancher en faveur d'une solution permettant une mesure de la représentativité plus stable⁴⁴⁹. Deux alternatives s'offraient à elle: prendre en compte les résultats des élections partielles intervenues après la fin du cycle électoral de l'entreprise ou bien se cantonner aux résultats des élections générales⁴⁵⁰.

125. Précédemment, la Chambre sociale avait considéré qu'il ne fallait pas prendre en compte les élections partielles⁴⁵¹. Elle a par ailleurs précisé qu'en cas d'augmentation des effectifs, les élections professionnelles devaient être organisées au terme du mandat de quatre ans, sauf accord unanime des syndicats présents dans l'entreprise⁴⁵². Les partenaires sociaux ont quant à eux rendu des avis différents. La CGT, l'IUMM, l'UNSA et la CFTC étaient en faveur de la prise en compte des élections partielles au fur et à mesure de leur déroulement. Le MEDEF, la CFE-CGC, la CGT-FO et la CFDT étaient opposés à cette solution⁴⁵³. Fidèle à sa jurisprudence protectrice des relations juridiques et sociales dans l'entreprise, la Cour de cassation a décidé que les élections partielles ne pouvaient pas modifier la mesure de la représentativité en cours de cycle électoral⁴⁵⁴. La stabilité de la représentativité ayant déjà été suffisamment malmenée par la loi du 20 août 2008⁴⁵⁵, la Cour a judicieusement préféré ne pas ajouter un facteur de perturbation supplémentaire.

⁴⁴⁸ Rapport de la Cour de cassation sous Cass. soc., 13 février 2013, p. 4.

⁴⁴⁹ F. Favennec-Héry, « L'accès à la représentativité », *JCP S*, 2012, p. 21-28.

⁴⁵⁰ H. Guyot, « Élections partielles et représentativité », *JCP S*, 2012, p. 1023.

⁴⁵¹ Cass. soc., 6 janvier 2011, n°10-60.169, Bull. 2011 V, n°8.

⁴⁵² Cass. soc., 13 octobre 2010, n°09-60.206, Bull. 2010 V, n° 225 ; Rapport de la Cour de cassation sous Cass. Soc., 13 février 2013, préc., p. 9.

⁴⁵³ Rapport de la Cour de cassation sous Cass. Soc., 13 février 2013, p. 4. Note de la DGT annexée au rapport.

⁴⁵⁴ Cass. soc., 13 février 2013, n°12-18.098, P.

⁴⁵⁵ Cf. *Infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

4. Les conséquences du changement d'affiliation sur la représentativité

126. La réforme de la représentativité a également posé le problème de l'audience à prendre en compte lorsqu'un syndicat change d'affiliation entre deux élections professionnelles. La question a été de savoir si, dans un tel cas, un syndicat pouvait continuer à se prévaloir des voix obtenues avec l'ancienne affiliation. Le système de la présomption de représentativité s'inscrivait dans la logique d'un syndicalisme confédéré dit « *de tendance* ». Avec la disparition de cette présomption, il était à craindre que le jeu de l'affiliation soit abandonné. Or, au contraire, les liens d'affiliation ont été renforcés⁴⁵⁶ après 2008 tant dans les pratiques des organisations syndicales que dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Les magistrats se sont interrogés sur « *le contenu représentatif* » du vote en faveur d'un syndicat lors des élections professionnelles dans l'entreprise⁴⁵⁷ sachant que « *dans le système de représentation français, l'adhésion à un syndicat évoque davantage une reconnaissance d'identité ou de conviction [qu'une] logique d'intérêt* »⁴⁵⁸.

127. Au regard des arrêts de la Cour de cassation, il ressort que cette dernière fait perdurer le syndicalisme dit « *de tendance* » tout en protégeant le principe de l'unicité syndicale. La Haute juridiction a considéré que le changement de confédération d'un syndicat conduisait à la perte du bénéfice du score obtenu par la liste présentée sous le nom de l'ancienne confédération. Selon la Cour, le nom de la confédération sous lequel un syndicat a présenté des candidats constitue « *un élément essentiel du vote des électeurs* »⁴⁵⁹, quand bien même la désaffiliation est imposée par la confédération⁴⁶⁰. En revanche, le score obtenu par un candidat reste personnel et le changement d'affiliation ne le prive pas de son score, qu'il conserve, et lui permet d'être nommé délégué syndical par une autre organisation syndicale⁴⁶¹.

128. Dans l'une des affaires⁴⁶² soumises à la Cour de cassation, le Syndicat des transports et des activités aéroportuaires sur les aéroports parisiens (STAAAP), affilié à la CFTC, avait recueilli plus de 10 % des voix aux dernières élections professionnelles organisées dans l'entreprise et désigné un délégué syndical. Le syndicat s'est ensuite désaffilié de la CFTC pour

⁴⁵⁶ M. Grévy, « La capacité d'intervention des syndicats face au nouveau régime de la représentativité », *Dr. social*, 2013, p. 311.

⁴⁵⁷ J.-M. Pernot, « La loi du 20 août 2008 et la portabilité des suffrages », *RDT*, juillet-août 2011, p. 428.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ Cass. soc., 28 septembre 2011, n°10-26762, *RDT*, p. 2011. p. 713, obs. M. Grévy.

⁴⁶⁰ Cass. soc. 28 novembre 2012, n°12-14528.

⁴⁶¹ Cass. soc., 14 novembre 2013, n°12-29.984.

⁴⁶² Cass. soc., 18 mai 2011, n°10-21.705, *Bull.* 2011, V, n°124.

s'affilier à l'UNSA tout en confirmant la désignation du délégué syndical. Le jugement de Tribunal d'instance, considérant cette désignation valable, a été cassé par la Cour de cassation qui a indiqué qu'un syndicat d'entreprise ne pouvait continuer à se prévaloir des suffrages obtenus sous son ancienne affiliation pour revendiquer sa représentativité⁴⁶³. La Haute juridiction a toutefois considéré que les unions ou confédérations syndicales « *d'origine* »⁴⁶⁴ pouvaient conserver les voix recueillies par les syndicats qui se sont désaffiliés et pouvaient donc s'en prévaloir pour obtenir la qualité représentative⁴⁶⁵.

129. La Cour de cassation considère ainsi le vote des salariés comme l'expression d'une préférence pour un mouvement syndical, indépendamment des personnes physiques ou morales qui composent le syndicat. Selon elle, les salariés ne votent pas nécessairement pour le candidat présenté par le syndicat mais pour les idées et valeurs que porte ce dernier. Les syndicats dans l'entreprise ne peuvent donc se prévaloir de l'audience recueillie dès lors qu'ils se désaffilient d'une confédération puisque rien ne permet d'assurer qu'ils en conserveront la ligne. La volonté des salariés, exprimée lors des élections, ne saurait être accaparée et détournée. Par ces arrêts, la Cour de cassation a consacré le principe d'unicité syndicale selon lequel « *l'union et les syndicats qui y sont affiliés forment un ensemble global* »⁴⁶⁶.

5. *Le calcul de l'audience électorale selon les effectifs de l'entreprise*

130. Le calcul de l'audience électorale diffère selon que l'entreprise comporte au moins onze salariés (a) ou moins de onze salariés (b).

a. Entreprises d'au moins onze salariés

131. L'élection au cours de laquelle est calculée l'audience est celle du comité social et économique, dont la mise en place est obligatoire à compter du 1^{er} janvier 2020, au plus tard. L'employeur est tenu de l'organiser dès lors que l'effectif de l'entreprise dépasse le seuil de onze salariés pendant douze mois consécutifs⁴⁶⁷. Dans les entreprises de onze à cinquante salariés, l'élection du CSE remplace celle des anciens délégués du personnel. À partir d'au moins cinquante salariés, le CSE remplace les délégués du personnel et le comité d'entreprise. Dans le cas où un

⁴⁶³ M. Grévy, « Affiliation syndicale et démocratie sociale : à propos des arrêts du 18 mai 2011 », *RDT*, 2011, p. 491.

⁴⁶⁴ *Ibid.*

⁴⁶⁵ Cass. soc., 18 mai 2011, n°10-60.300, Bull. 2011, V, n°121.

⁴⁶⁶ Rapport C. Cass. 2010, p. 345 ; Y. Pagnerre note sous Cass. soc., 28 novembre 2012, *JCP S*, 5 février 2013, p. 32.

⁴⁶⁷ C. trav., art. L. 2311-2.

CSE est élu, il exerce pleinement ses prérogatives. Mais en cas de carence aux élections professionnelles, aucun CSE n'est créé et il n'y a pas d'élections de rattrapage « *par défaut* ».

132. Selon le droit antérieur à la loi du 29 mars 2018⁴⁶⁸, l'audience était calculée sur l'élection des DP à défaut d'élections du comité d'entreprise⁴⁶⁹. Les résultats des élections des DP étaient pris en compte pour apprécier la représentativité syndicale s'il ne s'était pas tenu d'élection des membres du comité d'entreprise⁴⁷⁰. Le régime antérieur offrait ainsi deux chances à la tenue d'élections professionnelles dans l'entreprise pour calculer l'audience électorale. Désormais, il n'y a plus qu'une seule élection dans les entreprises de onze à cinquante salariés, soit une seule chance donnée aux syndicats pour démontrer satisfaire au critère de l'audience électorale⁴⁷¹.

b. Entreprises de moins de onze salariés

133. La loi du 15 octobre 2010⁴⁷², intègre dans le Code du travail des dispositions relatives à la mesure de l'audience syndicale dans les entreprises de moins de onze salariés qui a lieu tous les quatre ans au niveau régional. La période du scrutin est fixée par décret⁴⁷³ et l'effectif de l'entreprise est calculé le 31 décembre de l'année précédant celle du scrutin. Les salariés des entreprises de moins de onze salariés bénéficiant d'un contrat de travail au cours du mois de décembre sont considérés électeurs⁴⁷⁴. Ces derniers sont répartis en deux collèges (cadres et non-cadres)⁴⁷⁵.

134. S'il renforce la légitimité des organisations représentatives, le critère de l'audience électorale est toutefois susceptible de mettre à mal l'unité syndicale dans l'entreprise.

⁴⁶⁸ Loi n°2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n°2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social - JORF du 31 mars 2018.

⁴⁶⁹ Cass. soc., 13 juillet 2010, n°10-60.148, Bull. civ. V, n°176.

⁴⁷⁰ Cass. soc., 14 décembre 2010, n°10-60.221, Bull. civ. V, n°292.

⁴⁷¹ Cf. *infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

⁴⁷² Loi n°2010-1215 du 15 octobre 2010 complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la loi du 20 août 2008 - JORF 16 octobre 2010.

⁴⁷³ C. trav., art. L. 2122-10-1.

⁴⁷⁴ C. trav., art. L. 2122-10-2.

⁴⁷⁵ C. trav., art. L. 2122-10-4.

B. Les effets négatifs du critère de l'audience électorale sur l'unité syndicale dans l'entreprise

135. La loi du 20 août 2008 a eu pour prétention de renforcer la légitimité des organisations syndicales en conditionnant leur représentativité aux élections professionnelles. En fondant la représentativité sur le vote des salariés, le critère de l'audience électorale a prétendu renforcer la légitimité des organisations syndicales dont les taux d'adhérents sont en forte chute depuis la fin des années 1970 (1). Si le regain de légitimité provoqué par les voix des salariés reste hypothétique, ce critère est fortement susceptible d'amplifier la division syndicale dans l'entreprise (2).

1. Un renforcement contestable de la légitimité des organisations syndicales

136. Le diagnostic sur lequel repose la réforme de la représentativité est contestable et limité. En effet, il analyse le phénomène de désyndicalisation uniquement par le prisme du rejet des organisations syndicales par les salariés (a). Si la défiance de ces derniers à l'égard des syndicats est bien réelle, elle ne peut suffire à expliquer l'intégralité de ce phénomène. Les causes de la désyndicalisation sont en effet multiples (b).

a. Un diagnostic fondé sur le seul rejet des organisations syndicales

137. Les syndicats sont les premières « *organisations non gouvernementales* » reconnues un siècle auparavant par l'Organisation internationale du travail (OIT)⁴⁷⁶. Comme la plupart des organisations au sein des démocraties libérales, les syndicats connaissent une crise⁴⁷⁷ constatée notamment par la baisse continue du nombre de salariés syndiqués depuis la fin des trente glorieuses. Selon le Ministère du Travail, le taux de syndicalisation déclaré a été divisé par trois en France depuis 1949⁴⁷⁸ même si les modes de calcul ont beaucoup évolué⁴⁷⁹. Dès la fin des années 1970, toutes les organisations syndicales confondues ont vu leurs effectifs diminuer de

⁴⁷⁶ V. les « *organisations les plus représentatives* » évoquées par le traité de Versailles (partie XIII, art. 389, §3).

⁴⁷⁷ G. Groux, M. Noblecourt et J.-D. Simonpoli, *Le dialogue social en France: entre blocages et big bang*, Paris, Odile Jacob, 2018, 254 pp et G. Bélier, A. Cormier Le Goff, H.-J. Legrand, *Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords*, Paris, LGDJ, Coll. « Droit vivant », 2018, 636 pp.

⁴⁷⁸ 1949 : 30,1 % ; 1959 : 17,2 % ; 1969 : 20 % ; 1979 : 17,3 % ; 1989 : 10,2 % ; 1999 : 10,8 % ; 2016 : 10,8 %.

⁴⁷⁹ De 1949 à 1993, estimations fondées sur le nombre de cotisations syndicales. Entre 1996 et 2005, rétrapolations DARES sur données de l'enquête EPCV (Insee). Entre 2008 et 2010, estimations DARES à partir de données de l'enquête SRCV (Insee). Entre 2013 et 2016, calcul DARES à partir des enquêtes CT 2013 et RPS-CT 2016.

moitié, jusqu'à se réguler au milieu des années 1990⁴⁸⁰. Depuis, le syndicalisme français n'arrive pas, ou peu, à atteindre une véritable puissance ainsi qu'une légitimité fondée sur l'adhésion syndicale. Le taux de syndicalisation dans le secteur privé est aujourd'hui de 5 %⁴⁸¹.

138. Ce faible nombre d'adhérents doit toutefois être distingué de la présence syndicale dans les entreprises. La France se place à la dixième place des États de l'Union européenne quant à la présence syndicale sur le lieu de travail. Cette présence s'est améliorée entre la fin des années 1990 et le milieu des années 2000⁴⁸². En 2004-2005, 38 % des établissements de plus de 20 salariés comptaient un délégué syndical contre 33 % en 1998-1999. La présence syndicale s'accroît en conservant un nombre d'adhérents réduit⁴⁸³, dont seulement 30 % déclarent être impliqués de manière régulière⁴⁸⁴.

139. La « *crise du syndicalisme* » français⁴⁸⁵ tient en partie au rejet par les salariés des organisations syndicales et, plus généralement, un rejet des corps constitués. Cette méfiance a été illustrée récemment par le mouvement des « *gilets jaunes* »⁴⁸⁶, composé de salariés en grande majorité isolés, travaillant dans des entreprises avec une faible présence syndicale. Malgré l'appartenance syndicale de certains d'eux, les corps intermédiaires ont été contournés et rejetés⁴⁸⁷ par le mouvement, revendiquant notamment la mise en place d'un « *référendum d'initiative citoyenne* ». Pour mobiliser à aussi grande échelle et bénéficier d'une haute visibilité, les « *gilets jaunes* » ont volontairement créé une désintermédiation, court-circuitant les corps constitués et institutions représentatives, en passant notamment par les réseaux sociaux⁴⁸⁸. Le pluralisme

⁴⁸⁰ T. Amossé, C. Bloch-London, L. Wolff, *Les relations sociales en entreprise*, Paris, La Découverte, 2008, 451 pp.

⁴⁸¹ DARES, « *Mythes et réalités de la syndicalisation en France* », premières informations, premières synthèses, octobre 2004. Il se situe actuellement autour de 11% et seulement 5% dans le privé (DARES analyses, mai 2016, n°25).

⁴⁸² « Les représentants du personnel dans l'entreprise: des salariés comme les autres? », DARES analyses, janvier 2019, n°002.

⁴⁸³ T. Amossé, C. Bloch-London, L. Wolff, *op. cit.*

⁴⁸⁴ M.-T. Pignoni, « De l'adhérent au responsable syndical. Quelles évolutions dans l'engagement des salariés syndiqués ? », *Dares analyses*, 2017, n°15.

⁴⁸⁵ G. Caire, « "Crise" du syndicalisme ? » in F. Babinet, *Convergences : Études offertes à Marcel David*, Quimper, Calligrammes, 1991, p. 75.

⁴⁸⁶ M. Grignard, « Des Gilets jaunes aux ordonnances travail », *Dr. social*, 2019, p. 217.

⁴⁸⁷ Cette désaffiliation politique et syndicale était latente ; v. Y. Siblot, M. Cartier, I. Coutant, O. Masclet et N. Renahy, *Sociologie des classes populaires contemporaines*, Paris, Colin, Coll. « U Sociologie », 2015, 363 pp.

⁴⁸⁸ Le groupe Facebook « *Blocage en marche 76* » qui réunissait 20 000 Gilets jaunes en Seine-Maritime a enregistré pas moins de 1,1 million de commentaires, réaction, et partages entre le 18 novembre et le 1er décembre 2018.

syndical français peut en effet être perçu par certains salariés comme une division de principe, une perpétuelle et puérile opposition, notamment entre les deux principales confédérations (CGT et CFDT), renvoyant une image négative du syndicalisme. Cette mauvaise presse⁴⁸⁹ est renforcée par certains commentaires pointant du doigt une tendance insurrectionnelle du syndicalisme français, son absence de culture de compromis (contrairement aux syndicats anglo-saxons) ou encore sa « *culture de l'affrontement* »⁴⁹⁰.

140. Certains discours et vocabulaire militants, notamment au sein de la CGT, peuvent aussi paraître trop idéologiques et abstraits pour des oreilles profanes⁴⁹¹. Selon Raymond Aron, « *une démocratie ne peut fonctionner que dans la mesure où l'on ne discute pas trop d'idées abstraites, car sur les idées abstraites on ne s'entend jamais. Or les Français n'aiment, dans la politique, que les idées qui sont le moins possible souillées par les considérations vulgaires touchant au monde réel* »⁴⁹². Suite aux résultats des dernières élections professionnelles de 2017, Monsieur Philippe Martinez, Secrétaire général de la CGT a d'ailleurs reconnu volontiers que « *Si nous sommes passés deuxième, c'est parce que nous sommes parfois trop idéologiques et pas assez concrets. Nous devons redevenir*⁴⁹³ *le syndicat de la feuille de paie et du carreau cassé* »⁴⁹⁴. Enfin, les comportements personnels de certains responsables syndicaux, choquant l'opinion mais aussi les militants⁴⁹⁵, les dissensions internes entre syndicats locaux et unions ou centrale, les

⁴⁸⁹ E. Sarin, *Un Demi-Siècle De Syndicalisme En France - Suivi De La Voie Judiciaire*, État Des Lieux, Paris, L'harmattan, Coll. « Question contemporaines », 230 pp.

⁴⁹⁰ S. Matteudi, « Les syndicats en France: poids, représentativité et déclin », *The conversation*, 15 mars 2018, <https://theconversation.com/les-syndicats-en-france-poids-representativite-et-declin-93296> [consulté le 10 mars 2019].

⁴⁹¹ V. le sociologue F. Dupuy : « *Si dans notre société salariale, le droit du travail mobilise les Français, avec ses institutions, ses règles et ses procédures, il n'est pas tout. On se bat pour ou contre les lois parce qu'elles sont visibles et intangibles. Mais ce qui fait la réalité quotidienne des organisations demeure dans une relative indifférence. Or tout ne se joue pas autour du droit, tant s'en faut* », puis évoquant à juste titre « *le taylorisme relooké d'entreprises s'enfonçant dans un jeu perdant-perdant avec leurs salariés : délire des processus, déluge des reportings et des indicateurs, qui distraient l'encadrement de ses fonctions managériales* », in *La faillite de la pensée managériale*, Paris, Points, 2016, 244 pp.

⁴⁹² R. Aron, *Introduction à la philosophie politique*, Paris, Librairie générale française, Coll. « Le livre de poche », 1997, 253 pp.

⁴⁹³ Le « *carreau cassé* » a déjà été évoqué par Henri Krasucki, secrétaire général de la CGT, en 1983.

⁴⁹⁴ P. Martinez, interview du 5 janvier 2019 aux journaux du groupe « Ebra ».

⁴⁹⁵ Conduisant notamment à la démission en 2015 du secrétaire général de la CGT Monsieur Thierry Lepaon (suite aux travaux de son appartement de fonction d'un montant de 120 000 euros) ou encore celle de Pascal Pavageau de FO en 2018 (suite aux révélations de fichage de cadres du syndicat).

exclusions, les scissions⁴⁹⁶ et autres affaires judiciaires compromettantes, renforcent l'hostilité à l'égard du syndicalisme. Malgré tous ces facteurs, la désyndicalisation est liée à bien d'autres causes et ne peut se réduire au seul rejet des salariés.

b. Les causes multiples de la désyndicalisation

141. La désyndicalisation peut aussi s'expliquer du fait de la concurrence d'organisations tierces⁴⁹⁷, ayant pour objet d'autres solidarités, sur l'action collective des syndicats qui pâtiennent déjà d'une « *désintégration corporative* »⁴⁹⁸. Il est également possible d'attribuer ce phénomène à la montée de l'individualisme, des replis identitaires, divisant une communauté de salariés déjà bien morcelée⁴⁹⁹. La structure du tissu industriel français, composé majoritairement de petites et moyennes entreprises, n'aide pas non plus à la syndicalisation. De manière plus profonde, les causes de ce phénomène sont d'ordres juridiques et sociologiques.

• *Les causes juridiques*

142. Le faible taux d'adhésion syndicale en France est fortement lié au régime juridique organisant l'action syndicale et notamment l'application des accords collectifs. En France, les syndicats œuvrent et négocient pour l'ensemble des salariés et non pour leurs seuls adhérents⁵⁰⁰. Les droits et avantages tirés de l'action syndicale et de la négociation collective bénéficient à tous les salariés sans distinction. L'effet *erga omnes* d'un accord collectif d'entreprise fait qu'il s'applique à tous les salariés, sans distinction d'appartenance syndicale, dès lors que l'employeur est signataire de l'accord ou membre d'une organisation signataire. Si ces règles garantissent l'uniformité des droits des salariés et préviennent du dumping social, elles n'incitent évidemment pas à la syndicalisation, encore moins dans le contexte de chômage de masse qui encourage plutôt les salariés à faire route seule. Le fait que le syndicat négocie pour tous, sans distinction

⁴⁹⁶ Division sanctionnée très logiquement par la loi du 20 août 2008. Lors des élections de fin novembre 2018 (45 000 inscrits) à la régie autonome des transports parisiens (RATP), suite à la présentation de deux listes concurrentes (Sud-RATP à 8,95 %, et Solidaires Groupe RATP à 3,27 %), Sud-Solidaires a perdu sa représentativité (14 % au scrutin précédent).

⁴⁹⁷ J.-E. Ray, « Éruption et représentations Avant-propos », *Dr. social*, 2019, p. 188.

⁴⁹⁸ A. Supiot, « La justice sociale saisie par la régulation », in *Justice et droits fondamentaux : études offertes à Jacques Normand*, Paris, Litec, 2003, p. 427.

⁴⁹⁹ Reste à savoir si suite à l'abaissement et la barémisation des indemnités de licenciement sans cause et sérieuse, instaurés par l'ordonnances de septembre 2017, le CDI peut-il encore être considéré comme un contrat « *non précaire* ».

⁵⁰⁰ C. trav., art. L. 2131-1.

d'appartenance, constitue « *une des causes majeures de la relative faiblesse du taux de syndicalisation en France* »⁵⁰¹, « *les marrons étant en quelque sorte systématiquement tirés du feu par ceux qui, de plus ou moins près, participent à l'action syndicale, ne serait-ce que par leurs cotisations* ». En effet, pourquoi se syndiquer et entrer dans le collimateur de l'employeur alors qu'il est possible de bénéficier des fruits de l'action syndicale et de la négociation collective en restant neutre ? Le faible taux de syndiqués en France est souvent comparé à celui de la Suède, proche de 80 %, sans toutefois préciser que dans ce pays les droits acquis par le syndicat lors de la négociation collective ne bénéficient qu'aux salariés adhérents⁵⁰², ce qui explique le fort taux de syndicalisation.

- *Les causes sociologiques*

143. Malgré l'existence de gros bastions ouvriers, la France est restée majoritairement rurale jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle du fait de la conservation d'une importante paysannerie mais aussi par le développement d'une industrie elle aussi rurale⁵⁰³. La population paysanne a intégré tardivement le travail salarié industriel, dans les années 1950 et 1960, conservant une hétérogénéité durable au sein d'une classe ouvrière divisée et dépourvue de base sociologique unificatrice. La carence en main d'œuvre industrielle a été compensée par les diverses vagues d'immigration. Dès le XIX^{ème} siècle, polonais, italiens, portugais, et espagnols ont constitué une part importante de cette immigration avant l'arrivée, à la Libération, de travailleurs de l'ancien Empire colonial français (Maghreb, Afrique subsaharienne et Asie du sud-est). Cette hétérogénéité sociologique, linguistique et culturelle a pu compliquer la mission syndicale de catalyseur des intérêts des salariés.

144. Le taux de syndicalisation était supérieur à 20 % à la fin des années 1970, apogée de la mobilisation syndicale en France, outre quelques mobilisations ponctuelles en 1936 et à la Libération. Mais le secteur industriel, bastion de l'implantation syndicale, s'est peu à peu fragilisé. Du fait de la désindustrialisation dans les années 1980, des délocalisations et de l'émergence du secteur tertiaire, les organisations syndicales ont connu un affaiblissement considérable⁵⁰⁴. La

⁵⁰¹ J.-M. Verdier, « Syndicalisme et fraternité », *Dr. social*, 1990, p. 127.

⁵⁰² La loi permet théoriquement que le bénéfice des accords signés par les syndicats soit réservé aux syndiqués, ce qui tendrait à rendre la syndicalisation quasi obligatoire. En réalité et dans la pratique, tous les salariés bénéficient des accords. Le succès des syndicats s'explique aussi du fait qu'ils rendent de nombreux services à leurs adhérents, tels que l'accès plus rapide aux caisses d'assurance-chômage, qu'ils gèrent eux-mêmes.

⁵⁰³ A. Bévort, A. Jobert, *Sociologie du travail : les relations professionnelles*, Paris, A. Colin, Coll. « U : Sociologie », 2008, 268 pp.

⁵⁰⁴ D. Andolfatto (dir.), *Les syndicats en France*, 3^e éd., Paris, La Doc. Fr., Coll. « Les études », 2013, 236 pp.

désindustrialisation a encore un peu plus fragilisé le rapport entre le syndicalisme français et les salariés. Avec les employés, les ouvriers sont aujourd'hui la catégorie professionnelle la moins syndiquée. Cet éclatement a toutefois été limité par la mobilisation des grandes références idéologiques parvenant à mobiliser lors d'actions collectives ponctuelles⁵⁰⁵.

145. Les secteurs dans lesquels se maintient un taux d'adhésion significatif sont la fonction publique et les entreprises publiques. Il est donc possible de parler de « *syndicalisme de délégation* »⁵⁰⁶, reposant sur des effectifs faibles et se structurant autour des institutions représentatives du personnel. Les délégués du personnel, les comités d'entreprise, les comités d'hygiène et de sécurité et de conditions de travail (fusionnés à partir du 1er janvier 2020 en conseil social et économique), sont les institutions qui catalysent une part majeure de l'activité syndicale. Si les syndicats conservent une certaine capacité de mobilisation, les salariés ne leur confèrent toutefois pas les moyens d'agir efficacement au quotidien.

146. La désyndicalisation peut également avoir une cause générationnelle. Les confédérations sont en effet très concernées par le papy-boom⁵⁰⁷. Les personnes qui les composent ont un profil différent que les jeunes travailleurs qui intègrent la vie active plus tard, de surcroît au terme d'un « *parcours d'insertion* » durant lequel sont enchaînés les contrats précaires. Dans tous les pays, même les plus syndiqués, il est constaté que, hormis certains secteurs (notamment les services publics et l'industrie lourde), les jeunes subissent de plein fouet la crise et la précarité qu'elle entraîne. Le taux de syndicalisation est de 6 % chez les jeunes travailleurs qui s'éloignent des schémas et des « *choix de vie* » définitifs. Ils sont peu intégrés aux collectifs professionnels et donc peu enclin à lutter pour lui. Le contact de ces jeunes avec les syndicats est plus ponctuel, nomade et survient au gré des problèmes rencontrés et aux besoins du moment. Cette jeune génération, plus individualiste, pragmatique et habituée à la précarité, craint l'adhésion à un collectif et sa connotation perpétuelle. Elle s'engage pourtant⁵⁰⁸, mais pour des luttes très diverses,

⁵⁰⁵ A. Bévort, A. Jobert, *op. cit.*

⁵⁰⁶ D. Andolfatto, « Les syndicats français ont-ils besoin d'adhérents ? », communication à l'Institut supérieur du travail, 12 octobre 2006, <http://www.istravail.com/article309.html> [consulté le 12 mai 2019].

⁵⁰⁷ M.-T. Pignoni, préc.: « *Entre 1983 et 2013, la part des plus de 50 ans parmi les syndiqués a augmenté de 18 points, contre sept pour l'ensemble des salariés. Leur âge médian a ainsi augmenté de 8 ans sur la période (de 38 ans à 46 ans) contre six pour l'ensemble des salariés. Ils sont insuffisamment nombreux pour remplacer les départs à la retraite des générations nées entre 1945 et 1955, qui ont connu des taux de syndicalisation plus précoces et plus durables au cours de carrières professionnelles plus linéaires* »

⁵⁰⁸ Sur l'échantillon des 6 600 élèves de terminale sondés au printemps 2018 pour le Conseil national d'évaluation du système scolaire, 12 % se déclaraient investis dans la politique, et 44 % dans des organisations humanitaires ou

au sein de nouvelles formes d'organisations (ONG, mouvements spontanés). Le peu de jeunes adhérents aux syndicats ont une activité militante bien moins impliquée que leurs aînés⁵⁰⁹. Seuls *« les membres les plus actifs endossent souvent des responsabilités, alors que la plupart adoptent une attitude passive, se définissant comme de simples adhérents »*, invoquant des motifs personnels, des *« facteurs dissuasifs »* ou adoptant plus simplement un comportement opportuniste.

147. Les syndicats, dont la base militante vieillit, ont construit leur légitimité dans des secteurs affectés par la désindustrialisation et les mutations technologiques (textile, mine, sidérurgie). Ils ont cependant tardé à s'intéresser au secteur tertiaire dans lequel se sont développées les nouvelles entreprises, avec elle leurs nouvelles organisations (sous-traitance, ubérisation) et leurs travailleurs précaires, peu syndiqués⁵¹⁰. L'institutionnalisation du syndicalisme contribue également à cette crise de désyndicalisation.

148. Les structures établies sont en effet mal adaptées à ces transformations et permettent difficilement aux acteurs syndicaux d'y faire face⁵¹¹. Les rapports de la Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (DARES) démontrent que les équipes syndicales des grands établissements privés sont réduits généralement à quelques élus cumulant en réalité plusieurs mandats⁵¹². Ces derniers disposent de peu de temps par rapport à l'accroissement des activités de négociation, de plus en plus technique. Les salariés syndiqués des nouvelles générations font face *« à un plus grand nombre de sections syndicales dans les entreprises, à la technicité croissante de leurs mandats, à l'intensification des négociations et à une variété de thématiques souvent complexes. Dès lors, ils semblent de plus en plus happés par des fonctions représentatives et par un dialogue social formel qui les éloignent de leurs bases et de l'ensemble des salariés »*⁵¹³. Ce temps en moins et cet éloignement se répercute sur l'animation de la vie

environnementales : un taux d'engagement dans le bénévolat parmi les plus élevés d'Europe, qui a par ailleurs progressé depuis 2010.

⁵⁰⁹ M.-T. Pignoni, préc.: *« Entre 2004 et 2013, la part de syndiqués déclarant ne jamais ou rarement participer aux activités syndicales est passée de 29 % à 51 %. En 2013, avec un taux de syndicalisation au même niveau que la décennie précédente, les syndiqués les plus engagés ne représentent plus que 30 % des adhérents salariés [...]. En 1983, 80 % des syndiqués avaient des relations avec leur syndicat plus ou moins régulières tout au long de l'année : 48 % en 2013 »*.

⁵¹⁰ 1 % des travailleurs temporaires et 2 % des travailleurs en contrat à durée déterminée (CDD) sont syndiqués.

⁵¹¹ S. Bérout, « Représentation syndicale, représentativité et négociation », *Dr. social*, 2018, p. 264.

⁵¹² M.-T. Pignoni, préc.

⁵¹³ *« L'adhésion à un syndicat dépend fortement du contexte, de la proximité du syndicat et de sa visibilité »*, in DARES Analyses, n°15, mars 2017, préc.

syndicale⁵¹⁴ et sur la construction de la solidarité avec les salariés liés à d'autres employeurs, travaillant sur les mêmes lieux. Au sein des établissements de très petite taille, les acteurs syndicaux sont de manière générale isolés et souffrent d'un manque de contact avec les fédérations professionnelles. Il est donc difficile pour le syndicat de se construire et porter efficacement les revendications des salariés lorsque les mécanismes institutionnels structurant son expression et son action ne sont pas adaptés aux nouvelles formes de travail.

149. Confrontés à l'accroissement de la sous-traitance et de l'externalisation de certaines activités, les acteurs syndicaux n'arrivent plus à construire des collectifs adéquats pour mettre en commun les intérêts de salariés qui, sur un même lieu de travail, relèvent d'employeurs distincts. Cette division de l'activité se réalise notamment par le recours à la sous-traitance ou par la création de filiales. Afin de contrecarrer cet évitement, le législateur aurait pu ériger l'établissement comme cadre de la collectivité de travail, peu important l'employeur et le statut des salariés qui s'y trouvent⁵¹⁵. L'acteur syndical pourrait bénéficier dans un tel cas d'un point d'appui solide pour animer le collectif de travail et le faire s'exprimer à travers des revendications communes. Ce modèle peut être expérimenté à travers la reconnaissance d'unités économiques et sociales (UES) ou la création de syndicats de site⁵¹⁶, pour fédérer au sein d'un même collectif les salariés des entreprises donneuses d'ordre et ceux des entreprises sous-traitantes. L'enjeu pour ces organisations consiste à construire une activité syndicale d'après les contours réels de la collectivité de travail en considérant l'entreprise comme l'organisation de fait de la production et du pouvoir économique. Une telle identification concrète permettrait de doter les syndicats des armes nécessaires pour contrecarrer le « *Meccano institutionnel* »⁵¹⁷ des entreprises, fractionnant la représentation syndicale.

150. Cette représentation devrait en outre posséder une fonction de contre-pouvoir allant au-delà de la seule négociation. Elle devrait pouvoir créer le groupe, l'animer et élaborer des revendications. Pour cela, les conditions matérielles devraient être repensées pour favoriser les

⁵¹⁴ Selon les statistiques produites par la DARES, seuls 30 % d'entre eux participent régulièrement aux activités du syndicat.

⁵¹⁵ À ce titre, avant d'être abrogé au 1er mai 2008 par l'ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007 - JORF 13 mars 2007, art. 12, l'article L132-21 du Code du travail, créé par la loi n°82-957 du 13 novembre 1982, préc., art.1, prévoyait que lorsqu'une entreprise employait « *dans ses locaux, soit dans un chantier dont elle assume la direction en tant qu'entreprise générale, des travailleurs appartenant à une ou plusieurs entreprises extérieures, les délégués syndicaux des organisations représentatives dans ces entreprises sont, à leur demande, entendus lors des négociations* ».

⁵¹⁶ B. Bachetta, « Syndicat de site, une riche expérience », *L'Humanité*, 12 Décembre 2011.

⁵¹⁷ S. Bérout, préc.

échanges et la cohésion sur le lieu de travail. Mais les acteurs syndicaux ont aujourd'hui du mal à impliquer dans les activités quotidiennes les adhérents dépourvus de mandat. Ils peinent également à organiser des débats collectifs et densifier l'échange entre les salariés. Pour faire vivre la démocratie syndicale, un contingent d'heures rémunérées aurait pu être attribué aux sections syndicales constituées dans une unité de représentation, laquelle aurait ensuite réparti ce temps entre ses adhérents⁵¹⁸. Concernant la négociation collective en tant que telle, elle devrait être densifiée et ouverte à l'ensemble des salariés tout en reconnaissant aux organisations syndicales le droit d'organiser des assemblées générales lors de la séquence de négociation⁵¹⁹ ainsi qu'un droit d'initiative de négociation annuelle sur un thème choisi par le syndicat⁵²⁰.

151. À partir de ce constat et des conséquences sur la capacité représentative des syndicats, le législateur aurait pu mieux définir le cadre juridique des relations professionnelles et adapter en conséquence les critères d'acquisition de la représentativité⁵²¹. Or, le législateur n'a pas adapté la représentativité aux nouvelles formes d'organisation du travail. Il a seulement durci les conditions permettant aux organisations syndicales de bénéficier de la qualité d'organisation représentative. Pire encore, la loi du 20 août 2008 a souhaité que les organisations syndicales tirent leur représentativité d'un terrain dont elles sont de plus en plus éloignées, du fait des stratégies consistant à diviser l'activité des entreprises en entités juridiques distinctes. S'il avait réellement souhaité renforcer l'activité syndicale en fondant sa légitimité sur le terrain, le législateur aurait dû prendre acte de « *l'éclatement de l'entreprise fordiste unitaire* » et de ses implications⁵²² en établissant un cadre institutionnel susceptible de déjouer efficacement les stratégies de fragmentation adoptées par les grands groupes.

152. Ne tenant pas compte de la diversité des causes de la désyndicalisation, le législateur a prétendu remédier à ce phénomène en conditionnant la représentativité des syndicats au vote des salariés, ce qui renforce leur division dans l'entreprise.

⁵¹⁸ E. Dockès (dir.), GR-PACT, *Proposition de Code du travail*, Paris, Dalloz, Coll. « Hors collection », 2017, art. L. 32-53.

⁵¹⁹ E. Dockès (dir.), GR-PACT, *op. cit.*, art. L. 33-25.

⁵²⁰ *Ibid*, art. L. 33-32.

⁵²¹ V. E. Dockès (dir.), GR-PACT, *op. cit.*, Chapitre 3 : « Syndicats, représentation et négociation collective ».

⁵²² S. Bérout, préc.

2. L'accroissement de la division syndicale dans l'entreprise

153. En érigeant l'audience électorale comme critère déterminant de la représentativité, l'enjeu des élections professionnelles a considérablement été aggravé par la loi du 20 août 2008, ce qui est susceptible de renforcer la division syndicale dans l'entreprise (a). Le socle démocratique sur lequel la loi a souhaité faire reposer la représentativité a contribué à légitimer la spécialisation du rôle du syndicat représentatif de l'entreprise vers une négociation collective aux conséquences juridiques toujours plus importantes (b).

a. L'aggravation de l'enjeu des élections professionnelles

154. Pour la première fois, dans le cadre de la réforme opérée par la loi du 20 août 2008, l'audience des organisations syndicales auprès des salariés a été mesurée en 2013⁵²³ au niveau national et interprofessionnel ainsi qu'au niveau des branches professionnelles⁵²⁴, donnant les résultats suivants : CGT : 26,77 % ; CFDT : 26,00 % ; CGT-FO : 15,94 % ; CFE-CGC : 9,43 % ; CFTC : 9,30 %.

155. L'audience a ensuite été mesurée en 2017⁵²⁵, à la fin de la période transitoire⁵²⁶ prévue par la loi du 20 août 2008 : CFDT : 26,39 % ; CGT : 24,85 % ; CGT-FO : 15,60 % ; CFE-CGC : 10,69 % ; CFTC : 9,48 %.

⁵²³ Arrêté du 30 mai 2013 fixant la liste des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel - JORF du 1er juin 2013.

⁵²⁴ Les chiffres présentés sont le résultat de l'agrégation des scores enregistrés par les organisations syndicales au cours :

- des élections professionnelles (comités d'entreprise, délégués du personnel) organisées dans les entreprises de plus de 11 salariés entre le 1er janvier 2009 et le 31 décembre 2012 ;
- du scrutin organisé auprès des salariés des Très Petites Entreprises et des employés à domicile, qui s'est déroulé du 28 novembre au 12 décembre 2012 ;
- des élections aux chambres départementales d'agriculture, pour les salariés de la production agricole, qui se sont déroulées en janvier 2013.

⁵²⁵ Arrêté du 22 juin 2017 fixant la liste des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel - JORF du 30 juin 2017.

⁵²⁶ Pendant toute la période transitoire, trois catégories de syndicats conservaient une présomption de représentativité :

- les syndicats représentatifs dans l'entreprise à la date de publication de la loi ;
- les syndicats affiliés à l'une des cinq confédérations considérées comme représentatives au plan national (CGT, CFDT, CFTC, CGT-FO CFE-CGC et CGT).
- tout syndicat constitué à partir du regroupement de deux syndicats dont l'un est affilié à un syndicat représentatif aux niveaux nationaux et interprofessionnels.

156. Au niveau national interprofessionnel, la loi du 20 août 2008 a donc peu modifié le paysage syndical. Mise à part une audience plus élevée pour la CFDT, qui devance désormais celle de la CGT⁵²⁷, les résultats définitifs⁵²⁸ de la représentativité syndicale au niveau national et interprofessionnel ont montré une faible évolution puisque les cinq confédérations naguère présumées représentatives au niveau national interprofessionnel ont conservé leur représentativité⁵²⁹. Les autres organisations, absentes de l'arrêté du 31 mars 1966, sont restées non représentatives à ce niveau de négociation. La loi du 20 août 2008 a globalement peu fait évoluer le paysage syndical. Les cinq confédérations déclarées représentatives au niveau national interprofessionnel par l'arrêté du 31 mars 1966 le sont restées. Les syndicats indépendants, plus jeunes, sont restés non représentatifs à ce niveau de négociation. Toutefois, au niveau de l'entreprise, la loi du 20 août 2008 a un peu ouvert le jeu syndical, permettant notamment une plus forte implantation des syndicats indépendants.

157. Ce *statu quo* au niveau national interprofessionnel permet d'avoir une idée de l'état des forces au niveau de l'entreprise (et de la branche également) puisque c'est à partir des scores récoltés aux élections professionnelles qu'est calculée la représentativité aux niveaux supérieurs. Si les cinq confédérations nationales ont conservé leur leadership, c'est que les scrutins dans les entreprises ont été majoritairement exprimés en faveur de syndicats qui leur étaient affiliés. Toutefois, ces scores ne permettent pas de considérer l'état de l'unité syndicale au sein des entreprises, dans lesquelles une rude concurrence a été instaurée pour bénéficier de l'audience électorale suffisante, de laquelle dépend celle des syndicats des niveaux de négociation supérieurs.

⁵²⁷ CFDT (30,33 %), CGT (28,56 %), CGT-FO (17,93 %), CFE-CGC (12,28 %), CFTC (10,90 %).

⁵²⁸ Les chiffres présentés sont le résultat de l'agrégation des scores enregistrés par les organisations syndicales sur le cycle 2013-2016 lors :

1. des élections professionnelles (comité d'entreprise, délégation unique du personnel, à défaut délégués du personnel) organisées dans les entreprises d'au moins 11 salariés entre le 1er janvier 2013 et le 31 décembre 2016
2. du scrutin organisé auprès des salariés des très petites entreprises et des employés à domicile du 30 décembre 2016 au 13 janvier 2017 (et jusqu'au 20 janvier 2017 pour l'Outre-Mer) ;
3. des élections aux chambres départementales d'agriculture, pour les salariés de la production agricole, qui se sont déroulées en janvier 2013.

⁵²⁹ La représentativité a été évaluée en 2000 à travers les résultats des élections prud'homales et des élections au Comité d'entreprise pour les entreprises d'au moins cinquante salariés. Les résultats de ces élections ont donné les résultats suivants : CGT : 24,4 % ; CFDT : 22,9 % ; CGT-FO : 12,4 % ; CFE-CGC : 5,7 % ; CFTC : 5,3 % ; autres syndicats : 7,4%.

Les nouvelles conditions d'acquisition de la qualité d'organisation représentative, exigées par la loi du 20 août 2008, risquent en effet d'accroître la division syndicale dans l'entreprise.

158. En érigeant le critère de l'audience électorale comme critère déterminant, le législateur a donné une place déterminante à l'action menée par les syndicats sur les lieux de travail. Les syndicats non affiliés⁵³⁰ ont parallèlement été intégrés aux acteurs de la démocratie sociale renouvée et la loi leur a donné les outils nécessaires pour développer leur activité dans l'entreprise. Outre la constitution d'une section syndicale avec à sa tête un représentant, le législateur a ouvert aux organisations syndicales non représentatives la participation à la négociation du protocole préélectoral et l'accès au premier tour des élections professionnelles.

159. La loi du 20 août 2008 a donc opéré un rapprochement avec le système de l'élection démocratique utilisé pour les institutions politiques. Au regard de la définition de la démocratie sociale établie par Monsieur Pierre-Yves Verkindt, cette approche semble pertinente. En effet, selon le Professeur, « *La démocratie sociale correspond à l'extension des procédés démocratiques du domaine politique au plan économique et social et permet un renforcement de la légitimité des autorités dont se dote une collectivité humaine* »⁵³¹. Selon cette définition, les notions de démocratie sociale et la question de la légitimité des acteurs de cette démocratie sont étroitement liées. Cela expliquerait le choix du législateur d'avoir fait de la légitimité électorale l'axe de réforme de la représentativité dans la loi du 20 août 2008.

160. Il n'est toutefois pas certain que le recours, pour la détermination de la représentativité, à des mécanismes de désignation propres aux institutions politiques renforce la légitimité des syndicats. Au contraire, la politisation des relations professionnelles dans l'entreprise, est susceptible d'avoir l'effet inverse. Si le vote de salariés vient évaluer et récompenser l'action des syndicats, alors il y a de fortes chances que les actions préélectorales menées par ces derniers soient exécutées en considération de leurs conséquences aux élections⁵³². Il est très probable que ces actions ne soient pas menées dans un objectif de protection de l'intérêt des salariés mais, par la force des choses, dans une optique électoraliste, pour décrocher le « *sésame* »⁵³³ de l'audience. En outre, l'accélération du lien avec les salariés uniquement en période électorale est susceptible d'être perçu comme de l'opportunisme syndical. Il est en effet à

⁵³⁰ Ainsi que les salariés mis à disposition par les sous-traitants qui ont leur activité dans les locaux d'entreprises utilisatrices (sous-traitants *in situ*).

⁵³¹ P.-Y. Verkindt, « Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale », *JCP S*, 2012, p. 17.

⁵³² Cass. Ch. mixte, 10 avril 1998, n°97-17.870.

⁵³³ G. Bélier et H.-J. Legrand, *La négociation collective après la loi du 20 août 2008*, Rueil-Malmaison, Liaisons, Coll. « Droit vivant », 2009, 334 pp.

craindre que ce clientélisme, arborant les symboliques et rituels du monde politicien (promesses et campagne électorale, programme, *etc.*), n'inspire guère les salariés, d'autant que la défiance à l'égard des institutions politiques traditionnelles se fait plus que jamais ressentir⁵³⁴.

161. S'il a souhaité renforcer la légitimité de l'acteur syndical, le critère de l'audience électorale a en retour modifié la fonction première des élections professionnelles⁵³⁵. Alors qu'elles étaient l'outil permettant à la collectivité des travailleurs de « *choisir démocratiquement* »⁵³⁶ ses représentants, les élections professionnelles constituent désormais l'échéance dont l'issue détermine la représentativité des organisations syndicales. Elles opèrent une sélection entre ces dernières et récompensent ou non, selon les scrutins, leur action sur le terrain. En conditionnant à l'élection professionnelle la représentativité, remise en cause de manière régulière, la loi du 20 août 2008 a opéré une intensification de la concurrence entre les syndicats de l'entreprise, peu favorable à leur unité. Comment constituer une coalition solide dans l'entreprise lorsque les syndicats se sont livrés une rude concurrence pour la représentativité lors des précédentes élections professionnelles ?

162. Cette rivalité est d'autant plus intensifiée par l'inversement de la logique globale sur laquelle était construite la représentativité. Alors qu'auparavant le système de la représentativité était descendant, ce dernier est désormais ascendant. La qualité d'organisation représentative s'apprécie avec comme point de départ l'entreprise en remontant ensuite jusqu'au niveau national et interprofessionnel. Le syndicat doit démontrer sa représentativité au niveau de l'entreprise avant d'accéder à l'échelon supérieur de la négociation collective. Les résultats obtenus lors des élections professionnelles dans les entreprises et les établissements déterminent la représentativité des syndicats aux niveaux supérieurs. Au niveau du groupe, la représentativité est également établie par addition des suffrages obtenus dans les entreprises ou établissements faisant partie du groupe considéré⁵³⁷. Pour les entreprises à structure complexe, il faut additionner les suffrages obtenus dans chaque établissement pour établir la représentativité des syndicats au niveau de l'entreprise⁵³⁸. L'addition des suffrages dans les entreprises permet au Ministre du Travail, après avis du Haut Conseil du dialogue social, de déterminer tous les quatre ans quels sont

⁵³⁴ M. Grignard, préc.

⁵³⁵ G. Borenfreund, « Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. social*, 2013, p. 487.

⁵³⁶ *Ibid.*

⁵³⁷ C. trav., art. L. 2122-4.

⁵³⁸ Circ. DGT n°20 du 13 novembre 2008, préc. ; voir aussi Cass. soc., 28 septembre 2011, n°10-26.545, Bull. 2011, V, n°213 : « *La représentativité d'un syndicat, pour la désignation d'un délégué syndical central d'entreprise, doit s'apprécier par rapport à l'ensemble du personnel de l'entreprise* ».

les syndicats représentatifs au niveau de la branche professionnelle et au niveau national et interprofessionnel, peu importe le nombre de votants. Avec le régime de représentativité descendante, les syndicats exerçaient leur influence du niveau national jusqu'à l'entreprise et pouvaient négocier en toute hypothèse. Avec le système de la représentativité ascendante, la représentativité des syndicats au niveau de la branche et au niveau national interprofessionnel dépend de l'élection professionnelle dans les entreprises. Les enjeux de cette échéance électorale dépassent l'entreprise et intensifient la concurrence entre les syndicats à ce niveau, et donc leur division.

163. Les incidences des élections professionnelles risquent en outre de favoriser la multiplication des litiges⁵³⁹ et conduire à une « *judiciarisation* » de ces élections, multipliant les contentieux portés par les syndicats n'ayant pas obtenu un nombre de voix suffisant. La méfiance des syndicats représentatifs, souhaitant conserver leur leadership et voyant d'un mauvais œil l'arrivée de syndicats concurrents, risque d'inciter l'engagement d'actions en contestation de la représentativité de ces nouveaux syndicats. Malgré les reproches adressés (parfois à juste titre) au régime de la présomption irréfragable de représentativité, ce dernier avait le mérite de limiter les contentieux. Il favorisait en outre une certaine cohésion syndicale ou limitait au moins sa division. Le risque de judiciarisation et d'augmentation des litiges, favorisé par la loi du 20 août 2008, n'est pas de nature à encourager l'unité syndicale. Il risque au contraire de la fragmenter.

164. La mise en œuvre des nouveaux critères de représentativité, notamment la constitution d'une section syndicale par les organisations non représentatives, risque de multiplier les acteurs syndicaux au niveau de l'entreprise. Cette multiplication des candidats, en plus du durcissement des conditions d'acquisition de la représentativité, est susceptible de réduire le nombre de syndicats représentatifs. Ajoutés à l'accroissement des litiges relatifs aux élections, dont l'enjeu dépasse l'entreprise, ces facteurs tendent à intensifier la division syndicale. Il est alors à craindre que la voix des salariés soit portée par une multitude d'organisations divisées. Ces dernières sont en outre amenées à négocier des accords collectifs d'entreprise dont le champ et la force normatifs ont été considérablement renforcés⁵⁴⁰.

b. La spécialisation du rôle du syndicat à la négociation collective

165. Initialement constitué et reconnu pour défendre les intérêts collectifs des salariés, l'acteur syndical est progressivement amené à spécialiser son rôle dans la négociation collective

⁵³⁹ M. Emeras, « *La démocratie sociale dans l'entreprise après 2008* », Thèse de doctorat, Droit privé, Université Toulouse 1, Paris, Mare et Martin, 2005, p. 72.

⁵⁴⁰ Cf. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

qui, au niveau de l'entreprise, a acquis une importance majeure⁵⁴¹. Le régime de représentativité présumée a été remis en question corrélativement à la généralisation de la négociation collective⁵⁴². Compte tenu du renforcement contestable de l'acteur syndical, il est légitime d'affirmer que la « *refondation démocratique des modes d'accès à la représentativité* », opérée par la loi du 20 août 2008, a davantage été réalisée « *à l'aune d'une réflexion sur la nécessité d'un renforcement du rôle de la négociation collective* »⁵⁴³.

166. Le fait que le législateur ait retenu la légitimité électorale des syndicats comme axe de réforme a servi à renforcer et spécialiser leur rôle dans l'élaboration de la norme collective. Les fondations démocratiques de la nouvelle représentativité permettent en effet de légitimer la décentralisation du droit du travail au niveau de l'entreprise⁵⁴⁴ à laquelle les syndicats représentatifs sont amenés à participer. Le système en vigueur avant 2008 était inadapté à la réalisation de ce rôle accru car il appréhendait d'une seule manière la représentativité et non pas selon la fonction attendue⁵⁴⁵. Voilà pourquoi la loi du 20 août 2008 a retenu la légitimité électorale comme pivot central de la représentativité. Cette légitimité constitue « *l'assise démocratique de la représentation* »⁵⁴⁶ alors que jusque-là, l'élection était considérée comme une technique de légitimation de second rang⁵⁴⁷.

167. Bénéficiant des voix des salariés, les organisations syndicales peuvent être amenées à engager le collectif de travail dans un processus conventionnel intensifié qui, au niveau de l'entreprise, est très favorable à l'employeur. À ce niveau de négociation, le rapport de force penche de manière générale de son côté⁵⁴⁸. Cette réforme fait état en réalité de la volonté du législateur de « *réduire de plus en plus l'activité syndicale à des pratiques de négociation intégrées à l'ordre managérial de l'entreprise* »⁵⁴⁹. L'action syndicale dans l'entreprise est considérée comme un facteur d'entrave à la compétitivité des entreprises⁵⁵⁰. Le législateur s'est

⁵⁴¹ *Ibid.*

⁵⁴² À partir de la loi n°71-561 du 13 juillet 1971 modifiant certaines dispositions du Chapitre IV-bis du Titre II du Livre I du Code du travail - JORF du 14 juillet 1971.

⁵⁴³ G. Borenfreund, « Représentativité syndicale et négociation collective », *Dr. social*, 2013, p. 300.

⁵⁴⁴ E. Peskine, « La célébration de l'accord d'entreprise », *Dr. social*, 2014, p. 438.

⁵⁴⁵ F. Favennec-Hery, « *La représentativité syndicale* », *Dr. social*, 2009, p. 631.

⁵⁴⁶ J.-F. Cesaro, « La représentation des syndicats dans l'entreprise », *JCP S*, 2012, p. 46.

⁵⁴⁷ P.-Y. Verkindt, « Les élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. social*, 2009, p. 649.

⁵⁴⁸ F. Géa, préc.

⁵⁴⁹ S. Bérout, préc.

⁵⁵⁰ L. Willemez, « *Le travail dans son droit. Sociologie historique du droit du travail (1892-2017)* », Paris, LGDJ, 2017, 198 pp.

donc empressé de « *prescrire les bonnes formes syndicales et d'en marginaliser d'autres* »⁵⁵¹ et réduire en conséquence l'action syndicale à une activité spécialisée⁵⁵² « *dont la finalité est entièrement tournée vers la production de normes au niveau de l'entreprise* »⁵⁵³. L'action syndicale tolérable est celle qui est restreinte à l'estampillage d'accords collectifs dont la force dérogatoire, toujours plus forte⁵⁵⁴, permet à l'employeur de mieux faire valoir ses intérêts, tout en bénéficiant de l'aval de « *partenaires sociaux* » jouissant d'une officielle légitimité électorale, *a priori* incontestable.

168. Cette injonction à la négociation accroît en outre la distance entre les syndicats et les salariés auprès desquels ils sont désormais censés détenir leur légitimité. Cette activité de négociation occupe la majorité de l'activité des militants élus et mandatés qui peinent déjà à dégager du temps pour aller faire vivre la section syndicale et récolter sur le terrain la parole des salariés pour élaborer les revendications. La loi du 20 août 2008 a en effet participé à une centralisation accrue de l'activité syndicale ainsi qu'à un affaiblissement de la proximité au profit d'une représentation au plus haut niveau.

Conclusion du Chapitre 2

169. Alors qu'avant la loi du 20 août 2008, la représentativité ne devait être prouvée dans l'entreprise que par les syndicats non affiliés aux cinq confédérations mentionnées dans l'arrêté du 31 mars 1966, tous les syndicats doivent désormais démontrer satisfaire à des critères précis pour être représentatifs. Parmi ces derniers, le critère de l'audience électorale, a modifié le rôle des élections professionnelles. Expression de la démocratie dans l'entreprise, la loi portant rénovation de la démocratie sociale en a fait une échéance déterminante pour la représentativité des syndicats de l'entreprise mais aussi celle des syndicats de niveaux supérieurs, la représentativité de ces derniers s'établissant en partant des résultats de la base. Ces enjeux, qui transcendent l'entreprise et pèsent sur les élections professionnelles, sont tout autant de risques d'accroître la rivalité et la division des organisations syndicales, par leur mise en concurrence permanente dans cette course aux votes. Les syndicats doivent en outre aller recueillir les voix de salariés auxquels ils sont de plus en plus éloignés. Cette distance est liée, d'une part, à la division

⁵⁵¹ *Op. cit.*

⁵⁵² G. Gourgues et K. Yon, « Démocratie, le fond et la forme : une lecture "politique" des ordonnances Macron », *RDT*, 2017, p. 625.

⁵⁵³ S. Bérout, préc.

⁵⁵⁴ Cf. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

des entreprises en entités juridiques distinctes, faisant échapper les collectifs de travail aux syndicats et, d'autre part, à l'institutionnalisation de l'activité syndicale, éloignant cette dernière du terrain.

170. Il est ainsi difficile de percevoir dans la loi du 20 août 2008 une réelle volonté législative de renforcer la légitimité des syndicats, bien au contraire. Ayant drapé la représentativité de ces derniers d'une caution électorale, la loi a permis de justifier l'accroissement de la force normative des accords collectifs d'entreprise. Cette décentralisation du droit du travail au sein de l'entreprise, très favorable à l'employeur, a en outre comme conséquences la spécialisation et la réduction de l'activité syndicale à la négociation collective, éloignant toujours plus l'acteur syndical du terrain.

CONCLUSION DU TITRE 1

171. La chute du taux de syndicalisation, amorcée à la fin des trente glorieuses, est liée à une diversité de facteurs (structurels, sociologiques, économiques et juridiques). L'analyse de ce phénomène par le seul prisme du rejet des organisations syndicales, certes non négligeable, a servi de prétexte à la mise en crise du syndicalisme, justifiant entre autre la réforme de la représentativité. Précédée par une position commune, à laquelle ont adhéré la CGT et la CFDT, la loi du 20 août 2008 a supprimé la présomption de représentativité dont bénéficiaient les cinq centrales mentionnées par l'arrêté du 31 mars 1966 et les organisations qui leur étaient affiliées, au profit d'un régime de représentativité démontrée.

172. En libéralisant l'accession à la représentativité, la loi du 20 août 2008 a mis en place les mécanismes veillant à ce que la concurrence instaurée entre les syndicats soit la moins faussée possible. Afin que l'activité de chaque organisation soit évaluée et, le cas échéant, récompensée par les voix des salariés, la loi a octroyé à ces dernières, même non représentatives, la faculté de constituer une section syndicale ainsi que d'autres prérogatives qui jusque là étaient réservées aux syndicats représentatifs et notamment la désignation d'un représentant de section syndicale, dont les pouvoirs concurrencent ceux du délégué syndical. Cette perméabilisation de la frontière entre syndicats représentatifs et syndicats non représentatifs constitue la première étape d'une division syndicale exacerbée par la course aux votes dans laquelle sont placés tous les syndicats de l'entreprise.

173. Cette compétition est d'autant plus rude que les critères de la représentativité ont été durcis et le nombre de candidats à ce sésame a été accru. En effet, la facilitation de l'implantation syndicale, augmentant le nombre de syndicats dans l'entreprise, accroît logiquement le nombre de prétendants à la représentativité. La rivalité est également intensifiée par les enjeux de l'élection, qui transcendent l'entreprise. Les scores électoraux sont en effet pris en compte pour évaluer la représentativité des organisations syndicales au niveau du groupe, de la branche et au niveau national interprofessionnel.

174. Le risque d'une telle mise en concurrence est de voir apparaître dans l'entreprise des syndicats plus divisés, confrontés en outre à une négociation collective aux conséquences toujours plus importantes. En drapant les syndicats représentatifs d'une caution démocratique, la loi du 20 août 2008 a justifié leur participation à l'élaboration de conventions et accords collectifs d'entreprise dont la force normative est amplifiée. Ces derniers sont alors considérés comme suffisamment légitimes pour engager les salariés dans un processus normatif toujours plus poussé, au sein duquel le rapport de force penche en faveur de l'employeur.

175. Le durcissement des conditions d'acquisition de la représentativité et sa remise en cause régulière fragilisent la qualité d'organisation syndicale représentative. Cette précarisation vient se répercuter sur le mandat de délégué syndical mais aussi sur celui du représentant de section syndicale et de représentant syndical aux instances représentatives du personnel.

TITRE 2. LA FRAGILISATION DE LA QUALITÉ D'ORGANISATION REPRÉSENTATIVE PAR SON CONDITIONNEMENT À L'ÉLECTION PROFESSIONNELLE

176. En mettant un terme à la représentativité présumée et en obligeant chaque syndicat dans l'entreprise à démontrer satisfaire des critères précis, la loi du 20 août 2008 a considérablement durci les conditions d'acquisition de la qualité d'organisation représentative. Désormais, les cinq grandes centrales nationales (CFDT, CFE-CGC, CFTC, CGT et CGT-FO) et les syndicats qui leurs sont affiliés, ne bénéficient plus de la présomption de représentativité. À l'issue de chaque élection professionnelle, chaque organisation syndicale doit établir sa représentativité sur la base des critères figurant à l'article L. 2121-1 du Code du travail. Outre le durcissement de ses conditions d'acquisition, la loi du 20 août 2008 a fragilisé la qualité d'organisation représentative.

177. La Cour de cassation a considéré que les critères autonomes conditionnant la représentativité devaient être satisfaits de manière permanente. La représentativité d'un syndicat peut en conséquence être remise en cause dès lors qu'il ne satisfait plus au respect des valeurs républicaines, à l'indépendance ou à la transparence financière, et ce en cours de mandat⁵⁵⁵. Les critères appréciés de façon globale valent quant à eux pour la durée du cycle électoral. Ils ne peuvent être remis en cause avant les nouvelles échéances professionnelles⁵⁵⁶. Si le syndicat reconnu représentatif n'a plus à démontrer au cours du mandat qu'il remplit le critère de l'audience électorale, il faut qu'il continue à satisfaire aux six autres critères pendant quatre ans, jusqu'aux prochaines élections professionnelles. Un syndicat peut toutefois perdre le critère de l'audience s'il se désaffilie d'une confédération après l'élection professionnelle⁵⁵⁷. Toutefois, les élections partielles ne peuvent pas modifier la mesure de la représentativité en cours de cycle électoral⁵⁵⁸. La stabilité de la représentativité ayant déjà été suffisamment malmenée par la loi du

⁵⁵⁵ Cass. soc., 14 novembre 2013, n°12-29.984, Bull. civ. V, n°268.

⁵⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁵⁷ Rapport Cass. 2010, p. 345; Y. Pagnerre, note sous Cass. soc., 28 novembre 2012, *JCP S*, n°6, 5 février 2013, p. 32.

⁵⁵⁸ Cass. soc., 13 février 2013, n°12-18.098, P.

20 août 2008⁵⁵⁹, la Cour de cassation a préféré ne pas ajouter un facteur de perturbation supplémentaire.

178. La représentativité du syndicat est donc remise en cause de manière régulière, tous les quatre ans. Avec le critère de l'audience électorale, l'appréciation de la représentativité syndicale dans l'entreprise revêt un caractère périodique⁵⁶⁰. L'élection professionnelle éteint automatiquement la qualité d'organisation représentative. La représentativité présumée protégeait les syndicats de la menace constante d'une contestation judiciaire. Elle leur conférait une certaine stabilité et une influence importante. À présent, la représentativité des syndicats n'est non seulement plus acquise mais est remise en jeu tous les quatre ans, ce qui fragilise leur assise et leur rôle au sein de l'entreprise⁵⁶¹.

179. Prétendant rénover la démocratie sociale dans l'entreprise, la précarisation de la représentativité opérée par loi du 20 août 2008 impacte négativement le dialogue social dans l'entreprise. Le régime antérieur de la représentativité présumée permettait en effet de construire une négociation collective stable, entre partenaires sociaux qui se connaissaient de longue date, avec l'assurance que ces mêmes interlocuteurs soient encore présents lors des échéances futures, y compris pour renégocier les accords qu'ils avaient signés. Or, la redéfinition fréquente du paysage syndical qu'implique la réforme du 20 août 2008 fragilise au contraire le dialogue social dans l'entreprise. Contrairement à ce qui est déclaré avant chaque nouvelle réforme, la volonté réelle du législateur n'est pas de renforcer le dialogue social mais bien de faire de la négociation collective un outil d'ajustement des conditions de travail des salariés au profit de l'employeur.

180. Les conditions de désignation des délégués syndicaux ont également été durcies par la loi du 20 août 2008. Seules peuvent désormais désigner un ou plusieurs délégués syndicaux les organisations syndicales qui ont démontré leur représentativité au niveau de l'entreprise ou de l'établissement. Par ailleurs, le délégué syndical doit être désigné parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli à titre personnel une audience suffisante au premier tour des dernières élections professionnelles⁵⁶². Le délégué syndical peut toutefois être désigné en

⁵⁵⁹ Cf. *Infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

⁵⁶⁰ J. Dirringer, « L'esprit du dialogue social : de la loi du 20 août 2008 aux accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation des salariés », *La Revue de l'Ires*, 2015/4 (n°87), p. 125.

⁵⁶¹ L.-F. Bied-Charreton, « Le critère de représentativité des 10% a pour effet de porter atteinte à la liberté syndicale de manière incompatible avec les conventions internationales », *Dr. ouvrier*, 2010, p. 426.

⁵⁶² C. trav., art. L. 2143-3.

l'absence de ce score personnel sous certaines conditions⁵⁶³. Comme il doit être désigné par un syndicat représentatif dans l'entreprise, la précarité et la fragilité frappant cette qualité se répercutent sur le mandat du délégué syndical.

181. La précarisation de la représentativité et du mandat du délégué syndical a été limitée par la Cour de cassation. Elle oblige l'auteur de la contestation de la représentativité d'un syndicat (l'employeur ou les autres syndicats de l'entreprise) à également mettre en cause la désignation du délégué syndical qui en découle⁵⁶⁴. Le Code du travail⁵⁶⁵ fixe le délai de recours pour contester une telle désignation à quinze jours⁵⁶⁶ à partir du moment où le nom du ou des délégués syndicaux sont portés à la connaissance de l'employeur et où ces noms sont affichés sur des panneaux d'affichage syndical⁵⁶⁷.

182. La loi du 20 août 2008 a promis aux syndicats la faculté de s'implanter plus facilement dans l'entreprise et de renforcer leur représentativité. Si ces dernières se sont plutôt montrées méfiantes, les confédérations principales (CGT et CFDT), signataires de la position commune du 9 avril 2008⁵⁶⁸, ont vu dans cette réforme l'occasion de fédérer les syndicats indépendants qui, devant l'enjeu électoral, se seraient affiliés à elles. Les petits syndicats, hostiles à la réforme, pensaient au moins que l'abolition de la représentativité présumée les placerait sur un même pied d'égalité avec les confédérations naguère présumées représentatives. Promettant l'hégémonie aux unes et l'égalité aux autres, la loi du 20 août 2008 a en réalité généralisé la mise en concurrence des syndicats dans l'entreprise et favorisé leur division. Durcissant les conditions d'acquisition de la représentativité, la réforme a en outre conditionné le bénéfice de cette qualité à l'audience électorale pour renforcer sa légitimité. Cette assise démocratique est en réalité une faiblesse puisqu'elle fait dépendre la représentativité, et par extension la nomination du délégué syndical, de la tenue d'élections professionnelles dans l'entreprise. Or, pour qu'il y ait élection

⁵⁶³ « Si aucun des candidats présentés par l'organisation syndicale aux élections professionnelles ne remplit les conditions mentionnées au premier alinéa du présent article ou s'il ne reste, dans l'entreprise ou l'établissement, plus aucun candidat aux élections professionnelles qui remplit les conditions mentionnées au 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 » (C. trav., art. L. 2143-3 al. 2).

⁵⁶⁴ Cass. soc., 12 juillet 2016, n°14-25.794.

⁵⁶⁵ C. trav., art. L. 2143-8.

⁵⁶⁶ La Cour de cassation a donc réduit de manière conséquente le délai du recours pour contester la représentativité d'un syndicat qui est désormais calqué sur celui de la contestation de la désignation d'un DS.

⁵⁶⁷ C. trav., art. L. 2143-7.

⁵⁶⁸ Position commune du 9 avril 2008, préc.

professionnelle, encore faut-il que les effectifs de l'entreprise atteignent les seuils minimums. La désignation des délégués syndicaux est également conditionnée à un effectif plancher.

183. Le législateur n'a donc pas eu à s'en prendre directement aux syndicats représentatifs pour accroître leur fragilisation. Conditionnant la représentativité aux élections professionnelles, il lui a suffi de s'attaquer aux conditions relatives à leur mise en place dans l'entreprise. La loi du 29 août 2008 a donc vulnérabilisé la qualité d'organisation représentative en la faisant dépendre des élections professionnelles, lesquelles ont été raréfiées dans l'entreprise (Chapitre 1). Cette fragilisation de la représentativité s'est répercutée sur le mandat du délégué syndical (Chapitre 2).

Chapitre 1. La raréfaction de l'élection professionnelle dans l'entreprise

184. Le critère de l'audience électorale, instauré par la loi du 20 août 2008, fait dépendre la représentativité des organisations syndicales dans l'entreprise à la tenue des élections professionnelles. Or, encore faut-il que les conditions relatives à leur organisation, notamment l'atteinte de certains seuils d'effectifs, soient satisfaites pour pouvoir organiser les élections. Le critère de l'audience électorale, censé renforcer la légitimité des organisations syndicales représentatives s'avère en réalité être un talon d'Achille par lequel le législateur fragilise cette qualité. En effet, à la suite de la loi du 20 août 2008, le nombre d'élections professionnelles dans l'entreprise a été diminué (Section 1). La tenue de ces dernières dépend en outre des seuils d'effectifs dont les conditions d'atteinte ont été complexifiées (Section 2).

Section 1. La diminution du nombre d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise

185. En conditionnant la représentativité à l'audience électorale, la loi du 20 août 2008 a précisé que le score d'au moins 10 % des suffrages exprimés pouvait être obtenu au premier tour des différentes élections des instances représentatives du personnel dans l'entreprise⁵⁶⁹. Le législateur a ensuite diminué leur nombre, réduisant en conséquence les chances des syndicats de démontrer bénéficier d'une audience électorale suffisante. Les instances représentatives du

⁵⁶⁹ C. trav., art L. 2122-1 ancien.

personnel ont en outre été fusionnées dans un premier temps de manière facultative (A) puis, dans un second temps, de manière obligatoire (B).

A. La fusion facultative des institutions représentatives du personnel

186. La loi du 20 août 2008 a précisé que le score d'au moins 10% des suffrages exprimés, nécessaire à la représentativité du syndicat, pouvait être obtenu 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 votants⁵⁷⁰.

187. Les premiers représentants des travailleurs ont été institués par la loi 18 juillet 1890⁵⁷¹ créant les délégués mineurs, élus par les ouvriers. À la suite des accords de Matignon⁵⁷², la loi du 24 juin 1936⁵⁷³ a institué, entre autres, les délégués ouvriers. Interdits sous régime de Vichy, ces représentants ont été rétablis à la Libération. Le « *rétablissement des délégués d'atelier* » prévu par le programme du Conseil National de la Résistance du 15 mars 1944 a été réalisé par la loi du 16 avril 1946⁵⁷⁴ prévoyant l'élection de « *délégués dans tous les établissements industriels, commerciaux ou agricoles, les offices ministériels, les professions libérales, les sociétés civiles, les syndicats professionnels, les associations quels que soient leur forme et leur objet, où sont occupés habituellement plus de dix salariés* »⁵⁷⁵. La loi du 28 octobre 1982⁵⁷⁶ a conditionné leur mise en place à l'atteinte d'un effectif « *d'au moins onze salariés* » pendant « *douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes* »⁵⁷⁷.

188. Conquête sociale liée également au mouvement de libération sociale de l'après-guerre, les comités d'entreprise ont été créés par l'ordonnance du 22 février 1945⁵⁷⁸ afin d'associer les travailleurs à la direction de l'économie et à la gestion des entreprises industrielles et commerciales « *employant habituellement, dans un ou plusieurs établissements, au moins cent*

⁵⁷⁰ *Ibid.*

⁵⁷¹ Loi du 8 juillet 1890 sur les délégués à la sécurité des ouvriers mineurs - JORF du 9 juillet 1890.

⁵⁷² Dont l'article 5 prévoyait que « *dans chaque établissement comprenant plus de dix ouvriers [...] il sera institué deux titulaires ou plusieurs délégués ouvriers (titulaires ou suppléants), suivant l'importance de l'établissement* ».

⁵⁷³ JORF 26 juin.

⁵⁷⁴ Loi n°46-730 du 16 avril 1946, préc., art. 1.

⁵⁷⁵ C. trav., art. L. 420-1 ancien.

⁵⁷⁶ Loi n°82-915 du 28 octobre 1982, préc., art. 16.

⁵⁷⁷ C. trav., art. L. 421-1 ancien.

⁵⁷⁸ Ordonnance n°45-280 du 22 février 1945, préc.

salariés »⁵⁷⁹. La loi du 12 août 1950 a fixé l'effectif minimum à cinquante salariés⁵⁸⁰. La loi 28 octobre 1982⁵⁸¹ a précisé quant à elle que l'effectif devait être atteint « *pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes* ».

189. La délégation unique du personnel est un organe de représentation du personnel qui rassemble en une seule institution plusieurs instances représentatives. La loi quinquennale du 20 décembre 1993⁵⁸² a esquissé un premier rapprochement entre les délégués du personnel et le comité d'entreprise au sein de la DUP. Prudent, le législateur de l'époque a limité cette possibilité aux seules entreprises de moins de deux cent salariés. Elle a donné la faculté au chef d'une entreprise de moins de deux cent salariés de constituer une délégation unique du personnel regroupant les délégués du personnel et le comité d'entreprise⁵⁸³. La décision ne pouvait toutefois être prise qu'après avoir consulté les délégués du personnel et, le cas échéant, le comité d'entreprise.

190. Dans les entreprises dont les effectifs comprenaient au moins cinquante salariés pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes, les syndicats avaient ainsi deux occasions de démontrer satisfaire au critère de l'audience électorale. Ils pouvaient démontrer avoir récolté au moins 10 % des suffrages exprimés lors des élections du comité d'entreprise ou lors des élections des DP. Toutefois, dans les entreprises dans laquelle les DP et le comité d'entreprise avaient été fusionnés au sein d'une DUP, et dans lesquelles ne se tenait en conséquence qu'une seule élection professionnelle, les syndicats n'avaient qu'une seule occasion de démontrer satisfaire au critère de l'audience électorale. La DUP restait toutefois limitée aux entreprises dont les effectifs étaient inférieurs à deux cent salariés.

191. La loi « *Rebsamen* » du 17 août 2015⁵⁸⁴ a étendu la mise en place de la délégation unique du personnel aux entreprises de moins de trois cent salariés⁵⁸⁵. Elle a donc élargi le champ des entreprises pouvant fusionner les instances représentatives en DUP (elle a en outre inclus dans la nouvelle DUP le comité d'hygiène de santé et sécurité au travail (CHSCT)). Prudentes, les lois de 1993 et 2015 ont conservé à la délégation unique du personnel un caractère facultatif. Ne la mettaient en place que les entreprises qui le voulaient bien, après consultation des instances

⁵⁷⁹ *Ibid*, art. 1.

⁵⁸⁰ C. trav., art. L. 431-1 ancien.

⁵⁸¹ Loi n°82-915 du 28 octobre 1982, préc., art. 28.

⁵⁸² Loi n°93-1313 quinquennale du 20 décembre 1993, préc.

⁵⁸³ C. trav., art. L. 431-1-1 ancien.

⁵⁸⁴ Loi n°2015-994 du 17 août 2015, préc., art. 13.

⁵⁸⁵ C. trav., art. L. 2326-1 ancien.

représentatives du personnel. Les entreprises ayant un effectif d'au maximum trois cent salariés, dans lesquelles l'employeur n'avait pas institué de DUP, les syndicats bénéficiaient toujours de deux élections : celles des DP et du comité d'entreprise, pour démontrer bénéficier d'une audience électorale nécessaire. L'ordonnance du 22 septembre 2017⁵⁸⁶ a toutefois contraint la fusion des instances représentatives en une seule : le comité social et économique.

B. La fusion contrainte des institutions représentatives du personnel

192. Institué par l'ordonnance du 22 septembre 2017⁵⁸⁷, le comité social et économique a remplacé les instances représentatives du personnel que connaissaient jusqu'alors les entreprises, à savoir le comité d'entreprise, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et les délégués du personnel. La création du comité social et économique est le produit d'une lente maturation législative, dont l'avènement a été préparé par les réformes précitées⁵⁸⁸. La mise en place du CSE doit être réalisée au plus tard le 1er janvier 2020, dans toutes les entreprises dont l'effectif d'au moins onze salariés a été atteint pendant douze mois consécutifs⁵⁸⁹.

193. Selon le droit antérieur à l'ordonnance du 22 septembre 2017⁵⁹⁰, l'audience était calculée sur l'élection des DP à défaut d'élection du comité d'entreprise⁵⁹¹. Les résultats des élections des DP étaient pris en compte pour apprécier la représentativité syndicale s'il ne s'était pas tenu d'élection des membres du comité d'entreprise⁵⁹². Le régime antérieur offrait ainsi deux chances à la tenue d'élections professionnelles dans l'entreprise pour calculer l'audience électorale, à moins que l'employeur n'ait mis en place une DUP. Cette option était toutefois facultative et ne concernait que les entreprises dont l'effectif était inférieur à trois cent salariés. Désormais, il n'y a plus qu'une seule élection dans toutes les entreprises : celle du CSE. Tous les syndicats n'ont désormais plus qu'une seule chance de démontrer satisfaire au critère de

⁵⁸⁶ Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017, préc., art. 1.

⁵⁸⁷ *Ibid.*

⁵⁸⁸ A. Cormier Le Goff, J. Krivine, « De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier », *Dr. social*, 2019, p. 204.

⁵⁸⁹ C. trav., art. L. 2311-2.

⁵⁹⁰ Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017, préc., art. 1.

⁵⁹¹ Cass. soc., 13 juillet 2010, n°10-60.148, Bull. civ. V, n°176.

⁵⁹² Cass. soc., 14 décembre 2010, n°10-60.221, Bull. civ. V, n°292.

l'audience électorale⁵⁹³. Cette mesure se répercute également sur le délégué syndical, qui doit être désigné par un syndicat représentatif dans l'entreprise ou l'établissement⁵⁹⁴.

194. Le phénomène de raréfaction des élections professionnelles dans l'entreprise est en outre accentué par le durcissement des conditions d'atteinte et de calcul des effectifs, nécessaires à la tenue de l'élection professionnelle et donc à la satisfaction du critère de l'audience électorale. Un effectif minimum est également nécessaire à la nomination du délégué syndical (et du représentant de section syndicale).

Section 2. Le durcissement des conditions d'effectifs

195. Le durcissement des conditions d'atteinte des effectifs pénalise le syndicat puisqu'il rend plus compliqué, voire incertain, la mise en place de l'élection du comité social et économique lors de laquelle il peut démontrer satisfaire au critère de l'audience électorale. Ce durcissement pénalise également la nomination du délégué syndical par le syndicat représentatif. La nomination de ce dernier dépend de l'atteinte d'un seuil d'effectif minimum dans l'entreprise. De plus, le nombre de délégués syndicaux dépend du nombre de salariés composant les effectifs. La satisfaction de ces derniers est durcie par l'accroissement de la durée d'atteinte des seuils (A) mais aussi par l'exclusion de certains salariés (B).

A. L'accroissement de la durée d'atteinte des seuils

196. La durée d'atteinte des seuils nécessaires pour organiser l'élection du comité social et économique (1) ainsi que pour désigner un ou plusieurs délégués syndicaux (2) a été modifiée en la défaveur des syndicats.

1. Pour la tenue de l'élection du comité social et économique

197. Remplaçant toutes les instances représentatives par une seule, l'ordonnance du 22 septembre 2017⁵⁹⁵ a complexifié les conditions d'organisation de l'élection du comité social et économique, lequel doit être institué lorsque l'effectif dans l'entreprise est d'au moins onze salariés. Auparavant, pour l'élection des DP ou du comité d'entreprise, l'effectif devait avoir été

⁵⁹³ Cf *infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

⁵⁹⁴ C. trav., art. L. 2143-3.

⁵⁹⁵ Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017, préc., art. 1.

atteint pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes. Il devait être établi mois par mois et non en effectuant la moyenne de chacune des trois années⁵⁹⁶. L'effectif au titre d'un mois donné devait se calculer à la fin de la période considérée. Ainsi, les salariés titulaires d'un contrat à durée indéterminée à temps plein étaient pris en compte, pour une unité, dans l'effectif du mois au cours duquel ils ont été engagés, sans qu'il soit nécessaire de proratiser en fonction du nombre de jours travaillés⁵⁹⁷. Pour chaque mois, il convenait donc de prendre en compte les salariés en contrat à durée indéterminée, employés le mois en question, et l'effectif moyen des salariés employés en contrat à durée déterminée ou mis à disposition, peu importe qu'ils ne fassent plus partie des effectifs le mois considéré.

198. Désormais, le seuil doit avoir été atteint pendant douze mois consécutifs concernant le comité social économique⁵⁹⁸. L'effectif minimum est, avec ce nouveau calcul, bien plus difficile à atteindre. En effet, il suffit à l'employeur de repasser sous le seuil exigé, avant les douze mois précédents l'échéance électorale pour faire courir à nouveau les délais et se trouver dispensé de toute obligation. À l'expiration du mandat de ses membres, l'instance du CSE n'est pas renouvelée si l'effectif de l'entreprise est resté en dessous du seuil des onze salariés pendant au moins douze mois consécutifs⁵⁹⁹.

199. La durée d'atteinte des seuils nécessaires à la désignation du délégué syndical a également été modifiée.

2. Pour la désignation du délégué syndical

200. Créés par la loi du 27 décembre 1968⁶⁰⁰, les délégués syndicaux sont désignés par une organisation syndicale représentative de l'entreprise ou l'établissement ayant constitué une section syndicale⁶⁰¹ sous condition d'effectif minimum. Depuis la loi du 28 octobre 1982⁶⁰², la désignation d'un délégué syndical par un syndicat représentatif peut intervenir lorsque l'effectif d'au moins cinquante salariés a été atteint. Ce seuil peut être abaissé par voie d'accord collectif

⁵⁹⁶ Cass. soc., 17 décembre 1984, n°84-60.491.

⁵⁹⁷ Cass. soc., 8 décembre 2010, n°09-65.380.

⁵⁹⁸ C. trav., art. L. 2311-2.

⁵⁹⁹ C. trav., art. L. 2313-10.

⁶⁰⁰ Loi n°68-1179 du 27 décembre 1968, préc.

⁶⁰¹ *Ibid*, art. 8.

⁶⁰² Loi n°82-915 du 28 octobre 1982, préc., art. 10.

pour permettre la désignation d'un délégué syndical distinct⁶⁰³. Une convention collective ou un accord collectif peut en effet toujours prévoir des dispositions plus favorables que celles de la loi et abaisser le seuil en dessous de cinquante salariés⁶⁰⁴. De même, l'existence d'un délégué syndical dans une entreprise de moins de cinquante salariés peut résulter d'un usage. Tant qu'il n'a pas été dénoncé, cet usage peut être revendiqué⁶⁰⁵. Indépendamment de l'existence d'usage, au nom du principe constitutionnel d'égalité, un employeur ne saurait refuser la désignation d'un délégué syndical au motif que l'effectif n'atteint pas cinquante salariés, dès lors qu'il a accepté la désignation, dans les mêmes conditions, d'un délégué syndical par un autre syndicat représentatif⁶⁰⁶.

201. Jusqu'à la loi du 29 mars 2018⁶⁰⁷, le seuil de cinquante salariés devait être atteint pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédant la nomination⁶⁰⁸. Le calcul devait donc être réalisé mois par mois⁶⁰⁹ et la moyenne annuelle pour chacune des années considérées ne pouvait être prise en compte⁶¹⁰. Toutefois, la simple constatation que l'effectif atteigne cinquante salariés depuis quelques mois et qu'il se maintienne à ce niveau à l'avenir n'était pas suffisante⁶¹¹. La loi du 29 mars 2018⁶¹² a modifié ces dispositions. L'ordonnance rectificative du 20 décembre 2017⁶¹³ a aligné les règles de décompte des effectifs des délégués syndicaux sur celle du comité social et économique⁶¹⁴, en exigeant que désormais la désignation d'un délégué syndical ne puisse intervenir que lorsque l'effectif d'au moins cinquante salariés a été atteint pendant douze mois consécutifs⁶¹⁵. Ce mode de calcul est bien moins favorable aux syndicats. Si l'employeur descend sous le seuil exigé avant les douze mois précédant l'échéance électorale, il

⁶⁰³ Cass. soc., 4 mars 1998, n°96-60.313.

⁶⁰⁴ Cass. soc., 16 décembre 1998, n°97-60.525, Bull. civ. V, n° 564, p. 421.

⁶⁰⁵ Cass. soc., 27 mai 1999, n°98-60.364.

⁶⁰⁶ Cass. soc., 5 mai 2004, n°03-60.175, Bull. civ. V, n°119.

⁶⁰⁷ Loi n°2018-217 du 29 mars 2018, préc., art. 6 (V).

⁶⁰⁸ C. trav., art. L. 412-11 ancien.

⁶⁰⁹ C. trav., art. L. 2143-3, al. 3 ancien.

⁶¹⁰ Cass. soc., 17 décembre 1984, n°84-60.491.

⁶¹¹ Cass. soc., 15 décembre 1983, n°83-60.989, Bull. civ. V, p. 449.

⁶¹² Loi n°2018-217 du 29 mars 2018, préc.

⁶¹³ Ordonnance n°2017-1718 du 20 décembre 2017 visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n°2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social - JORF du 21 décembre 2017.

⁶¹⁴ *Ibid.*

⁶¹⁵ C. trav., art. L. 2143-3.

fait alors courir à nouveau les délais et la nomination du délégué syndical est impossible. L'atteinte des seuils est très importante pour la nomination du délégué syndical et la détermination, le cas échéant, du nombre de délégués syndicaux désignés en fonction de l'effectif de l'entreprise.

202. Au-delà de cinquante salariés, l'article R. 2143-2 du Code du travail fixe dans les entreprises le nombre des délégués syndicaux comme suit :

- « 1° De 50 à 999 salariés : 1 délégué ;
- 2° De 1 000 à 1 999 salariés : 2 délégués ;
- 3° De 2 000 à 3 999 salariés : 3 délégués ;
- 4° De 4 000 à 9 999 salariés : 4 délégués ;
- 5° Au-delà de 9 999 salariés : 5 délégués. »

203. Dans les entreprises d'au moins cinq cent salariés, un syndicat représentatif qui a obtenu, lors des élections du CSE, à côté de ses élus dans le premier collège, au moins un élu dans le deuxième collège (maîtrise) ou dans le troisième collège (cadres) peut désigner un délégué syndical supplémentaire parmi ses adhérents appartenant à l'un ou l'autre de ces deux collèges⁶¹⁶.

204. Dans les entreprises d'au moins deux mille salariés comportant au moins deux établissements d'au moins cinquante salariés chacun, l'article L. 2143-5 du Code du travail dispose que chaque syndicat représentatif dans l'entreprise peut désigner un délégué syndical central d'entreprise, distinct des délégués syndicaux d'établissement. Ce délégué syndical central est désigné par un syndicat qui a recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants, en additionnant les suffrages de l'ensemble des établissements compris dans ces entreprises⁶¹⁷. Dans les entreprises de moins de deux mille salariés comportant au moins deux établissements d'au moins cinquante salariés chacun, chaque syndicat représentatif peut désigner l'un de ses délégués syndicaux d'établissement en vue d'exercer également les fonctions de délégué syndical central d'entreprise⁶¹⁸.

205. La seule baisse des effectifs ne fait pas cesser de plein droit le mandat du délégué syndical. L'article L. 2143-11 du Code de travail permet cette suppression « *en cas de réduction importante et durable de l'effectif en dessous de cinquante salariés, à un accord entre le chef*

⁶¹⁶ C. trav., art. L. 2143-4 al. 1.

⁶¹⁷ L'ensemble des dispositions relatives au délégué syndical d'entreprise est applicable au délégué syndical central.

⁶¹⁸ C. trav., art. L. 2143-5 al. 4.

d'entreprise et l'ensemble des organisations syndicales représentatives »⁶¹⁹. À défaut d'accord, la décision de suppression du mandat du délégué syndical relève de l'autorité administrative (DIRECCTE)⁶²⁰. Elle « *peut décider* » la suppression du mandat et dispose donc d'un pouvoir d'appréciation en opportunité qui l'autorise à prendre en compte l'intérêt général⁶²¹. Le recours à la DIRECCTE n'est toutefois pas requis lorsque l'institution a été mise en place par voie conventionnelle, au-dessous du seuil légal. Si l'accord collectif instituant les délégués conventionnels n'a pas prévu la situation de réduction des effectifs au-dessous du seuil minimum, l'obligation de maintenir les délégués cesse dès lors que l'effectif est inférieur au seuil⁶²². La procédure prévue à l'article L. 2143-11 du Code du travail est d'appréciation stricte, une suppression de mandat ne peut intervenir que dans ce cadre⁶²³. Contrairement à la durée d'atteinte des seuils, le Code du travail est peu précis concernant la réduction des effectifs mais se contente d'affirmer qu'elle doit être « *durable* ». La Cour de cassation précise que la diminution ne doit pas nécessairement apparaître comme définitive⁶²⁴. Lorsque l'atteinte du seuil d'effectif de douze mois, consécutifs ou non, s'appréciait sur une période de trois ans, la circulaire ministérielle du 25 octobre 1983 considérait en retour que la baisse des effectifs devait être constatée sur une période de vingt-quatre mois sur les trois années de référence. La loi du 29 mars 2018⁶²⁵ exige désormais que l'appréciation de l'effectif se réalise sur une période de douze mois consécutifs. Par analogie, il est donc fortement probable que la baisse de l'effectif doive se constater sur une période égale à douze mois. Cette durée d'appréciation étant réduite, le mandat du délégué syndical peut désormais être supprimé plus rapidement.

206. En dessous de cinquante salariés, il est toutefois possible qu'un délégué du personnel⁶²⁶, ou désormais un membre de la délégation du personnel au CSE⁶²⁷, soit désigné comme délégué syndical. Mais encore faut-il que le seuil nécessaire pour la mise en place des délégués du personnel ou du CSE ait été atteint. Quand bien même l'effectif est suffisant, le

⁶¹⁹ Cass. soc., 23 juin 1998, n°96-42.548 ; *JSL*, 17 septembre 1998, n°20-9.

⁶²⁰ C. trav., art. L. 2143-11 al. 3.

⁶²¹ Circulaire du 25 octobre 1983 relative à l'application de la loi n°82-915 du 28 octobre 1982 (préc.).

⁶²² Circulaire du 25 octobre 1983, préc.

⁶²³ Ainsi, lorsqu'une organisation syndicale désigne un nouveau délégué en remplacement du précédent, le Tribunal d'instance ne peut annuler cette désignation en se fondant sur la diminution de l'effectif au-dessous du seuil des cinquante salariés (Cass. soc., 12 mai 1986, n°85-60.516, Bull. civ. V, p. 164).

⁶²⁴ Cass. soc., 13 mai 1980, n°78-41.826, Bull. civ. V, p. 328.

⁶²⁵ La loi n°2018-217 du 29 mars 2018, préc., art. 6 (V).

⁶²⁶ C. trav., art. L. 2143-6 ancien.

⁶²⁷ C. trav., art. L. 2143-6.

mandat de délégué syndical n'ouvre dans ce cas pas le droit à un crédit d'heures supplémentaires que celui dont le salarié bénéficie en tant que délégué du personnel ou membre de la délégation du personnel au CSE, à moins qu'un accord collectif ne le prévoie. Le temps dont il dispose pour l'exercice de son mandat peut être utilisé dans les mêmes conditions pour l'exercice de ses fonctions de délégué syndical⁶²⁸.

207. Les nouvelles dispositions ne prévoient pas une période d'appréciation de l'effectif pour la désignation d'un représentant de section syndicale⁶²⁹. Le Code du travail dispose pourtant qu'il est désigné par un syndicat non représentatif ayant constitué une section syndicale « *au sein de l'entreprise ou l'établissement d'au moins cinquante salariés* »⁶³⁰. Dans les entreprises de moins de cinquante salariés, un membre de la délégation du personnel au comité social et économique peut être désigné comme représentant de la section syndicale pour la durée de son mandat. Ce mandat n'ouvre pas droit à un crédit d'heures supplémentaire, sauf si une disposition conventionnelle le prévoit⁶³¹. Pour apprécier l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement, ce sont les règles relatives à la désignation du délégué syndical qui s'appliquent. Cette analogie est la technique retenue par la jurisprudence⁶³². La Cour de cassation considère que les dispositions de l'article L. 2143-3 du Code du travail relatif au délégué syndical s'appliquent également pour le RSS. L'effectif de cinquante salariés doit ainsi avoir été atteint pendant douze mois, consécutifs ou non, pendant les trois années précédentes⁶³³. Toutefois, les dispositions d'une convention collective abaissant le seuil de cinquante salariés pour la désignation d'un délégué syndical ne sont pas extensibles à la désignation du RSS. Seules des dispositions conventionnelles visant expressément le RSS peuvent déroger à la loi⁶³⁴.

208. L'atteinte des seuils effectifs minimums est également pénalisée par l'exclusion de certains salariés, non pris en compte dans les calculs.

⁶²⁸ C. trav., art. L. 2143-6 al. 2.

⁶²⁹ C. trav., art. L. 2142-1-2.

⁶³⁰ C. trav., art. L. 2142-1-1.

⁶³¹ C. trav., art. L. 2142-1-4.

⁶³² Cass. soc., 8 juillet 2015, n°14-60.691, Bull. civ. V, n°149, *JSL*, n°394-12.

⁶³³ *Ibid.*

⁶³⁴ Cass. soc., 26 mai 2010, n°09-60.243, Bull. civ. V, n°115.

B. L'exclusion de certains salariés des effectifs

209. L'atteinte des seuils est d'autant plus difficile que certains contrats atypiques sont tout bonnement exclus du décompte des effectifs (1). Le recours à certains travailleurs indépendants permet en outre à l'employeur de ne pas intégrer dans le calcul des personnes qui exercent pourtant leur activité dans des conditions de fait semblables à celles d'un contrat de travail (2).

1. L'exclusion de certains contrats atypiques des effectifs

210. Les effectifs à partir desquels l'employeur est obligé de mettre en place les instances représentatives du personnel, ainsi que ceux à compter desquels un délégué syndical (ou représentant de section syndicale pour un syndicat non représentatif) peut être désigné, correspondent au nombre de salariés qui travaillent pour le compte de l'entreprise. Autrement dit, sauf exception, les salariés titulaires d'un contrat de travail, mais également ceux mis à disposition par une entreprise extérieure sont pris en compte dans le calcul des effectifs. Les salariés titulaires d'un contrat à visée pédagogique en sont néanmoins exclus. Tel est le cas des apprentis et des salariés titulaires d'un contrat de professionnalisation jusqu'au terme prévu par le contrat lorsque celui-ci est à durée déterminée ou jusqu'à la fin de l'action de professionnalisation lorsque le contrat est à durée indéterminée⁶³⁵.

211. Les salariés titulaires de contrats relevant de la politique de l'emploi sont comptabilisés en fonction de la raison pour laquelle il est procédé au calcul des effectifs. En principe, les salariés titulaires d'un contrat unique d'insertion (CUI) ne sont pas décomptés. Il en va de même concernant les contrats initiative-emploi et les contrats d'accompagnement dans l'emploi. Néanmoins, la loi du 5 septembre 2018⁶³⁶ a changé la donne pour ces derniers. Exclue du calcul des effectifs par le Code du travail⁶³⁷ pendant toute la durée de l'aide financière⁶³⁸, ces contrats doivent être désormais pris en compte lorsqu'il s'agit de calculer les effectifs de l'entreprise pour la mise en place des institutions représentatives du personnel, à compter du 1er

⁶³⁵ C. trav., art. L. 1111-3.

⁶³⁶ Loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel – JORF du 6 septembre 2018, art. 82 (V).

⁶³⁷ C. trav., art. L. 1111-3.

⁶³⁸ Aide à l'insertion professionnelle prévue aux articles L. 5134-30 et L. 5134-72 du Code du travail.

janvier 2019⁶³⁹. Ces dispositions ont été adoptées afin de mettre en conformité le droit français avec le droit de l'Union européenne. Elles ont fait suite à une décision de la Cour de justice de l'Union européenne⁶⁴⁰ qui, à l'occasion de l'étude d'une question préjudicielle transmise par la Cour de Cassation⁶⁴¹, avait considéré que l'article L. 1111-3 du Code du travail français était contraire au droit fondamental de l'Union européenne relatif à l'information et à la consultation des travailleurs⁶⁴² en ce qu'il excluait du calcul de l'effectif les apprentis et les titulaires d'un contrat de professionnalisation ou d'un CUI. Par la suite, la Cour de cassation s'est alignée sur la CJUE, en précisant qu'en raison de l'absence d'effet direct des dispositions invoquées par ce texte, l'application de l'article L. 1111-3 du Code du travail ne pouvait pas être écartée⁶⁴³. Un jugement du Tribunal administratif de Paris en date 17 juillet 2018 a d'ailleurs condamné l'État français à verser à plusieurs syndicats une somme de mille euros pour sa carence dans la transposition de la directive européenne⁶⁴⁴. Le Conseil constitutionnel a quant à lui considéré comme étant constitutionnelles les dispositions de l'article L. 1111-3 du Code du travail, estimant que l'exclusion de certaines catégories de travailleurs avait pour but légitime de ne pas décourager leur recrutement et qu'une telle exclusion n'avait pas d'incidence sur les droits et obligations de ces salariés, qui restaient électeurs et éligibles dans les conditions de droit commun⁶⁴⁵.

212. Si la loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel a réintégré ces contrats relatifs à la politique de l'emploi dans le calcul des effectifs, elle a limité cette réintégration à la mise en place du CSE. Ces contrats relatifs à la politique de l'emploi restent donc exclus pour le calcul des effectifs concernant la désignation du ou des délégués syndicaux et représentants de section syndicale dans l'entreprise. La loi du 5 septembre 2018 a toutefois maintenu l'exclusion des effectifs pour les salariés titulaires d'un contrat à visée pédagogique (apprentis et contrat de professionnalisation) pour la mise en place du CSE⁶⁴⁶.

⁶³⁹ C. trav., art. L. 2301-1 ; Loi n°2018-771 du 5 septembre 2018, préc.

⁶⁴⁰ CJUE, 15 janvier 2014, aff. C-176/12.

⁶⁴¹ Cass. soc., 11 avril 2012, n°11-21.609.

⁶⁴² Charte des droits fondamentaux et directive 2012/14/CE du 11 mars 2002 sur l'information et la consultation des travailleurs.

⁶⁴³ Cass. soc., 9 juillet 2014, n°11-21609, BC V n° 193.

⁶⁴⁴ TA Paris 17 juillet 2018, n°1609631/3-1.

⁶⁴⁵ Cons. const., QPC n°2011-122 du 29 avril 2011, « *Syndicat CGT et autre* ».

⁶⁴⁶ Les salariés titulaires d'un contrat d'apprentissage, de professionnalisation et relevant de la politique de l'emploi sont pris en compte pour l'application des dispositions légales relatives à la tarification des risques d'accidents du travail et de maladies professionnelles (C. trav., art. L. 1111-3).

213. Les jeunes qui effectuent un stage conventionné ne sont en outre pas inclus dans l'effectif. Il en va de même pour les mandataires sociaux (tels que les gérants de société à responsabilité limitée, les membres du conseil d'administration d'une société anonyme, ou les membres du directoire). En revanche, du fait de leur qualité de salarié, les cadres doivent être comptabilisés dans les effectifs, quels que soient les pouvoirs dont ils bénéficient, y compris s'ils sont titulaires d'une délégation d'autorité sur un service ou un établissement permettant de les assimiler au chef d'entreprise⁶⁴⁷. Les intérimaires ne sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise utilisatrice qu'au prorata de leur temps de présence au cours des douze derniers mois. Ils ne sont toutefois pas comptabilisés lorsqu'ils remplacent un salarié absent ou un salarié dont le contrat de travail est suspendu⁶⁴⁸. Ces derniers sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise de travail temporaire s'ils sont salariés permanents de celle-ci ou liés à elle par des contrats de travail temporaire pendant une durée totale d'au moins trois mois au cours de la dernière année civile⁶⁴⁹.

214. Les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure (sous-traitants, prestataires de service) ne sont pris en compte dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice que s'ils sont présents dans les locaux de cette entreprise et y travaillent depuis au moins un an⁶⁵⁰. Ces salariés mis à disposition peuvent être ceux d'un prestataire de services intervenant pour assurer la maintenance informatique, l'accueil, le gardiennage, la sécurité ou encore l'entretien des locaux. Les salariés d'un sous-traitant auquel l'entreprise utilisatrice fait appel pour la réalisation de certains travaux sont comptabilisés dès lors qu'ils sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail⁶⁵¹. Cela implique qu'ils doivent être présents de manière régulière dans les locaux de l'entreprise⁶⁵², partageant ainsi avec les salariés des conditions de travail au moins en partie communes, susceptibles de générer des intérêts communs⁶⁵³. En conséquence, dès lors que

⁶⁴⁷ Cass. soc., 26 septembre 2002, n°01-60.670.

⁶⁴⁸ En raison par exemple d'un congé maternité, d'un congé d'adoption ou d'un congé parental d'éducation (C. trav., art. L. 1111-2, 2°).

⁶⁴⁹ C. trav., art. L. 1251-54.

⁶⁵⁰ C. trav., art. L. 1111-2, 2°.

⁶⁵¹ Cass. soc., 13 novembre 2008, n°08-60.331.

⁶⁵² Dans le cas particulier des entreprises de bâtiment, la coexistence des salariés sur le même chantier peut conduire à intégrer les salariés d'un sous-traitant dans l'effectif du donneur d'ordre, puisque ces travailleurs partagent avec les salariés du donneur d'ordre des conditions de travail en partie communes, susceptibles de générer des intérêts communs (Cass. soc., 15 avril 2015, n°14-20.200).

⁶⁵³ Cass. soc., 14 décembre 2015, n°14-17.185.

sa présence y est régulière, le fait que le salarié mis à disposition n'intervienne qu'à temps partiel dans l'entreprise utilisatrice ne fait pas obstacle à son intégration dans l'effectif de cette dernière⁶⁵⁴.

215. En cas de contestation sur l'effectif à prendre en compte, l'employeur doit communiquer tous les documents nécessaires à son contrôle et à la régularité des listes électorales aux syndicats participant à la négociation du protocole d'accord préélectoral et qui le demandent. L'employeur peut choisir de mettre tous les documents à disposition des syndicats ou de ne leur communiquer que des copies ou extraits expurgés des éléments confidentiels⁶⁵⁵. Un syndicat peut saisir le Tribunal d'instance aux fins d'obtenir ces informations nécessaires au calcul de l'effectif ou bien aux fins de voir le juge fixer l'effectif à prendre en compte⁶⁵⁶. Si l'employeur a loyalement satisfait à son obligation de fournir aux organisations syndicales toutes les informations nécessaires à la détermination de l'effectif des salariés, le juge doit alors fixer un effectif précis en fonction des éléments qui lui sont produits. Si les éléments ne lui permettent pas de le faire, il doit ordonner la production de nouvelles pièces ou bien une mesure d'instruction. En tout état de cause, le juge ne peut estimer que l'effectif ait atteint un seuil du seul fait qu'un doute subsiste⁶⁵⁷.

216. Le recours à certains travailleurs indépendants permet également de soustraire des salariés du calcul des effectifs.

2. Le recours aux travailleurs indépendants

217. L'atteinte des seuils est également pénalisée par l'exclusion du calcul des effectifs de travailleurs exerçant sous le statut d'indépendants. Pour bon nombre d'entre eux, bien souvent, les conditions de fait dans lesquelles est exercée leur activité professionnelle sont identiques à celles d'un contrat de travail. L'exclusion de salariés des effectifs permet à certains employeurs d'éviter les seuils. Ce recours aux faux travailleurs indépendants a notamment été facilité par la création de la présomption de non salariat (a) et le statut d'auto-entrepreneur (b).

⁶⁵⁴ Cass. soc., 23 septembre 2015, n°14-26.262.

⁶⁵⁵ Cass. soc., 13 mai 2009, n°08-60.530 ; Cass. soc., 6 janvier 2016, n°15-10.975.

⁶⁵⁶ Un syndicat qui a été débouté d'une contestation portant sur le calcul de l'effectif et l'absence de prise en compte de salariés mis à disposition avant les élections professionnelles peut agir de nouveau en annulation des élections une fois qu'elles sont passées, en invoquant les mêmes faits, puisque l'instance tendant à l'annulation des opérations électorales intervenues n'a pas le même objet que l'instance préventive relative au calcul de l'effectif. (Cass. soc., 1er avril 2008, n° 07-60.317).

⁶⁵⁷ Cass. soc., 31 mai 2017, n°16-16.492.

a. La création de la présomption de non salariat par la loi du 11 février 1994

218. Évoquée précédemment, la loi du 20 août 2008 est venue conditionner la représentativité des organisations syndicales et la nomination des délégués syndicaux aux élections professionnelles, lesquelles sont conditionnées à l'existence d'un seuil minimum de salariés. La nomination des délégués syndicaux (et représentants de section syndicale) ainsi que leur nombre dans l'entreprise dépendent et évoluent selon les effectifs de l'entreprise. Les employeurs, plutôt réticents à l'idée de voir s'installer dans leur entreprise des syndicats représentatifs et leurs délégués syndicaux, ont intérêt à limiter leurs effectifs pour ne pas être contraints de mettre en place des élections professionnelles. Ils ont également intérêt à les minimiser pour restreindre le nombre de délégués syndicaux voire contraindre le syndicat représentatif à désigner un membre de la délégation du personnel du CSE comme délégué syndical (ou RSS si le syndicat n'est pas représentatif), lequel dans un tel cas se trouve dépourvu de crédit d'heures de délégation propre à l'exercice de son mandat syndical. La limitation des effectifs peut se réaliser en restreignant l'embauche ou en réduisant les effectifs. Mais la carence en main d'œuvre qui en résulte est à long terme une stratégie peu viable pour la bonne marche de l'entreprise. Elle peut également se réaliser en recourant au travail dissimulé ou à d'autres pratiques illicites (prêt de main d'œuvre illicite et marchandage), ce qui est fréquent dans certains secteurs tels que la restauration ou le bâtiment. Mais le risque de condamnation⁶⁵⁸ ainsi que les peines, amendes⁶⁵⁹ et indemnités⁶⁶⁰ qui découlent de la commission de ces délits dissuadent fort heureusement les employeurs de recourir à de telles pratiques.

219. Pour éviter l'atteinte des seuils tout en évitant ces risques et en conservant une main d'œuvre suffisante, le recours à l'externalisation est alors privilégié. Il consiste à solliciter des travailleurs considérés juridiquement comme « *indépendants* » mais dont les conditions d'exercice de leur activité sont identiques à celles d'un contrat de travail⁶⁶¹. Cette stratégie permet

⁶⁵⁸ Emprisonnement de trois ans et amende de 45 000 € pour le travail dissimulé (C. trav., art. L. 8224-1), emprisonnement de deux ans et amende de 30 000 € pour le prêt de main d'œuvre illicite (C. trav., art. L. 8243-1) et le marchandage (C. trav., art. L. 8234-1). Des peines complémentaires peuvent être prononcées. Ces peines sont également majorées dans certains cas, notamment lorsque les délits mettent en cause des mineurs.

⁶⁵⁹ Emprisonnement de trois ans et d'une amende de 45 000 euros (C. trav., art. L. 8224-1) plus des peines complémentaires (C. trav., art. L. 8224).

⁶⁶⁰ Le travail dissimulé est sanctionné par l'octroi d'une indemnité forfaitaire au salarié égale à six mois de salaires (C. trav., art. L. 8223-1).

⁶⁶¹ A. Jeammaud, « Uber, Deliveroo : requalification des contrats ou dénonciation d'une fraude à la loi ? », *Sem. Soc. Lamy*, 2017, n°1780, p. 45.

aux employeurs de bénéficier des avantages du salariat (une main d'œuvre subordonnée) tout en se passant des inconvénients (les dispositions protectrices du droit du travail et notamment celles qui prévoient, sous certaines conditions, la présence de syndicats et de leurs représentants dans l'entreprise). Si cette pratique ne protège pas l'employeur de tout recours en requalification devant le Conseil de prud'hommes, voire pour dissimulation de travail salarié, elle limite fortement les risques judiciaires. La légalité de façade construite par l'inscription en tant qu'indépendant du travailleur (au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers) dissuade, d'une part, ce dernier de tout recours judiciaire et constitue, d'autre part, tout autant d'éléments de preuve et de défense dont l'employeur défendeur pourrait se prémunir le cas échéant.

220. La pratique du recours à de « *faux indépendants* » ou salariés déguisés en indépendants n'est pas récente⁶⁶². Dès 1994, la loi dite « *Madelin* »⁶⁶³ a prétendu remédier au contournement du droit du travail par certains employeurs⁶⁶⁴ en introduisant un article L. 120-3 dans le Code du travail (devenu article L.8221-6) consacrant le principe d'une présomption de non salariat, ou plutôt d'une activité indépendante, au bénéfice de personnes énumérées à l'alinéa 1^{er} de cet article. Supprimée par la loi du 19 janvier 2000, dite « *Aubry II* »⁶⁶⁵, cette présomption de non salariat a été rétablie par la loi du 1^{er} août 2003⁶⁶⁶ telle que prévue initialement par l'article L.120-3 du Code du travail, issu de la loi « *Madelin* ». D'après l'alinéa 1^{er} de l'article L. 8221-6 du Code du travail (article L.120-3 ancien), issu de la loi du 1^{er} août 2003 et complété par la loi du 4 août 2008⁶⁶⁷, sont présumées ne pas être liées avec le donneur d'ouvrage par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à cette immatriculation :

- les personnes physiques immatriculées au registre du commerce, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès de l'URSSAF en tant que travailleurs indépendants,
- les personnes physiques inscrites au registre des entreprises de transport routier de personnes qui effectuent du transport scolaire ou du transport à la demande,

⁶⁶² J. Barthélémy et G. Cette, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Paris, La Doc. Fr., Coll. « Rapport du Conseil d'analyses économiques », 2010, 199 pp.

⁶⁶³ Loi n°94-126 du 11 février 1994 sur l'initiative et l'entreprise individuelle – JORF du 12 février 1994.

⁶⁶⁴ M. Véricel, « Le rétablissement de la présomption de non-salariat », *Dr. social*, 2004, p. 297.

⁶⁶⁵ Loi n°2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail – JORF du 20 janvier 2000, dite « *Aubry II* ».

⁶⁶⁶ Loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique – JORF du 2 août 2003.

⁶⁶⁷ Loi n°2008-776 du 4 août 2008, préc.

- les personnes physiques exerçant une activité commerciale ou artisanale pouvant bénéficier du régime microsocial (versement forfaitaire libératoire des charges sociales personnelles obligatoires) et dispensées de ce fait de l'obligation d'immatriculation au RCS ou au RM,
- les dirigeants des personnes morales immatriculées au RCS et leurs salariés.

221. Si ces dispositions étaient censées limiter le recours aux faux indépendants, par réversibilité, elles ont permis à certains employeurs de demander à des travailleurs exerçant dans des conditions de salariés de s'inscrire ou s'immatriculer sur de tels registres avant de les solliciter. Outre l'application du droit du travail, cela permet d'évincer ces travailleurs, soi-disant indépendants, des effectifs de l'entreprise. Une telle inscription vaut de surcroît présomption de non salariat et c'est à la personne qui la conteste de le démontrer. L'alinéa 2 de l'article L. 8221-6 du Code du travail prévoit en effet la faculté de renversement de la présomption. L'existence d'un contrat de travail peut être établie lorsque les personnes citées à l'alinéa 1^{er} de ce même article ont en réalité fourni des prestations à un donneur d'ouvrage « *dans des conditions les plaçant dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci* ».

222. La présomption de non salariat établie par le Code du travail est simple et peut être renversée si l'existence d'un contrat de travail entre le prestataire et son donneur d'ouvrage est démontrée. Le demandeur à la requalification (l'URSSAF, le syndicat, l'inspection du travail ou le travailleur concerné) doit démontrer que la personne employée exerce son activité au profit d'un tiers et sous la subordination juridique permanente de ce dernier. La situation de salariat ne saurait en effet être déduite des seuls défauts d'immatriculation au registre du commerce, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès de l'URSSAF en tant que travailleurs indépendants. Cette présomption n'est donc pas irréfragable. Elle peut être renversée mais encore faut-il qu'une action judiciaire en requalification soit lancée, sachant que, outre l'énergie, le temps et l'argent qu'une telle action requiert, la saisine du Conseil de prud'hommes est bien souvent synonyme de fin de la relation de travail.

223. Même si la jurisprudence ne l'a pas toujours exigé⁶⁶⁸, le lien de subordination juridique doit impérativement être démontré par le requérant⁶⁶⁹. De jurisprudence constante, la Cour de cassation considère que la relation de travail salariée repose sur des éléments objectifs. Le salarié est celui qui accomplit un travail sous un lien de subordination, caractérisé par l'exécution

⁶⁶⁸ Cass. soc., 8 juillet 2003, n°01-40.464, Bull. V, n°217, D., 2004. 383, obs. T. Pasquier.

⁶⁶⁹ Cass. 2^e civ., 12 février 2009 n°07-21.790, « *Sté Locap Gestion c/ Urssaf de Montpellier* ».

d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements⁶⁷⁰. La seule volonté des parties est de plus impuissante à soustraire un travailleur au statut social qui découle nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail⁶⁷¹. Enfin l'existence d'un contrat de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à la convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité professionnelle⁶⁷². Si l'appréciation des éléments de fait et de preuve, permettant de qualifier l'existence d'un lien de subordination, relève du pouvoir souverain du juge du fond, la Chambre sociale exerce néanmoins un contrôle de motivation pour s'assurer que le juge prud'homal tire les conséquences légales de ses constatations⁶⁷³.

224. Malgré cette jurisprudence, de prime abord protectrice, encore faut-il qu'une action judiciaire en requalification soit lancée pour que la présomption soit renversée. Si cette présomption clarifie la différence entre l'indépendant et le salariat, tout en précisant les contours du contrat de travail, elle permet en même temps la mise en place par certains employeurs d'une « *stratégie d'évitement du droit du travail* »⁶⁷⁴ en contraignant certains travailleurs, généralement vulnérables et précaires, à s'inscrire sur ces registres, de sorte à se préserver le plus possible d'une éventuelle requalification en contrat de travail. Le recours à cette stratégie d'évitement a été facilité par la l'institution du statut d'auto-entrepreneur par la loi du 4 août 2008⁶⁷⁵.

b. La création du statut d'auto-entrepreneur par la loi du 4 août 2008

225. La loi du 4 août 2008 a ouvert une voie supplémentaire à la pratique d'évitement du droit du travail et de ses seuils en élargissant la présomption de non salariat aux auto-entrepreneurs, nouvelle catégorie d'entrepreneurs et créateurs de micro-entreprises, auxquels la loi attribue un régime juridique, social et fiscal simplifié⁶⁷⁶. Le statut d'auto-entrepreneur a été présenté comme un outil permettant à chacun de créer son propre emploi en période de chômage de masse. Il est exclu du champs du droit du travail puisque, selon la loi, ce travailleur

⁶⁷⁰ Cass. soc., 13 novembre 1996, « *Société générale* », préc.

⁶⁷¹ Ass. plén., 4 mars 1983, Bull. 1983, Ass. plén., n°3, n°81-11.647 et 81-15.290.

⁶⁷² Cass. soc., 17 avril 1991, Bull. 1991, V, n°200, n°88-40.121.

⁶⁷³ Cass. soc., 1er décembre 2005, Bull. 2005, V, n°349, n°05-43.031 à 05-43.035.

⁶⁷⁴ J. Mouly, « Quand l'auto-entreprise sert de masque au salariat », *Dr. social*, 2016, p. 859.

⁶⁷⁵ Loi n°2008-776 du 4 août 2008, préc.

⁶⁷⁶ J. Barthélémy, « Statut de l'auto-entrepreneur, présomption renforcée d'absence de contrat de travail et développement de la création d'entreprise », *JCP E*, 2009, p. 1455 ; L. Casaux-Labrunée, « La révolution de l'auto-entrepreneur », *Sem. Soc. Lamy*, 2009, n°1420, p. 5.

indépendant détermine lui-même ses conditions de travail⁶⁷⁷. Pourtant, la pratique montre bien souvent que les auto-entrepreneurs exercent leur activité dans une situation de dépendance économique et juridique à l'égard d'un donneur d'ouvrage unique. Il est d'ailleurs fréquent que l'auto-entrepreneur soit un ancien salarié sommé d'opter pour ce statut à la suite d'une externalisation, exécutant des tâches identiques, dans les mêmes conditions qui étaient les siennes auparavant, lorsqu'il était salarié⁶⁷⁸.

226. La présomption d'indépendant protège l'employeur à moins qu'une action judiciaire en requalification soit lancée, avec tous les inconvénients, déjà évoqués, qu'elle implique. La pratique judiciaire démontre d'ailleurs que les auto-entrepreneurs sont rarement à l'origine de l'action visant à renverser la présomption d'indépendant⁶⁷⁹. Ces derniers ne prennent pas le risque de perdre leur emploi qui bien souvent vient en complément d'un autre. La pratique montre très clairement que ces derniers ne saisissent le Conseil de prud'hommes qu'après la rupture du contrat par le donneur d'ouvrage ou en cas de cessation de paiement par ce dernier. Privés d'allocation chômage, les auto-entrepreneurs demandent alors la requalification de leur contrat de prestation de service en contrat de travail. Lorsque la relation contractuelle est en cours d'exécution, c'est bien souvent l'URSSAF qui enclenche l'action judiciaire en vue de déconstruire le montage juridique dissimulant un contrat de travail et réclamer au civil le rappel des cotisations sociales afférentes à la situation de salariat. Car, outre le contournement des seuils et autres obligations du droit du travail, le recours aux indépendants permet aux employeurs de s'affranchir du paiement de cotisations sociales.

227. La Cour de cassation a admis que les organisations syndicales puissent agir en justice, dans le cadre du contentieux électoral, aux fins de demander la requalification de certains travailleurs indépendants en salariés pour déterminer les effectifs réels de l'entreprise⁶⁸⁰. Afin d'empêcher le contournement des seuils par les employeurs et rétablir la mise en place des élections professionnelles conditionnant leur présence et leur représentativité dans l'entreprise, les organisations syndicales sont plus que jamais amenées à cerner les critères et situations de renversement de la présomption posée par l'article L. 8221-6 du Code du travail afin de requalifier les éventuels contrats de prestation de service en contrats de travail. À ce titre, le cabinet d'avocats au sein duquel cette thèse CIFRE a été réalisée a été amené à conseiller diverses organisations

⁶⁷⁷ F. Héas, « L'auto-entrepreneur au regard du droit du travail », *JCP S*, 2009, p. 1555.

⁶⁷⁸ Cass, civ 2e, 7 juillet 2016, « *Société Formacad c/ Urssaf Ile-de-France* », Arrêt n°1179 FS-P+B, n°15-16.110, *D.*, 2016. p. 1574.

⁶⁷⁹ J. Mouly, préc.

⁶⁸⁰ Cass. soc., 17 décembre 2014, n°14-60.511.

syndicales aux fins de faire requalifier plusieurs contrats de travail pour rétablir les seuils d'effectifs nécessaires à la tenue d'élections professionnelles.

228. Tel qu'évoqué précédemment, le contrat de travail est qualifié d'après des critères de faits et objectifs⁶⁸¹. Considérée initialement comme peu généreuse en matière d'indices relatifs à la requalification⁶⁸², la Haute juridiction fournit désormais de nombreuses précisions sur la notion de lien de subordination juridique permanent, critère déterminant de la qualification de contrat de travail⁶⁸³. L'application du droit du travail n'est pas conditionnée à la qualification du contrat en exécution duquel une prestation de travail est fournie. Pour autant, le Code du travail ne prévoit pas de définition claire du contrat de travail. Même si l'article L. 8221-6 issu de la loi « *Madelin* » reprend la notion de « *lien de subordination juridique permanente* » emportant la qualification, il ne vient que confirmer une construction prétorienne dont les contours ont été affinés par l'interprétation dogmatique⁶⁸⁴. La Cour de cassation érige en critère de requalification la réunion de trois éléments : une prestation personnelle de travail, une rémunération, un état de subordination tel qu'une des deux parties dirige, contrôle, sanctionne l'autre (le lien de « *subordination juridique* »)⁶⁸⁵. Cette règle est complétée par l'arrêt « *Labbane* » dans lequel la Cour affirme que « *L'existence d'un contrat de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité du travailleur* »⁶⁸⁶.

229. Concernant l'auto-entrepreneuriat, la Cour de cassation semble conserver les solutions élaborées au lendemain de la loi « *Madelin* ». Elle est peu exigeante, à juste titre, envers les travailleurs économiquement dépendants, disposant d'une marge de manœuvre faible dans leur activité et travaillant au sein d'un service organisé par le donneur d'ordre. En somme, « *plus la dépendance économique est importante, moins l'exigence de dépendance juridique est forte* »⁶⁸⁷. Il serait en effet difficile de ne pas reconnaître le salariat dans de tels cas lorsque des participants à

⁶⁸¹ Cass., ass. plén., 4 mars 1983, n°81-11.647, Bull. Ass. plén., n°3 ; D., 1983. p. 381, concl. J. Cabannes, à propos d'un enseignant salarié auquel avait été imposé un contrat de « *collaboration libérale* »).

⁶⁸² S. Tourneaux, « Chronique d'actualités du régime du contrat de travail », *Dr. social*, 2016, p. 650.

⁶⁸³ M. Véricel, préc.

⁶⁸⁴ E. Dockès, « Notion de contrat de travail », *Dr. social*, 2011, p. 546 ; G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, 29^e éd., Paris, Dalloz, Coll. « Précis », 2014, 1564 pp.

⁶⁸⁵ J. Péliissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd., Paris, Dalloz, Coll. « Grands arrêts », 2008, p. 13.

⁶⁸⁶ Cass., soc. 9 décembre 2000, n°98-40.572.

⁶⁸⁷ E. Dockès, « Notion de contrat de travail », *Dr. social*, 2011, p. 546.

un jeu de télé réalité en ont bénéficié⁶⁸⁸. Ces travailleurs mettent leur force de travail au service de la production d'un bien ou d'un service ayant une valeur économique, sous l'autorité d'une autre personne. Ce critère de l'intégration dans l'activité économique d'autrui, préconisé par certains auteurs⁶⁸⁹, suffit à faire de ces travailleurs des salariés. L'employeur, propriétaire des moyens de production, du capital, recourt à la main d'œuvre des salariés assurant la bonne marche de l'entreprise, sans en assumer le risque économique et sans bénéficier des fruits de leur propre travail. Dans le cas d'une auto-entreprise dissimulant une relation de salariat, l'opérateur économique reste maître du capital et de son entreprise tout en se déchargeant sur les travailleurs des risques et des coûts de celle-ci. Ce modèle social ne profite qu'à l'employeur et semble même contraire à l'économie du contrat de travail⁶⁹⁰.

230. Dans ses arrêts du 15 décembre 2015⁶⁹¹ relatifs à des délits de travail dissimulé, la chambre criminelle s'était montrée timide en se limitant à indiquer sans précisions que les auto-entrepreneurs « *fournissaient en réalité à la société des prestations dans des conditions qui les plaçaient dans un lien de subordination juridique permanente* ». La chambre sociale s'était quant à elle montrée plus diserte en se prononçant pour la première fois sur la question de la différence du statut d'auto-entrepreneur et du salarié. Dans un arrêt du 6 mai 2015, elle a prononcé la requalification d'un contrat de prestation de service en contrat de travail, relevant que les tâches du travailleur étaient organisées selon un planning précis et journalier, établi par le donneur d'ouvrage. Le travailleur devait en outre respecter les procédures et objectifs fixés par ce dernier. Le critère de l'organisation hiérarchique du travail et la détermination unilatérale des conditions d'exécution du travail par un donneur d'ordre unique permet donc de requalifier le contrat.

231. Une entreprise de cours de soutien scolaire avait fait passer, dès l'entrée en vigueur de la loi du 4 août 2008, certains de ses salariés formateurs sous le statut d'auto-entrepreneur. Ces derniers étaient désormais liés avec leur ancien employeur par un « *contrat de prestations de service* ». Arguant de la jurisprudence « *Société générale* »⁶⁹², l'entreprise de cours particulier soutenait que les formateurs n'étaient pas salariés puisqu'ils conservaient une marche de manœuvre dans l'organisation de leurs enseignements. Ils étaient d'ailleurs en mesure de refuser

⁶⁸⁸ Cass. soc., 3 juin 2009, n°08-40.981, D., 2009, p. 2517, note B. Edelman.

⁶⁸⁹ C. Radé, « Des critères du contrat de travail. Protéger qui exactement ? Le tentateur, le sportif amateur, le travailleur ? », *Dr. social*, 2013, p. 202.

⁶⁹⁰ T. Pasquier, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, Thèse de doctorat, Droit privé, Université Paris 10, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit social », 2010, 419 pp.

⁶⁹¹ Cass. crim., 15 décembre 2015, n°14-85.638 et n°13-81.586, P, *Dr. social*, 2016, p. 650, étude S. Tournaux.

⁶⁹² Cass. soc., 13 novembre 1996, « *Société générale* », préc.

certaines étudiants. Cela n'a pas convaincu la Cour de cassation qui, après avoir rappelé que la « *présomption légale de non-salariat qui bénéficie aux personnes sous le statut d'auto-entrepreneur peut être détruite s'il est établi qu'elles fournissent directement ou par une personne interposée des prestations au donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente* », a estimé que les travailleurs étaient liés au donneur d'ouvrage par des contrats de travail. L'espèce était favorable au demandeur car le lien de subordination était flagrant. En effet, si la dénomination du contrat avait été modifiée, les conditions de travail n'avaient quant à elles pas changé⁶⁹³.

232. En pratiquant la méthode du faisceau d'indices, la Cour de cassation a requalifié le contrat dénommé « *contrat d'entreprise* » en contrat de travail. Les juges ont d'abord constaté que l'exercice de l'activité de formation dans les locaux de la société se conformait peu avec l'idée d'une prestation libérale, sans clientèle propre, mais restant la propriété du donneur d'ouvrage. L'intégralité des formalités administratives était assurée par l'entreprise de cours particuliers grâce à un mandat joint au contrat de prestation de service. Une clause de non-concurrence dans le contrat d'entreprise rendait en outre difficile l'exercice d'une activité semblable sans passer par l'intermédiaire de l'entreprise de cours particuliers. La Haute juridiction a enfin relevé que « *les cours de rattrapage étaient dispensés selon un programme fixé par la société et remis aux professeurs lors de réunions pédagogiques de sorte que l'enseignant n'avait aucune liberté pour concevoir ses cours* ». Le critère de l'autonomie du travailleur était utilisé pour qualifier l'existence du contrat de travail. Le professeur requérant n'organisait pas son travail comme il le souhaitait mais était soumis à l'autorité du donneur d'ordre. La Cour de cassation en a déduit qu'il ne saurait être auto-entrepreneur, quand bien même il conservait la possibilité de ne pas effectuer certaines prestations et que les contrats de prestation de services étaient conclus pour une durée indéterminée. Les juges ont considéré que les enseignants étaient « *permanents* » et non-occasionnels.

233. Le cabinet d'avocats au sein duquel a été réalisée cette thèse CIFRE a été amené à saisir le Conseil de prud'hommes pour demander la requalification d'un contrat de prestation de service en contrat de travail et la condamnation de l'employeur aux indemnités afférentes. En l'espèce, pour assurer le fonctionnement de son activité, une agence de voyage organisant des croisières fluviales en France avec des escales et des visites guidées du patrimoine⁶⁹⁴, faisait appel

⁶⁹³ Cass, civ. 2e, 7 juillet 2016, « *Société Formacad c/ Urssaf Ile-de-France* », Arrêt n° 1179 FS-P+B, n°15-16.110, publié au bulletin, *D.*, 2016, p. 1574.

⁶⁹⁴ La convention collective applicable était celle de la Convention collective nationale de travail du personnel des agences de voyages et de tourisme du 12 mars 1993 (Code NAF 7911Z).

à une main d'œuvre juridiquement très hétérogène selon la nature des différents postes. Le personnel naviguant était embauché par contrat d'auto-entrepreneur. Il avait ainsi été demandé à un directeur de programme affecté sur des croisières sur le Rhône, la Saône et la Seine de créer son statut d'auto-entrepreneur et facturer comme tel ses prestations à l'agence de voyage. Dans le cadre de ses fonctions, il devait gérer le déroulement de la croisière dans son ensemble. Il était chargé de l'assistance, du transfert et de l'accompagnement des passagers et gisait l'intégralité des relations avec les prestataires extérieurs (transport routier, restauration, visites guidées). Il bénéficiait à ce titre d'un budget établi par l'agence de voyage et représentait cette dernière auprès des différents prestataires.

234. Malgré le recours au statut d'auto-entrepreneur, le directeur de programme était en réalité lié à l'agence de voyage par un lien de subordination juridique. Les critères dégagés par la jurisprudence de la Cour de cassation étaient tous remplis : il travaillait avec un matériel appartenant à l'agence à la disposition de laquelle il devait se tenir vingt-quatre heures sur vingt-quatre et sept jours sur sept. Il avait interdiction de développer sa propre clientèle au cours des croisières et devait consacrer l'intégralité de son activité auprès de l'agence. L'intégralité de son revenu provenait de son activité auprès de l'agence et le directeur de programme n'organisait pas son travail de manière autonome tel que l'aurait fait un prestataire de service indépendant. Bien au contraire, ce dernier devait exécuter des tâches précises, déterminées à l'avance sur un planning. Un compte rendu de la bonne exécution de ces tâches devait être rédigé et le travail faisait l'objet d'une évaluation systématique. Le directeur de programme avait dû suivre en outre des formations organisées par l'agence pour exercer sur les croisières. Ces périodes de formations se déroulaient selon un programme et des horaires imposés par la société de voyage et étaient rémunérées par celle-ci.

235. Cette pratique permettait à l'agence de bénéficier des avantages du travail salarié tout en se dispensant des contraintes du droit du travail et lui permettait notamment de ne pas atteindre les seuils d'effectifs obligeant l'employeur à organiser des élections professionnelles, permettant aux organisations syndicales représentatives de désigner un ou plusieurs délégués syndicaux (ou permettant aux organisations syndicales non représentatives ayant constitué une section syndicale de désigner un représentant de section syndicale). La majorité du personnel était contrainte de travailler sous un statut d'auto-entrepreneur en sachant parfaitement que les conditions de fait dans lesquelles était exercée l'activité professionnelle étaient identiques à celles d'un contrat de travail. Ce n'est qu'après avoir été évincé de l'agence, sans procédure de licenciement, que le directeur de programme a sollicité le cabinet d'avocats pour demander la requalification du contrat de prestation de service en contrat de travail. Suite à la saisine, l'agence

a contesté en réponse la requalification en se prévalant du contrat de prestation de service et du statut d'auto-entrepreneur sous lequel travaillait le directeur de programme.

236. Mais suite à l'éviction du requérant, l'agence avait entre-temps publié sur le site internet du Pôle emploi une annonce faisant part de la vacance d'un poste de directeur de programme, avec une proposition d'embauche en contrat de travail à durée déterminée. Cette maladresse, ajoutée aux différents éléments de preuves versés au dossier, a amené la défenderesse à proposer de mettre un terme à l'instance en signant une transaction. La célérité, l'absence d'aléa judiciaire et le montant de la somme proposée ont fait pencher l'intérêt du client en faveur de la transaction. Bien évidemment, aucune action pénale, susceptible de freiner la procédure prud'homale, au détriment de l'intérêt du client, n'a été initiée en amont. Ainsi, si l'agence a dû verser à son ancien directeur de programme la somme prévue par la transaction, aucune juridiction n'a prononcé à son encontre de requalification du contrat de prestation de service en contrat de travail, ni la condamnation de l'agence aux peines relatives au délit de travail dissimulé. Forte de cette impunité, l'agence a pu continuer son activité tout en conservant son modèle d'affaires consistant à recourir à des travailleurs sous le statut d'auto-entrepreneur exerçant leur activité professionnelle dans des conditions identiques à celles d'un contrat de travail. Nonobstant le nombre important de recours en requalification, qui ont abouti intégralement à une transaction, la sollicitation d'auto-entrepreneurs permet à cette agence de voyage de contourner le droit du travail et notamment de limiter ses seuils d'effectifs.

237. Plus récemment, parmi les montages juridiques recourant à l'auto-entreprise, les plateformes en ligne ont fait couler beaucoup d'encre⁶⁹⁵.

238. La qualité d'opérateur de plate-forme en ligne a été posée par la loi du 7 octobre 2016⁶⁹⁶. Aux termes de l'article L. 111-7 I 2° du Code de la consommation, « *est qualifiée d'opérateur de plate-forme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public reposant sur [...] la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service* ». Par la loi du 8 août 2016⁶⁹⁷, le législateur a posé les prémices d'une responsabilité sociétale des plateformes numériques en insérant les articles L. 7341-1 à L. 7341-6 dans le Code du travail prévoyant des garanties minimales pour protéger cette nouvelle catégorie des travailleurs. La loi ne s'est

⁶⁹⁵ C. Didry, « Au-delà de la subordination, les enjeux d'une définition légale du contrat de travail », *Dr. social*, 2018, p. 229.

⁶⁹⁶ Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique – JORF du 8 octobre 2016, art. 49 (V).

⁶⁹⁷ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016, préc.

toutefois pas prononcée sur leur statut juridique et n'a pas édicté de présomption de non salariat. Ces plateformes, telles que « *Deliveroo* », « *Foodora* », « *Lecab* », « *En voiture simone* », « *Uber* » ou encore « *Ubereats* », bien qu'elles soient présentées comme telles par leurs créateurs⁶⁹⁸, n'ont aucun rapport avec l'« *économie solidaire et collaborative* »⁶⁹⁹. Les « *plateformes de mise au travail* » vendent à leur clients une prestation (livraisons, chauffeurs, courses) puis la font exécuter par des travailleurs obligés de se déclarer comme « *indépendants* ». Elles externalisent ainsi leur activité à des travailleurs prétendument non-salariés (les plateformes de livraison de repas externalisent la livraison des repas, les plateformes de transport de personnes externalisent le transport de personnes). Ces dernières maintiennent toutefois sur les travailleurs prétendument indépendants un réel pouvoir de direction, de contrôle et de sanction. Avec un tel modèle d'affaires, le donneur d'ordre concentre ses opportunités de profit et rejette les risques sur les travailleurs indépendants. Les plateformes conservent en outre le pouvoir de modifier unilatéralement les dispositions des contrats de prestation de service⁷⁰⁰ concernant le paiement des coursiers, leurs conditions de livraisons, les tarifs clients⁷⁰¹. La plateforme génère des profits colossaux grâce à des travailleurs qui effectuent des tâches répétitives contre une rémunération. Ce travail « *à la demande* »⁷⁰² consiste juridiquement en la mise en place d'un contrat de collaboration entre un auto-entrepreneur et un « *opérateur de plateforme en ligne* »⁷⁰³ prévoyant la mise en relation par le second du premier avec des clients sollicitant divers services. Cette organisation est rendue possible grâce à une habile utilisation des technologies numériques et digitales qui permettent au donneur d'ordre de conserver « *une surveillance absolue et constante*

⁶⁹⁸ T. Slee (traduit de l'anglais par H. Roux), *Ce qui est à toi est à moi : Contre Airbnb, Uber et autres avatars de l'économie du partage* », Montréal, Lux, 2016, 280 pp.

⁶⁹⁹ *Rapport au Premier ministre sur l'économie collaborative* confié à P. Terrasse remis en février 2016 : « *l'économie collaborative ce n'est pas l'ubérisation [...]. Plusieurs plateformes, si elles renouvèlent la manière de produire ou d'échanger, continuent de s'inscrire dans des formes traditionnelles de capitalisme* » (p. 5).

⁷⁰⁰ En réponse à une Class Action lancée par des chauffeurs « *Uber* » américains en 2013 (« *O'Connor* »), la plateforme a répliqué en rédigeant de nouveaux contrats que les chauffeurs devaient impérativement accepter qui contenaient des clauses d'arbitrage restreignant leur faculté de recours au juge dans le cadre d'une action judiciaire similaire (D.-E. Sanders et P. Pattison, « Worker Characterisation in a Gig Economy Viewed Through an Uber Centric Lens », *Southern Law Journal*, vol. XXVI, 2016, p. 297).

⁷⁰¹ Employment Tribunal London, 28 octobre 2016, « *Uber London Ltd-Uber Britannia Ltd. V. Y. Aslam & J. farrar & others* », aff. n°2202551/2015 (« *Aslam v. Uber* »).

⁷⁰² T. Pasquier, « Sens et limites de la qualification de contrat de travail. De l'arrêt Formacad aux travailleurs "ubérisés" », *RDT*, 2017, p. 95.

⁷⁰³ C. conso., art. L. 111-7.

sur la façon dont les travailleurs exécutent leur tâche »⁷⁰⁴. Les conditions de travail sont alors défavorables pour ces travailleurs qui se retrouvent pour certains dans des situations économiques délicates. Ces derniers assument en outre les risques d'accident dans l'exécution de leur travail au détriment de leur propre personne, voire des tiers⁷⁰⁵.

239. Les plateformes bénéficient économiquement d'une activité et devraient en conséquence « *assumer les responsabilités qui en découlent* »⁷⁰⁶. Pourtant la situation des travailleurs qui se trouvent dans cette zone grise entre salariat et activité indépendante, notamment dans le domaine de la nouvelle économie numérique, n'a provoqué qu'une timide et faible réaction législative. L'ère du néo-libéralisme incite davantage à la création de statuts hybrides salarié/indépendant⁷⁰⁷ qu'à l'adaptation de la présomption de salariat aux nouvelles organisations de travail. Ainsi, au lieu d'imaginer de nouvelles protections pour les travailleurs des plateformes, la loi du 8 août 2016⁷⁰⁸ a logé dans la VIIème partie du Code du travail un nouveau titre, « *Travailleurs utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique* », dont les dispositions concernent des « *travailleurs indépendants recourant, pour l'exercice de leur activité professionnelle, à une ou plusieurs plateformes de mise en relation par voie électronique* »⁷⁰⁹. Si le Code du travail n'impose pas une telle qualification juridique, l'emploi du terme « *travailleurs indépendants* » implique de manière implicite une présomption de non salariat adressée aux travailleurs des plateformes⁷¹⁰. En considérant que « *les obligations des opérateurs de plateforme en ligne et les prérogatives des travailleurs en relation avec eux supposent que ces derniers aient qualité de travailleurs indépendants* », l'article L. 7341-1 du Code du travail concourt implicitement à une normalisation du contournement du droit du travail par les plateformes⁷¹¹. Il

⁷⁰⁴ K. Van Den Bergh, « Plateformes numériques de mise au travail : mettre fin à une supercherie », *RDT*, 2018, p. 318.

⁷⁰⁵ Le triste exemple d'une jeune fille mortellement percutée par un chauffeur « *Uber* » à San Francisco. La responsabilité du commettant a été recherchée en vain par la famille de la victime (Superior Court of California, *Liu v. Uber Tech., Inc.*, n°CGC-14-53-536979, 27 janvier 2014). Le litige a finalement été résolu grâce à un accord à l'amiable.

⁷⁰⁶ M. Macmurdo, « Hold your phone ! "Peer-to-Peer" Ridesharing Services, Regulation, and Liability », *Louisiana Law Review*, 2015, vol. 76, n°1, p. 336.

⁷⁰⁷ P.-H. Antonmattei, J.-C. Sciberras, « Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ? », *Dr. social*, 2009, p. 221.

⁷⁰⁸ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016, préc., art. 60.

⁷⁰⁹ C. trav., art. L. 7341-1.

⁷¹⁰ J.-P. Chauchard, « Qu'est-ce qu'un travailleur indépendant ? », *Dr. social*, 2016, p. 947.

⁷¹¹ A. Jeammaud, préc.

constitue un argument que les plateformes en ligne ne manqueront pas d'utiliser en riposte à une éventuelle action en requalification. En introduisant cet article L. 7341-1, le manque de clarté du législateur risque d'« enfermer » les travailleurs des plateformes « dans le domaine de l'indépendance »⁷¹². La définition de la catégorie visée par ce nouveau titre du Code du travail reste en outre très brève. Il n'est d'ailleurs pas précisé si l'activité professionnelle en question est un « travail à la demande ». En outre, les dispositions issues de la loi du 8 août 2016 couvrent un champ d'application plutôt restreint qui remet en question son effectivité. L'article L. 7342-1 du Code du travail limite l'application dans les cas où la plateforme « détermine les caractéristiques de la prestation de service fournie ou du bien vendu et fixe son prix ». Le décret du 4 mai 2017⁷¹³ vient quant à lui restreindre davantage les domaines d'application des articles L. 7342-2 et L. 7342-3 aux cas où « le travailleur indépendant a réalisé, sur la plateforme, au cours de l'année civile au titre de laquelle la cotisation et la contribution ont été acquittées, un chiffre d'affaire égal ou supérieur à 13 % du plafond annuel de la sécurité sociale ».

240. D'après le Professeur à l'Université d'Oxford, Monsieur Jeremias Prassls, le modèle d'organisation (« *business model* ») mis en place par l'application « *Uber* » satisfait aux critères de qualification du contrat de travail⁷¹⁴. À titre d'exemple, « *Uber* » dispose de l'initiative et la rupture de la « *relation d'emploi* ». De plus, la tâche accomplie par le chauffeur est fournie par l'application en l'échange d'une rémunération. Enfin, « *Uber* » perçoit la plus-value générée par le travail du chauffeur sans qu'il n'y ait d'interaction financière entre les chauffeurs et les clients de l'application (les passagers). Monsieur Jeremias Prassl insiste sur le fait que l'application contrôle et coordonne l'intégralité de la production du service fourni.

241. Ces faisceaux d'indices et leur concordance significative avec le lien de subordination juridique dégagé par jurisprudence de la Cour de cassation pourraient amener une juridiction à requalifier en contrat de travail le contrat de collaboration établi entre la plateforme et le collaborateur. Les « *ordres et directives* » sont exprimés par la plateforme de manière indirecte en utilisant des procédés détournés⁷¹⁵ sous des dénominations diverses et sont donnés de manière plus ou moins officieuse. Le contrôle effectué par la plateforme est certain mais invisible puisqu'il réside dans l'outil de travail de l'indépendant. Les données que produit l'application, les notations et commentaires des clients de la plateforme et la géolocalisation constituent de véritables

⁷¹² T. Pasquier, préc., p. 103-104.

⁷¹³ Décret n°2017-774 du 4 mai 2017 relatif à la responsabilité sociale des plateformes de mise en relation par voie électronique - JORF 6 mai 2017.

⁷¹⁴ J. Prassl, « *Uber devant les tribunaux. Le futur du travail ou juste un autre employeur ?* », *RDT*, 2017, p. 439.

⁷¹⁵ Exemple des « *shift* ».

instruments de contrôle du travailleur. Le pouvoir de sanction peut résider dans un « *contrôle qualitatif* »⁷¹⁶ rendu notamment possible grâce aux évaluations laissées par les clients. Certaines plateformes comme « *Deliveroo* » conditionnent le placement des travailleurs sur des plages horaires de travail appelées « *shifts* », selon leur régularité sur l'application. Le collaborateur n'a en outre pas les moyens de son indépendance. En effet, il n'œuvre pas à sa propre entreprise mais est intégré dans celle du donneur d'ouvrage qui organise l'activité et maximise ses chances de profit. De plus, le domaine d'activité du travailleur est très semblable à l'activité principale du donneur d'ordre. Cette activité ne pourrait d'ailleurs fonctionner sans le travail des « *indépendants* » auprès des clients du donneur d'ordre. Entrepreneur et plateforme relèvent d'une même entreprise, dirigée et organisée par cette dernière. Ainsi, le travailleur n'est absolument pas indépendant et se trouve dans un état de subordination manifeste⁷¹⁷. Malgré ce pouvoir de contrôle « *fantôme* », la dissimulation du pouvoir de direction et de sanction laisse entrevoir une relation dans laquelle les travailleurs indépendants fournissent en réalité « *des prestations à un donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci* », ce qui renverse la présomption de non salariat de l'article L. 8221-6, II du Code du travail.

242. Malgré la proximité avec la jurisprudence de la Cour de cassation, parmi les prestataires des plateformes, « *tous ne sont pas salariés* »⁷¹⁸. Chaque action en requalification peut aboutir à des solutions différentes puisqu'il existe autant de modalités de relations contractuelles qu'il n'y a de plateformes. Certaines ont d'ailleurs pris le soin de ne pas prévoir pour le collaborateur l'obligation de répondre à leurs sollicitations. Cette absence formelle de mise à disposition, première obligation du salarié au sein d'un contrat de travail, compromet de prime abord la requalification, sans toutefois l'exclure totalement. D'autres plateformes, moins regardantes, risquent quant à elles de voir la présomption des articles L. 8221-6 ou L. 8221-6-1 du Code du travail être renversée en leur défaveur⁷¹⁹.

243. De manière certaine, le contrat de collaboration plonge le travailleur dans une situation de dépendance économique certaine. Pour la grande majorité, les plateformes sont les clients exclusifs de ces collaborateurs. Le lien de dépendance économique, dégagé par Paul

⁷¹⁶ K. Van Den Bergh, préc.

⁷¹⁷ E. Dockès, « *Notion de contrat de travail* », *Dr. social*, 2011, p. 546.

⁷¹⁸ A. Fabre, « Plateformes numériques : gare au tropisme "travailleuse" », *RDT*, 2017, p. 166.

⁷¹⁹ *Ibid.*, p. 169-170.

Cuche⁷²⁰ constituait le critère déterminant de la qualification du contrat de travail avant qu'il ne soit remplacé par le lien de subordination juridique⁷²¹, même si le débat demeure toujours ouvert⁷²². La dépendance économique abordait la qualité de salarié en tenant compte des éléments de faits dans lesquels celui-ci se trouvait. La survie du salarié dépend du salaire que lui verse son employeur en l'échange du travail accompli. Ce critère met notamment en exergue la situation d'exclusivité du salarié vis à vis de son employeur. La dépendance économique a été écartée dès 1931 pour laisser la place au critère de la subordination qui met l'accent sur la direction de l'employeur⁷²³. La première conserve toutefois une « *fonction complémentaire* » au profit de la seconde⁷²⁴. Des récents arrêts de la Cour de cassation ont, à ce titre, considéré la subordination comme une « *intégration économique dans l'entreprise d'autrui* »⁷²⁵. Une meilleure considération du critère de dépendance économique par la jurisprudence ou le législateur permettrait aux requérants de faire requalifier plus facilement leur contrat d'indépendant en contrat de travail. Il a été à ce titre proposé de qualifier comme « *salarié* » la personne « *qui exécute un travail sous le pouvoir de fait ou sous la dépendance d'autrui* »⁷²⁶. Néanmoins, la dynamique législative et prétorienne ne semblent pas aller dans ce sens⁷²⁷.

244. La chambre sociale de la Cour de cassation avait pourtant su faire preuve d'audace pour prononcer une requalification en contrat de travail en se basant sur des rapports économiques, de capital et de force de travail. Dans l'arrêt « *Labbane* », le chauffeur de taxi avait signé un contrat de location d'un véhicule équipé taxi. Il louait chaque mois à une société le véhicule moyennant le paiement d'une redevance. La relation se poursuivait mensuellement par reconduction tacite. Pourtant, le capital qu'investissait le chauffeur dans la location du « *véhicule équipé taxi* » était valorisé uniquement par la force de travail de ce dernier. Il accédait à cet outil de production de services par un « *contrat de location* ». Dans l'arrêt « *Île de la tentation* »⁷²⁸, l'activité rythmée des participants à l'émission, décidée par la production, considérés comme

⁷²⁰ P. Cuche, « Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1913, p. 412-427.

⁷²¹ Cass. soc., 6 juillet 1931, « *Bardou* », *D.P.*, 1931, 1, 131, note P. Pic, *Grands arrêts du droit du travail*, n°1.

⁷²² J.-P. Chauchard, « Les avatars du travail indépendant », *Dr. social*, 2009, p. 1065-1075.

⁷²³ Cass. soc., 13 novembre 1996, « *Société générale* », préc.

⁷²⁴ E. Dockès, « La notion de contrat de travail », préc.

⁷²⁵ T. Pasquier, préc., pp. 100-102.

⁷²⁶ E. Dockès (dir.), *GR-PACT*, *op. cit.*

⁷²⁷ A. Jeammaud, préc.

⁷²⁸ Cass. soc., 3 juin 2009, n°08-40.981, *D.*, 2009, 2517, note B. Edelman.

joueurs, permettait à elle seule « *la production d'un bien ayant valeur économique* »⁷²⁹. La Cour de cassation pourrait faire preuve d'une audace semblable à l'égard des contrats de collaboration des plateformes. L'une des fonctions du droit du travail n'est-elle pas de veiller à une « *médiation des rapports capital/travail salarié* », piliers du mode de production et de la société capitaliste ?⁷³⁰. Pour faire tomber la présomption et obtenir la requalification, le travailleur indépendant doit démontrer au juge l'existence du lien de subordination juridique qui le lie à la plateforme. Néanmoins il ne bénéficie que de peu de preuves concrètes pour appuyer sa demande. Ce dernier n'a accès ni à l'application ni à la plateforme dont le fonctionnement est en outre totalement dématérialisé, ce qui rend la démonstration de la subordination compliquée.

245. Malgré la dénonciation par certains auteurs français d'« *une supercherie* »⁷³¹ voire même d'une « *fraude au droit du travail* »⁷³², et malgré l'existence d'outils juridiques efficaces, le succès des actions en requalifications initiées en France est resté, jusqu'à 2018⁷³³, en demi-teinte. Dans un arrêt du 20 octobre 2015⁷³⁴, la Cour de cassation a refusé la qualification en salarié d'un auto-entrepreneur exerçant la profession de chauffeur. La Cour a considéré qu'il « *restait libre d'effectuer les courses proposées, voire de travailler avec d'autres donneurs d'ordre s'il le souhaitait, qu'il exécutait ses prestations comme bon lui semblait, notamment en ce qui concerne ses horaires, qu'il avait lui-même fixé le taux de ses prestations* », peu important que le chauffeur ait utilisé pour ce travail la voiture du donneur d'ouvrage.

246. Suite à un redressement de l'URSSAF Île-de-France en 2015, la plateforme « *Uber* » a initié un recours devant le Tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) aux fins d'annuler le redressement de cotisations de cinq millions d'euros et la requalification de milliers de chauffeurs en salariés, réclamés par l'URSSAF, au motif qu'il existe un lien de subordination juridique entre la plateforme de réservation et ses cocontractants chauffeurs. Après avoir fait constater par ses inspecteurs en charge du recouvrement que certains chauffeurs utilisaient l'application « *Uber* » sans déclarer de revenus, l'organisme francilien a initié cette procédure

⁷²⁹ J.-M. Béraud, « Protéger qui exactement ? Le tentateur ? Le sportif amateur, Le joueur ? », *Dr. social*, 2013, p. 197.

⁷³⁰ F. Collin, R. Dhoquois, A. Jeammaud, et autres, *op. cit.*, p. 149 et s.

⁷³¹ K. Van Den Bergh, préc.

⁷³² A. Jeammaud, préc.

⁷³³ Cass. soc., 28 novembre 2018, FP+P+B+R+I, n°17-20.079.

⁷³⁴ N° 14-16.178, inédit, *D.*, 2016, p. 807, obs. P. Lokiec et J. Porta.

réclamant directement à la plateforme 4 973 000 euros au titre de rappel de cotisations⁷³⁵. « Uber » contestait le redressement en arguant que les chauffeurs étaient des partenaires totalement indépendants et à ce titre la relation contractuelle ne devait pas être soumise au droit du travail. Le TASS a donné succès le 14 décembre 2016 à la défenderesse au motif que la procédure initiée par l'organisme francilien était entachée d'irrégularités⁷³⁶, sans toutefois se prononcer sur la question de la requalification des contrats des chauffeurs en contrat de travail. La demanderesse a interjeté appel et ses inspecteurs ont transmis au parquet un procès-verbal pour travail dissimulé.

247. L'espoir a surgi en 2016 avec des chauffeurs de « *voiture de transport avec chauffeur* » (VTC) devant le Conseil de prud'hommes de Paris⁷³⁷. En s'appuyant sur l'absence d'indépendance des chauffeurs, le Conseil a requalifié le contrat d'un chauffeur VTC de la plateforme « *LeCab* » en contrat de travail⁷³⁸. Néanmoins, la même juridiction a débouté par jugement du 29 janvier 2018⁷³⁹ un ex-conducteur de VTC qui a initié un recours aux fins de faire requalifier son « *contrat de collaboration* » avec la plateforme « *Uber* » en contrat de travail⁷⁴⁰ au motif « *qu'aucun contrôle horaire n'est effectué par la société Uber envers les chauffeurs de VTC* » lesquels « *n'ont aucune obligation de présence ou de durée de connexion* ». De plus, selon la juridiction prud'homale, le conducteur avait « *toute liberté pour travailler selon les horaires et les jours qui lui convenaient* ». En conséquence, il a été conclu par les juges « *qu'aucun contrat de travail ne lie les parties, et qu'il s'agit bien ici d'un contrat commercial* » convenu entre le conducteur et la plateforme « *Uber* ».

248. Le 28 novembre 2018, la Haute juridiction⁷⁴¹ a eu à se prononcer pour la première fois sur un contentieux relatif à la qualification du contrat liant un livreur à une plateforme numérique (« *Take eat easy* »). Alors que les pouvoirs publics actuels considèrent la fin du salariat

⁷³⁵ Un montant de redressement de 3 514 000 euros calculé pour la période courant du 1er janvier 2012 au 30 juin 2013 auquel s'ajoutent 878 000 euros au titre des majorations de redressement et 579 000 euros au titre des majorations de retard.

⁷³⁶ La juridiction de la sécurité sociale reprochait à l'Urssaf-Île-de-France d'avoir privé « *Uber* » de ses droits à la défense. Selon le jugement « *Ni le nombre, ni l'identité ni le compte rendu des auditions des chauffeurs recueillis par les inspecteurs de l'Urssaf* [sur lesquelles repose la procédure, ndlr] *ne lui ont été communiqués* ».

⁷³⁷ CPH Paris, 20 décembre 2016, RG n°14/16389.

⁷³⁸ CPH Paris, 20 décembre 2016, RG n°14-16389, « *Z. c/ SAS Voxtur* », Feuilleton social 4/17, *Navis*, 3 février 2017.

⁷³⁹ CPH Paris, 29 janvier 2018, RG n°F16/11460.

⁷⁴⁰ J.-P. Teissonnière, « Lorsque l'employeur est un algorithme, la subordination est violente », *Sem. Soc. Lamy*, 2017, n°1767, p. 8.

⁷⁴¹ Cass. soc., 28 novembre 2018, préc.

comme un objectif idéal, tout en malmenant le droit du travail, la chambre sociale est venue à sa rescousse en revenant à ses fondamentaux. Dans cet arrêt, la Cour a considéré que la nature de la relation de travail était salariale.

249. En l'espèce, la société « *Take eat easy* » utilisait une plate-forme numérique et une application afin de mettre en relation des restaurateurs partenaires, des clients passant des commandes de repas via la plate-forme et des livreurs à vélo exerçant leur activité sous un statut d'auto-entrepreneur. Suite à sa liquidation en 2016, la plateforme de livraison à vélo avait envoyé à ses coursiers un courrier de rupture pour les informer de « *la fin de l'aventure* ». Les courses effectuées du 1^{er} au 26 juillet de cette année n'avaient de surcroît pas été rémunérées. Sans l'AGS et sans super-privilège que le droit du travail réserve aux salariés pour garantir leurs revenus en cas de liquidation de l'employeur, les ex-coursiers de « *Take eat Easy* » ont engagé une action en requalification de la relation contractuelle en contrat de travail. Le Conseil de prud'hommes⁷⁴² puis la Cour d'appel⁷⁴³ s'étaient déclarés incompétents pour connaître de cette demande. Entre temps, la liquidation judiciaire de la société « *Take eat easy* » avait été prononcée et le liquidateur avait refusé d'inscrire au passif de la liquidation certaines demandes du livreur pour le paiement des courses effectuées auparavant. La chambre sociale a donc été confrontée à la question de l'existence d'un lien de subordination entre le livreur et la plate-forme numérique.

250. Après avoir relevé l'existence d'un système de bonus et de malus, caractéristique « *de prime abord [...] du pouvoir de sanction que peut mobiliser un employeur* », la Cour d'appel avait quand même rejeté la demande de requalification du contrat aux motifs que le coursier n'était lié à la plate-forme numérique par aucune clause de non-concurrence ou d'exclusivité et qu'il demeurerait libre de déterminer lui-même les créneaux horaires au cours desquels il souhaitait travailler. Ce raisonnement a été censuré par la Cour de cassation. Elle a constaté que l'application était dotée d'un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel de la position du coursier par la société ainsi que la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus, de sorte que le rôle de la plate-forme ne se limitait pas à la mise en relation du restaurateur, du client et du coursier. La Cour a également relevé que la plate-forme disposait d'un pouvoir de sanction à l'égard du coursier, sous la forme de mauvais points, appelés « *strikes* », pouvant être infligés au travailleur en cas de désinscription d'un créneau moins de quarante-huit heures à l'avance, de connexion pendant moins de 80 % de la durée de travail prévue, d'absence de réponse au téléphone ou de refus de faire une livraison ou incapacité de réparer une crevaison. Trois « *strikes* » entraînaient une convocation du coursier pour « *discuter de la situation et de sa*

⁷⁴² CPH Paris, 17 novembre 2016, RG n°F16-04592.

⁷⁴³ CA Paris, Pôle 6 - chambre 2, 20 avril 2017, RG n°17/00511.

motivation », quatre mauvais points menaient à une désactivation du compte du livreur. La Haute juridiction a considéré qu'il résultait de ces constatations l'existence d'un pouvoir de direction et de contrôle de l'exécution de la prestation du livreur caractérisant un lien de subordination. En conséquence, les juges du fond ne pouvaient exclure la requalification de la relation en contrat de travail.

Conclusion du Chapitre 1

251. En conditionnant la qualité d'organisation représentative aux élections professionnelles dans l'entreprise, la loi du 20 août 2008 a fait de l'atteinte des seuils d'effectifs un enjeu fondamental pour l'acteur syndical. De ces seuils dépendent également la nomination du représentant de section syndicale ou du délégué syndical dont le nombre varie selon l'effectif de l'entreprise. Or, le recours aux travailleurs indépendants, facilité notamment par la présomption de non salariat posée par la loi du 11 février 1994 et la création du statut d'auto-entrepreneur par la loi du 4 août 2008, permet à certains employeurs de contourner les seuils d'effectifs, dont les modalités de calculs ont été en outre complexifiées. En dessous de onze salariés, l'absence d'obligation de mettre en place des élections professionnelles empêche les syndicats de démontrer à cette occasion qu'ils satisfont au critère de l'audience électorale.

252. Dans ces conditions, l'audience des organisations syndicales auprès des salariés des entreprises est calculée au niveau régional tous les quatre ans⁷⁴⁴. Sont électeurs les salariés des entreprises qui emploient moins de onze salariés au trente et un décembre de l'année précédant le scrutin, titulaires d'un contrat de travail au cours de ce mois de décembre, âgés de seize ans révolus et ne faisant l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative à leurs droits civiques⁷⁴⁵. Les organisations syndicales de salariés qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines, d'indépendance et de transparence financière, légalement constituées depuis au moins deux ans et auxquelles les statuts donnent vocation à être présentes dans le champ géographique concerné, ainsi que les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel, se déclarent candidats auprès de l'administration⁷⁴⁶. Si ces élections, permettent aux salariés des TPE d'être représentés au sein des commissions paritaires interprofessionnelles au niveau régional⁷⁴⁷, elles privent en revanche les organisations

⁷⁴⁴ C. trav., art. L. 2122-10-1.

⁷⁴⁵ C. trav., art. L. 2122-10-2.

⁷⁴⁶ C. trav., art. L. 2122-10-6.

⁷⁴⁷ Créées par la loi n°2015-994 du 17 août 2015, préc.

syndicales de démontrer leur représentativité dans les entreprises. L'absence d'atteinte des seuils empêche en outre les syndicats représentatifs de nommer un ou plusieurs délégués syndicaux. En dessous du seuil de onze salariés, les syndicats n'ont pas même la possibilité de désigner un membre de la délégation du personnel au comité social et économique comme délégué syndical⁷⁴⁸.

253. Cette fragilisation de la qualité d'organisation représentative se répercute sur le mandat du délégué syndical.

Chapitre 2. Les répercussions de la fragilisation de la représentativité sur le mandat du délégué syndical

254. La loi du 27 décembre 1968⁷⁴⁹, votée en application des accords de Grenelle, a institué dans l'entreprise la section syndicale et le délégué syndical. Même si les syndicats et leurs représentants étaient déjà présents au sein des entreprises, cette loi leur a donné une existence officielle. Le DS dispose ainsi de plein droit d'une compétence pour négocier et conclure des accords collectifs⁷⁵⁰ et engager par sa signature son syndicat⁷⁵¹, à moins d'avoir été révoqué⁷⁵². Il faut également noter que le pouvoir de représentation du DS est limité à l'égard de son employeur, et à moins que les statuts ne le prévoient ou à moins d'être expressément mandaté⁷⁵³, le DS ne peut représenter le syndicat en justice⁷⁵⁴. Il ne peut en outre être responsable des fautes commises par ce dernier durant son mandat⁷⁵⁵. En plus de son rôle de représentation, le DS fait part à l'employeur des revendications salariales. Sa consultation obligatoire est prévue dans certains cas par le Code du travail, notamment lors de dépassement de seuils des durées maximales de travail⁷⁵⁶ ou encore la mise en place du travail de nuit en l'absence d'accord collectif⁷⁵⁷. En 2015,

⁷⁴⁸ C. trav., art. L. 2143-6 ; Cass. soc., 18 mars 2015, n°14-16.596.

⁷⁴⁹ Loi n°68-1179 du 27 décembre 1968, préc.

⁷⁵⁰ P. Salvage, « La compétence générale du délégué syndical », *Dr. social*, 1976, p. 396.

⁷⁵¹ Y compris les protocoles pré-électoraux (Cass. soc., 12 février 2003, Bull. civ. V, n°52).

⁷⁵² Dans un tel cas, l'accord litigieux ne sera frappé de nullité que si la révocation a été portée à la connaissance de l'employeur avant sa signature (Cass. soc., 19 février 1992, bull. civ. V, n°106).

⁷⁵³ Cass. soc., 10 octobre 1990, Bull. civ. V, n°453.

⁷⁵⁴ Cass. soc., 3 juin 1977, *D.*, 1977, IR, 205.

⁷⁵⁵ Cass. soc., 21 janvier 1987, *Dr. social*, 1987, p. 430, obs. J. E. Ray ; J.-E. Ray, « La responsabilité civile du syndicat et de ses délégués à l'occasion d'un conflit du travail », *Dr. social*, 1987, p. 426.

⁷⁵⁶ C. trav., art. L. 3122-34 et R. 3132-15.

près de 29 000 accords et avenants ont été signés par des DS avec une propension à signer (taux de signature calculés uniquement à partir des actes susceptibles d'avoir été négociés) de 94 % pour la CFDT, 92 % pour la CFE-CGC, 90 % pour la CGT-FO, 89 % pour la CFTC et 84 % pour la CGT⁷⁵⁸. Les délégués syndicaux sont signataires de 85 % des accords d'entreprise⁷⁵⁹.

255. La loi du 20 août 2008 a fragilisé la qualité d'organisation représentative en la faisant dépendre des élections professionnelles, qui ont été raréfiées dans l'entreprise. La fragilisation de la représentativité s'est répercutée sur le mandat du délégué syndical, qui a considérablement été précarisé (section 1). L'adaptation de la cartographie syndicale sur celle des instances représentatives du personnel fait de plus craindre une baisse du nombre de mandats syndicaux dans l'entreprise (Section 2).

Section 1. La précarisation du mandat de délégué syndical

256. La loi du 20 août 2008 a mis un terme à la stabilité que le régime de présomption de représentativité conférait au mandat du délégué syndical (A). En conditionnant la représentativité à l'audience électorale, elle a considérablement précarisé ce dernier (B).

A. L'instabilité du mandat du délégué syndical

257. Antérieurement à la loi du 20 août 2008, l'article L. 412-11 du Code du travail disposait que « *chaque syndicat représentatif qui constitue une section syndicale dans les établissements de 50 salariés et plus désigne (...) un ou plusieurs délégués syndicaux pour le représenter auprès de l'employeur* ». Par « *syndicat représentatif* » au sens de ce texte, il fallait alors entendre soit un syndicat affilié à une organisation représentative sur le plan national⁷⁶⁰, soit un syndicat en mesure de prouver sa représentativité au niveau de l'entreprise ou au niveau de l'établissement où la désignation était établie⁷⁶¹. L'affiliation d'un syndicat à une organisation syndicale représentative sur le plan national permettait à ce dernier de bénéficier d'une

⁷⁵⁷ C. trav., art. R. 3122-16.

⁷⁵⁸ P.-H. Antonmattei, « Peut mieux faire », *Dr. social*, 2016, p. 877.

⁷⁵⁹ Selon le bilan de 2015 paru en septembre 2016 : 31 461 accords, contre 5 163 signés par des élus.

⁷⁶⁰ Cass. soc., 19 décembre 1978, n°78-60.710, Bull. civ. V, n°895 ; Cass. soc., 28 juin 1978, n°78-60.100, Bull. civ. V, n°534.

⁷⁶¹ Cass. soc., 9 décembre 1982, n°82-61.308, Bull. civ. V, n°700.

présomption irréfragable de représentativité⁷⁶², et donc non susceptible de preuve contraire, pour la désignation des délégués syndicaux⁷⁶³. Les unions syndicales bénéficiant de la même capacité civile que les syndicats eux-mêmes, une union locale, affiliée à une organisation représentative sur le plan national, était représentative dans l'entreprise et pouvait donc y désigner un délégué syndical, à moins que ses statuts n'en disposent autrement⁷⁶⁴. Dans les entreprises de moins de cinquante salariés, les syndicats représentatifs pouvaient désigner un délégué du personnel, pour la durée de son mandat, comme délégué syndical⁷⁶⁵.

258. Le régime de la représentativité présumée assurait donc aux syndicats d'entreprise affiliés aux cinq confédérations nationales la faculté de pouvoir désigner un délégué syndical. Le mandat de celui-ci bénéficiait d'une certaine stabilité puisque la représentativité du syndicat qui le désignait n'était pas remise en cause régulièrement. Cette qualité ne pouvait en effet lui être retirée à moins qu'il change d'affiliation pour une confédération non présumée représentative. Le mandat du délégué syndical pouvait toutefois être remis en cause par la baisse de l'effectif de l'entreprise en-dessous de cinquante salariés. Les syndicats non affiliés aux cinq confédérations nationales présumées représentatives pouvaient quant à eux démontrer leur représentativité et nommer en conséquence un délégué syndical dont le mandat n'était pas remis en cause de manière récurrente. Qu'il soit désigné par un syndicat affilié ou non présumé représentatif, le Code du travail ne posait pas d'exigence particulière concernant le salarié nommé délégué syndical. Ce dernier n'avait pas de légitimité propre à démontrer.

259. En dépit des nombreux aspects négatifs du régime de la représentativité présumée, sa stabilité permettait de construire dans l'entreprise un dialogue social stable, entre des partenaires sociaux et interlocuteurs qui avaient l'habitude de travailler ensemble. Désormais, en conditionnant la qualité d'organisation représentative au critère de l'audience électorale, la loi du 20 août 2008 a fragilisé la qualité d'organisation syndicale représentative. Si la modification récurrente du paysage syndical dans l'entreprise provoqué par cette réforme y fragilise *in fine* le dialogue social, la remise en cause récurrente de la représentativité précarise de surcroît le mandat du délégué syndical.

⁷⁶² « Tout syndicat affilié à une organisation représentative sur le plan national est considéré comme représentatif dans l'entreprise pour l'application du chapitre du code du travail concernant les délégués du personnel. » (Cass., soc. 07 juillet 1983, nos 83-60025, 83-60026, 83-60028, 83-60029).

⁷⁶³ Cass. soc., 16 novembre 1999, n°98-60.347, Bull. civ. V, n° 442 ; Cass. soc., 16 mars 1978, n°77-60.690, Bull. civ. V, n°211.

⁷⁶⁴ Cass. soc., 4 février 2004, n°02-60.066, Bull. civ. V, n°39.

⁷⁶⁵ C. trav., art. L. 412-11 al. 4.

B. La remise en cause périodique du mandat du délégué syndical

260. Indépendamment du cas de départ de l'entreprise, avant l'intervention du 20 août 2008, le mandat de délégué syndical ne pouvait prendre fin qu'à la suite d'une décision de l'organisation syndicale auteure de la désignation⁷⁶⁶, ou soit par le salarié lui-même restant libre de démissionner de son mandat⁷⁶⁷. Le délégué syndical était par ailleurs susceptible de perdre son mandat lorsque l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement était devenu inférieur à cinquante salariés⁷⁶⁸, mais en dépit de ces limitations, celui-ci n'était pas limité dans le temps. En conditionnant la faculté de désigner un délégué syndical au critère d'audience électorale, la loi a mécaniquement limité la durée du mandat de délégué syndical au cycle électoral. Elle a rajouté en outre une condition tenant à la légitimité personnelle du salarié désigné.

261. La loi du 20 août 2008 a bouleversé le droit de la représentativité syndicale en mettant fin à la présomption irréfragable des cinq grandes centrales syndicales et en élaborant de nouveaux critères de représentativité énoncés à l'article L. 2121-1 du Code du travail, adaptés aux différents niveaux de négociation (entreprise, branche, national interprofessionnel). Elle a pris notamment en compte l'audience électorale⁷⁶⁹ qui, dans l'entreprise, est fixée à au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants⁷⁷⁰. Si le critère de l'audience électorale est essentiel pour apprécier la représentativité d'un syndicat dans l'entreprise, il n'est pas le seul, encore faut-il en effet que le syndicat couvre le champ professionnel et géographique de l'entreprise⁷⁷¹. Ainsi, la Cour de cassation a considéré comme fondée la contestation d'un employeur portant sur la désignation d'un délégué syndical prétendant que l'union qui avait présenté les candidats aux élections et désigné le délégué syndical ne couvrait pas le champ professionnel de l'entreprise⁷⁷². En l'espèce, le fait que l'employeur n'ait pas contesté la capacité du syndicat à présenter des candidats au premier tour des élections n'empêchait pas la contestation de la représentativité de ce syndicat lors de la désignation du délégué syndical.

⁷⁶⁶ Cass. soc., 2 octobre 2003, n°02-60.562 ; Cass. soc., 8 décembre 2004, n°03-60.445.

⁷⁶⁷ Cass. soc., 9 juillet 2014, n°12-29.438, Bull. civ. V, n°190, *JSL*, n°373-13.

⁷⁶⁸ C. trav., art. L. 2143-11.

⁷⁶⁹ C. trav., art. L. 2121-1.

⁷⁷⁰ C. trav., art. L. 2122-1

⁷⁷¹ C. trav., art. L. 2121-1.

⁷⁷² Cass. soc., 26 juin 2013, n°12-21.766, Bull. civ. V, n°173.

262. La loi du 20 août 2008 a en outre rajouté des exigences propres au salarié nommé par le syndicat représentatif. Ce dernier doit désigner un délégué syndical parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli à titre personnel et dans leur collège au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants⁷⁷³. Concernant le seuil de 10 % des voix obtenues par un syndicat pour la désignation d'un délégué syndical d'établissement, il s'apprécie au niveau de l'établissement concerné et non au niveau de l'entreprise⁷⁷⁴. En cas de constitution d'une liste commune à plusieurs syndicats, si la liste obtient plus de 10 % des suffrages exprimés, mais qu'aucun des syndicats participant à cette liste n'atteint ce résultat, ils ne peuvent désigner qu'un seul délégué syndical commun aux divers syndicats de la liste⁷⁷⁵. Cette exigence de l'audience électorale oblige le syndicat à participer aux élections. Si un syndicat n'a pas participé à l'élection ayant marqué le début de ce cycle, alors il ne peut être représentatif et ne peut pas désigner de délégué syndical⁷⁷⁶. De plus, la durée maximale du mandat syndical correspond à celle du cycle de l'élection professionnelle. En conséquence, le mandat de délégué syndical prend automatiquement fin, au plus tard, lors du premier tour des élections de l'instance représentative du personnel renouvelant l'institution dont l'élection avait permis de reconnaître la représentativité de l'organisation syndicale l'ayant désigné⁷⁷⁷. Le mandat ne peut donc excéder quatre ans⁷⁷⁸.

263. La Cour de cassation est venue confirmer les exigences du Code du travail dans la mesure où elle a posé comme principe que le mandat de délégué syndical prenait « *fin lors du renouvellement des institutions représentatives dans l'entreprise* »⁷⁷⁹. Ainsi, depuis la loi du 20 août 2008, le mandat du délégué syndical est remis en cause à chaque échéance électorale lorsque le syndicat qui l'a désigné a réalisé une audience inférieure à 10 % des suffrages aux élections professionnelles et n'est donc plus représentatif ou bien lorsque, en tant que candidat aux élections, le délégué syndical a obtenu moins de 10 % de suffrages sur son nom aux élections professionnelles. En somme, le mandat prend fin automatiquement avec les élections renouvelant les institutions représentatives du personnel. Si après les élections le syndicat est toujours représentatif, il peut nommer à nouveau un délégué syndical quand bien même celui qui était en

⁷⁷³ C. trav., art. L. 2143-3.

⁷⁷⁴ Cass. soc., 14 décembre 2010, n°10-14.751, Bull. civ. V, n°291, *JSL*, n°293-11.

⁷⁷⁵ Cass. soc., 14 janvier 2014, n°12-28.929, Bull. civ. V, n°11, *JSL*, n°361-11.

⁷⁷⁶ Cass. soc., 4 juillet 2018, n°17-20.710, P+B.

⁷⁷⁷ C. trav., art. L. 2143-11.

⁷⁷⁸ Cass. soc., 22 septembre 2010, n° 09-60.435.

⁷⁷⁹ Cass. soc., 31 janvier 2012, n°10-25.429, Bull. civ. V, n°39, *JSL*, n°318-9.

place avant les élections remplit toujours les conditions pour être délégué syndical. Cette nouvelle nomination fait courir un nouveau délai de contestation. La circulaire ministérielle du 27 juillet 2011 a repris cette position⁷⁸⁰.

264. La durée du cycle électoral s'applique, par analogie, à la durée du mandat du représentant de section syndicale. Ce mandat est attribué pour la durée restant à courir avant les prochaines élections professionnelles. La désignation par le syndicat non représentatif d'un représentant de la section syndicale produit ses effets jusqu'aux prochaines élections et ne peut en conséquence excéder quatre ans⁷⁸¹. À l'issue de ces prochaines élections, si l'audience électorale du syndicat ayant désigné le représentant de la section syndicale atteint les 10 % des suffrages exprimés, le syndicat acquiert alors la qualité de syndicat représentatif et le mandat de représentant de section syndicale n'a plus de raison d'être puisque le syndicat peut désigner un délégué syndical. La représentativité fait automatiquement perdre au syndicat le droit de se doter d'un représentant de la section syndicale puisque cette prérogative est réservée aux organisations syndicales non représentatives. Si le syndicat n'est pas reconnu représentatif à l'issue de ces élections, le mandat de représentant de la section syndicale prend également fin. Il n'est en effet pas possible de cumuler deux mandats consécutifs. Ainsi, lorsque un salarié perd son mandat à l'issue d'élections professionnelles n'ayant pas donné lieu à la reconnaissance de la représentativité de son syndicat, celui-ci ne peut pas être désigné à nouveau comme représentant au titre d'une section jusqu'aux six derniers mois précédant la date des élections professionnelles suivantes dans l'entreprise⁷⁸². Ce même syndicat peut en revanche désigner un autre salarié en qualité de représentant de la section syndicale sans attendre ce délai. Toutefois, l'interdiction de désigner à nouveau le même salarié en tant que représentant de la section syndicale après un échec aux élections professionnelles n'est pas opposable au syndicat dès lors que le périmètre électoral a été modifié⁷⁸³ entre les deux élections professionnelles⁷⁸⁴. Dans un tel cas, la désignation immédiate du même salarié est donc permise.

265. La Cour de cassation a toutefois protégé le mandat du délégué syndical en considérant que l'annulation de l'élection ayant permis à un syndicat d'être reconnu représentatif

⁷⁸⁰ Circ. min., DGT n°6, 27 juillet 2011.

⁷⁸¹ C. trav., art. L. 2142-1-1.

⁷⁸² C. trav., art. L. 2142-1-1.

⁷⁸³ Il importe peu que le périmètre sur lequel s'exerce le mandat du représentant de la section syndicale, qui peut être plus restreint que le périmètre électoral, soit resté identique. Seule la modification du périmètre électoral doit être prise en compte (Cass. soc., 6 janvier 2016, n°15-60.138).

⁷⁸⁴ Cass. soc., 25 septembre 2013, n°12-26.612.

dans l'entreprise, après que celui-ci ait désigné un délégué syndical, n'a pas pour effet de rendre irrégulière la désignation de ce dernier par ce syndicat. Pour la Cour de cassation, la conséquence de cette annulation de l'élection est seulement de mettre un terme au mandat du délégué syndical lors des nouvelles élections⁷⁸⁵. L'annulation de l'élection professionnelle n'a donc pas d'effet rétroactif sur les désignations faites par les syndicats.

266. La fragilisation de la qualité d'organisation représentative a également pour conséquence la baisse du nombre de mandats de délégués syndicaux dans l'entreprise.

Section 2. La baisse du nombre de mandats de délégués syndicaux dans l'entreprise

267. La baisse du nombre de mandats de délégués syndicaux dans l'entreprise est multifactorielle. L'évitement des seuils d'effectif, évoqué ci-dessus, a déjà un impact conséquent sur cette chute. Le Code du travail fixe la nomination des délégués syndicaux en fonction de l'effectif de l'entreprise qui doit être au minimum de cinquante salariés dans l'entreprise, à moins qu'un accord d'entreprise ne prévoit des dispositions plus favorables. Au-delà de cinquante salariés, l'article R. 2143-2 du Code du travail fixe le nombre des délégués syndicaux de la façon suivante :

- « 1° De 50 à 999 salariés : 1 délégué ;
- 2° De 1 000 à 1 999 salariés : 2 délégués ;
- 3° De 2 000 à 3 999 salariés : 3 délégués ;
- 4° De 4 000 à 9 999 salariés : 4 délégués ;
- 5° Au-delà de 9 999 salariés : 5 délégués. »

268. En outre, dans les entreprises d'au moins cinq cent salariés, un syndicat représentatif qui a obtenu, lors des élections du CSE, à côté de ses élus dans le premier collège, au moins un élu dans le deuxième collège (maîtrise) ou dans le troisième collège (cadres) peut désigner un délégué syndical supplémentaire parmi ses adhérents appartenant à l'un ou l'autre de ces deux collèges⁷⁸⁶. Dans les entreprises d'au moins deux mille salariés comportant au moins deux établissements d'au moins cinquante salariés chacun, l'article L. 2143-5 du Code du travail dispose que chaque syndicat représentatif dans l'entreprise peut désigner un délégué syndical

⁷⁸⁵ Cass. soc., 11 mai 2016, n°15-60.171, P+B.

⁷⁸⁶ C. trav., art. L. 2143-4, al. 1.

central d'entreprise, distinct des délégués syndicaux d'établissement. Ce délégué syndical central est alors désigné par un syndicat qui a recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants, en additionnant les suffrages de l'ensemble des établissements compris dans ces entreprises⁷⁸⁷. Dans les entreprises de moins de deux mille salariés comportant au minimum deux établissements d'au moins cinquante salariés chacun, chaque syndicat représentatif peut désigner l'un de ses délégués syndicaux d'établissement en vue d'exercer également les fonctions de délégué syndical central d'entreprise⁷⁸⁸.

269. Il en va de même concernant la nomination du représentant de section syndicale qui ne peut avoir lieu que dans une entreprise ou un établissement d'au moins cinquante salariés⁷⁸⁹. Néanmoins, il ne peut être désigné qu'un seul RSS dans l'entreprise ou l'établissement. Au-dessous de cinquante salariés, un membre de la délégation du personnel au comité social et économique peut être désigné pour la durée de son mandat comme représentant de la section syndicale⁷⁹⁰ par un syndicat non représentatif. Un membre de cette même délégation peut être désigné comme délégué syndical par un syndicat représentatif⁷⁹¹. Néanmoins, encore faut-il dans ce cas que le seuil d'effectif requis pour l'élection du comité économique et social soit atteint. Le Code du travail exige, pour la mise en place de l'élection d'un CSE, que l'effectif de l'entreprise soit d'au moins onze salariés⁷⁹².

270. La diminution du nombre délégués syndicaux est aussi liée au conditionnement de la qualité d'organisation représentative à l'élection professionnelle et au durcissement des critères de nomination par la loi du 20 août 2008 (A). De plus, en calquant la cartographie syndicale sur celle des instances représentatives du personnel, cette réforme, risque d'amplifier la chute du nombre de délégués syndicaux dans l'entreprise (B).

⁷⁸⁷ L'ensemble des dispositions relatives au délégué syndical d'entreprise est applicable au délégué syndical central.

⁷⁸⁸ C. trav., art. L. 2143-5 al. 4.

⁷⁸⁹ C. trav., art. L. 2142-1-1.

⁷⁹⁰ C. trav., art. L. 2142-1-4.

⁷⁹¹ C. trav., art. L. 2143-6.

⁷⁹² C. trav., art. L. 2311-2.

A. Le durcissement des critères de désignation du délégué syndical

271. Classiquement, le droit du travail pose une séparation bien définie entre deux formes de représentation des salariés : la représentation syndicale et la représentation élue⁷⁹³. Les DS, représentant de section syndicale et représentants syndical au comité d'entreprise, au CHSCT et désormais au CSE représentent leur syndicat. La Cour de cassation n'hésite d'ailleurs pas à qualifier les DS de mandataires de leur syndicat au sens de l'article 1984 du Code civil⁷⁹⁴. La représentation syndicale est l'émanation du syndicat dans l'entreprise et un instrument de sauvegarde et de revendication des droits des salariés. Les représentants syndicaux bénéficient à ce titre d'une indépendance accentuée à l'égard de l'employeur. Les représentants du personnel⁷⁹⁵, quant à eux, défendent les intérêts de la collectivité des salariés à une échelle définie (établissement, site, entreprise, unité économique et sociale, groupe). Les syndicats sont exclus de la catégorie de ces « *institutions représentatives du personnel* »⁷⁹⁶. Ainsi, un avis du comité d'entreprise ne peut être exprimé que par ses membres et non par les organisations syndicales auxquelles ils appartiennent⁷⁹⁷. L'objet de ces représentants diffère. La fonction essentielle de négociation des conventions et accords collectifs relève en priorité de la compétence des syndicats, ces derniers ne disposant toutefois pas d'un monopole en la matière⁷⁹⁸. Néanmoins, l'étanchéité entre la représentation professionnelle et représentation syndicale n'est pas absolue. Elle laisse s'établir des connections qui ne jouent pas forcément en faveur des organisations syndicales.

272. Ces dernières n'ont accepté la coexistence avec les représentants élus qu'à la condition de pouvoir garder une certaine influence sur ces derniers. Cette mainmise est incarnée par le monopole des listes syndicales au premier tour des élections professionnelles ainsi que par la présence d'un représentant syndical au sein des comités d'entreprise et CHSCT (fusionnés à présent en CSE), servant de point d'ancrage aux syndicats dans l'entreprise. Les syndicats ont

⁷⁹³ J.-M. Verdier, « Sur les rapports entre la représentativité syndicale et la représentation élue du personnel dans l'entreprise », in *Tendances du droit du travail français : études offertes à G.-H. Camerlynck*, Paris, Dalloz, 1978, p. 263.

⁷⁹⁴ Cass. soc., 21 janvier 1987, *Dr. social*, 1987, p. 427, note J.-E. Ray.

⁷⁹⁵ Comité d'entreprise, délégués du personnel, comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, délégation unique du personnel, confondus depuis l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 (préc.) en un Conseil économique et social.

⁷⁹⁶ F. Petit, « Qu'est-ce qu'une institution représentative du personnel ? », *Dr. social*, 2002, p. 107.

⁷⁹⁷ Cass. soc., 5 décembre 2006, *Bull. civ. V*, n°371.

⁷⁹⁸ Cons. const., DC n°96-383 du 6 novembre 1996, préc., consid. n°8.

bénéficié d'une représentation autonome au sein de l'entreprise, par le biais des DS, avec la loi du 27 décembre 1968. Si le syndicat dispose d'une légitimité historique et de terrain, les institutions représentatives du personnel bénéficient quant à elles de la légitimité suprême reconnue au sein des démocraties libérales, à savoir l'élection par le vote⁷⁹⁹. Sous prétexte de vouloir faire bénéficier de cette légitimité démocratique aux organisations syndicales, la loi du 20 août 2008⁸⁰⁰ a ainsi bouleversé leur présence dans l'entreprise. Selon le droit antérieur, le nombre de délégués syndicaux était fixé en fonction du nombre de syndicats représentatifs, d'une part, et des éventuels établissements distincts composant l'entreprise, d'autre part⁸⁰¹. En conditionnant la représentativité syndicale dans l'entreprise à une certaine audience électorale, la désignation des DS a considérablement été complexifiée. La réforme prétendait confédérer aux organisations syndicales une légitimité dans l'entreprise assise sur l'audience électorale. Pourtant, en retour, ce surcroît de légitimité limite le nombre de DS⁸⁰² et affecte ainsi la présence syndicale dans l'entreprise.

273. La loi du 20 août 2008 subordonne la représentativité des organisations syndicales à une audience électorale établie en fonction des niveaux de négociation⁸⁰³. Dans l'entreprise ou l'établissement, les organisations syndicales doivent donc obtenir « *au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut de comité d'entreprise, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants* »⁸⁰⁴. Véritable « sésame » de la représentativité syndicale⁸⁰⁵, l'audience calculée pour la représentativité est principalement celle qui est obtenue au premier tour des élections du comité d'entreprise. Ce critère d'audience électorale est la condition nécessaire à la désignation dans l'entreprise ou l'établissement des DS puisqu'il assoit dorénavant leur légitimité individuelle, en plus de la représentativité des syndicats qui les mandatent⁸⁰⁶. Le délégué syndical doit ainsi être désigné par son syndicat représentatif uniquement « *parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés*

⁷⁹⁹ P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique, Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, Coll. « Les livres du nouveau monde », 2008, 367 pp.

⁸⁰⁰ Loi n°2008-789 du 20 août 2008, préc..

⁸⁰¹ C. trav., art. R. 2143-1 ancien.

⁸⁰² G. Béliet et H.-J. Legrand, *op. cit.*

⁸⁰³ C. trav., art. L. 2121-1 et suiv.

⁸⁰⁴ C. trav., art. L. 2122-1.

⁸⁰⁵ G. Béliet et H.-J. Legrand, *op. cit.*

⁸⁰⁶ G. Borenfreund, « Le vote et la représentation syndicale », in O. Leclerc, A. Lyon-Caen (dir.), *L'essor du vote dans les relations professionnelles*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2011, p. 9.

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 »⁸⁰⁷.

274. Cette condition n'est toutefois pas exigée si aucun des candidats présentés par l'organisation syndicale aux élections professionnelles n'a obtenu 10 % des suffrages exprimés ou s'il ne reste, dans l'entreprise ou l'établissement, plus aucun candidat aux élections professionnelles ayant obtenu 10 % des suffrages exprimés. Dans ce cas, 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'établissement⁸⁰⁸. La nomination et le mandat du délégué syndical dépendent donc d'une double condition tenant au syndicat représentatif ainsi qu'au salarié désigné.

275. Ces nouvelles conditions posées par la loi du 20 août 2008 sont de nature à faire diminuer de manière conséquente le nombre de délégués syndicaux au sein de l'entreprise. Cette diminution est alors multifactorielle⁸⁰⁹. Très simplement, il n'est pas impossible que les organisations syndicales ou leurs candidats n'atteignent pas dans certaines entreprises le seuil d'audience requis par la loi du 20 août 2008. Certains des syndicats représentatifs dans l'entreprise ou bien ceux en mesure d'établir leur représentativité dans l'entreprise peuvent en effet très bien ne pas franchir les seuils d'audience. Car si le pourcentage fixé par le législateur est seulement de « 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité social et économique »⁸¹⁰, il reste tout de même assez élevé pour inciter les organisations syndicales les moins fortes à se regrouper dans l'entreprise. Le franchissement de ce seuil semble d'ailleurs d'autant plus difficile que les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise sont nécessairement confrontées, lors du premier tour de scrutin des élections, à une forte compétition. Les syndicats représentatifs étant les seuls habilités à mandater des délégués syndicaux, la diminution du nombre de syndicats représentatifs a forcément pour conséquence de diminuer le nombre de délégués syndicaux dans l'entreprise.

276. En second lieu, la loi du 20 août 2008 contraint les DS à bénéficier d'une légitimité assise sur leur audience électorale propre, indépendamment de la représentativité de leur syndicat. Ce dernier, même représentatif, doit forcément nommer comme délégué syndical un candidat, présenté sous son nom, ayant recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés. Ce seuil de 10 %

⁸⁰⁷ C. trav., art. L. 2143-3.

⁸⁰⁸ C. trav., art. L. 2143-3 al. 2.

⁸⁰⁹ G. Bonlarron, « La loi du 20 août 2008 et sa jurisprudence la plus récente : une diminution programmée du nombre de délégués », *JSL*, 2011, n° 305, p. 9.

⁸¹⁰ C. trav., art. L. 2143-3.

dans le collège de candidature est contraignant. Un syndicat peut tout à fait acquérir la qualité d'organisation représentative par son audience électorale dans l'entreprise sans que le DS qu'elle a présenté ou envisagé de reconduire ne franchisse le seuil de 10 % des suffrages exprimés. La situation inverse est également possible. Un DS peut personnellement franchir 10 % des suffrages exprimés alors que son syndicat n'atteint pas une audience électorale suffisante. Dans ces deux situations, le mandat du délégué syndical ne peut être renouvelé à l'issue des élections. Cette règle est d'autant plus stricte que les seuils d'audience électorale ne peuvent être aménagés par accord d'entreprise. Assez logiquement, la Haute Cour a en effet précisé que la règle du seuil de 10 % d'audience électorale requis pour établir la représentativité d'un syndicat était d'ordre public absolu et ne pouvait être abaissé par accord collectif ou par décision unilatérale de l'employeur⁸¹¹. Il en va d'ailleurs de même s'agissant du seuil applicable au délégué syndical sur son nom propre.

277. Enfin, la Cour de cassation a consacré, au détriment des syndicats, le principe de l'extinction « *automatique* » des mandats des délégués syndicaux au jour des élections professionnelles renouvelées. Si la jurisprudence de la Cour de cassation a traditionnellement participé et favorisé le développement du nombre de représentants syndicaux, elle contribue désormais à encourager la diminution très nette de leur nombre dans les entreprises ou les établissements. Selon la loi du 20 août 2008, le maintien du mandat du DS est conditionné aux résultats électoraux du syndicat et du DS. En d'autres termes, à défaut d'audience électorale suffisante de ces derniers, le mandat du DS devient caduc de plein droit⁸¹². Dans l'hypothèse où l'organisation syndicale reste représentative et que son DS obtient au moins 10 %, la loi n'impose pas au syndicat de désigner à nouveau son DS ou encore de le confirmer dans son mandat suite aux élections. Au contraire, les mandats des DS continuent dans l'entreprise à l'issue des élections : « *Après les élections, ces délégués syndicaux [des syndicats représentatifs] conservent leurs mandats et leurs prérogatives dès lors que l'ensemble des conditions prévues aux articles L. 2143-3 et L. 2143-6 du Code du travail dans leur rédaction issue de la présente loi sont réunies* »⁸¹³.

278. La Cour de cassation a toutefois jugé dans un arrêt du 22 septembre 2010 que le mandat de DS cessait nécessairement lors du renouvellement des institutions représentatives du personnel, quand bien même le syndicat bénéficierait de l'audience électorale nécessaire⁸¹⁴.

⁸¹¹ Cass. soc., 18 mai 2011, n°10-60.406, *JSL* n°302-4.

⁸¹² C. trav., art. L. 2143-11 : le mandat de DS prend fin lorsque l'ensemble des conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2143-3 cessent d'être réunies. Confirmé par la circulaire du 13 novembre 2008.

⁸¹³ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008, préc., art. 13.

⁸¹⁴ Cass. soc., 22 septembre 2010, n° 09-60.435, Bull. civ. V, n° 188 : « *Mais attendu que le mandat de délégué syndical prenant fin lors du renouvellement des institutions représentatives dans l'entreprise, la désignation, à l'issue*

L'arrêt semble avoir été rendu dans le souci d'aligner la jurisprudence sur les solutions adoptées en matière de représentants syndicaux aux comités d'entreprise ou d'établissement⁸¹⁵. Cette solution a été qualifiée de « *dévastatrice* » par les organisations syndicales qui ont souligné « *un excès de zèle* » de la Cour de cassation dans l'application de la loi du 20 août 2008, jugée liberticide⁸¹⁶. La position de la Cour de cassation a en effet été audacieuse puisqu'elle a consacré l'existence d'un mandat de « *DS à durée déterminée* »⁸¹⁷. Désormais, le mandat de DS cesse, outre par les événements traditionnels (démission, retrait du mandat ou rupture du contrat de travail), au jour du renouvellement des instances représentatives du personnel dans l'entreprise ou l'établissement, et ce de manière automatique, peu important que l'organisation syndicale soit représentative. En conséquence, les syndicats sont désormais obligés de désigner une nouvelle fois leurs représentants syndicaux d'après les exigences de l'article L. 2143-7 du Code du travail sous peine de voir leurs mandats annulés à cause de l'insuffisance d'audience électorale des organisations syndicales ou des personnes mandatées comme DS. Si le syndicat est toujours représentatif après les élections, il doit nommer un DS quand bien même celui qui était en place avant les élections remplit toujours les conditions. Cette position a d'ailleurs été reprise dans la circulaire ministérielle du 27 juillet 2011⁸¹⁸. Le syndicat doit donc renouveler de manière formelle le mandat du délégué syndical suite aux élections, s'il ne le fait pas, la validité des accords que signerait ce délégué syndical pourrait être remise en cause⁸¹⁹. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Versailles a invalidé un plan de sauvegarde de l'emploi négocié et signé par des délégués

de ces nouvelles élections, d'un délégué syndical, fait courir à compter de la date de cette désignation le délai prévu par l'article R. 2324-24 du Code du travail même si le salarié désigné exerçait déjà cette mission avant le nouveau scrutin ».

⁸¹⁵ Cass. soc., 10 mars 2010, n°09-60.347.

⁸¹⁶ <http://unionlocalecgt-folesulis.hautetfort.com/archive/2010/10/13/le-delegue-syndicalperd-son-mandat-a-chaque-election.html> [consulté le 12 mai 2018].

⁸¹⁷ G. Bonlarron, préc.

⁸¹⁸ Circ. min., DGT n° 6, 27 juillet 2011.

⁸¹⁹ CAA Versailles, 30 septembre 2014, n° 14VE02167 : « *qu'en l'absence de production de nouvelles désignations à la suite des dernières élections, les mandats de ces délégués syndicaux doivent être regardés comme ayant expiré à la date de tenue de ces élections, que par suite l'accord du 14 janvier 2014, et son avenant du 17 février 2014, n'ont pas été valablement signés par le syndicat CFTC et n'ont dès lors pas été signés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés, faute pour la Fédération chimie énergie FCE CFDT d'obtenir à elle seule ce niveau de suffrages exprimés ; que, par voie de conséquence, le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi d'Ile-de-France, en validant un accord qui n'était pas conforme aux dispositions de l'article L. 1233-24-1 du code du travail, a méconnu les dispositions de l'article L. 1233-57-2 du même code ».*

syndicaux dont le mandat n'avait pas été expressément renouvelé après les précédentes élections professionnelles dans l'entreprise⁸²⁰.

279. La loi du 5 mars 2014⁸²¹ a d'ailleurs modifié l'article L. 2143-11 du Code du travail afin d'y intégrer cette position jurisprudentielle. Il prévoit désormais que le mandat du DS cesse au plus tard lors du premier tour des élections de l'instance représentative du personnel renouvelant l'institution dont l'élection avait permis de reconnaître la représentativité du syndicat ayant procédé à sa désignation. La nouvelle désignation fait courir à nouveau le délai de contestation de quinze jours⁸²². Le cabinet d'avocats au sein duquel cette thèse CIFRE a été réalisée conseillait aux syndicats d'entreprise clients de s'assurer, à la nouvelle désignation du DS, que toutes les conditions de fond comme de forme soient réunies (audience, information de l'employeur, affichage, copie à l'inspection du travail), puisque la contestation de son mandat est alors de nouveau possible.

280. Par la réforme du 20 août 2008, le législateur s'est un peu plus immiscé dans l'organisation des syndicats en conditionnant à des critères drastiques la nomination de DS, désormais rythmée par le calendrier électoral. Elle permet en outre aux employeurs d'entreprises dotées d'institutions représentatives du personnel d'exercer un contrôle renforcé et régulier de l'existence des représentants des organisations syndicales. Le nouveau mode de désignation du DS a d'ailleurs été considéré comme contraire à l'article 3 de la Convention n°87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical par le Comité des libertés syndicales du BIT⁸²³. À ce titre, il a été conseillé aux employeurs à l'issue des élections professionnelles, de prendre acte auprès de chaque organisation syndicale et DS de la fin de leur mandat et de leur indiquer selon les résultats si elles peuvent désigner à nouveau un DS⁸²⁴. Un grand nombre de mandats syndicaux au sein d'entreprises et d'établissements qui bénéficient d'une légitimité historique et de terrain sont désormais considérés illicites selon la nouvelle théorie de l'extinction automatique des mandats, dégagée par la Cour de cassation. Ces mandats peuvent toutefois renaître à certaines

⁸²⁰ *Ibid.*

⁸²¹ Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.

⁸²² Cass. soc., 12 juin 2013, n°12-19575.

⁸²³ Rapport du Comité de la liberté syndicale n°377, GB.326/INS/12, cas n°2750, § 33 : « *en conformité avec l'article 3 de la convention n°87, la désignation et la durée du mandat du représentant d'une section syndicale devraient découler du libre choix du syndicat concerné et conformément à ses statuts. Le comité avait ainsi conclu qu'il revient au syndicat de déterminer la personne la plus à même de le représenter au sein de l'entreprise et de défendre ses membres dans leurs réclamations individuelles, même lorsque cette dernière n'a pas recueilli 10 pour cent des suffrages lors des élections sociales* ».

⁸²⁴ G. Bonlarron, préc.

conditions et à défaut de contestation dans la période immédiatement postérieure au renouvellement des institutions représentatives. Dans l'hypothèse où un DS se prévaut d'une prérogative prévue par la loi en cette qualité - par exemple le crédit d'heures ou la participation à la négociation annuelle obligatoire - l'employeur peut saisir immédiatement le Tribunal d'Instance aux fins de faire constater la disparition antérieure du mandat.

281. La baisse du nombre de DS provoquée par les nouvelles conditions de désignation est renforcée par l'alignement de la cartographie syndicale dans l'entreprise sur celle des instances représentatives du personnel.

B. La confusion du périmètre de la désignation du délégué syndical avec celui de la mise en place des instances représentatives du personnel

282. En conditionnant la représentativité au critère de l'audience électorale, la loi du 20 août 2008 a contribué à redéfinir le périmètre de principe de la représentation syndicale sur celui de l'institution représentative du personnel, plus restreint (1). Afin de permettre une désignation des délégués syndicaux au plus près des salariés, la loi du 5 mars 2014 a timidement rétabli la distinction entre ces deux cartographies (2).

1. Conséquence directe de la loi du 20 août 2008

283. En conditionnant la représentativité au critère de l'audience électorale, le périmètre de principe de la représentation syndicale est devenu celui de l'institution représentative du personnel, pour les entreprises qui en sont dotées. Selon le droit antérieur à la réforme du 20 août 2008, le nombre de délégués syndicaux était fixé directement en fonction du nombre d'organisations syndicales représentatives ainsi qu'en fonction du nombre d'établissements distincts composant l'entreprise⁸²⁵. Chaque syndicat représentatif disposant d'une section syndicale pouvait ainsi désigner librement un ou plusieurs délégués syndicaux pour le représenter au sein de l'entreprise « *dans les établissements de cinquante salariés ou plus* », sans toute autre condition⁸²⁶. Le nombre d'établissements distincts était en outre important puisque sa notion était définie de manière large s'agissant de la détermination du périmètre de désignation du DS d'établissement. La Cour de cassation autorisait en effet la désignation d'un DS dans les

⁸²⁵ Loi n°68-1179 du 27 décembre 1968, préc., art. 9, Titre II.

⁸²⁶ C. trav., art. L. 412-11 ancien.

établissements dépourvus de section syndicale. La Haute Cour considérerait que la seule désignation d'un DS était à même d'établir l'existence d'une section syndicale⁸²⁷.

284. La Cour autorisait également une telle désignation dans un établissement, qualifié de distinct, sur lequel étaient absents l'employeur ou un de ses représentants ayant une délégation de pouvoir⁸²⁸. La Haute juridiction faisait abstraction de la finalité du DS de représentant du syndicat auprès de l'employeur et reconnaissait le caractère d'établissement distinct à « *tout regroupement d'au moins 50 salariés, constituant une communauté de travail qui dispose d'intérêts propres susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur, peu important que celui-ci ait le pouvoir de se prononcer sur ces revendications, ni même qu'il détiennent une délégation « RH » ou encore qu'il soit présent de façon permanente sur place* »⁸²⁹. Cette largesse de la part de la Cour a été à l'origine d'une multiplication des reconnaissances d'établissements distincts et *de facto* d'un accroissement du nombre de délégués syndicaux correspondant.

285. La loi du 20 août 2008 a nettement remis en cause cette construction jurisprudentielle. L'établissement distinct qui servait de périmètre de principe pour la détermination de la représentation syndicale a été abandonné au profit au profit des périmètres de l'instance représentative du personnel. Encore faut-il que l'entreprise en soit dotée. La circulaire du 13 novembre 2008⁸³⁰ et la Cour de cassation sont venues préciser la portée de ces dispositions nouvelles dans les entreprises dotées d'une pluralité d'établissements distincts. Si l'entreprise est dotée d'un comité d'entreprise unique mais composée de plusieurs établissements distincts, ce sont les élections du comité d'entreprise qui tiennent lieu de périmètre pour déterminer la représentativité des syndicats dans l'entreprise et l'ensemble des établissements. En bref, si l'entreprise est composée de plusieurs établissements distincts, chacun doté d'un comité d'établissement, la représentativité syndicale au niveau des comités d'établissement sera conditionnée aux résultats des élections des comités d'établissements.

286. Dès 2010, la Chambre sociale, veillant à une application stricte des nouvelles dispositions législatives, a calqué la désignation du DS sur le périmètre du comité d'établissement⁸³¹. La Haute juridiction a ainsi pu considérer que « *la reconnaissance d'un établissement distinct pour la mise en place d'un comité d'établissement permet nécessairement la*

⁸²⁷ Cass. soc., 27 mai 1997, n°96-60.239.

⁸²⁸ Cass. soc., 2 octobre 2001, n°00-60.170.

⁸²⁹ Cass. soc., 29 octobre 2003, n°02-60.836.

⁸³⁰ Circulaire DGT n°20 du 13 novembre 2008 relative à la Loi n°2008-789 du 20 août 2008, préc.

⁸³¹ Cass. soc., 10 novembre 2010, n°10-60.104.

désignation d'un délégué syndical dans ce même périmètre ». En 2011⁸³², la Chambre sociale a même affirmé que « *sauf accord collectif en disposant autrement, le périmètre de désignation des délégués syndicaux est le même que celui retenu, lors des dernières élections, pour la mise en place du comité d'entreprise ou d'établissement.* » En l'espèce, un syndicat avait notifié la désignation d'un salarié en qualité de DS sur un établissement donné, l'employeur avait alors invoqué le protocole préélectoral conclu pour l'élection des membres du comité d'entreprise pour contester la désignation du DS sur un périmètre électoral différent. Selon le Tribunal d'instance, l'élection devait être reconnue comme valide au motif que la notion d'établissement distinct était relative et fonctionnelle et répondait à une définition et des règles de reconnaissance différentes. Selon le juge du fond, elle relevait de compétences distinctes selon l'institution représentative concernée. Le seul fait qu'il existe un comité d'établissement unique ne permettant pas *in fine* d'interdire aux organisations syndicales de désigner des DS dans un autre cadre. Aussi convaincante soit-elle, cette analyse a néanmoins été rejetée par la Cour de cassation. Celle-ci a effectivement cassé le jugement en estimant qu'ayant occulté « *l'existence d'un accord collectif prévoyant un périmètre plus restreint pour la désignation de délégués syndicaux* », le Tribunal d'instance avait méconnu le nouveau régime applicable.

287. Avant la réforme de 2008, le site en cause aurait disposé des qualités requises pour être qualifié d'établissement distinct puisqu'il s'agissait d'« *un regroupement d'au moins 50 salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques* ». La désignation d'un DS par un syndicat y aurait été, selon le droit en vigueur, largement fondée. Selon les dispositions de la loi du 20 août 2008, faute de caractériser un établissement distinct de nature à y constituer un comité d'établissement, le site en question avait perdu le bénéfice d'une représentation syndicale autonome. Cet arrêt illustre bien, alors, l'incidence de la réforme du 20 août 2008 sur le nombre de délégués syndicaux susceptibles d'être désignés dans les établissements.

288. Revenant sur sa position, la Cour est tout de même venue préciser que l'accord prévoyant un périmètre plus restreint pour la désignation de délégués syndicaux était valide même s'il a été conclu avant l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008⁸³³. Elle a toutefois ajouté que le périmètre retenu par l'accord pour la désignation du délégué syndical doit constituer un établissement distinct⁸³⁴.

⁸³² Cass. soc., 18 mai 2011, n°10-60.383, *JSL*, n°302-12.

⁸³³ Cass. soc., 10 mai 2012, n°11-21.388, *Bull. civ. V*, n°144 ; Cass. soc., 14 novembre 2012, n°11-27.490, *Bull. civ. V*, n°292.

⁸³⁴ Cass. soc., 14 novembre 2012, n°11-25.433, *Bull. civ. V*, n°290.

289. En définitive, la jurisprudence de la Cour de cassation a donc confirmé l'abandon du principe de ladite relativité de la notion d'établissement d'après laquelle la définition jurisprudentielle de l'établissement distinct variait selon qu'il s'agisse de la mise en place de DS, de comités d'établissement ou de délégués du personnel. Antérieurement, la jurisprudence offrait deux définitions différentes de l'établissement distinct selon l'institution à élire ou désigner, elle dissociait représentant syndical et représentant du personnel. Si bien que l'établissement à prendre en considération pour la désignation du DS n'était pas nécessairement celui dans lequel était constitué le comité d'établissement. La position de la Cour de cassation s'est donc inscrite dans la continuité de la loi du 20 août 2008⁸³⁵ qui fonde la légitimité du DS sur son audience électorale lors de l'élection professionnelle. Un DS doit être désigné dans le périmètre du comité d'établissement où il a recueilli sur sa personne au moins 10 % des voix aux dernières élections des membres du comité d'établissement. Il ne peut pas être désigné dans un autre établissement dans lequel son syndicat dispose d'autres candidats qui ont satisfait à la condition de suffrages exprimés⁸³⁶. En remettant en cause la relativité de la notion d'établissement distinct, la loi du 20 août 2008 a donc calqué le périmètre de la désignation du DS sur celui des IRP, ce qui entraîne mécaniquement une chute du nombre de délégués syndicaux désignés par les organisations syndicales représentatives au sein de l'entreprise.

290. Par analogie, il doit être précisé que cette cartographie syndicale, calquée sur celle des instances représentatives du personnel, vaut pour la nomination par les syndicats non représentatifs d'un représentant de section syndicale d'entreprise au sein de l'entreprise ou de l'établissement⁸³⁷. La Cour de cassation considère en effet que le cadre de la désignation du représentant de la section syndicale est nécessairement le même que celui servant à la désignation du délégué syndical⁸³⁸. Les effets de la loi du 20 août 2008 n'opèrent cependant pas de baisse du nombre des représentants de sections syndicales puisque ce nouvel acteur a été institué par cette réforme.

⁸³⁵ http://www.orseu.com/irp/impr_contenu_49.html [consulté le 13 juin 2019].

⁸³⁶ Cass. soc., 3 novembre 2016, n°15-60.203, arrêt n°1961 FS-P+B+R+I, obs. M. Patin, « *La légitimité démocratique d'un délégué syndical est par principe attachée à son établissement de suffrages* », *JSL*, N°421, 21 décembre 2016.

⁸³⁷ C. trav., art. L. 2142-1-1.

⁸³⁸ Cass. soc., 14 décembre 2010, n°10-60.221, Bull. civ. V, n°292.

2. *Le timide rétablissement du double périmètre de représentation par la loi du 5 mars 2014*

291. La loi du 5 mars 2014⁸³⁹ est venue assouplir la jurisprudence de la Cour de cassation remettant en cause le principe de ladite relativité de la notion d'établissement. La loi a en effet donné une base légale à la désignation d'un délégué syndical dans le cadre d'un périmètre différent de celui du comité d'entreprise ou d'établissement, en modifiant l'article L. 2143-3 du Code du travail. L'alinéa 4 de cet article prévoit désormais que la désignation d'un délégué syndical peut intervenir au sein d'un établissement regroupant des « *salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques* ». L'exposé des motifs de la loi du 5 mars 2014 précisait sur ce point que la réforme devait permettre la désignation d'un délégué syndical sur un périmètre différent de celui dans lequel l'élection des membres du comité d'entreprise ou d'établissement est organisée et où se fonde la représentativité afin de « *permettre la désignation des délégués syndicaux au plus près des salariés* »⁸⁴⁰.

292. Ainsi, un accord antérieur à la loi du 5 mars 2014 prévoyant un périmètre de désignation identique ne peut s'appliquer, peu important qu'il ait été dénoncé ou non⁸⁴¹. Cette disposition, épargnée par l'ordonnance 22 septembre 2017⁸⁴² puis la loi de ratification du 29 mars 2018⁸⁴³, ne précise cependant pas si le représentant de l'employeur doit ou non bénéficier d'une « *délégation RH* », s'il doit être ou non présent de façon permanente ou s'il doit encore pouvoir répondre aux revendications adressées par les organisations syndicales.

293. S'agissant du périmètre de désignation des délégués syndicaux, un premier arrêt de la Cour de cassation en date du 18 janvier 2017⁸⁴⁴ a semé le trouble. Dans cette espèce, une société contestait la désignation d'un délégué syndical intervenue au sein de l'un de ses établissements, en faisant notamment valoir que le syndicat n'était pas représentatif au sein de cet établissement dans lequel il avait obtenu moins de 10 % des voix aux dernières élections professionnelles. Le Tribunal d'instance avait débouté la demanderesse aux motifs que l'article L.

⁸³⁹ Loi n°2014-288 du 5 mars 2014.

⁸⁴⁰ Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, exposé des motifs.

⁸⁴¹ Cass. soc., 31 mai 2016, n°15-21.175, P+B.

⁸⁴² Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017, préc.

⁸⁴³ Loi n°2018-217 du 29 mars 2018, préc., art. 6 (V).

⁸⁴⁴ Cass. soc., 18 janvier 2017, n°16-12.475.

2143-3 du Code du travail, issu de la loi du 5 mars 2014, avait conformément répondu aux souhaits des organisations syndicales de salariés par l'institution d'un périmètre rétréci et d'une désignation élargie, pour contrecarrer les effets négatifs du principe de représentativité ascendante issu de la loi du 20 août 2008. Selon le Tribunal, la loi permettait au syndicat représentatif dans l'entreprise qui avait présenté des candidats aux élections professionnelles de désigner un délégué syndical d'établissement choisi parmi les candidats ou à défaut parmi ses adhérents sans que l'absence de représentativité du syndicat au sein de l'établissement puisse lui être opposée. Le principe de concordance entre le périmètre de désignation du délégué syndical et le périmètre d'appréciation de la représentativité, celle de l'institution représentative du personnel, avait été écarté par le 4ème alinéa de l'article L. 2143-3 du Code du travail. La Cour de cassation a toutefois censuré le raisonnement du juge du fond, en considérant que *« l'article L. 2143-3 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi n°2014-288 du 5 mars 2014 prévoit que seules peuvent désigner un délégué syndical les organisations syndicales qui ont recueilli, dans le périmètre du comité d'entreprise ou d'établissement, au moins 10 % des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles ; qu'il en résulte qu'un syndicat représentatif au niveau de l'entreprise ne peut désigner un délégué syndical au sein d'un établissement dans lequel il n'est pas représentatif »*.

294. Confrontée à une espèce différente, mais semblable, la Cour de cassation a semblé opter pour une ligne similaire en 2018⁸⁴⁵. Si, d'après la loi du 5 mars 2014, le périmètre de désignation du délégué syndical ne correspond plus forcément à celui du comité d'établissement, la désignation de délégués syndicaux d'établissement, alors même que lesdits établissements sont dépourvus de comité d'établissement, s'avère toutefois compliquée. En l'espèce, dans une entreprise du BTP, un syndicat avait procédé à la désignation de délégués syndicaux d'établissement et d'un délégué syndical central, alors que l'entreprise était dépourvue de comités d'établissement. Un seul comité d'entreprise avait par ailleurs été institué. Dans ces conditions, le protocole d'accord préélectoral relatif aux élections des délégués du personnel avait prévu l'institution de cinq établissements distincts, ce qui a permis au syndicat la désignation des délégués syndicaux conformément à l'article L. 2143-3 du Code du travail issu de la loi du 5 mars 2014.

295. L'employeur a toutefois demandé l'annulation de la désignation puisque, nonobstant l'institution de cinq établissements par le protocole d'accord préélectoral, l'entreprise ne possédait qu'un seul comité d'entreprise. Invoquant l'accord collectif et le principe de la liberté syndicale, le syndicat a répondu qu'il pouvait désigner un délégué syndical sur un périmètre plus

⁸⁴⁵ Cass., soc. 24 janvier 2018, n°17-13.621.

restreint que celui retenu pour l'élection du comité d'entreprise, à savoir celui retenu pour les délégués du personnel. La Cour de cassation a considéré qu'en l'absence de comités d'établissement et de comité central d'entreprise, il incombait à l'organisation syndicale de démontrer l'existence d'une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques. Selon la Haute juridiction, le seul fait que des délégués du personnel existent sur ce périmètre n'est pas suffisant⁸⁴⁶.

296. En définitive, d'après ces arrêts, il semblerait que pour nommer un délégué syndical d'établissement, les conditions soient très restrictives. Il faut ainsi d'une part qu'un comité d'établissement existe, nonobstant la mise en place d'établissements distincts par le protocole d'accord électoral, faute de quoi le syndicat doit démontrer l'existence d'une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques. Mais aussi que, d'autre part, le syndicat soit représentatif au niveau de l'établissement dans lequel il entend désigner le délégué syndical, ce qui suppose que des élections professionnelles s'y soient tenues. Ces solutions se rapprochent alors de celle que tenait la Cour de cassation antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2014, selon laquelle le périmètre de désignation des délégués syndicaux est le même que celui retenu lors des dernières élections pour la mise en place du comité d'entreprise ou d'établissement, sauf accord collectif en disposant autrement⁸⁴⁷. En jugeant qu'un syndicat représentatif au niveau de l'entreprise ne peut désigner un délégué syndical au sein d'un établissement dans lequel il n'est pas représentatif, la Cour impose de ce fait la désignation d'un délégué syndical dans le périmètre du comité d'entreprise ou d'établissement, où se fonde la représentativité, faisant fi alors des dispositions du 4^{ème} alinéa de l'article L. 2143-3 du Code du travail, issu de la loi du 5 mars 2014.

297. Ces solutions sont en réalité d'autant plus inquiétantes que l'ordonnance du 22 septembre 2017⁸⁴⁸, prévoyant la fusion des institutions représentatives du personnel en un comité social et économique dans toutes les entreprises concernées⁸⁴⁹, a permis à l'employeur de fixer le « *nombre et le périmètre des établissements distincts* »⁸⁵⁰ faute d'accord d'entreprise⁸⁵¹ ou à défaut d'un accord entre l'employeur et le CSE⁸⁵². Dans un tel cas, le Code du travail précise que

⁸⁴⁶ *Ibid.*

⁸⁴⁷ Cass. soc., 18 mai 2011, n°10-60.383.

⁸⁴⁸ Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017, préc., art. 1.

⁸⁴⁹ Cette fusion est prévue le 1^{er} janvier 2020 au plus tard.

⁸⁵⁰ C. trav., art. L. 2313-4

⁸⁵¹ C. trav., art. L. 2313-2.

⁸⁵² C. trav., art. L. 2313-3.

l'employeur tient compte de « *l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel* »⁸⁵³. Jusqu'à l'adoption de ce texte, la notion d'établissement distinct pour la mise en place des institutions représentatives du personnel ne faisait l'objet d'aucun encadrement textuel. Elle était définie différemment selon l'institution représentative du personnel concernée et selon la juridiction compétente.

298. La juridiction administrative, compétente pour connaître du contentieux de la mise en place du comité d'établissement, exigeait pour la reconnaissance d'un établissement distinct la réunion de trois critères cumulatifs : une stabilité dans le temps, une implantation géographique distincte et un degré d'autonomie suffisant permettant le fonctionnement de l'institution représentative du personnel⁸⁵⁴. Le critère de l'autonomie est devenu le plus déterminant⁸⁵⁵. Il était caractérisé par la présence d'un responsable d'établissement jouissant de réels pouvoirs en matière de gestion du personnel⁸⁵⁶. La position du Conseil d'État était justifiée par le rôle et les prérogatives du comité d'établissement, devant être consulté avant toute décision relative à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'établissement, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production.

299. La juridiction judiciaire quant à elle, compétente pour connaître du contentieux de l'établissement distinct au sens des délégués du personnel et des délégués syndicaux, reconnaissait l'existence d'un établissement distinct par le regroupement d'au moins onze salariés pour les délégués du personnel, et de cinquante pour les délégués syndicaux, constituant une communauté d'intérêts propres. Cette communauté devait en outre être susceptible de porter des réclamations ou des revendications communes et spécifiques. Elle devait de plus travailler sous la direction d'un représentant de l'employeur, peu important que celui-ci ait le pouvoir de se prononcer sur ces réclamations ou revendications⁸⁵⁷. Deux approches différentes de la reconnaissance de l'établissement distinct au sens de la représentation du personnel se confrontaient ainsi. Celle de la juridiction judiciaire favorisant la proximité entre les salariés et leurs représentants et celle de la

⁸⁵³ C. trav., art. L. 2313-4.

⁸⁵⁴ CE, 1er juin 1979, req. n°10777, « *Siemens* », Lebon.

⁸⁵⁵ Le critère géographique ayant perdu de son importance (CE 27 mars 1996, req. n°155791, « *Ministre de l'équipement, des transports et du tourisme et Régie autonome des transports parisiens* », Lebon ; AJDA 1996. 802, obs. H. Ghérari ; *Dr. social*, 1996, p. 938, concl. C. Maugué).

⁸⁵⁶ Pouvoir disciplinaire (CE 7 juin 1985, req. n°55671 : 16 janvier 1987, n°59143), pouvoir en matière de durée du travail (CE 6 mars 2002, req. n°230225), pouvoir en matière d'embauche du personnel et d'exécution du service (CE 27 mars 1996, req. n°155791).

⁸⁵⁷ Cass. soc., 29 janvier 2003, n°01-60.628, *Dr. Social*, 2003, p. 453, obs. J. Savatier.

juridiction administrative, attachée à l'autonomie décisionnelle du représentant de l'employeur au sein de l'établissement.

300. Corrélativement à la création du comité social et économique, l'ordonnance du 22 septembre 2017 a entendu fixer le cadre de l'établissement distinct, devant être reconnu en l'absence d'accord collectif « *compte tenu de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel* »⁸⁵⁸. Selon certains auteurs⁸⁵⁹, le législateur s'est ici contenté de reprendre la définition jurisprudentielle de l'établissement distinct au sens du comité d'établissement, le critère de reconnaissance dominant étant ainsi celui de l'autonomie décisionnelle du responsable de l'établissement, au détriment du critère de proximité prévalant pour la mise en place des délégués du personnel.

301. La nouvelle définition légale, se référant à « *l'autonomie de gestion du responsable* » n'est alors pas d'une précision absolue. Il est effectivement possible de se demander si cette autonomie doit nécessairement impliquer une délégation de pouvoir permettant au responsable la prise de l'intégralité des décisions relatives à la gestion du personnel et à l'activité de l'établissement ? Une telle conception irait alors à l'encontre de la pratique au sein des établissements dans lesquels le représentant n'a qu'un rôle de représentant ou d'exécutant de l'employeur, ce dernier centralisant et prenant les décisions pour l'ensemble de l'entreprise, d'autant que le texte se réfère seulement à « *l'autonomie de gestion* ». En réalité, l'utilisation de l'adverbe « *notamment* » laisse ouverte une interprétation plus souple de la notion d'autonomie de gestion. Dans un tel cas, en effet, l'autonomie de gestion pourrait simplement consister à recevoir des réclamations et les porter à l'employeur selon leur importance. Elle peut avoir des incidences différentes selon l'éloignement géographique de l'unité de production ou encore selon la taille de l'établissement. Selon qu'elle soit composée de moins ou d'au moins cinquante salariés, les missions de l'instance ne sont pas les mêmes.

302. Devant cette incertitude, la Cour de cassation⁸⁶⁰ a interprété pour la première fois la notion d'établissement distinct au sens du comité social et économique depuis l'adoption de l'ordonnance du 22 septembre 2017, dans une décision du 19 décembre 2018. En l'espèce, au sein du groupe SNCF, les partenaires sociaux avaient échoué à négocier un accord relatif à la détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts des trois établissements industriels et commerciaux le composant. Conformément à l'article L. 2313-4 du Code du travail,

⁸⁵⁸ C. trav., art. L. 2313-4.

⁸⁵⁹ *RDT*, 2018, p. 358, obs. Y. Pagnerre et E. Jeansen ; *Sem. soc. Lamy*, n°1790, obs. F. Favennec-Héry ; *RDT*, 2017, p. 608, obs. G. Borenfreund.

⁸⁶⁰ Cass. soc., 19 décembre 2018, n°18-23.655, publié au bulletin.

l'employeur a unilatéralement fixé le nombre et le périmètre des établissements distincts. Les organisations syndicales ont contesté cette décision devant la DIRECCTE puis devant le Tribunal d'instance, qui a validé le découpage opéré par l'employeur. Devant la Cour de cassation, les syndicats ont fait grief au jugement d'avoir fixé le nombre et le périmètre des établissements distincts aux niveaux centralisés, où les décisions économiques et sociales sont prises, soit au niveau des directions générales ou régionales. Les syndicats ont soutenu que l'autonomie de gestion devait « *seulement être suffisante, dans plusieurs de ses aspects (gestion du personnel et gestion de l'activité économique), compte tenu de l'objectif poursuivi, qui est de permettre au responsable d'établissement de présider utilement ce comité, c'est-à-dire l'informer, le consulter et engager un dialogue utile avec ses membres, sans impliquer une indépendance totale de l'établissement par rapport à la structure centrale d'entreprise* ». Ils ont invité en somme la Cour de cassation à prendre en compte la fusion des prérogatives des différentes instances du personnel et favoriser en conséquence le critère de proximité entre la collectivité des travailleurs et leurs représentants pour la détermination de l'établissement distinct.

303. La Cour de cassation a rejeté l'argumentation des syndicats en considérant que « *le nombre et le périmètre des établissements distincts pour la mise en place des comités sociaux et économiques sont fixés compte tenu de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel ; qu'il en résulte que caractérise au sens de ce texte un établissement distinct l'établissement qui présente, notamment en raison de l'étendue des délégations de compétence dont dispose son responsable, une autonomie suffisante en ce qui concerne la gestion du personnel et l'exécution du service* ». La Cour de cassation a donc occulté le critère de proximité. Selon elle, la reconnaissance d'un établissement distinct au sens du nouveau comité social et économique suppose l'identification d'un responsable disposant d'une autonomie de gestion « *suffisante* » en ce qui concerne la gestion du personnel et l'exécution du service.

304. Aussi, là où l'article L. 2313-4 du code du travail se contente d'évoquer une « *autonomie de gestion* », la Cour de cassation exige une « *autonomie suffisante* », soit un véritable pouvoir décisionnel propre. En l'espèce, le fait que le responsable puisse proposer des sanctions (sans toutefois pouvoir les prononcer), piloter les investissements pour l'établissement et gérer les budgets définis aux niveaux national et régional, disposer d'une délégation de pouvoir en matière d'achat et valoriser les collaborateurs (identification de formations utiles, gestion des carrières) n'était pas suffisant pour établir une « *autonomie de gestion* » du personnel ou du service selon la Cour. Avec cet arrêt, la Haute juridiction donne donc une définition restrictive de la notion d'établissement distinct, complexifiant les critères d'identification, notamment dans des structures

où les décisions sont prises au niveau de l'entreprise puis déferées au niveau des établissements par les chefs d'établissement. En exigeant que l'autonomie de gestion suffisante n'intègre pas une autonomie de gestion relative, la Cour de cassation a ajouté à l'article L. 2313-4 du Code du travail une condition non prévue.

305. Il importe toutefois de rester prudent quant à la portée réelle de cet arrêt. Une telle interprétation de la notion d'autonomie de gestion pourrait être assouplie dans le cadre de la reconnaissance d'un établissement distinct de moins de cinquante salariés, au regard des missions moins importantes dévolues au comité social et économique. Reste qu'au-dessous d'un tel seuil, la désignation d'un délégué syndical n'est pas possible puisque ce dernier doit être nommé dans les entreprises ou établissements d'au moins cinquante salariés⁸⁶¹, à moins qu'un accord collectif n'abaisse ce seuil⁸⁶² ou à moins qu'un membre de la délégation du personnel au comité social et économique soit désigné comme tel⁸⁶³.

Conclusion du Chapitre 2

306. Le durcissement des critères d'acquisition de la représentativité et sa précarisation se répercutent sur le mandat du délégué syndical. Devant être désigné par une organisation représentative dans l'entreprise, il doit en outre bénéficier à titre personnel d'une certaine audience électorale, impliquant l'extinction automatique et la remise en cause de son mandat à chaque échéance électorale. À l'issue de chaque élection professionnelle, le syndicat représentatif doit procéder à une nouvelle (ou première) désignation, chacune ouvrant un délai de contestation au profit de l'employeur et des syndicats tiers. La limitation à quatre ans du mandat de délégué syndical pénalise par analogie celui du représentant de section syndicale, désigné par les syndicats non représentatifs, dont l'extinction est également automatique à chaque fin de cycle électoral. Le conditionnement de la désignation du délégué syndical à l'audience électorale a calqué son périmètre de désignation sur celui des instances représentatives, pour lesquelles la notion d'établissement distinct est plus restrictive, ce qui, en plus de la diminution des instances représentatives et de l'abaissement des seuils, est susceptible d'entraîner une baisse conséquente du nombre de délégués syndicaux dans l'entreprise. Si la loi du 5 mars 2014 a souhaité rétablir le double périmètre de nomination au profit du délégué syndical, la jurisprudence de la Cour de

⁸⁶¹ C. trav., art. L. 2143-3 al 1er.

⁸⁶² C. trav., art. L. 2141-10.

⁸⁶³ C. trav., art. L. 2143-6.

cassation semble toutefois maintenir une jurisprudence calquant la cartographie syndicale sur celle des élus du personnel et plutôt restrictive concernant la notion d'établissement distinct

CONCLUSION DU TITRE 2

307. En instituant le critère de l'audience électorale parmi les fondations de la représentativité, la loi du 20 août 2008 a considérablement fragilisé cette qualité. Alors qu'elle prétendait conférer une légitimité démocratique aux organisations syndicales, il est à craindre que cette assise électorale nuise *in fine* à ces dernières. Sous l'empire de l'ancienne réglementation, la représentativité du syndicat dans l'entreprise, prouvée ou présumée (pour les syndicats affiliés aux cinq confédérations nationales de l'arrêté du 31 mars 1968), bénéficiait d'une certaine stabilité. Elle est désormais remise en cause tous les quatre ans.

308. Le conditionnement de la représentativité à l'audience électorale fait de plus dépendre cette dernière de la fréquence des élections professionnelles, lesquelles ont été raréfiées. Alors qu'auparavant, dans une entreprise d'au moins cinquante salariés, trois instances représentatives élues devaient être mises en place (les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail), il ne doit à présent en être élue plus qu'une seule. La fusion progressive des instances représentatives en un conseil social et économique, constitue une chance en moins pour le syndicat de démontrer qu'il satisfait au critère de l'audience électorale. La tenue des élections professionnelles dépend également des seuils d'effectif de l'entreprise, dont l'atteinte a été complexifiée, par l'exclusion de certains salariés mais surtout par la modification des modalités de calcul et par le recours par les employeurs à certains travailleurs indépendants dont l'activité est exécutée dans les mêmes conditions que celles d'un contrat de travail. Les nouvelles organisations des entreprises, consistant à fragmenter leur activité en plusieurs entités distinctes (ne constituant pas une unité économique et sociale), par le recours au portage ou à la sous-traitance, contribuent elles-aussi au maintien des effectifs en dessous des seuils. Ce phénomène nuit en outre à la désignation du ou des délégués syndicaux, qui dépend du dépassement et de l'atteinte de certains seuils d'effectif. Par analogie, la désignation du représentant de section syndicale, est également affectée.

309. La raréfaction des élections nuit en outre à d'autres acteurs syndicaux que le délégué syndical ou le représentant de section syndicale. La fusion des instances représentatives du personnel provoque en effet une baisse du nombre de salariés représentants du personnel élus sous des listes syndicales. La fusion représente également autant d'instances représentatives en moins dans lesquelles peuvent siéger des représentants syndicaux. La désignation de représentants syndicaux au comité d'hygiène de santé et de sécurité au travail (institution mise en place au-delà de cinquante salariés), n'était pas prévue par le Code du travail. Toutefois, le Code du travail⁸⁶⁴,

⁸⁶⁴ C. trav., art. L. 4611-7 (art. L. 236-13 ancien), abrogé par l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017, préc.

octroyant expressément la possibilité pour des accords collectifs de prévoir des « *dispositions plus favorables concernant le fonctionnement, la composition ou le pouvoir des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail* » a servi de base à la conclusion de l'accord cadre interprofessionnel du 17 mars 1975 sur l'amélioration des conditions de travail, dans sa version modifiée par l'avenant du 16 octobre 1984 (prenant en compte la création du CHSCT par la loi du 23 décembre 1982⁸⁶⁵), étendu par arrêté du 12 janvier 1996⁸⁶⁶. Il a permis aux organisations syndicales représentatives⁸⁶⁷ dans les entreprises et établissements occupant plus de trois cent salariés, de désigner parmi le personnel un représentant syndical qui assiste avec voix consultative aux réunions du CHSCT. Concernant le comité d'entreprise ou comité d'établissement, dans les entreprises de moins de trois cent salariés et dans les établissements appartenant à ces entreprises, le délégué syndical y était, de droit, représentant syndical⁸⁶⁸. Dans les entreprises de plus de trois cent salariés, chaque organisation syndicale représentative⁸⁶⁹ pouvait désigner un représentant au comité, dont la voix aux séances était consultative, désigné parmi les membres du personnel de l'entreprise. Il apparaît bien, alors, que la fusion de ces trois instances au sein du comité social et économique emporte mécaniquement une baisse du nombre de représentants syndicaux.

310. À titre d'exemple, en comparaison avec l'ancienne réglementation, le nombre de représentants du personnel, pouvant être élus sur listes syndicales, est bien inférieur depuis la création du CSE. Le nombre de ces représentants du personnel au CSE peut être modifié par le protocole préélectoral⁸⁷⁰. Néanmoins, en prenant en compte le minimum fixé par le Code du travail⁸⁷¹, pour une entreprise de cinquante salariés, le nombre d'élus représentants du personnel

⁸⁶⁵ Loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982, préc.

⁸⁶⁶ Arrêté du 12 janvier 1996 portant extension d'un accord national interprofessionnel sur l'amélioration des conditions de travail et d'avenants à cet accord - JORF n°19 du 23 janvier 1996, p. 1130.

⁸⁶⁷ Cass. soc., 22 février 2017, n°15-25591.

⁸⁶⁸ Lorsque le délégué syndical est de droit représentant syndical au comité d'entreprise, l'incompatibilité entre ces deux fonctions a pour effet de priver le syndicat d'un représentant syndical distinct (Circ. DRT 13 du 30 novembre 1984 ; Cass. soc., 18 juillet 2000, n°98-42625).

⁸⁶⁹ Loi n°82-915 du 28 octobre 1982, préc., art. 31. La loi n°2008-789 du 20 août 2008, préc., art. 5, avait même ouvert cette faculté à « *chaque organisation syndicale ayant des élus au comité d'entreprise* ». La loi n°2014-288 du 5 mars 2014 (art. 30 (V)) a restreint à nouveau à nouveau cette prérogative à chaque « *organisation syndicale représentative* ».

⁸⁷⁰ C. trav., art. L. 2314-7.

⁸⁷¹ C. trav., art. R. 2314-1.

était de cinq⁸⁷². En cas de constitution d'une délégation unique du personnel, le nombre était de six avant la loi du 17 août 2015⁸⁷³ et de sept après⁸⁷⁴. Dans chaque cas, le délégué syndical pouvait être nommé représentant syndical au comité d'entreprise. Avec le CSE, pour le même effectif de salariés, le nombre de représentants du personnel est de quatre⁸⁷⁵, ce qui est inférieur. Pour une entreprise de trois cent salariés, le nombre d'élus représentants du personnel était de seize⁸⁷⁶ contre onze à présent avec le CSE. Alors qu'en plus du délégué syndical, les syndicats représentatifs pouvaient nommer un représentant syndical au comité d'entreprise ainsi qu'un représentant syndical au CHSCT, ils ne peuvent à présent nommer, en plus du délégué syndical, qu'un seul représentant syndical au CSE⁸⁷⁷, lequel peut être amené à se charger des questions de santé⁸⁷⁸ lorsqu'elle sont abordées lors des séances du CSE sans toutefois être membre de droit de la commission santé sécurité et conditions de travail⁸⁷⁹. Une estimation effectuée en interne à la CGT aurait chiffrée avec l'institution du CSE une baisse du nombre de mandats de 60 %.

311. La mise en place du CSE risque en outre d'accentuer la chute du nombre de mandats syndicaux par la limitation du nombre de mandats successifs des membres de la délégation du personnel. L'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 a en effet limité le nombre de mandats successifs à trois, sauf dans les entreprises de moins de cinquante salariés. Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, le protocole d'accord préélectoral aux élections du CSE pouvait toutefois en disposer autrement⁸⁸⁰. La loi n°2018-217 du 29 mars 2018 a modifié ces dispositions. Désormais, le nombre de mandats successifs est limité à trois excepté dans les entreprises de moins de cinquante salariés et les entreprises dont l'effectif est compris entre cinquante et trois cents salariés. Concernant ces dernières, le protocole d'accord préélectoral aux élections du CSE peut revenir sur cette exception⁸⁸¹. Dans les entreprises de plus de trois cent salariés, le nombre de mandats successifs est forcément limité à trois.

⁸⁷² Trois pour le comité d'entreprise, trois pour le CHSCT, trois pour les DP (C. trav., art. R. 2324-1 et R. 4613-1 anciens)

⁸⁷³ C. trav., art. R. 423-1-1 ancien.

⁸⁷⁴ C. trav., art. R. 2326-1 ancien.

⁸⁷⁵ C. trav., art. R. 2314-1.

⁸⁷⁶ Cinq pour le comité d'entreprise, quatre pour le CHSCT, sept pour les DP (C. trav., art. R. 2324-1 et R4613-1 anciens)

⁸⁷⁷ C. trav., art. L. 2314-2.

⁸⁷⁸ C. trav., art. L. 2315-39.

⁸⁷⁹ C. trav., art. L. 2143-22.

⁸⁸⁰ C. trav., art. L. 2314-33 ancien.

⁸⁸¹ *Ibid.*

CONCLUSION DE LA PARTIE I

312. La fragilisation de la qualité d'organisation représentative, du mandat de délégué syndical ainsi que, plus généralement, la baisse du nombre de mandats syndicaux, pèse considérablement sur un acteur syndical dont la division au sein de l'entreprise a déjà été exacerbée par la course à la représentativité instaurée depuis la loi du 20 août 2008. Cette opposition des syndicats, placés dans une situation de concurrence permanente, renforce en effet leur vulnérabilité. L'acteur syndical, fragilisé, doit paradoxalement faire face à une décentralisation du droit du travail accroissant toujours plus le champ et la force normative de l'accord d'entreprise, au sein de l'ordre conventionnel, mais aussi sur le contrat de travail. Alors que l'accord collectif d'entreprise devient petit à petit la référence en droit du travail, l'interlocuteur de l'employeur, chargé de porter la voix des salariés et de défendre leurs intérêts, est quant à lui affaibli.

313. L'assise démocratique, promise aux syndicats par la loi du 20 août 2008 et l'institution du critère de l'audience électorale, n'a pas été accompagnée du renforcement de leur rôle au sein de la négociation collective. Les lois succédant à celle du 20 août 2008 ont en effet légitimement pu faire douter quant la volonté réelle du législateur de renforcer le poids des syndicats dans la négociation collective ou même de renforcer le dialogue social. En effet, octroyant à l'accord collectif une véritable primauté, le législateur semble paradoxalement placer peu à peu le syndicat à la marge de la négociation collective, en facilitant les modalités d'adoption de l'accord d'entreprise, voir en contournant tout bonnement les syndicats par la sollicitation directe des salariés. Le but étant de faire de l'accord d'entreprise un véritable outil de gestion au profit de l'employeur. Ainsi, à la fragilisation de l'implantation de l'acteur syndical dans l'entreprise s'est ajouté l'affaiblissement de ses prérogatives.

PARTIE II. L’AFFAIBLISSEMENT DES PRÉROGATIVES DE L’ACTEUR SYNDICAL

314. L’affaiblissement de l’implantation de l’acteur syndical dans l’entreprise s’accompagne d’une altération de ses prérogatives. Alors que la loi du 20 août 2008 prétendait renforcer le rôle du syndicat dans la négociation collective en faisant bénéficier la représentativité d’une assise électorale, elle a renforcé la compétition syndicale dans l’entreprise et affaibli la qualité d’organisation représentative. La caution démocratique attribuée aux organisations syndicales a cependant permis au législateur de justifier par la suite la remise en cause d’un ordre public social protecteur des salariés. En effet, pour éroder le principe de faveur, il a d’abord fallu dire que les syndicats étaient légitimes démocratiquement. La fragilisation de l’acteur syndical par la loi du 20 août 2008 a donc été succédée par un phénomène d’accroissement de la force normative de l’accord d’entreprise⁸⁸². Une fois l’ordre public social remis en cause, au profit de la primauté de l’accord collectif d’entreprise, le législateur a procédé à une mise à l’écart de l’acteur syndical de la négociation collective, preuve que les motivations réelles de la loi du 20 août 2008 n’étaient pas de renforcer le rôle du syndicat au sein du dialogue social. Les différentes réformes succédant ont ainsi contribué à marginaliser l’acteur syndical de la négociation collective (TITRE 1). En outre, les moyens d’actions permettant à l’acteur syndical de protéger l’intérêt des salariés sont largement perfectibles (TITRE 2).

⁸⁸² La notion d’« accord d’entreprise » regroupe dans ce Titre 1 les conventions collectives et accords collectifs négociés et conclus au niveau de l’entreprise et de l’établissement.

TITRE 1. LA MARGINALISATION DE L'ACTEUR SYNDICAL DE LA NÉGOCIATION COLLECTIVE

315. Si en France, la liberté syndicale est née tardivement, avec la loi Waldeck-Rousseau du 21 mars 1884⁸⁸³, ce n'est qu'au début du XX^{ème} siècle que les conventions collective ont bénéficié d'un cadre juridique. Ainsi, en dehors du cadre législatif national, les employeurs, n'étaient pas habitués à être liés par des dispositifs conventionnels collectifs. La logique contractuelle ne concevait qu'une dimension individuelle du contrat. Les grèves et conflits du travail ont cependant conduit ces derniers à signer des accords prévoyant les termes de la fin d'un conflit, suite à un arbitrage⁸⁸⁴. Ce n'est que trente ans après l'autorisation des syndicats, à l'issue de nombreux débats et questionnements juridiques, que la loi du 25 mars 1919⁸⁸⁵ a permis une reconnaissance officielle des conventions collectives tout en leur donnant un premier cadre institutionnel, apportant une solution aux errements jurisprudentiels antérieurs. S'en est suivi une construction, durant le reste du XX^{ème} siècle⁸⁸⁶, d'un véritablement ordonnancement conventionnel mais aussi d'un ordre public social consacrant un principe de faveur au titre duquel l'accord d'entreprise ne peut qu'améliorer, au profit des salariés, les dispositions légales et conventionnelles de niveaux supérieurs. Toutefois, le phénomène de décentralisation du droit du travail a contribué à l'amplification de la force normative de l'accord d'entreprise, jusqu'à lui conférer la primauté au sein de l'ordre conventionnel (Chapitre 1). Paradoxalement, l'acteur

⁸⁸³ P. Rosanvallon, *Le Modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Paris, Le Seuil, Coll. « L'univers historique », 2004, 445 pp.

⁸⁸⁴ Les accords d'Arras de 1891, négociés avec les mineurs, sont souvent considérés comme les premières conventions collectives même si ces textes sont davantage des procès-verbaux relatant les débats des 27 et 29 novembre 1891 sous l'égide du gouvernement entre les représentants des syndicats de mineurs du Nord-Pas-de-Calais et les compagnies houillères (O. Kourchid, R. Trempé (dir.), *Cent ans de conventions collectives : Arras, 1891-1991*, Villeneuve d'Ascq, Coll. « Revue du Nord », 1994, 409 pp.).

⁸⁸⁵ Loi du 25 mars 1919, préc.

⁸⁸⁶ Loi du 24 juin 1936 (préc.), loi n°50-205 du 11 février 1950 (préc.) marquant une première étape dans la décentralisation de la négociation collective en reconnaissant pour la première fois les accords d'établissement, loi n°68-1179 du 27 décembre 1968 (préc.) établissant le socle de la promotion future de la négociation collective d'entreprise, loi n°71-561 du 13 juillet 1971 (préc.) reconnaît l'existence d'un droit des travailleurs à la négociation collective, loi n°98-957 du 13 novembre 1982 (préc.) introduisant une obligation de négocier tant au niveau de la branche que de l'entreprise dans certains domaines et selon une périodicité définie par la loi, institutionnalisant la possibilité de conclure, dans certains domaines et dans des conditions définies par la loi, des conventions et accords collectifs de travail dérogeant à des dispositions législatives et réglementaires.

syndical de l'entreprise, chargé de protéger l'intérêt et porter la voix des salariés lors de la négociation collective, est progressivement évincé de son processus d'élaboration (Chapitre 2).

Chapitre 1. La décentralisation du droit du travail au niveau de l'entreprise

316. Le phénomène de décentralisation du droit du travail confère à l'accord d'entreprise une primauté au sein de l'ordre conventionnel ainsi que sur le contrat de travail dans certains cas précis (Section 1). Compte tenu notamment de la légitimité renforcée des syndicats représentatifs signataires, cette norme négociée tend à s'autonomiser et s'affranchir de tout contrôle judiciaire (Section 2).

Section 1. La primauté de l'accord d'entreprise

317. Contrairement à ce que certains slogans⁸⁸⁷, lancés notamment lors de l'adoption de la loi du 8 août 2016, ont pu laisser entendre, le droit du travail n'a pas été l'objet d'une « *inversion de la hiérarchie des normes* ». Entre la loi et les normes conventionnelles, c'est bien le législateur qui « *reste le commandeur* »⁸⁸⁸. Ce dernier organise les rapports qu'entretient la loi avec les conventions et accords collectifs. Si ces derniers acquièrent une importance normative conséquente, c'est uniquement parce que la loi l'exige. Au sein même du cadre conventionnel, le concept de « *hiérarchie des normes* » se prête mal⁸⁸⁹ puisque chaque norme conventionnelle ne se construit pas en fonction de la latitude que lui laisse celle d'un niveau supérieur. L'agencement qui règne entre les normes négociées est instauré par le seul législateur en fonction de leur niveau et leur rôle. Ce dernier pose un cadre au sein duquel s'articulent les conventions et accord collectifs. Concernant l'accord d'entreprise, ses conditions et domaines de négociation sont définis par la loi. Ils ne dépendent ni de la convention de branche, ni de l'accord national et interprofessionnel.

⁸⁸⁷ Notamment de la part des organisations syndicales (CGT, CGT-FO, SUD) ainsi que des partis politiques de gauche non-gouvernementaux lors des débats et du vote de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016, préc.

⁸⁸⁸ F. Favennec-Héry, « L'articulation de la loi avec les accords collectifs », *JCP S*, 2016, p. 1148.

⁸⁸⁹ N. Aliprantis, « *La place de la négociation collective dans la hiérarchie des normes* », t. 22, Paris, LGDJ, coll. « *Bibliothèque d'ouvrages de droit social* », 1980. p. 202.

318. L'ordre public social à partir duquel les sources du droit du travail sont organisées a connu depuis la loi du 13 novembre 1982⁸⁹⁰ un profond bouleversement. Par analogie à la « *décentralisation* »⁸⁹¹ des pouvoirs de l'État, la loi tend à transférer toujours plus de compétences et d'autonomie à la norme conventionnelle. Naguère source principale du droit du travail, la loi a été reléguée dans certains domaines à une norme supplétive dont l'application est conditionnée à l'absence de disposition conventionnelle. La loi se contente également de fixer le cadre procédural⁸⁹² au sein duquel la réglementation du droit du travail est produite, via la négociation collective. Sous prétexte d'adapter le droit aux réalités de l'entreprise⁸⁹³, le droit du travail doit désormais se construire avec comme point de départ l'entreprise, de bas en haut. Ce « *réordonnement* »⁸⁹⁴ tend à faire bénéficier au niveau de négociation le plus bas une force normative toujours plus importante. Dans certains domaines, la loi organise la primauté progressive de l'accord d'entreprise au sein de l'ordre conventionnel (B), voire sur le contrat de travail (A). Son aspiration à devenir la norme de référence du droit du travail est telle que certains auteurs n'hésitent pas à évoquer l'avènement d'un droit du travail fondé sur l'« *autoréglementation de l'entreprise* »⁸⁹⁵.

A. La primauté de l'accord d'entreprise au sein de l'ordre conventionnel

319. Bien qu'il soit possible de le faire remonter avant⁸⁹⁶, l'avènement du phénomène de décentralisation a débuté dès la loi du 13 novembre 1982⁸⁹⁷ dite « *Auroux III* ». Cette loi, qui a posé l'obligation de négocier chaque année les salaires et la durée du travail dans les entreprises dotées d'une section syndicale ainsi que l'obligation de renégocier tous les cinq ans les

⁸⁹⁰ Loi n°82-957 du 13 novembre 1982, préc.

⁸⁹¹ E. Peskine, préc.

⁸⁹² F. Canut, « L'ordonnement des normes étatiques et des normes conventionnelles - à propos du projet de loi Travail », *Dr. social*, 2016, p. 519.

⁸⁹³ P.-H. Antonmattei, « La primauté de l'accord d'entreprise », *Dr. social*, 2016, p. 513.

⁸⁹⁴ A. Jeammaud, M. Le Driant et A. Lyon-Caen, « L'ordonnement des relations de travail », *Recueil Dalloz*, 1998, p. 359.

⁸⁹⁵ M-A. Souriac, « Quelle autonomie pour la négociation d'entreprise », in G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M-A Souriac et I. Vacarie (dir.), *La négociation collective à l'heure des révisions*, Paris, Dalloz, Coll. « *Thèmes et commentaires* », 2005, 115 pp.

⁸⁹⁶ La loi n°50-205 du 11 février 1950 (préc.) a aboli l'agrément ministériel et rétabli la possibilité de négocier des clauses relatives aux salaires, lesquelles étaient soustraites à la compétence des partenaires sociaux par la loi n°46-2924 du 23 décembre 1946, préc.

⁸⁹⁷ Loi n°82-957 du 13 novembre 1982, préc.

classifications, a également prévu la possibilité de conclure, dans certains domaines et dans des conditions définies par la loi, des conventions et accords collectifs de travail dérogeant à des dispositions législatives et réglementaires. La possibilité de conclure de tels accords dérogatoires dans l'entreprise ou l'établissement a été toutefois encadrée à l'époque par un droit d'opposition des organisations syndicales non-signataires⁸⁹⁸. De plus, et surtout, selon la loi « *Auroux III* », la dérogation aux dispositions des conventions collectives et accords de branches ou interprofessionnels (en matière de majorations de salaires) devait nécessairement être plus favorable aux salariés de sorte qu'en cas de conflit de normes il convenait de leur appliquer la disposition la plus favorable, sauf dispositions d'ordre public absolu.

320. L'agencement des conventions et accords collectifs était alors gouverné par un principe de faveur selon lequel « *il est possible de déroger à une règle hiérarchiquement supérieure, pourvu que ce soit dans un sens favorable au travailleur* »⁸⁹⁹. Ce principe découle de l'article L. 2254-1 du Code du travail qui dispose que « *Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables* ». Si le Conseil Constitutionnel lui a refusé toute valeur constitutionnelle⁹⁰⁰, il l'a tout de même qualifié comme « *principe fondamental en droit du travail* »⁹⁰¹. Le principe de faveur a en outre été considéré par certains auteurs comme un « *principe fondamental du droit du travail* »⁹⁰², « *principe à portée générale en droit français* »⁹⁰³ ou encore « *principe général du droit du travail* »⁹⁰⁴ au même titre que celui de l'ordre public

⁸⁹⁸ Il faut toutefois signaler que l'ordonnance n°67-830 du 27 septembre 1967 relative à l'aménagement des conditions du travail en ce qui concerne le régime des conventions collectives, le travail des jeunes et les titres-restaurant avait déjà permis de déroger, par convention collective étendue, aux dispositions des décrets d'application de la loi des quarante heures, relatives aux modalités de répartition des horaires collectifs et d'aménagement des temps de travail.

⁸⁹⁹ Cass. soc., 23 novembre 2010, n°09-40.493 à n°09-40.503 : « *Vu le principe fondamental, en droit du travail, selon lequel en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application* ».

⁹⁰⁰ Cons. const., DC n°93-383 du 6 novembre 1996, préc.

⁹⁰¹ Cons. const., DC n°2002-465 du 1^{er} janvier 2003, « *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi* ».

⁹⁰² P.-D. Ollier, *Le droit du travail*, Paris, Colin, Coll. « U », 1972, p. 46.

⁹⁰³ N. Aliprantis, *La place de la négociation collective dans la hiérarchie des normes*, t. 22, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque d'ouvrages de droit social », 1980, p. 52.

⁹⁰⁴ A. Chevillard, « La notion de disposition plus favorable », *Dr. social*, 1993, p. 363.

social. La Cour de cassation ne s'y est pas trompée, en le généralisant par la suite à l'ensemble des sources⁹⁰⁵.

321. Malgré les gardes fous et limitations prévus, la loi du 13 novembre 1982 a posé les prémices d'un ordre social dérogatoire au sein duquel la convention d'entreprise ou d'établissement peut déroger à la convention de branche. Cette dérogation a très rapidement été considérée comme une faille que le législateur n'a pas manqué d'exploiter. S'inspirant d'une Position commune adoptée par les partenaires sociaux⁹⁰⁶, la loi du 4 mai 2004⁹⁰⁷ a porté un premier coup au principe de faveur en privilégiant la négociation d'entreprise sur celle de la branche⁹⁰⁸. Elle a modifié l'articulation traditionnelle en permettant aux accords d'entreprise de déroger aux accords de branche, y compris dans un sens défavorable aux salariés⁹⁰⁹. Ces dispositions ont profondément remis en cause le rôle du principe de faveur, réduit alors à une exception au principe d'autonomie des accords collectifs entre eux. La saisine du Conseil constitutionnel reprochait d'ailleurs à cette loi de « *renverser l'un des principes fondamentaux du droit travail* », « *de créer les conditions d'une atomisation du droit social et d'une fragmentation du caractère protecteur du droit du travail* »⁹¹⁰ ainsi que de mettre en péril l'exigence constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la loi⁹¹¹.

⁹⁰⁵ Cass. soc., 17 juillet 1996, n°95-41.745, *Dr. social*, 1996, p. 1049, concl. P. Lyon-Caen, note J. Savatier, qui vise, sans se référer à un texte particulier, « *le principe fondamental en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application* ».

⁹⁰⁶ Position commune du 16 Juillet 2001 relative aux voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective, <https://www.senat.fr/rap/a01-091-4/a01-091-431.html> [consulté le 12 mai 2019].

⁹⁰⁷ Loi n°2004-391 du 4 mai 2004, préc.

⁹⁰⁸ C. trav., art. L. 2253-3. Toutefois, le privilège de la norme d'entreprise ne jouait pas en matière de salaires minimums, de classifications, de garanties collectives complémentaires et de mutualisation des fonds de la formation professionnelle. Il ne marchait pas non plus concernant les accords de branche conclus avant l'application de cette loi, les accords postérieurs pouvant quant à eux prévoir l'impossibilité de dérogation défavorable par la convention d'entreprise.

⁹⁰⁹ C. trav., art. L. 2252-1 : « *Une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel peut comporter des stipulations 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, sauf si cette convention ou cet accord stipule expressément qu'on ne peut y déroger en tout ou partie.* »

⁹¹⁰ Cons. const., DC n°2004-494 du 29 avril 2004, « *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social* », I. §3

⁹¹¹ *Ibid.*, II. §11.

322. Pourtant, dans sa décision du 29 avril 2004, le Conseil constitutionnel, maintenant sa jurisprudence antérieure concernant la valeur juridique du principe de faveur⁹¹², a considéré que les dispositions déferées se bornaient 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. De plus, la loi posait les garanties du principe majoritaire et de l'absence de rétroactivité. Selon le Conseil, le législateur n'a pas outrepassé sa compétence car si les dispositions critiquées de la loi ont complexifié l'articulation entre normes conventionnelles, elles ont défini de façon précise les rapports entre les différents niveaux de négociation et donc n'ont pas méconnu les exigences d'intelligibilité et de clarté de la loi⁹¹³. Le caractère fondamental du principe de faveur, même sérieusement aménagé, est resté affirmé, d'autant que la loi du 4 mai 2004 a prévu des garde-fous non négligeables :

- L'accord d'entreprise ne pouvait déroger de manière défavorable à l'accord de branche conclu avant l'entrée en vigueur de la loi.
- La convention de branche conclue postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi pouvait protéger la convention d'entreprise en prévoyant expressément l'impossibilité de lui déroger dans un sens moins favorable (clauses « *d'impérativité ou verrouillage* »).
- Le caractère impératif de l'accord de branche était préservé quoi qu'il advienne dans quatre domaines : les salaires minima, les classifications, les garanties collectives en matière de protection sociale, de complémentaire et de mutualisation des fonds de la formation professionnelle.

323. La loi du 8 août 2016⁹¹⁴ a quant à elle consacré une véritable logique « *autoréférentielle* » des conventions et accords collectifs⁹¹⁵. Elle a complété la liste des matières dans lesquelles l'accord de branche prévalait⁹¹⁶ tout en consacrant la primauté de l'accord

⁹¹² « le principe en vertu duquel la loi ne peut permettre aux accords collectifs de travail de déroger aux lois et règlements ou aux conventions de portée plus large que dans un sens favorable aux salariés ne résulte d'aucune disposition législative antérieure à la Constitution de 1946, et notamment pas de la loi du 24 juin 1936 susvisée ; que, dès lors, il ne saurait être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République » mais « constitue un principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34, dont il appartient au législateur de déterminer le contenu et la portée »

⁹¹³ V. Ogier-Bernaud, « Le Conseil constitutionnel et l'embarrassant "principe de faveur" », *Sem. Soc. Lamy*, 2003, n°1111, p. 6.

⁹¹⁴ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016, préc.

⁹¹⁵ F. Géa, « Des accords (collectifs) sans juge ? », *Dr. social*, 2017, p. 98.

⁹¹⁶ En y ajoutant la prévention de la pénibilité et l'égalité professionnelles en ter femmes et hommes.

d'entreprise dans certains domaines⁹¹⁷ ainsi que la subsidiarité de l'accord de branche et de la loi. Selon cet agencement supplétif, l'accord de branche ne s'applique qu'en l'absence d'accord d'entreprise et la loi ne s'applique qu'en l'absence de dispositions conventionnelles, sauf dispositions d'ordre public absolu. Ce schéma était amené à être systématisé par la suite dans tous les domaines. Pour chacun d'entre eux, la loi a fixé les dispositions d'ordre public, le champ de la négociation collective et les dispositions supplétives en l'absence d'accord. Cette « *procéduralisation* »⁹¹⁸ du droit a contribué à mettre en retrait le législateur de la production des règles de conduite, réduisant son rôle à celui de fixer la procédure et la structure au sein desquelles s'expriment des intérêts antagonistes.

324. L'ordonnance du 22 septembre 2017⁹¹⁹ et la loi du 29 mars 2018⁹²⁰ ont parachevé la modification des règles d'articulation des conventions collectives amorcée par la loi du 8 août 2016. Elles ont porté le coup de grâce en étendant très largement le champ de la primauté de l'accord d'entreprise, bien au-delà de la durée du travail et des congés, tout en ménageant un « *domaine prioritaire* » à la branche, lui-aussi élargi mais dans une moindre mesure. Elles ont posé le principe selon lequel la convention d'entreprise majoritaire l'emporte sur la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, incluant l'accord professionnel et l'accord interprofessionnel. Cette primauté de principe a pris effet depuis le 1er janvier 2018. Deux exceptions sont toutefois prévues. D'une part, la convention couvrant un champ d'application territorial ou professionnel plus large prévaut dans un certain nombre de domaines listés à l'article L. 2253-1 du Code du travail⁹²¹. D'autre part, si elle le décide

⁹¹⁷ Temps de travail, de repos et congés.

⁹¹⁸ F. Canut, préc.

⁹¹⁹ Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017, préc.

⁹²⁰ Loi n°2018-217 du 29 mars 2018, préc.

⁹²¹ C. trav., art. L. 2253-1: « 1° Les salaires minima hiérarchiques ; 2° Les classifications ; 3° La mutualisation des fonds de financement du paritarisme ; 4° La mutualisation des fonds de la formation professionnelle ; 5° Les garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale ; 6° Les mesures énoncées à l'article L. 3121-14, au 1° de l'article L. 3121-44, à l'article L. 3122-16, au premier alinéa de l'article L. 3123-19 et aux articles L. 3123-21 et L. 3123-22 du présent code et relatives à la durée du travail, à la répartition et à l'aménagement des horaires ; 7° Les mesures relatives aux contrats de travail à durée déterminée et aux contrats de travail temporaire énoncées aux articles L. 1242-8, L. 1243-13, L. 1244-3, L. 1244-4, L. 1251-12, L. 1251-35, L. 1251-36 et L. 1251-37 du présent code ; 8° Les mesures relatives au contrat à durée indéterminée de chantier ou d'opération énoncées aux articles L. 1223-8 et L. 1223-9 du présent code ; 9° L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ; 10° Les conditions et les durées de renouvellement de la période d'essai mentionnées à l'article L. 1221-21 du code du travail ; 11° Les modalités selon lesquelles la poursuite des contrats de travail est organisée entre deux entreprises lorsque les conditions d'application de l'article L. 1224-1 ne sont pas réunies ; 12°

expressément, la convention couvrant un champ d'application territorial ou professionnel plus large conserve la primauté dans la prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels, l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés, le seuil d'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leur parcours syndical ainsi que les primes pour travaux dangereux ou insalubres⁹²².

325. Pour le reste, qu'elle soit entrée en vigueur avant ou après la conclusion de la convention de branche ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, le principe de primauté de l'accord collectif d'entreprise demeure⁹²³. Ainsi, en cas de conflit entre normes conventionnelles, il n'y a plus lieu de comparer les avantages issus de la convention d'entreprise et ceux qui proviennent de la convention de branche pour appliquer la disposition la plus favorable au salarié, sauf dans les domaines listés à l'article L. 2253-1 du Code du travail, dans lesquels la branche reste prédominante. Il en va de même concernant les accords professionnels ou interprofessionnels, même étendus. Cependant, principe de non rétroactivité oblige, les accords d'entreprise conclus sous l'empire de la législation précédente, s'ils n'avaient pas déjà la primauté, ne l'ont toujours pas⁹²⁴.

326. Les clauses des conventions de branche ou des accords couvrant un champ d'application professionnel ou territorial plus large contraires ont cessé de produire leurs effets vis-

Les cas de mise à disposition d'un salarié temporaire auprès d'une entreprise utilisatrice mentionnés aux 1° et 2° de l'article L. 1251-7 du présent code ; 13° La rémunération minimale du salarié porté, ainsi que le montant de l'indemnité d'apport d'affaire, mentionnée aux articles L. 1254-2 et L. 1254-9 du présent code ».

⁹²² C. trav., art. L. 2253-2.

⁹²³ C. trav., art. L. 2253-3.

⁹²⁴ Pour ce qu'il en est des accords d'entreprises conclus avant le 1er mai 2018 :

- accord voté à 30 % sans opposition, conclu entre le 6 mai 2004 et le 10 août 2016 dans un des domaines non dérogatoires: la primauté ne s'applique pas pour l'accord ;
- accord voté à 30 % sans opposition, conclu entre le 6 mai 2004 et le 10 août 2016 dans un domaine dérogatoire: primauté de l'accord ;
- accord majoritaire voté entre le 10 août 2016 et le 1er janvier 2018, dans certains domaines de la durée du travail, des jours fériés et des congés : primauté de l'accord ;
- accord à 30 % sans opposition conclu entre le 10 août 2016 et le 1er janvier 2018, sur tous autres sujets que ci-dessus : pas de primauté de l'accord ;
- accord majoritaire conclu entre le 1er janvier et le 1er mai 2018, dans certains domaines de la durée du travail, des jours fériés et des congés : primauté de l'accord ;
- accord à 30 % sans opposition conclu entre le 1er janvier et le 1er mai 2018, sur tous sujets : primauté.

à-vis des accords d'entreprise depuis le 1er janvier 2018, quelle que soit leur date de conclusion⁹²⁵. Ainsi, par exemple, si une convention de branche interdisait aux accords d'entreprises de fixer des critères d'ordre des licenciements autres que ceux qu'elle avait déterminé, cette disposition est devenue inopposable depuis le 1er janvier 2018. Concernant les domaines propres à la branche, la convention d'entreprise peut quand même être prise en compte même si elle n'améliore pas les droits du salarié par rapport aux dispositions de la convention de branche, à condition que ses garanties soient « *au moins équivalentes* »⁹²⁶. Cette notion reste difficile à cerner et risque de donner lieu à des interprétations patronales défavorables aux salariés. Toutefois, cette possibilité de négocier des garanties équivalentes n'opère pas si des dispositions spécifiques prévoient qu'un dispositif particulier, une organisation ou une dérogation légale est nécessairement subordonnée à l'existence d'une convention collective étendue en amont. L'accord d'entreprise n'a aucune compétence dans ce contexte qui offre dans ce cas à la convention de branche un véritable domaine réservé. Les clauses de verrouillage présentes dans la convention de branche ou tout autre accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, interdisant aux conventions d'entreprise de déroger dans les matières qu'elle désignait conformément au droit en vigueur avant l'ordonnance du 22 septembre 2017⁹²⁷, peuvent continuer à produire effet si un avenant l'a confirmé avant le 1^{er} janvier 2019, y compris à l'égard des accords étendus⁹²⁸.

327. La primauté de l'accord collectif d'entreprise a été étendue, dans certains cas précis, sur le contrat de travail.

B. La primauté progressive de l'accord d'entreprise sur le contrat de travail

328. Malgré cette décentralisation du droit du travail, la puissance croissante de l'accord d'entreprise se heurte au contrat de travail, la Cour de cassation affirmant que « *seules les dispositions plus favorables d'un accord collectif peuvent se substituer aux clauses du contrat* »⁹²⁹. Le législateur s'est donc attaqué à ce verrou contractuel pour lui imposer dans certains cas les stipulations de certains accords d'entreprise, quand bien même elles seraient moins favorables. Dès l'année 2000, des interventions législatives sont venues soumettre de manière ponctuelle le

⁹²⁵ Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017, préc., art. 16, IV.

⁹²⁶ C. trav., art. L. 2253-2.

⁹²⁷ C. trav., art. L. 2353-3 ancien.

⁹²⁸ Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017, préc., art. 16, I et II.

⁹²⁹ Cass. soc., 13 novembre 2001, n°99-42.978, Bull. civ. V, n°340.

contrat aux accords de réduction du temps de travail⁹³⁰ puis à son aménagement pluri-hebdomadaire⁹³¹. Mais la loi du 14 juin 2013⁹³², inspirée par l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, a franchi un cap dans ce contournement contractuel. Elle a créé un nouveau type d'accord, intitulé « *accord de maintien de l'emploi* » (AME), conclu en cas de « *graves difficultés économiques conjoncturelles* », permettant, en contrepartie de l'engagement de la part de l'employeur de maintenir les emplois pendant la durée de validité de l'accord, d'aménager pour les salariés occupant ces emplois la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que la rémunération dans certaines limites⁹³³. En cas d'acceptation des stipulations de l'accord par le salarié, les clauses du contrat de travail contraires étaient suspendues⁹³⁴ pendant la durée, nécessairement déterminée, dudit accord.

329. Le refus par le salarié de l'application des dispositions de l'AME s'analysait en un licenciement individuel pour motif économique « *prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique* »⁹³⁵. En retour, pendant la durée de l'accord, l'employeur ne pouvait licencier pour motif économique les salariés auxquels l'accord s'appliquait. Chaque licenciement était alors considéré individuellement sans que leur cause unique et commune n'en fasse un licenciement collectif, ce qui permettait d'éviter un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) et toute la procédure applicable en cas de licenciement collectif. La division du licenciement

⁹³⁰ Loi n°2000-37 du 19 janvier 2000 (préc.) destinée à faciliter la mise en place de la réduction de la durée légale hebdomadaire (de 39 heures à 35 heures). Selon son article 30 I, « *la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail, en application d'un accord de réduction de la durée du travail, ne constitue pas une modification du contrat de travail* » (C. trav., art. L. 1222-7 ancien). Il s'agissait d'éviter de solliciter l'accord des salariés, dès lors que la Cour de cassation avait posé le principe selon lequel « *la durée du travail, telle que mentionnée au contrat de travail, constitue, en principe, un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié* » (Cass. soc., 20 octobre 1998, n°96-40.614, P). L'article 30 II de la loi tirait les conséquences du refus des salariés, si la réduction du temps de travail entraînait également une modification d'autres éléments du socle contractuel (rémunération, aménagement du temps de travail) en précisant que le licenciement, conséquence de ce refus, était un licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique (C. trav., art. L. 1222-8 ancien). La Cour de cassation a consacré ce licenciement *sui generis*, dont la cause réelle et sérieuse trouvait son origine dans l'accord collectif de réduction du temps de travail (Cass. soc., 15 mars 2006, n°05-42.946P ; Cass. soc., 15 mars 2006, n°04-40.504P ; Cass. soc., 15 mars 2006, n°04-41.935P).

⁹³¹ Loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives - JORF 23 mars 2012, dite « *Warsmann* ».

⁹³² Loi n°2013-504 du 14 juin 2013, préc.

⁹³³ Il s'agissait en somme de l'avènement d'un droit des restructurations négociées.

⁹³⁴ C. trav., art. L. 5125-2 ancien.

⁹³⁵ *Ibid.*, al. 2.

collectif en une pluralité de licenciements individuels a également contribué à empêcher les mobilisations et luttes syndicales en réaction à un PSE, lesquelles généralement réussissent à percer médiatiquement (« *Continental* », « *Good Year* », « *Molex* »). En rendant invisibles les plans de licenciements économiques massifs, l'AME a en outre permis d'ôter des ressources aux syndicats combatifs ainsi que des occasions de renouer des liens avec la base salariale. Seule l'obligation individuelle de remplacement subsistait suite au licenciement individuel pour motif économique. L'AME a posé dès 2013 les prémices de l'utilisation par l'employeur de l'emploi comme prétexte justifiant l'abaissement des droits salariaux dans l'entreprise et non plus comme un engagement⁹³⁶.

330. La loi du 14 juin 2013⁹³⁷ a également créé les accords de mobilité interne (AMI)⁹³⁸. Suivant la même logique que l'AME, ces accords portaient sur les conditions de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise et permettaient de rendre possible pour l'employeur des projets tels que le déménagement d'un service ou la réorganisation interne d'un établissement⁹³⁹. Les mobilités envisagées ne pouvaient pour autant entraîner une diminution du niveau de rémunération ou de la classification personnelle du salarié. Elles devaient garantir le maintien ou l'amélioration de sa qualification professionnelle. Comme pour l'AME, son application avait pour conséquence de suspendre les clauses contraires du contrat de travail et le refus du salarié exposait celui-ci à un licenciement individuel pour motif économique⁹⁴⁰ excluant la mise en place d'un éventuel PSE.

331. Sur un modèle similaire aux AME, mais toujours plus en faveur de l'employeur, la loi du 8 août 2016⁹⁴¹ a institué l'accord de maintien et de développement de l'emploi (AMDE)⁹⁴². En contrepartie de la sauvegarde des emplois durant sa durée, l'AMDE pouvait affecter l'ensemble des éléments contractuels mis à part la rémunération mensuelle qui devait être préservée. L'acceptation par le salarié des stipulations de l'accord collectif avait non plus pour effet de suspendre les clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, mais de s'y substituer « *de plein droit* ». De plus, le licenciement découlant du refus du salarié de la

⁹³⁶ F. Géa, préc.

⁹³⁷ Loi n°2013-504 du 14 juin 2013, préc.

⁹³⁸ C. trav., art. L. 2242-17 à art. L. 2242-19 anciens.

⁹³⁹ J. Krivine, « Les accords de mobilité interne, nouvelle échappatoire au PSE ? », *Sem. Soc. Lamy*, 2013, n°1592, p. 53.

⁹⁴⁰ C. trav., art. L. 2242-17 et s. anciens.

⁹⁴¹ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016, préc.

⁹⁴² C. trav., art. L. 2254-2 ancien.

modification de son contrat de travail par l'AMDE reposait, non pas sur un motif économique, mais « *sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse* » soumis aux modalités du licenciement économique pour motif personnel. La cause du licenciement n'étant même plus considérée comme économique, le processus de dissimulation des plans de licenciements massifs, initié par l'AME, était alors arrivé à son aboutissement. Le principe d'un licenciement fondé sur le seul refus de se voir appliquer un AMDE avait été validé par le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel, tout en précisant que le législateur devait respecter le droit à l'emploi⁹⁴³ et la liberté contractuelle⁹⁴⁴. L'AMDE était conclu pour une durée déterminée qui était fixée à cinq ans à défaut de stipulation dans l'accord lui-même⁹⁴⁵.

332. Si le Code du travail conditionnait le recours aux AMDE à l'existence de « *graves difficultés économique conjoncturelles dans l'entreprise* »⁹⁴⁶, aucune conditions ou contextes très précis n'étaient exigés pour le recours aux AMDE. La signature d'un accord était laissée à la libre appréciation des signataires et l'aménagement des durées du travail ou de la rémunération devait avoir pour objectif la « *préservation ou le développement de l'emploi* », notion très large. Cet objectif devait figurer de manière obligatoire dans l'accord⁹⁴⁷ mais il ne devait être justifié par aucune cause ou aucun contexte économique. La simple inscription de l'objectif permettait ainsi la signature d'un tel accord. Le Code de travail n'obligeait les parties qu'à démontrer leur intention de conclure l'accord et non pas à établir la substance réelle qu'elles lui donnaient. Leurs engagements réels se soustrayaient quant à eux au contrôle du juge.

333. Le succès escompté n'a pas été au rendez-vous pour ces différents dispositifs. Le législateur a donc une fois de plus simplifié le recours à ce type d'accord collectif afin de lui conférer une efficacité toujours plus importante, de sorte qu'il ne puisse être entravé par l'opposition contractuelle. L'ordonnance du 22 septembre 2017⁹⁴⁸ a créé un nouveau type d'accord s'imposant au contrat de travail, baptisé « *accord de performance collective* » (APC) par

⁹⁴³ Cons. const., QPC n°2017-665 du 20 octobre 2017, consid. 5 ; *Dr. social*, 2018, p. 196, étude V. Bernaud.

⁹⁴⁴ CE, 7 décembre 2017, nos 408379 et 408450, § 6, « *Confédération générale du travail - Force ouvrière* », Lebon ; *AJDA*, 2018, p. 664 : « *Le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* ».

⁹⁴⁵ C. trav., préc.

⁹⁴⁶ C. trav., art., L. 5125-1.

⁹⁴⁷ C. trav., art. L. 2254-2, al. 1er.

⁹⁴⁸ Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017, préc. (C. trav., art. L. 2254-2).

la loi de ratification du 29 mars 2018⁹⁴⁹. Il a remplacé les dispositifs conventionnels préexistants (AME, AMI et AMDE)⁹⁵⁰.

334. L'article L. 2232-11 du Code du travail prévoit désormais que « *sauf disposition contraire, les termes « convention d'entreprise » désignent toute convention ou accord conclu soit au niveau de l'entreprise, soit de l'établissement, soit du groupe* ». Par ailleurs, l'article L. 2232-33 précise que sont susceptibles d'être conclus au niveau du groupe tous les accords pouvant être élaborés au niveau de l'entreprise, sachant qu'un accord de groupe peut porter sur tout ou partie des entreprises constitutives du groupe⁹⁵¹. L'accord de performance collective peut ainsi être un accord d'entreprise, d'établissement ou de groupe. Rien n'interdit non plus une négociation au niveau d'une unité économique et sociale (UES), assimilée à la négociation d'entreprise.

335. L'APC peut avoir pour objet⁹⁵² d'aménager la durée du travail (y compris les forfaits en heures et en jours) et ses modalités d'organisation et de répartition, la rémunération (montant et structure de la rémunération contractuelle⁹⁵³), déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise. Comme l'AMDE, les dispositions de l'APC se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise⁹⁵⁴. L'article L. 2254-2 du Code du travail restant muet sur cette question, l'accord de performance collective peut être à durée déterminée ou indéterminée, selon l'objectif que lui assignent ses signataires. À défaut de stipulation expresse, l'accord est conclu pour une durée déterminée de cinq ans⁹⁵⁵. L'absence possible de terme de l'APC pose la question des effets dans le temps de la substitution aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail. En cas d'accord à durée déterminée, le salarié doit logiquement retrouver le cadre

⁹⁴⁹ Loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, préc.

⁹⁵⁰ Seul a résisté l'article L. 3121-43 du Code du travail issu de la loi « Warsmann », excluant la modification du contrat de travail des salariés à temps complet en cas d'accord d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine, évitant ainsi le recueil de leur assentiment.

⁹⁵¹ C. trav., art. L. 2232-30.

⁹⁵² C. trav., art. L. 2254-2.

⁹⁵³ Dans le respect des salaires minima hiérarchiques mentionnés au 1° du I de l'article L. 2253-1 du Code du travail (cette dernière disposition liste les domaines dans lesquels la convention de branche prévaut sur l'accord d'entreprise sauf si ce dernier assure des garanties au moins équivalentes).

⁹⁵⁴ C. trav., art. L. 2254-2, III.

⁹⁵⁵ C. trav., art. L. 2222-4.

contractuel antérieur à l'issue de cette durée d'application⁹⁵⁶. En cas d'accord à durée indéterminée, les clauses contraires du contrat sont modifiées de manière permanente, ou du moins jusqu'à sa dénonciation ou mise en cause. Dans un tel cas, la signature d'un tel accord inspire la crainte d'une « *modification irrévocable* » du contrat de travail d'autant plus que le retour aux clauses antérieures après plusieurs années semble difficile voire impossible concernant certains éléments contractuels, comme la qualification du salarié ou son lieu de travail⁹⁵⁷.

336. Suivant la logique des dispositifs précédents, en cas de refus du salarié de l'application de l'APC, l'employeur peut procéder à son licenciement reposant sur un motif spécifique constituant une cause réelle et sérieuse⁹⁵⁸. Autrement dit, le licenciement n'a pas de motif économique ou disciplinaire. Le législateur consacre un motif de licenciement *sui generis*, qui trouve son fondement dans l'accord collectif et le refus du salarié. Compte tenu de la rédaction adoptée, la contestation du motif paraît difficilement possible d'autant plus que l'accord peut avoir pour finalité de « *répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* »⁹⁵⁹. Cette formulation répond aux critiques formulées sur la conformité de ce type d'accord à l'article 4 de la convention 158 de l'OIT sur le licenciement⁹⁶⁰, qui exige un « *motif valable* » pour le licenciement d'un travailleur. Selon ce même texte, ce motif valable peut être fondé, notamment, « *sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* ». Lors de la saisine du Conseil constitutionnel avant promulgation de la loi, les requérants prétendaient que les dispositions législatives méconnaissaient la liberté contractuelle, notamment la possible modification irrévocable du contrat de travail, sous peine de licenciement, pour répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise. Ce motif, très large et imprécis⁹⁶¹ était susceptible selon les requérants de « *recouvrir des justifications qui ne constituent pas un motif d'intérêt général suffisant* ». Le licenciement du salarié s'apparentait de plus à « *une violation du droit à l'emploi* » dès lors que ce dernier, s'étant opposé à la modification de son contrat de travail

⁹⁵⁶ R. Labat et S. Béal, « Accord sur le fonctionnement de l'entreprise. Un recours facilité, un régime unifié », *JCP E*, 2018, p. 1032.

⁹⁵⁷ B. Gauriau, « L'accord de performance collective depuis la loi n°2018-217 du 29 mars 2018 », *Dr. social*, 2018, p. 504.

⁹⁵⁸ C. trav., art. L. 2254-2, V.

⁹⁵⁹ *Ibid.*, I.

⁹⁶⁰ D. Baugard, L. Gratton, « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi: premier regard conventionnel et constitutionnel », *Dr. social*, 2016, p. 745.

⁹⁶¹ Y. Pagnerre, « Les accords de performance collective », *Dr. social*, 2018, p. 694.

par l'accord, ne pouvait « *ni contester son licenciement, dans la mesure où ce dernier repose sur un motif spécifique, prévu par la loi, ni obtenir l'annulation de l'accord* »⁹⁶².

337. Le Conseil constitutionnel a pourtant prononcé la conformité de l'APC à la Constitution⁹⁶³ au motif que « *le législateur a opéré une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre, d'une part, les exigences constitutionnelles qui découlent de la liberté contractuelle ainsi que du droit d'obtenir un emploi et, d'autre part, la liberté d'entreprendre* »⁹⁶⁴. L'employeur doit toutefois respecter les dispositions qui imposent le respect de l'entretien préalable, de la notification du licenciement et de l'appel éventuel à un conseiller du salarié, mais également les dispositions relatives au préavis et l'indemnité compensatrice de préavis ainsi qu'à l'indemnité de licenciement, au certificat de travail et au reçu pour solde de tout compte⁹⁶⁵. Sur chacune de ces exigences, le salarié peut saisir le Conseil de prud'hommes afin d'obtenir la remise des documents ou demander une indemnisation pour licenciement irrégulier⁹⁶⁶.

338. Le choix de décentraliser la production de la norme organisant le travail salarié au plus « *proche* » de l'entreprise n'est pas anodin⁹⁶⁷. Plus la négociation s'éloigne de l'échelle de l'entreprise, plus le rapport de force entre les parties s'équilibre. Plus il s'en rapproche, plus l'employeur a l'ascendant pour imposer ses choix⁹⁶⁸. En effet, au sein des branches, les organisations patronales trouvent en face d'elles des négociateurs syndicaux plus aguerris à cet exercice. De plus, la négociation est à ce niveau plus anonyme. Les interlocuteurs syndicaux et interlocuteurs patronaux ne se connaissent pas. Les uns ne sont pas les salariés des seconds⁹⁶⁹. Au niveau de l'entreprise, l'employeur négocie directement avec ses salariés. Ces derniers n'ont pas forcément l'expérience ni la connaissance nécessaire à la négociation d'un accord d'entreprise. Dans un tel cas, les salariés sont confrontés à certains sujets très complexes (tels que la durée ou la répartition du temps de travail) et ne disposent pas forcément de la technicité adéquate.

⁹⁶² Cons. const., DC n°2018-761 du 21 mars 2018, « *Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social* ».

⁹⁶³ *Ibid.*

⁹⁶⁴ *Ibid.*, consid. 29.

⁹⁶⁵ Le licenciement découlant du refus du salarié « *est soumis aux seules modalités et conditions définies aux articles L. 1232-2 à L. 1232-14 ainsi qu'aux articles L. 1234-1 à L. 1234-11, L. 1234-14, L. 1234-18, L. 1234-19 et L. 1234-20.* »

⁹⁶⁶ B. Gauriau, préc.

⁹⁶⁷ La loi n°2004-391 du 4 mai 2004, préc. (C. trav., art. L. 2252-1 et L. 2253-1).

⁹⁶⁸ A. Jeammaud, M. Le Driant et A. Lyon-Caen, préc.

⁹⁶⁹ F. Favennec-Héry, « Sécuration de l'emploi: encore un effort! », *Sem. Soc. Lamy*, 2013, n°1575, p. 9.

339. Surtout, dans certaines entreprises, il n'y a pas de représentants syndicaux pour négocier. Dans les entreprises de moins de onze salariés, l'APC ne fait même pas l'objet d'une négociation. L'employeur peut soumettre un projet d'accord qu'il a lui-même établi en amont. L'accord est validé s'il est approuvé par la majorité des deux tiers des salariés⁹⁷⁰. Il en va de même dans les entreprises dont l'effectif est compris entre onze et vingt salariés, en l'absence d'un CSE⁹⁷¹. Entre onze et quarante-neuf salariés, un projet d'accord peut être négocié entre l'employeur et un ou plusieurs salariés mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales de la branche de l'entreprise ou au niveau national et interprofessionnel, ou bien un ou des membres du CSE⁹⁷². À partir de cinquante salariés dans l'entreprise, un projet d'accord peut être négocié entre l'employeur et des membres du comité social et économique mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales de la branche de l'entreprise ou au niveau national et interprofessionnel⁹⁷³.

340. Contrairement à ce que laissent entendre les partisans de la primauté de l'accord d'entreprise⁹⁷⁴, le dialogue social entre soi-disant « *partenaires sociaux* » se retrouve, à ce niveau de négociation, biaisé. Il est en effet difficile pour des salariés de soutenir des revendications contradictoires avec l'intérêt de celui qui, le reste du temps, dispose à leur endroit d'un pouvoir de gestion et de sanction. Monsieur Frédéric Géa le souligne très justement: « *de dialogue, il ne peut y avoir qu'entre égaux* »⁹⁷⁵. Or, dans le cadre de l'entreprise, il n'y a de dialogue qu'entre interlocuteurs inégaux. La négociation collective, censée être vecteur d'amélioration des conditions de travail des salariés, est transformée peu à peu en un outil patronal de gestion de la main d'œuvre.

341. La consécration de la primauté de l'accord d'entreprise, au sein de l'ordre conventionnel et sur le contrat de travail, s'accompagne d'un phénomène plus général d'autonomisation et de soustraction de la norme négociée au contrôle du juge judiciaire.

⁹⁷⁰ C. trav., art. L. 2232-21 et L. 2232-22.

⁹⁷¹ C. trav., art. L. 2232-23.

⁹⁷² L'accord est ensuite validé s'il est approuvé par la majorité des salariés mandatés ou par la majorité des membres du CSE (C. trav., art. L. 2232-23-1).

⁹⁷³ L'accord est validé s'il est approuvé par la majorité des membres du CSE (C. trav., art. L. 2232-24).

⁹⁷⁴ P.-H. Antonmattei, préc.

⁹⁷⁵ F. Géa, « *Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise* », préc.

Section 2. L'autonomisation de la norme conventionnelle

342. La nature normative des accords et conventions collectives est à la foi composée de caractéristiques contractuelles, mais aussi réglementaires, notamment de par son effet *erga omnes*. La capacité d'engager, via la négociation collective, le collectif des salariés correspondant au niveau de négociation, justifie l'existence d'un recours judiciaire postérieurement à sa conclusion. Ce recours est d'autant plus salubre au niveau de l'entreprise au sein laquelle la force normative des accords négociés ne cesse de croître, outre l'existence d'un rapport de force favorable à l'employeur (A). Or, paradoxalement, le caractère réglementaire de l'accord collectif semble être délaissé au profit de sa nature contractuelle. En conséquence, l'œuvre résultant de la volonté des parties est peu à peu affranchie du contrôle judiciaire (B).

A. La protection des salariés via le recours judiciaire *a posteriori*

343. Le recours judiciaire suivant la conclusion d'un accord collectif vient contrecarrer au niveau de l'entreprise un rapport de force favorable à l'employeur (1). Il limite en outre le caractère irrémédiable de l'accord collectif, dont l'effet *erga omnes* emporte son application à l'ensemble des salariés du niveau de négociation concerné (2).

1. *Une protection résultant du rapport de force favorable à l'employeur*

344. Au niveau de l'entreprise, l'accord collectif résulte d'un rapport de force dans lequel l'employeur détient de manière générale l'ascendant⁹⁷⁶. La Cour de cassation a d'ailleurs considéré que ce déséquilibre était tel que les dispositions d'un accord collectif d'entreprise pouvaient être considérées moins comme le fruit d'une négociation que d'une décision unilatérale de l'employeur. En effet, dans l'arrêt « EDF » du 5 mai 1998⁹⁷⁷, la chambre sociale a jugé qu'une décision en question devait « être précédée par la consultation du comité d'entreprise, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la décision en cause est une décision unilatérale, ou prend la forme d'une négociation d'un accord portant sur l'un des objets soumis légalement à l'avis du comité d'entreprise ». D'après la Cour, compte tenu de la situation d'inégalité qui règne entre les parties, il doit être considéré que l'accord de volonté collective est toujours susceptible de recouvrir en réalité une mesure patronale déguisée au niveau de l'entreprise.

⁹⁷⁶ F. Géa, préc.

⁹⁷⁷ Cass. soc., 5 mai 1998, n°96-13.498, Bull. civ. V, n°219, p. 164.

345. Les conséquences de ce rapport de force inégal sont d'autant plus intensifiées par la primauté qu'acquiert l'accord collectif d'entreprise au sein de l'ordre conventionnel voire, dans certains cas, sur le contrat de travail. Avant les réformes de 2004, 2016 et 2018⁹⁷⁸, un délégué syndical peu expérimenté pouvait être amené à signer un accord dont certaines dispositions auraient été défavorables aux intérêts de ses collègues sans que cela n'ait d'importantes conséquences⁹⁷⁹. En effet, la convention de branche, nationale, interprofessionnelle ou de niveau géographique supérieur pouvait combler l'absence de stipulations ou écarter les clauses défavorables de l'accord d'entreprise tout en conservant celles qui étaient plus favorables, de sorte qu'*« au pire c'était mieux »*⁹⁸⁰. L'accord collectif était donc conclu *« pour le meilleur, en vertu de l'ordre public social »*⁹⁸¹, ne permettant l'application que des clauses plus accommodantes. L'ordre public dérogatoire, devenu supplétif, puis l'avènement de la primauté de l'accord d'entreprise, ont transformé les effets et enjeux de la négociation collective qui, concernant la partie salariée, se réalise *« pour le pire »*⁹⁸².

346. La décentralisation du droit du travail a transformé la signature d'un accord collectif en un acte lourd de conséquences pour la partie salariée, d'autant plus que la loi n'a prévu en contrepartie aucun encadrement des conditions de négociation, aucun délai de réflexion ou de rétractation plus long au profit de la partie salariée. Bien au contraire, dans certaines entreprises, la négociation a tout bonnement été supprimée⁹⁸³ ou bien ouverte à des salariés non mandatés par des organisations syndicales, moins aguerris à l'exercice de la négociation et disposant d'une garantie d'indépendance moindre vis à vis de l'employeur⁹⁸⁴. En limitant le caractère irréversible de l'accord collectif, le recours judiciaire *a posteriori* constitue plus que jamais un garde-fou au service de l'intérêt de la partie salariée.

347. Contrairement au droit des pays anglo-saxons privilégiant l'arbitrage, le contentieux des conventions collectives en France relève essentiellement des institutions étatiques.

⁹⁷⁸ Évoquées en première Section du présent Chapitre.

⁹⁷⁹ Y. Chalaron, « L'application de la disposition la plus favorable », in *Études offertes à G. Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989, p. 243.

⁹⁸⁰ J.-E. Ray, « Le juge et les accords sur l'emploi », *Dr. social*, 2017, p. 107.

⁹⁸¹ J.-M. Verdier, « Syndicalisme et fraternité », préc.

⁹⁸² *Ibid.*

⁹⁸³ Dans les entreprises dont l'effectif est inférieur à onze salariés, l'employeur peut se passer de négociation en soumettant au vote de ses salariés un texte qu'il a lui-même rédigé en amont (C. trav., art. L. 2232-21).

⁹⁸⁴ Dans les entreprises de onze à cinquante salariés, dépourvues de délégué syndical, la priorité donnée au salarié mandaté a été supprimée par la loi n°2018-217 du 29 mars 2018, préc. (C. trav., art. L. 2232-23-1).

La compétence du juge judiciaire est exclusive⁹⁸⁵. Les termes et modalités de contentieux diffèrent selon que l'action a pour finalité la nullité, l'exécution ou encore l'interprétation de l'accord. Si les institutions représentatives du personnel sont privées de ces actions, faute pour elles de disposer du droit d'agir dans l'intérêt collectif de la profession pour des accords dont elle ne peuvent être signataires⁹⁸⁶, les organisations syndicales, même non signataires, ont qualité pour porter en justice ces litiges. L'ouverture de telles actions aux syndicats par la Cour de cassation⁹⁸⁷, y compris non-signataires, n'est pas anodine. Elle témoigne d'une volonté de maximiser la faculté de saisine *a posteriori* pour assurer à la partie salariée une protection même après la signature du texte conventionnel. Elle limite le caractère irrémédiable de la signature de l'accord d'entreprise. Grâce au juge, les organisations syndicales, signataires ou non, disposent toujours d'un recours *a posteriori*.

2. L'effet impératif de l'accord collectif

348. Les accords et conventions collectives ont une nature normative hybride, composée de caractéristiques contractuelles du point de vue de sa formation, mais aussi réglementaires de par son effet *erga omnes*⁹⁸⁸. Monsieur Gérard Timsit présente les conventions collectives en droit du travail comme une déclinaison de la loi, placées entre les dispositions légales et subsidiaires⁹⁸⁹. Conventions atypiques, elles sont protégées par le respect de règles d'ordre public dont le manquement est sanctionné par l'intervention du juge judiciaire en aval, après la conclusion de l'accord ou de la convention⁹⁹⁰. Elles sont notamment tenues au respect des vingt-deux discriminations listées par le Code du travail⁹⁹¹ et restent plus généralement soumises au droit interne et normes supranationales⁹⁹². Le juge judiciaire est régulièrement amené à contrôler et remettre en cause des dispositions de certaines conventions et accords collectifs. Dans cet exercice

⁹⁸⁵ Tribunal des Conflits, 19 mai 1958, *JCP*, 1958, II, p. 10658: « l'autorité judiciaire a seule qualité pour déterminer, en cas de litige, le sens et la portée des conventions collectives de travail » ; Confirmé par CE, 7 mars 1986 n° 48.455.

⁹⁸⁶ Cass. soc., 5 juillet 2006, *RDT*, 2006, p. 401, obs. M. Grévy, sur un accord de fin de conflit.

⁹⁸⁷ Cass. soc., 26 mai 2004, Bull. civ. V, n°143 ; soc. 12 septembre 2007, n°06-42496 ; soc. 3 mai 2007, *Dr. social*, 2008, p. 571.

⁹⁸⁸ P. Durand, « Le dualisme de la convention collective », *RDT*, 1939, p. 353 s.

⁹⁸⁹ G. Timsit, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991, 199 pp.

⁹⁹⁰ T. Revet, « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 1996, p. 43.

⁹⁹¹ C. trav., art. L. 1132-1.

⁹⁹² M. Bonnechère, « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit social », *Dr. ouvrier*, 2001, p. 411.

de contrôle, la chambre sociale de la Cour de cassation s'avère être plus sévère que les juges du fond, pourtant plus proches du terrain⁹⁹³. En tranchant les litiges liés à la signature ou l'application d'un accord, le juge constitue donc un acteur majeur de la négociation collective.

349. La composition hybride de la norme conventionnelle⁹⁹⁴ rend son interprétation judiciaire complexe. En tant que convention, notamment dans sa formation⁹⁹⁵, le juge doit se référer aux règles d'interprétation du droit commun des contrats. Mais la substance réglementaire de la convention collective, caractérisée notamment au stade de l'exécution de l'accord, notamment par son effet impératif et *erga omnes*, pousse ce dernier à opter en faveur des techniques d'interprétation de la loi⁹⁹⁶. Il arrive ainsi que la Cour de cassation use de textes conventionnels au visa de ses arrêts⁹⁹⁷. Le juge devant lequel est invoqué un accord déterminé doit rechercher le texte contenant la règle de droit potentiellement applicable au litige. L'accord collectif constitue une règle de droit dont le juge doit connaître la substance⁹⁹⁸. Ce dernier peut si nécessaire demander aux parties de lui procurer un exemplaire du texte⁹⁹⁹. La caractéristique réglementaire donne au juge du fond, dont la saisine est ouverte à toute organisation syndicale de l'entreprise, une faculté d'interprétation large, dans l'intérêt de la partie salariée. Ne constituant pas totalement un contrat de droit commun, l'accord collectif ne peut normalement être la chose des parties à laquelle le juge doit se limiter. Sa signature n'est pas une fin en soi. En l'état actuel du droit, qui offre à l'accord d'entreprise une importance normative croissante, l'abandon judiciaire du contrôle conventionnel revient à laisser à l'employeur le champ libre pour mieux faire peser ses intérêts sans que les syndicats ne puissent recourir *a posteriori* au juge. La signature de l'accord collectif serait en quelque sorte irrémédiable. La capacité d'interprétation ou d'intrusion judiciaire est donc plus que jamais salutaire.

350. Certains auteurs questionnent pourtant l'opportunité de cette intervention judiciaire, notamment du fait que la majorité des litiges soient portés par des syndicats non-signataires. Ces recours sont perçus comme un « *activisme juridictionnel en forme de troisième tour social* », portés par des syndicats privés de droit d'opposition¹⁰⁰⁰. Le travail accompli en amont par les

⁹⁹³ J.-E. Ray, préc.

⁹⁹⁴ M.-L. Morin, « Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes », *Dr. social*, 2008, p. 24.

⁹⁹⁵ CE, 4 mars 1960, *Dr. social*, 1960, p. 274 s.

⁹⁹⁶ J.-Y. Frouin, « L'interprétation des conventions et accord collectifs de travail », *RJS*, 1996, p. 137.

⁹⁹⁷ Cass. soc., 6 avril 2011, n°2011, n°09-0596 ; soc., 5 avril 2011, n°10-24896.

⁹⁹⁸ Cass. soc., 20 février 1996, n°92-45024 ; *CSBP*, 1996, n°80 A 28, note A. Philibert.

⁹⁹⁹ Cass. soc., 5 mai 2009, n°07-43558.

¹⁰⁰⁰ J.-E. Ray, préc.

négociateurs serait susceptible d'être remis en cause par des syndicats tiers qui, soit ne sont pas parties à l'accord, soit sont parties aux négociations mais n'ayant pas réussi à mobiliser une majorité pour s'opposer à l'application de l'accord¹⁰⁰¹. L'action judiciaire, non limitée aux seules parties signataires, servirait ainsi de revanche aux syndicats tiers ou minoritaires et fragiliserait l'accord conclu. Le contrôle *a posteriori* est également assimilé à un paternalisme mal placé du juge envers l'œuvre réalisée par des acteurs de terrain¹⁰⁰². Ainsi, selon Monsieur Jean-Emmanuel Ray, « *autant que faire se peut, évitons que Papa-Juge ne fasse la leçon aux enfants-partenaires sociaux, si sympathiques mais pas vraiment avertis des règles du droit, en leur demandant de venir constamment s'expliquer sur le pot de confiture* »¹⁰⁰³. Eloignés de la réalité du monde du travail, les juges sont appelés à faire preuve de retenue vis à vis de situations auxquelles ils seraient, de par leur fonction, étrangers. Ils sont appelés à ne pas modifier le contenu de la norme négociée dont le caractère réglementaire devrait être occulté au profit de sa caractéristique contractuelle. Le juge serait tenu de se montrer discret et respecter la volonté des signataires.

351. Selon Monsieur Gérard Couturier, l'arrêt « *Pain* » rendu par la Cour de cassation le 1er juillet 2009¹⁰⁰⁴ avait « *atteint le degré zéro de la liberté contractuelle* ». La Cour s'était prononcée sur le fait de savoir si les dispositions d'un accord prévoyant la répartition des avantages conventionnels étaient bien conformes à la « *justice distributive* »¹⁰⁰⁵. Selon l'auteur, « *c'est un peu comme si le juge du contrat avait à dire si les obligations contractuelles sont suffisamment équilibrées au regard de la justice commutative* ». La volonté de rapprocher le juge du travail subordonné à celui du droit commun des contrats était donc clairement exprimée. L'immixtion du juge réduirait enfin à néant les fruits résultant de la stratégie et de la « *tactique* » mise en place par les négociateurs. La partie la plus stratège devrait pouvoir bénéficier au mieux des avantages qu'elle a tiré de la négociation, quand bien même elle aboutirait à une situation

¹⁰⁰¹ Majorité d'opposition toujours valable pour les accords interprofessionnels et de branche, mais supprimée pour les accords d'entreprise ou d'établissement par la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 (préc.) qui a généralisé l'accord majoritaire (C. trav., art. L. 2232-12).

¹⁰⁰² Monsieur Jean-Paul Bouchet, secrétaire général de la CFDT-Cadres et président de l'AGIRC en 2015 : « *Quand ils parlent de travail, le discours des politiques et des juges est souvent révélateur de la distance qui les sépare des réalités vécues au quotidien par les salariés ou les agents des fonctions publiques. Ils véhiculent et relaient bien souvent des discours se rapportant à une partie des entreprises ou organisations, les grandes, mais est-ce le reflet des réalités de tous ?* ».

¹⁰⁰³ J.-E. Ray, préc.

¹⁰⁰⁴ Cass. soc., 1er juillet 2009, n°07-42.675, « *M. Stéphane Pain c/ Société DHL express* », Bull. civ. V, n°168 ; *Dr. social*, 2009, p 1002, obs. C. Radé.

¹⁰⁰⁵ G. Couturier, « Différenciation des avantages conventionnels entre cadres et non-cadres », *Les Cahiers du DRH*, 2010, n°161, p. 17.

d'inégalité ou porterait même atteinte à certains principes d'ordre public. La mise en place d'une stratégie par chaque partie négociatrice est indéniable, elle est même inhérente au rapport de force qui s'établit lors d'une négociation¹⁰⁰⁶. Pour autant, le contrôle du juge *a posteriori* ne vient pas la réduire à néant. Il n'annule pas nécessairement les efforts accomplis lors de la négociation et les avantages que les parties ont pu en tirer.

352. La nature normative hybride de la norme négociée est aujourd'hui remise en cause au profit de sa dimension contractuelle¹⁰⁰⁷ et au détriment de sa caractéristique réglementaire. Inspirée des thèses libérales, cette dynamique de contractualisation a été approuvée sans surprise par la jurisprudence européenne. La reconnaissance par les Cours de Strasbourg¹⁰⁰⁸ et du Luxembourg¹⁰⁰⁹ de la négociation collective comme droit fondamental a été à double tranchant. Les Cours européennes ont considéré la négociation collective comme étant le fruit d'acteurs placés sur le même pied d'égalité, devant en conséquence être préservé d'une intervention judiciaire trop audacieuse. À propos de clauses conventionnelles allemandes de départ automatique à la retraite confrontées au principe de non-discrimination par l'âge, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a considéré cette disposition comme illustrant le « *reflet d'un équilibre entre des intérêts divergents mais légitimes, s'inscrivant dans un contexte complexe de relations de travail* »¹⁰¹⁰. En refusant de sanctionner le droit allemand qui autorise les parties signataires à négocier des clauses discriminatoires quant à l'âge des salariés, la Cour du Luxembourg a jugé que la disposition conventionnelle jouissait d'une légitimité telle qu'elle

¹⁰⁰⁶ Pour revoir à la baisse la rémunération de ses salariés, l'employeur pourrait arguer de difficultés économiques pour contraindre les organisations syndicales à négocier un accord de performance collective. Les salariés pourraient en retour menacer d'un mouvement de grève pour appuyer des contreparties dont le quantum serait fixé est au-delà du résultat escompté, voire irréalisable.

¹⁰⁰⁷ M. Despax, « Négociation, conventions et accords collectifs », in G.-H. Camerlynck (dir.) *Traité de droit du travail*, t. 7, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1989, p. 79-81.

¹⁰⁰⁸ CEDH, gr. ch., 12 novembre 2008, n°34503/97, « *Demir et Baykara c/ Turquie* », §154 ; *RDT*, 2009, p. 288, étude N. Hervieu.

¹⁰⁰⁹ CJUE, gr. ch., 15 juillet 2010, aff. C-271/08 ; *Dr. social*, 2010, p. 1233, note F. Kessler.

¹⁰¹⁰ CJUE, 12 octobre 2010, aff. C-45/09, « *Arbeitsgericht de Hamburg* », *AJDA*, 2010, p. 2305, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, à propos des discriminations fondées sur l'âge: « *La clause de cessation automatique des contrats de travail est le fruit d'un accord négocié entre les représentants des salariés et ceux des employeurs qui ont ainsi exercé leur droit de négociation collective reconnu en tant que droit fondamental. En garantissant aux travailleurs une certaine stabilité de l'emploi et à long terme la promesse d'un départ à la retraite prévisible, tout en offrant aux employeurs une certaine flexibilité dans la gestion de leur personnel, la clause de cessation automatique des contrats de travail est donc le reflet d'un équilibre entre des intérêts divergents mais légitimes, s'inscrivant dans un contexte complexe de relations de travail, étroitement lié aux choix politiques en matière de retraite et d'emploi* ».

devait échapper à un contrôle judiciaire trop ambitieux, quand bien même son contenu heurterait fortement d'autres principes fondamentaux.

353. La Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a quant à elle rappelé que « *le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est l'un des éléments essentiels du droit d'un salarié de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts, énoncé à l'article 11 de la Convention* »¹⁰¹¹. Elle a rajouté que « *pour les syndicats, les négociations collectives et la conclusion des conventions collectives constituent des moyens essentiels de promouvoir et assurer les intérêts de leurs membres* »¹⁰¹². Dans cet arrêt, la Cour de Strasbourg a estimé que « *si les conventions collectives conclues entre les partenaires sociaux pouvaient être contestées en justice par les salariés individuellement et, en conséquence, rendues inapplicables, l'un des éléments inhérents au droit de mener des activités syndicales garanti par l'article 11 de la Convention, risquerait d'être fortement amoindri, voire vidé de son contenu* »¹⁰¹³. Si le recours judiciaire en l'espèce n'était pas de l'initiative d'un syndicat, mais individuelle, la CEDH a fait part à travers cet arrêt de sa réticence à l'égard du contrôle substantiel de l'accord collectif par les juridictions nationales.

B. La préservation de l'accord d'entreprise du contrôle judiciaire

354. L'affranchissement progressif de l'accord collectif du contrôle judiciaire se réalise via la limitation du recours en nullité des organisations syndicales (1) mais également par la limitation de la capacité d'intrusion du juge (2).

1. La limitation du recours judiciaire en nullité

355. Parmi les actions relatives aux accords collectifs, les modalités de l'action en nullité ont été considérablement modifiées. L'acteur syndical peut soulever la nullité d'un accord collectif en invoquant des causes liées au non-respect des règles de majorité conditionnant la validité de l'accord, l'absence d'écrit¹⁰¹⁴, le défaut de mandat des négociateurs¹⁰¹⁵ ou encore par le

¹⁰¹¹ Cour EDH, 3^e sect., 3 décembre 2013, n°41547/08, « *Marinel Costut c/ Roumanie* » § 18.

¹⁰¹² Cour EDH, « *Demir et Baykara c. Turquie* », préc., §§ 154 et 157.

¹⁰¹³ Cour EDH, « *Marinel Costut c/ Roumanie* », préc., § 19.

¹⁰¹⁴ C. trav., art. L. 2231-3.

¹⁰¹⁵ Cass. soc., 27 mars 1968, Bull. civ. V, n°178.

jeu des causes de nullité issues du droit commun des contrats¹⁰¹⁶. L'action en nullité de l'accord collectif relève de la compétence du Tribunal de grande instance¹⁰¹⁷. Inspirée par la dynamique de contractualisation de la norme conventionnelle, l'ordonnance du 22 septembre 2017 a cherché à préserver le plus possible l'œuvre des négociateurs du contrôle judiciaire. Cette dernière a établi une présomption de validité de l'accord collectif (a). Elle a également prévu une réduction du délai de prescription de l'action en nullité, passant de cinq ans à deux mois (b) ainsi qu'une limitation des effets en cas d'annulation de l'accord (c).

a. La présomption de validité de l'accord collectif

356. L'ordonnance du 22 septembre 2017 a durci les conditions du recours en nullité¹⁰¹⁸. Désormais, les conventions ou accords répondant aux conditions de validité sont présumés avoir été négociés et conclus conformément à la loi et « *il appartient à celui qui conteste la validité d'un accord collectif d'apporter la preuve que l'accord n'a pas été négocié ou conclu conformément à la loi* »¹⁰¹⁹. Cette présomption limite ainsi la contestation de la validité de l'accord collectif.

b. La réduction du délai de prescription de l'action en nullité

357. Initialement, le délai de prescription de l'action en nullité était aligné sur le droit commun de la prescription, prévoyant un délai trentenaire¹⁰²⁰. La loi du 17 juin 2008 a modifié l'article 2224 du Code civil, réduisant à cinq ans la durée de la prescription en matière de nullité, qu'elle soit relative ou absolue, à compter du jour où le titulaire du droit d'agir a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer ce droit. L'ordonnance du 22 septembre 2017¹⁰²¹ a modifié ces dispositions en précisant que, sauf disposition légale spécifique¹⁰²², toute action en

¹⁰¹⁶ Notamment les accords de fin de conflits, signés en présence de violences pratiquées par les grévistes (Cass. Soc., art. 8 novembre 1984, Bull. civ. V, n°178).

¹⁰¹⁷ Elle peut également être soumise au Conseil de prud'hommes lorsque la nullité est à titre subsidiaire à l'occasion d'un litige individuel. L'action est ouverte aux syndicats signataires et non signataires dès lors qu'est en cause l'intérêt collectif de la profession (Cass. soc., 26 mai 2004, Bull. civ. V, n°143 ; J.-M. Verdier, « La recevabilité de l'action syndicale exercée dans l'intérêt collectif de la profession après les arrêts Aventis Pharma et Michelin », *Dr. social*, 2004, p. 845.).

¹⁰¹⁸ Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017, préc., art. 4

¹⁰¹⁹ C. trav., art. L. 2262-13.

¹⁰²⁰ C. civ., art. 2262 ancien.

¹⁰²¹ Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017, préc.

¹⁰²² Le délai de prescription de deux mois n'est pas applicable concernant:

nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif¹⁰²³ doit être exercée un délai de deux mois à peine d'irrecevabilité¹⁰²⁴ à compter de sa notification aux syndicats non signataires ou, pour les salariés, de sa publication¹⁰²⁵. Le point de départ du calcul de ce bref délai est précisé et diffère selon les types d'accords. Pour l'accord l'entreprise, le délai de deux mois court à compter de la notification du texte à l'ensemble des organisations représentatives à l'issue de la procédure de signature¹⁰²⁶. Saisi d'une action en nullité, le juge doit rendre sa décision dans un délai de six mois¹⁰²⁷.

358. Cependant, le recours en contestation d'un accord fixant les modalités d'information et de consultation du comité social et économique et, le cas échéant, le cadre de recours à une expertise par ce comité lorsque l'employeur envisage de prononcer le licenciement économique d'au moins dix salariés dans une même période de trente jours¹⁰²⁸, doit être formé, à peine d'irrecevabilité, avant l'expiration d'un délai de trois mois¹⁰²⁹ à compter de la date du dépôt de l'accord. De plus, le délai de deux mois ne s'applique pas aux nouveaux accords de rupture

-
- les accords portant sur les règles de consultation des représentants du personnel en cas de licenciement économique d'au moins 10 salariés dans une même période de 30 jours. Le délai dans ce cas est de trois mois à compter de la date de dépôt de l'accord (C. trav., art. L. 1233-21 ; C. trav., art. L. 1233-24 ; C. trav., art. L. 2231-6) ;
 - les accords sur le contenu du PSE prévus à l'article L. 1233-24-1 du Code du travail, qui ne peuvent être contestés qu'à travers la décision de validation de l'accord par la Direccte, devant le tribunal administratif. Dans ce cas, le délai de contestation est, pour l'employeur, de deux mois à compter de la notification de la décision de validation de l'accord par la Direccte, et, pour les organisations syndicales et les salariés, de deux mois à compter de la date à laquelle cette décision a été portée à leur connaissance (C. trav., art. L. 1235-7-1) ;
 - les accords portant ruptures conventionnelles collectives prévus à l'article L. 1237-17 du Code du travail. Les modalités et délais de contestation de l'accord sont ceux prévus à l'article L. 1235-7-1 pour l'accord sur le contenu du PSE (C. trav., art. L. 1237-19-8 nouveau).

¹⁰²³ La nouvelle prescription en matière de nullité s'applique aux conventions ou accords conclus postérieurement à la date de publication de l'ordonnance, c'est-à-dire depuis le 24 septembre 2017. S'agissant des instances introduites avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance, « *l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation* ». Pour les conventions et accords conclus avant le 24 septembre 2017 mais pour lesquels aucune instance n'a encore été introduite auparavant, le nouveau délai de prescription court (Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017, préc., art. 15).

¹⁰²⁴ C. trav., art. L. 2262-14.

¹⁰²⁵ *Ibid.*

¹⁰²⁶ C. trav., art. L. 2231-5.

¹⁰²⁷ C. trav., art. L. 2262-14-1.

¹⁰²⁸ C. trav., art. L. 1233-21.

¹⁰²⁹ C. trav., art. L. 1233-24.

conventionnelle collective pour lesquels sont appliquées les dispositions de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail¹⁰³⁰.

c. La limitation de l'effet rétroactif de la nullité

359. L'ordonnance du 22 septembre 2017 a limité l'effet rétroactif du prononcé de la nullité de l'accord collectif par le juge. Elle a aménagé les conséquences d'une telle décision en ôtant sa rétroactivité mais aussi en donnant au juge la faculté de sauver, à titre exceptionnel, l'acte vicié en le rétrogradant en usage ou en engagement unilatéral de l'employeur¹⁰³¹. Le juge peut désormais décider dans un tel cas, si « *l'effet rétroactif de cette annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives* », de moduler les effets de la nullité dans le temps ou encore de limiter ses effets seulement pour l'avenir¹⁰³².

2. La limitation de l'intensité du contrôle judiciaire

360. La mise à l'écart du juge est également réalisée par l'abaissement de l'intensité de son contrôle, justifié par le regain de légitimité, notamment électorale¹⁰³³, que la loi du 20 août 2008 a fait bénéficier aux organisations syndicales représentatives et signataires¹⁰³⁴ ainsi que par la généralisation des accords d'entreprises dits « *majoritaires* » par la loi du 8 août 2016¹⁰³⁵. La loi du 20 août 2008 n'a pourtant rien changé au rapport d'inégalité existant entre les parties signataires, lequel justifie l'intervention de juge en aval comme garde-fou des droits des salariés. Elle a davantage contribué à affaiblir la structure syndicale dans l'entreprise¹⁰³⁶. Les réponses jurisprudentielles à cette loi n'ont pas tardé à se faire entendre. Dès 2011¹⁰³⁷, la Cour de cassation

¹⁰³⁰ C. trav., art. L. 1237-19-8.

¹⁰³¹ Encore faut-il dans ce cas que la cause de la nullité soit propre au droit des accords collectifs et ne tienne pas seulement au droit commun des contrats. Bien évidemment, il faut que les conditions d'existence de l'usage ou de l'engagement unilatéral soient réunies (Cass. soc., 27 mars 1996, n°93-46631, Bull. civ. V, n°120; *Dr. social*, 1996, p. 642, obs. J. Savatier).

¹⁰³² C. trav., art. L. 2262-15.

¹⁰³³ C. trav., art. L. 2121-1 et L. 2122-1

¹⁰³⁴ J.-E. Ray, préc.

¹⁰³⁵ C. trav., art. L. 2232-12.

¹⁰³⁶ Cf. *supra* Partie 1.

¹⁰³⁷ V. not. Cass. soc., 6 octobre 2011, n°11-60.035, Bull. civ. V, n°228 ; soc., 22 octobre 2014, n°14-60.123, NP.; l'arrêt de la Cour de cassation conserve en effet la même logique. Ainsi, selon elle « *Les différences de traitement [...], opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs [ou par voie d'accords d'établissement] négociés et signés par*

est venue cantonner le contrôle du juge aux stipulations contraires à l'ordre public concernant un protocole d'accord préélectoral, du moment que ce dernier satisfaisait à l'exigence de majorité¹⁰³⁸.

361. En 2016¹⁰³⁹, la Cour de cassation, anticipant la généralisation des accords majoritaires par la loi du 8 août de la même année, a fait bénéficier d'une présomption de justification les différences de traitement entre catégories professionnelles au sein des accords collectifs¹⁰⁴⁰. Cantonnée aux accords d'entreprise, cette jurisprudence a ensuite été étendue aux accords d'établissement¹⁰⁴¹. Il est d'ailleurs à craindre que la Cour de cassation n'étende sa position à des accords relatifs à d'autres sujets que l'égalité de traitement¹⁰⁴², même si cette thèse mérite d'être nuancée. En effet, la Cour de cassation, du moins pour le moment, ne cherche pas à moduler le contrôle du juge sur la norme négociée dans bon nombre de domaines. L'approche compréhensive du juge semble s'arrêter là où sont en jeu des dispositions d'ordre public ou encore des libertés et droits fondamentaux. En atteste l'arrêt relatif à la prohibition des sanctions pécuniaires¹⁰⁴³ ou encore la variation du montant de la contrepartie pécuniaire à la clause de non concurrence en fonction du mode de rupture du contrat de travail¹⁰⁴⁴.

362. En outre, pour son interprétation des normes conventionnelles, la Cour de cassation a semblé privilégier depuis 2015 une méthode d'interprétation littérale au détriment de la méthode

des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées [...] ».

¹⁰³⁸ C. trav., art. L. 2314-3-1, issu de la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 - art. 30 (V), abrogé par l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017, préc., art. 1: « *Sauf dispositions législatives contraires, la validité du protocole d'accord préélectoral conclu entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées est subordonnée à sa signature par la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation, dont les organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles ou, lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, la majorité des organisations représentatives dans l'entreprise* ».

¹⁰³⁹ Cass. soc., 8 juin 2016, n°15-11.324, publié au Bulletin ; D., 2016, p. 1259, obs. N. explicative de la Cour de cassation.

¹⁰⁴⁰ « *Les différences de traitement [...], opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs [ou par voie d'accords d'établissement] négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées [...]* ».

¹⁰⁴¹ Cass. soc., 3 novembre 2016, n°15-18.844, publié au Bulletin ; Cah. soc., 2016, p. 609, obs. F. Canut.

¹⁰⁴² F. Géa, « Le juge et l'accord collectif : quels changements ? », *Sem. Soc. Lamy*, 2016, n°1717, p. 7.

¹⁰⁴³ Cass. soc., 3 mars 2015, n°13-23.857, NP.

¹⁰⁴⁴ Cass. soc., 14 avril 2016, n°14-29.679, publié au Bulletin ; D., 2016, p. 2484, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra.

évolutive¹⁰⁴⁵. La Haute juridiction a jugé qu'en cas de manque de clarté, le texte conventionnel devait être interprété « *comme la loi, c'est-à-dire en respectant la lettre du texte (littérale), ensuite en tenant compte d'un éventuel texte législatif ayant le même objet (systématique) et en dernier recours, en utilisant la méthode téléologique consistant à rechercher l'objectif social du texte* ». Les magistrats ont fait le choix d'écarter la méthode évolutive et ont préféré interpréter les stipulations de la convention avec le droit positif de l'époque à laquelle le texte a été conclu. Selon ces derniers, « *l'interprétation de la convention collective au moment de son application ne doit pas avoir pour effet d'en modifier la portée, ni de lui conférer une utilité en remplacement de celle qu'elle présentait lors de sa conclusion et qu'elle a pu perdre par suite de l'évolution législative et jurisprudentielle* ». Il s'agissait toutefois dans cet arrêt de l'interprétation d'une convention collective de branche et non pas d'un accord d'entreprise. Néanmoins, l'arrêt a illustré l'intention du juge de préserver la volonté que les signataires ont matérialisée dans l'accord, au regard du contexte normatif. Elle est alors considérée comme une « *vérité objectivée* » convenue par les parties lors de la convention ou l'accord collectif¹⁰⁴⁶.

363. Gérard Lyon-Caen avait remis en cause la thèse selon laquelle une convention collective n'a de sens qu'en vertu d'une loi déterminée. Selon lui, « *on respecte mieux l'autonomie collective en traitant la convention en elle-même, en ne la soudant pas à une loi précise, ne varietur* »¹⁰⁴⁷. Cette conception semble avoir été partagée par Monsieur Jean-Yves Frouin selon qui le juge doit être amené à opter pour une lecture évolutive de l'accord, en raison notamment de la « *règle de la subordination de l'interprétation de la convention collective à l'interprétation de la loi* »¹⁰⁴⁸. Selon l'ancien président de la Chambre sociale de la Cour de cassation, le juge peut « *adapter librement le texte aux nécessités de son époque* »¹⁰⁴⁹. Cette conception évolutive est pourtant bien différente de celle que tient la Haute juridiction aujourd'hui qui, au même titre que le contrat, refuse de considérer le caractère évolutif et vivant de la norme négociée mais fige la signification que les parties ont souhaité exprimer. Une telle approche illustre la manière dont le juge fait respecter un texte conventionnel qu'il présuppose comme étant le fruit d'une négociation.

¹⁰⁴⁵ Cass., ass. plén., 23 octobre 2015, n°13-25.279, publié au Bulletin ; *Dr. social*, 2016, p. 9, chron. S. Tournaux ; N. Gssime, « L'interprétation des dispositions conventionnelles relatives à la mobilité du salarié », *Sem. soc. Lamy*, 2016, n°1707, p. 11.

¹⁰⁴⁶ F. Géa, « Des accords (collectifs) sans juge ? », préc.

¹⁰⁴⁷ G. Lyon-Caen, « *Doit-on interpréter une convention collective en relation avec la loi en vigueur lors de sa conclusion ou avec celle en vigueur lors de son application ?* », note sous Cass., ass. plén., 12 mai 1989, nos 86-41.740, 86-44.845 et 86-43.232, Bull. ass. plén., n°1 ; *JCP*, 1989. II. 21322, spéc. III.

¹⁰⁴⁸ J.-Y. Frouin, préc.

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*, p. 142.

364. Dans un autre arrêt du 4 novembre 2015, la Cour cassation a estimé que les salariés ne répondant plus aux critères des forfaits en heures posés par la Convention SYNTEC ne pouvaient plus y être soumis¹⁰⁵⁰. L'interprétation littérale du texte a de nouveau été privilégiée par la Haute juridiction. La déclaration de Philippe Flores, conseiller référendaire à la chambre sociale, illustre clairement la méthode d'interprétation adoptée par la Cour de cassation: « *Ce n'est pas parce que l'écoulement du temps révèle une difficulté que le juge pourrait s'abstraire de la norme qu'il doit appliquer pour lui donner un sens qu'elle n'a manifestement pas* »¹⁰⁵¹. Il précisait que le juge n'a « *aucune légitimité à modifier un texte que les partenaires sociaux n'avaient pas choisi de réformer* »¹⁰⁵². Le juge se considère donc illégitime pour s'immiscer dans ce qui résulte selon ce dernier de la volonté des parties, inscrite dans l'accord collectif.

365. Si le juge, à travers sa jurisprudence, a lui-même restreint l'étendue de son contrôle, le législateur est également intervenu directement dans ce but. Ainsi, l'éloignement du juge a été appliqué aux plans de sauvegarde de l'emploi (PSE) négociés. Le contrôle de validation de l'accord collectif majoritaire organisant le PSE relève, depuis la loi du 14 juin 2013, de la compétence du directeur régional de la DIRECCTE¹⁰⁵³. Le juge a perdu le contrôle de la pertinence du contenu du PSE et de sa légalité. Suivant cette logique, la Cour de cassation a ultérieurement jugé dans l'arrêt « *Clear Channel* » que le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements, fixé par accord collectif, se soustrayait à tout contrôle du juge¹⁰⁵⁴.

366. Tel qu'évoqué en première Section du présent Chapitre, les récentes réformes du droit du travail ont autorisé certains accords d'entreprise¹⁰⁵⁵ à se substituer¹⁰⁵⁶ aux stipulations contractuelles contraires dans un sens défavorable. Pour ces accords, l'intervention judiciaire est alors réduite à un contrôle de conformité minimale qui se borne aux exigences procédurales liées à la négociation et la signature. Pour les AME, la justification de la cause économique du licenciement se trouvait dans l'accord même. L'action du juge était réduite à un contrôle de

¹⁰⁵⁰ Cass. soc., 4 novembre 2015, n°14-25.745, publié au Bulletin ; *Dr. social*, 2016, p. 9, chron. S. Tournaux.

¹⁰⁵¹ F. Flores, « Le juge retient une interprétation littérale de l'accord collectif », *Sem. Soc. Lamy*, 2015, n°1699, p. 11.

¹⁰⁵² *Ibid.*, p. 12.

¹⁰⁵³ L'article L. 1233-57-2 pour le contrôle de validation de l'accord collectif majoritaire, et l'article L. 1233-57-3, pour le contrôle de l'homologation du document unilatéral de l'employeur.

¹⁰⁵⁴ Cass. soc., 14 octobre 2015, n°14-14.339, publié au Bulletin ; *D.*, 2015, p. 2131 ; *RJS*, 2015, n°763.

¹⁰⁵⁵ Accord de maintien de l'emploi, accord de mobilité interne, accord de maintien et de développement de l'emploi, accord de performance collective.

¹⁰⁵⁶ Toutefois, concernant les accords de maintien de l'emploi, il n'était pas question de substitution des dispositions conventionnelles aux stipulations contractuelles contraires mais de la suspension de ces dernières pendant la durée d'application de l'accord (C. trav., art. L. 5125-1, al. 1., ancien).

conformité minimal aux règles légales, notamment la vérification de l'existence des difficultés économiques¹⁰⁵⁷ ou encore l'absence de licenciements économiques durant la durée de l'accord¹⁰⁵⁸. Un employeur avait ainsi été sanctionné pour avoir méconnu ses engagements de maintien de l'emploi et condamné en conséquence à verser au salarié licencié une indemnité correspondant aux salaires restant dus jusqu'au terme de la période garantie dans l'accord¹⁰⁵⁹. Dans cette affaire, il avait toutefois été jugé que le licenciement restait justifié¹⁰⁶⁰.

367. Concernant les AMDE, le juge était cantonné à constater l'inscription de l'objectif dans l'accord, lequel devait figurer de manière obligatoire¹⁰⁶¹. Il ne pouvait contrôler la motivation des parties et était en conséquence incapable de suspendre l'application de l'accord le cas échéant. Le juge ne pouvait pas non plus vérifier la réalisation des objectifs figurant à la signature de l'accord en comparant notamment les embauches promises et les licenciements prononcés suite à ces refus¹⁰⁶². Concernant les accords de performance collective, la loi ne définit même plus les conditions ou le contexte nécessaires à leur recours. Sa signature est laissée à la libre appréciation des parties. Seul son but est conditionné par la loi : l'aménagement des durées du travail, de la rémunération ou de la mobilité doivent avoir pour objectif de répondre aux « *nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* » ou la préservation ou le développement de l'emploi¹⁰⁶³. Cette notion est tellement large qu'elle revient quasiment à n'exiger aucune justification¹⁰⁶⁴. La simple inscription d'un objectif, même totalement opportuniste, permet ainsi la signature d'un APC. Le Code de travail n'oblige les parties qu'à démontrer leur intention de conclure l'accord et non pas à démontrer la substance réelle qu'elles lui donnent. Leurs engagements réels se soustraient au contrôle du juge qui ne peut vérifier que l'inscription de l'objectif dans l'accord. Il ne peut contrôler leur motivation et la loi lui empêche à cet effet de suspendre l'application de l'accord. Le juge ne peut pas non plus s'assurer de la réalisation des objectifs figurant à sa signature. Les

¹⁰⁵⁷ Il semblait néanmoins tout à fait probable d'empêcher ce contrôle judiciaire, au motif que l'appréciation de cette condition n'appartenait qu'aux signataires, notamment après l'établissement par les parties signataires d'un « *diagnostic* » préalable.

¹⁰⁵⁸ Loi n°2015-990 du 6 août 2015 (préc.) a étendu la durée de l'AME à cinq ans. Elle ne pouvait excéder deux ans sous l'empire de la loi du 14 juin 2013 (C. trav., art. L. 5125-1, III ancien).

¹⁰⁵⁹ Cass. soc., 27 octobre 1998, n°95-43.308, Bull. civ. V, n°455 ; Soc., 27 octobre 1998, *Dr. social*, 1999, p. 293, obs. C. Roy-Loustaunau.

¹⁰⁶⁰ Cass. soc., 13 novembre 2008, n°07-42.640, Bull. civ. V, n°215 ; *RDT*, 2009, p. 32, obs. G. Auzero.

¹⁰⁶¹ C. trav., art. L. 2254-2. al. 3 ancien.

¹⁰⁶² D. Baugard et L. Gratton, préc. p. 753 s

¹⁰⁶³ C. trav., art. L. 2254-2, I.

¹⁰⁶⁴ Y. Pagnerre, préc.

licenciements découlant de ces accords bénéficient en outre d'une pré-constitution de cause réelle et sérieuse¹⁰⁶⁵. Le juge perd le contrôle du motif de la rupture contractuelle d'origine patronale, dont le bien-fondé découle désormais directement de l'application de l'accord¹⁰⁶⁶. La cause du licenciement provient du refus de l'application de l'accord collectif lui-même et le juge ne peut venir apprécier la volonté de ses signataires.

368. Ces accords d'entreprises atypiques sont révélateurs de la dynamique de contractualisation de la norme conventionnelle. Ils illustrent la volonté du législateur de décliner « *dans le domaine des normes négociées l'idée de non-ingérence du juge dans le contrat* »¹⁰⁶⁷. Le contrôle judiciaire est ainsi restreint tant dans le contenu de l'accord collectif que dans les actes qui en découlent, estompant un peu plus la « *relevante pour l'ordre juridique étatique* »¹⁰⁶⁸. Selon Monsieur Frédéric Géa, ces phénomènes judiciaires et législatifs sont révélateurs d'un processus d'« *autonomisation* » de l'ordre conventionnel par rapport à l'ordre juridique étatique, un concept qui se réclame de l'école de pensée du pluralisme juridique¹⁰⁶⁹. Selon cette doctrine, l'État ne doit pas détenir le monopole de la production du droit, « *celui-ci peut naître au sein de toute collectivité quoiqu'elle ne soit pas dotée d'une quelconque souveraineté, pourvu qu'elle soit tout de même suffisamment structurée pour être consciente d'elle-même* »¹⁰⁷⁰. Le retrait du contrôle du juge des accords et conventions collectives s'inscrit dans ce sens et ostracise un peu plus l'ordre conventionnel de l'ordre juridique. La mise en concurrence de ces deux ordres normatifs contribue à l'édification à long terme d'un système juridique au sein duquel les personnes auraient le choix d'opter pour un droit applicable au sein d'ordres existants (« *pluralisme d'adhésion* ») ou façonner un ordre juridique original autonome applicable à leurs relations (« *pluralisme de création* »)¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁵ C. trav., art. L. 2254-2, V : « *L'employeur dispose d'un délai de deux mois à compter de la notification du refus du salarié pour engager une procédure de licenciement. Ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse* ».

¹⁰⁶⁶ D. Baugard et L. Gratton, préc.

¹⁰⁶⁷ F. Géa, préc.

¹⁰⁶⁸ T. Katz, *La négociation collective et l'emploi*, Thèse de doctorat, Droit privé, Université Paris 10, Paris, LGDJ, Coll. « Thèses », 2007, p. 115 s.

¹⁰⁶⁹ F. Géa, *op. cit.*

¹⁰⁷⁰ R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Paris, LGDJ, 2013, p. 81.

¹⁰⁷¹ J. Vanderlinden, *Les pluralismes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, Coll. « Penser le droit », 2013, spéc. p. 323 s.

Conclusion du Chapitre 1

369. En faisant bénéficier aux syndicats représentatifs d'un socle démocratique, la loi du 20 août 2008 a légitimé l'intensification du processus de décentralisation du droit du travail, amorcé dès la loi du 13 novembre 1982 et sérieusement engagé par la loi du 4 mai 2004. Les réformes suivantes ont conduit progressivement à la consécration de la prééminence de l'accord collectif d'entreprise au sein de l'ordre conventionnel ainsi que sur le contrat de travail. La primauté sur le contrat de travail est toutefois limitée à des cas de recours certes restreints mais dont les modalités sont continuellement assouplies et les conséquences juridiques aggravées, au détriment du salarié. À ce processus s'ajoute celui, plus général, de l'autonomisation de la norme conventionnelle, toujours plus préservée de l'interventionnisme judiciaire. L'accroissement de la force normative des conventions et accords collectifs et leur soustraction au contrôle du juge se réalisent au détriment d'un ordre juridique supérieur et d'intérêt général. Ce processus pourrait *in fine* conduire à cette société « *post juridique* »¹⁰⁷² dans laquelle « *le droit se serait dissous dans un océan de normativité indistincte* »¹⁰⁷³. La loi ne serait alors qu'une option et pourrait être constamment écartée au profit d'un « *non-droit négocié* » ou plutôt d'un droit non négocié.

370. En effet, cette décentralisation du droit du travail au sein de l'entreprise s'accompagne de modalités de conclusion des accords collectifs plus favorables à l'employeur. L'acteur syndical, représentant de la partie salariée et défenseur de ses intérêts, est quant à lui mis à l'écart de l'élaboration de la norme conventionnelle.

Chapitre 2. La mise à distance de l'acteur syndical de la négociation collective d'entreprise

371. La prééminence octroyée à l'accord collectif d'entreprise au sein de l'ordre conventionnel et, dans certains cas, sur le contrat de travail, a notamment été justifiée par l'assise démocratique conférée par la loi du 20 août 2008 aux organisations représentatives. Ces dernières, bénéficiant d'une légitimité électorale, il a été considéré qu'elles pouvaient engager les salariés au terme d'accords d'entreprise aux conséquences juridiques toujours plus importantes. Paradoxalement, alors qu'il a consacré, par étapes, la prééminence de l'accord collectif d'entreprise, le législateur n'a pas renforcé en retour la priorité de négociation conférée au délégué

¹⁰⁷² F. Géa, préc.

¹⁰⁷³ F. Ost, *À quoi sert le droit ?*, Bruxelles, Bruylant, Coll. « Penser le droit », 2016, p. 1.

syndical, ce qui aurait pourtant été logique. Au contraire, l'accroissement de la force normative de l'accord collectif a été accompagné de l'évincement progressif de l'acteur syndical de la négociation collective. L'évolution des modalités d'adoption des accords collectifs au sein de l'entreprise a permis à l'employeur de se passer de la majorité des syndicats représentatifs pour leur conclusion (Section 1). La prérogative de négociation dont jouit le délégué syndical a en outre été remise en cause par la mobilisation croissante de négociateurs palliatifs non syndicaux (Section 2).

Section 1. L'allègement des modalités d'adoption de l'accord d'entreprise

372. L'accroissement de la force normative de l'accord collectif d'entreprise aurait dû logiquement être accompagné d'un renforcement de ses conditions d'adoption. Les conséquences juridiques de l'accord étant plus importantes, il aurait été salutaire que sa conclusion soit soumise à des exigences accrues. Or, paradoxalement, le législateur a rendu possible la conclusion d'un accord d'entreprise par un ou plusieurs syndicats représentatifs ne représentant pas la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles (A). Même lorsque ces exigences n'ont pas été satisfaites, l'employeur peut désormais solliciter l'expression directe des salariés, grâce la généralisation du référendum (B).

A. La conclusion d'un accord collectif d'entreprise à la majorité tronquée

373. Afin de construire un cadre juridique et institutionnel aux relations professionnelles, la loi du 11 février 1950¹⁰⁷⁴, a consacré le principe d'unicité de signature permettant d'engager l'ensemble des salariés par la signature d'une seule organisation syndicale représentative¹⁰⁷⁵. Même au niveau de l'entreprise, l'accord collectif s'appliquait comme s'il avait été signé par plusieurs organisations syndicales. Ces conditions de conclusion des accords collectifs, peu restrictives, ont notamment été animées par la volonté de contourner le leadership de la CGT, alors largement majoritaire à l'époque¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷⁴ Loi n°50-205 du 11 février 1950, préc.

¹⁰⁷⁵ G. Caire, *La négociation collective*, op. cit.

¹⁰⁷⁶ H. W. Ehrmann, *La politique du patronat français 1936/1955*, Paris, Colin, Coll. « Sciences politiques », 1953, p. 384. Cette assouplissement du régime conventionnel par rapport au régime antérieur, institué par la loi du 23 décembre 1946 (préc.) est une revendication du patronat.

374. La représentation majoritaire est toutefois revenue en force sous une forme négative avec les lois « *Auroux* » à travers l’octroi aux syndicats majoritaires d’un droit d’opposition pour empêcher la mise en œuvre d’un accord collectif dérogatoire¹⁰⁷⁷ ou la révision d’une convention collective¹⁰⁷⁸. Elle prévoyait la possibilité pour les syndicats majoritaires de bloquer ce type d’accords en faisant valoir un droit d’opposition. Les syndicats ayant obtenu plus de 50 % des suffrages des électeurs inscrits pouvaient s’opposer à l’application d’un accord signé par un syndicat représentatif. Ce droit d’opposition a peu été utilisé car il était bien difficile d’obtenir plus de 50 % des électeurs inscrits. Considéré positivement par une partie de la doctrine¹⁰⁷⁹ ainsi que par la CFDT et la CGT, le « *principe majoritaire* » a été mis au centre du droit de la négociation collective avec la loi du 4 mai 2004¹⁰⁸⁰.

375. Loi du 4 mai 2004¹⁰⁸¹ dite « *Fillon* » a quant à elle prévu que les règles de validité des conventions et accords collectifs négociés au niveau de l’entreprise ou de l’établissement devaient être définies par une convention ou un accord de branche étendu applicable à l’entreprise, en choisissant entre deux systèmes¹⁰⁸². Soit, la signature par les organisations syndicales majoritaires dans l’entreprise sachant que, pour être majoritaire, une organisation syndicale signataire devait avoir obtenu au moins la moitié des suffrages exprimés lors du premier tour des élections du comité d’entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Un accord signé par une ou des organisations syndicales minoritaires pouvait toutefois être valable s’il était approuvé par la majorité des salariés de l’entreprise ou de l’établissement concerné¹⁰⁸³. Soit par l’application de la règle de l’absence d’opposition des organisations syndicales majoritaires (notion de majorité appréciée de la même façon que majorité d’approbation). Dans un tel cas, la signature des organisations syndicales minoritaires pouvait suffire. Si la convention ou l’accord de branche étendu applicable à l’entreprise ne définissait pas les règles de validité des conventions et accords collectifs négociés au niveau de l’entreprise ou de l’établissement, l’absence d’opposition des organisations syndicales majoritaires était la règle.

¹⁰⁷⁷ C. trav., L. 132-26 ancien.

¹⁰⁷⁸ C. trav., L. 132-7 ancien.

¹⁰⁷⁹ G. Borenfreund, « *L’idée majoritaire dans la négociation collective* » in « *Mélanges dédiés à M. Despax* », Toulouse, Presses de l’Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 429.

¹⁰⁸⁰ C. trav., art. L. 132-2-2, II ancien.

¹⁰⁸¹ Loi n°2004-391 du 4 mai 2004, préc., art. 37.

¹⁰⁸² C. trav., art. L. 2232-12 et s. anciens ; C. trav., art. L. 132-2-2 III.

¹⁰⁸³ Il fallait alors un vote des salariés, organisé à l’initiative des organisations salariales signataires ; l’appréciation de la majorité étant faite en fonction des suffrages exprimés, le tout devant se dérouler dans le respect des principes du droit électoral.

376. La loi du 20 août 2008 est venue harmoniser et simplifier ce régime en soumettant la conclusion d'un accord d'entreprise à l'approbation par des syndicats représentant au moins 30 % et l'absence d'opposition de ces mêmes syndicats d'au moins 50 % des suffrages exprimés dans l'entreprise lors des élections professionnelles¹⁰⁸⁴. Corrélativement à l'autonomisation croissante des accords d'entreprise et le soi-disant regain de légitimité apporté aux syndicats par la représentativité démontrée, le système d'approbation de la loi du 20 août 2008 a été réformé. L'absence d'opposition a été abandonnée au profit d'une majorité d'approbation pour l'adoption d'un accord collectif d'entreprise. L'exigence majoritaire, présentée comme garantissant la signature d'un accord seulement après approbation de la majorité des syndicats, permet en réalité à l'employeur de conclure plus facilement un accord d'entreprise, en bénéficiant de l'accord d'un ou plusieurs syndicats représentatifs ne bénéficiant pas de la majorité des suffrages exprimés. Cet accord « *majoritaire* », réservé au départ à certains accords, a ensuite été généralisé.

377. La loi du 13 juin 2013¹⁰⁸⁵ a consacré l'accord « *majoritaire* » pour la conclusion des AME¹⁰⁸⁶ et les accords relatifs au plan de sauvegarde de l'emploi¹⁰⁸⁷. La loi « *Travail* » du 8 août 2016¹⁰⁸⁸ a ensuite étendu cette exigence de majorité positive¹⁰⁸⁹ aux accords relatifs à la durée du travail, aux repos et aux congés à partir du 1er janvier 2017. Elle a généralisé le principe majoritaire à tous les autres accords collectifs d'entreprise à partir du 1er septembre 2019¹⁰⁹⁰, ramené finalement au 1er mai 2018¹⁰⁹¹. Sont d'ailleurs conclus suivant cette procédure certains accords relatifs aux institutions représentatives du personnel, prévoyant notamment

¹⁰⁸⁴ C. trav., art. L. 2232-12 ancien.

¹⁰⁸⁵ Loi n°2013-504 du 14 juin 2013, préc.

¹⁰⁸⁶ C. trav., art. L. 5125-4, I. ancien: « *Par dérogation à l'article L. 2232-12, la validité de l'accord mentionné à l'article L. 5125-1 est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des 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* ».

¹⁰⁸⁷ C. trav., art. L. 1233-24-1 ancien.

¹⁰⁸⁸ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016, préc.

¹⁰⁸⁹ Les accords relatifs au temps de travail, les accords d'entreprise doivent dès le 1er janvier 2017 être adoptés par des syndicats représentant 50 % des salariés (accord de préservation et de développement de l'emploi). L'exigence majoritaire n'est imposée pour les autres accords qu'à compter du 1er septembre 2009. L'exigence majoritaire positive n'est pas étendue aux accords de branches et interprofessionnels.

¹⁰⁹⁰ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016, préc., art. 21, IX.

¹⁰⁹¹ Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017, préc., art. 11.

l'aménagement des dispositions légales relatives aux attributions du CSE ¹⁰⁹² ou à son fonctionnement¹⁰⁹³. C'est également le cas des accords de groupe transférant vers le comité de groupe les consultations récurrentes¹⁰⁹⁴ ou ponctuelles¹⁰⁹⁵ des CSE.

378. La condition de majorité pour conclure un accord collectif, antérieurement fixée à 30 %, est désormais portée à 50 % des suffrages exprimés, ce qui *a priori* laisse penser que les conditions d'adoption ont été renforcées. La réforme a toutefois modifié discrètement l'assiette à partir de laquelle se calcule le poids de chaque organisations syndicales, signataires ou non, pour atteindre ces 50 %. La réduction de cette assiette, passée quasiment inaperçue, est pourtant déterminante. Sous l'empire de la loi du 20 août 2008, les pourcentages de chaque organisation étaient comptabilisés à partir « *des suffrages exprimés* » au premier tour des dernières élections professionnelles dans l'entreprise¹⁰⁹⁶. Depuis la loi « *Travail* » du 8 août 2016, les pourcentages sont calculés lors de ces mêmes élections mais seulement parmi les « *suffrages exprimés en faveur d'organisation représentatives* »¹⁰⁹⁷. En restreignant l'assiette, ces nouvelles dispositions ont fortement assoupli les conditions d'adoption d'un accord d'entreprise. À titre d'exemple, une entreprise dans laquelle les élections professionnelles ont donné les résultats suivants :

- syndicat X: 15% des suffrages exprimés ;
- syndicat Y: 12% des suffrages exprimés ;
- syndicat Z: 13% des suffrages exprimés ;
- autres organisations syndicales dont les résultats sont inférieurs à 10% des suffrages exprimés.

379. D'après les résultats et le critère d'audience électorale posée par la loi du 20 août 2008, seuls les syndicats X, Y et Z sont représentatifs dans cette entreprise. Sous l'empire des dispositions en vigueur avant la loi du 8 août 2016, les syndicats Y et Z n'auraient pas pu conclure un accord d'entreprise, leurs résultats additionnés ne représentant que 25 % des suffrages exprimés (soit, 12 % + 13 % = 25%). En vertu des dispositions en vigueur, les 12 % de l'intégralité des suffrages exprimés deviennent 30 % des suffrages exprimés en faveur

¹⁰⁹² Uniquement dans un sens plus favorable aux salariés (C. trav., art. L. 2312-4).

¹⁰⁹³ C. trav., art. L.2315-2.

¹⁰⁹⁴ C. trav., art. L.2312-20.

¹⁰⁹⁵ C. trav., art. L.2312-56.

¹⁰⁹⁶ C. trav., art. L. 2232-12 ancien.

¹⁰⁹⁷ C. trav., art. L. 2232-12

d'organisations syndicales représentatives. Les 13 % de l'ensemble des suffrages exprimés deviennent 32,50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives. D'après ces nouvelles modalités de calcul, les résultats combinés des syndicats Y et Z représentent 62,50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives. Ils peuvent donc valablement conclure un accord d'entreprise puisqu'ils réunissent plus de 50 %. Sous l'ancienne réglementation, ces deux syndicats n'auraient pas pu conclure l'accord.

380. En outre, sous l'empire de l'ancienne réglementation, une majorité composée d'autres syndicats représentatifs, non signataires, aurait pu empêcher la conclusion de l'accord en faisant valoir un droit d'opposition majoritaire. Ces syndicats non signataires sont désormais privés de cette faculté par le droit positif. Les dispositions nouvelles issues de la loi du 13 juin 2013 et de la loi du 8 août 2016, d'ordre public¹⁰⁹⁸, assouplissent donc fortement les conditions d'adoption d'un accord d'entreprise en permettant à une majorité d'approbation de se former plus facilement. L'accord peut être validé par la signature d'organisations syndicales représentatives en réalité minoritaires dans l'entreprise. Les organisations représentatives rassemblant la majorité sont, quant à elles, privées de leur droit d'opposition.

381. Malgré l'adoption de cette procédure facilitant l'adoption d'un accord collectif d'entreprise, le législateur a prévu une solution de secours au profit de l'employeur en cas d'échec. Si ce dernier ne trouve pas de majorité pour adopter l'accord, il peut dans certaines conditions solliciter directement l'avis de ses salariés.

B. Le recours au référendum en cas d'absence d'approbation majoritaire de l'accord collectif

382. En cas d'absence d'approbation syndicale dite majoritaire, le législateur a offert à l'employeur une seconde chance de faire valider le projet d'accord collectif en recourant à la consultation directe des salariés.

383. Le Code du travail a déjà admis certains cas de recours au référendum pour la conclusion d'accords collectifs en matière de participation¹⁰⁹⁹, d'intéressement¹¹⁰⁰ et d'horaires individualisés en l'absence de représentant du personnel¹¹⁰¹. Malgré les propositions en ce sens, les lois « *Auroux* » n'ont pas fait du référendum une technique de conclusion officielle des accords collectifs d'entreprise. La loi « *Aubry II* » du 19 janvier 2000, puis la loi « *Fillon* » du 4 mai 2004,

¹⁰⁹⁸ C. trav., art. L. 2231-1.

¹⁰⁹⁹ C. trav., art. L. 3322-6.

¹¹⁰⁰ C. trav., art. L. 3312-5.

¹¹⁰¹ C. trav., art. L. 3122-24.

ont prévu dans certains cas le recours au référendum lorsque les conditions de conclusion habituelles d'un accord collectif n'étaient pas réunies. La loi du 20 août 2008 a ensuite fait référence à cette modalité d'adoption à plusieurs reprises. L'adoption d'un accord d'entreprise négocié par un négociateur non syndical¹¹⁰² a été soumise à l'expression directe des salariés¹¹⁰³.

384. Simultanément à la consécration de l'accord dit majoritaire, la loi « *Travail* » a prévu une alternative permettant d'adopter par référendum l'accord d'entreprise qui n'aurait trouvé aucune majorité syndicale. Si le texte a été signé à la fois par l'employeur et par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'« *organisations syndicales représentatives* » (et non pas en faveur de tous les suffrages exprimés), une ou plusieurs de ces organisations ayant recueilli plus de 30 % des suffrages disposent d'un délai d'un mois à compter de la signature de l'accord pour indiquer qu'elles souhaitent organiser une consultation des salariés pour valider l'accord¹¹⁰⁴. L'ordonnance du 22 septembre 2017 a rajouté qu'au terme de ce délai d'un mois, si ces organisations syndicales n'ont pas demandé l'organisation du référendum, l'employeur peut alors solliciter la tenue de la consultation. Le référendum est organisé « *en l'absence d'opposition de l'ensemble de ces organisations* » qui constituent les 30 % ayant signé l'accord. L'unanimité est donc requise pour empêcher l'employeur de consulter directement les salariés. À l'issue d'un délai de huit jours à compter de cette demande, si les potentielles signatures d'autres organisations syndicales représentatives n'ont pas permis d'atteindre le taux de 50 % et que les autres conditions sont toujours remplies, cette consultation est organisée dans un délai de deux mois¹¹⁰⁵. Pour être valide, le projet d'accord doit être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés. Les abstentionnistes et les votes blancs n'étant pas comptabilisés, l'approbation d'une minorité de salariés de l'entreprise suffit à valider l'accord. Dans le cas contraire, l'accord est réputé non écrit.

385. L'expression directe des salariés a été présentée comme un progrès du dialogue social visant à émanciper les travailleurs du joug d'organisations syndicales auxquelles ils adhèrent peu. Ce prétendu renforcement du dialogue interne à l'entreprise par le deuxième alinéa de l'article L. 2232-12 du Code du travail contribue à exclure les syndicats de la négociation collective. Trois catégories de référendums sont généralement distinguées. Le référendum

¹¹⁰² Négociateur mandaté par une organisation syndicale (C. trav., art. L. 2232-23-1), représentant de section syndicale (C. trav., art. L. 2232-14.) ainsi que dans les entreprises de moins de onze salariés (C. trav., art. L. 2232-21 et L. 2232-22.: dans ce cas l'accord doit être approuvé à la majorité des deux tiers du personnel).

¹¹⁰³ C. trav., art. L. 2232-21-1 et L. 2232-27.

¹¹⁰⁴ C. trav., art. L. 2232-12 al. 2.

¹¹⁰⁵ C. trav., art. L. 2232-12 al. 3.

consultatif, initié par les syndicats, est une modalité de l'exercice du droit syndical, de nature à renforcer les liens avec la collectivité des salariés. La consultation des salariés par le référendum est une pratique syndicale ancienne¹¹⁰⁶, utilisée de manière informelle pour connaître l'avis des salariés avant d'engager un conflit collectif ou de négocier avec la direction de l'entreprise. Le syndicat SUD-PTT avait par exemple organisé à la fin de l'été 1997 un référendum à l'issue duquel la majorité des salariés de « *France Télécom* » avait voté contre l'ouverture du capital de l'entreprise¹¹⁰⁷.

386. Les autres types de référendum, le référendum décisionnel et le référendum intégré au processus de négociation avec les syndicats, s'apparentent davantage à des « *modes de légitimation d'un processus décisionnel largement impulsé par l'employeur* »¹¹⁰⁸. La faculté octroyée à l'employeur de consulter ses salariés pour valider un accord collectif dont la signature a été refusée par les syndicats majoritaires revient à faire pression sur ces derniers. D'ailleurs, selon le comité de la liberté syndicale auprès de l'OIT, ce genre de méthode a pour conséquences d'« *affaiblir les organisations de travailleurs capables de défendre de manière autonome les intérêts des travailleurs pendant la négociation collective* »¹¹⁰⁹. L'essor du référendum a d'ailleurs été

¹¹⁰⁶ É. Colin, « Généraliser le référendum en entreprise revient à y affaiblir les syndicats », http://www.wk-rh.fr/actualites/actualites_imprimer.php?action=imprimer&actualite_id=91704 [consulté le 10 mars 2019].

¹¹⁰⁷ P. Khalfa, « Face à la privatisation de France Télécom, l'expression directe des salariés n'est pas qu'une promesse de Jospin. L'exigence démocratique », *Libération*, 10 septembre 1997.

¹¹⁰⁸ J. Dirringer, « Le référendum ou "la mort du fait syndical" ? », *Silo Mag*, septembre 2017, <https://silogora.org/le-referendum-ou-la-mort-du-fait-syndical> [consulté le 16 mai 2019].

¹¹⁰⁹ « La commission rappelle qu'elle a toujours considéré que la négociation directe entre l'entreprise et des groupes de travailleurs non syndiqués plutôt qu'avec des organisations de travailleurs lorsque celles-ci sont en place va en l'encontre de la promotion de la négociation collective telle que prévue à l'article 4 de la convention. En outre, la commission a constaté que, dans la pratique, la négociation des conditions de travail et d'emploi par le biais de groupes qui ne réunissent pas les conditions nécessaires pour être considérés comme des organisations de travailleurs peut être utilisée pour décourager l'exercice de la liberté syndicale et affaiblir les organisations de travailleurs capables de défendre de manière autonome les intérêts des travailleurs pendant la négociation collective. A la lumière de ce qui précède, la commission prie à nouveau le gouvernement de prendre les mesures nécessaires pour appliquer les critères de la décision n°12457-2011 et pour intensifier la promotion de la négociation collective avec les organisations syndicales, conformément à la convention. La commission espère pouvoir constater des progrès tangibles en ce qui concerne la proportion d'accords directs par rapport aux conventions collectives dans le secteur privé » (Conférence internationale du Travail, 106ème session, 2017, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, p. 102.).

vivement critiqué dès les années 1980¹¹¹⁰, accusé de court-circuiter les syndicats¹¹¹¹. Selon Jean Auroux, l'apparition du référendum a sonné « *la mort du fait syndical* »¹¹¹².

387. La procédure mise en place par la loi du 8 août 2016 permet en outre à l'employeur de faire adopter un accord au terme d'une procédure initiée par des organisations syndicales représentatives minoritaires dans l'entreprise. Ce mécanisme décrédibilise les syndicats représentatifs majoritaires dont l'employeur peut dorénavant se passer pour adopter un accord collectif. Ces derniers bénéficient pourtant d'une légitimité démocratique découlant de l'expression directe des salariés. Remettre en question les syndicats représentatifs revient à nier l'expression des salariés lors des élections professionnelles, laquelle était pourtant, selon la loi du 20 août 2008, censée renforcer leur légitimité. L'éviction progressive de l'acteur syndical de l'élaboration de la norme du travail n'est pas anodine. L'expression d'une multiplicité d'intérêts individuels des salariés est susceptible d'aboutir à des divisions. Quand bien même de fortes divergences peuvent exister entre eux, chacun des syndicats ne parle que d'une seule voix¹¹¹³.

388. Le référendum marque l'abandon de la politique contractuelle, qui garantit une part de démocratie dans l'entreprise à défaut de partage de sa gestion, au profit d'une politique exclusivement verticale. Si l'employeur peut se passer des organisations représentatives majoritaires dans l'entreprise, pourquoi le référendum serait-il conditionné à l'approbation minimale de 30 % d'entre elles ? En s'affranchissant totalement du syndicat, le référendum permettrait à l'employeur de s'adresser directement à ses salariés. La loi du 29 mars 2018 a d'ailleurs concrétisé cette « *conception passéiste de l'entreprise* »¹¹¹⁴ dans les entreprises de moins de onze salariés en permettant, sans conditions, à l'employeur de soumettre directement au vote de ses salariés un texte qu'il a élaboré lui-même en amont¹¹¹⁵.

¹¹¹⁰ B. Gauriau, « Le référendum, un préalable nécessaire ? », *Dr. social*, 1998, p. 338.

¹¹¹¹ S. Schweitzer, « Le référendum d'entreprise démode-t-il le syndicalisme ? », *Dr. social*, 2018, p. 410.

¹¹¹² Ministre du Travail Monsieur Jean Auroux, lors d'une séance de l'Assemblée nationale du 10 juin 1982, C.R. de la deuxième séance, réponse du Ministre du travail à l'amendement proposé par M. Noir, JOAN, Débats, 1982, p. 3245.

¹¹¹³ O. Tholozan, « Tradition holiste du droit social et référendum d'entreprise », *Dr. social*, 2018, p. 405.

¹¹¹⁴ J. Auroux, « Le référendum d'entreprise est-il une parodie de démocratie ? », Face à face entre Jean Auroux, Ancien ministre du Travail Alexandre Saubot Vice-président du Medef en charge des questions sociales, *L'Humanité*, 26 Février 2016.

¹¹¹⁵ Ordonnance n°2017-1385 relative au renforcement de la négociation collective, art. 8: « Art. L. 2232-21 (du Code du travail) - Dans les entreprises dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés, l'employeur peut proposer un projet d'accord aux salariés, qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective prévus par le présent code, y compris, dans les domaines faisant l'objet des dispositions contenues à l'article L. 2232-10-1. »

389. Les inconvénients du référendum en tant que modalité d'expression démocratique « *sont considérables* »¹¹¹⁶. Ce procédé est limité puisqu'il ne laisse aux votants qu'un choix quasi-manichéen restreint à trois alternatives : accepter, refuser ou s'abstenir. Il prive la possibilité d'apporter une réponse plus nuancée ou plus élaborée à une question. Le débat et la confrontation des opinions sont pourtant essentiels compte tenu de la complexité de l'organisation du travail salarié et de la place prédominante donnée à l'accord collectif. Au sein de l'entreprise, la teneur démocratique du référendum est encore plus discutable¹¹¹⁷, sur le fond comme sur la procédure. La qualité de l'expression réside dans l'identité de la personne ou institution à l'initiative du texte soumis à la consultation. Le référendum dans l'entreprise n'est jamais d'initiative syndicale, ni salariale, mais uniquement patronale. La démocratie sociale devrait pourtant doter le syndicat d'un droit d'initiative en matière de négociation collective. Or, il n'en n'est rien. Tout comme les référendums législatifs ou constitutionnels souffrent de l'absence d'initiative populaire directe¹¹¹⁸, le référendum d'entreprise pâtit de celle des travailleurs. Il n'est donné la parole à ces derniers seulement lorsqu'il s'agit d'approuver un accord collectif. Le reste du temps, ils n'ont pour seul droit que de se taire.

390. Le référendum donne en outre la parole aux salariés de manière individuelle. Chaque vote constitue l'expression d'une volonté prise non pas dans l'intérêt du collectif, mais dans un intérêt individuel. L'addition de ces volontés individuelles a pourtant vocation à élaborer une norme « *fondamentalement collective* »¹¹¹⁹ dans ses effets. Il est ainsi paradoxal de subordonner l'intérêt collectif des salariés à l'expression d'intérêts individuels. Demander l'avis des salariés sur une question qui les concerne directement semble au premier abord tomber sous le sens puisqu'ils seront directement touchés par la décision qui en découle. Mais cette analogie avec la démocratie politique est quelque peu limitée puisqu'elle ne prend pas en compte les spécificités de la démocratie sociale. Dans la cité, le référendum peut apparaître comme l'incarnation la plus parfaite de la démocratie puisqu'elle permet l'expression directe du peuple souverain. La logique est bien différente au sein de l'entreprise dans laquelle la souveraineté appartient à l'employeur, seul détenteur du pouvoir. Il est en outre difficile de trouver un fondement légitime à l'octroi aux salariés d'un pouvoir semblable aux syndicats majoritaires, leur permettant d'élaborer et d'imposer une norme aux salariés minoritaires, abstentionnistes ou salariés futurs de l'entreprise.

¹¹¹⁶ J. Auroux, préc.

¹¹¹⁷ G. Bélier, « Le référendum : halte au feu », *Sem. Soc. Lamy*, 2016, n°1712, p. 6.

¹¹¹⁸ Constitution du 4 octobre 1958, art. 11, art. 72-1, art. 88-5 et art. 89.

¹¹¹⁹ P. Adam, « La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail », in T. Sachs (dir.), *La Volonté du salarié*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2012, 272 pp.

391. La démocratie sociale est plus efficace que la démocratie politique dans le cadre du travail salarié puisqu'elle consacre l'intérêt des travailleurs dans leur globalité et non pas dans leur individualité. Au sein d'une même communauté de salariés, l'intérêt personnel peut se démarquer de l'intérêt de tous¹¹²⁰. Ainsi, dans des cas ponctuels et marginaux, il est déjà arrivé que des salariés interviennent aux côtés de leur employeur pour tenter de faire échec à l'action des organisations syndicales hostiles à l'ouverture de certains magasins le dimanche¹¹²¹. La préservation des droits collectifs justifie ainsi des dérogations au principe de l'action individuelle au profit de l'acteur syndical, qui a « *pour mission de lier les intérêts individuels et de favoriser la solidarité collective* »¹¹²². En représentant l'intérêt collectif, le syndicat offre au salarié la faculté de sortir de sa situation individuelle pour en faire un salarié-citoyen dans l'entreprise. La représentation syndicale et la démocratie d'entreprise sont indissociables puisque la première donne sa consistance à la seconde.

392. L'évincement progressif du syndicat, garant de l'intérêt collectif, dans l'élaboration de la norme du travail, n'est donc pas banal. Le référendum est un outil efficace pour exercer une pression sur les salariés eux-mêmes et permet de faire converger leurs intérêts individuels avec celui de l'employeur. En lançant une consultation, l'employeur s'adresse à des travailleurs qui lui sont subordonnés. Ils ne constituent alors qu'une « *collectivité inerte privée de tout moyen d'action et d'expression collective* »¹¹²³. L'alternative laissée aux votants lors du référendum est d'autant plus réduite lorsqu'elle se fait au sein de l'entreprise. Les salariés ne bénéficient pas d'une réelle marche de manœuvre. Par exemple, en recourant à un accord de performance collective¹¹²⁴ le choix laissé par employeur aux salariés est très restreint. Ce dernier s'engage à ne pas supprimer un certain nombre d'emplois si les salariés acceptent une baisse de leur rémunération. Dans un tel cas, le choix des salariés, qui se situe entre la perspective du chômage ou bien d'une baisse de salaire, revêt un caractère démocratique contestable. Il n'est d'ailleurs pas prévu que les salariés soient informés ni sur le contenu de l'APC ni sur ses conséquences avant le vote. Dans ces conditions, il est fort probable que les travailleurs consentent, non pas par conviction réelle, mais par nécessité ou par crainte de perdre leur emploi.

¹¹²⁰ Cette situation est bien illustrée dans le film « *Deux jours une nuit* », réalisé par les frères Dardenne, 2014.

¹¹²¹ O. Gouël, « Le respect de la loi l'emporte sur les intérêts particuliers », *Sem. Soc. Lamy*, 2014, n°1620, p. 11.

¹¹²² P. Rennes, « Accès à la justice sociale : vers l'action collective », *Dr. ouvrier*, 2013, p. 523.

¹¹²³ J. Dirringer, préc.

¹¹²⁴ C. trav., art. L. 2254-2.

393. Dans un cas similaire, les syndicats de l'entreprise, garants d'un intérêt collectif, auraient certainement pour réflexe premier de refuser l'accord en contestant l'opportunité¹¹²⁵ même de son recours par l'employeur. L'expertise juridique et technique dont ils bénéficient permettrait l'étude en détail de la réalité des motifs invoqués par l'employeur. La réaction au spectre du chômage serait plus sereine, plus froide et éviterait de céder trop facilement aux propositions patronales lors d'une négociation menée avec la crainte de la suppression de l'emploi, confortant l'ascendant de l'employeur dans le rapport de force. Et quand bien même les conditions de l'APC seraient réunies, l'acteur syndical, mieux préparé à l'exercice de la négociation, n'accepterait la baisse de rémunération qu'après avoir obtenu des contreparties suffisantes (la minimisation de la réduction de salaire, l'allongement de la période durant laquelle l'employeur s'interdit de licencier, *etc.*). L'employeur sait parfaitement que, dans une telle situation, le salarié ne se montrera pas aussi combatif que le syndicat. Poussé par la peur de la perte d'emploi et de ses conséquences directes (le chômage) et indirectes (pécuniaires, sociales, familiales), le travailleur est susceptible de céder plus rapidement dans l'anonymat de l'isolement.

394. La généralisation du référendum d'entreprise révèle ce qu'il advient progressivement de la négociation collective. Elle n'est plus une prérogative de l'acteur syndical ni une limitation du pouvoir patronal mais devient l'outil de sa légitimation. Ce « *bonapartisme régurgité* » annihile tout contre-pouvoir de poids¹¹²⁶. Le référendum permet à l'employeur de contourner l'expression de la majorité des syndicats représentatifs dans l'entreprise¹¹²⁷. Il est un outil efficace mis à la disposition de ce dernier pour forcer l'adoption d'un accord d'entreprise « *au pied de biche* »¹¹²⁸ dont les enjeux peuvent être lourds de conséquences pour les salariés, notamment avec la « *rupture conventionnelle collective* »¹¹²⁹ ou encore les accords de performance collective. La situation dans laquelle certains salariés pourraient se retrouver suite à la signature de tels accords, par référendum, a remarquablement été illustrée par Madame Josépha Dirringer¹¹³⁰ :

¹¹²⁵ *Ibid.*, I.: « Afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi »

¹¹²⁶ J. Dirringer, préc.

¹¹²⁷ G. Bélier, préc.

¹¹²⁸ E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail 2018*, 11^e éd., Paris, Dalloz, Coll. « Hyper-cours », 2017, p. 562.

¹¹²⁹ C. trav., art. L. 1237-19. Dans ce dernier cas, la validation d'un tel accord par la DIRECCTE est toutefois restée nécessaire et peut empêcher les dérives auxquels un tel accord peut aboutir. En revanche, pour les APC, ce garde-fou administratif n'existe pas (C. trav., art. L. 2254.2.).

¹¹³⁰ J. Dirringer, préc.

« L'accord approuvé, le salarié réticent n'aura plus de moyen pour résister sans craindre de perdre son emploi. Qu'il soit malade ou en situation de handicap, qu'il ait seul la charge d'une famille, qu'il s'occupe d'un proche, ou qu'il ait simplement un loyer à payer, rien ne justifie qu'il puisse dire non, à travailler plus, à travailler moins, à travailler ailleurs, ou gagner moins. La majorité en a décidé.

La lutte contre le chômage l'impose. Peu importe son contrat de travail. Qu'il y consente ou qu'il parte. Pis, le salarié qui refusera l'application d'un tel accord sera non seulement licencié, mais plus encore il sera privé de toutes les garanties reconnues aux salariés licenciés pour motif économique et du droit de contester son licenciement. Aux termes des nouvelles dispositions légales, « ce licenciement ne constitue pas un licenciement économique et repose sur une cause réelle et sérieuse » (sic), empêchant ainsi le juge de contrôler le motif du licenciement ».

395. La marginalisation de l'acteur syndical dans la négociation collective s'opère également par la mobilisation croissante de négociateurs palliatifs non syndicaux et non élus.

Section 2. La mobilisation croissante de négociateurs palliatifs non syndicaux

396. La négociation et la conclusion d'une convention ou d'un accord collectif d'entreprise sont des prérogatives appartenant aux organisations syndicales représentatives dans l'entreprise qui l'exercent par l'intermédiaire de leur délégué syndical. À ce titre, le fait pour l'employeur de privilégier un autre interlocuteur que le délégué syndical pour la négociation d'un accord d'entreprise constitue selon la Cour de cassation un délit d'entrave¹¹³¹. Le Conseil constitutionnel a toutefois précisé en 1996¹¹³² que, si les organisations syndicales ont « vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs », ces dernières ne disposent pas d'un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective, des salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat pouvant également y participer. Le législateur a progressivement étendu cette compétence à des négociateurs palliatifs non syndicaux, voire même des salariés non élus d'une instance représentative du personnel, en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise. Cette extension assure à l'employeur la présence d'un interlocuteur pouvant représenter et engager

¹¹³¹ Cass. crim., 18 novembre 1997, n° 96-80.002.

¹¹³² Cons. const., DC n°96-383 du 6 novembre 1996, préc., consid. n°8.

la partie salariée (A). L'ordonnance du 22 septembre 2017 a quant à elle permis de contourner le délégué syndical, même en présence de ce dernier dans l'entreprise, par l'institution du conseil d'entreprise (B).

A. Le recours aux négociateurs non mandatés par une organisation syndicale en l'absence de délégué syndical

397. C'est essentiellement sa fonction de négociateur qui fonde la spécificité du délégué syndical. En effet, le Code du travail prévoit que les conventions ou les accords d'entreprise ou d'établissement sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise¹¹³³. Désigné par les syndicats représentatifs dans l'entreprise, le délégué syndical est donc appelé à négocier chaque fois que l'employeur souhaite l'ouverture de discussions en vue de la conclusion d'un accord et, au minimum, lors des négociations périodiques obligatoires dont l'employeur est tenu de prendre l'initiative.

398. Figurant comme l'acteur privilégié de la négociation collective dans l'entreprise, le délégué syndical a progressivement été concurrencé par des « *agents de négociation palliatifs* », amenés à jouer le même rôle en son absence. L'extension de la compétence de négociation des délégués syndicaux à d'autres acteurs est une mesure exceptionnelle. Cette dernière doit en conséquence être fermement encadrée tout en permettant aux organisations syndicales de conserver un certain contrôle sur la procédure, en mandant par exemple en amont un salarié pour assurer la négociation dans l'entreprise ou encore en contrôlant en aval le texte négocié. Néanmoins, ces conditions ont elles aussi été peu à peu adoucies.

399. Rappelant sa décision du 6 novembre 1996¹¹³⁴, le Conseil constitutionnel a confirmé lors du contrôle de la loi du 29 mars 2018, ratifiant les ordonnances du 22 septembre et du 20 décembre 2017, que si les organisations syndicales ont de par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs, elles n'ont pas pour autant le monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective¹¹³⁵. Cette décision illustre l'extension et la facilitation progressive du recours aux négociateurs palliatifs non syndicaux, en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise. Parallèlement à l'instauration de la prééminence de l'accord d'entreprise au sein de l'ordre conventionnel, le législateur a assuré à

¹¹³³ C. trav., art. L. 2232-12.

¹¹³⁴ Cons. const., DC n°96-383 du 6 novembre 1996, préc.

¹¹³⁵ Cons. const., DC n°2018-761 du 21 mars 2018.

l'employeur de trouver en face de lui un interlocuteur pour négocier des accords collectifs, même en l'absence délégué syndical.

400. La loi du 12 novembre 1996¹¹³⁶, reprenant les stipulations de l'ANI du 31 octobre 1995 relatif à la politique contractuelle, a autorisé une première fois, mais seulement à titre expérimental, la négociation avec les représentants élus du personnel ou avec des salariés mandatés¹¹³⁷. Ces derniers se sont vus accorder, à titre exceptionnel, le pouvoir de négocier des accords collectifs d'entreprise par le Conseil constitutionnel « *dès lors que leur intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celles des organisations syndicales représentatives* »¹¹³⁸.

401. La loi dite « *Aubry II* » du 19 janvier 2000 a ensuite autorisé le mandatement limité à la conclusion d'accords collectifs de réduction du temps de travail. La loi du 4 mai 2004¹¹³⁹ a quant à elle prévu qu'un accord de branche étendu puisse autoriser, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, les élus du comité d'entreprise, les délégués du personnel voire, en cas de carence aux élections professionnelles, des salariés mandatés, à négocier et signer des accords collectifs¹¹⁴⁰. La convention de branche ou l'accord professionnel étendu devait déterminer les thèmes de négociation, les conditions d'exercice des salariés mandatés, le suivi des accords signés par un observatoire paritaire de branche, ainsi que les conditions d'approbation de l'accord¹¹⁴¹. Enfin, l'accord signé par des salariés mandatés n'était validé qu'après avoir été soumis à l'approbation par la commission paritaire nationale de branche et déposé auprès de l'autorité administrative. Les conditions autorisant la négociation collective par des acteurs non syndicaux étaient ainsi réglementées de manière stricte. La procédure faisait en effet intervenir les organisations syndicales en amont lors de la conclusion de l'accord de branche et en aval au sein de la commission paritaire de branche.

402. Tel qu'évoquée dans la Première partie¹¹⁴², la loi du 20 août 2008¹¹⁴³ a contribué à la diminution du nombre de délégués syndicaux ou, en tout cas, à raréfier leur présence dans

¹¹³⁶ Loi n°96-985 du 12 novembre 1996 « *relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective* ».

¹¹³⁷ Ce dispositif est devenu caduc au 31 octobre 1998.

¹¹³⁸ Const. const., DC n°96-383 du 6 novembre 1996, préc.

¹¹³⁹ Loi n°2004-391 du 4 mai 2004, préc.

¹¹⁴⁰ C. trav., art. L. 2232-21 et s. anciens.

¹¹⁴¹ C. trav., art. L. 2232-22 ancien.

¹¹⁴² Cf. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

¹¹⁴³ Loi n°2008-789 du 20 août 2008, préc.

l'entreprise. Concomitamment, cette réforme a mis un terme à l'exigence d'un accord collectif de branche conditionnant la négociation en l'absence de DS. Elle a dressé une logique en deux étapes:

- En l'absence de DS dans les entreprises de moins de deux cent salariés, ou de DP désigné comme DS dans les entreprises de moins de cinquante salariés, les représentants du personnel¹¹⁴⁴ ont été habilités à négocier et conclure des accords collectifs¹¹⁴⁵ dont le champ était toutefois limité aux mesures dont la mise en œuvre était subordonnée par la loi à un accord collectif¹¹⁴⁶. La validité de l'accord était subordonnée à sa conclusion par des représentants du personnel titulaires, représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles ainsi qu'à l'approbation de l'accord par la commission paritaire de branche¹¹⁴⁷,
- À défaut de DS et d'élus du personnel, les accords collectifs étaient négociés et conclus par des salariés mandatés par des organisations syndicales représentatives dans la branche et devaient être approuvés par les salariés de l'entreprise à la majorité des suffrages exprimés¹¹⁴⁸. Ainsi, dès 2008, le syndicat a perdu directement tout contrôle sur la négociation en l'absence de DS. Il ne pouvait mandater un salarié qu'en l'absence de représentants élus du personnel.

403. Toutefois en l'absence de DS, la loi du 20 août 2008 a prévu que le représentant de la section syndicale, désigné par une organisation syndicale de salariés affiliée à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel, puisse disposer sur mandatement de l'organisation syndicale du pouvoir de négocier et conclure un accord d'entreprise ou d'établissement¹¹⁴⁹.

404. La loi du 17 août 2015¹¹⁵⁰ a dressé quant à elle une méthode de détermination du négociateur palliatif en trois étapes qui, mise à part certaines modifications, perdure encore aujourd'hui :

¹¹⁴⁴ Les représentants élus du personnel au Comité d'entreprise ou à la Délégation unique du personnel ou, à défaut, les délégués du personnel.

¹¹⁴⁵ C. trav., art. L. 2232-21 ancien.

¹¹⁴⁶ Excepté l'accord d'entreprise fixant 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 (C. trav., art. L. 1233-21 ancien).

¹¹⁴⁷ C. trav., art. L. 2232-22 ancien.

¹¹⁴⁸ C. trav., art. L. 2232-27 ancien.

¹¹⁴⁹ C. trav., art. L. 2143-23.

¹¹⁵⁰ Loi n°2015-994 du 17 août 2015, préc.

- en l'absence de DS, le salarié négociateur est un représentant du personnel élu¹¹⁵¹ mandaté par une organisation syndicale représentative¹¹⁵² et l'accord est soumis à l'approbation des salariés,
- en l'absence de représentant élu mandaté, le négociateur est un élu titulaire non mandaté¹¹⁵³ et la validité de l'accord est soumise à la signature des élus titulaires comptabilisant la majorité des suffrages exprimés aux élections professionnelles ainsi qu'à l'approbation par la commission paritaire de branche,
- en l'absence d'un représentant élu titulaire pour négocier, la négociation est assurée par un salarié non élu mandaté¹¹⁵⁴ et validée par l'approbation des salariés de l'entreprise. Dans cette logique en trois étapes, le syndicat représentatif a retrouvé la priorité pour mandater en l'absence de DS. Néanmoins, le choix du syndicat est limité aux représentants élus du personnel et l'accord signé ne porte plus sur des domaines limités. L'accord est de plus soumis à l'approbation des salariés, ce qui peut avoir pour effet de décrédibiliser le syndicat mandant. Le contrôle de la commission paritaire de branche subsiste en outre seulement en cas de négociation par un élu du personnel non mandaté.

405. La loi du 6 août 2016¹¹⁵⁵ a supprimé la limitation du champ de la négociation aux mesures dont la mise en œuvre était subordonnée par la loi à accord collectif, sauf en cas de négociateur élu titulaire non mandaté. Mais à cette même étape, le contrôle de la commission paritaire de branche a été réduit à une simple transmission pour « *information* ». De manière générale et à chaque étape, la loi a étendu les pouvoirs du négociateur palliatif au DS qui a pu désormais négocier, conclure mais également réviser un accord collectif préexistant.

406. La loi du 29 mars 2018¹¹⁵⁶ est venue faciliter un peu plus les conditions de recours au négociateur palliatif non mandaté, en lui conférant des pouvoirs toujours plus importants. Ce dernier est désormais habilité à dénoncer un accord préexistant. Avant cette loi, la négociation et la conclusion d'accords collectifs dans les TPE, pour la plupart dépourvues d'institutions représentatives du personnel, étaient assurées, conformément au régime antérieur, par un salarié

¹¹⁵¹ Les représentants élus du personnel au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel ou, à défaut, les délégués du personnel.

¹¹⁵² C. trav., art. L. 2232-21 ancien.

¹¹⁵³ C. trav., art. L. 2232-22 ancien.

¹¹⁵⁴ C. trav., art. L. 2232-24 ancien.

¹¹⁵⁵ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016, préc.

¹¹⁵⁶ Loi n°2018-217 du 29 mars 2018, préc., art. 2, précédée par le décret n°2017-1767 du 26 décembre 2017 relatif aux modalités d'approbation des accords dans les très petites entreprises.

mandaté par une organisation syndicale représentative d'un niveau supérieur. Celle-ci devait forcément être informée de la tenue de la négociation. Désormais, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés, l'employeur peut proposer un projet d'accord aux salariés qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise¹¹⁵⁷. Ce projet d'accord peut donc traiter de la durée et l'aménagement du temps de travail, l'égalité professionnelle ou encore les salaires. D'après la rédaction du texte, l'employeur semble être le seul rédacteur de l'accord d'entreprise en amont. Ce dernier le propose ensuite à la ratification des salariés. Avec ce mécanisme, la loi du 29 mars 2018 a expérimenté, dans les entreprises de moins de onze salariés, la négociation collective sans négociation.

407. Dans ces entreprises, l'employeur peut se passer de négociateur et soumettre directement à l'approbation d'au moins deux tiers du « *personnel* »¹¹⁵⁸ un texte qu'il a élaboré seul en amont, portant sur l'intégralité des domaines ouverts à la négociation d'entreprise¹¹⁵⁹. Les règles de dénonciation sont celles qui s'appliquent à tout accord collectif d'entreprise¹¹⁶⁰ avec en plus des conditions plus restrictives lorsque l'initiative est salariale¹¹⁶¹. L'employeur peut en outre inscrire dans le texte qu'il soumet au personnel des modalités de dénonciation par les salariés et lui-même. Ce nouveau dispositif a été étendu aux entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et vingt salariés, en l'absence de membres élus de la délégation du personnel du comité social et économique¹¹⁶². Dans cette seconde hypothèse, la logique conduit à considérer que l'employeur ne peut négocier directement avec les salariés que s'il peut se prévaloir d'un procès-verbal de carence à la suite de l'élection des membres élus du CSE. Dans les entreprises de moins de onze salariés et entreprises entre onze et vingt salariés, lorsque le projet d'accord est approuvé à la majorité des deux tiers du personnel, il est considéré comme un accord collectif d'entreprise valide¹¹⁶³. La consultation du personnel doit être organisée à l'issue d'un délai minimum de quinze jours courant à compter de la communication du projet d'accord à chaque salarié.

¹¹⁵⁷ C. trav., art. L. 2232-21.

¹¹⁵⁸ Cette notion de « *personnel* », préférée à celle de « *salariés* », est-elle volontaire ? Permettrait-elle de faire voter des travailleurs non-salariés ?

¹¹⁵⁹ C. trav., art. L. 2232-21.

¹¹⁶⁰ C. trav., art. L. 2261-9 à L. 2261-13.

¹¹⁶¹ Les salariés représentant les deux tiers du personnel doivent notifier collectivement et par écrit la dénonciation à l'employeur qui ne peut avoir lieu que pendant un délai d'un mois avant chaque date anniversaire de la conclusion de l'accord.

¹¹⁶² C. trav., art. L. 2232-23.

¹¹⁶³ C. trav., art. L. 2232-22.

408. Dans les entreprises entre onze et cinquante salariés, en l'absence de délégué syndical, la négociation par des salariés élus mandatés par un syndicat représentatif au niveau de la branche ou national interprofessionnel n'est désormais plus une première étape obligatoire. La loi du 29 mars 2018 a laissé, dans un tel cas, le choix entre un salarié mandaté (représentant élu du personnel ou non) par une organisation syndicale représentative et un représentant élu titulaire non mandaté¹¹⁶⁴. L'accord doit être validé par approbation des salariés à la majorité des suffrages exprimés lorsque l'accord est conclu par un salarié mandaté non élu. Sinon, la validité de l'accord est subordonnée à la signature par des membres du comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles¹¹⁶⁵.

409. Dans les entreprises de plus de cinquante salariés dépourvues de délégué syndical, le schéma traditionnel subsiste, à savoir en priorité un élu titulaire mandaté par une organisation représentative suivi d'un vote des salariés¹¹⁶⁶. En l'absence d'élu mandaté, la négociation est assurée par un élu titulaire volontaire, l'accord est dans ce cas validé par la signature des membres du comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles et ne peut porter que sur des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif¹¹⁶⁷. À cette étape, la transmission du texte pour avis à la commission paritaire de branche a été abrogée. En l'absence d'élu volontaire, un salarié est mandaté par une organisation syndicale représentative. L'accord peut porter sur toutes les mesures d'un accord d'entreprise et sa validité est soumise à l'approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés¹¹⁶⁸.

410. Alors que le recours aux négociateurs non mandatés par une organisation syndicale, en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise, a été facilité, la loi du 29 mars 2018 a en outre prévu, en présence d'un délégué syndical dans l'entreprise, la substitution de celui-ci par le conseil d'entreprise.

B. La substitution du délégué syndical par le conseil d'entreprise

411. D'après Madame Aurélie Cormier Le Goff, la confusion progressive des instances élues et syndicales « *est le fruit d'une volonté délibérée des gouvernements qui se sont succédés*

¹¹⁶⁴ C. trav., art. L. 2232-23-1.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*

¹¹⁶⁶ C. trav., art. L. 2232-24.

¹¹⁶⁷ C. trav., art. L. 2232-25.

¹¹⁶⁸ C. trav., art. L. 2232-26.

ces dernières années »¹¹⁶⁹. Influencées et légitimées à chaque fois par des « rapports »¹¹⁷⁰ pointant du doigt la trop grande complexité du droit du travail, ces réformes visent à simplifier à terme la gestion par les employeurs de leur personnel, en réduisant les droits des salariés et de leurs représentants¹¹⁷¹.

412. Sous prétexte de vouloir mettre en place dans les entreprises une institution de cogestion semblable au « *Conseil d'établissement* » allemand (« *Betriebsrat* »), le législateur français a en réalité créé un organe consultatif¹¹⁷² dont l'intérêt véritable ne réside que dans la mise à l'écart progressive de l'acteur syndical de la négociation collective. La fusion des institutions représentatives du personnel est loin d'être une première en France¹¹⁷³. L'institution du comité social et économique par l'ordonnance 22 septembre 2017¹¹⁷⁴ est le produit d'une lente maturation législative amorcée il y a près de vingt cinq ans. Cette nouvelle institution remplace et fusionne, à compter du 1er janvier 2020, les instances représentatives du personnel, à savoir les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. La suppression de ce dernier n'est pas anodine. Depuis les années 2000, le CHSCT est devenu un espace de forte politisation de l'activité de travail, liée notamment à la prise de conscience des risques psychosociaux et maladies professionnelles, dans lequel les syndicats ont tenté de redéployer une action syndicale de terrain, en tissant à nouveau des liens avec les salariés.

413. Le CSE doit être mis en place si l'effectif de l'entreprise est resté d'au moins onze salariés pendant au moins douze mois consécutifs¹¹⁷⁵. La réforme n'a pas prévu d'étendre¹¹⁷⁶ aux

¹¹⁶⁹ A. Cormier Le Goff, J. Krivine, préc.

¹¹⁷⁰ G. Bélier, rapport au ministre du Travail relatif au développement des institutions représentatives du personnel dans les PME, 29 mars 1990 ; v. *Sem. soc. Lamy*, 2 avril 1990 ; Institut Montaigne, *Sauver le dialogue social. Priorité à la négociation d'entreprise*, rapport de septembre 2015, 64 pp., https://www.institutmontaigne.org/ressources/pdfs/publications/rapport_negociations_sociales_2015.pdf [consulté le 12 mai 2018].

¹¹⁷¹ A. Cormier Le Goff, J. Krivine, préc.

¹¹⁷² P. Rémy, « Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ? », *Dr. social*, 2017, p. 1050.

¹¹⁷³ G. Borenfreund, « La fusion des institutions représentatives du personnel, Appauvrissement et confusion dans la représentation », *RDT*, 2017, p. 608, spéc., p. 611.

¹¹⁷⁴ Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017, préc., art. 1.

¹¹⁷⁵ C. trav., art. L. 2313-10.

¹¹⁷⁶ F. Géa, « Les soubassements de la réforme », *RDT*, 2017, p. 593.

compétences de l'institution la cogestion¹¹⁷⁷ de l'entreprise, contrairement au « *Conseil d'établissement* » allemand qui réunit les représentants salariés et actionnaires à la même table¹¹⁷⁸, dotant ainsi l'institution élue du personnel¹¹⁷⁹ d'un réel pouvoir de « *codécision* » (ou de « *codétermination* »)¹¹⁸⁰. Néanmoins, le législateur français a pris le soin de doter le CSE du pouvoir de négocier et conclure des accords et conventions collectives à la place du délégué syndical¹¹⁸¹.

414. Le Code du travail prévoit désormais que le CSE puisse se voir confier une compétence supplémentaire en matière de négociation d'accords collectifs d'entreprise ou d'établissement¹¹⁸². Lors des débats parlementaires précédant la loi d'habilitation, le Sénat souhaitait même que cette compétence soit de plein droit, le pouvoir de négociation des DS pouvant alors être rétabli par accord majoritaire. Finalement, il a été prévu que cette nouvelle compétence octroyée au CSE soit facultative et expressément prévue par accord collectif d'entreprise majoritaire pour les entreprises dotées de DS ou par accord de branche étendu à défaut¹¹⁸³. Lorsque la compétence de négociation est confiée au CSE, il est alors nommé « *Conseil d'entreprise* » (CEN). L'institution est une émanation du CSE. Les dispositions qui lui sont relatives sont applicables depuis le 1^{er} janvier 2018¹¹⁸⁴. La loi reste muette quant au seuil d'effectif à partir duquel le CEN peut être institué, mais ses attributions et ses modalités de fonctionnement étant calquées sur celles du CSE, par analogie, il est possible d'affirmer que le seuil soit d'au moins onze salariés¹¹⁸⁵. Le législateur est également resté silencieux concernant le moment lors duquel peut être institué le CEN. Il est néanmoins possible de déduire que sa mise en place peut être réalisée concomitamment à celle du CSE et même après, lorsque les mandats du CSE sont en cours.

¹¹⁷⁷ Sur les questions économiques en particulier, le « *conseil d'établissement* » allemand s'intègre à une logique de « *cogestion* » de l'entreprise. L'institution s'intéresse aux orientations stratégiques de l'entreprise, à côté des actionnaires, au sein des organes de la société. Elle dispose également de pouvoirs importants sur des domaines qui relèvent en France davantage de l'administration du travail (temps de travail souvent, contrôle du contenu du règlement intérieur ou du PSE...).

¹¹⁷⁸ O. Favereau, « Droit du travail : la démocratie économique entre le marché et l'entreprise », *RDT*, 2017, p. 581.

¹¹⁷⁹ F. Favennec-Héry, « Ordonnances Macron : un changement de système ? », *Sem. Soc. Lamy*, 2017, n°1782, p. 3.

¹¹⁸⁰ P. Rémy, « "Le droit à la participation" en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ? », *Dr. social*, 2015, p. 974.

¹¹⁸¹ *Ibid.*

¹¹⁸² C. trav., art. L. 2321-1.

¹¹⁸³ J.-Y. Kerbourc'h, « La refonte des institutions représentatives du personnel », *JCP S*, 2017, p. 1313.

¹¹⁸⁴ Date d'entrée en vigueur du décret n°2017-1819 du 29 décembre 2017 relatif au comité social et économique. Ces dispositions ont valeur législative depuis la loi n°2018-217 du 29 mars 2018, préc.

¹¹⁸⁵ G. Borenfreund, préc., p. 623.

415. Au sein d'entreprises dotées de DS, le CEN peut être institué par accord d'entreprise dit majoritaire¹¹⁸⁶ à durée indéterminée¹¹⁸⁷. L'accord instituant le CEN dans les entreprises appartenant à une UES doit quant à lui être conclu soit au niveau d'une ou plusieurs entreprises composant l'unité, soit au niveau de l'unité elle-même. Dans ce dernier cas, la validité de l'accord est appréciée en tenant compte des suffrages valablement exprimés dans l'ensemble des entreprises composant l'UES¹¹⁸⁸. Dans les entreprises dépourvues de DS, le CEN peut être mis en place par accord de branche étendu¹¹⁸⁹, au titre par exemple une « *clause type* ». Dans un tel cas, la décision d'instituer le CEN revient à l'employeur, selon les modalités fixées par l'accord de branche étendu.

416. Le Code du travail¹¹⁹⁰ indique que le CEN, lorsqu'il est institué, est seul compétent pour négocier¹¹⁹¹, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement, y compris les plans de sauvegarde de l'emploi (PSE)¹¹⁹², même en présence de DS dans l'entreprise. Le CEN n'a toutefois pas compétence pour conclure l'accord l'instituant ni pour négocier les accords sur les conditions de son élection puisqu'ils s'apparentent à des accords préélectoraux. La périodicité de tout ou partie des thèmes de négociation du CEN peut être fixée par l'accord l'instaurant¹¹⁹³.

417. La loi autorise les parties à fixer dans l'accord instituant le CEN « *la composition de la délégation qui négocie* »¹¹⁹⁴. Les textes restent silencieux quant à la composition de cette délégation qui peut comprendre un titulaire par organisation, un titulaire et un suppléant par organisation, deux titulaires par organisation ou encore la délégation du personnel complète formant le CEN. En l'absence d'accord sur la composition de la délégation, il est possible de déduire qu'elle devrait comprendre l'ensemble des membres titulaires du CEN. Le DS n'est pas inclus automatiquement dans cette délégation. Il faut nécessairement que l'accord le prévoie¹¹⁹⁵.

¹¹⁸⁶ Selon les modalités de l'article L. 2322-12 du Code du travail.

¹¹⁸⁷ C. trav., art. L. 2321-2, al. 1.

¹¹⁸⁸ C. trav., art. L. 2321-10.

¹¹⁸⁹ C. trav., art. L. 2321-2, al. 1.

¹¹⁹⁰ C. trav., art. L. 2321-1 et « 100 Questions-réponses sur le comité social et économique », version au 19 avril 2018.

¹¹⁹¹ S. Niel, « Pourquoi négocier un conseil d'entreprise ? », *Sem. Soc. Lamy*, 2017, n°1785, spéc. 7.

¹¹⁹² C. trav., art. L. 2321-1, L. 1233-24-1 et L. 1233-24-3 modifiés.

¹¹⁹³ C. trav., art. L. 2321-8.

¹¹⁹⁴ C. trav., art. L. 2321-7.

¹¹⁹⁵ « le cas échéant, l'accord prévu à l'article L. 2321-2 peut fixer la composition de la délégation qui négocie les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement » (C. trav., art. L. 2321-7).

418. La mise en place du CEN ne fait pas disparaître le mandat du ou des DS¹¹⁹⁶. Elle n'évince pas non plus complètement ces derniers de la négociation et de la conclusion des accords collectifs d'entreprise puisqu'ils peuvent figurer dans la délégation de négociation. Néanmoins, le CEN ôte au DS sa compétence et dilue sa mission avec celle des représentants du personnel. Au mieux, l'accord instituant la délégation du CEN prévoit la présence unique du ou des DS de l'entreprise. À défaut d'être intégrés à cette délégation, ces derniers ne peuvent participer à la négociation de l'accord collectif. Ils continuent toutefois de représenter leur syndicat auprès de l'employeur et conservent leurs autres attributions. Quand bien même le DS serait membre de la délégation du CEN, cette dernière a pour seule compétence de négocier et ne peut conclure l'accord collectif¹¹⁹⁷. Ce dernier ne peut être validé qu'à la majorité en nombre des membres du CEN¹¹⁹⁸ ou par un ou plusieurs membres ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles¹¹⁹⁹. Dans ce dernier cas, l'intégralité des suffrages exprimés est prise en compte, et non pas uniquement les suffrages exprimés en faveur d'organisations syndicales représentatives. La validation de l'accord n'est donc plus du ressort unique des syndicats mais est également partagée avec les représentants élus du personnel. Le CEN jouit en outre de la même caractéristique impérative que le DS. Il n'est pas possible de contourner son monopole en négociant ou concluant avec un autre interlocuteur¹²⁰⁰ tel qu'un salarié mandaté, quand bien même le CEN refuse de négocier ou en cas d'échec de la négociation.

419. Sous prétexte de vouloir créer une institution de cogestion semblable au « *Conseil d'établissement* » allemand, la loi du 29 mars 2018 a en fait écarté¹²⁰¹ un peu plus l'acteur syndical de l'entreprise de la production de la norme conventionnelle.

¹¹⁹⁶ Selon le « 100 Questions-réponses sur le comité social et économique », https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/qr_comite_social_et_economique.pdf [consulté le 16 juin 2018].

¹¹⁹⁷ « Composition et fonctionnement du comité économique et social », *Lia. Soc. Quo. - Le dossier juridique*, N° 71/2018, 16 avril 2018.

¹¹⁹⁸ C. trav., art. L. 2321-9.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*

¹²⁰⁰ Les articles du Code du travail habilitant d'autres interlocuteurs ne concernent en effet que les entreprises dépourvues de délégué syndical.

¹²⁰¹ G. Borenfreund, préc.

Conclusion du Chapitre 2

420. Si le législateur a toujours plus autorisé l'accord d'entreprise à déroger à la loi et aux accords de branche, il a parallèlement facilité la conclusion des accords collectifs d'entreprise. Depuis l'institution de l'accord dit majoritaire par la loi du 14 juin 2013, puis sa généralisation par la loi du 8 août 2016, l'employeur peut conclure un accord collectif avec une ou plusieurs organisations syndicales qui ne représentent pas la majorité des suffrages exprimés lors des élections professionnelles. Il est d'ailleurs possible que, dans certains cas, ces dernières ne représentent les voix que d'une minorité de salariés de l'entreprise. Les organisations syndicales représentant la majorité des suffrages exprimés ont quant à elles été privées de leur faculté d'opposition. Et quand bien même l'employeur n'aurait pas atteint ce minimum, il a été permis à ce dernier, sous certaines conditions, de s'adresser directement à ses salariés, par le référendum. Ainsi, de par l'accord majoritaire et la généralisation du référendum d'entreprise, l'employeur peut tout à fait se passer de l'accord de la majorité des organisations syndicales représentatives pour faire adopter un accord d'entreprise, dont les conséquences pour les salariés sont toujours plus graves.

421. L'acteur syndical est également marginalisé par le recours à des négociateurs palliatifs au délégué syndical. Ces derniers ne sont pas même mandatés par une organisation syndicale représentative de niveau supérieur, le but étant d'assurer à l'employeur de trouver en face de lui un interlocuteur avec qui négocier. Malgré la facilitation du recours aux négociateurs non syndicaux, le délégué syndical (dont le nombre dans l'entreprise est susceptible de chuter¹²⁰²), désigné par un syndicat représentatif dans l'entreprise, reste le négociateur principal. Mais l'institution du conseil social et économique a posé les prémices de la fin de cette prérogative. Désormais, même en présence d'un délégué syndical dans l'entreprise, ses prérogatives en matière de négociation collective peuvent lui être retirées au profit du conseil d'entreprise, prévu dans l'accord instituant le CSE. Ainsi, alors que la loi du 20 août 2008 prétendait renforcer le rôle de l'acteur syndical dans l'entreprise à la négociation collective, les réformes suivantes l'en ont marginalisé.

422. Derrière la généralisation du référendum, la facilitation du recours aux négociateurs palliatifs et la faculté de transférer les prérogatives de négociation du DS au conseil d'entreprise, se pose la question de la présence même des syndicats dans l'entreprise. À force d'éloigner l'acteur syndical de la négociation collective, ce dernier risque en effet de perdre sa « *vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et*

¹²⁰² Cf. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

intérêts des travailleurs »¹²⁰³. Sans le plein exercice de cette mission au sein de l'entreprise, l'acteur syndical risque mécaniquement d'en être exclu¹²⁰⁴. Cette stratégie de marginalisation progressive a déjà atteint son paroxysme au sein des entreprises de moins de onze salariés, dans lesquelles l'employeur peut désormais solliciter l'approbation directe des salariés d'un texte qu'il a lui-même établi en amont, sans négociation.

¹²⁰³ Cons. const., DC n° 96-383 du 6 novembre 1996, préc., consid. 8.

¹²⁰⁴ J. Dirringer, préc.

CONCLUSION DU TITRE 1

423. Les différentes réformes évoquées dans le premier Chapitre du présent Titre ont œuvré progressivement à « *faire de l'entreprise l'espace normatif dans lequel s'élaborent les normes sociales [...]* ».¹²⁰⁵ Appelé « *à se substituer à la loi* »¹²⁰⁶, l'accord collectif d'entreprise et la transformation de ses contenus ont fait muer la négociation collective « *en une entreprise de remise en cause des acquis* »¹²⁰⁷. Naguère porteuse de progrès social, la négociation dans l'entreprise est progressivement devenue l'instrument par lequel la dérégulation s'opère.

424. Paradoxalement, cette décentralisation du droit du travail n'a pas été accompagnée d'un renforcement de la vocation naturelle de l'acteur syndical à participer à la négociation collective. Le législateur semble, au contraire, vouloir progressivement marginaliser ce dernier. Ainsi, l'accord d'entreprise est devenu la principale source de production du droit du travail, mais les interlocuteurs de l'employeur, chargés de défendre l'intérêt des salariés lors de sa négociation, en sont peu à peu mis à l'écart. Dans ces conditions, « *moins que jamais la négociation collective n'aura été un droit des salariés* »¹²⁰⁸. Elle devient en revanche un outil efficace de légitimation du pouvoir patronal¹²⁰⁹. Cette mise à l'écart de l'acteur syndical se réalise au détriment de la démocratie sociale¹²¹⁰, laissant place à un pouvoir strictement vertical entre l'employeur et ses salariés, lesquels ne sont consultés que lorsqu'il s'agit de valider des mesures patronales élaborées en amont. Du fait de la raréfaction des élections professionnelles, le vote des salariés a été réduit concernant l'élection des organes représentatifs et syndicaux, agissant en contrepoids du pouvoir de l'employeur¹²¹¹. Les salariés sont en revanche toujours plus sollicités lorsqu'il s'agit de requérir leur adhésion à un projet initié unilatéralement par l'employeur, de sorte qu' « *entre la plèbe et*

¹²⁰⁵ J. Dirringer, « L'esprit du dialogue social : de la loi du 20 août 2008 aux accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation des salariés », préc.

¹²⁰⁶ *Ibid.*

¹²⁰⁷ Propos prononcés par, Monsieur Bernard Arnaud, secrétaire général de la CGT, lors de la rentrée de 1999, relatés in D. Andolfatto, D. Labbé, « La rénovation de la "démocratie sociale" à la française : mythe ou réalité ? » Communication aux Journées Internationales de Sociologie du Travail GREE, Université Nancy 2, 25-26 juin 2009, p. 2, [consulté le 13 juin 2019].

¹²⁰⁸ J. Dirringer, « Le référendum ou "la mort du fait syndical" ? », préc.

¹²⁰⁹ *Ibid.*

¹²¹⁰ J. Dirringer, « L'esprit du dialogue social : de la loi du 20 août 2008 aux accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation des salariés », préc.

¹²¹¹ J.-P. Le Crom, « Les élections sociales: essor ou déclin ? », in « L'essor du vote au sein des relations professionnelles », Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011, p. 28

son sauveur, il n'y [a] plus que des serviteurs qui ont prêté allégeance, des lois supplétives et des juges mis au ban » permettant « d'asseoir le pouvoir patronal dans tout ce qu'il a de plus discrétionnaire »¹²¹².

425. Si la négociation collective semble de moins en moins constituer un terrain favorable à la protection des intérêts des salariés, l'acteur syndical peut toujours tenter de remplir cette mission en déportant son action sur d'autres terrains, au titre des prérogatives dont il bénéficie dans l'entreprise, instituées pour la majorité par la loi du 27 décembre 1968, mais aussi sur le terrain judiciaire. Néanmoins, ces prérogatives semblent elles aussi avoir été affectées.

¹²¹² J. Dirringer, préc.

TITRE 2. DES MOYENS D'ACTION SYNDICALE

PERFECTIBLES

426. Les prérogatives et outils de l'acteur syndical de l'entreprise, permettant à ce dernier d'agir autrement que par la négociation collective, ont en majorité été reconnus en même temps que l'institution de la section syndicale. Suite aux grèves générales des mois de mai et juin 1968, durant lesquelles sept millions de travailleurs ont cessé leurs activités pour occuper leurs lieux de travail, les « *accords de Grenelle* » ont été négociés en pleine crise par les représentants du Gouvernement Pompidou, certains syndicats de salariés (CGT, CFDT, CFTC, CGC, FEN) et patronaux (CNPf et délégués des PME). Conclues le 27 mai 1968 à l'Hôtel du Châtelet, ces accords ont prévu, outre la création de la section syndicale d'entreprise, l'attachement à cette dernière de prérogatives et moyens d'action tels que la mise à disposition d'un local, le droit d'affichage, le droit de réunion ou encore les contingents d'heures de délégation au profit des délégués syndicaux. Ces prérogatives ont ensuite été actées dans la loi du 27 décembre 1968¹²¹³ et complétées par la loi du 28 octobre 1982¹²¹⁴.

427. Le droit de grève, dont la titularité est individuelle, constitue également un outil privilégié par les syndicats. Sa construction, majoritairement prétorienne, a débuté dès la fin du XIX^{ème} et s'est développée au cours du siècle suivant. Le lien privilégié et historique établi entre les syndicats et droit de grève est d'ailleurs souligné par le droit du travail qui exige dans certaines procédures spécifiques du droit de grève l'intervention des organisations syndicales. Enfin, l'acteur syndical de l'entreprise est amené à agir devant le juge pour défendre les droits et intérêts des salariés, à travers diverses actions attitrées : l'action dans l'intérêt collectif de la profession, l'action de substitution et l'action de groupe.

428. Mise à part certaines exceptions, ces prérogatives matérielles et juridiques ont été majoritairement érodées depuis leur institution, au détriment de l'acteur syndical. Par des procédés divers, les conditions de mise en œuvre et modalités d'exercice de ces prérogatives ont été complexifiées. L'étendue de ces dernières a quant à elle été restreinte. Cette fragilisation des moyens d'action s'opère ainsi bien dans l'entreprise (Chapitre 1) qu'en dehors, sur le terrain judiciaire (Chapitre 2).

¹²¹³ Loi n°68-1179 du 27 décembre 1968, préc.

¹²¹⁴ Loi n°82-915 du 28 octobre 1982, préc.

Chapitre 1. La fragilisation des moyens d'action de l'acteur syndical dans l'entreprise

429. Dans l'entreprise, la section syndicale bénéficie de divers outils pour assurer son action. Ces derniers peuvent lui être propres (affichage, tractage, heures de délégation, *etc.*) mais peuvent tout aussi bien être communs à l'ensemble des salariés. C'est le cas du droit de grève dont la titularité échappe au monopole des organisations syndicales. Il constitue toutefois un moyen d'action efficace intimement lié à leur action. Si depuis qu'elles lui ont été octroyées, les prérogatives propres à la section syndicale dans l'entreprise ont été en majorité préservées (Section 1), le droit de grève connaît quant à lui d'importantes restrictions (Section 2).

Section 1. La préservation des prérogatives propres à la section syndicale

430. Les prérogatives traditionnelles propres à la section syndicale dans l'entreprise, issues de la loi du 27 décembre 1968¹²¹⁵ et précisées par la loi du 28 octobre 1982¹²¹⁶ font l'objet d'une maigre réglementation qui a de surcroît été peu modifiée depuis leur institution. Ces outils ont majoritairement été épargnés par le législateur, voire parfois mêmes améliorés au bénéfice de l'acteur syndical (A). Le contrôle des communications syndicales par l'employeur au sein de l'entreprise a quant à lui été renforcé avec l'apparition de la communication numérique (B).

A. La préservation de la majorité de ses prérogatives traditionnelles

431. Parmi les prérogatives propres à la section syndicale, le nombre d'heures de délégation a globalement été augmenté (1) et le local syndical a bénéficié d'une certaine protection par la Cour de cassation (2). La collecte des cotisations syndicales (3) dans l'entreprise ainsi que le droit de réunion ont quant à eux été préservés (4).

¹²¹⁵ Loi n°68-1179 du 27 décembre 1968, préc.

¹²¹⁶ Loi n°82-915 du 28 octobre 1982, préc.

1. L'accroissement des heures de délégation

432. Le crédit d'heures de délégation au profit du délégué syndical et de la section syndicale dans l'entreprise a été institué en même temps que leur création par la loi du 27 décembre 1968¹²¹⁷. Le nombre de ces heures de délégation a sensiblement augmenté (a) depuis leur mise en place, sauf pour les représentants syndicaux au sein des instances représentatives du personnel (b).

a. L'augmentation du nombre d'heures de délégation liés à la section syndicale et ses représentants

- *Les heures de délégation attribuées à la section syndicale*

433. Institué par la loi du 28 octobre 1982¹²¹⁸, un crédit global annuel de dix heures, dans les entreprises de cinq cent salariés et plus et de quinze heures dans celles de mille salariés et plus, a été accordé à la section syndicale *« au profit de son ou ses délégués syndicaux et des salariés de l'entreprise appelés à négocier la convention ou l'accord d'entreprise »*¹²¹⁹. Ce crédit global a été porté par la loi du 8 août 2016¹²²⁰ à douze heures dans les entreprises d'au moins cinq cents salariés, dix-huit heures par an dans celles d'au moins mille salariés¹²²¹.

- *Les heures de délégation attribuées aux délégués syndicaux*

434. Les délégués syndicaux bénéficient pour l'exercice de leur mandat d'un certain nombre d'heures de délégation considérées comme du temps de travail effectif et rémunérées comme tel. La loi du 27 décembre 1968 prévoyait que *« dans les entreprises ou établissements employant habituellement au moins 150 salariés, chaque délégué syndical dispose du temps nécessaire à l'exercice de ses fonctions dans les limites d'une durée qui, sauf accord passé avec le chef d'entreprise, ne peut excéder dix heures par mois dans les entreprises ou établissement occupant habituellement 150 à 300 salariés, quinze heures par mois dans les entreprises ou*

¹²¹⁷ Loi n°68-1179 du 27 décembre 1968, préc., art. 14.

¹²¹⁸ Loi n°82-915 du 28 octobre 1982, préc., art. 14.

¹²¹⁹ C. trav., art. L. 412-20 ancien.

¹²²⁰ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016, préc., art. 28.

¹²²¹ C. trav., art. L. 2143-16.

établissements occupant habituellement plus de 300 salariés. Ce temps est payé comme temps de travail »¹²²². Ces dispositions ont été reprises par la loi du 28 octobre 1982¹²²³ ajoutant une durée de vingt heures au-delà de cinq cent salariés¹²²⁴. La loi du 22 mars 2012¹²²⁵ a conservé les mêmes nombres d'heures de délégation tout en faisant passer les vingt heures à un effectif de cinq cent salariés alors qu'elles courraient auparavant à compter de cinq cent un salariés¹²²⁶. La loi du 8 août 2016¹²²⁷ a quant à elle augmenté le temps de délégation: douze heures dans les entreprises de cinquante à cent cinquante salariés, dix-huit heures de cent cinquante à quatre cent quatre-vingt-dix salariés et vingt-quatre heures à partir de cinq cent salariés¹²²⁸.

- *Les heures de délégation attribuées aux représentants de section syndicale*

435. La loi du 20 août 2008¹²²⁹, instituant le représentant de section syndicale, a prévu pour ce dernier « *un temps nécessaire à l'exercice de ses fonctions* » d'une durée mensuelle de quatre heures payées en temps de travail¹²³⁰.

- b. La stagnation du nombre d'heures de délégation attribuées aux représentants syndicaux au sein des institutions représentatives du personnel

436. Depuis 1966, dans les entreprises de cinq cent un salariés et plus, les représentants syndicaux disposent d'un crédit de vingt heures par mois¹²³¹. Dans les entreprises de cinq cent un salariés et plus dont aucun établissement n'atteint ce seuil, c'est le représentant syndical au comité central d'entreprise qui dispose de ce crédit¹²³².

¹²²² Loi n°68-1179 du 27 décembre 1968, préc., art. 14.

¹²²³ Loi n°82-915 du 28 octobre 1982, préc., art. 14..

¹²²⁴ C. trav., art. 412-20 ancien.

¹²²⁵ Loi n°2012-387 du 22 mars 2012, préc., art. 43.

¹²²⁶ C. trav, art. L. 2143-13 ancien.

¹²²⁷ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016, préc., art. 28.

¹²²⁸ C. trav., art. L. 2143-13.

¹²²⁹ Loi n°2008-789 du 20 août 2008, préc., art. 6 (V).

¹²³⁰ C. trav., art. L. 2142-1-3.

¹²³¹ Ces dispositions sont restées inchangées depuis la loi n°66-427 du 18 juin 1966 portant modifications de certaines dispositions concernant les comités d'entreprise.

¹²³² C. trav., art. L. 2325-6.

437. L'ordonnance du 22 septembre 2017¹²³³ a prévu que « *l'employeur laisse le temps nécessaire à l'exercice de leurs fonctions* » aux « *représentants syndicaux au comité social et économique dans les entreprises d'au moins cinq cent un salariés* » et « *aux représentants syndicaux au comité social et économique central d'entreprise dans les entreprises d'au moins cinq cent un salariés dont aucun des établissements distincts n'atteint ce seuil* »¹²³⁴. Le nombre d'heures de délégation octroyées à ces représentants a été fixé par le décret du 29 décembre 2017¹²³⁵, en fonction des effectifs de l'entreprise ou de l'établissement et du nombre de membres de la délégation. Ce nombre est « *fixé dans des limites d'une durée, qui, sauf circonstances exceptionnelles, ne peut excéder vingt heures par mois* »¹²³⁶.

438. Le nombre d'heures de délégation octroyées à l'acteur syndical a donc de manière générale et augmenté, sinon préservé, par le législateur.

2. La protection du local syndical par la Cour de cassation

439. La majorité des dispositions en matière de local syndical date de la loi du 27 décembre 1968¹²³⁷. La réglementation est mince et n'a pas fait l'objet de réformes majeures depuis la loi du 28 octobre 1982¹²³⁸. Cette dernière prévoyait la mise à disposition des sections syndicales dans les entreprises de « *plus de deux cent salariés* » d'« *un local commun convenant à l'exercice de la mission de leurs délégués* »¹²³⁹. Lorsque le local était commun, la répartition du temps d'utilisation entre les sections syndicales devait faire l'objet d'un accord entre les sections et l'employeur¹²⁴⁰. Dans les entreprises d'« *au moins mille salariés* », l'employeur devait mettre à la disposition de chaque section syndicale constituée par un syndicat représentatif un local convenable, aménagé et doté du matériel nécessaire à son fonctionnement¹²⁴¹. La loi précisait que les modalités d'aménagement et d'utilisation des locaux devaient être fixées par accord collectif. Celui-ci pouvait par exemple attribuer un local distinct à chaque organisation syndicale sans

¹²³³ Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017, préc., art. 1.

¹²³⁴ C. trav., art. L. 2315-7, 2°, 3°.

¹²³⁵ Décret n°2017-1819 du 29 décembre 2017 - art. 1.

¹²³⁶ C. trav., art. R. 2315-4.

¹²³⁷ Loi n°68-1179 du 27 décembre 1968, préc.

¹²³⁸ Loi n°82-915 du 28 octobre 1982, préc., art. 10.

¹²³⁹ Cette disposition avait été créée par la loi n°68-1179 du 27 décembre 1968, préc., art. 6.

¹²⁴⁰ C. trav., art. L. 2142-9.

¹²⁴¹ C. trav., art. L. 412-9 ancien.

considération d'effectif ou organiser l'utilisation pendant les heures de fermeture de l'entreprise¹²⁴².

440. La réglementation a ensuite peu changé. Mise à part la formulation¹²⁴³, la loi du 20 août 2008 n'a apporté aucune modification à la réglementation du local syndical¹²⁴⁴. Néanmoins, en ouvrant la constitution d'une section syndicale aux syndicats non représentatifs dans l'entreprise¹²⁴⁵, la donne a été modifiée en matière de local syndical. Dans les entreprises de plus de deux cent salariés, elle peut contraindre l'employeur à mettre à disposition un local commun plus grand. La loi du 22 mars 2012¹²⁴⁶ a timidement diminué le seuil de la mise en place du local commun d'un salarié. L'article L. 2142-8 du Code du travail fixe désormais le seuil à « *au moins deux cent salariés* » et non plus à « *plus de deux cent salariés* ». Le respect de la liberté syndicale par ces dispositions a été reconnu par la Cour de cassation, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité, laquelle a considéré qu'il n'y avait pas matière à renvoi devant le Conseil constitutionnel, cette disposition constituant un équilibre raisonnable entre le besoin pour les organisations syndicales de disposer d'un local, et la charge économique imposée à l'employeur compte tenu de la taille de l'entreprise¹²⁴⁷.

441. La faiblesse des dispositions du Code du travail a permis aux employeurs de jouir d'une grande liberté quant au choix du local même si la jurisprudence est venue poser certaines limites. En matière de partage du local syndical, il a été tenté d'imposer aux syndicats d'utiliser le local des délégués du personnel. La Cour de cassation a certes considéré que l'employeur ne pouvait imposer d'utiliser le local des délégués du personnel sauf à commettre un délit d'entrave à la liberté syndicale¹²⁴⁸. Elle a toutefois admis qu'il peut essayer de le négocier¹²⁴⁹. En 2007, un arrêt a posé une limite en matière d'affectation des locaux en se fondant sur l'article L. 1121-1 du Code du travail relatif aux libertés individuelles et collectives. Une compagnie de restauration aérienne avait décidé, dans le cadre d'une opération de réduction des coûts, de transférer les locaux syndicaux, jusque-là installés dans le bâtiment principal de l'établissement, dans une annexe située

¹²⁴² Cass. crim., 16 mars 1993, n°91-84.767, Bull. crim., n°118.

¹²⁴³ Loi n°82-915 du 28 octobre 1982, préc.: « *au moins mille salariés* » (C. trav., art. L. 412-9 ancien). Loi n°2008-789 du 20 août 2008, préc.: « *mille salariés et plus* » (C. trav., art. L. 2142-8 ancien).

¹²⁴⁴ C. trav., art. L. 2142-8 ancien.

¹²⁴⁵ Cf. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

¹²⁴⁶ Loi n°2012-387 du 22 mars 2012, préc.

¹²⁴⁷ Cass. soc., QPC, 10 avril 2014, n°14-40.008, Bull. civ. V, n°106.

¹²⁴⁸ Cass. crim., 23 janvier 1979, n°78-92.407.

¹²⁴⁹ Cass. crim., 16 mars 1993, n°91-84.767.

sur un parking dans l'enceinte de l'entreprise, auquel le personnel ne pouvait accéder qu'en traversant un portique de sécurité et en utilisant un badge. Le juge des référés avait interdit ce déménagement mais la compagnie était passée outre, se livrant, selon la Haute juridiction, à une voie de fait. La Cour a jugé qu'il revenait à l'employeur de désigner le local ou les locaux des syndicats mais que cette liberté trouvait sa limite dans la nécessité de respecter les « *libertés individuelles et collectives des salariés et de leurs représentants* »¹²⁵⁰.

442. Trois ans plus tard, la même affaire est revenue devant la Cour de cassation, les syndicats n'ayant pas obtenu leur réintégration dans les anciens locaux. Mettant définitivement fin aux discussions, la Haute juridiction a déclaré que « *porte atteinte à la liberté syndicale, l'employeur qui déplace d'office sans autorisation judiciaire préalable le local syndical malgré l'opposition d'une organisation syndicale (...)* »¹²⁵¹. La Cour de cassation a appuyé sa décision à la fois sur l'alinéa 6 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 relatif à la liberté syndicale¹²⁵² et l'article L. 2141-4 du Code du travail affirmant la liberté syndicale dans l'entreprise¹²⁵³.

443. Les modalités d'aménagement et d'utilisation du local sont fixées par accord avec l'employeur¹²⁵⁴. Le local commun « *doit convenir à l'exercice de la mission de leurs délégués* », ce qui suppose un minimum d'aménagement. Quant au local particulier, il doit être « *convenable, aménagé et doté du matériel nécessaire à son fonctionnement* »¹²⁵⁵. La mise à disposition d'une ligne téléphonique privative directe nécessite un accord implicite de l'employeur, relatif à l'« *expression orale de l'activité syndicale, tant vers l'intérieur que vers l'extérieur* ». En mettant une ligne de téléphone privative et directe à disposition des sections syndicales, l'employeur autorise par là même l'utilisation d'un répondeur¹²⁵⁶.

¹²⁵⁰ Cass. soc., 26 septembre 2007, n°06-13.810, Bull. civ. V, n°143, *JSL*, n°221-2.

¹²⁵¹ Cass. soc., 13 janvier 2010, n°08-19.917 et 08-19.955, Bull. civ. V, n°11..

¹²⁵² « *Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix* ».

¹²⁵³ « *L'exercice du droit syndical est reconnu dans toutes les entreprises dans le respect des droits et libertés garantis par la Constitution de la République, en particulier de la liberté individuelle du travail. Les syndicats professionnels peuvent s'organiser librement dans toutes les entreprises conformément aux dispositions du présent titre* ».

¹²⁵⁴ C. trav., art. L. 2142-9.

¹²⁵⁵ C. trav., art. L. 2142-8.

¹²⁵⁶ Cass. soc., 27 octobre 1981, n°80-12.637, Bull. civ. V, n°831.

3. La collecte des cotisations syndicales à l'intérieur de l'entreprise

444. La réglementation des cotisations syndicales fait l'objet d'un article unique dans le Code du travail¹²⁵⁷. Son régime n'a pas été modifié depuis la loi du 28 octobre 1982¹²⁵⁸. Avant cette loi, la collecte des cotisations à l'intérieur de l'entreprise devait être réalisée en dehors des lieux de travail et du temps de travail¹²⁵⁹. Désormais la collecte des cotisations syndicales peut être effectuée à l'intérieur de l'entreprise¹²⁶⁰. Selon le rapporteur de cette loi à l'Assemblée nationale « *La suppression de cette restriction permettra d'introduire dans ce domaine une plus grande liberté dans la mesure où la collecte pourra avoir lieu à l'intérieur de l'entreprise dans des conditions à négocier* »¹²⁶¹. Le Ministre du travail de l'époque, Monsieur Jean Auroux, souhaitait que ce dispositif permette « *de procéder à la collecte des cotisations d'une manière très souple, soit pendant, soit en dehors du temps de travail, soit dans les locaux de travail, soit en dehors, est susceptible de déboucher sur des accords négociés et répond à la nécessité de respecter la liberté et la responsabilité syndicale [...]* »¹²⁶². Selon son rapporteur, la commission n'a pas voulu « *préciser explicitement que la collecte pouvait être opérée pendant les temps et dans les locaux de travail afin de conserver une certaine souplesse [...]* »¹²⁶³. Cet exercice n'apparaît pas *a priori* subordonné à la conclusion d'un accord collectif. L'absence de contentieux dans ce domaine laisse penser que la collecte des cotisations syndicales se fait au moyen de contacts ponctuels et circonstanciels. La loi n'exige en outre aucun mandat particulier constituant une habilitation légale pour le collecteur des cotisations. La personne chargée de récolter les cotisations peut être un délégué syndical et peut dans ce cas utiliser ses heures de délégation. Le collecteur peut également être un syndicaliste sans mandat qui exécute alors cette mission en dehors de son temps de travail.

4. Le droit de réunion syndicale

445. Les dispositions du Code du travail relatives au droit de réunion syndicale datent de la loi du 27 décembre 1968¹²⁶⁴, reprises par la loi du 28 octobre 1982¹²⁶⁵. Si la jurisprudence est

¹²⁵⁷ C. trav., art. L. 2142-2: « *La collecte des cotisations syndicales peut être réalisée à l'intérieur de l'entreprise* ».

¹²⁵⁸ Loi n°82-915 du 28 octobre 1982, préc.

¹²⁵⁹ Loi n°68-1179 du 27 décembre 1968, préc., art. 5, al. 3.

¹²⁶⁰ C. trav., art. L. 2142-2.

¹²⁶¹ JOAN CR 25 mai 1982, p. 2507.

¹²⁶² *Ibid.*, p. 2508.

¹²⁶³ *Ibid.*

¹²⁶⁴ Loi n°68-1179 du 27 décembre 1968, préc., art. 7.

venue préciser ces minces dispositions, celles-ci n'ont pas fait l'objet de modification particulière. Le Code du travail autorise les adhérents d'une section syndicale à se réunir une fois par mois dans l'enceinte de l'entreprise, en dehors du temps de travail des salariés participant dépourvus d'heures de délégation et en dehors des locaux de travail¹²⁶⁶. Les réunions ne peuvent avoir lieu pendant les heures de travail dans l'établissement, sauf à n'être composées que de salariés libres à ce moment ou bénéficiant d'heures de délégation. Les heures consacrées à l'assistance aux réunions syndicales mensuelles ne sont pas rémunérées, sauf pour les salariés qui utilisent leurs heures de délégation¹²⁶⁷. L'employeur est donc en droit de sanctionner des délégués syndicaux ayant organisé une réunion de l'ensemble du personnel sur les lieux et pendant la durée du travail alors qu'il avait refusé d'autoriser cette réunion¹²⁶⁸. En revanche, une réunion durant une grève ayant pour objet d'expliquer et d'appuyer des revendications professionnelles sort de ce cadre. Les salariés grévistes ne sauraient être sanctionnés¹²⁶⁹.

446. Les participants à la réunion sont les adhérents de la section. Mais dans la mesure où l'employeur ne peut contrôler l'appartenance syndicale de ses salariés, le terme « *adhérents* » ne peut être entendu au sens littéral. La réunion peut donc être composée par des sympathisants. Des personnalités extérieures à l'entreprise peuvent être invitées par les sections syndicales¹²⁷⁰. L'accord de l'employeur n'est pas requis s'il s'agit de responsables syndicaux et que la réunion se tient dans le local syndical. L'accord est, en revanche, nécessaire lorsque la réunion a lieu dans des locaux mis à cet effet à la disposition de la section syndicale¹²⁷¹. Ainsi, dans les entreprises de moins de deux cent salariés, l'invitation de personnalités syndicales extérieures implique toujours

¹²⁶⁵ Loi n°82-915 du 28 octobre 1982, préc.

¹²⁶⁶ Selon des modalités fixées par accord avec l'employeur (C. trav., art. L. 2142-10 ; C. trav., art. L. 2142-11).

¹²⁶⁷ Le paiement du salaire constituant un facteur important, les organisations syndicales s'efforcent, dans le cadre des accords collectifs, d'obtenir le paiement des heures consacrées à la réunion mensuelle ou d'imputation du temps de la réunion sur le temps de travail. Certains accords collectifs prévoient le paiement d'un certain nombre d'heures par mois, en dehors du temps de travail, à tous les salariés, pour leur permettre d'assister à des réunions syndicales.

¹²⁶⁸ Cass. soc., 21 mai 1981, n°79-40.947, Bull. civ. V, n°440.

¹²⁶⁹ Cass. soc., 8 novembre 1988, n°85-45.100, Bull. civ. V, n°575.

¹²⁷⁰ C. trav., art. L. 2142-10. L'invitation à une réunion d'une personnalité extérieure doit être décidée selon la procédure que la section syndicale a pu instituer. Il est possible de concevoir que le délégué syndical ou le secrétaire de la section ait reçu une habilitation permanente de la section à cet effet.

¹²⁷¹ La cour d'appel de Nîmes a toutefois jugé que la tenue de la réunion dans un autre lieu, en l'espèce le réfectoire, en raison de l'insuffisance de place dans le local syndical ne saurait être tenu pour fautif et ne saurait engager la responsabilité de la personnalité syndicale extérieure ayant participé à cette réunion, sans avoir obtenu l'accord de l'employeur, en raison d'une circonstance qui lui était étrangère (CA Nîmes, 24 octobre 1989, *Dr. ouvrier*, 1990, p. 289).

l'accord de l'employeur. Les réunions auxquelles des représentants syndicaux extérieurs peuvent être présents ne se limitent pas à la réunion mensuelle de la section. L'objectif est de permettre à la section syndicale de créer un contact avec d'autres syndicalistes, extérieurs à l'entreprise. En visant les « *réunions* », la loi est allée au-delà. Le rapporteur à l'Assemblée nationale, s'exprimant sur la forme des interventions des représentants syndicaux extérieurs, notait que le texte garantissait un « *bon équilibre* » en permettant des réunions ouvertes comme de simples contacts¹²⁷². Monsieur Jean Auroux, Ministre du Travail, présentait le texte de la manière suivante : « (...) *la possibilité donnée aux syndicats d'inviter librement dans les locaux syndicaux des personnalités syndicales – ce mot n'implique pas l'organisation d'un meeting mais suppose la présence de responsables syndicaux – pour apporter des éléments d'information ou venir en chercher me semble une innovation positive et intéressante* (...) »¹²⁷³. Il ne peut donc s'agir de tenir dans l'entreprise des réunions ouvertes, sous forme d'assemblées générales. Néanmoins, il est possible que la réunion soit ouverte à un groupe de travail ou bien à la section syndicale, selon ses effectifs.

447. Ainsi, ces quatre prérogatives traditionnelles, attribuées concomitamment à la création de la section syndicale d'entreprise, ont été en grande majorité préservées, voire pour certaines améliorées, par le législateur et la jurisprudence de la Cour de cassation. Toutefois, le contrôle par l'employeur de la communication syndicale semble avoir été renforcé. Cette prérogative syndicale, comprenant notamment l'affichage et le tractage dans l'entreprise, dont les conditions ont été prévues initialement par la loi du 27 décembre 1968 évoquée précédemment, a pâti des conséquences négatives du passage à la communication numérique.

B. Le renforcement du contrôle de la communication syndicale par l'employeur

448. Le Code du travail¹²⁷⁴ consacre la libre communication syndicale tout en limitant son contenu aux « *dispositions relatives à la presse* »¹²⁷⁵. La limite entre ce qui relève de la polémique acceptable et ce qui relève de l'injure ou de la diffamation peut donc soulever des

¹²⁷² JOAN CR 26 mai 1982, p. 2517.

¹²⁷³ *Ibid.*, p. 2519.

¹²⁷⁴ C. trav., art. L. 2142-5.

¹²⁷⁵ Sont ainsi visés les délits de presse, notamment l'injure publique, caractérisée par l'emploi d'une expression outrageante visant une personne, et la diffamation publique, consistant dans l'imputation d'un fait déterminé portant atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne (Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, art. 29).

difficultés¹²⁷⁶. Si la Cour de cassation tolère¹²⁷⁷ certains excès à la mesure de « *tensions nées de conflits sociaux ou de la violence qui parfois sous-tend les relations de travail* »¹²⁷⁸, la responsabilité civile ou pénale du syndicat ou du salarié auteur peut être retenue en cas d'abus de leur liberté d'expression¹²⁷⁹. Le contenu doit également rester exclusivement professionnel¹²⁸⁰, et ce pour prévenir toute dérive politique de l'activité syndicale¹²⁸¹. Le contenu doit aussi respecter le secret professionnel et les « *procédés de fabrications* »¹²⁸². Les délégués syndicaux, les représentants de section syndicale¹²⁸³, les représentants syndicaux aux instances élues du personnel¹²⁸⁴ sont assujettis à cette obligation¹²⁸⁵. Certaines informations peuvent être « *réputées* » confidentielles par la loi¹²⁸⁶. Enfin, les communications syndicales, notamment en matière

¹²⁷⁶ Un contexte particulièrement tendu au sein de l'entreprise lors d'élections n'est pas de nature à excuser des propos diffamatoires contenu dans un tract distribué par un syndicat (Cass. 1re civ., 17 mars 2011, n°10-11.784, Bull. civ. V, n°58). En revanche n'est pas diffamatoire le tract qui fait état de « *l'angoisse, le stress, la méfiance et les incertitudes des uns et des autres et ce, face aux rumeurs et autres restructurations tant sournaises qu'hasardeuses* » (Cass. soc., 3 juillet 2012, n°11-10.793, Bull. civ. V, n°202, JSL, n°330-4.).

¹²⁷⁷ La position du syndicat ou d'un syndicaliste peut être d'une intensité différente de celle de tout salarié usant de sa liberté d'expression dans l'entreprise V. G. Loiseau, « La liberté d'expression du salarié », *RDT*, 2014, p. 396.

¹²⁷⁸ Crim., 10 mai 2005, n°04-84.705, Bull. crim., n°144 ; *D.*, 2005, p. 1657, obs. A. Astaix.

¹²⁷⁹ Communication ayant un caractère strictement politique, injurieuse ou diffamatoire (Cass. crim., 2 janvier 1980, n°78-92.224, Bull. crim., n°3), excessive et contenant des « *attaques personnelles [...] qui excèdent les limites admissibles d'une polémique née d'un conflit social* » (Cass. crim., 23 novembre 1994, n°90-86.396, Bull. crim., n°351).

¹²⁸⁰ Le syndicat doit exister « *exclusivement* » en vue de la défense des intérêts professionnels des salariés (C. trav., art. L. 2131-1).

¹²⁸¹ Ce critère a pu autrefois servir de base à des poursuites aux fins de dissoudre la CGT, tel que l'avait décidé le Tribunal correctionnel de la Seine (15 janvier 1921, *Gaz. Pal.*, 1921. 1. p. 87), avant que cette décision ne soit privée d'effet par la Loi d'amnistie du 3 janvier 1925.

¹²⁸² C. trav., art. L. 2143-21.

¹²⁸³ Par analogie, le « *représentant de la section syndicale* » est également soumis à cette obligation. (C. trav., art. L. 2142-1-1, al. 2 : « [...] *Il bénéficie des mêmes prérogatives [que le délégué syndical], à l'exception du pouvoir de négocier des accords collectifs* »).

¹²⁸⁴ C. trav., art. L. 2315-3.

¹²⁸⁵ En tant que salariés autorisés à consulter la base de données économiques et sociales de l'entreprise, ils doivent respecter « *une obligation de discrétion à l'égard des informations contenues dans la base de données revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur* » (C. trav., art. L. 2312-36).

¹²⁸⁶ Au sens de l'article L. 2312-36 du Code du travail, telles que celles qui sont communiquées dans le cadre de la procédure d'alerte interne déclenchée par un comité social et économique (C. trav., art. L. 2312-67).

électorale¹²⁸⁷, peuvent être soumises à une certaine temporalité. Elles ne doivent pas être trop tardives¹²⁸⁸ ou prématurées¹²⁸⁹.

449. En matière de communication syndicale irrégulière, l'employeur peut porter plainte¹²⁹⁰ lorsque l'abus confine à l'injure ou à la diffamation¹²⁹¹, publique ou privée¹²⁹². La révélation d'un secret de fabrication dans un message électronique est également constitutive d'un délit¹²⁹³. L'employeur peut également demander l'engagement de la responsabilité civile du syndicat et prendre des mesures disciplinaires¹²⁹⁴ à l'égard des salariés auteurs de communications abusives¹²⁹⁵. Ces règles ont peu évolué depuis leur création en 1968 et leur précision en 1982. En

¹²⁸⁷ La Cour de cassation n'exige pour autant aucune analogie avec l'article L. 49 du Code électoral qui interdit la distribution de tract ou l'envoi de message électronique « *à partir de la veille du scrutin à zéro heure* ». La Cour n'a jamais prononcé la nullité du scrutin suite à une distribution tardive de tract, à moins que leur contenu soit susceptible de fausser les résultats (Cass. soc., 1er décembre 1993, n°93-60.029, NP).

¹²⁸⁸ Tel est le cas pour des tracts mettant en cause un autre candidat sans qu'il ne puisse répondre (Cass. soc., 18 février 1988, n°87-60.027, Bull. civ. V, n°123.).

¹²⁸⁹ La Cour de cassation a annulé les élections suite à la diffusion par un syndicat d'un tract alors que la campagne électorale n'était pas ouverte, ce qui était contraire au protocole électoral (Cass. soc., 23 juin 2004, n°02-60.848, NP.). Ma Cour de cassation a adopté une position différente pour apprécier la légalité de la diffusion syndicale prématurée. Elle ne s'est pas fondée sur le protocole d'accord préélectoral mais d'après le principe de la liberté d'expression consacrée à l'article 10 de la Convention EDH (Cass. soc., 15 novembre 2017, n°16-24.798, publié au Bulletin).

¹²⁹⁰ Le syndicat ne peut être poursuivi en tant que personne morale (Cass. crim., 9 juin 2001, n°00-86.667, NP - Crim., 10 septembre 2013, n°12-83.672, Bull. crim., n°178). Un délégué syndical ne peut être poursuivi pénalement pour la diffusion d'un tract diffamatoire ou injurieux que s'il a personnellement procédé aux actes de publication de l'écrit litigieux ou donné des instructions pour sa diffusion et son affichage (Cass. crim., 3 juin 1982, n°80-93.590, Bull. crim., n°143).

¹²⁹¹ Cass. crim., 18 juin 1985, n° 84-90.045, Bull. crim., n°234 : reconnaissance d'une diffamation publique dans le tract sur lequel on pouvait lire : « *La S est une entreprise qui tourne bien et, ça, grâce à nous tous, faut pas l'oublier. Il y a des bons résultats. Alors le patron, qu'est-ce qui fait ? D'abord il commence par se servir (et là, on peut lui faire confiance, il se sert, comme il faut...)* ».

¹²⁹² Au regard de la loi du 20 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

¹²⁹³ Puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 €, ainsi que, le cas échéant, l'interdiction des droits civiques, civils et de la famille pour une durée maximale de cinq ans (C. trav., art. L. 1227-1.)

¹²⁹⁴ Cass. soc., 31 mars 1998, n°96-41.876.

¹²⁹⁵ Dans un arrêt du 22 janvier 2008, l'employeur avait prononcé une mise à pied à l'encontre d'un représentant du personnel élu et délégué syndical ayant diffusé sur le réseau intranet de l'entreprise un courriel de protestation contre l'arrestation d'un militant syndicaliste paysan. L'accord collectif prévoyant les diffusions électroniques exigeait l'existence d'un « *lien entre le courriel syndical et la situation sociale existant dans l'entreprise* » (Cass. soc., 22 janvier 2008, n°06-40.514).

revanche, le contrôle par l'employeur de la communication syndicale semble s'être renforcé avec le passage de la communication dactylographiée (1) à la communication informatique (2).

1. Le contrôle a posteriori de la communication syndicale papier

450. L'essentiel des dispositions du Code du travail concernant les communications syndicales est assez mince¹²⁹⁶. Les régimes de l'affichage¹²⁹⁷ et du tractage¹²⁹⁸ sont restés inchangés depuis la loi du 28 octobre 1982¹²⁹⁹. Les modalités régissant l'utilisation des panneaux d'affichage réservés (agencement des panneaux, leur dimension, leur localisation) sont arrêtées par accord¹³⁰⁰ entre les organisations syndicales et l'employeur¹³⁰¹. Un exemplaire à l'identique de la communication que le syndicat souhaite afficher doit simultanément être transmis à l'employeur¹³⁰². Le règlement intérieur peut prévoir les modalités de cette transmission sans toutefois imposer de restriction supplémentaire¹³⁰³. La distribution des tracts dans l'enceinte de l'entreprise doit se faire aux heures d'entrée et de sortie¹³⁰⁴. Cette liberté ne saurait être restreinte par accord collectif¹³⁰⁵. La loi n'impose pas la communication concomitante à l'employeur des tracts distribués¹³⁰⁶.

451. En matière d'affichage et de tract papier, le contrôle de l'employeur se fait *a posteriori*. Le défaut de communication simultanée de l'affichage constitue une voie de fait

¹²⁹⁶ C. trav., art. L. 2142-3 à L. 2142-5 (issus de la loi n°68-1179 du 27 décembre 1968, préc.).

¹²⁹⁷ C. trav., art. L. 412-7 ancien. Codifié par le décret n°73-1047 du 15 novembre 1973, préc.

¹²⁹⁸ C. trav., art. L. 412-8 al. 4 ancien.

¹²⁹⁹ Loi n°82-915 du 28 octobre 1982, préc., art. 10.

¹³⁰⁰ Il s'agit plus d'une concertation que d'un accord collectif. Il n'est, bien évidemment, pas interdit de régler la question par accord collectif.

¹³⁰¹ C. trav., art. L. 2142-3. Malgré la formulation du Code du travail qui parle d'une mise à disposition « *de chaque section syndicale* », toutes les sections syndicales doivent bénéficier des mêmes avantages, faute de quoi l'employeur risque d'être accusé de discrimination illicite.

¹³⁰² C. trav., art. L. 2142-3, al. 2.

¹³⁰³ CE, 20 janvier 1982, n°26.152, « *Ministre du travail et de la participation* », Publié au Recueil Lebon.

¹³⁰⁴ Dès lors que le document distribué a la nature d'un tract, il ne peut pas être distribué au poste de travail des salariés pendant leurs heures de travail, mais uniquement aux heures d'entrée et de sortie du personnel (Cass. soc., 31 mars 1998, n°96-41.876, Bull. civ. V, n°192 ; *Sem. soc. Lamy*, n°882, p. 9).

¹³⁰⁵ Cass. soc., 27 mai 2008, n°06-46.403, Bull. civ. V, n°113, *JSL*, n°237-6.

¹³⁰⁶ Dès lors, un règlement intérieur unilatéralement édicté par l'employeur ne saurait prescrire une telle communication pour les tracts (CE, 20 janvier 1982, n°26.152, Publié au recueil Lebon).

permettant à l'employeur d'obtenir en référé son retrait. Cette seule irrégularité ne saurait toutefois justifier une sanction disciplinaire¹³⁰⁷. La communication étant simultanée, l'employeur ne peut prétendre exercer un contrôle préalable, ni soumettre unilatéralement l'affichage à une procédure d'autorisation¹³⁰⁸. L'employeur ne peut agir qu'*a posteriori* et par la voie judiciaire pour obtenir la réparation du préjudice causé par l'usage abusif du droit d'affichage ou éventuellement le retrait des communications dépourvues d'objet syndical¹³⁰⁹. S'il se fait lui-même justice en retirant les affiches, de sa propre autorité, il commet un délit d'entrave à la liberté syndicale¹³¹⁰. La distribution de tracts en dehors des heures d'entrée et de sortie du travail constitue un trouble manifestement illicite pour le bon fonctionnement de l'entreprise et l'employeur peut également saisir le juge en référé pour le faire cesser¹³¹¹. Néanmoins, si en matière d'affichage syndical l'employeur ne peut procéder de sa propre autorité au retrait des textes qu'il considère comme abusifs, la Cour de cassation semble adopter une position plus nuancée en matière de distribution de tracts syndicaux. Elle considère que l'employeur qui s'est opposé à la diffusion d'un tract dans l'enceinte de l'entreprise ne peut être reconnu coupable du délit d'entrave que s'il est établi que les tracts, dont il a interdit la diffusion, n'excèdent pas les limites du droit d'expression reconnu aux syndicats par la loi¹³¹².

452. En matière numérique, le schéma semble être inversé. Le contrôle de l'employeur peut se réaliser *a priori*.

2. Le contrôle a priori de la communication syndicale numérique

453. En matière de communication syndicale dématérialisée, les limites de fond sont les mêmes que sur format papier. Avant que l'utilisation des technologies de l'information et de la communication à des fins syndicales ne soit réglementée, la Cour de cassation considèrerait que « *la diffusion de tracts et de publications syndicales sur la messagerie électronique que l'entreprise met à la disposition des salariés n'est possible qu'à la condition, soit d'être autorisée par*

¹³⁰⁷ Cass. crim., 25 mai 1982, n°81-93.443, Bull. crim., n°135.

¹³⁰⁸ Les clauses des conventions collectives anciennes instituant une communication préalable à l'employeur sont donc caduques.

¹³⁰⁹ Rép. min., JO Sénat Q. 12 juin 1986, p. 803.

¹³¹⁰ Cass. crim., 19 février 1979, n°78-91.400, Bull. crim., n°73 ; Cass. crim., 11 mai 2004, n°03-83.682.

¹³¹¹ Cass. soc., 20 septembre 2018, n°17-21.099, *JSL*, n°462-28.

¹³¹² Cass. crim., 27 mars 1979, n°77-91.887, Bull. crim., n°123.

*l'employeur, soit d'être organisée par voie d'accord d'entreprise »*¹³¹³. Elle admettait par ailleurs que l'autorisation de l'employeur était implicite¹³¹⁴. La loi du 4 mai 2004¹³¹⁵ a conditionné la « *mise à disposition* » des publications et tracts sur un site syndical hébergé sur l'intranet de l'entreprise et la « *diffusion* »¹³¹⁶ sur la messagerie électronique de l'entreprise à la signature d'un accord d'entreprise¹³¹⁷ prévoyant les « *modalités de cette mise à disposition ou de ce mode de diffusion, en précisant notamment les conditions d'accès et les règles techniques visant à préserver la liberté de choix des salariés d'accepter ou de refuser un message* ». Il a été prévu que l'accord profite à toute organisation ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise, représentative ou non¹³¹⁸, et que les règles d'usage de la messagerie électronique ne portent pas atteinte au secret de la correspondance¹³¹⁹. Une circulaire ministérielle a également insisté sur la nécessité de garantir aux salariés leur liberté d'accepter ou de refuser le message¹³²⁰. Sur le fond, il a été accepté que l'utilisation du réseau intranet puisse être conditionnée à « *l'existence d'un lien entre le contenu* » des messages envoyés et la « *situation sociale existant dans l'entreprise* »¹³²¹.

454. La loi 8 août 2016¹³²² est allée plus loin dans la communication syndicale numérique. L'accord collectif doit toujours définir les conditions et les modalités de « *diffusion* » des messages syndicaux. En revanche, alors que sous l'empire de la précédente loi les

¹³¹³ Cass. soc., 25 janvier 2005, n°02-30.946, Bull. civ. V, n°19.

¹³¹⁴ Dès lors que celui-ci avait toléré l'usage de l'intranet à des fins syndicales, la sanction prononcée à l'égard d'un salarié pour avoir diffusé des tracts sur internet ne pouvait être justifiée (Cass. soc., 27 juin 2007, n°06-40.246, *JSL*, 216-11).

¹³¹⁵ Loi n°2004-391 du 4 mai 2004 (préc.) dont la constitutionnalité a été reconnue par le Conseil constitutionnel, considérant qu'en soumettant l'utilisation de la messagerie électronique de l'entreprise pour la diffusion des publications syndicales à un accord collectif d'entreprise, ou, à défaut, à l'accord de l'employeur, l'article L. 2142-6 du Code du travail ne méconnaissait pas le principe constitutionnel de la liberté d'expression (Cons. const., QPC n°2013-345 du 27 septembre 2013 ; *Sem. Soc. Lamy*, n°1600, p. 2.).

¹³¹⁶ La diffusion doit s'adresser à l'ensemble des salariés. Le message syndical envoyé depuis un matériel informatique personnel et à destination des seules boîtes électroniques de responsables d'agences, ne caractérisait pas une diffusion au sens de l'article L. 2142-6 du code du travail (Cass. soc., 10 janvier 2012, n°10-18.558).

¹³¹⁷ C. trav., art. L. 2142-6.

¹³¹⁸ À la condition de respecter les clauses gouvernant l'utilisation de ces outils (Cass. soc., 21 septembre 2011, n°10-19.017, Bull. civ. V, n°193 ; *JSL*, n°308-10 ; Cass. soc., 11 janvier 2012, n°11-14.292, Bull. civ. V, n°16 ; *JSL*, n°318-13).

¹³¹⁹ Rapp. AN n°1273, p. 87.

¹³²⁰ Circ. DRT n°2004-09, 22 septembre 2004, Fiche n°11.

¹³²¹ Cass. soc., 22 janvier 2008, n°06-40.514, préc.

¹³²² Loi n°2016-1088 du 8 août 2016, préc.

communications sur un site intranet de l'entreprise étaient conditionnées à l'accord de l'employeur, désormais les « *organisations syndicales présentes*¹³²³ *dans l'entreprise [...]* peuvent librement, en l'absence d'accords collectifs, mettre à disposition des salariés de l'entreprise des publications et tracts sur un site syndical accessible à partir de l'intranet de l'entreprise, lorsqu'il existe ». D'après deux arrêts rendus les 22 février et 8 mars 2017¹³²⁴, parmi les critères auxquels doivent répondre les syndicats utilisateurs des outils numériques, celui de la transparence financière s'ajoute à ceux du respect des valeurs républicaines et d'indépendance, même s'il n'est pas cité par la loi. La distinction a été clarifiée entre la notion de « *mise à disposition* » de la messagerie et la « *diffusion* »¹³²⁵ du message syndical.

455. En matière de la communication « *papier* », l'employeur doit agir ultérieurement en justice pour obtenir la cessation des abus. La liberté des syndicats de déterminer le contenu de leurs communications¹³²⁶ empêche l'employeur de se faire justice en cas de distribution de tracts ou d'affichages irréguliers au risque pour ce dernier de porter atteinte à la liberté syndicale¹³²⁷. L'employeur doit saisir *a posteriori* le juge judiciaire pour faire cesser les distributions dont le contenu est disproportionné ou réalisées à des moments et lieux¹³²⁸ non appropriés. Une fois la distribution faite, l'employeur peut déposer une requête aux fins de faire reconnaître son caractère illicite et demander en conséquence la condamnation du syndicat et des salariés y ayant concouru au versement de dommages-intérêts¹³²⁹. Pour une affiche dont il conteste le contenu, l'employeur

¹³²³ L'expression « *présentes dans l'entreprise* » laisse entrevoir l'exigence de la constitution d'une section syndicale. Cette exigence est justifiée par la localisation de l'article L. 2152-6 du Code du travail dans le chapitre « *Section syndicale* » (Cass. soc., 21 septembre 2011, nos 10-19.017 et 10-23.247).

¹³²⁴ Cass. soc., 22 février 2017, n°16-60.123, publié au Bulletin ; *Dr. social*, 2017, p. 575, obs. F. Petit.

¹³²⁵ Deux régimes sont désormais distincts. Concernant plus particulièrement les diffusions sur les messageries professionnelles, les syndicats et leurs représentants doivent par exemple réserver la liberté de choix des salariés d'accepter ou de refuser le message. Il revient également aux syndicats de respecter, autant à l'égard des « *mises à disposition* » que des « *diffusions* », les directives générales de l'art. L. 2142-6 du code du travail :

- l'utilisation par les organisations syndicales des outils numériques mis à leur disposition doit être compatible avec les exigences de bon fonctionnement et de sécurité du réseau informatique de l'entreprise ;
- elle ne peut avoir des conséquences préjudiciables à la bonne marche de l'entreprise.

¹³²⁶ Le contenu d'une communication syndicale de type « *papier* » est librement déterminé par l'organisation syndicale (C. trav., art. L. 2142).

¹³²⁷ C. trav., art. L. 2146-1.

¹³²⁸ Cass. soc., 27 mai 1997, n°95-14.850.

¹³²⁹ Cass. soc., 28 février 2007, n°05-15.228, préc.

peut également saisir le juge des référés pour qu'il rende une ordonnance dite « *d'arrachage* » et supprimer la publication¹³³⁰.

456. En matière de technologies numériques, le schéma est inversé. L'employeur peut exercer un contrôle *a priori* et c'est au syndicat de saisir le juge pour voir ses droits être rétablis s'il estime la mesure injustifiée. L'employeur peut fermer provisoirement l'accès aux outils numériques pour inciter le syndicat à corriger sa publication. L'accord collectif organisant la mobilisation des outils numériques peut prévoir une suspension temporaire de l'accès à ce mode de communication. Même en l'absence d'une telle clause, par exception d'inexécution, l'employeur peut prononcer lui-même la suspension tant que le syndicat ne respecte pas les dispositions de l'accord relatives à la communication syndicale. Dans un arrêt du 23 mai 2012 de la Cour de cassation¹³³¹, un employeur avait fermé l'accès à un site syndical aux salariés après avoir constaté que le syndicat affichait sur son portail une dénomination différente de son nom statutaire visant à tromper les salariés sur le champ exact de sa représentativité. La Cour de cassation a donné raison à l'employeur. Cette méconnaissance de l'accord collectif justifiait la fermeture temporaire du site le temps de la correction des informations erronées. De même, l'arrêt du 12 juillet 2017 de la Cour de cassation¹³³² tranche une affaire opposant un employeur signataire d'un accord collectif instituant des messageries à la disposition des syndicats. L'accord prohibait l'utilisation des messageries individuelles pour l'envoi de messages syndicaux à destination de l'intégralité du personnel. Un délégué syndical avait, depuis sa messagerie, envoyé des questionnaires à l'ensemble des salariés. La Cour de cassation a considéré que cet acte contrevenait à l'accord collectif, figurant au visa de l'arrêt. La fermeture temporaire (pour une durée de trente jours) par l'employeur de l'accès à la messagerie a été validée.

457. Avec les outils numériques, l'employeur jouit donc d'un « *privilège du préalable* » lui permettant de se faire provisoirement justice à lui-même¹³³³. Il agit toutefois à ses risques et périls¹³³⁴, et la mesure excessive peut donner lieu à des demandes conséquentes au civil, ainsi que des poursuites pénales pour entrave à la liberté syndicale. En tout état de cause, l'inversement du schéma en matière numérique marque « *un glissement très net dans l'étendue du contrôle par*

¹³³⁰ Cass. crim., 19 février 1979, n°78-91.400, Bull. crim., n°73 ; *D.*, p. 1979. IR 427.

¹³³¹ Cass. soc., 23 mai 2012, n°11-14.930.

¹³³² Cass. soc., 12 juillet 2017, n°15-27.742, publié au Bulletin ; *Dr. social*, 2017, p. 1087, obs. F. Petit.

¹³³³ F. Duquesne, « Droit de l'employeur de suspendre les communications syndicales dans l'entreprise en vertu d'un accord », *JCP S*, 2017, n°1300.

¹³³⁴ L'employeur agit par exception d'inexécution, il suspend lui-même la publication puisque que le syndicat ne respecte pas les clauses de l'accord relatives à la communication syndicale.

l'employeur de l'information syndicale »¹³³⁵. Mise à part en matière de communication syndicale, les prérogatives traditionnelles propres à l'acteur syndical ont peu été affectées depuis leur création.

458. Toutefois, il en va différemment concernant le droit de grève. S'il ne figure pas comme une prérogative propre à l'acteur syndical, mais comme un droit dont la titularité est individuelle, le droit de grève est intimement lié à l'histoire et l'activité syndicale. Sa restriction pénalise en conséquence l'acteur syndical dans l'entreprise.

Section 2. La restriction du droit de grève

Paragraphe introductif

459. L'action collective des salariés s'est forgée corrélativement au développement du capitalisme au XIX^{ème} siècle. Pacifique ou violente¹³³⁶, elle a pu s'inscrire dans les limites posées par le droit du travail ou bien totalement s'en affranchir¹³³⁷. La grève reste le mode d'action

¹³³⁵ F. Petit, « Les communications syndicales à l'ère du numérique », *Dr. social*, 2018, p. 1053.

¹³³⁶ Le 5 octobre 2015, des salariés d'« Air France » ont envahi le siège à Roissy pour protester contre un plan de suppression de près de 3000 emplois. Deux cadres de l'entreprise, dont le Directeur des ressources humaines, ont alors été pris à partie et leurs chemises ont symboliquement été arrachées. Quatre ex-salariés d'Air France, ont été condamnés pour ces violences à des peines de trois à quatre mois de prison avec sursis. Trois des quatre prévenus étaient affiliés à la CGT, v. not. « Chemise arrachée d'Air France : au procès en appel les prévenus parlent d'action symbolique », *Le Monde*, 12 mars 2018, https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2018/03/12/chemise-arrachee-d-air-france-le-proces-en-appel-de-douze-prevenus-s-ouvre-ce-lundi_5269621_1653578.html [consulté le 20 mars 2018].

¹³³⁷ De manière plus ou moins spontanée, les travailleurs ont organisé des boycotts, des blocages de production, des occupations d'usine mais aussi des séquestrations. Entre le 6 et le 7 janvier 2014, le Directeur des ressources humaines ainsi que le directeur de la production de l'usine « Goodyear » d'Amiens-Nord ont été retenus durant trente heures dans les locaux de l'usine de pneumatiques que plusieurs dizaines de salariés avaient occupée avant de les laisser partir. Huit anciens salariés de l'usine « Goodyear » d'Amiens-Nord ont été condamnés à vingt-quatre mois de prison dont neuf fermes. Deux des huit salariés ont également été condamnés pour violences en réunion, v. not. « Séquestration à Goodyear Amiens : 7 salariés définitivement condamnés », *Ouest-France*, 24 janvier 2018, <https://www.ouest-france.fr/hautes-de-france/sequestration-goodyear-amiens-7-salaries-definitivement-condamnes-5521533> [consulté le 3 février 2018].

collective le plus populaire¹³³⁸, consistant pour les salariés à interrompre leur travail. Ce droit, d'une « *nature particulière* »¹³³⁹, est une arme de poids¹³⁴⁰. Parce qu'il n'y a pas de production sans travail, la grève oblige l'employeur à tenir compte des revendications salariales. Si le droit français n'octroie pas la titularité du droit de grève aux organisations syndicales, ces dernières ont tissé avec ce type d'action collective un lien privilégié. Dès le XIX^{ème} siècle, la grève a trouvé comme source un « *profond besoin (...) de démocratie sociale* » dans l'entreprise¹³⁴¹. Les ouvriers exprimaient un grand espoir envers le syndicalisme, porteur de droits sociaux et démocratiques. La grève a été un outil permettant d'appuyer les revendications visant la reconnaissance d'un syndicat au sein d'une entreprise, d'une branche ou plus largement la reconnaissance de la liberté syndicale. Le droit de grève puis la liberté syndicale¹³⁴² ont tous deux été consacrés durant la seconde moitié du XIX^{ème} siècle. La grève a été prohibée en 1791 par la loi « *Le Chapelier* » dans un souci de cohérence avec la loi « *d'Allarde* » du 2 mars de la même année interdisant les corporations. La première a été dépénalisée en 1864¹³⁴³, soit vingt ans avant l'autorisation des syndicats par la loi « *Waldeck-Rousseau* ». Ces derniers ont rapidement adopté la grève comme mode d'action privilégié.

460. Majoritairement révolutionnaires à la fin du XIX^{ème} et au début du XX^{ème} siècle, les syndicats ont mis ce mode d'action collective au service d'un projet politique. La grève générale expropriatrice, prônée par le syndicalisme révolutionnaire et l'anarcho-syndicalisme¹³⁴⁴, prétendait

¹³³⁸ G. Groux, J.-M. Pernot, *La grève*, Paris, Les presses de Sciences po., Coll. « *Contester* », 2008, p. 9: « *ce que l'on observe n'est pas un classement des nations selon leur vigueur revendicative ou leur propension à faire grève. Les chiffres reflètent la place assignée à la grève et le degré de légitimité qui lui est reconnu dans les différents systèmes de relations professionnelles* ».

¹³³⁹ Cons. const., DC n°2007-556 du 16 août 2007, « *dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs* », consid. n°13, v. S. Alain, « La décision du Conseil constitutionnel sur le service minimum », *Les Petites Affiches*, 26 septembre 2007, n° 193, p. 11.

¹³⁴⁰ Selon la Cour, EDH, la grève constitue le « *plus puissant instrument de protection des intérêts professionnels* » (Cour EDH, 27 novembre 2014, « *Hrvatski Lijecknicki Sindikat c/ Croatie* », aff. C. 36701/09, pt. 59.).

¹³⁴¹ G. Groux, J.-M. Pernot, *op. cit.*

¹³⁴² Loi du 21 mars 1884, préc.

¹³⁴³ Loi du 25 mai 1864 abrogeant les articles 414, 415 et 416 du Code pénal – JORF 20 août 1944, dite « *Ollivier* », La cessation du travail restait malgré tout une faute civile contractuelle susceptible s'entraîner la rupture du contrat de travail aux torts du salarié.

¹³⁴⁴ La doctrine anarcho-syndicaliste se détachait du marxisme en insistant sur le fait que l'expropriation ne devait pas déboucher « *sur un pouvoir socialiste, mais sur une société de type absolument nouveau, reposant sur la libre association de producteurs* ». Elle prônait une « *production libre* », à l'échelle locale, « *par quartier* », et s'opposait en cela à une dictature du prolétariat, davantage centralisée. Émile Pouget, secrétaire adjoint de la section des

rompre avec le capitalisme¹³⁴⁵. Par la cessation collective du travail, les travailleurs devaient déclencher une grève générale expropriant les propriétaires des moyens de production pour relancer ensuite en autogestion la production des biens, des services et assurer leur redistribution¹³⁴⁶. La reprise de la production suite à la grève expropriatrice devait se faire « *sous le contrôle des organisations syndicales* »¹³⁴⁷. Ce mode d'action a largement été revendiqué par la Confédération générale du travail dès la fin du XIX^{ème} siècle, ainsi que le démontre l'adoption de la Charte d'Amiens¹³⁴⁸. En tant qu'« *arme spécifiquement syndicaliste* »¹³⁴⁹, elle constituait l'objectif de toute coalition salariée¹³⁵⁰.

461. Confrontés à la montée des inspirations révolutionnaires, les États occidentaux ont à l'unanimité prohibé les grèves politiques dans des limites plus ou moins larges¹³⁵¹, et ce pour protéger l'« *existence même* »¹³⁵² des systèmes juridiques. En France, la Cour de cassation a exclu le motif politique de l'exercice légal du droit de grève. Même non violente, la grève politique a été considérée comme un « *acte révolutionnaire* »¹³⁵³. Elle a donc été réduite à un instrument de

fédérations de la CGT de 1901 à 1908, voyait la grève générale comme « *l'unique moyen pour renverser l'ordre capitaliste et gouvernemental* » (E.-W. Smith, J. Finot, Paris, *La Revue Mondiale (ancienne Revue des Revues)*, 30^e année, 1919, vol. 132) ; C. Willard, *La France ouvrière : histoire de la classe ouvrière et du mouvement ouvrier français*, t. 1, Paris, l'Atelier, 1995, 493 pp).

¹³⁴⁵ M. Leroy, *La Coutume ouvrière, syndicats, bourses du travail, fédérations professionnelles, coopératives, doctrines et institutions*, Paris, M. Giard & E. Brière, 1913, p. 65.

¹³⁴⁶ É. Pouget, *La Confédération Générale du Travail*, Paris, Librairie des sciences politiques et sociales Marcel Rivière, Coll. « Bibliothèque du mouvement socialiste », 1908, 68 pp.

¹³⁴⁷ M. Joyeux, « Le Monde libertaire », février 1972, in *Dictionnaire des anarchistes*, Paris, l'Atelier, 2014, 528 pp.

¹³⁴⁸ En 1906, lors de son IX^{ème} congrès, la CGT a adopté la Charte d'Amiens, motion rédigée par Victor Griffuelhes et Émile Pouget. En plus de l'affirmation de son indépendance totale envers les partis politiques, le syndicat y décrit sa vision du syndicalisme : « *d'une part il prépare l'émancipation intégrale, qui ne peut se réaliser que par l'expropriation capitaliste, et d'autre part, il préconise comme moyen d'action la grève générale et il considère que le syndicat, aujourd'hui groupement de résistance, sera, dans l'avenir, le groupe de production et de répartition, base de réorganisation sociale* » (N. Decoopman, G. Soulier, D. Rosenberg, *op. cit.*).

¹³⁴⁹ S. Faure, *Encyclopédie anarchiste*, Paris, La librairie internationale, 1934, p. 2769.

¹³⁵⁰ I. Pereira, *Un esprit contestataire : la grammaire pragmatique du syndicalisme d'action directe libertaire*, Thèse de doctorat en sociologie, Paris EHESS, Lille, Atelier national, 2009, 767 pp.

¹³⁵¹ L'interdiction de la grève politique connaît certaines exceptions, plus ou moins restrictives. En Suède, la grève à dimension politique n'est admise que si elle est de courte durée. En Allemagne ou en Autriche, elle est sévèrement surveillée.

¹³⁵² E. Dockès, « La finalité des grèves en question », *Dr. social*, 2006, p. 881.

¹³⁵³ Pierre Laroque, commissaire du Gouvernement à la Cour supérieure d'arbitrage, déclara le 15 février 1939 que « *la grève politique, même ne s'accompagnât-elle d'autres violences directes, s'apparente à l'émeute, à l'insurrection.*

sauvegarde ou d'amélioration des conditions de travail des salariés dans le cadre du capitalisme¹³⁵⁴. Ainsi selon le droit positif, les revendications portées par les grévistes doivent revêtir un caractère professionnel¹³⁵⁵, à savoir l'acquisition de nouveaux droits ou leur amélioration (« *grèves offensives* »)¹³⁵⁶. La fin du XX^{ème} et le début du XXI^{ème} siècle ont quant à eux laissé place à des mots d'ordre ayant moins pour objet de revendiquer de nouveaux droits que de conserver les droits préexistants ainsi que l'emploi (« *grèves défensives* »)¹³⁵⁷.

462. L'abandon progressif du projet révolutionnaire au sein du syndicalisme français à la moitié du XX^{ème} siècle a permis à la Cour de cassation d'assouplir sa jurisprudence et admettre qu'une grève professionnelle pouvait s'accompagner de motifs politiques¹³⁵⁸. La prohibition n'est censée concerner que les revendications purement politiques même si ces dernières sont tolérées de manière ponctuelle pour des mots d'ordres toutefois non révolutionnaires mais destinés à préserver la démocratie politique ou au moins à lui montrer un attachement¹³⁵⁹. Plus récemment, les grèves hostiles à des réformes politiques ayant un caractère professionnel ont été reconnues licites¹³⁶⁰. La Cour de cassation considère en outre, de jurisprudence constante, que les salariés qui

C'est un acte révolutionnaire. Elle porte atteinte à l'ordre public, elle est par cela illicite » (Cité par M. Boitel in « Grèves politiques », *Dr. ouvrier*, 1952, p. 293).

¹³⁵⁴ G. Lyon-Caen, « Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail », préc.: « *Autrement dit, la législation ouvrière, la législation sociale ne s'identifie pas au socialisme, ne constitue pas un ensemble de mesures véritablement socialistes. L'intervention toujours plus accentuée de l'Etat a le plus souvent pour raison d'être une meilleure organisation des rapports économiques. [...] l'intervention de l'Etat ne peut modifier les fondements de l'Etat même. Elle tend à préserver l'ordre établi contre les revendications ouvrières qui le sapent. Elle profite donc en premier lieu au patronat. Les lois ouvrières sont du lest jeté par un régime qui tente de survivre le plus longtemps possible* ».

¹³⁵⁵ Ce qui exclut l'expropriation capitaliste. V. not. E. Dockès, préc. : « *La grève soit, mais pas la révolution, celle-ci fut-elle menée par voie de grève* ».

¹³⁵⁶ Par exemple, les grèves de juin 1936 suivant la victoire du Front Populaire ont appuyé la signature des accords de Matignon prévoyant notamment les congés payés, la reconnaissance des conventions collectives et des délégués du personnel.

¹³⁵⁷ Tel a été le cas de la grève en 2009 des ouvriers de Continental (les « *conti'* ») pour empêcher la fermeture de leur usine de pneus de Clairoux, la grève en opposition à la loi dite « *Travail* » à l'été 2016 ou encore aux « *ordonnances Macron* » à l'été 2017.

¹³⁵⁸ Cass. soc., 5 juin 1959, Bull. IV, n°660.

¹³⁵⁹ Tel fut le cas des grèves contre l'exécution de Sacco et Vanzetti de 1927, en réaction aux démonstrations de force des groupes et ligues fascistes le 12 février 1934, les grèves insurrectionnelles à la Libération ou encore en réaction au putsch des généraux d'Alger en 1961 (Cass. soc., 19 juin 1963, *D.*, 1963. p. 686).

¹³⁶⁰ Grèves contre le « *Plan Barre* » en 1979 (Cass. soc., 29 mai 1979 « *L'homme* », Bull. civ. V, n°464 ; *D.*, 1980), contre la réforme des retraites en 2006 (Cass. soc., 15 février 2006. Bull. civ. V, n°65), pour le « *développement du*

cessent le travail à l'appui de revendications que l'employeur est dans l'incapacité complète de satisfaire, n'en exercent pas moins de manière licite leur droit de grève¹³⁶¹.

463. La réglementation de l'exercice du droit de grève est fortement liée au contexte culturel, historique et philosophique. L'« *identité gréviste* » d'un État « *épouse aussi des contextes juridiques qui ont eux-mêmes une histoire et des traditions* »¹³⁶². Au Royaume-Uni, pays de tradition libérale, ce droit est peu protégé. La loi assimile par principe la grève à tout un panel de délits civils. Seules de maigres immunités¹³⁶³ sont accordées au syndicat instigateur sous réserve du respect de conditions si drastiques (« *Golden formula* »)¹³⁶⁴ qu'il n'est jamais vraiment à l'abri de sanctions.

464. Prohibé par le régime de Vichy¹³⁶⁵, le droit de grève en France a été inscrit à la Libération dans le préambule de la Constitution de 1946¹³⁶⁶ qui a conservé sa valeur constitutionnelle sous la V^{ème} République¹³⁶⁷. La valeur fondamentale du droit de grève est

transport à Marseille, contre la privatisation, pour les salaires, pour l'emploi » (Cass. soc., 23 octobre 2007, n°06-17.802, *D.*, 2008, 662.).

¹³⁶¹ Cette jurisprudence ancienne et constante (Cass. soc., 2 juin 1961, Bull. civ. IV, n°598 ; 15 janvier 1964, Bull. IV, n°47, *D.*, 1964, p. 397 ; Crim. 23 octobre 1969, *D.*, 1970, p. 128, note H. Sinay, Bull. crim. n°267 ; Crim. 27 novembre 1973, *Dr. ouvrier*, 1974, p. 178) a été notamment réaffirmée en 1992 (Cass. soc., 2 juin 1992, n°90-41368, *Dr. ouvrier*, 1992, p. 385) et en 2006, à propos de la grève nationale pour la défense des retraites (Cass. soc. 15 février 2006, n°04-45738, publié au bulletin, *Dr. social*, 2006, p. 577, note C. Radé). Les revendications formulées visaient un projet de loi situé bien au-delà des compétences de l'employeur qui était en l'espèce, chocolatier confiseur. La Haute juridiction a également tenu cette position pour l'arrêt « *RMT* » en 2007 à propos de la grève de la régie des transports de Marseille (Cass. soc., 23 octobre 2007, n°06-17.802, *D.*, 2008, p. 662).

¹³⁶² G. Groux, J.-M. Pernot, *op. cit.*, p.107.

¹³⁶³ Sous réserve du respect de la Formule d'or (« *Golden Formula* »). « *Trade Dispute Act* » 1906, section3.

¹³⁶⁴ Pour profiter de l'immunité, le syndicat ainsi que les travailleurs doivent se référer au « *Trade Union and Labour Relations (consolidation) Act* » de 1992 (TULRCA) et le « *Employment Rights Act* » de 1996 (ERA) dont les dispositions s'appliquent « *en prévision d'un conflit entre employeur et travailleur ou pour le servir* » (« *in contemplation or furtherance of a trade dispute* »). Si ce conflit n'entre pas dans le cadre strict de cette définition, le syndicat pourra être responsable d'un des délits prévus par la loi. Les conditions ont été compliquées notamment en 1984, lors des grèves des mineurs, par le « *Trade Union Act* » de 1984, qui oblige le syndicat à organiser un vote à bulletin secret avant l'engagement d'une grève.

¹³⁶⁵ Charte du Travail, 4 octobre 1941, art. 5.

¹³⁶⁶ Constitution du 27 octobre 1946, Préambule, art. 7: « *Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* ».

¹³⁶⁷ Cons. const., DC n°71-44 du 16 juillet 1971, « *Liberté d'association* », v. L. Philip et L. Favoreu, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, Coll. « *Grandes décisions* », 2009, p. 180.

reconnue par bon nombre de textes internationaux et européens invocables en droit interne¹³⁶⁸. Le Code du travail est toutefois peu bavard. Il se contente de préciser que l'exercice du droit de grève « ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié »¹³⁶⁹ ni « donner lieu à aucune mesure discriminatoire [...] notamment en matière de rémunérations et d'avantages sociaux »¹³⁷⁰. Il prévoit également que « tout licenciement prononcé en absence de faute lourde est nul de plein droit »¹³⁷¹ et interdit le recours aux salariés à contrat à durée déterminée et aux travailleurs intérimaires pour remplacer les grévistes¹³⁷². Aucun délit d'entrave au droit de grève n'est consacré par la loi. La réglementation est essentiellement l'œuvre de la jurisprudence de la Cour de cassation. Si le cadre qu'elle fixe est peu contraignant, l'action qui outrepassé ces limites n'est plus considérée comme un exercice normal du droit de grève et peut entraîner des sanctions disciplinaires¹³⁷³ et des poursuites civiles, y compris pour le syndicat¹³⁷⁴. Ce droit ne bénéficie donc pas d'une sécurité totalement infaillible¹³⁷⁵ même si la jurisprudence de la Cour de cassation reste dans ce domaine plutôt stable. La Cour définit¹³⁷⁶ l'exercice normal du droit de grève comme un « arrêt de travail complet¹³⁷⁷, collectif¹³⁷⁸ et concerté et vue d'appuyer

¹³⁶⁸ PIDESC., art. 8. 1. b. (Invocable en droit interne depuis Cass. soc., 16 décembre 2008, n°05-40876, « *Eichenlaub c./Axia France* », publié au bulletin) ; Conv. OIT n°87 relative à la liberté syndicale, interprétée par ses organes de contrôle (Recueil, paragr. 473- 475), CDFUE., art. 28 ; CSE., art. 6(4) (CJCE, 13 mars 2007, « *Unibet* », aff. C-432/05.) ; Conv. EDH., art. 11(1) (Cour EDH, 3^e sect., 21 avril 2009, « *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie* », n°68959/01).

¹³⁶⁹ Principe posé par la loi n°50-205 du 11 février 1950, préc. ; C. trav., art. L2511, art. L521-1 ancien.

¹³⁷⁰ C. trav., art. L. 2511-1 al. 2. Créé par la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, art. 52.

¹³⁷¹ C. trav., art. L. 2511-1 al. 3. Créé par loi n°85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social, art. 119.

¹³⁷² C. trav., art. L. 1242-6 et L. 1251-10.

¹³⁷³ A. Koukiadaki, « Les droits des conflits collectifs (2de partie) », *RDT*, 2010, p. 321.

¹³⁷⁴ En cas d'appel à une grève illicite (Cass. soc., 26 janvier 2000, n°97-15291).

¹³⁷⁵ La Cour EDH relativise ce propos puisque, selon elle, l'« exigence de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante » (Cour EDH., 18 décembre 2008, 5^e sect. « *Unédic c. France* », Req. n°20153/04, § 38).

¹³⁷⁶ Cass. soc., 13 novembre 1996, « *Société générale* », préc.

¹³⁷⁷ Le salarié doit s'être acquitté de toutes ses tâches (Cass. soc. n 5 mars 1953, « *Dunlop c. Plisson* », Bull. civ. IV, n°185 ; Soc. 16 mai 1989, Bull. civ. V, n°360 ; soc., 16 mars 1994, Bull. civ. V, n°92.). Le Comité de la liberté syndicale de l'OIT considère certaines actions complémentaires à l'arrêt de travail justifiées sauf « si la grève perdait son caractère pacifique » (Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT, 5^e édition, 2006, § 649). Il en va de même concernant les piquets de grève et l'occupation des locaux (*Ibid.*, §545). Cette position est amplifiée par l'arrêt « *Satilmis* » rendu par la Cour EDH (Cour EDH, 2^e sect., 17 juillet 2007, « *Satilmis c. Turquie* », nos 74611/01, 26876/06 et 27628/02) constatant une violation du droit de

des revendications professionnelles »¹³⁷⁹. Outre le respect de ce cadre prétorien, l'action collective ne doit pas dégénérer et créer un risque de désorganisation de l'entreprise. Dans un tel cas, elle est considérée comme abusive et peut justifier la fermeture de l'établissement¹³⁸⁰.

465. Si la titularité du droit de grève n'appartient pas aux syndicats, ces derniers sont à l'initiative de la majorité des conflits. À ce titre, dans les entreprises privées gérant un service public, les organisations syndicales représentatives ont le monopole du déclenchement de la grève. De plus, dans toute entreprise privée, l'appel national ou dans la branche à la grève par une plusieurs organisations syndicales représentatives permet de contourner l'exigence du caractère collectif de l'arrêt de travail en autorisant à un seul salarié à faire grève¹³⁸¹. Le lien privilégié entre syndicats et grève est toujours d'actualité. Les organisations syndicales appellent les salariés à la grève. En retour, l'arrêt de travail des salariés soutient l'action syndicale. Le rapport de force créé amène la partie patronale à être plus sensible à leurs revendications. Ce mode d'action collective apparaît comme le « *soutien nécessaire du syndicalisme* »¹³⁸². La capacité qu'ont les salariés à se mettre en grève détermine l'aptitude dont dispose le syndicat pour jouer efficacement son rôle au

grève après que des salariés aient été sanctionnés civilement pour avoir mené une grève-libéralité, consistant à faire profiter gratuitement d'une autoroute aux usagers. La Conv. EDH pourrait donc amener la Cour de cassation à assouplir sa jurisprudence sur ce point (v. J.-P. Marguenaud, J. Mouly, « Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une œuvre encore en demi-teinte », *RDT*, 2008, p.16).

¹³⁷⁸ Chaque salarié est titulaire du droit de grève (droit subjectif) et peut s'en prévaloir indépendamment du mot d'ordre des organisations syndicales. L'exercice doit être collectif et, mise à part si l'entreprise n'a qu'un seul salarié (Cass. soc., 13 novembre 1996, « *Société générale* », préc.) ou si ce dernier répond à un appel de la branche ou national (Cass. soc., 29 mars 1995, Bull. civ. V, n°111.), la grève doit être menée par deux personnes minimum.

¹³⁷⁹ L'OIT considère que les grèves « *purement politiques* » ne « *tombent pas dans le champ d'application de la liberté syndicale* » (Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale (CSL) du Conseil d'administration du BIT, 5^e édition, 2006, § 529). Le CLS admet que le motif puisse porter sur « *la recherche de solutions aux questions de politique économique et sociale et aux problèmes qui se posent à l'entreprise, et qui intéressent directement les travailleurs* » (*Ibid.*, §526.), notamment pour « *critiquer la politique économique et sociale du gouvernement* » (*Ibid.*, §529.). La grève politique ne semble être admise que si les mesures politiques critiquées sont susceptibles de concerner les syndicats ou les travailleurs. La Cour EDH a admis comme motif l'hostilité à un projet de réforme de la fonction publique à l'état embryonnaire (Cour EDH, 15 septembre 2009, « *Kaya et Seyhan c. Turquie* », req. n°30946/04).

¹³⁸⁰ Cass. soc., 5 juillet 1995, Bull. civ. V, n°232.

¹³⁸¹ Cass. soc., 29 mars 1995, Bull. civ. V, n°111.

¹³⁸² E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail 2019*, Paris, Dalloz, Coll. « Hyper-Cours », 12^e édition, 2018, p. 503.

sein de l'entreprise. La Cour EDH¹³⁸³ et la CJUE¹³⁸⁴ ont d'ailleurs reconnu le droit de grève à partir de la liberté syndicale.

466. Contrairement à certaines voix qui la considèrent comme une pratique culturelle obsolète¹³⁸⁵, « *la grève n'est pas un sport national français* »¹³⁸⁶. Durant la seconde moitié du XX^{ème} siècle, « *la France est restée dans la moyenne basse des pays industrialisés pour ce qui est du taux de grève* »¹³⁸⁷. Cette pratique est en déclin dans toute l'Europe¹³⁸⁸. L'augmentation du chômage et la précarisation du travail font de l'entreprise non plus un lieu d'asservissement et

¹³⁸³ La Cour EDH a consacré le droit de grève sous l'égide de l'article 11 de la Conv. EDH relatif à la liberté syndicale (Cour EDH, 27 juin 2002, « *Fédération of Offshore Workers c. Norvège* », n°53574/99 ; 10 janvier 2002, « *UNISON c. Royaume-Uni* », n°53574/99 ; 2^e sect., 2 juillet 2002, « *Wilson et autres c. Royaume-Uni* », n°30668/96 ; 2^e sect., 27 mars 2007 ; 27 mars 2007 « *Karaçay c. Turquie* », n°6615/03 ; 3^e sect., « *Özcan c. Turquie* », 13 décembre 2007, n°2209/03 ; 2^e sect., « *Urcan et autres c. Turquie* », 17 juillet 2008, n°23018/04 ; « *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie* », préc.).

¹³⁸⁴ CJCE, gde. ch., 11 décembre 2007, « *Viking* », aff. C-438/05, §44 ; CJCE, gde. ch., 18 décembre 2007, Laval, aff. C-341/05, *JCP S*, 2008, p. 1075, étude B. Teyssié, et 1086 et 1087, notes Cavallini, §91.: « *le droit de mener une action collective doit être reconnu en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect* ». La Cour a considéré l'action collective comme « *l'un des principaux moyens pour les syndicats de protéger les intérêts de leurs membres* » (CJCE, « *Viking* », préc., §86.) en prenant elle aussi fondement la convention n°87 de l'OIT mais aussi la Charte des droits sociaux fondamentaux des travailleurs (CDSFT), la CDFUE et la CSE (*Ibid*, §43), qui lient chacune le droit de grève à l'action syndicale (Ch. dr. soc. fond. trav., art. 13. « *Liberté d'association et négociation collective* »: « *Le droit de recourir en cas de conflits d'intérêts à des actions collectives inclut le droit de grève sous réserve des obligations résultant des réglementations nationales et des conventions collectives. Afin de faciliter le règlement des conflits du travail, il convient de favoriser, conformément aux pratiques nationales, l'institution et l'utilisation, aux niveaux appropriés, de procédures de conciliation, de médiation et d'arbitrage* ».

¹³⁸⁵ Commentant la grève des cheminots de l'été 2018, le député Gabriel Attal a utilisé le néologisme de « *gréviculture* », emprunté à Edmond Demolins, *La science sociale suivant la méthode d'observation*, 15^e année, t. 29, Paris, Firmin-Didot, 1886).

¹³⁸⁶ S. Bérout, J.-M. Denis et G. Desage, *La lutte continue ? Les conflits du travail dans la France contemporaine*, Bellecombe-en-Bauges, Du Croquant, 2008, 159 pp.

¹³⁸⁷ *Ibid*.

¹³⁸⁸ M. Millot, J.-P. Roulleau, *Les relations sociales en Europe*, Rueil-Malmaison, Liaisons, Coll. « *Liaison sociales* », 2005, p. 81. Le taux de grève (Nombre de journées non travaillées (JINT) pour fait de grève pour 1000 salariés par an.) s'élevait à 797 en Italie et à 23 en Allemagne entre 1955-1977 (J.-D. Reynaud, *Sociologie des conflits du travail*, Paris, PUF, Coll. « *Que sais-je* », 1982, 127 pp), il a chuté à 93 pour le premier contre 2,9 pour le second entre 1998 et 2004 (M. Carley, « *Evolution de la situation en matière d'actions syndicales – 2000 – 2004* », 2005 ; <https://www.eurofound.europa.eu/publications/article/2005/evolution-de-la-situation-en-matiere-dactions-syndicales-2000-2004> [consulté le 23 août 2019]. Dans le même temps, le taux relevé en France s'étend respectivement à 151 et 37 pour ces périodes.

d'exploitation, mais un endroit où se trouve l'emploi, devenu si rare. Les salariés font moins grève, craignant les représailles patronales ou le chômage. Le déclin du secteur industriel a également joué un rôle non négligeable¹³⁸⁹. Le secteur tertiaire, principal pourvoyeur d'emplois¹³⁹⁰, recourt à une main d'œuvre moins familière avec l'action collective¹³⁹¹. De plus, selon certains auteurs¹³⁹², pour l'« *homo oeconomicus* », risquer de perdre son salaire et toute promotion hiérarchique constitue une opération irrationnelle, surtout lorsque la victoire n'est pas assurée. Le non gréviste, « *auto-stoppeur* »¹³⁹³ des conflits ou « *passager clandestin* »¹³⁹⁴, se soustrait alors au « *coût du militantisme sans renoncer à ses gains* »¹³⁹⁵. Le droit de grève doit enfin faire face aux « *piliers de l'ordre juridique occidental qu'il provoque frontalement* » (le contrat et la propriété¹³⁹⁶). Dans les services publics, il doit être concilié avec le principe constitutionnel de continuité¹³⁹⁷. Ces différents facteurs ont visiblement amené les institutions nationales à limiter le droit de grève (A), lequel est de plus fragilisé par l'absence de position uniforme des institutions européennes (B).

A. La restriction du droit de grève par les institutions nationales

467. Afin de concilier le droit de grève avec l'impératif de continuité du service public¹³⁹⁸, le déclenchement de l'action collective est conditionné au dépôt d'un préavis (1).

¹³⁸⁹ G. Groux, J.-M. Pernot, *La grève*, Paris, Les presses de Sciences po., Coll. « *Contester* », 2008: « *La diminution des effectifs salariés occupés dans l'industrie conduit mécaniquement à la baisse d'une pratique liée historiquement à la grève ouvrière* ».

¹³⁹⁰ Le secteur tertiaire emploie 75% de la population active française, contre seulement 14,7 pour l'industrie. Voir : http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=T11F047 [consulté le 13 novembre 2018].

¹³⁹¹ M. Vervoort, *L'exercice du droit de grève dans le secteur privé*, Thèse de doctorat, Droit privé, Université Nice Sophia-Antipolis, 2015, 599 pp.

¹³⁹² J.-E. Ray, « Sept paradoxes à propos de la grève », *Sem. Soc. Lamy*, 2011, n°1508, p. 202.

¹³⁹³ *Ibid.*

¹³⁹⁴ M. Olson, *Logique de l'action collective*, Bruxelles, Université de Bruxelles, Coll. « ULBlire », 2011, 214 pp.

¹³⁹⁵ S. Rozez, « L'action en justice, action individuelle, action collective », Colloque CGT – Montreuil, 5 et 6 juin 2014, *Dr. ouvrier*, 2014, p. 733.

¹³⁹⁶ *Ibid.*

¹³⁹⁷ Cons. const., DC n°79-105 du 25 juillet 1979, « *Droit de grève à la radio et à la télévision* », D. Turpin, « Le droit de grève face à un nouveau principe à valeur constitutionnelle », *Dr. social*, 1980, p. 441.

¹³⁹⁸ CE, ass., 7 juillet 1950, « *Dehaene* », req. n°01645, Recueil Lebon, p. 426, *RDP*, 1950, n° 3, p. 691, concl. F. Gazier et note M. Waline.

Invoquant la protection de l'ordre public, l'administration a pu recourir à des réquisitions, parfois disproportionnées, et procédé au remplacement de certains grévistes par les forces de l'ordre (2).

1. L'existence d'un préavis de grève dans les entreprises assurant une mission de service public

468. Depuis 1963, dans toute entreprise qui gère un service public, un préavis collectif préalable à la grève doit être déposé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives (a). Des lois postérieures sont venues instaurer des préavis individuels dans certains services publics spécifiques (b).

a. Le dépôt d'un préavis collectif obligatoire par une organisation syndicale représentative

469. L'exercice du droit de grève n'est conditionné au dépôt d'aucun préavis par le droit français. L'employeur doit simplement être informé antérieurement, voire simultanément au déclenchement de l'action¹³⁹⁹. Les salariés n'ont pas à attendre de réponse de sa part pour engager l'arrêt collectif de travail¹⁴⁰⁰. Les grèves « *surprises* » relèvent donc de l'exercice normal du droit de grève. Toutefois, dans les entreprises de droit privé « *chargé[e]s de la gestion d'un service public* », l'action est conditionnée au dépôt par une organisation syndicale représentative dans l'entreprise¹⁴⁰¹ d'un préavis de cinq jours francs avant le déclenchement de la grève, précisant les motifs du recours et durant lequel les parties sont tenues de négocier¹⁴⁰². Ce préavis, dont les syndicats représentatifs ont le monopole, entend favoriser une négociation préalable au droit de grève mais surtout, préserver le principe constitutionnel de continuité du service public¹⁴⁰³. Il doit préciser les motifs du recours à la grève, mentionner le champ géographique, l'heure du début ainsi que la durée limitée ou non, de l'action envisagée. Dans les écoles maternelles et élémentaires privées sous contrat, la loi du 20 août 2008¹⁴⁰⁴ a conditionné le dépôt du préavis à la

¹³⁹⁹ Cass. soc., 19 novembre 1996, n°94-42.631 et 94-42.635, Bull. civ. V, n°391.

¹⁴⁰⁰ Cass. soc., 24 mars 1988, n°85-43.604, *Dr. social*, 1988, p. 649.

¹⁴⁰¹ Ou au niveau national et interprofessionnel, ou dans la branche.

¹⁴⁰² Loi n°63-777 du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics (C. trav., art. L. 2512-1 à L. 2512-2).

¹⁴⁰³ Cons. const., DC n°79-105 du 25 juillet 1979, préc.

¹⁴⁰⁴ Loi n°2008-790 du 20 août 2008 créant un droit d'accueil au profit des élèves des écoles maternelles et élémentaires, art. 12 et 13.

tenue « *d'une négociation préalable entre ces organisations et l'État lorsque les revendications professionnelles qui motivent le préavis relèvent du pouvoir de décision de ce dernier* »¹⁴⁰⁵. Ainsi, dans un tel cas, avant de pouvoir enclencher une grève, le syndicat représentatif doit déposer un préavis de grève au terme d'une négociation avec l'administration. De telles exigences, conditionnant le déclenchement de la grève, sont très restrictives. Dans une entreprise chargée de la gestion d'un service public au sein de laquelle il n'y a pas de syndicat représentatif, le dépôt du préavis préalable à la grève est impossible. À moins qu'une organisation syndicale de niveau supérieur ne dépose le préavis, les salariés de l'entreprise ne peuvent exercer leur droit de grève.

470. Le préavis déposé par les organisations syndicales représentatives est collectif et l'employeur ne peut en principe demander aux salariés de se déclarer individuellement en grève. Toutefois, dans certaines entreprises de transports publics, des préavis individuels peuvent être imposés.

b. L'instauration d'un préavis individuel

- *Dans les entreprises de transport de voyageurs ayant une mission de service public*

471. Le droit de grève nourrit ponctuellement le débat politico-judiciaire, notamment dans le domaine des transports publics. Les grèves dans ce secteur, avec leur lot de désagréments, existent dès l'abolition du délit de coalition¹⁴⁰⁶. Les mobilisations peuvent provoquer l'émoi et souffrir d'impopularité¹⁴⁰⁷. Sensible aux désagréments des voyageurs, la Cour de cassation a tenté en 1986 d'interdire ces grèves, pourtant respectueuses du cadre jurisprudentiel¹⁴⁰⁸ et légal¹⁴⁰⁹. Cette tentation d'imaginer une nouvelle réglementation « *où la grève ne serait plus un droit qu'à*

¹⁴⁰⁵ C. éduc. art. L. 133-11.

¹⁴⁰⁶ En 1867, soit l'année d'après l'abrogation du délit de coalition, une grève massive des cochers de Paris alimentait la chronique (N. Papayanis, L. Pouchard, « La prolétarianisation des cochers de fiacres à Paris (1878-1889) », *Le Mouvement social*, 1985, n°132, pp. 59-82).

¹⁴⁰⁷ G. Groux, J.-M. Pernot, *op. cit.*, p. 8. En revanche, les grèves ayant pour but de préserver l'emploi dans le secteur privé (Moulinex, Danone, Métal-Europ, Continental, Fralib) comptabilisèrent quant à elles en 2008 plus de 80 % d'opinion favorable.

¹⁴⁰⁸ Cass. ass. plén. 4 juillet 1986, Bull. A.P. n°11; *Dr. social*, 1986, p. 745, concl. F. Bouyssic, note G. Lyon-Caen : arrêt qui qualifie un préavis de grève de trouble manifestement illicite, au vu du caractère « *déraisonnable* » des revendications.

¹⁴⁰⁹ Loi n°63-777 du 31 juillet 1963, préc.

l'occasion, comme par exception »¹⁴¹⁰ a également touché le législateur. Ce dernier s'est montré à l'écoute du « *citoyen consommériste et compassionnel* », condamnant ceux qui défendent leurs intérêts professionnels dès lors que cette protestation collective gêne¹⁴¹¹ « *son épanouissement individuel, tel son droit au déplacement* »¹⁴¹².

472. Dans les entreprises de transport de voyageurs ayant une mission de service public, la loi du 21 août 2007¹⁴¹³, élargie en mars 2012¹⁴¹⁴ au secteur aérien, a instauré l'obligation pour les salariés¹⁴¹⁵ d'indiquer individuellement quarante-huit heures avant leur prise de service qu'ils ont l'intention de faire grève¹⁴¹⁶. Le Conseil constitutionnel est toutefois venu limiter cette obligation aux salariés « *dont la présence détermine directement l'offre de services* »¹⁴¹⁷. Précisant que le défaut de préavis individuel ne rend pas la grève illicite, les salariés qui ne se sont pas déclarés à leur employeur peuvent toutefois faire l'objet d'une sanction disciplinaire pour défaut de l'obligation d'information¹⁴¹⁸. La loi du 21 août 2007 a également prévu qu'au-delà de huit jours de grève, une consultation portant sur la poursuite du mouvement, dont le résultat n'affecte pas l'exercice du droit de grève, pouvait être organisée sur décision de l'employeur ou d'une organisation syndicale représentative ou le médiateur éventuellement désigné¹⁴¹⁹.

473. La loi du 19 mars 2012¹⁴²⁰, a ajouté que le salarié ayant déclaré son intention de participer à la grève et qui finalement renonce doit en informer son employeur au plus tard vingt-quatre heures avant le moment prévu de sa participation à la grève afin que ce dernier puisse

¹⁴¹⁰ E. Dockès, préc.

¹⁴¹¹ Il y aurait, selon Roland Barthes, « *encore des hommes pour qui la grève est un scandale* » ou pour qui la seule grève admissible serait celle qui ne gêne pas (R. Barthes, « L'usager de la grève », in *Mythologies*, Paris, Seuil, 1957, p. 134-136).

¹⁴¹² S. Sirot, *Le syndicalisme, la politique et la grève, France et Europe XIXe-XXIe siècles*, Nancy, Arbre Bleu, Coll. « Le corps social », 2011, p. 110.

¹⁴¹³ Loi n°2007-1224 du 21 août 2007, préc.

¹⁴¹⁴ Loi n°2012-375 du 19 mars 2012 relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers et à diverses dispositions dans le domaine des transports.

¹⁴¹⁵ Toutes les catégories de personnel ne sont pas concernées par la déclaration individuelle d'intention. À la SNCF, par exemple, seuls sont concernés les agents de conduite (à l'exception de ceux affectés à des roulements dédiés au fret), les agents d'accompagnement des trains et les agents des postes d'aiguillage.

¹⁴¹⁶ C. transp. art. L. 1324-7.

¹⁴¹⁷ Cons. const., DC n°2007-556 du 16 août 2007, préc., pt. 29.

¹⁴¹⁸ *Ibid.*

¹⁴¹⁹ Loi n°2007-1224 du 21 août 2007, préc.

¹⁴²⁰ Loi n°2012-375 du 19 mars 2012, préc., art. 5.

l'affecter dans le cadre du plan de transport¹⁴²¹. Cette information n'est pas requise lorsque la grève n'a pas lieu ou lorsque la prise du service est consécutive à la fin du mouvement social. La loi a contraint également les grévistes à indiquer vingt-quatre heures à l'avance la date de reprise du travail¹⁴²². Enfin, l'employeur peut infliger une sanction disciplinaire au salarié qui ne l'a pas informé de son intention de participer à la grève ou bien qui, « *de façon répétée* », ne l'a pas averti de son renoncement à la grève ou bien la reprise de son service¹⁴²³.

- *Dans les écoles maternelles et élémentaires privées sous contrat*

474. Dans les écoles maternelles et élémentaires privées sous contrat, la loi du 20 août 2008¹⁴²⁴ a contraint les salariés exerçant des fonctions d'enseignement dans ce type d'établissement à déclarer leur intention d'y prendre part « *au moins quarante-huit heures, comprenant au moins un jour ouvré* » à l'avance¹⁴²⁵. La durée de quarante huit heures imposée pour le préavis ne semble pas être excessive au regard de l'OIT¹⁴²⁶.

475. En outre, dans les écoles maternelles et élémentaires privées sous contrat, il a été prévu en réponse aux grèves d'enseignants la mise en place d'un service d'accueil auquel l'Etat contribue financièrement « *pour la rémunération des personnes chargées de cet accueil* »¹⁴²⁷.

476. L'instauration des préavis collectifs, individuels et d'un service minimum a pour effet d'atténuer l'effet nuisible de la grève. Elle devient indolore et ôte leur poids aux revendications salariales. Ainsi, dans le milieu scolaire, le préavis collectif permet aux chefs d'établissements d'anticiper au maximum l'action collective afin d'organiser efficacement la continuité du service et le maintien de l'accueil des élèves. Malgré la grève, le préavis et l'accueil permettent d'assurer le service. Les élèves sont pris en charge et restent à l'école toute la journée, comme un jour normal. L'absence de travail peine dans un tel cas à provoquer la perturbation de la production (ici d'un service). Grâce au préavis individuel dans les transports, évoqué au-dessus, en

¹⁴²¹ C. transp. art. L. 1324-7 al. 2.

¹⁴²² *Ibid.*, al. 3.

¹⁴²³ C. transp., art. L. 1324-8.

¹⁴²⁴ Loi n°2008-790 du 20 août 2008, préc., art. 13.

¹⁴²⁵ C. éduc., art. L. 133-12.

¹⁴²⁶ Les domaines concernés par cette restriction entrent dans la notion de « *services d'intérêts social ou public* » dégagée par ce même organe (Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT, 5^e édition, 2006, §552 et 553).

¹⁴²⁷ Au delà de 25% d'enseignants grévistes (C. éduc. art. L. 133-12, al. 3).

plus du préavis collectif, l'employeur connaît, deux jours à l'avance, le nombre et les noms des salariés grévistes.

477. Ces mécanismes ont pour effet d'annihiler les effets de la grève et de dissuader son recours. La Cour EDH, saisie d'une telle affaire, pourrait alors condamner la France sur la base de l'arrêt « *Enerji* »¹⁴²⁸ en affirmant que ce genre de préavis, notamment individuel, risque de porter atteinte à un droit de la Convention EDH, laquelle protège des « *droits concrets et effectifs, et non pas théoriques ou illusoires* »¹⁴²⁹. Il est également difficile d'imaginer en quoi le préavis et le service minimum seraient justifiés au regard de l'article 11 de la Convention EDH selon lequel l'exercice des droits qu'elle protège ne peut être restreint que par « *des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

478. Invoquant la protection de l'ordre public, l'administration recourt quant à elle aux réquisitions et au remplacement de certains grévistes par les forces de l'ordre.

2. La restriction du droit de grève par le pouvoir exécutif

479. L'administration peut restreindre le droit de grève en recourant à la réquisition, parfois de manière disproportionnée (a), ainsi qu'en procédant au remplacement des salariés grévistes par les forces de l'ordre (b).

a. L'usage abusif de la réquisition des salariés grévistes

480. La réquisition de salariés en France relève davantage de la pratique administrative que d'une disposition juridique précise. Outre les dispositions du Code de la Défense, autorisant le pouvoir exécutif à prendre des mesures de réquisition des personnes « *pour les besoins généraux de la Nation* »¹⁴³⁰, l'article L. 2215-1, 4° du Code général des collectivités territoriales prévoit qu'en cas « *d'urgence, lorsque l'atteinte au bon ordre, à la salubrité, à la tranquillité et à la sécurité publiques l'exige* », l'autorité administrative peut, par arrêté, « *réquisitionner tout bien et service, requérir toute personne nécessaire au fonctionnement de ce service ou à l'usage de ce bien et prescrire toute mesure utile jusqu'à ce que l'atteinte à l'ordre public ait pris fin* ». Cet

¹⁴²⁸ Cour EDH, « *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie* », préc.

¹⁴²⁹ Cour EDH, 9 octobre 1979, « *Airey c. Irlande* », n°6289/73, §38.

¹⁴³⁰ C. déf., art. L. 2211-1 s., art. R. 2211-1 s.

article concerne également les salariés¹⁴³¹ et peut être détourné de ses objectifs initiaux. L'autorité administrative peut profiter de ses prérogatives pour « *user discrétionnairement des réquisitions* », prétextant de la nécessité du maintien de l'ordre public, notion « *malléable à souhait* »¹⁴³², d'autant que le refus par le salarié d'exécuter le travail requis constitue un délit puni de six mois d'emprisonnement et de 10 000 euros d'amende¹⁴³³.

481. Sur ce fondement, des salariés en grève de l'établissement pétrolier « *Total* » de Gargenville ont été réquisitionnés à l'automne 2010 pour une durée de six jours. La réquisition a été validée par le Conseil d'Etat¹⁴³⁴. En revanche, un arrêté semblable concernant la raffinerie « *Total* » de Grandpuits, pris à la même période, a été par la suite annulé. Ces mesures avaient eu pour effet « *d'instaurer un service normal au sein de l'établissement et non le service minimum que requièrent les seules nécessités de l'ordre et de la sécurité publics* » et porter une atteinte illégale au droit de grève¹⁴³⁵. Des agents de sécurité portuaire ont fait l'objet de la même mesure en 2011. La CGT a en conséquence déposé un recours devant le Comité de la liberté syndicale de l'OIT contre l'État français pour usage illégal et abusif des réquisitions. S'appuyant sur les conventions n°87 et n°98 de l'OIT, ce recours abusif aux réquisitions avait pour objectif de limiter, voire d'annihiler, l'effet de la grève en contraignant les salariés à reprendre le travail.

482. Le CLS a jugé ces méthodes liberticides et non démocratiques tout en pointant du doigt l'arbitraire de l'administration¹⁴³⁶. Invitant l'État français à mettre en place une procédure précédant chaque réquisition, le CLS a également donné une définition précise de la situation pour laquelle le pouvoir exécutif peut user de telles méthodes¹⁴³⁷. La notion « *d'ordre public* » est large et laisse une marge de manœuvre trop importante aux pouvoirs publics dans ce cadre. Le Comité a différencié les secteurs essentiels, « *dont l'interruption mettrait en danger, dans l'ensemble ou dans une partie de la population, la vie, la santé ou la sécurité des personnes* »¹⁴³⁸, et non essentiels, dans lesquels l'administration ne peut réquisitionner sauf en cas de crise aiguë ou que la situation impose la mise en place d'un service minimum, par exemple le ravitaillement en

¹⁴³¹ CE, 9 décembre 2003, « *Mme Aguillon et a.* », req. n° 262186 ; Recueil Lebon n°497.

¹⁴³² A. Braun, « Réquisitions des grévistes: recommandation musclée de l'OIT », *Dr. ouvrier*, 2012, p. 250.

¹⁴³³ CGCL, art. L. 2215-1.

¹⁴³⁴ CE, 27 octobre 2010, « *M. Lefebvre et autres* », req. n°343966.

¹⁴³⁵ Tribunal administratif de Melun, ordonnance de référé, 22 octobre 2010, « *Confédération générale du travail - Confédération de syndicats professionnels et autres* », n°1007329/6).

¹⁴³⁶ A. Braun, préc.

¹⁴³⁷ Cas n°2841, Plainte contre le gouvernement de la France présentée par la Confédération générale du travail.

¹⁴³⁸ Rapports du Comité de la liberté syndicale, 362^e, novembre 2011, §1005.

carburant des véhicules prioritaires (ambulances, véhicules de police ou de pompiers). La mise en place du service minimum ne doit toutefois pas dépendre de la volonté unilatérale du gouvernement. Les organisations de salariés et d'employeurs doivent pouvoir prendre part à la décision. En cas de désaccord entre ces parties sur le constat de la situation ou sur les moyens à mettre en œuvre, le Comité propose de faire trancher la question par un organisme indépendant, autorités judiciaires comprises¹⁴³⁹.

b. Le remplacement des salariés grévistes par les forces de l'ordre

483. La décision du Comité de la liberté syndicale de l'OIT suite à la saisine de la CGT a provoqué une réaction inattendue de la part de l'administration française. Contournant les recommandations de l'OIT lors de la grève des agents de sécurité aéroportuaire de décembre 2011, le gouvernement n'a pas recouru aux réquisitions mais a en revanche opté pour le remplacement des salariés par les forces de l'ordre, privant une nouvelle fois la grève de ses effets. Ces réformes législatives et pratiques administratives ont pour conséquences de rendre la grève indolore. S'exprimant au sujet de la loi sur les transports terrestres réguliers de voyageur¹⁴⁴⁰, votée un an plus tôt, Monsieur Nicolas Sarkozy, alors Président de la République, avait affirmé le 5 juillet 2008 lors du conseil national de l'Union pour un mouvement populaire (UMP) que « *Désormais, quand il y a une grève en France, personne ne s'en aperçoit* »¹⁴⁴¹. Cette allocution faisait suite à une série de mouvements sociaux dans le secteur public, notamment les transports, au printemps de la même année.

484. Pourtant, la grève doit nécessairement créer un désordre¹⁴⁴². Lui dénier cet effet revient à la cantonner à un simple rôle d'avertissement ou d'appel à l'opinion publique. Ajoutées aux phénomènes de précarisation, de restructuration des secteurs les plus syndiqués, les restrictions au droit de grève poussent les salariés à opter pour des modes d'action étrangers aux schémas traditionnels. La diminution de la fréquence gréviste n'est pas pour autant synonyme de pacification généralisée des relations de travail. Des modes alternatifs de conflits collectifs émergent, mais faute de données suffisantes, il est difficile d'établir une quantification solide.

¹⁴³⁹ Recommandation de l'OIT: « *Le comité demande au gouvernement de privilégier à l'avenir, devant une situation de paralysie d'un service non essentiel, mais qui justifierait l'instauration d'un service minimum de fonctionnement, la participation des organisations de travailleurs et d'employeurs concernés à cet exercice, et de ne pas recourir à l'imposition de la mesure par voie unilatérale* ».

¹⁴⁴⁰ Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007, préc.

¹⁴⁴¹ A. Guiral, « Sarkozy décrète la grève invisible et nargue les syndicats », *Libération*, 7 juillet 2008.

¹⁴⁴² S. Sirot, préc.

Cette « *grève froide* »¹⁴⁴³ se réalise à travers le refus d'exécuter les heures supplémentaires, l'absentéisme, le freinage des cadences de travail ou la dénonciation des conditions de travail à travers les réseaux sociaux¹⁴⁴⁴. Bien qu'elle soit encore loin d'avoir disparue, la grève franche et nombreuse, érigée en « *principe particulièrement nécessaire à notre temps* » en 1946¹⁴⁴⁵, semblait peut-être mieux adaptée aux grèves de Boulogne-Billancourt des Trente Glorieuses. Les jeunes salariés de l'ère des « *GAFAM* »¹⁴⁴⁶ préfèrent externaliser les conflits sur la toile et toucher l'entreprise sur son image et sa réputation en alertant ses consommateurs potentiels¹⁴⁴⁷. Ces méthodes s'avèrent être toutefois redoutables et les organisations syndicales ont tout intérêt à s'y intéresser¹⁴⁴⁸.

485. Sur le terrain juridique et judiciaire, ces dernières ne manqueraient pas de se saisir de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, laquelle ne cesse de rappeler que les droits consacrés par la Convention EDH doivent être réels, concrets et effectifs¹⁴⁴⁹. Ceux-ci doivent en outre se lire à la lumière des « *conditions de vie d'aujourd'hui* »¹⁴⁵⁰. Rattaché à l'article 11 de la Convention EDH, le droit de grève doit bénéficier pleinement de cette effectivité. Cette protection supranationale du droit de grève pâtit néanmoins des divergences des deux Cours européennes.

B. L'absence de protection uniforme du droit de grève en Europe

486. L'Union européenne et le Conseil de l'Europe consacrent tous deux le droit de grève mais les jurisprudences de leurs Cours respectives divergent assez pour qu'il ne soit pas possible de parler d'un droit de grève européen. Sa création a pourtant été maintes fois demandée par la confédération européenne des syndicats (CES), mais en vain. La consécration d'un tel droit serait pourtant salubre, tant les conflits transnationaux ne cessent de croître. Faute d'un tel outil,

¹⁴⁴³ C. Morel, *La grève froide : stratégies syndicales et pouvoir patronal*, Paris, d'Organisation, 1981, 235 pp.

¹⁴⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁴⁵ Constitution du 27 octobre 1946, préambule, al. 2 et 7.

¹⁴⁴⁶ Sigle composé des noms des entreprises « *Google* », « *Apple* », « *Facebook* », « *Amazon* » et « *Microsoft* ».

¹⁴⁴⁷ C. Morel, préc.

¹⁴⁴⁸ Le 31 juillet 2018, les salariés d'un « *Intermarché* » de l'Hérault ont reçu un courrier du directeur de l'établissement qui, estimant que les congés d'été constituaient un problème, envisageait de les supprimer l'an prochain. Il invitait les employés à se prononcer pour ou contre la fin des congés d'été par un référendum non-anonyme. Suite à une diffusion massive de ce référendum illégal sur les réseaux sociaux, le groupe « *Intermarché* » a indiqué quelques jours après que cette initiative locale était nulle et non avenue.

¹⁴⁴⁹ Cour EDH, 9 octobre 1979, « *Airey c. Irlande* », n°6289/73, §38.

¹⁴⁵⁰ Cour EDH, plén., 19 juin 1979, « *Marckx c. Belgique* », n°6833/74, §58.

l'exercice du droit de grève diffère selon les États et prive l'acteur syndical de moyens d'actions efficaces. En 2001, la direction de « *Mark and Spencer* » avait annoncé la fermeture de trente-huit magasins en Europe, ce qui avait provoqué la mobilisation des salariés de divers magasins, mais sans succès et sans poids, la direction du groupe ayant même refusé de recevoir une délégation des grévistes à Londres. La mondialisation de l'économie décuple le rapport de force en faveur de l'employeur au sein de l'entreprise et la création d'un droit de grève d'une échelle semblable saurait assurer un équilibre des pouvoirs. Ce serait « *un pas significatif vers l'institutionnalisation du conflit à l'échelle européenne et l'émergence d'une relation d'échange à ce niveau* »¹⁴⁵¹. Pourtant les jurisprudences de la CJUE et la Cour EDH montrent des conceptions différentes du droit de grève. La première lui accorde une place subordonnée aux libertés économiques (1). La seconde la consacre comme un véritable droit de l'Homme, ce qui peut toutefois s'avérer être à double tranchant (2).

1. La limitation du droit de grève aux libertés économiques par la Cour de justice de l'Union européenne

487. En vue d'exécuter certains chantiers qu'elle s'était adjugée en Suède, la société de construction lettone « *Laval un Partneri Ltd* » (Laval) a créé une filiale, dénommée « *Baltic* », et y a détaché 35 000 travailleurs Lettons pour effectuer des travaux entre les mois de mai et décembre 2004. Les travailleurs étaient couverts par des conventions collectives signées par l'entreprise « *Laval* » avec les organisations syndicales lettones. Mais le syndicat suédois du secteur de la construction (« *Byggnads* ») et sa section locale (« *Byggetan* ») a exigé l'adhésion de « *Laval* » à la convention collective suédoise du bâtiment, afin que les travailleurs lettons détachés bénéficient des mêmes protections et des mêmes conditions de travail que les travailleurs suédois. Devant le refus de « *Laval* », les syndicats du secteur de la construction ont engagé des grèves et blocages du chantier, soutenus par le syndicat suédois des travailleurs électriciens refusant de fournir ses services à la société lettone. Plusieurs autres organisations syndicales ont engagé également, en janvier 2005, des actions de boycott de tous les chantiers de l'entreprise en Suède. Les ouvriers lettons ont ainsi dû quitter le chantier et le contrat en cause a été résilié par la ville. La filiale de Laval a été déclarée en faillite en mars 2005. Elle a saisi en décembre 2004 l'« *Arbetsdomstolen* » pour demander l'illégalité des actions collectives et la réparation du préjudice subi. Le tribunal suédois, confronté à cette question, s'en est remis à la Cour de justice des communautés européennes.

¹⁴⁵¹ T. Treu, « Regulation of Strikes and the European Social Model », *Transfer*, 2002, 8 (4), p. 608.

488. La société « *Viking* » est un opérateur de ferries de droit finlandais dont le navire « *La Rosella* », effectuant le trajet Tallin (Estonie) – Helsinki (Finlande), naviguait à perte depuis plusieurs années à cause de la rude concurrence que lui imposaient les ferries estoniens. Leurs équipages étaient rémunérés à un salaire inférieur à celui imposé par le droit finlandais et la convention collective applicable. La société « *Viking* » a alors envisagé d'enregistrer le navire, soit en Estonie soit en Norvège. Le syndicat des marins Finlandais (FSU) a menacé d'un mouvement de grève pour s'opposer à ce changement de pavillon mais « *Viking* » a saisi la justice pour interdire par anticipation la grève annoncée puis a abandonné. Elle s'est engagée à ne pas changer de pavillon avant 2005. La Fédération internationale des travailleurs de transport (ITF), dont FSU est membre, a invité les syndicats estoniens à ne pas entrer en relation avec « *Viking* » par solidarité. Le siège social d'ITF se trouvant à Londres, la « *Commercial court* » s'est déclarée compétente. Soumis au très libéral droit britannique, la Cour a jugé que « *la liberté communautaire d'établissement des entreprises ne saurait être entravée* »¹⁴⁵². La « *Court of Appeal* », saisie par ITF, a déféré à la Cour de justice des Communautés européennes un certain nombre de questions préjudicielles sur l'application de la liberté d'établissement, de la prestation de services. Elle a également souhaité savoir si les actions de FSU et de l'ITF constituaient une restriction non justifiée à la libre circulation. « *Viking* » a saisi une juridiction britannique afin de faire déclarer les actions d'ITF et de FSU contraires à l'article 43 CE¹⁴⁵³ et d'en ordonner la cessation.

489. Dans ces deux affaires, la CJCE a dû se prononcer sur la confrontation du droit d'action collective aux libertés économiques européennes telles que la libre circulation des personnes et des services à travers la liberté d'établissement et la libre prestation de service. Elle a reconnu le caractère fondamental du droit de grève en l'intégrant aux principes généraux du droit communautaire. En retour, le droit de grève a dû se plier au respect du droit communautaire¹⁴⁵⁴ alors qu'il échappe normalement à sa réglementation. La libre prestation de service, la liberté d'établissement et la libre circulation des marchandises, consacrées par le Traité de Rome¹⁴⁵⁵, sont des principes fondamentaux sur lesquels s'est construite la Communauté européenne, dans l'idée que la fusion des marchés nationaux et le développement des échanges mettraient un terme aux

¹⁴⁵² K.-D. Ewing, « British labour law and private international law report », in F. Dorssemont, T. Jaspers & A. Van Hoek (dir.), *Cross-border collective actions in Europe: a legal challenge*, Intersentia, 2007, pp. 217-243.

¹⁴⁵³ TFUE., art. 49.

¹⁴⁵⁴ CJCE, « *Laval* », préc. ; « *Viking* », préc., §46.

¹⁴⁵⁵ Traité instituant la Communauté économique européenne du 25 mars 1957.

conflits armés en Europe¹⁴⁵⁶. La Communauté européenne, dont l'essence et la légitimité sont économiques, s'oppose à toute entrave faite à la réalisation du marché commun (rebaptisé « *marché intérieur* » par l'Acte Unique européen en 1987). Le droit communautaire du travail ne s'intéressait alors qu'aux domaines dont les divergences nationales pourraient affecter les objectifs économiques de la Communauté (la suppression de la discrimination liée à la nationalité par les Etats membres par exemple). Il a pour vocation première de contribuer à la réalisation du marché et l'exercice d'un droit social fondamental, tel que le droit de grève, contrevient à sa logique économique. Ainsi, lorsqu'un conflit vient à se présenter entre droits sociaux et libertés économiques, la solution de la CJUE est « *au pire, celle d'un assujettissement pur et simple aux contraintes de la liberté économique en cause, au mieux, une conciliation qui penche de toute manière plus en faveur de l'économie que du social* »¹⁴⁵⁷. Très logiquement, dans les arrêts « *Laval* » et « *Viking* », la CJCE a pris comme postulat de départ les libertés économiques, pour voir ensuite si, et dans quelle mesure, l'exercice du droit de grève pouvait y apporter des restrictions¹⁴⁵⁸.

490. La Cour a reconnu que la protection des droits fondamentaux constituait un intérêt légitime de nature à justifier une restriction à la liberté d'établissement¹⁴⁵⁹, la libre prestation de service¹⁴⁶⁰ ainsi qu'à la libre circulation des marchandises¹⁴⁶¹. Elle a dicté aux juges nationaux la méthode de raisonnement à suivre en cas d'affaire similaire¹⁴⁶² : la restriction aux libertés économiques doit être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général, d'ordre public, de santé publique ou de sécurité publique et fait l'objet d'un contrôle de proportionnalité¹⁴⁶³. À défaut, l'entrave est injustifiée. La juridiction nationale doit contrôler que l'acteur « *ne disposait pas d'autres moyens, moins restrictifs de la liberté d'établissement* »¹⁴⁶⁴ et s'il « *avait épuisé ces*

¹⁴⁵⁶ CJCE, 27 septembre 1988, « *Daily Mail and General Trust* », aff. 81/87, Rec. p. 5483. Dans cet arrêt la Cour a reconnu le caractère fondamental de la liberté d'établissement, qui affirme le droit de s'établir dans un autre Etat membre aux ressortissants communautaires ainsi qu'aux sociétés établies dans un Etat membre

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*

¹⁴⁵⁸ P. Rodière, « L'impact des Libertés économiques sur les droits sociaux dans la jurisprudence de la CJCE », *Dr. social*, 2010, p. 573.

¹⁴⁵⁹ CJCE, « *Viking* », préc.

¹⁴⁶⁰ CJCE, 14 octobre 2004, « *Omega* », aff. C-36/02.

¹⁴⁶¹ CJCE, 12 juin 2003, « *Schmidberger* », aff. C-112/00.

¹⁴⁶² CJCE, « *Viking* », préc., §84 ; CJCE, « *Laval* », préc., §101.

¹⁴⁶³ N. Moizard, « Quelques observations sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice en matière de droit social », *Dr. social*, 2010, p. 1216-1224.

¹⁴⁶⁴ CJCE, « *Viking* », préc., §84.

moyens avant d'engager une telle action ». Si tel est le cas, alors ces derniers doivent avoir été épuisés avant l'engagement de l'action collective¹⁴⁶⁵. La juridiction interne doit en outre « *vérifier si l'action collective engagée par le syndicat est apte à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi* » et si elle « *ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ce dernier* »¹⁴⁶⁶. En cas de disproportion et si d'autres moyens moins attentatoires aux libertés économiques n'ont pas été épuisés, la grève peut alors être déclarée illicite. Dans l'affaire « *Laval* », le défaut d'information précise donnée au prestataire et l'obligation de négocier qui lui était faite rendait l'action collective disproportionnée.

491. Le juge national doit également regarder si les buts poursuivis par les organisations syndicales répondent à un objectif de protection des travailleurs¹⁴⁶⁷. À défaut, le motif invoqué par l'organisation n'est pas valable. Dans l'affaire « *Viking* », la CJCE a conclu que la politique d'ITF n'était pas justifiée au regard du droit communautaire car le syndicat imposait à ses membres de boycotter et de lutter contre les pavillons de complaisance de manière automatique, sans vérifier préalablement si la nouvelle immatriculation entraînait ou non une dégradation des conditions de travail. Le droit du travail suédois et la directive applicable, qui évitent le dumping social, ôtaient en conséquence toute justification à l'action collective. Dans l'affaire « *Laval* », la Cour a affirmé que l'action syndicale visant à amener une entreprise à conclure une convention collective, dont le contenu est susceptible de restreindre la liberté d'établissement, doit être considérée comme contraire au droit communautaire. Une telle restriction peut être justifiée au titre de la protection d'une raison impérieuse d'intérêt général, telle que la protection des travailleurs, à même de garantir la réalisation d'un objectif légitime poursuivi¹⁴⁶⁸.

492. La CJCE s'était déjà prononcée sur des conflits collectifs d'échelle communautaire. Mais son contrôle portait sur l'inaction des pouvoirs publics vis à vis du conflit en question. Face aux blocages routiers des agriculteurs français en 1993 et 1994 contre les tomates belges et les fraises espagnoles, la Commission européenne avait engagé un recours en manquement contre la France. L'action collective en elle-même n'a fait l'objet d'aucun contrôle¹⁴⁶⁹. Le « *col du Brenner* » s'était également retrouvé bloqué par une manifestation en soutien à la protection des vallées alpines. L'État autrichien n'avait pas interdit la manifestation qui portait pourtant atteinte au commerce intracommunautaire. L'absence d'interdiction constituait, selon la Cour, une mesure

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*, §87.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*, §84.

¹⁴⁶⁷ CJCE, « *Viking* », préc., §102.

¹⁴⁶⁸ CJCE, « *Laval* », préc., §102.

¹⁴⁶⁹ CJCE, 9 décembre 1997, « *Commission c. France* », aff. C-265/95, Rec I-6959, dite des « *fraises espagnoles* ».

d'effet équivalent à des restrictions quantitatives, à moins que ce défaut d'interdiction puisse être objectivement justifié¹⁴⁷⁰. La Cour s'était prononcée sur le comportement de l'Etat mais aussi sur le conflit. Elle avait conclu que « *le respect des droits fondamentaux constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité, telle que la libre circulation des marchandises. En l'espèce, le blocage d'un seul accès pendant quatre jours, alors que les pouvoirs publics ont pris des mesures d'information et d'encadrement, n'a pas enfreint le principe de proportionnalité* »¹⁴⁷¹. Dans les arrêts « *Laval* » et « *Viking* », la Cour ne s'est pas contentée de contrôler l'application du droit communautaire par les États. Pour défendre le marché, elle ne s'est pas embarrassée avec le principe de subsidiarité et s'est directement prononcée sur les rapports entre acteurs privés. Elle n'a pas hésité pas à s'immiscer dans le conflit pour le trancher tout en expliquant aux juridictions nationales les modalités d'appréciation à tenir. Ces affaires marquent le passage d'une coordination des droits nationaux des travailleurs à une harmonisation par la jurisprudence de la CJCE, qui définit les contours de l'action collective aux yeux des juridictions nationales. Le droit de l'Union européenne prend alors un effet horizontal qui dépasse les spécificités nationales.

493. L'exigence de proportionnalité posée par la CJCE rend l'action collective, ou ses conséquences juridiques, incertaines. Pour savoir si l'action est proportionnée, encore faut-il pouvoir mesurer sa capacité de nuisance à l'avance. Or, cela est impossible. Il serait facile pour un employeur de démontrer qu'un syndicat n'a pas été assez coopératif, qu'il n'a pas assez négocié avant d'entrer en conflit. Ce véritable « *droit opposable aux syndicats* » de l'employeur lui permettrait de s'opposer légitimement à une action collective et dissuaderait le recours à la grève. Pour être efficace, une grève doit nécessairement être disproportionnée, sur le fond comme sur la forme. Pour créer un rapport de force, les revendications doivent être surévaluées pour espérer obtenir satisfaction. Le conflit tel qu'annoncé doit promettre une durée et des conséquences qui vont bien au-delà de ce qu'il en est réellement. Qui souhaite revendiquer efficacement une augmentation de salaire de 25 % en demande 75 %, avec la menace d'une grève illimitée, sans négociation préalable. Or, en contrôlant les motifs et en exigeant que les salariés aient épuisés tous les moyens de conciliation ou de négociation intermédiaires avant d'engager une grève, la CJCE vide de sa substance ce mode d'action collective.

¹⁴⁷⁰ P. Chaumette, « Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises », *Dr. social*, 2008, p. 210.

¹⁴⁷¹ CJCE, 12 juin 2003, « *Schmidberger* », aff. C-112/00, dite du « *Col du Brenner* ».

494. Protégé jusque-là de la réglementation par le droit de l'Union européenne¹⁴⁷², le droit de grève conservait sa force et son pouvoir de contestation essentiels. Sa reconnaissance en tant que « *droit fondamental faisant partie intégrante du droit communautaire* »¹⁴⁷³ a permis à la Cour de le limiter au droit de la concurrence et du marché¹⁴⁷⁴. Ainsi, comme l'affirme Monsieur Nicolas Moizard, « *devant les libertés économiques du marché, les droits sociaux cèdent le pas* »¹⁴⁷⁵. Monsieur Poiares Maduro, avocat général dans l'affaire « *Viking* », expliquait d'ailleurs dans ses conclusions que « *les travailleurs de toute l'Europe doivent accepter les conséquences négatives récurrentes qui sont inhérentes à la création par le marché commun d'une prospérité croissante* ». L'ordre concurrentiel se substitue au droit constitutionnel de l'Union européenne et consacre la suprématie du marché sur les droits de l'Homme¹⁴⁷⁶. Le conflit collectif doit justifier une bonne raison de porter atteinte à une liberté économique.

495. Même si leur portée semble limitée aux grèves transnationales, entre plusieurs pays membres de l'Union Européenne¹⁴⁷⁷, les deux arrêts de la CJCE, critiqués par l'OIT¹⁴⁷⁸ quant à leur effet restrictif, sont susceptibles d'heurter le droit de grève en France. La Cour de cassation exige des conditions de fond puisque l'arrêt de travail doit appuyer des « *revendications professionnelles* ». Tel qu'il a été traité précédemment, cette notion est assez large pour y loger tout motif ayant un lien avec des questions économiques et sociales. Dès lors qu'elles revêtent un motif professionnel, le juge ne peut apprécier le caractère raisonnable ou proportionné des

¹⁴⁷² TCE, art. 137§7.

¹⁴⁷³ CJCE, « *Viking* », préc., §44 ; « *Laval* », préc., §91.

¹⁴⁷⁴ B. Edelman, « *Droit du travail, droit de la concurrence- un nouveau contrat social* », préc.

¹⁴⁷⁵ N. Moizard, préc.

¹⁴⁷⁶ B. Edelman, « *Droit du travail, droit de la concurrence- un nouveau contrat social* », préc.

¹⁴⁷⁷ Les paragraphes 40 et 41 de l'arrêt « *Viking* » (préc.) posent à ce sujet un sérieux doute: « *S'il est vrai que, dans les domaines ne relevant pas de la compétence de la Communauté, les États membres restent, en principe, libres de fixer les conditions d'existence des droits en cause et les modalités d'exercice de ces droits, il n'en demeure pas moins que, dans l'exercice de cette compétence, lesdits États sont néanmoins tenus de respecter le droit communautaire (...)* Par conséquent, la circonstance que l'article 137 CE ne s'applique ni au droit de grève ni au droit de lock-out n'est pas de nature à soustraire une action collective telle que celle en cause au principal à l'application de l'article 43 CE ».

¹⁴⁷⁸ Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations, Rapport III, partie 1A, BIT, Genève, 2010, p. 211-212. : La commission observe « *avec une grande préoccupation, dans cette affaire, les limites pratiques à l'exercice effectif du droit de grève* ». Elle alerte sur le fait que « *la doctrine utilisée dans ces jugements de la Cour de justice est susceptible d'avoir un effet restrictif quant à l'exercice du droit de grève dans la pratique, d'une manière qui est contraire à la convention n°87* ».

revendications¹⁴⁷⁹. Les exigences posées par la CJCE risqueraient de restreindre considérablement le droit français sur ce point.

496. De plus, selon Monsieur Christophe Vigneau, « *seules les actions collectives destinées à imposer l'application d'une règle préexistante relèvent, selon la CJCE, de l'objectif d'intérêt général de protection des travailleurs* »¹⁴⁸⁰. Ce raisonnement exclut les « grèves offensives » revendiquant de nouveaux droits. Seules seraient admises les « grèves défensives » de préservation des conditions de travail. Dans l'affaire « *Laval* », l'action collective s'opposait au dumping social pratiqué par la société « *Baltic* ». En la contraignant à adhérer à la convention collective applicable, l'action était offensive et donc illicite. Sur la forme, le juge français n'a pas non plus à juger de l'opportunité du recours à la grève, de son occurrence ni de sa durée. La CJUE lui pose une exigence de proportionnalité et la juridiction nationale doit alors contrôler que l'acteur « *ne disposait pas d'autres moyens, moins restrictifs de la liberté d'établissement* »¹⁴⁸¹ et s'il « *avait épuisé ces moyens avant d'engager une telle action* ». Ces décisions risquent en outre de priver les syndicats des États-membres d'un réel droit de grève à dimension européenne. Pourtant l'« *action syndicale internationale doit être la contrepartie de la libre circulation des capitaux en Europe* »¹⁴⁸².

497. Les conséquences pratiques de cette jurisprudence ont été illustrées à travers l'affaire « *BALPA* », du nom du syndicat des pilotes de ligne « *British Airline Pilots Association* », qui avait lancé un appel à la grève suite à l'annonce de l'ouverture d'une filiale d'exploitation par « *British Airways* ». Conformément au droit britannique¹⁴⁸³, BALPA a organisé un scrutin débouchant sur une majorité de vote en faveur de la grève. Sur la base des arrêts « *Viking* » et « *Laval* », la direction de « *British Airways* », a invoqué l'illicéité de l'action avant même son déclenchement, ce qui a eu pour effet de dissuader le syndicat. La jurisprudence de la CJUE aurait certainement permis à « *British Airways* » d'obtenir d'un juge national une injonction provisoire

¹⁴⁷⁹ « le juge ne peut, sans porter atteinte au libre exercice du droit de grève, substituer son appréciation à celle des grévistes sur la légitimité ou le bien-fondé de leurs revendications, dès lors qu'elles ont un caractère professionnel » (Cass. soc., 19 octobre 1994, « *Centrale syndicale des travailleurs martiniquais* », *RJS*, 12/94, n°1413, p. 852).

¹⁴⁸⁰ CJCE, « *Viking* », préc. et « *Laval* », préc.

¹⁴⁸¹ CJCE, « *Viking* », préc., §84.

¹⁴⁸² K. Wedderburn, « Industrial relations », in H.R. Hahlo, J. Graham Smith & R.W. Wright (dir.), *Nationalism and the Multinational Enterprise: legal, economic and managerial aspects*, New York, A. W. Sijthoff, Leiden et Oceana, 1973, p. 256. : « *It is not free movement of labour, but free international trade union action which is the true counterpart to free movement of capital* ».

¹⁴⁸³ « *TULCRA* » de 1992.

de faire cesser l'action¹⁴⁸⁴. Les conditions posées par « *Laval* » et « *Viking* » sont tellement larges que la cessation provisoire de l'action collective aurait été inévitable. « *British Airways* » aurait facilement pu faire reconnaître la disproportion de la grève en pointant les dommages qu'une telle action pouvait lui faire subir ainsi qu'en dénonçant l'absence d'épuisement en amont des actions moins douloureuses. BALPA a demandé à la justice britannique de se prononcer sur le fond de cette affaire mais, de peur d'avoir à payer de lourds dommages et intérêts, le syndicat a finalement mis un terme à la procédure. Si la grève avait été déclarée illégale, les conséquences pour BALPA auraient été « *effrayantes* »¹⁴⁸⁵. Le syndicat aurait été obligé de dévoiler des documents confidentiels sur sa stratégie, son fonctionnement interne et ses positions politiques. La compagnie de transport aérien a en outre fait mention d'une perte de cent millions de livres sterling par jour de grève, une somme astronomique que le syndicat aurait dû payer si la grève avait été déclarée illégale au regard des arrêts « *Laval* » et « *Viking* »¹⁴⁸⁶.

498. Saisie par BALPA, la commission d'expert de l'OIT a observé « *avec grande préoccupation, dans cette affaire, les limites pratiques à l'exercice du droit de grève* »¹⁴⁸⁷. Elle a conclu en affirmant que la « *doctrine utilisée dans ces jugements de la CJCE est susceptible d'avoir un effet restrictif quant à l'exercice du droit de grève dans la pratique, qui est contraire à la convention* » n°87 de l'OIT sur la liberté syndicale ». Selon la Commission d'experts, les arrêts « *Laval* » et « *Viking* » pourraient créer au niveau national « *un déni des droits sociaux des travailleurs au regard de la convention n°87* ». Le Comité en outre rappelé que les libertés économiques ne pouvaient justifier une restriction au droit de grève¹⁴⁸⁸. Si le droit de grève ne peut être sans limite, la commission n'y a jamais inclus « *la nécessité d'évaluer la proportionnalité des intérêts en ayant à l'esprit une notion de liberté d'établissement ou de liberté de fournir des services* ». Si la « *menace omniprésente d'une action en dommages et intérêts* »¹⁴⁸⁹ provoquée par

¹⁴⁸⁴ Le critère de l'octroi d'une injonction provisoire dépend du fait de savoir si le requérant peut démontrer une question sérieuse à trancher et si le statu quo doit être maintenu à moins que l'équilibre de commodité ne le défavorise. Il apparaissait évident dans cette affaire qu'une injonction provisoire aurait été accordée.

¹⁴⁸⁵ K.-D. Ewing, J. Hendy Q.-C., « The Dramatic Implications of Demir and Baykara », *Industrial Law Journal*, 2010, pp. 45-47.

¹⁴⁸⁶ Si le droit britannique établit un plafond concernant les dommages contre les syndicats en matière délictuelle (TULCRA., sec. 22), « *British Airways* » aurait pu prétendre que ce montant maximum était contraire au droit communautaire qui interdit toute restriction à la liberté d'établissement (TFUE., art. 49 et 56).

¹⁴⁸⁷ Commission d'experts, rapport III, partie 1A, BIT Genève, 2010, « *observations concernant certains pays* », UK, pp. 211-212.

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*

¹⁴⁸⁹ S. Laulom, « Les arrêts Laval et Viking: et après ? », *Dr. ouvrier*, 2010, p. 510.

« *Laval* » et « *Viking* » porte atteinte au droit de grève, elle met également « *en péril l'existence même d'un syndicat pour avoir pris ce qui n'est pas plus qu'une action syndicale* »¹⁴⁹⁰.

499. Rendu postérieurement aux arrêts « *Viking* » et « *Laval* » de la CJCE, l'arrêt « *Enerji* » de la Cour de Strasbourg a quant à lui semblé marquer la supériorité des droits de l'Homme « *sur l'irrationalisme économique et la compétitivité dans la bataille pour l'âme du droit du travail* »¹⁴⁹¹. Il a ouvert « *de manière éclatante la voie à suivre pour retirer les travailleurs de la haute surveillance de l'« ordre concurrentiel » sous laquelle les a placés les arrêts Viking et Laval* ». Il est fortement possible que la Cour du Luxembourg doive revoir sa jurisprudence, d'autant plus que l'article 6, alinéa 2, du Traité sur l'Union européenne prévoit que les droits fondamentaux, « *tels qu'ils sont garantis par la Convention (EDH), [...], font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux* ». De plus, la CDFUE, dont le niveau de protection « *ne peut jamais être inférieur à celui qui est garanti par la Convention EDH* » et la jurisprudence de la Cour EDH¹⁴⁹², prévoit son articulation avec la Convention EDH¹⁴⁹³ dans un but de cohérence nécessaire entre les deux instruments. La Cour de Strasbourg prévoit enfin que les lois de transpositions des directives de l'UE ne peuvent se soustraire à son contrôle et pose une présomption de conformité du droit de l'Union européenne à la Convention¹⁴⁹⁴ tout en considérant que la protection des droits fondamentaux par le droit de l'UE soit être équivalente à la sienne¹⁴⁹⁵. Cette présomption peut toutefois être renversée si la protection d'un des droits garantis par la Convention est entachée d'une insuffisance manifeste.

500. Cette reconnaissance par la Cour de Strasbourg et la divergence qu'elle peut avoir avec la CJUE ne doit toutefois pas être interprétée de manière manichéenne. L'intégration du droit de grève à la Convention EDH pourrait être à double tranchant.

¹⁴⁹⁰ K.D. Ewing, Q.-C. John Hendy, préc., p. 47.

¹⁴⁹¹ *Ibid.*

¹⁴⁹² Cour EDH, « *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie* », préc., §23.

¹⁴⁹³ CDFUE, art. 52§3: « *dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue* ».

¹⁴⁹⁴ Cour EDH, gd. ch., « *Bosphorus hava yollari turizm ve ticaret anonim sirketi c. Irlande* », 30 juin 2005, req. n°45036/98.

¹⁴⁹⁵ S. Laulom, « L'enchevêtrement des sources internationales du droit du travail: à propos des décisions du Comité européenne des droits sociaux du 23 juin 2010 », *RDT*, 2011, p. 298 : « *une mesure de l'État prise en exécution de pareilles obligations juridiques doit être justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention* ».

2. La consécration non sans risques du droit de grève par la Cour européenne des droits de l'Homme

501. La reconnaissance du droit de grève par la Cour européenne des droits de l'Homme peut laisser craindre une éventuelle autorisation de la pratique du « *lock-out* » patronal (a) ainsi qu'une remise en cause de la titularité individuelle du droit de grève français (b).

a. L'éventualité d'une reconnaissance du « *lock-out* » patronal

502. La pratique du *lock-out* consiste en la fermeture par l'employeur de son entreprise en riposte à une grève. Cette pratique est en France interdite à moins que l'employeur n'apporte la preuve d'une « *situation contraignante, qui ne lui est pas imputable et rend impossible la fourniture de travail aux salariés non-grévistes* »¹⁴⁹⁶. La reconnaissance du droit de grève par la Cour de Strasbourg pourrait être sur cette question à double tranchant puisque les droits garantis par la Convention EDH « *ne servent pas qu'un seul maître* » mais sont placés sous « *l'influence de la réversibilité des droits de l'homme conduisant notamment à bilatéraliser les solutions* »¹⁴⁹⁷. Si l'article 11 protège le droit de grève, il pourrait en retour prévoir un droit à la riposte pour les employeurs et remettre ainsi en cause « *l'illicéité de principe du lock-out* » en droit français¹⁴⁹⁸. La Cour EDH a bien admis l'interdiction d'une grève dans le secteur de l'industrie offshore, craignant des éventuelles conséquences désastreuses¹⁴⁹⁹. Elle avait jugé de même au regard des possibles conséquences sur les intérêts économiques de l'employeur¹⁵⁰⁰. De plus, la « *protection des droits et libertés d'autrui* », mentionnée à l'alinéa 2 de l'article 11 de la Convention EDH, pourrait servir de fondement au *lock-out*. Cette thèse est toutefois à tempérer car la validation d'une telle pratique priverait d'effectivité le recours à la grève par les salariés. De plus, l'interdiction du *lock-out* contribue à la protection des salariés non-grévistes et revêt en cela un but légitime¹⁵⁰¹.

¹⁴⁹⁶ Cass. soc., 24 janvier 1968, Bull. civ. V, n°51 ; *GADT*, n°202.

¹⁴⁹⁷ J.-P. Marguenaud, « Vers la protection du droit de grève par la Cour européenne des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 939.

¹⁴⁹⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹⁹ Cour EDH, « *Fédération of Offshore Workers c. Norvège* », 27 juin 2002, n°53574/99.

¹⁵⁰⁰ Cour EDH, 10 janvier 2002, « *UNISON c. Royaume-Uni* », n°53574/99.

¹⁵⁰¹ J.-P. Marguenaud, préc.

b. La titularité syndicale du droit de grève

503. Si l'arrêt « *Enerji* »¹⁵⁰² marque une « *incontestable consécration européenne* », il soumet le droit de grève à « *un clivage* »¹⁵⁰³, pressenti dès les arrêts « *Karaçay* »¹⁵⁰⁴ et « *Satilmis* »¹⁵⁰⁵, à savoir la reconnaissance d'un droit dont la titularité est attribuée aux syndicats, les salariés ne pouvant se prévaloir que de la liberté de réunion pacifique. Or, la liberté de réunion ne constitue qu'un aspect de l'exercice du droit de grève. Elle sert notamment à protéger des actions périphériques mais inhérentes à la grève (manifestations, blocages, sit-in). Dans cet arrêt, la Cour de Strasbourg a semblé conférer la titularité du droit de grève aux syndicats. Ce ne sont pas les salariés grévistes sanctionnés qui ont saisi la juridiction européenne mais les syndicats dont ils étaient membres¹⁵⁰⁶. Elle s'est rapprochée en ce sens du Comité de la liberté syndicale de l'OIT, lequel considère que la grève doit s'entendre comme un droit dont doivent jouir les organisations de travailleurs¹⁵⁰⁷. Pour ce dernier, le fait de réserver le droit de grève aux seules organisations syndicales n'est pas « *incompatible avec les normes de la convention n°87* »¹⁵⁰⁸. Cette conception heurte celle du droit français qui consacre une titularité individuelle du droit de grève. En cas de déclenchement d'un conflit en dehors d'initiative syndicale, l'employeur pourrait le contester sur le fondement de la jurisprudence de la Cour EDH. Même fortement rattachée à l'action syndicale, la titularité individuelle du droit de grève reste importante. Les salariés sont libres d'exercer ce droit quand ils l'entendent et n'ont pas à attendre de mot d'ordre syndical pour stopper leur travail.

¹⁵⁰² Cour EDH, « *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie* », préc., §23.

¹⁵⁰³ J.-P. Marguenaud, « La Cour européenne des droits de l'homme à la conquête du droit de grève », *RDT*, 2009, p. 499.

¹⁵⁰⁴ Cour EDH, « *Karaçay c. Turquie* », préc.

¹⁵⁰⁵ Cour EDH, « *Satilmis c. Turquie* », préc., note N. Moizard, *RJS*, 2/08, p. 100.

¹⁵⁰⁶ C'est ce qu'avait d'ailleurs pointé du doigt le gouvernement turc afin de faire déclarer irrecevable la requête du syndicat. L'État défendeur prétendait que le syndicat ne pouvait avoir la qualité de victime au sens de la jurisprudence de la Cour. Son action était uniquement destinée à interpréter la Convention (action « *popularis* »), ce type d'action étant résolument exclu (Cour EDH, 3^e sect., 23 mai 2002, « *Segi et Gestoras Pro-Amnistia* » req. n°6422/02 et n°9916/02). La Cour a rejeté cet argument en rappelant qu'une loi pouvait violer les droits d'un requérant même en l'absence d'un acte individuel « *s'il fait partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la législation* ». Le syndicat turc ayant directement été touché par les effets de la circulaire, il pouvait prétendre victime d'une ingérence dans l'exercice de son droit à la liberté syndicale (Cour EDH, « *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie* », préc., §23).

¹⁵⁰⁷ Recueil des décisions du Comité de la liberté syndicale, 1996, §473 ; 336^e rapport, cas n°2324, §282 et 338^e rapport, cas n°2407, §49.

¹⁵⁰⁸ Recueil 1996, §477 ; 334^e rapport, cas n°2258, §454 et 336^e rapport, cas n°2153, §173.

504. Cette titularité donne à l'action collective une volatilité et une spontanéité efficaces. La titularité syndicale est de plus à double tranchant puisque, si elle rend le conflit plus légitime, elle pourrait servir au législateur de prétexte pour exiger avant le déclenchement d'une grève le dépôt d'un préavis dans toutes les entreprises (pas seulement dans le service public), ou d'un vote, comme au Royaume-Uni (ou en France, de manière facultative, dans certains services publics de transports au-delà de huit jours de grève¹⁵⁰⁹). Lorsque l'initiative est salariale, le syndicat peut toujours venir se rajouter au mouvement social pour l'appuyer ou l'animer par la suite. Toutefois, même si la jurisprudence de la Cour EDH semble confier la titularité du droit de grève aux organisations syndicales, l'inspiration générale de la Convention EDH reste individualiste. La titularité individuelle du droit de grève, consacrée par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946¹⁵¹⁰, pourrait ainsi être épargnée.

Conclusion du Chapitre 1

505. Les outils d'organisation et d'action dont bénéficient les syndicats dans l'entreprise ont été acquis après d'intenses et massives mobilisations. Conférés à la section syndicale en même temps que son institution par la loi du 27 décembre 1968, ils figurent comme des acquis précieux qui lui permettent de mener légalement son action, dans un cadre précis. La majorité des prérogatives octroyées à la section syndicale sont restées, depuis son institution, quasi-identiques¹⁵¹¹, qu'il s'agisse des modalités de collecte des cotisations, de réunion des adhérents ou encore du partage d'un local commun avec les autres sections dans les entreprises de plus de deux cents salariés. Ces prérogatives ont été épargnées par le législateur, voire parfois même améliorées, telles que les heures de délégation, dont nombre le nombre a été globalement augmenté. Toutefois, le passage à l'ère numérique semble avoir impacté les communications syndicales en renforçant leur contrôle par l'employeur. Alors qu'il ne peut être réalisé qu'*a posteriori* en matière papier, le contrôle peut être effectué *a priori* en matière numérique.

506. Moyen d'action syndicale privilégié, le droit de grève est conditionné dans les entreprises gérant un service public au dépôt d'un préavis collectif par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives, afin de le concilier avec le principe constitutionnel de continuité du service public. En outre, dans les services publics de transports réguliers de voyageurs, terrestre et aérien, les salariés dont l'activité est essentielle au fonctionnement du

¹⁵⁰⁹ Loi n°2007-1224 du 21 août 2007, préc.

¹⁵¹⁰ Dans son alinéa 7.

¹⁵¹¹ B. Gauriau, « Les représentants des syndicats dans l'entreprise », *Dr. social*, 2009, p. 644.

service doivent obéir à un préavis de grève individuel. Si elles atténuent les effets de la grève, à savoir la perturbation de la production (du service), il est à craindre que, par la suite, ces mesures soient étendues à l'ensemble des entreprises. Le droit de grève peut également être restreint par l'usage de la réquisition administrative des salariés grévistes, dont la pratique a démontré qu'elle pouvait être réalisée de manière disproportionnée. Il en va de même concernant le remplacement des salariés grévistes par les forces de l'ordre. Ces préavis et pratiques administratives restreignent le droit de grève et atténuent fortement ses effets.

507. Le droit européen semble, quant à lui, être divisé sur la question du droit de grève. Les Cours de justice de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe ont en effet rendu des décisions aussi bien divergentes qu'inquiétantes. Si la Cour de justice des communautés européennes (nommée aujourd'hui Cour de justice de l'Union européenne) a subordonné l'exercice du droit de grève aux libertés économiques (dans des cas d'espèce de conflits sociaux transnationaux), la Cour européenne des droits de l'Homme a quant à elle semblé lui conférer une protection bien supérieure mais qui pourrait toutefois être à double tranchant.

508. L'activité de l'acteur syndical de l'entreprise ne se limite pas à l'enceinte de celle-ci. Des moyens d'actions judiciaires ont été octroyés à l'acteur syndical pour défendre les intérêts des salariés devant les juridictions. Toutefois, la capacité d'ester en justice de l'acteur syndical de l'entreprise souffre de carences non négligeables.

Chapitre 2. Les limites de l'action syndicale devant le juge

509. L'action en justice des syndicats a pour but de défendre les intérêts des travailleurs devant les juridictions nationales, soit en intervenant directement aux côtés, voire à la place, d'un ou plusieurs salariés, ou bien en intervenant dans l'intérêt de la profession. Devant la fragilisation, certes relative, des prérogatives syndicales dans l'entreprise ainsi que, plus généralement, devant l'évolution du droit du travail en la défaveur de la partie salariée, l'action syndicale judiciaire pourrait être amenée à être de plus en plus privilégiée.

510. Bien que la Cour de cassation protège l'action du salarié des rétorsions patronales¹⁵¹², le recours au juge n'est pas sans risques et sans coût pour ce dernier, ce qui a pour

¹⁵¹² J. Mouly, « Une avancée spectaculaire du droit du salarié d'agir en justice contre l'employeur, la nullité de principe des mesures de rétorsion », *Dr. Social*, 2013, p. 415. La Cour de cassation n'hésite pas à annuler les sanctions prises à l'encontre de salariés entreprenant une action judiciaire contre leur employeur (Cass. soc., 29 octobre 2013, n°12-22.447, *Dr. Ouvrier*, 2014, p. 158. A. Chirez et F. Chirez).

effet de le dissuader. En agissant contre son employeur, le salarié s'expose « à l'isolement »¹⁵¹³ vis à vis du collectif de travail. De plus, l'issue du procès et ses conséquences ne sont pas les mêmes selon les parties. Pour l'employeur, l'enjeu de l'action judiciaire est équivalent à un coût, généralement intégré à la gestion de l'entreprise. Le travailleur, dont le maintien du salaire ou de l'emploi dépendent bien souvent de la décision des juges, a bien plus à perdre. Ainsi, même devant une instance étatique, le rapport de force entre les parties au contrat de travail penche en faveur de l'employeur¹⁵¹⁴. L'intervention judiciaire de l'acteur syndical au bénéfice d'un ou plusieurs salariés de l'entreprise est donc on ne peut plus salubre.

511. Le droit d'agir en justice¹⁵¹⁵ des organisations syndicales a été institué par la loi « Waldeck-Rousseau » du 21 mars 1884. Leur action judiciaire a en premier lieu été attachée à la défense de leur intérêt personnel et direct¹⁵¹⁶. Elle a par la suite été étendue au-delà de cet intérêt propre, provoquant au passage une réticence de la part de certains ouvriers¹⁵¹⁷. L'acteur syndical dispose de plusieurs types d'actions pour défendre l'intérêt des salariés : l'action dans l'intérêt collectif de la profession, l'action de substitution¹⁵¹⁸, l'action de groupe. Il peut aussi, de manière plus générale, assister et représenter un salarié devant le Conseil de prud'hommes. Sous peine d'invalider l'acte introductif d'instance¹⁵¹⁹, la personne agissant pour le compte d'un syndicat, sauf avocat, doit justifier qu'un pouvoir spécial lui a été accordé ou qu'une disposition des statuts de ce même syndicat l'habilite à agir en justice¹⁵²⁰.

¹⁵¹³ S. Rozez, préc.

¹⁵¹⁴ Cette inégalité explique en partie pourquoi la majorité des saisines d'origine salariées sont réalisées consécutivement à la rupture du contrat de travail. 98% des demandes sont exercées dans un contexte de rupture de contrat de travail, v. E. Serverin et M. Guillonnet, « L'activité des Conseils de prud'hommes de 2004 à 2012 : continuité et changements, Évolution 2004-2012 et situation en 2012 », Ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du sceau, Pôle d'évaluation de la justice civile, septembre 2013.

¹⁵¹⁵ C. trav., art. L. 2132-3 al. 1.

¹⁵¹⁶ *Ibid.*

¹⁵¹⁷ M.-L. Dufresne-Castets, « Actualité des actions de substitution et des actions collectives », *Dr. Ouvrier*, 2004, p. 122.

¹⁵¹⁸ TGI Nanterre (2^{ème} Ch.) 23 novembre 2012, « Comité d'entreprise de la Sté Help Line Victoria et FNPSECP-CGT c. Help Line Victoria », *Dr. ouvrier*, 2013, n°778, p. 351, comm. M. Keller Lyon-Caen.

¹⁵¹⁹ Cass. soc., 14 mars 2018, n°17-16.265, F-D.

¹⁵²⁰ À défaut de la satisfaction de l'une de ces deux exigences, le secrétaire (Cass. soc., 12 octobre 2005, n°04-60.445), le délégué syndical (Cass. soc., 31 janvier 2001, n° 99-60.392, Bull. civ. V, n°34.) ou même le président (Cass. soc., 13 février 2008, n°07-60.039) n'est pas habilité à représenter le syndicat en justice. Cette condition est exigée à peine d'entraîner une irrégularité de fond affectant la validité de l'acte introductif d'instance.

512. Outre l'intérêt du salarié, l'action judiciaire du syndicat protège l'intérêt général. L'État ne peut en effet se satisfaire de l'abandon par les salariés de leurs droits et laisser subsister l'impunité des manquements commis par certains employeurs. L'action judiciaire syndicale contribue ainsi à parfaire l'effectivité du droit du travail, ce qui explique son extension par le législateur alors même qu'elle n'a été réclamée ni par les salariés, ni par les syndicats¹⁵²¹. Elle constitue également un outil efficace permettant d'acquérir sur le terrain judiciaire des droits nouveaux au profit de salariés, contester certaines décisions patronales ou encore faire écarter le temps de l'instance¹⁵²², voire abroger définitivement¹⁵²³, des dispositions défavorables aux salariés. Elle est en cela un outil d'action syndicale efficace.

513. Via les différents moyens d'action judiciaire qui lui sont octroyés, l'acteur syndical de l'entreprise peut être amené à ester devant toutes les juridictions. La maîtrise des différentes procédures lui est donc impérieuse. Le cabinet d'avocats dans le cadre duquel a été réalisée cette thèse CIFRE a été amené à former de nombreux acteurs syndicaux sur l'évolution des règles de procédure, qui ont considérablement été modifiées en faveur de la partie employeur. Ces réformes, qui s'inscrivent dans le phénomène plus global d'éloignement du justiciable du juge étatique, au profit des modes alternatifs de règlement des différends (MARD), ont touché aussi bien la procédure pénale¹⁵²⁴ que la procédure civile¹⁵²⁵.

¹⁵²¹ M. Cohen, « Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats », *Dr. social*, 1990, p. 790.

¹⁵²² Par exemple, la suspension par plusieurs Conseils de prud'hommes de l'application des barèmes d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse prévue par la Loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 (préc.) au motif de son incompatibilité la convention n°158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) et la Charte sociale européenne. V. J. Mouly, « La barémisation des indemnités prud'homales : un premier pas vers l'inconventionnalité ? », *Dr. social*, 2019, p. 122 ; « L'inconventionnalité du barème: une question de proportionnalité », *Droit social*, 2019, p. 234 ; P. Lokiec, « Barèmes d'indemnisation en cas de licenciement abusif : la résistance des juges », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 248.

¹⁵²³ La Question prioritaire de constitutionnalité, pouvant être soulevée par un syndicat devant le juge du fond, peut aboutir à abroger une loi de l'ordre de juridique interne (Constitution du 4 octobre 1958, art. 62 al. 2).

¹⁵²⁴ Lorsqu'il intervient en substitution au pénal en matière de travail temporaire, marchandage, prêt de main d'œuvre illicite, travailleurs étrangers, salariés détachés, salariés victimes de travail dissimulé, l'acteur syndical de l'entreprise se substitue à la partie civile. Si les délais de prescription ont été allongés par la loi n°2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale, la mise en marche de l'instruction judiciaire a considérablement et complexifiée par la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, au détriment de la partie civile. V. J. Beaume et F. Natali, « Amélioration et simplification de la procédure pénale », in *Chantiers de la justice*, Paris, Ministère de la justice, 2018, 208 pp ; A. Cochele, « Projet de loi de réforme de la justice : la raréfaction de l'accès au juge en matière pénale », *Dalloz actualité*, 30 avril 2018.

514. En matière de droit du travail, la dissymétrie intrinsèque aux parties au contrat s'accommode d'autant plus mal de ces modes de justice alternative¹⁵²⁶, qui s'apparentent davantage à un « *moyen de faire céder la partie faible* »¹⁵²⁷. En outre, les délais de prescription ont considérablement été réduits. Le délai trentenaire¹⁵²⁸, issu de la première rédaction du Code civil, a été fixé à cinq ans¹⁵²⁹ par la loi du 17 juin 2008¹⁵³⁰. Malgré cette réforme, la procédure prud'homale avait conservé une certaine unité. Mais la loi du 14 juin 2013¹⁵³¹ a divisé et spécialisé les délais de prescription¹⁵³² selon la nature de la demande soumise au juge. Les différentes réformes succédant n'ont eu cesse de raccourcir ces durées de telle sorte qu'en matière d'exécution du contrat de travail, le délai de prescription n'est aujourd'hui plus que de deux ans.

¹⁵²⁵ Abrogation du délai trentenaire au profit du délai quinquennal (Loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile), indication des diligences entreprises en vue de la résolution amiable du litige dans l'assignation ou la requête (décret n°2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends), « *Développer la culture du règlement alternatif des différends* » en matière civile, promotion des modes alternatifs de règlement des litiges, dématérialisation de la médiation et la conciliation (loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, préc., v. F. Guionard, « Sécurisation et simplification des procédures, vraiment ? Les difficultés suscitées par les nouvelles règles de saisine des juridictions », *RDT*, 2017, p. 558 ; « Loi de programmation et de réforme de la justice: quel impact sur la justice du travail ? », *RDT*, 2019, p. 203).

¹⁵²⁶ Rupture conventionnelle (loi n°2008-596 du 25 juin 2008, préc.), médiation conventionnelle (ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale), recours à la médiation (décret n°2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire des contentieux du travail), convention de procédure participative (Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle), rupture conventionnelle collective (ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, préc.).

¹⁵²⁷ E. Dockès, « Injustes alternatives et justes conflits. Critique des justices alternatives à partir du droit social », *Droit et cultures*, 65 / 2013, p. 101 - p. 110.

¹⁵²⁸ C. civ., art. 2262 ancien. Créé par la loi du 15 mars 1804.

¹⁵²⁹ C. civ., art. 2224: « *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.* »

¹⁵³⁰ Loi n°2008-561 du 17 juin 2008, préc. La loi a également modifié le point de départ du délai de prescription désormais fixé « *à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit* » (C. trav., art. L. 1471-1.) Ce point de départ, encore en vigueur aujourd'hui, laisse une grande place à l'appréciation du juge

¹⁵³¹ Loi n°2013-504 du 14 juin 2013, préc.

¹⁵³² Jusque-là, l'action prud'homale obéissait à deux régimes selon que l'action concernait (dix ans) ou non (cinq ans) la réparation d'un dommage corporel. Depuis, la procédure prud'homale a été scindée en quatre délais, bien plus courts que les précédents: douze mois, deux ans, trois ans, cinq ans, dix ans.

En matière de rupture du contrat de travail, il a été réduit à douze mois¹⁵³³. La procédure prud'homale a en outre été considérablement professionnalisée¹⁵³⁴, y compris en appel¹⁵³⁵, au détriment de son caractère initial accessible et démocratique¹⁵³⁶. Enfin, le législateur a institué certains outils visant à dissuader la saisine du juge prud'homal en sécurisant au profit de l'employeur la procédure de licenciement¹⁵³⁷ et en limitant certaines condamnations avec, entre autre, l'instauration d'un barème indemnitaire¹⁵³⁸ en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse¹⁵³⁹ ou la réduction de l'amplitude de la répétition des salaires¹⁵⁴⁰.

¹⁵³³ C. trav., art. L. 1471-1, issu de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, préc.

¹⁵³⁴ Accroissement des pouvoirs du bureau de conciliation (lois n°2013-504 du 14 juin 2013, préc. ; n°2015-990 du 6 août 2015, préc., v. D. Baugard, « La nouvelle conciliation », *Dr. social*, 2017, p. 599), fin du principe d'unicité de l'instance (loi n°2015-990 du 6 août 2015, préc.), complexification de la saisine (décrets n°2016-660 du 20 mai 2016, préc. ; n°2017-1008 du 10 mai 2017), alignement du régime de la péremption d'instance sur le droit commun, référé en la forme, représentation des parties (décret n°2016-660 du 20 mai 2016, préc.).

¹⁵³⁵ L'alignement de la procédure d'appel sur le droit commun via l'application des délais et sanctions du décret n°2009-1524 du 9 décembre 2000, dit « *Magendie* » et le décret n°2016-660 du 20 mai 2016, préc.

¹⁵³⁶ A. Chevillard, « Conseils de prud'hommes et procédure prud'homale quelles réformes ? », *Dr. social*, 2010, p. 919.

¹⁵³⁷ L'ordonnance n°2017-1718 du 20 décembre 2017 (préc.) a modifié l'article L. 1235-2 du Code du travail pour permettre à l'employeur de préciser les motifs figurant dans la lettre de licenciement dans les quinze jours suivant la notification du licenciement. Le salarié peut également former une demande de précision semblable, dans les mêmes conditions. Si ce dernier ne le fait pas, l'irrégularité constituant une insuffisance de motivation de la lettre de licenciement « *ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse* ». Elle ouvre seulement droit à une indemnité d'un mois de salaire maximum.

¹⁵³⁸ Jugé insuffisamment dissuasif pour prévenir des licenciements abusifs lors de sa création par la loi n°73-680 du 13 juillet 1973 (préc.), le montant indemnitaire, fixé à six mois de salaire brut minimum au bénéfice des salariés de plus de deux ans d'ancienneté dans les entreprises de plus de onze salariés ou, sinon, en fonction du préjudice subi, est désormais compris entre des montants minimaux et maximaux fixés par un tableau en fonction de l'ancienneté. Ces montants sont encore plus faibles lorsque l'effectif de l'entreprise à laquelle appartenait le salarié est inférieur à onze salariés (Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, préc., ratifiée par la loi n°2018-217 du 29 mars 2018, préc.). Le barème ne s'applique toutefois pas dans certains cas de nullités listées de manière exhaustive par l'article L. 1235-3-1.

¹⁵³⁹ Plusieurs Conseils de prud'hommes ont toutefois écarté ce barème au motif qu'il contrevient à l'article 10 de la convention OIT n°158 et l'article 24 de la Charte sociale européenne (CPH Le Mans, 26 septembre 2018, RG n°17/00538 ; Troyes, 13 décembre 2018, RG n°18/00036 ; Caen, 18 décembre 2018, RG n°17/00193 ; Amiens, 19 décembre 2018, RG n°18/00040 ; Lyon, 21 décembre 2018, RG n°18/01238 ; Tours, 29 janvier 2019 ; Grenoble, 4 février 2019, RG n°18/01050 ; Agen, 7 février 2019, RG n°18/00049). La Cour de cassation a toutefois reconnu par la suite la compatibilité du dispositif avec le droit européen (Ass. plén., Avis, 17 juillet 2019, n°15013, P+B+R+I).

515. De manière plus générale, le temps judiciaire étant plus long que le temps de l'entreprise, cette dissymétrie temporelle peut porter préjudice à l'action en justice de l'acteur syndical. Outre les difficultés procédurales et temporelles auxquelles est confronté l'acteur syndical, parmi les actions judiciaires qui lui sont attitrées, l'action en substitution (section 1) et l'action de groupe (section 2) souffrent de carences non négligeables.

Section 1. Les carences de l'action en substitution

516. Le droit d'ester en justice n'est pas absolu. Il se limite aux seuls justiciables intéressés¹⁵⁴¹ justifiant d'un intérêt personnel et légitime¹⁵⁴². Ces filtres permettent d'évincer, parmi les prétentions soumises au juge, celles qui ne méritent pas de faire l'objet d'un tel examen¹⁵⁴³.

517. Devant toute juridiction, l'acteur syndical peut mettre en œuvre une action de substitution consistant à exercer une action personnelle réalisant les droits d'un salarié. L'action de substitution déroge à l'adage selon lequel « *nul ne plaide par procureur* »¹⁵⁴⁴ et autorise l'acteur syndical à agir « *aux lieu et place* »¹⁵⁴⁵ du salarié comme « *procureur d'intérêts individuels* »¹⁵⁴⁶. Le syndicat est « *libre d'agir ou de ne pas agir, pour qui il veut* »¹⁵⁴⁷. Elle permet au syndicat d'exercer une action personnelle réalisant les droits d'un salarié dans des cas fixés de

¹⁵⁴⁰ La loi du 14 juin 2013 a limité l'étendue de la demande en paiement ou en répétition du salaire. Alors qu'elle était de cinq ans auparavant (C. trav., art. L. 143-14 ancien), elle ne peut désormais « *porter sur les sommes dues au titre des trois dernières années à compter de ce jour ou, lorsque le contrat de travail est rompu, sur les sommes dues au titre des trois années précédant la rupture* » (C. trav., art. L. 3245-1).

¹⁵⁴¹ Cons. const., DC n°93-325 du 13 août 1993, « *Maîtrise de l'immigration* ». V. S. Guinchard (dir.), *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, 7^e éd., Paris, Dalloz, Coll. « Précis », 2013, p. 677 et s.

¹⁵⁴² CPC., art. 31 : « *l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention* ».

¹⁵⁴³ « *N'importe qui n'a pas le droit demander n'importe quoi ni n'importe quand à un juge* » (G. Cornu, J. Foyer, *Procédure civile*, 3^e éd., Paris, PUF, Coll. « Thémis », 1996, p. 322).

¹⁵⁴⁴ Cet adage signifie que personne ne peut se faire représenter par un mandataire qui figurerait seul dans l'acte introductif d'instance (Cass. com., 17 novembre 1992, « *Société SITRAM c. La Concorde* », n°90-19073).

¹⁵⁴⁵ J.-M. Verdier, « Syndicalisme et fraternité », préc.

¹⁵⁴⁶ S. Rozez, préc.

¹⁵⁴⁷ J.-M. Verdier, préc.

manière exhaustive¹⁵⁴⁸. La personne physique représentant le syndicat dans le cadre de l'action en substitution doit détenir ce pouvoir en vertu des statuts régulièrement déposés, soit en vertu d'un mandat exprès¹⁵⁴⁹, ces conditions n'étant pas cumulatives¹⁵⁵⁰. La personne désignée par les statuts pour représenter le syndicat en justice détient également qualité pour former un pourvoi en cassation au nom du syndicat, à moins que le contraire soit prévu par les statuts¹⁵⁵¹. À défaut de la satisfaction de l'une de ces deux exigences, le secrétaire¹⁵⁵², un délégué syndical¹⁵⁵³ ou même le président¹⁵⁵⁴ n'est pas habilité à représenter le syndicat en justice.

518. Dans chacun des cas prévoyant la substitution, deux actions sont en réalité possibles. Celle du salarié, qu'il est libre d'exercer, et celle du syndicat, qui remplace celle du salarié si ce dernier n'exerce pas son droit, de manière générale « *pour des raisons qui tiennent essentiellement à sa qualité de travailleur subordonné* »¹⁵⁵⁵. Si le salarié agit, le syndicat ne peut le remplacer en intervenant en substitution et prendre le relais. Mais si le salarié reste passif, le syndicat, protecteur des « *droits et des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels* » des salariés¹⁵⁵⁶, peut agir en substitution. Cela permet d'obtenir la satisfaction des intérêts et droits du salarié qui, dans l'inaction, ne peut obtenir réparation de son préjudice. La substitution ne modifie en rien le destinataire de l'action. Le jugement n'a en conséquence autorité qu'à l'égard de ce même salarié et de son employeur. En cas de succès, la décision rendue l'est exclusivement au

¹⁵⁴⁸ Travailleurs à domicile, travailleurs étrangers (C. trav., art. L. 8255-1), salariés sous groupements d'employeurs, en contrat à durée déterminée (C. trav., art., L. 1247-1), en situation de sous-traitance et de prêt de main-d'œuvre illicite (C. trav., art., L. 8233-1), égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (C. trav., art. L. 1144-2), discrimination (C. trav., art. L. 1134-2), harcèlement sexuel ou moral (C. trav., art. L. 1154-2), licenciement collectif (C. trav., art. L. 1235-8), non-respect des dispositions de la convention collective applicable (C. trav., art. L. 2262-9).

¹⁵⁴⁹ Cass. soc., 20 décembre 2006, n°06-60.017, Bull. civ. V, n°400 : « *le représentant d'un syndicat en justice doit, s'il n'est avocat, justifier d'un pouvoir spécial ou d'une disposition des statuts l'habilitant à agir en justice et le défaut de pouvoir d'une personne figurant au procès comme représentant du syndicat est une irrégularité de fond affectant la validité de l'acte* ».

¹⁵⁵⁰ Cass. soc., 16 avril 2008, n°07-60.157, Bull. civ. V, n°89.

¹⁵⁵¹ Cass. soc., 2 mars 2004, n°02-60.746, Bull. civ. V, n°73.

¹⁵⁵² Cass. soc., 12 octobre 2005, n°04-60.445.

¹⁵⁵³ Cass. soc., 31 janvier 2001, n°99-60.392, Bull. civ. V, n°34.

¹⁵⁵⁴ Cass. soc., 13 février 2008, préc.

¹⁵⁵⁵ F. Petit, « L'action de substitution, un cadeau promis à un avenir meilleur », *Dr. social*, 2004, p. 262.

¹⁵⁵⁶ C. trav., art. L. 2131-1 : « *Les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts* ».

profit du salarié substitué et le syndicat ne détient aucun droit sur les sommes éventuellement allouées par le Conseil de prud'hommes¹⁵⁵⁷.

519. Ces prérogatives reconnues aux organisations syndicales doivent toutefois préserver la liberté personnelle du salarié. L'absence d'opposition du salarié, vérifiée par le juge du fond¹⁵⁵⁸, est nécessaire. Ce dernier peut en outre toujours intervenir à l'instance. Le Conseil constitutionnel exige en effet que l'intervention spontanée des syndicats dans la défense des intérêts d'un salarié préserve la liberté de ce dernier de les protéger personnellement¹⁵⁵⁹. Le salarié bénéficiaire de l'action en substitution peut ainsi engager l'instance postérieurement au syndicat¹⁵⁶⁰ et détient la possibilité d'intervenir au cours de l'instance. Il peut donc la reprendre à son compte, intervenir à chacun de ses stades et formuler des demandes nouvelles. Dans ce cas, l'action de substitution initiée par le syndicat cesse et ce dernier ne peut plus agir dans ce cadre. Il conserve toutefois la faculté de se constituer partie civile¹⁵⁶¹ pour obtenir réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif de la profession¹⁵⁶².

520. À l'origine, le syndicat ne pouvait exercer l'action de substitution qu'au nom et pour le compte de ses membres pour faire sanctionner les atteintes à un accord collectif. Certains auteurs ont alors pu considérer qu'il agissait au titre d'un « *mandat légal ad litem* »¹⁵⁶³ selon lequel il accomplissait les actes des salariés dont les noms figurent à la procédure. Toutefois, l'exercice d'une action individuelle ne se limite pas à l'accomplissement d'actes de procédure mais s'apparente davantage à une action *ad agendum*¹⁵⁶⁴ puisqu'en réalité le syndicat conduit l'action de substitution de manière personnelle.

¹⁵⁵⁷ Cass. soc., 17 avril 1953, Bull. civ. IV, n°292.

¹⁵⁵⁸ Cass. soc., 8 octobre 2014, n°13-16.545.

¹⁵⁵⁹ Cons. const., DC n°89-257 du 25 juillet 1989, « *prévention du licenciement économique et droit à la conversion* », v. X. Prétot, « La conformité à la Constitution de la loi relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion », *Droit social*, 1989, p. 701.

¹⁵⁶⁰ Jusqu'à la réforme de la procédure prud'homale par la loi n°2015-990 du 6 août 2015 (préc.), le salarié n'était pas recevable. Le principe de l'unicité de l'instance l'empêchait d'intenter à son tour une action (Cass. soc., 3 novembre 1972, n°71-40.729). Désormais, à l'issue de l'action en substitution, le salarié est recevable à engager, le cas échéant, une nouvelle instance.

¹⁵⁶¹ C. trav., art. L. 2132-3.

¹⁵⁶² Cass. soc., 12 février 2008, n°06-45.397.

¹⁵⁶³ H. Capitant et P. Cuhe, *Précis de législation industrielle*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1936, 553 pp.

¹⁵⁶⁴ F. Petit, préc.

521. Les liens rapprochant l'action de substitution à la représentation, évoqués par bon nombre d'auteurs¹⁵⁶⁵, ont été rompus en 2000 par la Cour de cassation¹⁵⁶⁶, qui a octroyé à l'action en substitution une véritable autonomie. En l'espèce, une union locale CGT reprochait à la société de fourniture de repas « *Servair* » de recourir de manière injustifiée à des contrats à durée déterminée. Empruntant l'action de substitution¹⁵⁶⁷, le syndicat a demandé leur requalification en contrats à durée indéterminée au bénéfice des salariés victimes de ces abus. Devant la Cour de cassation, l'employeur a soulevé l'irrecevabilité du pourvoi du syndicat au motif que les salariés n'étaient pas nommés dans la déclaration de pourvoi. Rejetant la fin de non-recevoir, la Cour de cassation a jugé que l'action de substitution menée par un syndicat « *lui est personnelle et non une action par représentation des salariés* »¹⁵⁶⁸. Suite à ces arrêts, il a été proposé de classer l'action en substitution dans la catégorie des « *substitutions processuelles* » aux côtés de l'action oblique et l'action *ut singuli*¹⁵⁶⁹.

522. En permettant à l'acteur syndical d'intervenir en défense de l'intérêt personnel du salarié, l'action de substitution vient protéger l'intérêt du salarié en question mais aussi la collectivité professionnelle et l'intérêt général. Elle contribue alors à maintenir l'effectivité du droit du travail, ce qui explique son extension par le législateur¹⁵⁷⁰. Toutefois, cet outil de défense de l'intérêt des salariés souffre de limites tenant au fond (A) ainsi qu'à la procédure (B).

¹⁵⁶⁵ Messieurs Jean Vincent et Serge Guinchard avaient également relevé cette ambiguïté : « *Il y a donc l'idée d'un mandat tacite, donc d'une représentation, mais comme on l'a déjà indiqué, le syndicat qui agit en défense de l'intérêt d'autrui trouve ici à exercer sa vocation : on touche à l'action propre, donc à la qualité à agir de la théorie de l'action* » (J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, Coll. « Précis », 1999, p. 155). Monsieur Alain Supiot, indiqua le premier que « *les syndicats ont reçu, conformément à l'art. 31 du NCPC, qualité pour agir devant toutes les juridictions à la place des titulaires d'un certain nombre d'actions limitativement énumérées par la loi. Cette technique de la qualification pour agir ne doit pas être confondue avec celle de la représentation* » (A. Supiot, *Les juridictions du travail*, t. 9, Paris, Dalloz, 1987, p. 486).

¹⁵⁶⁶ Cass. soc., 1er février 2000, n°98-41624, « *Servair* ».

¹⁵⁶⁷ C. trav., art. L. 122-3-16 ancien.

¹⁵⁶⁸ En conséquence, le syndicat n'est pas tenu d'indiquer dans la déclaration de pourvoi les nom, prénoms, profession et domicile des salariés en faveur desquels il est.

¹⁵⁶⁹ E. Jeuland, « L'action de substitution des syndicats à la place des salariés », *JCP E*, 2001, p. 35, sous Cass. soc. 1er février 2000 ; G. Cornu, J. Foyer, *op. cit.*, p. 415 : « *L'initiative du syndicat procède en somme d'une présomption légale de mandat tacite* ».

¹⁵⁷⁰ M. Cohen, *préc.*

A. Les limites de fond de l'action de substitution

523. La multiplication des cas d'action en substitution s'est réalisée sans harmonisation de son régime (1). De plus, la titularité de cette action est, au niveau de l'entreprise, réservée aux syndicats représentatifs (2)

1. *L'absence d'un régime unique à l'ensemble des motifs de recours*

524. La création de l'action de substitution s'est réalisée au départ de manière ponctuelle et espacée temporellement. Elle s'est ensuite développée et étendue rapidement. La première action de substitution est née avec la Loi du 25 mars 1919¹⁵⁷¹ autorisant les syndicats à ester en justice pour faire sanctionner les atteintes portées à une convention collective¹⁵⁷² dont ils sont signataires sans justifier d'un mandat mais en vertu d'un droit de substitution spontanée¹⁵⁷³. Réservée à l'origine aux seuls syndicats signataires, cette action a été étendue à tout syndicat demandant l'application d'un texte conventionnel en faveur d'un de ses membres¹⁵⁷⁴.

525. Le syndicat ne pouvait exercer l'action qu'au bénéfice de ses adhérents, « *liés* » par la disposition conventionnelle en question. Le contexte législatif de l'époque¹⁵⁷⁵ limitait l'application des dispositions de la convention collective aux adhérents du syndicat signataire. Cette réglementation est devenue obsolète puisque désormais « *lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord collectif de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf dispositions plus favorables* »¹⁵⁷⁶. La Cour de cassation a décidé que les accords devaient s'appliquer « *de plein droit à tous et en particulier aux syndicats représentatifs sans qu'il y ait lieu de distinguer entre ceux qui ont signé ou qui ont adhéré à la convention ou à l'accord collectif et ceux qui n'ont pas signé la convention collective ou l'accord et ceux qui n'y ont pas adhéré* ». Cet arrêt « *Cegelec* »¹⁵⁷⁷ a consacré en la matière un principe d'égalité de traitement non pas seulement entre syndiqués et non-syndiqués, mais également entre

¹⁵⁷¹ Loi du 25 mars 1919, préc.

¹⁵⁷² M. Henry, « L'action syndicale en exécution des conventions collectives », *Dr. ouvrier*, 2007, p. 112.

¹⁵⁷³ J. Mouly, *Droit du travail*, 4^e éd., Rosny-sous-Bois, Bréal, Coll. « Lexifac », 2008, p. 260.

¹⁵⁷⁴ Cette action n'est pas réservée aux seuls syndicats représentatifs, ni même aux syndicats signataires de la convention ou de l'accord en cause (Cass. soc., 14 février 2001, n°98-46.149, Bull. civ. V, n°156, *Sem. Soc. Lamy*, n°1018, p. 12, obs. F. Champeau).

¹⁵⁷⁵ J. Mouly, *op. cit.*

¹⁵⁷⁶ C. trav., art. L. 2254-1.

¹⁵⁷⁷ Cass. soc. 29 mai 2001, *Dr. social*, 2001, note G. Borenfreund.

syndicats signataires et syndicats non-signataires de ces accords. Un salarié pouvant se voir appliquer plusieurs conventions collectives, de niveaux géographiques et professionnels divers, il est apparu logique qu'un syndicat d'entreprise puisse exiger au bénéfice de ses membres l'application d'un texte conclu à un niveau supérieur où il n'est pas présent. Quand bien même le syndicat aurait délibérément refusé de signer un accord, il ne saurait être privé du droit de demander son application. Dans ce cadre, il peut se substituer à l'un de ses membres¹⁵⁷⁸ pour exercer une action devant le Conseil de prud'hommes¹⁵⁷⁹ née des manquement à la convention collective applicable.

526. La Loi du 26 juillet 1957 a créé une deuxième action de substitution au profit des travailleurs à domicile¹⁵⁸⁰ autorisant les syndicats¹⁵⁸¹ à exercer toute action civile¹⁵⁸², fondée sur l'inobservation des règles relatives à ces salariés¹⁵⁸³, sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé. Cette action a été toutefois restreinte puisque le syndicat ne peut agir dans ce cadre qu'en faveur d'un de ses membres¹⁵⁸⁴. Ce dernier doit avoir été averti et ne pas s'être opposé à l'action à laquelle il peut toujours intervenir¹⁵⁸⁵. La condition d'adhésion syndicale s'applique à regret puisque les salariés de ce secteur d'activité sont par nature éloignés du lieu de travail sur lequel sont constituées les sections syndicales. Cet isolement freine leur syndicalisation, pourtant essentielle à l'exercice de l'action en substitution, laquelle est censée « *mieux permettre la défense des salariés des entreprises sans représentation syndicale qui restent trop souvent isolés face à leur employeur* »¹⁵⁸⁶. Le juge reste toutefois peu exigeant concernant la condition d'appartenance syndicale. La Cour de cassation a considéré que cette condition était satisfaite à partir du moment où l'entreprise ne l'avait pas contestée devant le juge du fond et que les salariés en question

¹⁵⁷⁸ Pour exercer une telle action, le syndicat doit désigner ou fournir les éléments permettant de déterminer ceux de ses membres au nom desquels il entend agir (Cass. soc., 19 décembre 1978, n°77-40.826, Cah. prud'h. 1979, p. 82.).

¹⁵⁷⁹ Cass. soc., 12 octobre 2016, n°15-18.192.

¹⁵⁸⁰ C. trav., art. L. 721-19 ancien.

¹⁵⁸¹ Les syndicats sont ici entendus comme ceux habilités à agir en intervention au sens de l'article L. 2132-3 du Code du travail

¹⁵⁸² C. trav., art. L. 7411-1 à L. 7424-4.

¹⁵⁸³ C. trav., art. L. 7423-2.

¹⁵⁸⁴ Le Code du travail n'exige pas d'ancienneté d'appartenance au syndicat minimum. Une simple adhésion remplit la condition exigée.

¹⁵⁸⁵ Le Code du travail n'exige pas de conditions forme et de fond spécifiques d'information.

¹⁵⁸⁶ A. Philbert et J. Morville, « Licenciement pour motif économique : les incidences de la loi du 2 août 1989 », *CSBP*, n° spécial août-septembre 1989, p. 20.

avaient comparu à l'audience de conciliation aux côtés du représentant syndical¹⁵⁸⁷. L'adhésion syndicale est donc présumée en l'absence de contestation par l'employeur. L'association des salariés à la conduite de l'instance suffit à justifier leur adhésion au syndicat¹⁵⁸⁸.

527. À partir des années 1980, la ponctualité qui marquait la création de l'action en substitution a laissé place à une multiplication de ses motifs de recours. Le législateur a étendu le bénéfice de cet outil à tout salarié, même non adhérent au syndicat à l'origine de l'action. La titularité de l'action a de plus été étendue de manière générale aux seuls syndicats représentatifs, sauf exceptions. Cette multiplication de l'action en substitution a été réalisée dans un souci de protections de travailleurs considérés comme « *particulièrement vulnérables* »¹⁵⁸⁹ tels que les travailleurs étrangers¹⁵⁹⁰, les travailleurs temporaires¹⁵⁹¹ ou sous contrat à durée déterminée¹⁵⁹², les victimes de discriminations sexistes¹⁵⁹³, les salariés relevant de groupements d'employeurs¹⁵⁹⁴, les salariés licenciés pour motif économique¹⁵⁹⁵, les salariés faisant l'objet d'un marchandage¹⁵⁹⁶, victimes d'un harcèlement sexuel¹⁵⁹⁷ ou moral et enfin les victimes de discriminations¹⁵⁹⁸.

¹⁵⁸⁷ Cass. soc., 16 novembre 1977, Bull. V n°622 p. 496.

¹⁵⁸⁸ A. Supiot, « *Les juridictions du travail* », Paris, Dalloz, 1987, p. 491.

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 487.

¹⁵⁹⁰ C. trav., art. L. 341-6-2 ancien, issu de la loi n°81-941 du 17 octobre 1981 modifiant diverses dispositions du Code du travail relatives à l'emploi de travailleurs étrangers en situation irrégulière.

¹⁵⁹¹ C. trav., art. L. 124-20 ancien, issu de l'ordonnance n°82-131 du 5 février 1982 modifiant les dispositions du Code du travail relatives au travail temporaire, modifié par la loi n°90-613 du 12 juillet 1990 favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires.

¹⁵⁹² C. trav., art. L. 122-3-16 ancien, issu de l'ordonnance n°82-131 du 5 février 1982, modifié par la loi n°90-613 du 12 juillet 1990, préc.

¹⁵⁹³ C. trav., art. L. 123-6 ancien, issu de la loi n°83-635 du 13 juillet 1983 portant modification du Code du travail et du Code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, dite « *loi Roudy* », puis modifié par la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

¹⁵⁹⁴ C. trav., art. L. 127-6 ancien, issu de la loi n°85-772 du 25 juillet 1985, préc.

¹⁵⁹⁵ C. trav., art. L. 321-15 ancien, issu de la loi n°89-549 du 2 août 1989 modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la reconversion.

¹⁵⁹⁶ C. trav., art. L. 125-3-1 ancien, issu de la loi n°90-613 du 12 juillet 1990, préc.

¹⁵⁹⁷ C. trav., art. L. 123-6 al. 3 ancien, issu de la loi n°92-1179 du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail et modifiant le Code du travail et le Code de procédure pénale, supprimé par la loi du n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale et remplacé par l'art. L. 122-53 ancien.

¹⁵⁹⁸ C. trav., art. L. 122-53 ancien, issu de la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002, préc.

528. Simultanément à leur accroissement, le régime des actions de substitution a été précisé. Le décret du 11 octobre 1989¹⁵⁹⁹ a fixé les conditions d'exercice de l'action engagée en faveur des salariés victimes d'un licenciement pour motif économique¹⁶⁰⁰. Le décret du 26 avril 1991¹⁶⁰¹ en a fait de même s'agissant des actions en substitution des salariés victimes de marchandage¹⁶⁰², des salariés temporaires¹⁶⁰³ ou sous contrat à durée déterminée¹⁶⁰⁴, en se calquant intégralement sur le décret de 1989. Ces modalités n'étaient pas précisées pour les premières actions de substitution. Les actions créées plus récemment revêtent alors des conditions d'exercice différentes, ce qui ébranle la logique de ce mécanisme judiciaire. De plus, les modalités de certaines actions ont été modifiées suite à leur création. L'action au bénéfice d'un salarié victime de harcèlement sexuel ou moral est aujourd'hui subordonnée à l'accord exprès de l'intéressé¹⁶⁰⁵. Pourtant, le législateur n'exigeait jusque là qu'une acceptation tacite de la part du salarié. L'action exercée en matière de discrimination ne relève plus du monopole des syndicats. Ces derniers sont désormais concurrencés par les « *associations régulièrement constituées depuis cinq ans au moins pour la lutte contre les discriminations* »¹⁶⁰⁶. Enfin, l'exigence de précision a été assouplie et les dernières actions instaurées souffrent, au même titre que les premières, de certaines carences quant à leurs contours et modalités d'exercice¹⁶⁰⁷.

529. S'il est possible de qualifier la multiplication des actions en substitution de salubre, en ce qu'elle permet la protection de nombreux salariés, son bénéfice n'est toutefois pas généralisé à l'ensemble des litiges. Il est restreint à certains motifs de recours. En outre, au lieu de consacrer un régime unique de l'action en substitution, le législateur a préféré multiplier ses bénéficiaires avec pour chacun un régime juridique différent, ce qui a pour conséquence de complexifier sa mise en œuvre. Il existe autant de régimes différents qu'il existe d'actions en

¹⁵⁹⁹ Décret n°89-732 du 11 octobre 1989 modifiant les livres I, II, III et IV du Code du travail (2ème partie: décrets en conseil d'Etat) et relatifs aux procédures de licenciements.

¹⁶⁰⁰ C. trav., art. R. 321-9 ancien.

¹⁶⁰¹ Décret n°91-415 du 26 avril 1991 portant modification de certaines dispositions du code du travail relatives au contrat à durée déterminée, au travail temporaire et au marchandage.

¹⁶⁰² C. trav., art. R. 125-2 ancien.

¹⁶⁰³ C. trav., art. R. 124-28 ancien.

¹⁶⁰⁴ C. trav., art. R. 122-1 ancien.

¹⁶⁰⁵ L'article L. 1154-2 du Code du travail exige « *un accord écrit de l'intéressé* ».

¹⁶⁰⁶ C. trav., art. L. 1134-3.

¹⁶⁰⁷ Même si le législateur est venu, dans l'article L. 122-45-1 ancien du Code du travail, déterminer précisément la forme à respecter dans le cadre de l'information du salarié de l'engagement de l'action ainsi que du délai durant lequel le salarié peut faire part de son opposition à l'action.

substitution, chacun réglementé de manière plus ou moins large, ou stricte. Les syndicats de l'entreprise doivent pour lancer une telle action être impérativement représentatifs à leur niveau sauf en matière de manquement à la convention collective applicable¹⁶⁰⁸ et aux règles relatives aux travailleurs à domicile¹⁶⁰⁹. Dans ce dernier cas de figure, le syndicat ne peut toutefois agir qu'au civil¹⁶¹⁰. Dans les deux cas, le salarié dont l'action est substituée doit être membre du syndicat. La procédure d'information varie également d'un cas à l'autre. Mise à part en matière de harcèlement sexuel et moral et travailleurs étrangers¹⁶¹¹, l'acteur syndical doit obligatoirement et préalablement avoir informé le salarié de l'action. Cette obligation d'information peut prendre la forme d'un simple avertissement¹⁶¹², d'un écrit simple¹⁶¹³ ou d'une lettre recommandée avec avis de réception contenant des mentions obligatoires¹⁶¹⁴. L'accord du salarié peut être tacite à défaut d'opposition¹⁶¹⁵, tacite en l'absence d'opposition sous quinze jours¹⁶¹⁶ ou obligatoirement écrit¹⁶¹⁷. Il peut également être obligé d'informer l'employeur en matière de licenciement pour motif

¹⁶⁰⁸ C. trav., art. L. 2262-9: « *Les organisations ou groupements ayant la capacité d'agir en justice, dont les membres sont liés par une convention ou un accord, peuvent exercer toutes les actions en justice qui en résultent en faveur de leurs membres, sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, pourvu que celui-ci ait été averti et n'ait pas déclaré s'y opposer.* »

¹⁶⁰⁹ C. trav., art. L. 7423-2.

¹⁶¹⁰ *Ibid.*

¹⁶¹¹ Dans ces deux cas, les articles L. 1154-2 et L. 8255-1 ne mentionnent ni ne précisent une quelconque procédure d'information. Il est donc possible d'en déduire qu'il n'y a pas d'obligation d'informer le salarié de l'action.

¹⁶¹² En matière de groupement d'employeurs (C. trav., art. L. 1253-16), de convention collective (C. trav., art. L. 2262-9), de travailleurs à domicile (C. trav., art. L. 7423-2) ou de salariés détachés (C. trav., art. D. 1265-1).

¹⁶¹³ En matière de discrimination (C. trav., art. L. 1134-2) et d'égalité de rémunération (C. trav., art. L. 1144-2).

¹⁶¹⁴ En matière de licenciement économique (C. trav., art. D. 1235-18), travailleurs en CDD (C. trav., art. D. 1247-1), travailleurs temporaires (C. trav., art. D. 1251-32), marchandage (C. trav., art. D. 8233-1) et prêt de main d'œuvre illicite (C. trav., art. R. 8242-1).

¹⁶¹⁵ En matière de groupement d'employeurs (C. trav., art. L. 1253-16), conventions collectives (C. trav., art. L. 2262-9), travailleurs à domicile (C. trav., art. L. 7423-2) et travailleurs étrangers (C. trav., art. 8255-1).

¹⁶¹⁶ En matière de discrimination (C. trav., art. L. 1134-2), d'égalité de rémunération (C. trav., art. L. 1144-2), de licenciement pour motif économique (C. trav., art. L. 1235-8 et D. 1235-20), de travailleurs en contrat à durée déterminée (C. trav., art. D. 1247-2), de travailleurs temporaires (C. trav., art. D. 1251-33), de marchandage (C. trav., art. D. 8233-2), de prêt de main d'œuvre illicite (C. trav., art. R. 8242-2), de salariés détachés (C. trav., art. D. 1265-1), et de salariés victime de travail dissimulé (C. trav., art. D. 8233-1).

¹⁶¹⁷ En matière de harcèlement sexuel et moral (C. trav., art. L. 1154-2).

économique¹⁶¹⁸. Le salarié conserve toujours la capacité d'intervenir à l'instance et peut même dans ce cas y mettre un terme¹⁶¹⁹.

530. Cette hétérogénéité met à mal « *l'unité conceptuelle* » de l'action en substitution¹⁶²⁰ et rend son exercice complexe. Ce n'est pas pour rien si l'action en substitution, pourtant salubre à bien des égards, reste peu utilisée.

2. *La limitation des motifs de recours pour l'acteur syndical de l'entreprise*

531. Contrairement à l'action dans l'intérêt collectif de la profession¹⁶²¹ ou, plus généralement, l'assistance et la représentation du salarié devant le Conseil de prud'hommes¹⁶²², aux titres desquelles tout syndicat peut agir, l'exercice de l'action de substitution constitue en grande majorité l'apanage des syndicats représentatifs. De ce fait, elle a pu être qualifiée de procédé anti-démocratique et perçue comme un outil d'emprise sur les salariés¹⁶²³. En réalité, l'exigence de représentativité donne un certain poids à la défense des intérêts des salariés devant le juge et dissuade l'employeur de recourir à des mesures de rétorsion en réplique à une telle défiance.

532. Sur quatorze actions en substitution possibles, douze sont ouvertes aux syndicats représentatifs¹⁶²⁴. Néanmoins, pour certaines actions, le législateur s'est contenté de mentionner « *les organisations syndicales représentatives* » sans toutefois préciser le niveau de négociation.

¹⁶¹⁸ C. trav., art. L. 1235-8 et D. 1235-18.

¹⁶¹⁹ En matière de harcèlement sexuel et moral (C. trav., art. L. 1154-2), de licenciement pour motif économique (C. trav., art. D. 1235-19), de travailleurs en contrat à durée déterminée (C. trav., art. L. 1247-1), de travailleurs temporaires (C. trav., art. L. 1251-59), de marchandage (C. trav., art. L. 8233-1), de prêt de main d'œuvre illicite (C. trav., art. L. 8242-1), de salariés détachés (C. trav., art. L. 1265-1), de salariés victimes de travail dissimulé (C. trav., art. L. 8223-4).

¹⁶²⁰ F. Petit, préc.

¹⁶²¹ Cass. crim., 22 novembre 1977, n°76-93.162, Bull. crim., n°362.

¹⁶²² C. trav., art. R. 1453-2 1°.

¹⁶²³ N. Olszak, *Mouvement ouvrier et système judiciaire (1830-1950)*, Thèse de doctorat, Histoire du droit et des institutions, Université Strasbourg 3, 1987, p. 197 et s.

¹⁶²⁴ Discriminations (C. trav., art. L. 1134-2), égalité de rémunération (C. trav., art. L. 1144-2), harcèlement sexuel et moral (C. trav., art. L. 1154-2), licenciement pour motif économique (C. trav., art. L. 1235-8), travailleurs en contrat à durée déterminée (C. trav., art. L. 1247-1), travailleurs temporaires (C. trav., art. L. 1251-59), groupement d'employeurs (C. trav., art. L. 1253-16), marchandage (C. trav., art. L. 8233-1), prêt de main d'œuvre illicite (C. trav., art. L. 8242-1), travailleurs étrangers (C. trav., art. L. 8255-1), salariés détachés (C. trav., art. L. 1265-1), salariés victimes de travail dissimulé (C. trav., art. L. 8223-4).

C'est le cas pour les actions en matière de licenciement pour motif économique¹⁶²⁵, travail temporaire¹⁶²⁶, marchandage¹⁶²⁷, prêt de main d'œuvre illicite¹⁶²⁸, travailleurs étrangers¹⁶²⁹, salariés détachés¹⁶³⁰, salariés victimes de travail dissimulé¹⁶³¹. En l'absence de précision, il aurait été possible de considérer l'action ouverte à tous les syndicats représentatifs, à chaque niveau de négociation.

533. Pour autant, pour certains motifs, le Code du travail prend le soin de préciser les niveaux de négociation dans lesquels le syndicat représentatif peut agir. C'est le cas notamment en matière de discrimination¹⁶³² et d'égalité de rémunération¹⁶³³. Le Code conditionne de plus certaines actions aux seules « *organisations syndicales représentatives dans l'entreprise* » en matière de harcèlement sexuel et moral¹⁶³⁴, de travailleurs en contrat à durée déterminée¹⁶³⁵. En conséquence, lorsque l'action n'est ouverte qu'aux « *organisations représentatives* », il faut considérer que le syndicat d'entreprise en est privé. En conséquence, sur quatorze actions de substitution, l'acteur syndical de l'entreprise ne peut s'en prévaloir que de cinq¹⁶³⁶. Il est seulement habilité à agir en matière de discriminations¹⁶³⁷, d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes¹⁶³⁸, de harcèlement sexuel et moral¹⁶³⁹, de travailleurs en contrat à durée déterminée¹⁶⁴⁰ et de groupement d'employeurs¹⁶⁴¹. Cette faculté d'action de substitution du syndicat d'entreprise est donc résiduelle. Il en est privé dans des domaines pour lesquels il aurait

¹⁶²⁵ C. trav., art. L. 1235-8.

¹⁶²⁶ C. trav., art. L. 1251-59.

¹⁶²⁷ C. trav., art. L. 8233-1.

¹⁶²⁸ C. trav., art. L. 8242-1.

¹⁶²⁹ C. trav., art. L. 8255-1.

¹⁶³⁰ C. trav., art. L. 1265-1.

¹⁶³¹ C. trav., art. L. 8223-4.

¹⁶³² C. trav., art. L. 1134-2.

¹⁶³³ C. trav., art., L. 1144-2.

¹⁶³⁴ C. trav., art. L. 1154-2.

¹⁶³⁵ C. trav., art. L. 1247-1.

¹⁶³⁶ Ou six, si il est considéré qu'il peut agir dans le respect des conventions collectives.

¹⁶³⁷ C. trav., art. L. 1134-2.

¹⁶³⁸ C. trav., art. L. 1144-2.

¹⁶³⁹ C. trav., art. L. 1154-2.

¹⁶⁴⁰ C. trav., art. L. 1247-1.

¹⁶⁴¹ C. trav., art. L. 1253-16. Pour cette dernière action, l'acteur syndical de l'entreprise ne peut en outre agir qu'en matière civile.

pourtant une légitimité naturelle à intervenir, notamment en cas de licenciement pour motif économique ou encore en cas de délit de travail dissimulé.

534. Les cinq actions en substitution ouvertes aux syndicats dans l'entreprise sont en outre limitées aux seuls syndicats représentatifs à ce niveau¹⁶⁴². L'acteur syndical non représentatif dans l'entreprise ne peut donc pas agir en substitution. Dans les entreprises dépourvues d'organisations représentatives, les salariés sont tout bonnement privés du bénéfice de l'action en substitution, à moins qu'un syndicat d'un niveau supérieur s'en prévale. Cette action judiciaire a été mécaniquement affectée par la loi du 20 août 2008¹⁶⁴³ qui a contraint toutes les organisations syndicales à désormais démontrer et remettre en cause leur représentativité de manière régulière¹⁶⁴⁴.

535. L'action en substitution pâtit en outre de limites procédurales.

B. Les limites procédurales de l'action en substitution

536. L'action de substitution dispose de conditions de mises en œuvres restrictives (1). De plus le nom du salarié substitué doit obligatoirement figurer dans l'acte introductif d'instance (2), ce qui ne le protège pas de toute rétorsion patronale.

1. Des conditions de mise en œuvre restrictives

537. Les cinq actions de substitution ouvertes à l'acteur syndical représentatif dans l'entreprise, obéissent à des conditions de mise en œuvre plutôt restrictives. Si en matière de discrimination et d'égalité de rémunération, le syndicat doit simplement informer le salarié par écrit de son intention d'agir en substitution, il doit en revanche, concernant les travailleurs en CDD, informer le salarié par lettre recommandée avec un avis de réception qui indique, outre la nature et l'objet de l'action envisagée, des mention bien spécifiques¹⁶⁴⁵ :

« 1°) Que l'action est conduite par l'organisation syndicale qui peut exercer elle-même les voies de recours contre le jugement ;

¹⁶⁴² L'établissement n'est d'ailleurs jamais mentionné en matière. Une interprétation restrictive de la notion d'entreprise, excluant l'établissement, viendrait réduire de façon conséquente les bénéficiaires de cette action en substitution.

¹⁶⁴³ Loi n°2008-789 du 20 août 2008, préc.

¹⁶⁴⁴ Cf. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁶⁴⁵ C. trav., art. D. 1247-1.

2°) *Que le salarié peut, à tout moment, intervenir dans l'instance engagée par l'organisation syndicale ou mettre un terme à cette action ;*

3°) *Que le salarié peut faire connaître à l'organisation syndicale son opposition à l'action envisagée dans un délai de quinze jours à compter de la date de réception. »*

538. Dans ce même cas, le syndicat doit en plus avertir l'employeur de l'action de substitution. S'agissant de l'autorisation du salarié, seule l'action en matière de groupements d'employeurs ne requiert qu'un accord tacite en l'absence d'opposition. Les actions en discrimination, égalité de rémunération et travailleurs en CDD nécessitent un accord tacite en l'absence d'opposition sous quinze jours. L'action en matière de harcèlement sexuel et moral exige quant à elle un accord obligatoirement écrit. Dans tous les cas, le salarié peut intervenir à l'instance. En matière de harcèlement sexuel et moral¹⁶⁴⁶ et de travailleurs en contrat à durée déterminée, le salarié peut mettre fin à l'instance. Si l'intervention du salarié n'est pas préjudiciable à l'action du syndicat, l'interruption de l'instance par ce dernier l'est énormément.

2. L'absence d'anonymat du salarié substitué

539. Le syndicat agissant en substitution est contraint de préciser le nom du salarié auquel il entend se substituer, et ce dès l'introduction de l'instance¹⁶⁴⁷, ce qui ne protège pas ce dernier de toute rétorsion patronale. Originellement¹⁶⁴⁸, la jurisprudence acceptait que l'action en substitution, alors prévue à l'article 31 t du Livre Premier du Code du travail, soit menée sans que les noms des salariés concernés n'apparaissent dans l'acte introductif d'instance. Le caractère collectif de l'application de la convention collective, sa limitation aux seuls adhérents et l'absence de mandat du salarié pour agir en justice¹⁶⁴⁹, justifiaient l'anonymisation de l'action en substitution. Toutefois, et de manière assez rare, l'employeur pouvait s'opposer à cette action « *abstraite* »¹⁶⁵⁰ et l'instance se poursuivait en mentionnant précisément les demandes de chaque membre du syndicat. Cette pratique évitait aux salariés encore en poste dans l'entreprise de

¹⁶⁴⁶ C. trav., art. L. 1154-2 et L. 1247-1.

¹⁶⁴⁷ J. Simon, C. Foulon, A. Ferrer, « Faut-il introduire l'action de groupe en droit du travail ? », *RDT*, 2012, p. 603.

¹⁶⁴⁸ Cass., 1^{er} mai 1923, « *Mines de Carmaux* », cité par M. Henry, « L'action syndicale en exécution des conventions collectives », *Dr. ouvrier*, 2007, p. 112.

¹⁶⁴⁹ Cass. soc. 17 avril 1953, *Dr. social*, 1953, p. 407, Bull. IV n°292 p. 215 : « *En n'exigeant aucun mandat formel pour permettre au groupement d'introduire l'action, l'art, susvisé a, par cela même, exclu l'obligation d'indiquer expressément et d'énumérer dans l'assignation les ouvriers dans l'intérêt desquels la demande est formée* ».

¹⁶⁵⁰ P. Durand, R. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, préc., p. 604.

s'exposer à d'éventuelles représailles patronales. Les demandes des salariés ne résidaient principalement pas dans l'octroi de dommages et intérêts en réparation du préjudice né de la violation de la convention collective mais davantage dans le souci de la bonne application du texte conventionnel pour l'avenir, dans l'intérêt de tous les salariés. Le choix de l'action en substitution était enfin stratégique pour les syndicats. En cas de non-respect d'un texte conventionnel, les syndicats privilégiaient le mécanisme de l'action en substitution plutôt que leur action personnelle afin que l'affaire soit portée devant le Conseil de prud'hommes, plus démocratique et plus proche du terrain que le Tribunal de grande instance.

540. La Cour de cassation¹⁶⁵¹ a mis un terme à cette pratique judiciaire en considérant comme nécessaire l'identification du salarié dont le droit d'ester en justice est exercé par le syndicat. L'action de substitution doit forcément faire connaître les noms des salariés concernées, qui doivent être « *identifiés ou identifiables* »¹⁶⁵². La Cour de cassation s'est alors conformée à la conception de l'époque selon laquelle la substitution devait être considérée comme une action en représentation¹⁶⁵³. Elle est présentée comme l'exercice syndical d'une action salariale. Le syndicat se contente d'exercer au nom des salariés des droits dont ils sont les titulaires individuels¹⁶⁵⁴. En conséquence, l'action étant menée au nom et pour le compte d'autrui, le nom du salarié concerné doit forcément être mentionné. Cette carence de l'action en substitution a d'ailleurs fortement influencé la création de l'action de groupe en droit du travail¹⁶⁵⁵ par la Loi du 18 novembre 2016¹⁶⁵⁶. Celle-ci souffre également de limites non négligeables.

¹⁶⁵¹ Cass. soc. 3 novembre 1972, Bull. V n°595 p. 541.

¹⁶⁵² Cass. soc. 17 décembre 1980, Bull. V n°915 p. 677 ; Cass. soc. 20 juin 1990, *RJS*, 8-9/90, n°710 p. 478.

¹⁶⁵³ Par exemple, H. Capitant et P. Cuche, *op. cit.*, p. 139 ; G. Bry « *Les lois du travail industriel et de la prévoyance sociale* », Paris, Sirey, 1921, p. 351 : « *C'est une exception notable aux principes ordinaires, qui refusent aux syndicats la faculté d'intenter, sauf mandat spécial exprès, les actions personnelles de leurs membres. On l'a jugée nécessaire, soit pour mieux garantir les droits des individus, soit pour éviter le retour à des controverses antérieures sur la recevabilité de l'action syndicale* ».

¹⁶⁵⁴ V. Cass. soc., 2 mars 1960, Bull. IV n°247 p. 195, *Dr. social* ; 1960, p. 550 obs. J. Savatier : « *Qu'en statuant ainsi, alors que si les syndicats n'avaient pas à justifier d'un mandat pour exercer les actions nées d'un accord collectif en faveur de ceux de leurs membres qui, avertis, n'avaient pas déclaré s'y opposer et auxquels restait toujours réservée la possibilité d'intervenir à l'instance ainsi introduite, ils n'en exerçaient pas moins les actions individuelles desdits membres, et que ceux-ci ne pouvaient dès lors, sans litispendance en introduire de nouvelles aux mêmes fins* ».

¹⁶⁵⁵ M. Keller Lyon-Caen, « Le déplacement vers le tribunal de grande instance de l'action syndicale au bénéfice des salariés », *Dr. ouvrier*, 2012, p. 471.

¹⁶⁵⁶ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016, préc., art. 87.

Section 2. Les limites de l'action de groupe

541. Si l'action de groupe revêt une efficacité certaine, les motifs pour lesquels elle peut être empruntée sont limités (A). Sa mise en œuvre doit de plus respecter une procédure complexe (B).

A. La limitation du recours à un seul motif

542. Inspirée de la « *class action* » anglo-saxonne, l'action de groupe permet d'agir « *devant une juridiction civile* »¹⁶⁵⁷ afin de faire sanctionner une mesure discriminatoire directe ou indirecte dirigée à l'encontre de plusieurs candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou plusieurs salariés, fondée sur un motif prohibé et imputable à un même employeur (origine, sexe, âge, grossesse, activités syndicales, convictions religieuses, apparence physique)¹⁶⁵⁸. La loi prévoit que ne peuvent être réparés que les préjudices nés après la réception de la demande de faire cesser le manquement. Cependant, lorsque l'action concerne les discriminations visant les candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation, la réparation de l'entier préjudice est possible¹⁶⁵⁹. L'action tendant à la réparation des préjudices se déroule en plusieurs temps à compter de la reconnaissance de la responsabilité de l'employeur. Tout d'abord, le juge doit définir le groupe de personnes discriminées en fixant les critères de rattachement au groupe. Il doit également définir les préjudices susceptibles d'être réparés¹⁶⁶⁰. Il fixe enfin le délai dans lequel les personnes répondant aux critères de rattachement peuvent adhérer au groupe pour obtenir la réparation de leur préjudice¹⁶⁶¹. Des mesures de publicité doivent être ordonnées afin que les personnes concernées puissent avoir connaissance de la décision de reconnaissance de la discrimination et de l'indemnisation possible¹⁶⁶². Ensuite, chaque

¹⁶⁵⁷ La loi se contente d'évoquer le juge judiciaire sans plus de précision quant au tribunal matériellement compétent pour connaître des actions de groupe en matière de discrimination. Cependant, l'article L. 1134-10 du Code du travail précise que le Tribunal de grande instance (TGI) est compétent pour connaître des situations dans lesquelles les demandes d'indemnisation n'auront pas été satisfaites. Il est également précisé que le juge ayant statué sur la responsabilité connaît des situations où la demande d'indemnisation n'est pas satisfaite. C'est donc le même juge qui traite de la responsabilité et de ses conséquences. Il est possible d'en déduire que le TGI est seul compétent.

¹⁶⁵⁸ C. trav., art. L. 1134-7.

¹⁶⁵⁹ C. trav., art. L. 1134-8.

¹⁶⁶⁰ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016, art. 66. al. 1.

¹⁶⁶¹ *Ibid.*, al. 2.

¹⁶⁶² *Ibid.*, art. 67.

personne concernée peut décider de rejoindre le groupe. Pour cela, elle doit adresser une demande de réparation soit directement à l'employeur, soit au syndicat demandeur à l'action¹⁶⁶³. Enfin, si la demande de réparation d'un salarié n'est pas satisfaite, celui-ci a la possibilité de saisir le Tribunal de grande instance afin d'obtenir cette réparation¹⁶⁶⁴.

543. L'action de groupe est donc limitée à un seul domaine, celui des discriminations. Sa procédure est de plus complexe et rend sa mise en œuvre difficile.

B. La complexité procédurale de l'action de groupe

544. Évincés lors des travaux parlementaires, les syndicats professionnels se sont vus finalement reconnaître la capacité de mener une action de groupe en matière de discrimination, même lorsque la discrimination les concerne directement puisqu'elle repose, de près ou de loin, sur l'exercice de la liberté syndicale par leurs adhérents. L'action de groupe n'est pas ouverte à tous les syndicats mais est réservée aux seuls syndicats représentatifs dans l'entreprise. Sa mise en œuvre doit en outre respecter une phase précontentieuse, strictement définie, permettant à l'employeur de préparer sa défense en amont et de faire cesser la discrimination alléguée pour éviter *in fine* un jugement en sa défaveur. Préalablement à l'introduction de l'action judiciaire, l'organisation syndicale représentative doit mettre en demeure l'employeur de faire cesser la situation de discrimination alléguée¹⁶⁶⁵. Cette demande peut se faire par tout moyen lui conférant une date certaine. À cette occasion l'employeur doit recevoir l'ensemble des éléments permettant au syndicat de soutenir qu'il existe bien une discrimination. Ce dernier doit par conséquent être en mesure de fournir toutes les données utiles faisant état d'une discrimination à l'employeur, lequel peut en conséquence préparer avant même la saisine du Tribunal de grande instance ses éléments de défense.

545. Dans un délai d'un mois à compter de la réception de la mise en demeure, l'employeur doit informer le CSE et les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. Si l'un de ces derniers le demande, une discussion doit s'engager avec l'employeur sur les mesures permettant de faire cesser la situation de discrimination collective alléguée¹⁶⁶⁶. C'est seulement à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la demande tendant à faire cesser la situation de discrimination, ou à compter de la notification par l'employeur du rejet de la

¹⁶⁶³ *Ibid.*, art. 69.

¹⁶⁶⁴ C. trav., art. L. 1134-10.

¹⁶⁶⁵ C. trav., art. L. 1134-9 al. 1.

¹⁶⁶⁶ *Ibid.*, al. 2.

demande, que l'action de groupe peut être engagée¹⁶⁶⁷. Si le juge constate l'existence d'une discrimination collective, il enjoint à l'employeur de la faire cesser et de prendre toutes les mesures utiles à cette fin, dans un délai qu'il fixe. Ce n'est qu'à la suite de la saisine du juge que se fait la configuration et l'adhésion au groupe, en indiquant notamment aux salariés jusqu'à quelle date ils peuvent y adhérer. En cas de condamnation de l'employeur, l'article L. 1134-10 du Code du travail précise tout de même que la liquidation relève de la procédure individuelle. Ainsi, au sein du groupe, chaque membre doit adresser directement ses demandes à l'employeur ou au syndicat. L'employeur déclaré responsable doit procéder à l'indemnisation individuelle des membres du groupe.

546. La rigueur de la procédure de l'action de groupe est susceptible de dissuader son déclenchement par un syndicat représentatif, si toutefois il en existe un dans l'entreprise. Dans le cas contraire, les salariés de l'entreprise concernée sont tout bonnement privés du bénéfice d'une telle action, à moins de faire appel à une association ou un syndicat de niveau supérieur. En outre, la phase précontentieuse permet à l'employeur, auteur d'une discrimination, de connaître les éléments de preuve transmis par le syndicat. Il peut ainsi, avant même la saisine du juge, préparer une hypothétique défense. Enfin, cette phase laisse la faculté à l'employeur de faire cesser une discrimination qu'il a commise, sans en répondre devant une juridiction.

547. Si l'action de groupe et l'action en substitution souffrent de certaines carences, l'acteur syndical de l'entreprise peut toujours agir dans l'intérêt collectif de la profession ou bien assister ou représenter un salarié. Contrairement aux deux précédentes, ces actions sont ouvertes à tous les acteurs syndicaux dans l'entreprise, même les organisations non représentatives. Ainsi, devant le Conseil de prud'hommes, un délégué syndical, représentant de section syndicale, représentant syndical au CSE, ou bien même un salarié syndiqué sans mandat, peut être amené à assister ou représenter un salarié devant la juridiction prud'homale, en tant que simple collègue ou en qualité que défenseur syndical¹⁶⁶⁸. Le représentant, doit alors justifier d'un pouvoir spécial de la part du salarié. Devant le Bureau de conciliation et d'orientation, l'écrit doit autoriser l'acteur syndical à concilier au nom et pour le compte du salarié ainsi qu'à prendre part aux mesures d'orientation¹⁶⁶⁹.

¹⁶⁶⁷ *Ibid.*, al. 3.

¹⁶⁶⁸ C. trav., art. R. 1453-2 al. 1.

¹⁶⁶⁹ *Ibid.*, al. 3.

548. Devant toute juridiction, l'acteur peut en outre agir en défense de l'intérêt collectif de la profession¹⁶⁷⁰. Cette action transcende l'intérêt individuel et le syndicat défend, via cet outil, la collectivité professionnelle toute entière¹⁶⁷¹. Les syndicats ont qualité pour agir dans l'intérêt collectif qu'ils soient ou non représentatifs¹⁶⁷². Par ailleurs, l'intérêt à agir d'un syndicat n'est pas subordonné à la démonstration préalable par celui-ci du bien-fondé de son action¹⁶⁷³. Enfin, il peut agir devant les juges d'appel pour leur soumettre un litige déjà porté par un salarié devant les juges du fond, dès lors que le non-respect de certaines dispositions légales par l'employeur cause un préjudice à la profession dont il défend les intérêts. Il ne s'agit alors pas d'un nouveau litige et l'intervention du syndicat en appel est donc recevable¹⁶⁷⁴.

549. L'action dans l'intérêt collectif protège un groupe de personnes susceptibles de tirer un bénéfice commun de l'action menée. Ce groupe est composé de membres qui, faisant fi des individualités, se rassemblent d'après des critères objectifs. D'après la Cour de cassation, il importe peu que la collectivité défendue soit une profession entière. Selon elle, la défense d'un intérêt collectif n'est pas celle de l'intérêt général d'une profession¹⁶⁷⁵ mais celle d'une collectivité de salariés au sein même d'une profession. C'est « *à travers son effet erga omnes que peut être identifiée l'existence d'un intérêt collectif* »¹⁶⁷⁶, et le bénéfice recherché par l'action syndicale peut ne pas concerner toute une profession mais simplement une catégorie de salariés. L'action du syndicat dans l'intérêt collectif de la profession qu'il représente découle de la liberté syndicale consacrée par l'alinéa 6 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 11 de la Déclaration européenne des droits de l'homme et l'article 2 de la Convention OIT n°87¹⁶⁷⁷.

¹⁶⁷⁰ Loi du 12 mars 1920 sur l'extension de la capacité civile des syndicats professionnels - JORF du 2 mars 1920, p. 309. Elle vient légaliser une jurisprudence de la Cour de cassation en 1913 (Cass., Ch. réunies, 5 avril 1913, « *Syndicat national de défense de la viticulture française c. Perreau* », DP 1914.I.65, n. Nast ; S. 1920. I.49, n. Mestre.). C. trav., art. L. 2132-3.

¹⁶⁷¹ L'article L.2132-3 du Code du travail est explicite : « *Les syndicats peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile, concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent* ».

¹⁶⁷² Cass. crim., 22 novembre 1977, n°76-93.162, Bull. crim., n°362.

¹⁶⁷³ Cass. soc., 11 juillet 2000, n°97-43.645, Bull. civ. V, n°275.

¹⁶⁷⁴ Cass. soc., 7 juillet 2004, n°02-40.955, Bull. civ. V, n°202.

¹⁶⁷⁵ V., pour l'irrecevabilité de ces prétentions, CA Paris, 16 novembre 1995, *D.*, 1996, p. 429, note B. Edelman.

¹⁶⁷⁶ G. Borenfreund, « La recevabilité de l'action syndicale en exécution d'une convention collective même non étendue », *RDT*, 2007, p. 536, obs. ss. Cass. soc., 3 mai 2007, n°05-12.340, Bull. civ. V, n°68.

¹⁶⁷⁷ Cass. soc., QPC n°12-27.478 du 5 juin 2013, Bull. civ. V, n° 147.

550. Au titre de l'action dans l'intérêt collectif, un syndicat est autorisé à agir en défense de l'emploi des salariés de l'entreprise¹⁶⁷⁸, en contestation du conditionnement d'une augmentation de salaire, au versement de cotisations salariales à une caisse de retraite¹⁶⁷⁹, en exécution d'une convention ou d'un accord collectif de travail¹⁶⁸⁰, en exécution de dispositions légales (relatives au travail temporaire¹⁶⁸¹, au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert de contrats de travail¹⁶⁸², à la modification de la répartition de la durée de travail¹⁶⁸³), la restriction aux libertés individuelles¹⁶⁸⁴, en matière de sécurité des salariés¹⁶⁸⁵, en cas d'atteinte aux institutions représentatives du personnel (défaut de consultation obligatoire¹⁶⁸⁶, négociation du protocole préélectoral¹⁶⁸⁷ et régularité des élections professionnelles¹⁶⁸⁸, *etc.*) et à chaque fois qu'une mesure individuelle vient remettre en cause un droit collectif. La jurisprudence admet de manière bienveillante la recevabilité de l'action lorsqu'un manquement à une loi d'ordre public destinée à protéger les salariés est commis, que le salarié ait consenti ou non à cette violation¹⁶⁸⁹.

551. Pour autant, la défense d'un intérêt collectif n'est pas la défense de la somme d'intérêts individuels. Ainsi, par exemple, un syndicat ne peut pas demander de contraindre l'employeur à délivrer un décompte individuel précis des heures supplémentaires, avec le montant des sommes dues au titre des cotisations indûment prélevées, année par année¹⁶⁹⁰. Il en va de même concernant la reconnaissance¹⁶⁹¹ ou une rupture conventionnelle¹⁶⁹² d'un contrat de travail.

¹⁶⁷⁸ Cass. soc., 10 janvier 2012, n°09-16.691, Dalloz actualité, 23 février 2012, obs. B. Ines.

¹⁶⁷⁹ Cass. soc., 21 janvier 1997, n°94-19.019, D., 1997. 48.

¹⁶⁸⁰ Cass. soc., 11 juin 2013, n°12-12.818, « *le syndicat Sud PTT 13* », FS-P+B.

¹⁶⁸¹ Cass. soc., 23 mars 2016, n°14-23.276, FP-P+B.

¹⁶⁸² Cass. soc., 09 mars 2016, n°14-11.837, FS-P+B ; Cass. soc., 12 juillet 2017, n°16-10.460, FS-P+B.

¹⁶⁸³ Cass. soc., 21 septembre 2017, n°16-14.282, FS-P+B.

¹⁶⁸⁴ Cass. soc., 03 février 2016, n°14-22.218, F-D (contrôle alcoolémie) ; Cass. crim., 9 février 2016, n°14-87.753, F-P+B (données personnelles).

¹⁶⁸⁵ Cass. crim., 11 novembre 2005, n°05-82.414, F-P+F.

¹⁶⁸⁶ Cass. soc., 24 juin 2008, n°07-11.411, FS-P+B+R ; Cass. soc., 14 décembre 2015, n°14-17.152, F-D.

¹⁶⁸⁷ Cass. soc., 23 septembre 2009, n°08-60.535, FS-P+B+R+I.

¹⁶⁸⁸ Tout syndicat peut en demander la nullité, dès lors qu'il a des adhérents dans l'entreprise peu important qu'il présente ou non des candidats (Cass. soc., 14 décembre 2015, n°15-15.947, F-D ; Cass. soc., 20 septembre 2018, n°17-26.226, F-P+B).

¹⁶⁸⁹ V. sur le travail le dimanche (Cass. soc., 22 janvier 2014, n°12-27778, P+B).

¹⁶⁹⁰ Cass. soc., 7 septembre 2017, FS-P+B, n°16-11.495, v. M. Kebirle, « Syndicat : recevabilité de l'action en défense d'un intérêt collectif », *Dalloz actualité*, 22 septembre 2017.

¹⁶⁹¹ Cass. soc., 23 janvier 2008, n°05-16.492, FP-P+B.

Le syndicat reçoit en effet la qualité pour agir au niveau de l'entité collective et non pas au niveau des individualités qui le composent. S'il agit pour ces individualités, il excède les limites de l'article L. 2132-3 du Code du travail et agit pour autrui sans en avoir reçu l'habilitation. Dans un tel cas, le syndicat perd sa qualité pour agir et l'action est impossible.

Conclusion du Chapitre 2

552. Hors de l'entreprise, l'action judiciaire de l'acteur syndical de l'entreprise souffre de carences non négligeables. L'action de substitution, action attitrée, ne peut être utilisée que dans des cas de recours consacrés de manière exhaustive. Sur douze cas, seulement cinq sont ouverts à l'acteur syndical au sein de l'entreprise, lequel doit en outre nécessairement être représentatif à ce niveau pour en user. De plus, la mise en œuvre de cette action, dont les conditions diffèrent pour chaque cas, doit répondre à des exigences procédurales restrictives. Enfin, l'anonymat du salarié, dont l'action judiciaire est substituée par l'acteur syndical, n'est pas garanti. Or, l'action en substitution est censée défendre les intérêts des salariés devant le juge tout en les préservant des rétorsions patronales. L'action de groupe, dont ne peuvent se prévaloir que les syndicats représentatifs, est quant à elle limitée à un seul motif, celui des discriminations. De plus, sa mise en œuvre est soumise à une procédure complexe et lourde, susceptible de dissuader son recours.

553. Plus globalement, au titre de l'assistance ou de la représentation d'un salarié agissant personnellement, l'acteur syndical est confronté, au même titre que les autres justiciables, au phénomène d'éloignement du juge, lequel se réalise, au civil, au profit des modalités alternatives de règlements des différends, au pénal, par la complexification du déclenchement de la procédure répressive par la partie civile. La procédure prud'homale, marquée par son caractère démocratique et accessible, pâtit en outre d'un processus de professionnalisation.

¹⁶⁹² Cass. soc., 15 janvier 2014, n°12-23.942, FS-P+B.

CONCLUSION DU TITRE 2

554. La marginalisation de l'acteur syndical de l'élaboration de la norme conventionnelle s'accompagne d'une fragilisation de ses prérogatives au sein et hors de l'entreprise. La grande majorité de ces dernières a été instituée par la loi n°68-1179 du 27 décembre 1968 édifiant la section syndicale dans l'entreprise. D'une part, parmi les prérogatives propres à cette dernière, le contenu des communications syndicales empruntant l'intranet ou la messagerie électronique de l'entreprise est susceptible de subir un contrôle *a priori* par l'employeur. Si en matière de format papier, le contrôle des communications s'effectue *a posteriori*, le passage au support numérique a abouti à un inversement du schéma. Se fondant sur des clauses de l'accord collectif organisant l'utilisation des outils numériques ou, plus simplement, par exception d'inexécution, l'employeur peut fermer provisoirement leur accès ou retirer la communication litigieuse. Dans un tel cas, l'acteur syndical doit saisir le juge pour voir ses droits être rétablis et ses communications réintégrées. Cette inversion de la procédure de contrôle en matière numérique caractérise un renforcement non négligeable du contrôle patronal des communications syndicales au sein de l'entreprise.

555. D'autre part, le droit de grève est sérieusement aménagé dans les entreprises de droit privé assurant une mission de service public, conditionné au dépôt d'un préavis collectif par une organisation syndicale représentative et d'un préavis individuel dans les entreprises de transport régulier de voyageurs, terrestres et aériens. Ce droit, dont la titularité est individuelle, constitue une arme redoutable intimement liée à l'histoire syndicale et à son action. Les restrictions que subit le droit de grève portent donc indirectement préjudice à l'action syndicale dans l'entreprise. Toutefois, si ces deux prérogatives ont été fragilisées, les moyens d'action mis à la disposition de l'acteur syndical la fin des années 1960 ont, pour beaucoup d'entre eux, été préservés. En outre, le nombre d'heures de délégation mises à disposition du délégué syndical ou du représentant de section syndicale a été augmenté par la loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels. Hors de l'entreprise, devant le juge, l'action en substitution et l'action de groupe menées par l'acteur syndical de l'entreprise, souffrent de carences non négligeables. Plus globalement, l'acteur syndical doit composer avec un processus d'éloignement du justiciable du juge et de processus de professionnalisation de la procédure prud'homale.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

556. L'affaiblissement de la structure syndicale dans l'entreprise s'accompagne d'une restriction des prérogatives de l'acteur syndical. Cette restriction est moins flagrante concernant les moyens d'action autres que la négociation collective. Tel qu'évoqué dans le Titre 2 de la présente Partie, les outils dont peut se prévaloir ce dernier, à savoir les prérogatives traditionnelles de la section syndicale, le droit de grève ou encore l'action judiciaire, s'ils sont largement perfectibles, n'ont pas été frontalement attaqués par le législateur. Les prérogatives de la section syndicale ont d'ailleurs peu évoluées depuis leur institution pour la majorité d'entre elles. Le droit de grève n'est restreint que pour les entreprises assurant une mission de service public. Pour les autres, le droit de grève est, de manière générale, bien protégé et ne fait pas l'objet d'attaques franches de la part du législateur. En somme, les prérogatives de la section syndicale et le droit de grève ne sont pas directement les cibles de réformes s'inscrivant dans la tendance du droit du travail faisant prévaloir les intérêts patronaux. Il en va de même en matière judiciaire concernant l'action en substitution, l'action de groupe ou l'action en assistance ou représentation. Si ces dernières souffrent de faiblesses non négligeables, elles n'ont pas été la cible de changements législatifs majeurs, quand bien même la procédure prud'homale est quant à elle réformée depuis une dizaine d'année clairement en la faveur de l'employeur. En tout état de cause, si ces prérogatives n'ont pas été réformées précisément dans un tel but, il est légitime de douter que le législateur vienne remédier à leurs carences et défauts.

557. De plus, si ces prérogatives semblent jusque-là avoir été épargnées, ou plutôt, moins écornées, il en est allé autrement concernant la place de l'acteur syndical au sein de la négociation collective. Parallèlement à la décentralisation du droit du travail au sein de l'entreprise, la vocation naturelle de l'acteur syndical à défendre les droits et intérêts des travailleurs par la voie de la négociation collective n'a pas été renforcée, bien au contraire. L'acteur syndical est en effet mis progressivement à l'écart de la production des conventions et accords collectifs, lesquels au niveau de l'entreprise ont acquis une prééminence au sein de l'ordre conventionnel et parfois même sur le contrat de travail. Cette marginalisation de l'acteur syndical se réalise au détriment de la démocratie sociale, des salariés, au profit d'un pouvoir patronal peu limité et vertical. Elle est donc bien plus importante que la restriction, volontaire ou non, de certaines de ses autres prérogatives, puisqu'elle remet directement en jeu le rôle et la place même de l'acteur syndical au sein de l'entreprise.

CONCLUSION GÉNÉRALE

558. Nés en dehors des entreprises et de l'initiative autonome des salariés, les syndicats, officiellement reconnus en 1884, ont forcé les portes de l'entreprise en 1968, pour le meilleur et pour le pire. Si la présence syndicale dans l'entreprise a constitué un événement inédit, un progrès majeur de l'histoire du mouvement social, sa consécration dans le cadre de la légalité républicaine a été à double tranchant. Son activité étant réglementée par le droit du travail, qu'il incarne par ailleurs au sein de l'entreprise, l'acteur syndical a hérité de l'ambivalence intrinsèque à ce dernier. La réversibilité¹⁶⁹³ propre au droit du travail a fait de l'acteur syndical de l'entreprise un instrument de revendication et de protection des intérêts des salariés. En retour, ce dernier a été érigé en une institution intégrée au système capitaliste. Puisqu'il donne aux salariés les outils pour préserver leurs intérêts, l'action de ces derniers ne peut outrepasser le cadre de ce mode de production. Dès sa légalisation par la loi « *Waldeck-Rousseau* », l'institutionnalisation de l'action syndicale et son incorporation au jeu de la démocratie libérale ont considérablement atténué sa vitalité¹⁶⁹⁴. Sa reconnaissance au sein de l'entreprise en a été de même, dans une certaine mesure. Avec du recul, la section syndicale a d'ailleurs pu être considérée¹⁶⁹⁵ comme le point d'ancrage à partir duquel s'est développée le phénomène de décentralisation du droit du travail au sein de l'entreprise.

¹⁶⁹³ G. Lyon-Caen, *Le droit du travail. Une technique réversible*, préc., p. 71.

¹⁶⁹⁴ G. Adam, « L'institutionnalisation des syndicats », *Dr. social*, 1983, p. 597.

¹⁶⁹⁵ « *Tout se passe aujourd'hui comme si la loi du 27 décembre 1968 avait servi davantage à faciliter une autoréglementation conventionnelle de l'entreprise, bâtie sur le mode du donnant-donnant et libérée d'un corset législatif jugé trop contraignant, qu'à réactiver l'action revendicative des syndicats sur les lieux de travail* » (G. Borenfreund, « Les syndicats forcent les portes de l'entreprise: la loi du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise », in J.-P. Le Crom (dir.), *Deux siècles de droit du travail, l'histoire par les lois*, Paris, l'Atelier, 1998, p. 227).

559. L’ambivalence du droit du travail, façonné par l’interaction permanente entre intérêts salariés et patronaux, a pâti dès le début des années 1980 d’un rapport de force considérablement défavorable à la partie salariée, malgré certains sursauts ponctuels. Si le droit du travail, en perpétuelle évolution, s’accommode mal des continuités qui pourraient lui être associées, il est possible d’affirmer qu’il s’inscrit depuis cette période dans une tendance législative œuvrant à faire prévaloir, sinon triompher, les intérêts patronaux, au détriment de la protection des salariés. Cette dérégulation se réalise en partie par l’accroissement de la force normative de l’accord collectif d’entreprise. Si cette prééminence constitue un de ses mécanismes phare, ce processus se retrouve toutefois confronté à l’acteur syndical, incarnation du droit protecteur des salariés.

560. Le franchissement par les syndicats des portes de l’entreprise a pu constituer, par réversibilité, une première étape dans l’évolution de la déréglementation. Néanmoins, la présence de ces derniers, défendant les droits des salariés, vient très logiquement contrecarrer l’avancée de ce phénomène. Ainsi, durant ces trois dernières décennies, il a été question d’affaiblir la capacité de l’acteur syndical à servir l’intérêt des salariés tout en prenant en compte la présence de ce dernier dans l’entreprise. Mettant en exerce une mise en crise du syndicalisme, fondée notamment sur l’argument, certes non négligeable, de l’importante baisse du taux de syndicalisation amorcée au début des années 1980, les conditions d’acquisition de la qualité d’organisation représentative ont été modifiées par la loi du 20 août 2008, précédée d’une position commune à laquelle la CGT et la CFDT ont été signataires. L’ancien régime de représentativité présumée, loin d’être parfait, a été remplacé par un régime de représentativité démontrée, reposant notamment sur le score électoral réalisé par les syndicats lors des élections professionnelles.

561. La légitimité démocratique, dans laquelle cette réforme a drapé les syndicats représentatifs, a permis de mieux justifier la décentralisation du droit du travail au sein de l’entreprise, déjà bien entamée par la loi du 4 mai 2004¹⁶⁹⁶ autorisant la dérogation de l’accord d’entreprise à un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large dans un sens moins favorable aux salariés. Puisque les organisations négociatrices jouissent des voix des salariés, alors elles peuvent engager ces derniers aux termes d’accords collectifs dont la force normative et dérogatoire est accrue, et ce, au bénéfice de l’employeur à qui profite généralement le rapport de force, à moins que ne soient implantées dans l’entreprise des forces syndicales unies et solides. Faisant d’une pierre deux coups, la loi du 20 août 2008¹⁶⁹⁷, consacrant le « *terrain* » comme source principale de la représentativité, a posé les conditions d’une mise en concurrence

¹⁶⁹⁶ Loi n°2004-391 du 4 mai 2004, préc.

¹⁶⁹⁷ Loi n°2008-789 du 20 août 2008, préc.

généralisée et permanente des organisations syndicales dans l'entreprise, favorisant leur division. Ces dernières ont en effet été placées dans une compétition pour la satisfaction du critère déterminant de l'audience électorale minimum. En plus de cette concurrence exacerbée entre syndicats, le conditionnement de la représentativité aux élections professionnelles emporte d'autres conséquences néfastes.

562. La qualité d'organisation représentative est remise en cause de manière régulière, à chaque élection professionnelle, ce qui contribue à sa précarisation. Elle se répercute sur les mandats de délégués syndicaux dont les conditions de nomination ont été durcies et soumises à un score électoral personnel minimum. En outre, pour qu'il y ait une mesure de l'audience électorale, encore faut-il que se tiennent les élections relatives à la mise en place des instances représentatives du personnel. L'organisation de ces dernières n'est obligatoire qu'au-delà d'un certain seuil d'effectif. Or, les conditions de calcul et d'atteinte de ces seuils ont été complexifiées. La raréfaction de l'élection dans l'entreprise est de plus intensifiée par la fusion des instances représentatives du personnel, laquelle s'est réalisée d'abord de manière facultative, puis obligatoire, avec la création du conseil social et économique par l'ordonnance du 22 septembre 2017¹⁶⁹⁸. Enfin, le conditionnement de la représentativité à l'élection professionnelle est venu calquer la cartographie syndicale sur celle des instances représentatives du personnel, laquelle est bien moins dense. Ces nouveaux critères ont rendu l'accès à la représentativité plus ardu en plus de fragiliser cette qualité. Ils risquent en outre de faire baisser le nombre de mandats syndicaux au sein de l'entreprise.

563. Cette course pour l'acquisition de la représentativité n'est pas de nature à renforcer l'unité syndicale. Les enjeux découlant des élections professionnelles, à savoir la représentativité du syndicat dans l'entreprise mais aussi aux niveaux de négociation supérieurs (branche et national interprofessionnel), sont susceptibles d'amplifier les divisions qui impactent déjà le paysage syndical. Parallèlement, l'accord collectif d'entreprise a acquis la primauté au sein de l'ordre conventionnel mais aussi sur le contrat de travail, dans le cadre des accords offensifs (APC), dont les conditions de recours ont été toujours plus assouplies et les conséquences juridiques renforcées. La loi du 20 août 2008, prétendant venir au secours des syndicats a en réalité conduit à la situation dans laquelle un employeur peut négocier des accords collectifs d'entreprise à la force dérogatoire toujours plus accrue, face à des organisations représentatives précarisées et, plus généralement, divisées.

564. Si la loi du 20 août 2008 a fait de l'acteur syndical représentatif un protagoniste suffisamment légitime pour justifier la décentralisation du droit du travail au niveau de l'entreprise,

¹⁶⁹⁸ Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017, préc.

le législateur semble à présent vouloir reléguer ce dernier au rôle de spectateur. La négation du monopole de négociation des organisations syndicales, exprimée dès 1996¹⁶⁹⁹, s'est poursuivie par une mise à l'écart progressive de ces dernières de la négociation collective d'entreprise. D'une part, les conditions de validité issues de la loi du 8 août 2016 ont permis désormais à un ou plusieurs syndicats représentatifs ne représentant qu'une minorité des suffrages exprimés lors du premier tour des dernières élections professionnelles de conclure l'accord, sans possibilité d'opposition. En effet, la majorité exigée, que doivent rapporter les syndicats signataires, est celle des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives. Elle est calculée sur une assiette réduite et donc plus facilement atteignable. D'autre part, l'employeur qui n'aurait pas réussi à rassembler cette minorité peut s'adresser directement aux salariés par référendum. Ainsi, un accord collectif d'entreprise, avec toutes les conséquences juridiques qu'il implique, peut être conclu en l'absence de signature d'un ou plusieurs syndicats rassemblant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles. S'ajoute à cela une mobilisation croissante de négociateurs palliatifs non syndicaux, voire même non élus, en l'absence d'un délégué syndical au sein de l'entreprise. Même en présence de ce dernier, la compétence pour négocier et signer les accords collectifs peut lui être retirée et transférée au conseil d'entreprise dont la mise en place est, pour l'instant, facultative. L'employeur, négociant des accords collectifs engageant toujours plus les salariés, peut désormais se passer, dans une certaine mesure, des organisations syndicales. Le paroxysme a été atteint dans les entreprises dépourvues de délégué syndical dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés et dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et vingt salariés. Dans ces dernières, l'ordonnance du 22 septembre 2017 a prévu qu'en l'absence de membre élu de la délégation du personnel du comité social et économique, l'employeur peut proposer un projet d'accord aux salariés, rédigé par lui-même en amont, portant sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation d'entreprise.

565. À la mise à l'écart de l'acteur syndical de l'élaboration de la norme conventionnelle se sont ajoutées des atteintes portées à certaines de ses prérogatives au sein et hors de l'entreprise. La plupart d'entre elles ont été créées en même temps que la section syndicale par la loi du 27 décembre 1968, et complétées par la loi du 28 octobre 1982. Si certaines de ces dernières ont été épargnées (réunions et locaux syndicaux), voire améliorées (heures de délégation), la surveillance patronale des communications syndicales dématérialisées a quant à elle été indirectement renforcée. Celles-ci sont confrontées à un contrôle exercé *a priori*, inversant le schéma existant en matière de support papier. Par exception d'inexécution ou bien en se prévalant des dispositions conventionnelles relatives à l'utilisation des outils de communications numériques, la fermeture

¹⁶⁹⁹ Cons. const., DC n°96-383 du 6 novembre 1996, préc.

temporaire des supports peut être décidée par l'employeur jusqu'à ce que le juge exige leur réouverture. Le droit de grève est lui aussi restreint dans les entreprises privées assurant un service public, pour lesquelles un préavis collectif doit être déposé par une organisation syndicale représentative. Dans les domaines du transport régulier de voyageurs, terrestre et aérien, des préavis individuels de grève et de reprise du travail ont été imposés. Ajoutés à certaines réquisitions administratives ou remplacements abusifs de salariés grévistes (salariés de raffineries, agents de sécurité aéroportuaire), les aménagements portés au droit de grève sont largement préjudiciables à l'action syndicale dans l'entreprise.

566. L'action judiciaire syndicale connaît également d'importantes carences. L'action de substitution est limitée à douze cas précis parmi lesquels seulement cinq sont ouverts au syndicat d'entreprise, lequel doit nécessairement être représentatif. Chaque action doit répondre à des conditions de mise en œuvre hétérogènes et restrictives. Censée protéger les salariés de toute rétorsion patronale, l'action de substitution ne garantit même pas l'anonymat de ces derniers. L'action de groupe, réservée elle aussi aux syndicats représentatifs, est limitée au seul motif des discriminations. Sa mise en œuvre est conditionnée à une procédure très complexe et dissuasive. Enfin, l'acteur syndical est confronté au phénomène plus global d'éloignement du juge et, devant le Conseil de prud'hommes, à la professionnalisation des règles de procédure.

567. Ainsi, durant les trois dernières décennies, l'implantation et les prérogatives de l'acteur syndical dans l'entreprise ont été fragilisées. Cela ne veut toutefois pas dire que l'acteur syndical a perdu toute capacité à revendiquer, défendre les droits et intérêts des salariés. Toutefois, les phénomènes impactant négativement son implantation et ses prérogatives, mis en exergue dans cette thèse, ne sont pas arrivés à leur aboutissement. Ils s'inscrivent dans une tendance du droit du travail faisant largement primer les intérêts patronaux. Au cas où cette tendance perdurerait, il est probable que l'existence de l'acteur syndical au sein de l'entreprise soit à terme compromise. S'il est difficile de se prononcer sur l'avenir, il est fort possible de douter d'un retournement de situation imminent, d'autant plus que dans cette période de profonds changements économiques et politiques, les « *monstres* » semblent avoir déjà surgi du « *clair-obscur* »¹⁷⁰⁰. Alors plutôt que d'attendre l'apparition d'un hypothétique nouveau monde, tout en subissant les coups de moins en moins retenus du législateur, peut-être les organisations syndicales devraient-elles, comme le suggérait Monsieur Georges Borenfreund, « *se tourner à nouveau vers l'extérieur de l'entreprise, là où les attendent ceux de l'autre monde, les sans-voix de [ce début] de siècle* »¹⁷⁰¹.

¹⁷⁰⁰ A. Gramsci, *Cahiers de prison*, Paris, Gallimard, 1986, Cahier n°3, §34, p. 283.

¹⁷⁰¹ G. Borenfreund, préc.

BIBLIOGRAPHIE

I. Manuels et ouvrages généraux

P. Adam, « La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail », in T. Sachs (dir.), *La Volonté du salarié*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2012, 272 pp.

N. Aliprantis, *La place de la négociation collective dans la hiérarchie des normes*, t. 22, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque d'ouvrages de droit social », 1980, 363 pp.

N. Aliprantis, F. Kessler, *Le droit collectif du travail, questions fondamentales, évolutions récentes, études en hommage à H. Sinay*, Francfort, Lang, 1994, 218 pp.

M. Amiaud, *Cours de législation industrielle*, Paris, Loviton, 1949-1950, 947 pp.

T. Amossé, C. Bloch-London, L. Wolff, *Les relations sociales en entreprise*, Paris, La Découverte, 2008, 451 pp.

D. Andolfatto, D. Labbé, *Histoire des syndicats (1906-2006)*, Paris, Seuil, Coll. : « XXe siècle », 2011, 378 pp.

D. Andolfatto (dir.), *Les syndicats en France*, 3^e éd., Paris, La Doc. Fr., Coll. « Les études », 2013, 236 pp.

A. Antier, *L'Année politique, économique et sociale en France*, Paris, Le Moniteur, 1984, 544 pp.

R. Aron, *Introduction à la philosophie politique*, Paris, Librairie générale française, Coll. « Le livre de poche », 1997, 253 pp.

J. Attali (dir.), *Pour la libération de la croissance française 300 propositions pour changer la France*, Paris, La Doc. Fr., Coll. « Des rapports officiels », 2008, 333 pp.

- G. Aubin et J. Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail*, Paris, PUF, Coll. « Droit fondamental, Droit social », 1995, 318 pp.
- P. Auer, G. Besse, D. Méda (dir.), *Délocalisations, normes du travail et politiques d'emploi*, Paris, La Découverte, Coll. « Recherches », 2005, 286 pp.
- G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, 29^e éd., Paris, Dalloz, Coll. « Précis », 2014, 1564 pp.
- F. Babinet, *Convergences : Études offertes à Marcel David*, Quimper, Calligrammes, 1991, 508 pp.
- P. Bance, *Les fondateurs de la CGT à l'épreuve du droit*, Claix, La Pensée sauvage, 1978, 251 pp.
- J. Barthélémy et G. Cette, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Paris, La Doc. Fr., Coll. « Rapport du Conseil d'analyses économiques », 2010, 199 pp.
- R. Barthes, *Mythologies*, Paris, Seuil, 1957, 272 pp.
- J. Beaume et F. Natali, *Chantiers de la justice*, Paris, Ministère de la justice, 2018, 208 pp.
- G. Bélier et H.-J. Legrand, *La négociation collective après la loi du 20 août 2008*, Rueil-Malmaison, Liaisons, Coll. « Droit vivant », 2009, 334 pp.
- G. Bélier, A. Cormier Le Goff, H.-J. Legrand, *Le nouveau droit de la négociation collective : acteurs et accords*, Paris, LGDJ, Coll. « Droit vivant », 2018, 636 pp.
- S. Béroud, J.-M. Denis et G. Desage, *La lutte continue ? Les conflits du travail dans la France contemporaine*, Bellecombe-en-Bauges, Du Croquant, 2008, 159 pp.
- S. Bernstein, J.-L. Bianco, P. Milza (dir.), *Les Années Mitterrand : les années du changement, 1981-1984 : actes du colloque « Changer la vie, les années Mitterrand 1981-1984 »*, Paris, Perrin, 2001, 973 pp.

- C. Bessy, *La contractualisation de la relation de travail*, Paris, LGDJ, Coll. « Droit et société », 317 pp.
- A. Bévort, A. Jobert, *Sociologie du travail : les relations professionnelles*, Paris, A. Colin, Coll. « U : Sociologie », 2008, 268 pp.
- J. Boissonnat, *Le travail dans vingt ans*, Paris, La Doc. Fr, 1995, 373 pp.
- L. Boltanski, *Les cadres. La formation d'un groupe social*, Paris, Minuit, 1982, 523 pp.
- L. Boltanski et E. Chiapello, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, Coll. « Essais », 1999, 980 pp.
- G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M-A Souriac et I. Vacarie (dir.), *La négociation collective à l'heure des révisions*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2005, 115 pp.
- G. Borenfreund, M.-A. Souriac, M. Bonnechère, *Syndicats et droit du travail*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2008, (p. 2) 100 pp.
- M. Branciard, *Histoire de la CFDT : soixante-dix ans d'action syndicale*, Paris, La Découverte, Coll. « Textes à l'appui », 1990, 365 pp.
- A. Brun et H. Galland, *Droit du travail*, 2e éd., t. 1, « Les rapports individuels de travail », t. 2, « Les rapports collectifs de travail », Paris, Sirey, 1978, XIV et 983, VIII et 596 pp.
- É. Bussière, M. Dumoulin, S. Schirmann (dir.), *Milieus économiques et intégration européenne au XXe siècle. La relance des années quatre-vingt (1979-1992)*, actes du colloque des 1er et 2 décembre 2005, Paris, IGPDE, Coll. « XIXe et XXe siècles », 2007, 436 pp.
- P. Cahuc, F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité: vers une sécurité sociale professionnelle*, Paris, La Doc. Fr, Coll. « Des rapports officiels », 2005, 202 pp.
- G. Caire, *La négociation collective*, Paris, PUF, Coll. « Que sais-je », 1992, 127 pp.

M. Camdessus, *Le sursaut. Vers une nouvelle croissance pour la France*, Paris, La Doc. Fr, Coll. « Des rapports officiels », 2004, 202 pp.

H. Capitant et P. Cuche, *Précis de législation industrielle*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1936, 553 pp.

H. Capitant et P. Cuche, *Précis de législation industrielle*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1939, 601 pp.

L. Chevalier, *Classes laborieuses, classes dangereuses, à Paris, pendant la première moitié du XIX^e siècle*, Paris, Plon, Coll. « Pour l'histoire », 1958, 566 pp.

T. Clay, *Les Lois du sarkozysme*, Paris, Odile Jacob, 2013, spéc., 87 pp.

F. Collin, R. Dhoquois, A. Jeammaud, et autres, *Le droit capitaliste du travail*, Grenoble, PUG, Coll. « Critique du droit », 1980, 280 pp.

J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Paris, La Doc. Fr., 2015, 140 pp.

G. Cornu, J. Foyer, *Procédure civile*, 3^e éd., Paris, PUF, Coll. « Thémis », 1996, 800 pp.

A. Cottureau, « Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIX^e siècle) » in *Annales. Histoire, sciences sociales*, 57^e année, Paris, EHESS, 2002, 1721 pp.

B. Crettez (dir.), « *Les politiques de l'emploi, 1995 - 2017* », Paris, Aristoclès, 2017, 190 pp.

B. Dänzer-Kantof, V. Lefebvre et F. Torres, *Un siècle de réformes sociales, Une histoire du ministère du travail 1906-2006*, Paris, La Doc. Fr., 2006, 264 pp.

N. Decoopman, G. Soulier, D. Rosenberg, *L'actualité de la Charte d'Amiens*, Paris, PUF, Coll. « CURAP », 1987, 238 pp.

E. Demolins, *La science sociale suivant la méthode d'observation*, 15^e année, t. 29, Paris, Firmin-Didot, 1886.

- J.-M. Denis, *Le Groupe des Dix. Un modèle syndical alternatif*, Paris, La Doc. Fr., Coll. « Cahier travail & emploi », 2001, 244 pp.
- C.-L. De Secondât (Montesquieu), *De l'esprit des lois*, Genève, Barillot et fils, 1748, 1086 pp.
- M. Despax, « Négociation, conventions et accords collectifs », in G.-H. Camerlynck (dir.) *Traité de droit du travail*, t. 7, 2e éd., Paris, Dalloz, 1989, 586 pp.
- M. De Virville, *Pour un code du travail plus efficace : rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*, Paris, La Doc. Fr., Coll. « Rapport officiels », 2004, 131 pp.
- E. Dockès (dir.), GR-PACT, *Proposition de Code du travail*, Paris, Dalloz, Coll. « Hors collection », 2017, 418 pp.
- C. Dufour et A. Hege, *L'Europe syndicale au quotidien. La représentation des salariés en France, Allemagne, Grande-Bretagne et Italie*, Bruxelles, PIE Peter Lang, Coll. « Travail et société », 2002, 256 pp.
- F. Dupuy, *La faillite de la pensée managériale*, Paris, Points, 2016, 244 pp.
- P. Durand, R. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, avec la collaboration de A. Vitu (t. 2, t. 3), Paris, Dalloz, 1947-1957, 1040 pp (t.2), 1125 pp (t.3).
- B. Edelman, *La légalisation de la classe ouvrière*, Paris, Bourgois, Coll. « Un pas en avant » 1978, (p. 12), 253 pp.
- H. W. Ehrmann, *La politique du patronat français 1936/1955*, Paris, Colin, Coll. « Sciences politiques », 1953, 415 pp.
- M. Emeras, *La démocratie sociale dans l'entreprise après 2008*, Thèse de doctorat, Droit privé, Université Toulouse 1, Paris, Mare et Martin, 2005, 595 pp.
- C. Erhel, *Les Politiques de l'emploi*, Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2009, 128 pp.

- É. Fassin, *Gauche: L'avenir d'une désillusion*, Paris, Textuel, Coll. « Petite encyclopédie critique », 2014, 62 pp.
- S. Faure, *Encyclopédie anarchiste*, Paris, La librairie internationale, 1934, (p. 2769), 672 pp (vol. 1), 1296 pp (vol. 2).
- B. Friot, *L'Enjeu du salaire*, Paris, La Dispute, Coll. « Travail et salariat », 2012, 203 pp.
- E. -D. Glasson, *Le Code civil et la question ouvrière*, Paris, F. Pichon, 1886, 72 pp.
- A. Gramsci, *Cahiers de prison (1, 2, 3, 4, 5)*, Paris, Gallimard, 1986, 710 pp.
- G. Groux, J.-M. Pernot, *La grève*, Paris, Les presses de Sciences po., Coll. « Contester », 2008, 149 pp.
- G. Groux, M. Noblecourt et J.-D. Simonpoli, *Le dialogue social en France: entre blocages et big bang*, Paris, Odile Jacob, 2018, 254 pp.
- S. Guinchard (dir.), *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, 7^e éd., Paris, Dalloz, Coll. « Précis », 2013, 1512 pp.
- S. Guinchard, T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Paris, Dalloz, 2017, (p. 463) 1200 pp.
- R. Hadas-Lebel, *Pour un dialogue social efficace et légitime : Représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, Paris, La Doc. Fr., Coll. « Des rapports officiels », 2006, 136 pp.
- H.-R. Hahlo, J. Graham Smith & R.-W. Wright (dir.), *Nationalism and the Multinational Enterprise: legal, economic and managerial aspects*, New York, A. W. Sijthoff, Leiden et Oceana, 1973, 373 pp
- G. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Flammarion, Coll. « G.F. », 1999, 444 pp.

G. Hermet, B. Badie, P. Birnbaum, P. Braud, *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, 4^e éd., Paris, Armand Colin, Coll. « Coursus », 2000, 287 pp.

Institut Montaigne, *Sauver le dialogue social. Priorité à la négociation d'entreprise*, rapport de septembre 2015, 64 pp., https://www.institutmontaigne.org/ressources/pdfs/publications/rapport_negociations_sociales_2015.pdf [consulté le 12 mai 2018].

J. Jaurès et J. Guesde, *Les Deux Méthodes. Conférence par à l'Hippodrome Lillois*, Lille, Imprimerie Ouvrière P. Lagrange, Coll. « Bibliothèque du Parti ouvrier », 1900, 15 pp.

M. Joyeux, *Dictionnaire des anarchistes*, Paris, l'Atelier, 2014, 528 pp.

T. Katz, *La négociation collective et l'emploi*, Thèse de doctorat, Droit privé, Université Paris 10, Paris, LGDJ, Coll. « Thèses », 2007, 360 pp.

O. Kourchid, R. Trempé (dir.), *Cent ans de conventions collectives : Arras, 1891-1991*, Villeneuve d'Ascq, Coll. « Revue du Nord », 1994, 409 pp.

Y. Krumenacker, J.-F. Cullafroz (dir.), *CFDT 1968-2018. Transformer le travail, transformer la société ? Des luttes autogestionnaires au réformisme*, Lyon, Chronique sociale, Coll. « Comprendre la société », 2018, 360 pp.

H. Lacordaire, *Conférences de Notre-Dame de Paris*, t. 3, Paris, Sagnier et Bray, 1848, 658 pp.

M. Launay, *Le syndicalisme Chrétien en France de 1885 à nos jours*, Paris, Desclee, Coll. « Bibliothèque d'histoire du christianisme », 1984, 93 pp.

M. Launay, M. Mouriaux, *Le Syndicalisme en Europe*, Paris, La Doc. Fr., Coll. « Notre siècle », 1990, 504 pp.

O. Leclerc, A. Lyon-Caen (dir.), *L'essor du vote dans les relations professionnelles*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2011, 220 pp.

J.-P. Le Crom (préf. Robert Paxton), *Syndicats, nous voilà ! : Vichy et corporatisme*, Paris, L'Atelier, Coll. « Patrimoine », 1995, 410 pp.

J.-P. Le Crom (dir.) *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Paris, l'Atelier, Coll. « Points d'appui », 1998, 287 pp.

J. Le Goff, *Du silence à la parole. Droit du travail, société, Etat (1830-1985)*, Thèse de doctorat de sciences politiques (Université Rennes I), Quimper, Calligrammes, 1985, 374 pp.

M. Leroy, *La Coutume ouvrière, syndicats, bourses du travail, fédérations professionnelles, coopératives, doctrines et institutions*, Paris, M. Giard & E. Brière, 1913, 934 pp.

J.-A. Lesourd, C. Gérard, *Histoire économique, XIXème et XXème siècles*, Paris, Colin, Coll. « U. série », 1968, 366 pp.

R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Paris, LGDJ, 2013, 450 pp.

P. Lokiec, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Thèse de doctorat, Droit privé, Université Paris 10, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit privé », 2004, 500 pp.

J. Luciani (dir.), *Histoire de l'Office du travail : 1890-1914*, Paris, Syros, 1992, 430 pp.

G. Lyon-Caen, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Paris, Dalloz-Sirey, Coll. « Connaissance du droit », 1997, 99 pp.

M. Margairaz et D. Tartakowsky (dir.), *Le syndicalisme dans la France occupée*, Rennes, PUR, Coll. « Histoire », 2008, 508 pp.

K. Marx, F. Engels, *Critique des programmes de Gotha et d'Erfurt*, Paris, Sociales, Coll. « Classiques du marxisme », 1972, 158 pp.

Y. Michaux (dir.) *Qu'est ce que l'humain ?*, Travaux de l'université de tous les savoirs, vol. 2, Paris, Jacob, 2000, 608 pp.

M. Millot, J.-P. Roulleau, *Les relations sociales en Europe*, Rueil-Malmaison, Liaisons, Coll. « Liaison sociales », 2005, 362 pp.

C. Morel, *La grève froide : stratégies syndicales et pouvoir patronal*, Paris, d'Organisation, 1981, 235 pp.

M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective principe général du droit*, Thèse de doctorat, Droit privé, Université Toulouse 1, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque du droit social », 1994, 681 pp.

M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, *Le guide des élections professionnelles et des désignations des représentants syndicaux dans l'entreprise*, 3^e éd., Paris, Dalloz, Coll. « Guides Dalloz », 2015, 1335 pp.

J. Mouly, *Droit du travail*, 4^e éd., Rosny-sous-Bois, Bréal, Coll. « Lexifac », 2008, 286 pp.

T. Pasquier, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, Thèse de doctorat, Droit privé, Université Paris 10, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit social », 2010, 419 pp.

J. Pélissier, *Le nouveau droit du licenciement*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1980, 379 pp.

J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd., Paris, Dalloz, Coll. « Grands arrêts », 2008, 992 pp.

J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, *Précis de droit du travail*, 27^e éd., Paris, Dalloz, 2013, 1556 pp.

P.-D. Ollier, *Le droit du travail*, Paris, Colin, Coll. « U », 1972, 591 pp.

M. Olson, *Logique de l'action collective*, Bruxelles, Université de Bruxelles, Coll. « ULBlire », 2011, 214 pp.

F. Ost, *À quoi sert le droit ?*, Bruxelles, Bruylant, Coll. « Penser le droit », 2016, 570 pp.

I. Pereira, *Un esprit contestataire : la grammaire pragmatique du syndicalisme d'action directe libertaire*, Thèse de doctorat en sociologie, Paris EHESS, Lille, Atelier national, 2009, 767 pp.

J.-M. Pernot, *Syndicats : lendemains de crise ?*, Paris, Gallimard, Coll. « Folio », 2010, 395 pp.

E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail 2018*, 11^e éd., Paris, Dalloz, Coll. « Hyper-cours », 2017, 765 pp.

E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail 2019*, Paris, Dalloz, Coll. « Hyper-Cours », 12^e édition, 2018, 804 pp.

L. Philip et L. Favoreu, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, Coll. « Grandes décisions », 2009, 863 pp.

M. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle (les lois ouvrières)*, 5^e éd., Paris, Rousseau, 1922, 1043 pp.

P. Pic, J. Kréher, *Le nouveau droit ouvrier français dans le cadre de la Charte du travail*, Paris, LGDJ, 1943, 462 pp.

G. Pirou, *Les doctrines économiques en France depuis 1870*, Paris, Armand Colin, 1925, 204 pp.

É. Pouget, *La Confédération Générale du Travail*, Paris, Librairie des sciences politiques et sociales Marcel Rivière, Coll. « Bibliothèque du mouvement socialiste », 1908, 68 pp.

J.-E. Ray, *Droit du Travail, droit vivant*, 11^e éd., Rueil-Malmaison, Liaisons, Coll. « Droit vivant », 560 pp.

T. Revet, *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 1996, 111 pp.

J.-D. Reynaud, *Sociologie des conflits du travail*, Paris, PUF, Coll. « Que sais-je », 1982, 127 pp.

P. Rosanvallon, *La question syndicale. Histoire et avenir d'une forme sociale*, Paris, Calmann-Lévy, Coll. « Liberté de l'esprit », 1988, 268 pp.

P. Rosanvallon, *Le Modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Paris, Le Seuil, Coll. « L'univers historique », 2004, 445 pp.

P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique, Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, Coll. « Les livres du nouveau monde », 2008, 367 pp.

E. Sarin, *Un Demi-Siècle De Syndicalisme En France - Suivi De La Voie Judiciaire*, État Des Lieux, Paris, L'harmattan, Coll. « Question contemporaines », 230 pp.

G. Scelle, *Le droit ouvrier: tableau de la législation française actuelle*, 2^e éd., Paris, Colin, 1929, 221 pp.

P. Schöttler, *Naissance des bourses du travail*, Paris, PUF, Coll. « Pratiques théoriques », 1985, 294 pp.

Y. Siblot, M. Cartier, I. Coutant, O. Masclet et N. Renahy, *Sociologie des classes populaires contemporaines*, Paris, Colin, Coll. « U Sociologie », 2015, 363 pp.

S. Sirot, *Le syndicalisme, la politique et la grève, France et Europe XIXe-XXIe siècles*, Nancy, Arbre Bleu, Coll. « Le corps social », 2011, 357 pp.

T. Slee (traduit de l'anglais par H. Roux), *Ce qui est à toi est à moi : Contre Airbnb, Uber et autres avatars de l'« économie du partage »*, Montréal, Lux, 2016, 280 pp.

F. Soubiran-Paillet, *L'invention du syndicat (1791-1884)*, Paris, LGDJ, Coll. « Droit et société », 1999, 189 pp.

A. Supiot, *Les juridictions du travail*, t. 9, Paris, Dalloz, 1987, 768 pp.

A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Flammarion, 1999, 321 pp.

A. Supiot, *Le droit du travail*, Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2016, 125 pp.

G. Timsit, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991, 199 pp.

J. Vanderlinden, *Les pluralismes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, Coll. « Penser le droit », 2013, 407 pp.

J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, Coll. « Précis », 1999, 1166 pp.

G. Virassamy, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Thèse de doctorat, Droit privé, Université Paris 1, Paris, LGDJ, 1986, 334 pp.

C. Willard, *La France ouvrière : histoire de la classe ouvrière et du mouvement ouvrier français*, t. 1, Paris, l'Atelier, 1995, 493 pp.

L. Willemez, *Le travail dans son droit. Sociologie historique du droit du travail (1892-2017)*, Paris, LGDJ, 2017, 198 pp.

Études offertes à G. Lyon-Caen, Paris, Dalloz, 1989, 489 pp.

Justice et droits fondamentaux : études offertes à Jacques Normand, Paris, Litec, 2003, 523 pp.

L'ordre concurrentiel : Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Paris, Frison-Roche, 2003, 688 pp.

Tendances du droit du travail français contemporain, études offertes à G. H. Camerlynck, Paris, Dalloz, 1977, 360 pp.

II. Thèses et monographies

A. Arseguet, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, Thèse de doctorat, Droit privé, Université Toulouse 1, 1976, 698 pp.

L. Dauxerre, *La représentativité syndicale, instrument du dialogue social*, Thèse de doctorat, Droit privé, Université Aix-en-Provence, PUAM, 2005, 588 pp.

M. Vervoort, *L'exercice du droit de grève dans le secteur privé*, Thèse de doctorat, Droit privé, Université Nice Sophia-Antipolis, 2015, 599 pp.

N. Olszak, *Mouvement ouvrier et système judiciaire (1830-1950)*, Thèse de doctorat, Histoire du droit et des institutions, Université Strasbourg 3, 1987, 961 pp.

III. Articles

G. Adam, « L'institutionnalisation des syndicats », *Dr. social*, 1983, p. 597.

S. Alain, « La décision du Conseil constitutionnel sur le service minimum », *Les Petites Affiches*, 26 septembre 2007, n° 193, p. 11.

D. Andolfatto, « Les syndicats français ont-ils besoin d'adhérents ? », communication à l'Institut supérieur du travail, 12 octobre 2006, <http://www.istravail.com/article309.html> [consulté le 12 mai 2019].

D. Andolfatto, D. Labbé, « La transformation des syndicats français : vers un nouveau "modèle social" ? », *Rev. Fr. de sc. Po.*, 2006, p. 281.

D. Andolfatto, D. Labbé, « La rénovation de la démocratie sociale à la française : mythe ou réalité », Communication aux Journées internationales de sociologie du travail, GREE/université de Nancy 2, 25-26 juin 2009, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00417926/document> [consulté le 13 juin 2019].

A. Antier, « L'Année politique, économique et sociale en France », in *Politique étrangère*, Paris, Moniteur, 1984, p. 711.

P.-H. Antonmattei, J.-C. Sciberras, « Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ? », *Dr. social*, 2009, p. 221.

P.-H. Antonmattei, « La primauté de l'accord d'entreprise », *Dr. social*, 2016, p. 513.

P.-H. Antonmattei, « Peut mieux faire », *Dr. social*, 2016, p. 877.

J. Auroux, « Le référendum d'entreprise est-il une parodie de démocratie? », Face à face entre Jean Auroux Ancien ministre du Travail Alexandre Saubot Vice-président du Medef en charge des questions sociales, *L'Humanité*, 26 Février 2016.

B. Bachetta, « Syndicat de site, une riche expérience », *L'Humanité*, 12 Décembre 2011.

R. Barroux, « Le CES veut asseoir la représentativité syndicale sur le vote des salariés », *Le Monde*, 28 novembre 2006.

J. Barthélémy, « Statut de l'auto-entrepreneur, présomption renforcée d'absence de contrat de travail et développement de la création d'entreprise », *JCP E*, 2009, p. 1455.

D. Baugard, L. Gratton, « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi: premier regard conventionnel et constitutionnel », *Dr. social*, 2016, p. 745.

D. Baugard, « La nouvelle conciliation », *Dr. social*, 2017, p. 599.

G. Bélier, « Le référendum : halte au feu », *Sem. Soc. Lamy*, 2016, n°1712, p. 6.

J.-M. Béraud, « Protéger qui exactement ? Le tentateur ? Le sportif amateur, Le joueur ? », *Dr. social*, 2013, p. 197.

V. Bernaud, « De quelques apports "estivaux" du droit constitutionnel au droit du travail », *Dr. social*, 2009, p. 147.

S. Bérourd, « Représentation syndicale, représentativité et négociation », *Dr. social*, 2018, p. 264.

A. Bevort, « De la position commune sur la représentativité au projet de loi: renouveau et continuité du modèle social français », *Dr. social*, 2008, p. 823.

A. Bevort, « La réforme des règles de la représentativité syndicale (2008-2010) », *Idées économiques et sociales*, 2011/1 (N° 163), p. 8.

L.-F. Bied-Charreton, « Le critère de représentativité des 10% a pour effet de porter atteinte à la liberté syndicale de manière incompatible avec les conventions internationales », *Dr. ouvrier*, 2010, p. 426.

M. Boitel, « Grèves politiques », *Dr. ouvrier*, 1952, p. 293.

G. Bonlarron, « La loi du 20 août 2008 et sa jurisprudence la plus récente : une diminution programmée du nombre de délégués », *Juri. Soc. Lamy*, 2011, n° 305, p. 9.

M. Bonnechère, « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit social », *Dr. ouvrier*, 2001, p. 411.

G. Borenfreund, « La recevabilité de l'action syndicale en exécution d'une convention collective même non étendue », *RDT*, 2007, p. 536.

G. Borenfreund, « Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. social*, 2013, p. 487.

G. Borenfreund, « Représentativité syndicale et négociation collective », *Dr. social*, 2013, p. 300.

G. Borenfreund, « La fusion des institutions représentatives du personnel, Appauvrissement et confusion dans la représentation », *RDT*, 2017, p. 608.

A. Braun, « Réquisitions des grévistes: recommandation musclée de l'OIT », *Dr. ouvrier*, 2012, p. 250.

F. Canut, « L'ordonnancement des normes étatiques et des normes conventionnelles - à propos du projet de loi Travail », *Dr. social*, 2016, p. 519.

M. Carley, « Evolution de la situation en matière d'actions syndicales – 2000 – 2004 », 2005 ; <https://www.eurofound.europa.eu/publications/article/2005/evolution-de-la-situation-en-matiere-dactions-syndicales-2000-2004> [consulté le 23 août 2019].

L. Casaux-Labrunée, « La révolution de l'auto-entrepreneur », *Sem. Soc. Lamy*, 2009, n°1420, p. 5.

J.-F. Cesaro, « La représentation des syndicats dans l'entreprise », *JCP S*, 2012, n° 22, p. 46.

H. Chapman, M. Kesselman, and M. Schain, (dir.), *A Century of Organized Labor in France: A Union Movement for the Twenty-First Century?*, New York, St Martin's Press, 1998, pp. 205-212.

J.-P. Chauchard, « Les avatars du travail indépendant », *Dr. social*, 2009, p. 1065.

J.-P. Chauchard, « Qu'est-ce qu'un travailleur indépendant? », *Dr. social*, 2016, p. 947.

P. Chaumette, « Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises », *Dr. social*, 2008, p. 210.

A. Chevillard, « La notion de disposition plus favorable », *Dr. social*, 1993, p. 363.

A. Chevillard, « Conseils de prud'hommes et procédure prud'homale quelles réformes ? », *Dr. social*, 2010, p. 919.

A. Cochele, « Projet de loi de réforme de la justice : la raréfaction de l'accès au juge en matière pénale », *Dalloz actualité*, 30 avril 2018.

M. Cohen, « Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats », *Dr. social*, 1990, p. 790.

M. Cointepas, « Les règles de droit et le déclin syndical en France », *Dr. social*, 1992, p. 250.

A. Cormier Le Goff, J. Krivine, « De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier », *Dr. social*, 2019, p. 204.

G. Couturier, « Différenciation des avantages conventionnels entre cadres et non-cadres », *Les Cahiers du DRH*, 2010, n° 161, p. 17.

P. Cuhe, « Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1913, p. 412.

L. Dauxerre, « Réflexions sur la question de la représentativité des organisations patronales », *JCP S*, 2006, n° 30 p. 11.

C. Didry, « Au-delà de la subordination, les enjeux d'une définition légale du contrat de travail », *Dr. social*, 2018, p. 229.

J. Dirringer, « L'esprit du dialogue social : de la loi du 20 août 2008 aux accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation des salariés », *La Revue de l'Ires*, 2015/4 (n° 87), p. 125.

J. Dirringer, « Bienvenue dans l'ère du dialogue social : de nouvelles règles pour de nouvelles logiques », *Dr. Ouvrier*, 2016, p. 56.

J. Dirringer, « Le référendum ou "la mort du fait syndical" ? », *Silo Mag*, septembre 2017, <https://silogora.org/le-referendum-ou-la-mort-du-fait-syndical> [consulté le 16 mai 2019].

E. Dockès, « La finalité des grèves en question », *Dr. social*, 2006, p. 881.

E. Dockès, « Notion de contrat de travail », *Dr. social*, 2011, p. 546.

E. Dockès, « Injustes alternatives et justes conflits. Critique des justices alternatives à partir du droit social », *Droit et cultures*, 65 / 2013, p. 101.

F. Dorssemont, T. Jaspers & A. Van Hoek (dir.), *Cross-border collective actions in Europe: a legal challenge*, *Intersentia*, 2007, pp. 217-243.

M.-L. Dufresne-Castets, « Actualité des actions de substitution et des actions collectives », *Dr. Ouvrier*, 2004, p. 122.

F. Duquesne, « Droit de l'employeur de suspendre les communications syndicales dans l'entreprise en vertu d'un accord », *JCP S*, 2017, n° 1300.

P. Durand, « Le dualisme de la convention collective », *RDT*, 1939, p. 353.

B. Edelman, « Droit du travail, droit de la concurrence - un nouveau contrat social », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 1547.

K.-D. Ewing, J. Hendy Q.-C., « The Dramatic Implications of Demir and Baykara », *Industrial Law Journal*, 2010, pp. 45-47.

A. Fabre, « Plateformes numériques : gare au tropisme "travailliste" », *RDT*, 2017, p. 166.

F. Favennec-Héry, « L'accès à la représentativité », *JCP S*, 2012, n° 22, p. 21.

F. Favennec-Héry, « Sécurisation de l'emploi: encore un effort! », *Sem. Soc. Lamy*, 2013, n° 1575, p. 9.

F. Favennec-Héry, « L'articulation de la loi avec les accords collectifs », *JCP S*, 2016, p. 1148.

F. Favennec-Héry, « Ordonnances Macron : un changement de système ? », *Sem. Soc. Lamy*, 2017, n° 1782, p. 3.

O. Favereau, « Droit du travail : la démocratie économique entre le marché et l'entreprise », *RDT*, 2017, p. 581.

L. Flament, « La représentativité des organisations patronales », *Dr. social*, 2009, p. 436.

L. Flament, « Quelques questions actuelles sur la représentativité des organisations patronales », *RDT*, 2010, p. 273.

F. Flores, « Le juge retient une interprétation littérale de l'accord collectif », *Sem. Soc. Lamy*, 2015, n° 1699, p. 11.

L. Freedland, « Sur l'application du droit du travail et de l'emploi au-delà du contrat de travail », *RIT*, 2007/1-2, vol. 146, p. 3.

- J.-Y. Frouin, « L'interprétation des conventions et accord collectifs de travail », *RJS*, 1996, p. 137.
- L. Fulton, « *La représentation des travailleurs en Europe* », Labour Research Department et ETUI (publication en ligne), 2013, « Systèmes nationaux de relations professionnelles », *Worker-participation.eu*, <http://fr.worker-participation.eu/Systemes-nationaux> [consulté le 20 juillet 2019].
- B. Gauriau, « Le référendum, un préalable nécessaire ? », *Dr. social*, 1998, p. 338.
- B. Gauriau, « La rénovation de la démocratie sociale », *JCP S*, 2008, n° 36, p. 15.
- B. Gauriau, « Les représentants des syndicats dans l'entreprise », *Dr. social*, 2009, p. 644.
- B. Gauriau, « L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 », *Dr. social*, 2018, p. 504.
- J. Gautier, « Les économistes contre la protection de l'emploi », *Dr. social*, 2005, p. 3.
- F. Géa, « Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise », *Dr. social*, 2016, p. 516.
- F. Géa, « Le juge et l'accord collectif : quels changements ? », *Sem. Soc. Lamy*, 2016, n° 1717, p. 7.
- F. Géa, « Des accords (collectifs) sans juge ? », *Dr. social*, 2017, p. 98.
- F. Géa, « Les soubassements de la réforme », *RDT*, 2017, p. 593.
- O. Gouël, « Le respect de la loi l'emporte sur les intérêts particuliers », *Sem. Soc. Lamy*, 2014, p. 11.
- G. Gourgues et K. Yon, « Démocratie, le fond et la forme : une lecture "politique" des ordonnances Macron », *RDT*, 2017, p. 625.
- M. Grévy, « Affiliation syndicale et démocratie sociale : à propos des arrêts du 18 mai 2011 », *RDT*, 2011, p. 491.

M. Grévy, « La capacité d'intervention des syndicats face au nouveau régime de la représentativité », *Dr. social*, 2013, p. 311.

M. Grignard, « Des Gilets jaunes aux ordonnances travail », *Dr. social*, 2019, p. 217.

S. Grimault, « sécurisation des parcours professionnels et flexisécurité : analyse comparative des positions syndicales », *Travail et emploi*, 2008, n°113, p. 75.

G. Groux, « L'entreprise: conflits et régulations », *Droits et Société*, 41-1999, p. 33.

T. Grumbach, « *Le simple et le complexe dans le droit du travail* », *Dr. social*, 2003, p. 48.

N. Gssime, « L'interprétation des dispositions conventionnelles relatives à la mobilité du salarié », *Sem. soc. Lamy*, 2016, n°1707, p. 11.

F. Guiomard, « Sécurisation et simplification des procédures, vraiment ? Les difficultés suscitées par les nouvelles règles de saisine des juridictions », *RDT*, 2017, p. 558.

F. Guiomard, « Loi de programmation et de réforme de la justice: quel impact sur la justice du travail ? », *RDT*, 2019, p. 203.

A. Guiral, « Sarkozy décrète la grève invisible et nargue les syndicats », *Libération*, 7 juillet 2008.

H. Guyot, « Élections partielles et représentativité », *JCP S*, 2012, p. 1023.

C. Hannoun, « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail », *RDT*, 2008, p. 288.

F. Héas, « L'auto-entrepreneur au regard du droit du travail », *JCP S*, 2009, p. 1555.

M. Henry, « L'action syndicale en exécution des conventions collectives », *Dr. ouvrier*, 2007, p. 112.

J. Jaffré, « L'inversion du rapport gauche-droite », *Le Monde*, 18 mars 1983.

- A. Jeammaud, « Propositions pour une compréhension matérialiste du droit du travail », *Dr. social*, 1978, p. 337.
- A. Jeammaud, « La codification en droit du travail », *Droits*, 27/1998, p. 161.
- A. Jeammaud, M. Le Driant et A. Lyon-Caen, « L'ordonnancement des relations de travail », *Recueil Dalloz*, 1998, p. 359.
- A. Jeammaud, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », *Sem. Soc. Lamy*, 2008, n° 1340, p. 15.
- A. Jeammaud, « Uber, Deliveroo : requalification des contrats ou dénonciation d'une fraude à la loi ? », *Sem. Soc. Lamy*, 2017, n°1780, p. 45.
- E. Jeuland, « L'action de substitution des syndicats à la place des salariés », *JCP E*, 2001, p. 35.
- A. Jobert, « La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982 », *Dr social*, 2010, p. 370.
- L. Karabarbounis et B. Neiman, « The Global Decline of the Labor Share », *The Quarterly Journal of Economics*, *Oxford University Press*, 2014, vol. 129(1), p. 61.
- M. Kebirle, « Syndicat : recevabilité de l'action en défense d'un intérêt collectif », *Dalloz actualité*, 22 septembre 2017.
- M. Keller Lyon-Caen, « Le déplacement vers le tribunal de grande instance de l'action syndicale au bénéfice des salariés », *Dr. ouvrier*, 2012, p. 471.
- J.-Y. Kerbourc'h, « La refonte des institutions représentatives du personnel », *JCP S*, 2017, p. 1313.
- D. Kessler, « Adieu 1945, raccrochons notre pays au monde ! », *Challenges*, 4 octobre 2007.

P. Khalfa, « Face à la privatisation de France Télécom, l'expression directe des salariés n'est pas qu'une promesse de Jospin. L'exigence démocratique », *Libération*, 10 septembre 1997.

A. Koukiadaki, « Les droits des conflits collectifs (2de partie) », *RDT*, 2010, p. 321.

J. Krivine, « Les accords de mobilité interne, nouvelle échappatoire au PSE ? », *Sem. Soc. Lamy*, 2013, n°1592, p. 53.

R. Labat et S. Béal, « Accord sur le fonctionnement de l'entreprise. Un recours facilité, un régime unifié », *JCP E*, 2018, p. 1032.

P. Lamy, « Un petit boulot, c'est mieux que pas de boulot du tout », *Le Monde*, 2 avril 2014.

S. Laulom, « Les arrêts Laval et Viking: et après ? », *Dr. ouvrier*, 2010, p. 510.

S. Laulom, « L'enchevêtrement des sources internationales du droit du travail: à propos des décisions du Comité européenne des droits sociaux du 23 juin 2010 », *RDT*, 2011, p. 298.

P. Le Cohu, « Représentation syndicale: nouveaux critères », *Les Cahiers du DRH*, 2008, n° 143, p. 54.

G. Loiseau, « La liberté d'expression du salarié », *RDT*, 2014, p. 396.

P. Lokiec, « Barèmes d'indemnisation en cas de licenciement abusif : la résistance des juges », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 248.

G. Lyon-Caen, « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Dr. ouvrier*, 1951, p. 1.

G. Lyon-Caen, « Droit syndical et mouvement syndical », *Dr. social*, 1984, p.7.

G. Lyon-Caen, « La bataille truquée de la flexibilité », *Dr. social*, 1985, p. 801.

M. Macmurdo, « Hold your phone ! "Peer-to-Peer" Ridesharing Services, Regulation, and Liability », *Louisiana Law Review*, 2015, vol. 76, n° 1, p. 336.

J.-P. Marguenaud, « Vers la protection du droit de grève par la Cour européenne des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 939.

J.-P. Marguenaud, J. Mouly, « Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une œuvre encore en demi-teinte », *RDT*, 2008, p.16.

J.-P. Marguenaud, « La Cour européenne des droits de l'homme à la conquête du droit de grève », *RDT*, 2009, p. 499.

S. Matteudi, « Les syndicats en France: poids, représentativité et déclin », *The conversation*, 15 mars 2018, <https://theconversation.com/les-syndicats-en-france-poids-representativite-et-declin-93296> [consulté le 10 mars 2019].

J. Michel, « Quelques réflexions sur une évolution possible des sanctions en droit du travail », *Dr. social*, 2004, p. 817.

N. Moizard, « Quelques observations sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice en matière de droit social », *Dr. social*, 2010, p. 1216.

M.-L. Morin, « Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes », *Dr. social*, 2008, p. 24.

J. Mouly, « Une avancée spectaculaire du droit du salarié d'agir en justice contre l'employeur, la nullité de principe des mesures de rétorsion », *Dr. Social*, 2013, p. 415.

J. Mouly, « Quand l'auto-entreprise sert de masque au salariat », *Dr. social*, 2016, p. 859.

J. Mouly, « La barémisation des indemnités prud'homales : un premier pas vers l'inconventionnalité ? », *Dr. social*, 2019, p. 122.

J. Mouly, « L'inconventionnalité du barème: une question de proportionnalité », *Droit social*, 2019, p. 234.

C. Nicod, « Droit du travail - Représentativité syndicale », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 849.

S. Niel, « Pourquoi négocier un conseil d'entreprise ? », *Sem. Soc. Lamy*, 2017, n° 1785, spéc. 7.

OCDE, « Réglementation relative à la protection de l'emploi et performance du marché du travail » (Chapitre 2) in *Perspectives de l'emploi*, 2004, p. 65.

V. Ogier-Bernaud, « Le Conseil constitutionnel et l'embarrassant "principe de faveur" », *Sem. Soc. Lamy*, 2003, n°1111, p. 6.

V. Orif, « Quels commandements pour la nouvelle procédure prud'homale ? », *Dr. social*, 2015, p. 819.

Y. Pagnerre, « Les accords de performance collective », *Dr. social*, 2018, p. 694.

N. Papayanis, L. Pouchard, « La prolétarianisation des cochers de fiacres à Paris (1878-1889) », *Le Mouvement social*, 1985, n° 132, p. 59.

A. Parienty, « La flexibilité réduit-elle le chômage ? », *Alternatives économiques*, Hors-série pratique n°046, 1er octobre 2010.

T. Pasquier, « Sens et limites de la qualification de contrat de travail. De l'arrêt Formacad aux travailleurs "ubérisés" », *RDT*, 2017, p. 95.

L. Pécaut-Rivolier, « Chronique des jurisprudences sur la représentation du personnel », *Sem. Soc. Lamy*, 2012, n° 1540, p. 7.

L. Pécaut-Rivolier, « Chronique des jurisprudences sur la représentation du personnel », *Sem. Soc. Lamy*, 2012, n° 1559, p. 4.

J.-M. Pernot, « La loi du 20 août 2008 et la portabilité des suffrages », *RDT*, 2011, p. 428.

E. Peskine, « La célébration de l'accord d'entreprise », *Dr. social*, 2014, p. 438.

F. Petit, « Qu'est-ce qu'une institution représentative du personnel ? », *Dr. social*, 2002, p. 107.

F. Petit, « L'action de substitution, un cadeau promis à un avenir meilleur », *Dr. social*, 2004, p. 262.

F. Petit, « Les communications syndicales à l'ère du numérique », *Dr. social*, 2018, p. 1053.

A. Philbert et J. Morville, « Licenciement pour motif économique : les incidences de la loi du 2 août 1989 », *CSBP*, 1989, p. 20.

M.-T. Pignoni, « De l'adhérent au responsable syndical. Quelles évolutions dans l'engagement des salariés syndiqués ? », *Dares analyses*, 2017, n° 15.

J. Prassl, « Uber devant les tribunaux. Le futur du travail ou juste un autre employeur ? », *RDT*, 2017, p. 439.

C. Radé, « L'ordre public social et la renonciation du salarié », *Dr. social*, 2002, p. 931.

C. Radé, « Cour de cassation et Conseil constitutionnel : la convergence, après la méfiance », *Constitutions*, janvier-mars 2011, n° 2011-1, p. 89.

C. Radé, « Des critères du contrat de travail. Protéger qui exactement ? Le tentateur, le sportif amateur, le travailleur ? », *Dr. social*, 2013, p. 202.

J.-E. Ray, « La responsabilité civile du syndicat et de ses délégués à l'occasion d'un conflit du travail », *Dr. social*, 1987, p. 426.

J.-E. Ray, « Sept paradoxes à propos de la grève », *Sem. Soc. Lamy*, 2011, n°1508, p. 202.

J.-E. Ray, « Le juge et les accords sur l'emploi », *Dr. social*, 2017, p. 107.

J.-E. Ray, « Éruption et représentations Avant-propos », *Dr. social*, 2019, p. 188.

P. Rémy, « "Le droit à la participation" en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ? », *Dr. social*, 2015, p. 974.

P. Rémy, « Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ? », *Dr. social*, 2017, p. 1050.

P. Rennes, « Accès à la justice sociale : vers l'action collective », *Dr. ouvrier*, 2013, p. 523.

A. Robert, « Une trempe d'acier », *Libération.fr*, 16 mars 2012, https://www.liberation.fr/futurs/2012/03/16/une-trempe-d-acier_803430 [consulté le 16 juin 2018].

P. Rodière, « Du dialogue social à la démocratie sociale – Quelques questions sur la réforme de la réforme », *Sem. Soc. Lamy*, 2008, n° 1370, p. 7.

P. Rodière, « L'impact des Libertés économiques sur les droits sociaux dans la jurisprudence de la CJCE », *Dr. social*, 2010, p. 573.

S. Rozez, « L'action en justice, action individuelle, action collective », Colloque CGT – Montreuil, 5 et 6 juin 2014, *Dr. ouvrier*, 2014, p. 733.

P. Salvage, « La compétence générale du délégué syndical », *Dr. social*, 1976, p. 396.

D.-E. Sanders et P. Pattison, « Worker Characterisation in a Gig Economy Viewed Through an Uber Centric Lens », *Southern Law Journal*, vol. XXVI, 2016, p. 297.

G. Saunier, « La politique économique de la gauche et le tournant de 1983 », Fondation Jean Jaurès, 7 juin 2017, <https://jean-jaures.org/nos-productions/la-politique-economique-de-la-gauche-et-le-tournant-de-1983> [consulté le 10 juillet 2019].

S. Schweitzer, « Le référendum d'entreprise démode-t-il le syndicalisme ? », *Dr. social*, 2018, p. 410.

J. Simon, C. Foulon, A. Ferrer, « Faut-il introduire l'action de groupe en droit du travail ? », *RDT*, 2012, p. 603.

E.-W. Smith, J. Finot, Paris, *La Revue Mondiale (ancienne Revue des Revues)*, 30^e année, 1919, vol. 132.

B. Stein, « In class warfare, guess which class is winning », *The New York Times*, 26 novembre 2006.

A. Supiot, « La dimension juridique de la doctrine sociale de l'Église », *Dr. social*, 1991, p. 916.

J.-P. Teissonnière, « Lorsque l'employeur est un algorithme, la subordination est violente », *Sem. Soc. Lamy*, 2017, n° 1767, p. 8.

O. Tholozan, « Tradition holiste du droit social et référendum d'entreprise », *Dr. social*, 2018, p. 405.

S. Tourneaux, « Chronique d'actualités du régime du contrat de travail », *Dr. social*, 2016, p. 650.

T. Treu, « Regulation of Strikes and the European Social Model », *Transfer*, 2002, 8 (4), p. 608.

K. Van Den Bergh, « Plateformes numériques de mise au travail : mettre fin à une supercherie », *RDT*, 2018, p. 318.

J.-M. Verdier, « Syndicalisme et fraternité », *Dr. social*, 1990, p. 127.

J.-M. Verdier, « La recevabilité de l'action syndicale exercée dans l'intérêt collectif de la profession après les arrêts Aventis Pharma et Michelin », *Dr. social*, 2004, p. 845

M. Véricel, « Le rétablissement de la présomption de non-salariat », *Dr. social*, 2004, p. 297.

P.-Y. Verkindt, « Les élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. social*, 2009, p. 649.

P.-Y. Verkindt, « Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale », *JCP S*, 2012, n° 22, p. 17.

« Chemise arrachée d'Air France : au procès en appel les prévenus parlent d'action symbolique », *Le Monde*, 12 mars 2018, https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2018/03/12/chemise-arrachee-d-air-france-le-proces-en-appel-de-douze-prevenus-s-ouvre-ce-lundi_5269621_1653578.html [consulté le 20 mars 2018].

« Représentativité syndicale: fin de négociation, position commune sans FO ni l'UPA », *Ladepeche.fr*, 10 avril 2008, <https://www.ladepeche.fr/article/2008/04/10/447718-representativite-syndicale-fin-negociation-position-commune-fo-ni-upa.html> [consulté le 25 avril 2018].

« Risque accident du travail : statistiques sur la sinistralité de l'année 2017 suivant la nomenclature d'activités française (NAF) », Direction des risques professionnel, Étude 2019-040, janvier 2019, [http://www.risquesprofessionnels.ameli.fr/fileadmin/user_upload/document_PDF_a_telecharger/etudes_statistiques/AT_2017/AT2017-%20par%20NAF%20\(n-2019-040\).pdf](http://www.risquesprofessionnels.ameli.fr/fileadmin/user_upload/document_PDF_a_telecharger/etudes_statistiques/AT_2017/AT2017-%20par%20NAF%20(n-2019-040).pdf) [consulté le 24 août 2019].

« Séquestration à Goodyear Amiens : 7 salariés définitivement condamnés », *Ouest-France*, 24 janvier 2018, <https://www.ouest-france.fr/hauts-de-france/sequestration-goodyear-amiens-7-salaries-definitivement-condamnes-5521533> [consulté le 3 février 2018].

« Taux de syndicalisation en Europe », *Alternatives économiques*, <https://www.alternatives-economiques.fr/taux-de-syndicalisation-en-europe-010720167190.html> [consulté le 20 juillet 2019].

IV. Avis, études, observations, rapports, conclusions, commentaires, notes d'arrêts

A. Allix, avis Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981, *Dr. social*, 2009, p. 780.

P.-H. Antonmattei, note Cass. soc., 1er juillet 2009, n° 07-42.675, *Dr. social*, 2009, p. 1169.

P.-H. Antonmattei, obs. Cass. soc., 4 novembre 2015, n° 14-25.745, *Dr. social*, 2016, p. 191.

A. Astaix, obs. Crim., 10 mai 2005, n° 04-84.705, *D.*, 2005, p. 1657.

M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, chron. CJUE, gr. ch., 15 juillet 2010, aff. C-271/08, *AJDA*, 2010, p. 1578.

G. Auzero, obs. Cass. soc., 13 novembre 2008, n° 07-42.640, *RDT*, 2009, p. 32.

G. Auzero, note Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981, *RDT*, 2009, p. 507.

J. Barthélémy, note Cass. soc. 13 novembre 1996, *JCP*, 1997, éd. E, II, p. 911.

J. Barthélémy, note Cass. soc., 13 novembre 1996, *JCP*, 1997, II, p. 911.

V. Bernaud, étude, Cons. const., 20 octobre 2017, n° 2017-665 QPC, consid. 5, *RDT* 2017, p. 720.

G. Borenfreund, note Cass. soc. 29 mai 2001, *Dr. social*, 2001, p. 34.

G. Borenfreund, obs. Cass. soc. 3 mai 2007, *RDT*, 2007, p. 536.

F. Bouyssic, concl. Cass. ass. plén. 4 juillet 1986, Bull. *Dr. social*, 1986, p. 745.

J. Cabannes, concl. Cass., ass. plén., 4 mars 1983, n° 81-11.647, *D.*, 1983. p. 381.

F. Canut, obs. Cass. soc., 4 novembre 2015, n° 14-25.745, *RDT*, 2016, p. 104.

F. Canut, obs. Cass. soc., 8 juin 2016, n° 15-11.324, *Cah. soc.*, 2016, p. 371.

F. Canut, obs. Cass. soc., 3 novembre 2016, n° 15-18.844, *Cah. soc.*, 2016, p. 609.

F. Champeau, obs. Cass. soc., 14 février 2001, n° 98-46.149, *Sem. Soc. Lamy*, 2001, n°1018, p. 12.

G. Couturier, obs. Cass. Soc., 8 juillet 1982, n° 81-14.176, *Dr. social*, 1998, p. 727.

L. Dauxerre, note Cass., ass. plén., 23 octobre 2015, n° 13-25.279, publié au Bulletin, *JCP S*, 2015, p. 1433.

I. Desbarats, obs. Cass. soc., 29 janvier 2003, n° 01-60.628, *D.*, 2004. p. 99.

J.-J. Dupeyroux, note. Cass. soc., 13 novembre 1996, *Dr. social*, 1996, p. 1067.

J.-J. Dupeyroux, note Cass. soc., 13 novembre 1996, *Dr. social*, 1996, p. 1067-1070.

A. L. Durviaux, obs. CJUE, gr. ch., 15 juillet 2010, *RTD eur.*, 2011, p. 435.

B. Edelman, note CA Paris, 16 novembre 1995, *D.*, 1996, p. 429.

A. Edelman, note Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981, *D.*, 2009, p. 2517.

R. Encinas de Munagorri, note Cass. soc., 5 mai 2009, n° 07-43558, *D.*, 1994, p. 588.

A. Fabre, obs. Cons. const., 20 octobre 2017, n° 2017-665 QPC, consid. 5, *RDT*, 2017, p. 720.

P. Flores, E. Wurtz, N. Sabotier, F. Ducloz et S. Mariette, chron. Cass. soc., 8 juin 2016, n° 15-11.324, *D.*, 2016, p. 1259.

H. Ghérari, concl. CE 27 mars 1996, n° 155791, « *Ministre de l'équipement, des transports et du tourisme et Régie autonome des transports parisiens* », *AJDA*, 1996, p. 802.

M. Grévy, obs. Cass. soc., 5 juillet 2006, *RDT*, 2006, p. 401.

A. Ines, obs. Cass. soc., 10 janvier 2012, n° 09-16.691, *Dalloz actualité*, 23 février 2012.

F. Kessler, note CJUE, gr. ch., 15 juillet 2010, aff. C-271/08, *Dr. social*, 2010, p. 1233.

P. Lokiec et J. Porta, obs. Cass. soc., 1er juillet 2009, n° 07-42.675, *Dr. social*, 2009, p. 1002.

P. Lokiec et J. Porta, obs. Cass. soc., 15 janvier 2014, n° 12-23.942, *Dalloz actualité*, 6 février 2014.

G. Lyon-Caen, note Cass. ass. plén. 4 juillet 1986, *Dr. social*, 1986, p. 745.

G. Lyon-Caen, note Cass., ass. plén., 12 mai 1989, nos 86-41.740, 86-44.845 et 86-43.232, *JCP*, 1989. II. p. 21322, spéc. III.

G. Lyon-Caen, note Cons. const., DC n° 93-383 du 6 novembre 1996, *Dr. ouvrier*, 1996, p. 479.

P. Lyon-Caen, concl. Cass. soc., 17 juillet 1996, n° 95-41.745, *Dr. social*, 1996, p. 1049.

C. Maugüé, concl. CE 27 mars 1996, n° 155791, « *Ministre de l'équipement, des transports et du tourisme et Régie autonome des transports parisiens* », *Dr. social*, 1996, p. 938.

C. Maugüé, concl. CE 27 mars 1996, n° 155791, « *Ministre de l'équipement, des transports et du tourisme et Régie autonome des transports parisiens* », *Dr. social*, 1996, p. 938.

N. Moizard, note Cour EDH, 2e sec., 30 mars 2012, « *Satilmis c. Turquie* », nos 74611/01, 26876/02 et 27628/02, *RJS*, 2/08, p. 100.

I. Odoul-Asorey, obs. Cass. soc., 22 février 2017, n° 16-60.123, *RDT*, 2017, p. 433.

M. Patin, « La légitimité démocratique d'un délégué syndical est par principe attachée à son établissement de suffrages », *JSL*, N°421, 21 décembre 2016. Cass. soc., 3 novembre 2016, n°15-60.203, arrêt n°1961 FS-P+B+R+I.

L. Perrin, obs. Cass. soc., 13 novembre 2008, n° 07-42.640, *D.*, 2009, p. 528.

F. Petit, note Cass. soc. 29 mai 2001, *D.*, 2002, p. 34.

F. Petit, note Cass. soc., 5 novembre 2014, n° 13-17.270, *D.*, 2014. p. 2346.

F. Petit, obs. Cass. soc., 22 février 2017, n° 16-60.123, *Dr. social*, 2017, p. 575.

F. Petit, Cass. soc., 12 juillet 2017, n° 15-27.742, *Dr. social*, 2017, p. 1087.

F. Petit, obs. Cass. soc., 15 novembre 2017, n° 16-24.798, *Dr. social*, 2018, p. 211.

A. Philibert, note Cass. soc., 20 février 1996, n° 92-45024, *CSBP*, 1996, n° 80 A 28.

P. Pic, note Cass, soc. 6 juillet 1931, *DP*, 1931, 1, p. 131.

X. Prétot, obs. Cass. soc., 13 novembre 1996, *TPS*, 1997, comm. 20.

X. Prétot, « La conformité à la Constitution de la loi relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion », *Droit social*, 1989, p. 701.

C. Radé, note Cass. soc. 15 février 2006, n° 04-45738, *Dr. social*, 2006, p. 577.

J.-E. Ray, note Cass. soc., 21 janvier 1987, *Dr. social*, 1987, p. 427.

J.-E. Ray, obs. CA Paris, 16 novembre 1995, *Dr. social*, 1996, p. 102.

C. Roy-Loustaunau, obs. Soc., 27 octobre 1998, n° 95-43.308, *Dr. social*, 1999, p. 293.

J. Savatier, obs. Cass. soc., 2 mars 1960, *Dr. social*, 1960, p. 550.

J. Savatier, obs. Cass. soc., 27 mars 1996, n° 93-46631, *Dr. social*, 1996, p. 642.

J. Savatier, note Cass. soc., 17 juillet 1996, n° 95-41.745, *Dr. social*, 1996, p. 1049.

J. Savatier, obs. Cass. soc., 24 avril 2003, n° 01-60.876, *Dr. social*, 2003, p. 453.

J. Savatier, obs. Cass. soc., 29 octobre 2003, n° 02-60.836, *Dr. social*, 2004, p. 213.

Y. Serra, obs. Cass. soc., 14 avril 2016, n° 14-29.679, *D.*, 2016, p. 2484.

H. Sinay, note Cass. soc., 2 juin 1961, *D.*, 1970, p. 128.

H. Tissandier, obs. Cass. soc., 12 juillet 2006, n° 04-47.558, *RDT*, 2006, p. 402.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

A.

Accord collectif : n°75 et s., n°118 et s., n°142, n°200 et s., n°286 et s., n°300 et s., 325 et s., n°355, n°365, n°373, n°383, n°418.

Action judiciaire : n°222 et s., n°510 et s., n°552 et s.

Audience électorale (critère de) : n°43, n°57, n°62, n°80, n°101 et s., n°132, n°153 et s., n°161, n°177, n°182, n°190.

B.

Bourses du travail : n°1, n°3.

C.

CFTC : n°102, n°125, n°128, n°154, n°154, n°176, n°254, n°426.

CGPME : n°101 et s.

CGT : n°140, 154 et s., n°171, n°176, n°182, n°282, n°254, n°310, n°373, n°461, n°481, n°483, n°521, n°560.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : n°499

Comité d'hygiène, de santé et sécurité au travail : n°68, n°191, n°271 et s., n°309 et s., n°412.

Comité d'entreprise : n°344, n°401, n°412.

Comité social économique : n°50, n°70, n°131, n°192 et s., n°198, n°203, n°206, n°212, n°218, n°268 et s., n°297, n°310 et s., n°339, n°377, n°407, n°413 et s., n°545 et s.

Communication syndicale : n°447 et s., n°453 et s., n°456 et s.

Conseil de Prud'hommes : n°74, n°219, n°233, n°247, n°249, n°511, n°518, n°525, n°531, n°539, n°547, n°566.

Contrat de travail : n°232 et s., n°240 et s., n°250 et s., n°278, n°308, n°312, n°316 et s., n°327 et s., n°341, n°345, n°361, n°371, n°394, n°464, n°510, n°514, n°551, n°557, n°563.

Convention collective : n°98, n°200, n°207, n°336, n°349, n°362 et s., n°374, n°487 et s., n°491, n°496, n°524 et s., n°529, n°539.

Conseil d'entreprise : n°410, n°414, n°421, n°422, n°564.

D.

Décentralisation (du droit du travail) : n°38, n°166, n°170, n°312, n°315, n°318, n°319, n°328, n°346, n°369 et s., n°424, n°557 et s., n°564.

Délégation unique du personnel : n°121, n°186, n°189, n°191, n°273, n°310.

Délégué syndical : n°252 et s., n°268 et s., n°273 et s., n°286 et s., n°305 et s., n°309 et s., n°345 et s., n°371 et s., n°396 et s., n°406 et s., n°421 et s., n°432 et s., n°456 et s., n°518, n°547, n°555 et s.

Délégué du personnel : n°68, n°70, n°80, n°91, n°121, n°131, n°145, n°186, n°189, n°192, n°206, n°257, n°273, n°289, n°294 et s., n°299 et s., n°308, n°375, n°401, n°412, n°441.

Droit du travail

- conceptions : n°24.
- construction : n°19 et s.
- réversibilité : n°24 et s., n°221, n°502, n°558, n°560.

E.

Effectifs : n°102, n°112, n°125, n°131, n°133, n°137, n°145, n°182, n°184 et s., n°221, n°227, n°235 et s., n°251, n°258, n°260, n°267, n°269, n°324, n°339, n°406 et s., n°413 et s., n°434, n°439, n°446 et s., n°485, n°562, n°564.

Élections professionnelles : n°51 et s., n°58, n°62 et s., n°80 et s., n°102 et s., n°108, n°114 et s., n°125 et s., n°128, n°131 et s., n°135, n°140, n°153, n°157 et s., n°158, n°161 et s., n°169, n°177, n°180, n°182 et s., n°193 et s., n°218, n°227, n°235, n°251, n°255, n°262 et s., n°272 et s., n°277 et s., n°280, n°293, n°296, n°308, n°372, n°376, n°378, n°387, n°401 et s., n°404, n°408 et s., n°418, n°420, n°424, n°560 et s.

Entreprise : n°39

F.

Fédération syndicale : n°1, n°3, n°11.

Flexisécurité : n°31 et s.

G.

Grève

- arrêt de travail : n°464, n°465, n°495.
- lock-out : n°502.
- préavis : n°467 et s., n°472, n°474, n°476 et s., n°504, n°506, n°555, n°565.
- réquisition : n°467, n°478 et s., n°506, n°565.

I.

Intérêt collectif de la profession : n°437, n°547, n°549.

L.

Laval : n°487 et s.

Liberté syndicale : n°14 et s., n°17 et s., n°25, n°41, n°280, n°295, n°315, n°386, n°440 et s., n°451, n°433, n°457 et s., n°465, n°481, n°483, n°498, n°503, n°544, n°549.

Local syndical : n°431, n°439 et s., n°446.

Lock-out : v. grève.

Lutte des classes : n°6.

M.

Mai 1968 : n°17 et s., n°54, n°84, n°200, n°254, n°416.

MEDEF : n°101, n°103, n°125.

O.

OIT (organisation internationale du travail) : n°280, n°336, n°481, n°483, n°498.

P.

Position commune : n°18, n°85, n°101 et s., n°113, n°115, n°120, n°171, n°182, n°321, n°560.

Principe de faveur : n°314 et s., n°320 et s.

Protocole préélectoral : n°46 et s., n°50 et s., n°58, n°62 et s., n°158, n°286, n°310, n°550.

R.

Référendum : n°139, n°372, n°383 et s., n°388 et s., n°392, n°394, n°421 et s., n°564.

Représentant de section syndicale : n°37, n°45, n°55, n°62 et s., n°74, n°77 et s., n°80 et s., n°172, n°175, n°207, n°210, n°235, n°251, n°264, n°269, n°271, n°290, n°306, n°308 et s., n°435, n°547, n°555.

Représentant syndical : n°37, n°67, n°175, n°272, n°289, n°309 et s., n°436, n°526, n°547.

Représentativité : n°39 et s., n°51, n°55, n°57, n°65 et s., n°68, n°81, n°84 et s., n°89 et s., n°93, n°95 et s., n°114 et s., n°151 et s., n°218, n°252 et s., n°283, n°285, n°291 et s., n°560 et s.

Requalification (du contrat de travail) : n°219, n°222, n°224, n°226 et s., n°233, n°235 et s., n°239, n°242, n°244 et s.

Révolution : n°4, n°460 et s.

S.

Scrutin : v. élections

Section syndicale : n°18, n°37, n°45 et s., n°97, n°158, n°164, n°168, n°172, n°175, n°194, n°200, n°207, n°210, n°212, n°218, n°235, n°251, n°254, n°257, 264, n°269, n°271, n°283, n°290, n°306 et s., n°319, n°403, n°426, n°426 et s., n°505, n°547, n°554 et s.

Seuils : v. effectifs

SUD : n°11, n°97, n°385.

Syndicat

- action en justice : v. action judiciaire
- confédération : n°1, n°486.
- d'entreprise : n°18 et s.
- objet : n°16 et s.
- taux de syndicalisation : n°13, n°88, n°99 et s., n°137, n°142, n°144, n°146, n°171, n°560.
- v. délégué syndical
- v. liberté syndicale
- v. représentativité
- v. section syndicale

T.

Tract : n°56, n°429, n°447, n°450 et s.

U.

Unité économique et sociale : n°271, n°308, n°334.

UNSA : n°11, n°67, n°98, n°103, n°125, n°128.

V.

Viking : n°488 et s.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	17
PARTIE I. L'AFFAIBLISSEMENT DE LA STRUCTURE SYNDICALE DANS L'ENTREPRISE.....	46
TITRE 1. L'IMPLANTATION D'UNE STRUCTURE SYNDICALE DIVISÉE	49
Chapitre 1. La perméabilisation de la frontière entre syndicat représentatif et syndicat non représentatif dans l'entreprise.....	49
Section 1. L'extension aux syndicats non représentatifs de prérogatives naguère propres aux syndicats représentatifs	50
A. L'extension aux syndicats non représentatifs de prérogatives électorales	51
1. La participation au protocole d'accord préélectoral	51
2. La présentation des candidats au premier tour des élections professionnelles	53
B. La constitution d'une section syndicale dans l'entreprise	54
1. Structure de l'organisation syndicale dans l'entreprise	54
2. La constitution de la section syndicale par les syndicats non représentatifs	55
Section 2. L'institution d'un représentant de section syndicale au profit des syndicats non représentatifs.....	59
A. Les conditions préalables à la nomination du représentant de section syndicale	59
1. La nomination d'un seul représentant par section syndicale	60
2. La désignation du représentant de section syndicale	61
B. Les prérogatives importantes du représentant de section syndicale	63
1. Des prérogatives semblables à celles du délégué syndical	63
2. Des prérogatives concurrentes à celles du délégué syndical	65
Conclusion du Chapitre 1	66
Chapitre 2. La mise en concurrence permanente des syndicats dans l'entreprise	67
Section 1. La démonstration obligatoire de la représentativité par chaque syndicat.....	69
A. La fin du régime de la représentativité présumée	70
1. La présomption de représentativité des cinq confédérations nationales et des organisations affiliées	70
2. La remise en cause du régime de la représentativité présumée	75
B. La satisfaction de nouveaux critères de représentativité cumulatifs	79
1. Les critères qualitatifs.....	79
a. Le respect des valeurs républicaines	79
b. L'indépendance.....	80
c. L'ancienneté.....	81
2. Les critères quantitatifs.....	82

Section 2. L'intensification de la concurrence entre les syndicats par le critère de l'audience électorale	83
A. Un critère déterminant dans l'acquisition de la qualité de syndicat représentatif ...	83
1. Le score d'au moins 10 % des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles	84
2. Le cas des établissements de l'entreprise dans les territoires d'outre-mer	87
3. L'incidence des élections partielles sur la représentativité.....	87
4. Les conséquences du changement d'affiliation sur la représentativité.....	89
5. Le calcul de l'audience électorale selon les effectifs de l'entreprise.....	90
a. Entreprises d'au moins onze salariés	90
b. Entreprises de moins de onze salariés.....	91
B. Les effets négatifs du critère de l'audience électorale sur l'unité syndicale dans l'entreprise	92
1. Un renforcement contestable de la légitimité des organisations syndicales.....	92
a. Un diagnostic fondé sur le seul rejet des organisations syndicales.....	92
b. Les causes multiples de la désyndicalisation	95
• Les causes juridiques.....	95
• Les causes sociologiques.....	96
2. L'accroissement de la division syndicale dans l'entreprise.....	101
a. L'aggravation de l'enjeu des élections professionnelles.....	101
b. La spécialisation du rôle du syndicat à la négociation collective	105
Conclusion du Chapitre 2	107
CONCLUSION DU TITRE 1	109
TITRE 2. LA FRAGILISATION DE LA QUALITÉ D'ORGANISATION REPRÉSENTATIVE PAR SON CONDITIONNEMENT À L'ÉLECTION PROFESSIONNELLE.....	111
Chapitre 1. La raréfaction de l'élection professionnelle dans l'entreprise	114
Section 1. La diminution du nombre d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise	114
A. La fusion facultative des institutions représentatives du personnel.....	115
B. La fusion contrainte des institutions représentatives du personnel	117
Section 2. Le durcissement des conditions d'effectifs.....	118
A. L'accroissement de la durée d'atteinte des seuils.....	118
1. Pour la tenue de l'élection du comité social et économique.....	118
2. Pour la désignation du délégué syndical.....	119
B. L'exclusion de certains salariés des effectifs.....	124
1. L'exclusion de certains contrats atypiques des effectifs.....	124
2. Le recours aux travailleurs indépendants	127
a. La création de la présomption de non salariat par la loi du 11 février 1994 ...	128
b. La création du statut d'auto-entrepreneur par la loi du 4 août 2008	131

Conclusion du Chapitre 1	146
Chapitre 2. Les répercussions de la fragilisation de la représentativité sur le mandat du délégué syndical.....	147
Section 1. La précarisation du mandat de délégué syndical	148
A. L'instabilité du mandat du délégué syndical	148
B. La remise en cause périodique du mandat du délégué syndical	150
Section 2. La baisse du nombre de mandats de délégués syndicaux dans l'entreprise	153
A. Le durcissement des critères de désignation du délégué syndical	155
B. La confusion du périmètre de la désignation du délégué syndical avec celui de la mise en place des instances représentatives du personnel	161
1. Conséquence directe de la loi du 20 août 2008	161
2. Le timide rétablissement du double périmètre de représentation par la loi du 5 mars 2014.....	165
Conclusion du Chapitre 2	171
CONCLUSION DU TITRE 2	173
PARTIE II. L'AFFAIBLISSEMENT DES PRÉROGATIVES DE L'ACTEUR SYNDICAL	177
TITRE 1. LA MARGINALISATION DE L'ACTEUR SYNDICAL DE LA NÉGOCIATION COLLECTIVE.....	178
Chapitre 1. La décentralisation du droit du travail au niveau de l'entreprise.....	179
Section 1. La primauté de l'accord d'entreprise.....	179
A. La primauté de l'accord d'entreprise au sein de l'ordre conventionnel	180
B. La primauté progressive de l'accord d'entreprise sur le contrat de travail.....	186
Section 2. L'autonomisation de la norme conventionnelle	194
A. La protection des salariés via le recours judiciaire <i>a posteriori</i>	194
1. Une protection résultant du rapport de force favorable à l'employeur.....	194
2. L'effet impératif de l'accord collectif.....	196
B. La préservation de l'accord d'entreprise du contrôle judiciaire	200
1. La limitation du recours judiciaire en nullité.....	200
a. La présomption de validité de l'accord collectif.....	201
b. La réduction du délai de prescription de l'action en nullité.....	201
c. La limitation de l'effet rétroactif de la nullité	203
2. La limitation de l'intensité du contrôle judiciaire	203
Conclusion du Chapitre 1	209
Chapitre 2. La mise à distance de l'acteur syndical de la négociation collective d'entreprise	209
Section 1. L'allègement des modalités d'adoption de l'accord d'entreprise	210
A. La conclusion d'un accord collectif d'entreprise à la majorité tronquée.....	210
B. Le recours au référendum en cas d'absence d'approbation majoritaire de l'accord collectif	214
Section 2. La mobilisation croissante de négociateurs palliatifs non syndicaux	221

A. Le recours aux négociateurs non mandatés par une organisation syndicale en l'absence de délégué syndical.....	222
B. La substitution du délégué syndical par le conseil d'entreprise	227
Conclusion du Chapitre 2	232
CONCLUSION DU TITRE 1	234
TITRE 2. DES MOYENS D'ACTION SYNDICALE PERFECTIBLES	236
Chapitre 1. La fragilisation des moyens d'action de l'acteur syndical dans l'entreprise	237
Section 1. La préservation des prérogatives propres à la section syndicale	237
A. La préservation de la majorité de ses prérogatives traditionnelles	237
1. L'accroissement des heures de délégation.....	238
a. L'augmentation du nombre d'heures de délégation liés à la section syndicale et ses représentants	238
• Les heures de délégation attribuées à la section syndicale	238
• Les heures de délégation attribuées aux délégués syndicaux	238
• Les heures de délégation attribuées aux représentants de section syndicale.....	239
b. La stagnation du nombre d'heures de délégation attribuées aux représentants syndicaux au sein des institutions représentatives du personnel	239
2. La protection du local syndical par la Cour de cassation	240
3. La collecte des cotisations syndicales à l'intérieur de l'entreprise.....	243
4. Le droit de réunion syndicale	243
B. Le renforcement du contrôle de la communication syndicale par l'employeur	245
1. Le contrôle a posteriori de la communication syndicale papier	248
2. Le contrôle a priori de la communication syndicale numérique.....	249
Section 2. La restriction du droit de grève.....	253
A. La restriction du droit de grève par les institutions nationales	261
1. L'existence d'un préavis de grève dans les entreprises assurant une mission de service public	262
a. Le dépôt d'un préavis collectif obligatoire par une organisation syndicale représentative.....	262
b. L'instauration d'un préavis individuel.....	263
• Dans les entreprises de transport de voyageurs ayant une mission de service public	263
• Dans les écoles maternelles et élémentaires privées sous contrat.....	265
2. La restriction du droit de grève par le pouvoir exécutif	266
a. L'usage abusif de la réquisition des salariés grévistes	266
b. Le remplacement des salariés grévistes par les forces de l'ordre	268
B. L'absence de protection uniforme du droit de grève en Europe.....	269
1. La limitation du droit de grève aux libertés économiques par la Cour de justice de l'Union européenne.....	270
2. La consécration non sans risques du droit de grève par la Cour européenne des droits de l'Homme	279

a. L'éventualité d'une reconnaissance du « <i>lock-out</i> » patronal	279
b. La titularité syndicale du droit de grève.....	280
Conclusion du Chapitre 1	281
Chapitre 2. Les limites de l'action syndicale devant le juge	282
Section 1. Les carences de l'action en substitution	287
A. Les limites de fond de l'action de substitution	291
1. L'absence d'un régime unique à l'ensemble des motifs de recours	291
2. La limitation des motifs de recours pour l'acteur syndical de l'entreprise.....	296
B. Les limites procédurales de l'action en substitution.....	298
1. Des conditions de mise en œuvre restrictives.....	298
2. L'absence d'anonymat du salarié substitué	299
Section 2. Les limites de l'action de groupe.....	301
A. La limitation du recours à un seul motif.....	301
B. La complexité procédurale de l'action de groupe.....	302
Conclusion du Chapitre 2	306
CONCLUSION DU TITRE 2	307
CONCLUSION DE LA PARTIE II	308
CONCLUSION GÉNÉRALE	309
BIBLIOGRAPHIE.....	315
INDEX ALPHABÉTIQUE	347