Elections professionnelles et démocraties : contribution à l'étude comparée entre relations collectives de travail et système politique

Rémi Leveau

▶ **To cite this version:**

Rémi Leveau. Elections professionnelles et démocraties : contribution à l'étude comparée entre relations collectives de travail et système politique. Droit. Université d'Angers, 2020. Français. NNT : 2020ANGE0034 . tel-03425104

HAL Id: tel-03425104
https://theses.hal.science/tel-03425104

Submitted on 10 Nov 2021

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.

DOCTORAT BRETAGNE LOIRE / DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

université angers (2)

THESE DE DOCTORAT DE

L'UNIVERSITE D'ANGERS

ECOLE DOCTORALE N° 599
Droit et Science politique
Spécialité : *Droit privé*

Par
Rémi LEVEAU

Élections professionnelles et démocraties

Contribution à l'étude comparée entre relations collectives de travail et système politique

Thèse présentée et soutenue à Angers, le 17 décembre 2020
Unité de recherche : Centre Jean Bodin – Université de droit, d'économie et de gestion
Thèse N° : 118508

Rapporteurs avant soutenance :

Arnaud MARTINON	Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris II)
Franck PETIT	Professeur, Université d'Aix-Marseille

Composition du Jury :

Présidente :	Françoise FAVENNEC-HÉRY	Professeure, Université Panthéon-Assas (Paris II)
Examinateurs :	François HOURMANT	Professeur, Université d'Angers
	Arnaud MARTINON	Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris II)
	Franck PETIT	Professeur, Université d'Aix-Marseille
Dir. de thèse :	Bernard GAURIAU	Professeur, Université d'Angers

UNIVERSITÉ D'ANGERS
École doctorale Droit et Science politique
Centre Jean Bodin (n° EA 4337)

Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit privé,
présentée et soutenue publiquement à Angers
le 17 décembre 2020

Élections professionnelles et démocraties

Contribution à l'étude comparée entre relations collectives de travail et système politique

Rémi LEVEAU

Sous la direction de M. le Professeur Bernard GAURIAU

Membres du jury :

Madame **Françoise FAVENNEC-HÉRY**
Professeure à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur **Bernard GAURIAU**
Professeur à l'Université d'Angers

Monsieur **François HOURMANT**
Professeur à l'Université d'Angers

Monsieur **Arnaud MARTINON**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur **Franck PETIT**
Professeur à l'Université Aix-Marseille

L'Université d'Angers n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À ma famille,

À mes ami(e)s,

Remerciements

Je tiens à exprimer ma plus profonde reconnaissance au Professeur Bernard Gauriau pour sa confiance, ses précieux conseils, sa disponibilité et son suivi régulier tout au long de ce travail de recherche.

Je remercie également les Professeurs Françoise Favennec-Héry, François Hourmant, Arnaud Martinon et Franck Petit pour avoir accepté d'être membres de mon jury de thèse.

Mes remerciements sont aussi adressés à l'École doctorale Droit et Science politique et à son directeur-adjoint ainsi qu'au Centre Jean Bodin, à son directeur et son équipe administrative, pour leur souci constant d'amélioration des conditions de travail des doctorants.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

al.	Alinéa
Arr.	Arrêté
art.	Article
avr.	Avril
fév.	Février
BJT	Bulletin Joly Travail
Bull. ass. plen.	Bulletion des arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
C. civ.	Code civil
C. élec.	Code électoral
C. pén.	Code pénal
C. trav.	Code du travail
Cah. soc.	Cahiers sociaux
Cass.	Cour de cassation
Cass. ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CE	Conseil d'État
chron.	Chronique
concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Contra	Opinion contraire
CSBP	Cahiers sociaux
D.	Recueil Dalloz
dactyl.	Dactylographié(e)
DARES	Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques
D. actu.	Dalloz actualité
déc.	Décembre
Décr.	Décret
dir.	Sous la direction de

DIRECCTE	Direction régionale des entreprises, de la concourrence, de la consommation, du travail et de l'emploi
Doc. fr.	Documentation française
DP	Délégué du personnel
Dr. ouvrier	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
éd.	Edition
in	Dans
infra	Ci-dessous
IRP	Institutions représentatives du personnel
janv.	Janvier
J.-Cl.	JurisClasseur
JCP E	La Semaine juridique, édition Entreprise et affaires
JCP G	La Semaine juridique, édition Générale
JCP S	La Semaine juridique, édition Sociale
JORF	Journal Officiel de la République Française
juill.	Juillet
L.	Loi
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LOLS	Ley orgánica de libertad sindical
LPA	Les petites affiches
n°	Numéro
not.	Notamment
nov.	Novembre
obs.	Observations
oct.	Octobre
Ord.	Ordonnance
p.	Page
Pan.	Panorama
Par.	Paragraphe
Préc.	Précité
Prop.	Proposition

PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUG	Presses universitaires de Grenoble
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
rapp.	Rapport
Rép. civ.	Répertoire civil Dalloz
Rép. trav.	Répertoire travail Dalloz
RDT	Revue de droit du travail
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RF sc. pol.	Revue française de science politique
RLDA	Revue Lamy Droit des Affaires
RPDS	Revue pratique de droit social
s.	Suivant
sept.	Septembre
spéc.	Spécialement
SSL	Semaine sociale Lamy
supra	Ci-dessus

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE
L'EMPRUNT LIMITÉ DE LA DÉMOCRATIE SOCIALE À LA DÉMOCRATIE POLITIQUE : DROIT ÉLECTORAL PROFESSIONNEL

TITRE I. LES DROITS DU TRAVAILLEUR
Chapitre I. Titularité des droits : électeur et éligible
Chapitre II. Exercice des droits : le scrutin

TITRE II. LES DROITS DES REPRESENTANTS
Chapitre I. Origine des mandats
Chapitre II. Cumul des mandats

DEUXIÈME PARTIE
L'ENCADREMENT DE LA DÉMOCRATIE SOCIALE PAR LA DÉMOCRATIE POLITIQUE : REPRÉSENTATION ET PARTICIPATION

TITRE I. LA DEMOCRATIE SOCIALE REPRESENTATIVE
Chapitre I. Décentralisation
Chapitre II. Représentation dans l'entreprise

TITRE II. LE DIALOGUE SOCIAL REPRESENTATIF
Chapitre I. Participation indirecte des travailleurs
Chapitre II. Recherche d'une participation directe des travailleurs

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION

Nemo censetur ignorare legem,
si ab omnibus intellegetur[1].

1. Démocratie. « *La France ne doit pas être une démocratie, mais un régime représentatif. Le choix entre ces deux méthodes de faire la Loi, n'est pas douteux parmi nous. D'abord, la très grande pluralité de nos concitoyens n'a ni assez d'instruction, ni assez de loisir, pour vouloir s'occuper directement des lois qui doivent gouverner la France ; ils doivent donc se borner à se nommer des représentants* »[2].

En ces quelques mots prononcés à l'Assemblée nationale, en pleine Révolution française, l'abbé Sieyès oppose la participation directe des citoyens et leur représentation qu'il estime seule capable de gérer les affaires du pays. La démocratie politique, entendue plus largement, repose toujours sur cette conception. La démocratie sociale emprunte, depuis quelques années seulement, la théorie d'une démocratie directe défendue par Rousseau[3] en essayant de concilier deux régimes démocratiques : représentatif et participatif.

La démocratie sociale s'apparente à un régime de représentation des travailleurs dont les acteurs sont choisis lors des élections professionnelles qui, sur certains points, se rapprochent des élections politiques. Si la conception de la démocratie sociale ne saurait trop s'éloigner de celle de la démocratie politique tant elle est définie par les acteurs politiques, la place laissée à la participation directe des travailleurs est plus importante que celle des citoyens dans le système politique.

2. Démocraties politique et sociale. Plus généralement, la démocratie est un « *régime politique dans lequel le pouvoir suprême est attribué au peuple qui l'exerce par lui-même, ou*

[1] Nul n'est censé ignorer la loi, à condition qu'elle soit intelligible par tous.

[2] E.-J. SIEYES, Dire de l'abbé Sieyès sur la question du veto royal : *Assemblée nationale, 7 sept. 1789*.

[3] J.-J. ROUSSEAU, Du contrat social ou principes du droit politique : *éd. Rey, 1ère éd., 1762* : « *toute loi que le peuple en personne n'a pas ratifiée est nulle ; ce n'est point une loi* ».

par l'intermédiaire des représentants qu'il élit »[4]. Qu'il s'agisse de la démocratie politique ou de la démocratie sociale, les mécanismes de leur mise en œuvre ont été prévus par le pouvoir constituant et le législateur. Plusieurs conceptions s'opposent.

Dans la vie publique, s'opposent les partisans d'une démocratie exercée directement par le peuple et ceux qui, au contraire, estiment qu'elle passe par l'élection de représentants du peuple œuvrant pour l'intérêt général. Les uns promeuvent une assemblée constituante ; les autres préfèrent le système de représentation prévu par la Constitution de la Vè République.

Dans la sphère professionnelle, le développement de la démocratie sociale a, dès son origine, eu pour fondement la démocratie représentative pour permettre aux organisations syndicales de travailleurs de défendre les « *droits ainsi que* [l]*es intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts* »[5]. « *Pourtant, les salariés ne se reconnaissent pas toujours dans l'intérêt collectif de la profession au nom duquel elles agissent* »[6]. La défiance des travailleurs à leur endroit s'explique en partie dans la négociation et la conclusion d'accords collectifs dont l'objectif a évolué, recherchant hier le maximum d'avantages pour les travailleurs et aujourd'hui un compromis avec l'employeur par voie de concessions. Les organisations syndicales n'ont donc plus « *le beau rôle* »[7].

Face à ce phénomène contemporain, le législateur a accru le nombre de possibilité de recours à la consultation des travailleurs dans l'entreprise. Il a posé les prémices de la transformation de la démocratie sociale représentative[8] en démocratie sociale participative et a, en même temps, rappelé la vocation naturelle des organisations syndicales à la négociation collective[9]. Le

---

[4] G. CORNU, Vocabulaire juridique : *PUF, 12è éd., 2018, p. 326*.

[5] C. trav., art. L. 2131-1.

[6] B. GAURIAU, Les transformations du droit syndical : *JCP S 2015, 1239*.

[7] *Art. préc*.

[8] F. PETIT, La notion de représentation dans les relations collectives de travail : *thèse dactyl., Paris I, 2000* ; J. DIRRINGER, Les sources de la représentation collective des salariés : contribution à l'étude des sources du droit : *thèse dactyl., Paris II, 2015, p. 1* : « *elle* [la représentation collective des salariés] *consiste en un mécanisme juridique d'expression et de défense des intérêts qui investit les* [représentants] *à parler au nom et pour le compte des* [salariés représentés] » ; G. BORENFREUND, La représentation des salariés et l'idée de représentation : *Dr. soc. 1991, p. 685* ; A. JEAMMAUD, Sur la représentation dans les relations de travail : *Bull. de l'association critique du droit, 1987* ; M.-L. MORIN, Les conceptions juridiques de la représentation : *Cahiers du GRECO, 1995, p. 17*.

[9] Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC, cons. 8 : *JORF 13 nov. 1996, p. 16531* : « *si ces dispositions* [sixième et huitième alinéas du préambule de la Const. du 27 oct. 1946] *confèrent aux organisations syndicales vocation*

Conseil constitutionnel a récemment confirmé sa position : il ne s'agit que d'une vocation, pas d'un « *monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective* »[10].
Tel est le paradoxe d'une démocratie sociale qui a renforcé la légitimité des acteurs syndicaux dans l'entreprise il y a une dizaine d'années et qui désormais cherche à pallier la carence de la représentation des travailleurs voire à contourner les intermédiaires entre l'employeur et la collectivité des travailleurs, en autorisant l'intervention directe de ces derniers.

3. Souveraineté. Démocraties politique et sociale sont fondées sur deux notions distinctes : la souveraineté et la participation, respectivement. La Constitution du 4 octobre 1958 organise, en son article 3, la vie publique et politique autour du principe suivant : « *la souveraineté appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum* ». Le préambule du 27 octobre 1946, en son alinéa 8, affirme pour sa part que : « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». Le système politique reconnaît la souveraineté du peuple auquel le système des relations collectives de travail préfère la notion de participation des travailleurs.
Une première approche globale des deux systèmes inviterait à retenir une définition identique des notions de souveraineté et de participation. Qu'elles soient politiques ou sociales, les démocraties sont représentatives. Chacun des systèmes prévoit en effet la mise en place d'élections et le recours aux représentants.
Une deuxième approche, plus précise, met à mal l'unicité de la définition de ces notions dont les contours restent flous. Sur la souveraineté, le Professeur Pierre Rosanvallon écrit qu'« *un consensus s'instaure dès l'été 1789 pour estimer que la souveraineté ne réside pas dans le tout réuni. Cette notion prend rapidement un air d'évidence philosophique, de telle sorte que personne ne songe vraiment à l'approfondir ; comme si elle ne faisait que traduire, dans la*

---

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 » ; *Dr. soc. 1997, p. 25 et s., note M.-L. MORIN ; RTD civ. 1997, p. 785 et s., obs. R. LIBCHABER*.

[10] Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC : *JORF 31 mars 2018, texte n° 2* ; *Dr. soc. 2018, p. 677 et s., note C. RADE*.

langue du droit public, les fondements les plus indiscutables de la lutte contre les privilèges et le despotisme »[11]. Dans la théorie du régime représentatif, la souveraineté se définit comme l'« *attribut d'un être, nation ou peuple, qui fonde l'autorité des organes suprêmes de l'État parce que c'est en son nom qu'est exercée, en dernier ressort, la puissance publique* »[12]. Le principe de participation « *repose sur un objet plus modeste, dont l'élément principal consiste à assurer une expression collective des salariés dans le but de permettre la prise en compte de leurs intérêts dans les décisions patronales* »[13].

4. Décentralisation. Si les systèmes de relations collectives de travail et politique ne reposent pas sur les mêmes fondements constitutionnels, ils ont pour point commun la décentralisation qui permet la prise de décisions à des niveaux infralégislatifs.

Dans le système politique, la décentralisation, « *fondée sur la notion d'intérêt local, donne naissance à des collectivités publiques distinctes de l'État (région, département, commune) dont l'existence et la libre administration par des conseils élus prévues par la Constitution, sont garanties par la loi ; dotées de la personnalité juridique, de l'autonomie financière et d'organes délibérant et exécutif propres, ces collectivités ont en charge, sous le contrôle des tribunaux administratifs et de chambres régionales des comptes, la gestion de biens et de services distincts de ceux de l'État* »[14]. La Constitution du 4 octobre 1958 le prévoit en ses articles 1er[15], 34[16] et 72[17] et suivants.

La pouvoir constituant renvoie aux collectivités le soin d'administrer la vie de la cité au plus près des citoyens[18]. Selon la Constitution, les collectivités territoriales sont, sur le territoire

---

[11] P. ROSANVALLON, La démocratie inachevée : *Gallimard, p. 20.*

[12] G. CORNU, *op. cit., p. 985.*

[13] F. PETIT, La notion de représentation dans les relations collectives de travail, p. 9 : *thèse dactyl., Paris I, 2000.*

[14] G. CORNU, *op. cit., p. 300.*

[15] Const., art. 1 : « *son* [la France] *organisation est décentralisée* ».

[16] Const., art. 34, al. 3 : « *la loi détermine les principes fondamentaux :* […] *de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources* ».

[17] Const., art. 72 et not., al. 2 : « *les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon* ».

[18] G. CORNU, *op. cit., p. 176* : « *personne qui, dans un État démocratique, participe à l'exercice de la souveraineté, soit dans la démocratie indirecte par l'élection de représentants, soit dans la démocratie directe par l'assistance à l'assemblée du peuple* ».

métropolitain, au nombre de trois : les communes, les départements et les régions. Il convient d'y inclure le phénomène de l'intercommunalité qui occupe une place importante dans le système politique. C'est pourquoi le terme de collectivité locale est préférée à celui de collectivité territoriale, bien que le Conseil constitutionnel ait dernièrement opéré un rapprochement entre ces deux notions, en qualifiant de « *collectivité territoriale* »[19] l'établissement public de coopération intercommunalité.

Le pouvoir constituant a doté chacune de ces collectivités locales d'un pouvoir normatif extrêmement limité à quelques domaines alors que le dialogue social peut conduire à la conclusion de normes conventionnelles au sein des entreprises et des branches professionnelles.

Cette étude se concentre sur l'incarnation de la démocratie sociale à travers les relations collectives de travail au sein des entreprises qui reposent sur deux piliers : l'institution représentative du personnel – le comité social et économique –, d'une part, et le dialogue social entretenu lors de la négociation collective entre l'employeur et la représentation syndicale ou élue des travailleurs, d'autre part.

Dans la sphère professionnelle, la décentralisation permet aux acteurs du dialogue social de définir par eux-mêmes les règles conventionnelles applicables à la collectivité des travailleurs, dans la limite des principes fondamentaux déterminés par le législateur[20].

Le pouvoir constituant a en effet laissé au législateur le soin de déterminer les principes fondamentaux dans les systèmes politiques et de relations collectives de travail. Dans les deux systèmes, le législateur a fait le choix de la décentralisation. Son organisation varie d'un système à l'autre. Le législateur ne reconnaît qu'une « *compétence* »[21] normative extrêmement limitée aux collectivités locales qui sont pourtant parties intégrantes du système politique. À l'inverse, il permet aux acteurs de la négociation collective d'exercer un pouvoir normatif conventionnel.

La définition du cadre de la participation des travailleurs dans l'entreprise échappe néanmoins aux acteurs du dialogue social, en ce qu'il relève des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical que le législateur a pour devoir de déterminer.

---

[19] Cons. Const., 27 déc. 2019, n° 2019-796 DC, point 25 : *JORF 29 déc. 2019, texte n° 3* : « *ce transfert de fiscalité entre les communes et leur établissement public de coopération intercommunale serait sans influence sur le montant global de la compensation attribué à l'ensemble de ces collectivités territoriales en 2020* ».

[20] Const., art. 34, al. 3.

[21] G. CHEVRIER, Le pouvoir normatif local : enjeux et débats : *LGDJ, 2011, p. 19.*

La participation des travailleurs est donc surbordonnée à l'exercice de la souveraineté par la représentation nationale des citoyens. Le travailleur est avant tout un citoyen.

5. Principe de participation. La participation des travailleurs dans l'entreprise est dépendante de la manière dont elle est envisagée par l'État[22]. L'article 34, alinéa 3, de la Constitution du 4 octobre 1958 résume cette idée : « *la loi détermine les principes fondamentaux :* […] *du droit du travail* […] *et du droit syndical* ».

Le droit français ne fait pas des travailleurs des « *citoyens* »[23] de l'entreprise, ou bien selon une conception différente de la citoyenneté retenue dans le système politique. En effet, ils ne peuvent pas s'autodéterminer. Au législateur, il revient de déterminer le cadre des relations collectives de travail ; aux travailleurs, de choisir leurs représentants et de participer au dialogue avec l'employeur[24]. Autrement dit, si les travailleurs sont appelés à participer à la détermination collective des conditions de travail, ils n'ont – pour l'heure – jamais été maîtres du cadre dans lequel ils exercent cette participation.

L'histoire des relations collectives de travail montre que le pouvoir constituant n'a jamais changé de conception. Le législateur est à l'origine de la création du délégué du personnel en 1936[25]. Il l'est également pour le comité d'entreprise en 1945[26], puis le délégué syndical en

[22] A. MAZEAUD, Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux, depuis la Position commune du 16 juillet 2001 : *Dr. soc. 2003, p. 361* : « *dans sa forme atténuée, l'autonomie ne s'affranchit pas d'une tutelle exercée par l'État ; elle est la capacité laissée par le législateur aux partenaires sociaux d'élaborer eux-mêmes des règles normatives* ».

[23] L. n° 82-915, 28 oct. 1982, relative au développement des institutions représentatives du personnel. Loi dite loi Auroux : *JORF 29 oct. 1982, p. 3255.*

[24] G. BORENFREUND, Pouvoir de représentation et négociation collective : *Dr. soc. 1997, p. 1006.*

[25] L. 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 26 juin 1936* ; L. n°46-730, 16 avr. 1946, fixant le statut des délégués du personnel dans les entreprises : *JORF 17 avr. 1946, p. 3224*.

[26] Ord. n° 45-280, 22 fév. 1945, instituant des comités d'entreprises : *JORF 23 fév. 1945, p. 954*.

1968[27], le comité hygiène, de sécurité et des conditions de travail en 1982[28] et la délégation unique du personnel en 1993[29] qui a été élargie par la loi Rebsamen en 2015[30]. Dans les entreprises de plus de 300 salariés, il a été proposé « *la négociation d'un accord de regroupement permettant de bâtir une instance unique à compétence mixte susceptible de remplacer les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le CHSCT* »[31].

L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017[32] a créé deux nouvelles institutions : le comité social et économique, d'une part, et le conseil d'entreprise, d'autre part. Le premier est obligatoire, le second est facultatif. L'initiative de la création du conseil d'entreprise dépend de la volonté de l'employeur et des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise[33]. L'accord portant création de cette nouvelle institution peut seulement être conclu entre l'employeur et les délégués syndicaux. Le législateur a exclu qu'il le soit par la collectivité des travailleurs elle-même.

Les récentes réformes n'offrent donc pas davantage la possibilité aux travailleurs de déterminer eux-mêmes si la création du conseil d'entreprise est opportune, ni même de définir eux-mêmes un cadre de participation pleinement adapté aux réalités de l'entreprise. Ils ne peuvent toujours pas faire preuve d'inventivité ; ce qui limite la nécessaire adaptation du cadre dans lequel s'instaure le dialogue social dans l'entreprise. La création des institutions qui permettent aux

---

[27] L. n° 68-1179, 27 déc. 1968, relative à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise : *JORF 31 déc. 1968, p. 12403* ; J. CHABAN-DELMAS, La nouvelle société : *Assemblée nationale, 16 septembre 1969* : « *le nouveau levain de jeunesse, de création, d'invention qui secoue notre vieille société peut faire lever la pâte de formes nouvelles et plus riches de démocratie et de participation, dans tous les organismes sociaux comme dans un État assoupli, décentralisé, désacralisé. Nous pouvons donc entreprendre de construire une nouvelle société* » ; J. SAVATIER, La révolution de mai et le droit du travail : *Dr. soc. 1968, p. 443*.

[28] L. n° 82-1097, 23 déc. 1982, relative aux comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail : *JORF 26 déc. 1982, p. 3858*.

[29] L. n° 93-1313 quinquennale, 20 déc. 1993, relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle : *JORF 21 déc. 1993, p. 17769*.

[30] L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi : *JORF 18 août 2015, texte n° 3*.

[31] B. TEYSSIE, Droit du travail – Relations collectives : *LexisNexis, 12e éd., 2020, n° 293, p. 154*.

[32] Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 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 23 sept. 2017, texte n° 31*.

[33] C. trav., art. L. 2321-2, al. 1 : le conseil d'entreprise « *peut également être constitué par accord de branche étendu pour les entreprises dépourvues de délégué syndical* ».

relations collectives de travail d'opérer dans l'entreprise, relève des principes fondamentaux posés par le législateur. Cette étude s'efforcera de démontrer que la détermination par les travailleurs du cadre de leur représentation est un moyen de renforcer leur participation dans l'entreprise.

6. Périmètre de la participation. Le principe de participation, constitutionnellement garanti, a pour seul objet d'offrir aux travailleurs la possibilité « *de coopérer ou de prendre part à la vie de leur entreprise* »[34].

Les périmètres d'exercice de la souveraineté par le peuple et de la participation par les travailleurs sont différents. Le peuple exerce la souveraineté sur l'ensemble du territoire national.

Le travailleur est appelé à participer dans un environnement plus restreint, celui de l'entreprise. Encore faut-il, selon la jurisprudence, qu'il soit intégré de manière étroite et permanente à la communauté de travail[35]. La jurisprudence estime que seuls les travailleurs qui exercent réellement une activité dans l'entreprise peuvent participer à la vie de celle-ci ; plutôt que de se focaliser sur le contrat de travail qui matérialise la relation individuelle entre l'employeur et le salarié. La qualification de travailleurs retenue dans cette étude s'inscrit pleinement dans la logique des relations collectives de travail, aussi appelées relations professionnelles et définies comme l'« *ensemble des rapports collectifs existant entre, d'une part, les employeurs et, d'autre part, les travailleurs et les représentants des travailleurs* »[36].

7. Objectifs de la participation. Les objectifs assignés à l'exercice de la souveraineté nationale et de la participation dans l'entreprise sont également différents.

Les représentants des citoyens défendent l'intérêt général, défini comme le bien public[37]. Lorsque les représentants politiques votent la loi, ils exercent les prérogatives que le peuple leur

---

[34] G. CORNU, *op. cit., p. 741-742*.

[35] V. par ex. : Cons. const., 28 déc. 2006, n° 2006-545 DC : *JORF 31 déc. 2006, texte n° 4* ; Cass. soc., 28 fév. 2007, n° 06-60.171 : *Bull. civ. V, n° 34*.

[36] G. CORNU, *op. cit., p. 889* ; V. aussi : B. TEYSSIE, Droit du travail – Relations collectives : *LexisNexis, 12e éd., 2020, n° 1, p. 1* : « *est collective la relation – de fait avant que de recevoir quelque habit juridique pour autant qu'elle en soit gratifiée – nouée entre un ou plusieurs employeurs ou groupements d'employeurs et un groupement, organisé ou non, de salariés* ».

[37] G. CORNU, *op. cit, p. 565*.

confie, à l'issue de l'élection, le temps d'un mandat. Ils établissent ainsi des règles applicables à l'ensemble de la société.

Les représentants des travailleurs défendent l'intérêt collectif, défini comme l'« *intérêt commun à tous les membres d'une profession* [...] *distinct des intérêts individuels* »[38]. Lorsque les délégués syndicaux, les représentant élus, mandatés ou non, voire les salariés mandatés concluent un accord collectif, ils établissent avec l'employeur des normes applicables dans la seule sphère professionnelle.

8. Exercice de la participation. Dans l'exercice de la souveraineté politique qui lui incombe, le peuple n'a laissé aucune place à une éventuelle « souveraineté sociale » exercée par la collectivité des travailleurs. La participation des travailleurs trouve ses limites dans l'absence d'une autonomie pleine et entière à l'égard de l'autorité étatique[39]. La démocratie sociale reprend certains mécanismes de la démocratie politique et notamment l'organisation d'élections qui permettent aux citoyens et aux travailleurs de choisir directement leurs représentants, qui défendront leurs intérêts. L'exercice de la souveraineté comme de la participation est donc tantôt direct, tantôt indirect.

Dans le système politique, l'exercice de la souveraineté est direct lorsque les citoyens participent à la détermination de leurs représentants au sein des différentes assemblées, locales et nationales. Elle est indirecte lorsque la représentation politique exerce elle-même la souveraineté nationale, mandatée par les citoyens pour ce faire.

---

[38] G. CORNU, *op. cit, p. 565*.

[39] S. YANNAKOUROU, L'État, l'autonomie collective et le travailleur. Étude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale : *thèse dactyl., Paris X, L.G.D.J. 1995, p. 3* ; G. LYON-CAEN, Anomie, autonomie et hétéronomie en Droit du travail *in* En hommage à P. HORION : *Faculté de droit Belge, Liège, 1972* ; J.-C. JAVILLIER, Dynamique des relations professionnelles et évolutions du droit du travail (Le cas des représentations des salariés dans l'entreprise) *in* Le Droit collectif du Travail : questions fondamentales – évolutions récentes, Études en hommage à H. SINAY : *éd. P. Lang, 1994* ; A. JEAMMAUD, Crise et relations de travail *in* Droit de la crise : Crise du Droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique, Cinquièmes journées René SAVATIER, Poitiers, 5 et 6 octobre 1995 : *Tome 31, PUF, 1997* ; C. FOURCADE, L'autonomie collective des partenaires sociaux. Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale : *thèse dactyl., Paris II, L.G.D.J., 2006, p. 10* : « *l'autonomie* […] *est à la fois garantie par l'autorité étatique et soumise à celle-ci* ».

Dans le système des relations collectives de travail, la collectivité des travailleurs participe directement, lors des élections professionnelles, à la détermination de la représentation élue et syndicale. Leur participation directe peut également être constatée lorsqu'ils sont consultés à l'issue de la négociation collective[40] ou sur un projet unilatéralement déterminé par l'employeur. Leur participation est indirecte lorsqu'en présence de représentants syndicaux ou, à défaut, élus, ceux-ci signent l'accord collectif avec l'employeur.

C'est l'un des points qui différencie le système des relations collectives de travail du système politique, et que cette étude se propose de mettre en lumière. Dans le système politique, le législateur recherche – à tout prix – que les citoyens soient représentés dans les assemblées. Dans le système des relations collectives de travail, le législateur recherche également en priorité la mise en place de la représentation des travailleurs dans les entreprises d'au moins 11 salariés. Et de manière secondaire, il a envisagé les situations de carence (aucun candidat) et d'absence de représentants (aucune obligation d'en déterminer) pour prévoir des solutions et assurer l'effectivité du dialogue social dans l'entreprise.

9. Organisation des élections. L'élection constitue l'outil démocratique du système politique et des relations collectives de travail. Une approche juridique et technique permet de constater que leurs modalités d'organisations se différencient néanmoins.

Dans le système politique, les règles relatives aux élections sont prévues par les pouvoirs législatif et règlementaire et leur organisation est matériellement organisée par les communes. Qu'elles soient locales ou nationales, les élections visent à déterminer les représentants des citoyens dans chaque assemblée municipale, départementale, régionale ou encore à l'Assemblée nationale. Les élections communautaires et sénatoriales sont singulières. Les premières sont confondues dans le même scrutin avec les élections municipales. Les secondes sont réservées aux grands électeurs. Tout citoyen ne peut donc pas prendre part au vote en raison de l'objet du scrutin : l'élection des sénateurs, représentants des collectivités locales.

Dans le système des relations collectives de travail, le législateur a souhaité renvoyer aux acteurs du dialogue social d'entreprise le soin de convenir des modalités d'organisation et de déroulement des élections professionnelles. C'est l'objet du protocole d'accord préélectoral ; totalement inconnu dans le système politique. Il détermine par exemple la date et les heures

[40] M.-L. MORIN, Le droit des salariés à la négociation collective. Principe général du droit : *thèse Toulouse I, LGDJ, 1994*.

pendant lesquelles se déroule le scrutin, les collèges électoraux[41], l'éventuel recours au vote électronique, etc.

L'organisation des élections professionnelles est ainsi fondée sur le dialogue entre l'employeur et les organisations syndicales qui souhaitent y prendre part alors que dans le système politique, l'organisation des élections est arrêtée de manière unilatérale par le législateur et le Gouvernement, sans que ni les partis politiques, ni les candidats ne puissent convenir d'un accord sur le sujet. Cette différence doit néanmoins être relativisée car la loi déterminant les règles électorales fait l'objet d'une discussion puis d'un vote au Parlement.

10. Monopole des organisations syndicales. L'ensemble des organisations syndicales n'a pas toujours bénéficié des mêmes prérogatives juridiques, tant pour l'organisation des élections professionnelles que pour la présentation de liste de candidats.

Avant la réforme de 2008, ces deux prérogatives étaient réservées aux organisations syndicales représentatives. Leur représentativité, entendue comme leur légitimité à représenter la collectivité des travailleurs, était somme toute relative dans l'entreprise car issue de l'affiliation à une organisation syndicale représentative au niveau national interprofessionnel. Les élections professionnelles ne constituaient pas le fondement principal de leur légitimité qui était issue d'une liste dressée au niveau national par le Gouvernement[42].

Par la loi du 20 août 2008, le législateur a entendu procéder à la « *rénovation de la démocratie sociale* »[43]. Il a ajouté l'audience électorale à la liste des critères de la représentativité. La représentativité n'est donc plus déterminée par le jeu d'une affiliation au niveau national mais bien en fonction du résultat des élections professionnelles dans l'entreprise. Aussi, le principe d'égalité entre les organisations syndicales imposait-il que soit supprimée la condition de représentativité pour la participation des organisations à la négociation du protocole d'accord

[41] A. MARTINON, Un double collège peut cacher un collège unique : *JCP S 2012, 1227.*

[42] V. arr., 31 mars 1966, relatif à la détermination des organisations appelées à la discussion et à la négociation des conventions collectives de travail (et modifiant l'arr. du 8 avr. 1948) : *JO 2 avr. 1966.*

[43] L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : *JORF 21 août 2008, texte n° 1.*

préélectoral[44], d'une part, et de la présentation des listes au premier tour des élections professionnelles, d'autre part.

Il reste cependant une marge de progression au législateur dans la réforme car perdure le monopole des organisations syndicales pour la présentation des listes de candidats au premier tour des élections des titulaires au comité social et économique. Les organisations syndicales disposent là d'une prérogative juridique qui ne trouvent aucune comparaison dans le système politique. En droit électoral, tout citoyen-éligible peut se présenter. En droit du travail, il doit être inscrit, au premier tour, sur une liste présentée par une organisation syndicale. Il convient alors de s'interroger sur la portée du principe de participation et le respect de la liberté syndicale car ce monopole empêche, au premier tour des élections professionnelles, toute candidature libre d'un travailleur qui ne voudrait pas être apparenté à une organisation syndicale.

11. Acteurs de la représentation. Une approche plus politiste que juridique démontre que les élections professionnelles et les élections politiques ont pour point commun de permettre aux citoyens et aux travailleurs de choisir leurs représentants, mais se distinguent fortement sur le reste. La principale raison est la notion de représentativité qui irrigue le système des relations collectives de travail, envisagé sous l'angle syndical ; notion inconnue du droit électoral.

Dans le système politique, l'élection a pour seule conséquence de déterminer les représentants des citoyens au sein de chaque assemblée. Mandat leur est ainsi donné pour prendre des décisions dans les assemblées locales et exercer la souveraineté dans les assemblées nationales. Dans le système des relations collectives de travail, les élections professionnelles comportent de multiples enjeux et peuvent, lors du premier tour, encourager le cumul des mandats des deux types de représentation, élue et syndicale. D'une part, ces élections permettent de déterminer les membres de la délégation du personnel dans les institutions représentatives du personnel : hier délégués du personnel et comité d'entreprise, aujourd'hui comité social et économique. D'autre part, elles permettent de calculer l'audience électorale nécessaire à la représentativité des organisations syndicales dans l'entreprise, dans le groupe[45], dans les branches

[44] En l'état du droit positif, la représentativité n'est plus une condition pour l'invitation des organisations syndicales à la négociation du protocole d'accord préélectoral mais est toujours prise en compte s'agissant des modalités de sa conclusion.

[45] Cette thèse se concentrera uniquement sur la négociation d'entreprise, excluant l'accord de groupe bien que ce dernier produise des effets au niveau de l'entreprise.

professionnelles et au niveau national interprofessionnel ; l'audience électorale du candidat pour être désigné délégué syndical par une organisation syndicale représentative dans l'entreprise (bien que cette condition ait été assouplie par la Cour de cassation) mais aussi le pourcentage de suffrages exprimés dont disposera chaque organisation syndicale représentative lors de la conclusion d'accords d'entreprise et qui contribuera à sa validité.

12. Représentation. L'approche comparative entre la démocratie politique et la démocratie sociale permet de mesurer le degré de recours à la représentation, dans l'un et l'autre des systèmes.

Si la Constitution du 4 octobre 1958 a posé le principe de l'appartenance de la souveraineté au peuple, elle a également fixé le cadre de son exercice. Ce dernier est essentiellement pensé à travers le recours à la notion de représentation, aux élus de la Nation. Le recueil de la volonté populaire, exprimée par la voie référendaire, n'est qu'épisodique[46]. Cette conception de la démocratie politique est au cœur d'une discorde contemporaine : les uns considérant que les élus sont les seuls à pouvoir exercer la souveraineté sans que les citoyens n'en soient dépossédés, les autres estimant qu'il revient à ceux qui détiennent la souveraineté de l'exercer directement.

La démocratie sociale dépasse ce paradoxe entre la démocratie représentative et la démocratie participative. Elle entend les concilier plutôt que les confronter. La participation est tantôt exercée par les représentants élus ou syndicaux, intermédiaires entre les travailleurs et l'employeur, tantôt par les travailleurs directement. L'exemple contemporain le plus révélateur de la volonté de conciliation se situe, sans aucun doute, dans la validité des conventions collectives qui selon les circonstances dépend de la signature des organisations syndicales et du recueil des suffrages nécessaires ou, à défaut, de la consultation des travailleurs.

Le développement progressif de la participation directe des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail interroge sur les différentes interprétations, par le législateur,

[46] Const., art. 11 : « *le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux Assemblées, publiées au Journal Officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions* ».

de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution. L'une inviterait à retenir le nécessaire recours aux représentants des travailleurs ; l'autre qu'il n'est pas indispensable. Si la première interprétation fonde les relations collectives de travail, la deuxième pourrait prospérer au fil des prochaines réformes. Aucune disposition constitutionnelle ne semble interdire au législateur de prévoir que la validité des conventions collectives dépende uniquement des suffrages exprimés lors de consultations des travailleurs.

13. Représentativité. La notion de représentation des travailleurs, sous un prisme syndical, dans l'entreprise est intimement liée à celle de la représentativité des organisations syndicales. Ces deux notions ne sont pas pour autant synonymes.

Si le droit électoral, de son côté, ignore la représentativité, la science politique tente de l'appréhender. Elle peut se définir comme le « *caractère d'un organe politique ou professionnel, ou d'un groupement dont la composition reflète le peuple ou la nation ou une catégorie déterminée de la population* »[47]. La représentativité politique n'a alors qu'une valeur d'indicateur, sans aucune conséquence juridique. Le système politique est fondé sur la notion de légitimité définie comme : « *conformité d'une institution à une norme supérieure juridique ou éthique, ressentie comme fondamentale par la collectivité qui fait accepter moralement et politiquement l'autorité de cette institution* »[48].

En droit du travail, la représentativité est « *conçue comme un titre de légitimité* »[49], vérifiable notamment à travers le critère de l'audience électorale vivement critiqué par Marie-France Bied-Charreton[50]. La représentativité est une « *qualité juridique exigée d'une organisation syndicale pour l'exercice de certaines prérogatives (conclusion d'une convention collective,* […]*, désignation des délégués syndicaux, etc.) qui s'apprécie en fonction de divers critères associés* »[51].

L'article L. 2121-1 du Code du travail est au cœur des relations collectives de travail et de la représentation syndicale des travailleurs dans l'entreprise. Pour être représentative dans

[47] G. CORNU, *op. cit, p. 907*.

[48] G. CORNU, *op. cit, p. 605*.

[49] F. PETIT, *op. cit., p. 5*.

[50] M.-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. 418 et s.*

[51] G. CORNU, *op. cit, p. 907*.

l'entreprise, l'organisation syndicale doit satisfaire à sept critères : le respect des valeurs républicaines, l'indépendance, la transparence financière, une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation, l'audience électorale, l'influence, les effectifs d'adhérents et les cotisations.

Une étude purement travailliste de la représentativité montre que cette notion permet aux organisations syndicales[52] de conserver une place prépondérante dans le dialogue social au détriment de ses propres acteurs, c'est-à-dire des délégués syndicaux qui échangent concrètement avec l'employeur.

Élargie à la science politique, cette étude montre également que seul le critère d'audience est un critère de « *légitimité* » – pour reprendre les mots du Professeur Franck Petit – et que les six autres critères pourraient être qualifiés de critères de « légalité » et être vérifiés en amont des élections professionnelles. Ce que le Professeur Paul-Henri Antonmattei résume ainsi : « *au même titre que la démocratie politique, la démocratie sociale n'a besoin que de l'élection pour sélectionner les représentants des collectivités concernées* »[53]. Il ajoute que « *le vote des salariés confère une légitimité qui transcende la représentativité* » ; ce qui pose directement la question de la nécessité de conserver la notion de représentativité qui sous-tend les relations collectives de travail.

14. Négociation collective. En l'état du droit positif, les élections professionnelles permettent de vérifier l'audience électorale d'une organisation syndicale et donc partiellement sa représentativité. Les organisations syndicales qui accèdent à cette dernière peuvent participer à la négociation collective d'entreprise avec l'employeur et à la conclusion des accords collectifs (que nous appréhendons uniquement en leur forme intercatégorielle[54] et sans considération de leur révision ou dénonciation). Dans le système politique, l'élection permet, à elle seule, au candidat qui en sort vainqueur de siéger dans l'assemblée et de prendre part au vote.

---

[52] Ce travail de recherche qui compare les systèmes des relations collectives de travail et politique, à une échelle globale, exclut du champ d'étude le cas particulier organisations syndicales catégorielles ; V. sur le sujet : A. MARTINON, La représentativité des syndicats catégoriels : *JCP S 2012, 1235*.

[53] P.-H. ANTONMATTEI, Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008 : *Dr. soc. 2008, p. 771*.

[54] V. au sujet de la négociation catégorielle : A. MARTINON, La négociation catégorielle : *JCP S 2011, 1207*.

Au-delà, les élections professionnelles ont des enjeux qui dépassent ceux des élections politiques. En effet, elles ne permettent pas seulement d'élire les membres du comité social et économique, de déterminer l'audience électorale des organisations syndicales ou encore celle d'un candidat à la fonction de délégué syndical. La validité des accords collectifs est vérifiée sur la base des suffrages exprimés, au premier tour des élections professionnelles, en faveur des organisations syndicales représentatives.

En droit du travail, le résultat des élections professionnelles a des conséquences sur la validité des accords collectifs d'entreprise. Jamais dans le système politique, au niveau local comme national, un tel lien entre résultat des élections et l'approbation d'une délibération n'est prévu. En outre, le système politique place l'élu au cœur du processus de représentation et de délibération ; là où, dans les relations collectives de travail et notamment la négociation collective, ce rôle est joué par les organisations syndicales plutôt que par les délégués syndicaux eux-mêmes.

Le Conseil constitutionnel a cependant précisé que « *si les dispositions des sixième et huitième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 confèrent aux organisations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs, elles ne leur attribuent pas pour autant un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective* »[55]. C'est pourquoi, au regard des situations d'absence et de carence de représentation syndicale dans l'entreprise, le législateur a prévu de faire intervenir d'autres acteurs que les organisations syndicales dans la négociation comme dans la conclusion des accords collectifs. Les représentants élus du personnel sont parfois sollicités ou, à défaut, les travailleurs eux-mêmes.

À travers la loi du 20 août 2008[56], le législateur a essentiellement recherché à offrir une meilleure légitimité aux acteurs de la négociation collective d'entreprise notamment à travers le critère de l'audience électorale. La loi du 8 août 2016[57] a poursuivi ce travail de légitimation pour les textes issus de la négociation collective en posant la règle de la majorité comme condition de validité des accords.

---

[55] Cons. Const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC : *JORF 31 mars 2018, texte n° 2*.

[56] L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : *JORF 21 août 2008, texte n° 1*.

[57] L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels : *JORF 9 août 2016, texte n° 3*.

* *
*

15. Objet de l'étude. Au fil du temps, le législateur a renforcé la négociation collective d'entreprise en partant du principe qu'il revient aux acteurs du dialogue social de « *déterminer l'organisation du travail la mieux adaptée au développement de l'entreprise* »[58]. Le législateur a ainsi dû s'interroger sur les rapports entre la démocratie politique et la démocratie sociale. Le choix a été fait par le gouvernement, en 2007, à travers les articles L.1 à L.3 du Code du travail, de laisser aux partenaires sociaux la réflexion sur les mécanismes permettant de concilier les deux systèmes[59]. La position commune du 9 avril 2008, reprise par la loi du 20 août 2008[60], a permis de rénover, au-delà de la démocratie sociale, la représentativité syndicale et, à travers le critère d'audience électorale, de renforcer la légitimité des organisations syndicales représentatives, des acteurs syndicaux dans l'entreprise et des accords collectifs par eux conclus[61]. La rénovation de la démocratie sociale a été effectuée en deux temps : d'abord par le renforcement de la légitimité des acteurs syndicaux, ensuite par celui de la légitimité des accords collectifs[62]. La loi du 8 août 2016[63] a entériné cette volonté avec le renforcement des conditions de validité des accords collectifs et la consécration d'un principe qualifié de

[58] Exposé des motifs du projet de loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 juin 2008.

[59] Document d'orientation de juin 2007 : « *le développement de la négociation collective est, en effet, un outil nécessaire pour moderniser notre système de relations professionnelles, faciliter l'adaptation de notre code du travail et assurer la complémentarité entre le rôle de la loi et celui de l'accord collectif*. »

[60] Loi n° 2008-789, 20 août 2008, *op. cit* : *JORF 21 août 2008, texte n° 1*.

[61] Position commune du 9 avr. 2008 : « *pour renforcer la légitimité des accords signés par les organisations syndicales de salariés dans le cadre de l'élargissement du rôle attribué à la négociation collective* […] *les parties signataires de la présente position commune considèrent qu'il est nécessaire d'actualiser les critères de la représentation des organisations syndicales de salariés prévus à l'article L. 2121-1 du Code du Travail* ».

[62] V. art. 5 de la Position commune du 9 avr. 2008.

[63] L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels : *JORF 9 août 2016, texte n° 3*.

majoritaire[64]. Elle a, dans le même temps et pour la première fois, généralisé[65] le recours à la consultation des travailleurs qui n'a pas manqué de susciter une réflexion sur l'avenir de la représentation syndicale, avant même l'entrée en vigueur de la réforme[66]. Cette possibilité de consultation a été élargie par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017[67], et ratifiée par la loi du 29 mars 2018[68].

Le renforcement du dialogue social a pour corolaire de conforter l'autonomie collective et les textes conventionnels par rapport aux textes législatifs et règlementaires. Nombreux sont les auteurs qui se saisissent régulièrement de ce bouleversement juridique en étudiant les relations qu'entretiennent les partenaires sociaux avec le Gouvernement[69] ou encore l'articulation des normes conventionnelles et étatiques[70]. Cette étude se veut plus modeste en se situant à la seule échelle de l'entreprise.

---

[64] G. AUZERO, La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire : *Dr. soc. 2018, p. 154 et s.*

[65] V. L. n° 98-461, 13 juin 1998, d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (dite Loi Aubry) : *JORF 14 juin 1998, p. 9029* ; L. n° 2000-37, 19 janv. 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail : *JORF 20 janv. 2000, p. 975.*

[66] B. GAURIAU, Les transformations du droit syndical : *JCP S 2015, 1239* : « *d'une part, en effet, leur fonction d'intermédiaires s'en trouve affaiblie et, d'autre part, il n'est pas certain que le personnel de l'entreprise ait la vision et le recul nécessaires au pilotage de celle-ci, ni même, disons-le sans crainte, la compétence et le savoir-faire* » ; J. AUROUX, *JO débats* AN, 2è séance du 10 juin 1982, p. 3245.

[67] Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, relative au renforcement de la négociation collective : *JORF 23 sept. 2017, texte n° 29.*

[68] L. n° 2018-217, 29 mars 2018, ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social : *JORF 31 mars 2018, texte n° 1.*

[69] V. sur ce point : projet de loi constitutionnelle relatif à la démocratie sociale : https ://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000027174043/

[70] C. FOURCADE, L'autonomie collective des partenaires sociaux. Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale : *thèse dactyl., Paris II, L.G.D.J., 2006, p. 3* : « *l'absence de domaine constitutionnellement réservé à la négociation collective, et par conséquent la subordination de l'épanouissement de l'autonomie normative des partenaires sociaux à l'autorité étatique sont sources de heurts de volontés et de confrontations de normes qui invitent à repenser les rapports entretenus entre démocratie politique et démocratie sociale* ».

16. Problématique. Elle ne remet pas en cause le principe constitutionnel qui permet encore aujourd'hui au pouvoir législatif d'encadrer le pouvoir syndical[71]. Elle a pour seule ambition de vérifier si la « rénovation de la démocratie sociale » prévue par le législateur permet aux travailleurs d'exercer pleinement la participation qui leur est constitutionnellement reconnue. Un élément de comparaison est alors nécessaire. Le choix a été fait d'une étude comparée entre démocratie sociale et démocratie politique pour une raison simple : le travailleur est avant tout citoyen.

Ce regard croisé entre les deux systèmes, juridique et politique, a pour ambition de les enrichir mutuellement. Si le droit du travail emprunte des mécanismes bien connus du système politique tels que la mise en place d'élections professionnelles ou la notion de légitimité, il le dépasse sur d'autres sujets tels que le recours de plus en plus accru à la participation directe des travailleurs.

17. Annonce de plan. L'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». L'article 34, alinéa 3, de la Constitution du 4 octobre 1958 ajoute que « *la loi détermine les principes fondamentaux* […] *du droit du travail* ». Il revient donc au législateur de définir les relations collectives de travail établies entre trois parties : la collectivité des travailleurs, leurs représentants (élus ou syndicaux) et l'employeur.

Le législateur, acteur de la démocratie politique, a tout loisir de définir les règles sur lesquelles repose la démocratie sociale. Il aurait pu choisir qu'elle s'affranchisse des mécanismes du système politique. Il a préféré – peut-être par souci de simplicité – que la démocratie sociale réponde aux grands principes de la démocratie politique à commencer par la représentation des travailleurs dans l'entreprise.

La démocratie politique représentative suppose que soit organisée des élections. Le législateur l'a également prévu pour la démocratie sociale, tout en posant quelques règles propres à la sphère professionnelle : l'entreprise comme lieu de vote, la tenue du scrutin pendant les horaires de travail, le régime spécifique d'élecrtorat et d'éligibilité des travailleurs mis à disposition, etc. En son temps, la Cour de cassation a essayé de dégager un droit commun électoral entre le système de relations collectives de travail et le système politique. Elle a finalement retenu la

[71] Const., art. 34 : « *la loi détermine les principes fondamentaux :* […] *du droit du travail, du droit syndical* ».

qualification de principes généraux du droit électoral[72]. La transposition en droit du travail de certaines dispositions du droit électoral pour l'organisation des élections professionnelles, laisse entrevoir la création d'un droit électoral à la sphère professionnelle. Les balbutiements d'un droit électoral professionnel permettent de vérifier que la démocratie sociale emprunte, de manière limitée, des éléments à la démocratie politique (Partie I).

Au terme du processus électoral professionnel, soit un procès-verbal de carence est dressé faute de candidats, soit la représentation – élue et syndicale – est déterminée. La représentation de la collectivité des travailleurs participe ensuite au dialogue social avec l'employeur notamment à travers la négociation collective. En transposant le régime représentatif, la démocratie politique encadre la démocratie sociale et influence la participation des travailleurs (Partie II). Elle peut être tantôt directe, tantôt indirecte, sans que jamais les travailleurs ne soient autorisés à déterminer par eux-mêmes le cadre de leur participation dans l'entreprise.

18. Contribution. Le peuple est titulaire de la souveraineté nationale et dispose ainsi d'un pouvoir d'autodétermination[73]. Le principe de participation n'autorise pas la collectivité des travailleurs à déterminer elle-même le cadre dans lequel s'exercent les relations collectives de travail. La démocratie sociale n'est pas définie pas les travailleurs eux-mêmes. Elle l'est par le législateur, représentant du peuple.

Démocratie sociale et démocratie politique ne sauraient être étudiées séparément ; la mise en en œuvre de la première dépend de la volonté des acteurs qui exercent la souveraineté. Avant d'être travailleur, l'individu est citoyen.

Cette étude tente précisément de rapprocher les deux types de démocraties, c'est-à-dire le système des relations collectives de travail et le système politique. Elle ne vise ni à les opposer, ni à les unifier. Selon une approche technique, cette étude se propose de vérifier leurs caractéristiques communes (qui pourraient enrichir la liste des principes généraux du droit électorales[74]) et leurs différences fondamentales. De dresser le constat de leurs forces et de leurs

[72] F. PETIT, Les principes généraux du droit électoral dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation : *D. 2005, p. 1815 et s*.

[73] F. PETIT, La notion de représentation dans les relations collectives de travail : *thèse dactyl., Paris I, 2000*.

[74] F. PETIT, Les principes généraux du droit électoral dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation : *D. 2005, p. 1815 et s*.

faiblesses selon les finalités qui leur sont assignées. Cette étude n'a d'utilité qui si elle porte l'ambition d'enrichir et d'améliorer les deux systèmes.

L'issue de cette étude s'incarne dans une proposition qui, sans réinventer le système des relations collectives de travail, s'incrit dans la dynamique visant à renforcer la légitimité des acteurs de la négociation collective, d'une part, et dans la perspective d'une meilleure intelligibilité par les travailleurs des enjeux de leur participation dans la sphère professionnelle, d'autre part.

PARTIE I. L'EMPRUNT LIMITÉ DE LA DÉMOCRATIE SOCIALE À LA DÉMOCRATIE POLITIQUE : DROIT ÉLECTORAL PROFESSIONNEL

19. Limitation. Les systèmes des relations collectives et le système politique sont tous deux fondés sur le modèle de la démocratie représentative. Historiquement, cela s'explique par la concommittance entre la création des différents représentants du personnel et l'intauration de la République.

La démocratie représentative permet aux électeurs d'élire leurs représentants qui, pendant le temps d'un mandat, prennent des décisions dans le système politique ou bien émettent réclamations et revendications auprès de l'employeur dans le système des relations collectives de travail.

Néanmoins, les démocraties politique et sociale ne sauraient être confondues car les notions qui les fondent sont très différentes. La démocratie politique est fondée sur la notion de souveraineté du peuple[75] ; la démocratie sociale sur celle de participation des travailleurs[76]. Le premier s'auto-détermine ; les seconds ne peuvent que participer aux débats relatifs « *à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* »[77], sans avoir la possibilité de déterminer à eux seuls les règles applicables dans l'entreprise. L'approbation de l'employeur est obligatoire. La participation des travailleurs se cantonnent à la sphère professionnelle ; là où la souveraineté nationale ne souffre d'aucune limite.

C'est d'ailleurs le peuple dans son entier qui, représentés par les parlementaires, définit les conditions de participation des travailleurs dans l'entreprise. La définition de la démocratie sociale n'est pas seulement l'œuvre du législateur. Elle est aussi celle de la jurisprudence. Elle a en effet tenté de concevoir un « droit commun électoral » avant d'établir une liste – toujours évolutive – de « principes généraux du droit électoral ». Le droit commun électoral exigeait que les règles soient parfaitement identiques dans les deux systèmes. Cette tentative jurisprudentielle a finalement été abandonnée au profit des principes généraux du droit électoral

[75] Const. du 4 octobre 1958, art. 3.

[76] Préambule de la Const. du 27 oct. 1946, al. 8.

[77] *Op. cit.*

qui permettent, par leur généralité, un rapprochement du système des relations collectives de travail avec le système politique.

L'unité des démocraties sociale et politique n'est pas à l'ordre du jour des débats parlementaires et ne saurait l'être en raison des spécificités de la démocratie sociale : la participation – et non la souveraineté – des travailleurs dans la seule sphère professionnelle. Aussi, le rapprochement des deux systèmes ne saurait-il aboutir à leur fusion mais à tout le moins permet-il de déterminer les contours d'un droit électoral professionnel en partant du principe de participation comme fondement des droits des travailleurs (Chapitre I) à choisir leurs représentants et des droits des représentants (Chapitre II) à exercer le mandat qui leur a été confié.

TITRE I. LES DROITS DU TRAVAILLEUR

20. Absence de souveraineté. L'article 3, alinéa 1er, de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que « *la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum* ».

Selon le Professeur Alain Renaut, « *la question de la souveraineté recoupe directement celle* […] *du « meilleur régime ». Se demander en effet quel doit être le meilleur des régimes politiques, c'est, depuis Aristote, répondre à la question de savoir qui doit exercer le pouvoir, autrement dit : qui doit être le souverain légitime* »[78]. Selon la Constitution de la Vè République, le « *peuple* »[79] est le souverain légitime.

Le peuple a-t-il ensuite choisi de déléguer certaines de ses prérogatives au législateur. L'article 34 de la Constitution en est un exemple : « *la loi détermine les principes fondamentaux :* […] *du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale* ». Le législateur intervient pour déterminer le cadre juridique dans lequel s'exerce les relations collectives de travail, tout en permettant aux travailleurs eux-mêmes de choisir leurs représentants.

En l'état du droit positif, le travailleur ne saurait être considéré comme le souverain légitime dans la sphère professionnelle. En effet, il est seulement autorisé à exercer des droits (Chapitre II) dont il est investi en tant que titulaire par le législateur (Chapitre I).

[78] A. RENAUT, Encyclopédie de la culture politique contemporaine : *Hermann, 2008, Tome III (Théories), p. 369-370.*

[79] A RENAULT, préc., p. 347 : « *le peuple désigne avant tout, au singulier, le sujet collectif de la vie démocratique – si l'on préfère : la volonté générale conçue comme souveraine dans des décisions relatives à l'existence commune, par analogie avec la volonté du sujet personnel, souveraine dans les choix s'appliquant à l'existence individuelle* ».

Chapitre I. Titularité des droits : électeur et éligible

21. Droits. Le Code électoral et le Code du travail ne placent pas les citoyens et les travailleurs sur un pied d'égalité.

Le premier met le citoyen au centre du système politique. Les articles L. 2 et L. 44 du Code électoral disposent en effet que « *sont électeurs les Françaises et les Français* » et que « *tout Français et toute Française ayant la qualité d'électeur peut faire acte de candidature et être élu* ».

Le second place le travailleur au dernier plan. Il envisage d'abord les syndicats professionnels, puis le comité social et économique pour la composition duquel des élections sont organisées et, le recours au travailleur-électeur (Section 1) voire au travailleur-candidat (Section 2) est enfin envisagé.

Section 1. Les droits de l'électeur

22. Vote. L'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 prévoit que « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». Pour concrétiser le principe de participation, le législateur a fait le choix d'octroyer aux travailleurs le droit de choisir leurs représentants, par la voie démocratique.

Ces dernières décennies, les travailleurs ont été appelés à élire leurs représentants aux divers conseils d'administration des caisses de sécurité sociale et d'allocations familiales[80], les délégués du personnel, les membres du comité d'établissement ou d'entreprise et, indirectement, du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail[81]. Depuis l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017, ils sont appelés à élire les membres de la délégation du personnel au comité social et économique.

Préalablement à l'exercice du droit de vote, le travailleur doit remplir quelques conditions légales, semblables à celles du droit électoral. Le travailleur doit appartenir à une communauté (§1) au moment de l'établissement des listes électorales (§2).

§ 1.L'appartenance à une communauté

23. Communauté. De manière générale, la communauté se définit comme un « *ensemble de personnes* […] *ayant des intérêts communs* »[82]. Les travailleurs partagent entre eux des problèmes et des préoccupations communes et, ainsi, des intérêts collectifs[83] dans la sphère professionnelle.

L'intérêt premier du vote réside dans le choix des représentants par les citoyens en droit électoral et par les travailleurs en droit du travail. À travers ce choix, l'intérêt second est de

[80] L. n° 46-2425, 30 oct. 1946, modifiant l'ord. n° 452250, 4 oct. 1945, portant organisation de la sécurité sociale et notamment les art. 5, 11, 15, 22, 28 et 29 de ladite ordonnance : composition des conseils d'administration des caisses primaires, des caisses régionales et de la caisse nationale de sécurité sociale ainsi que du conseil d'administration de la caisse d'allocations familiales et de la commission supérieure des allocations familiales : *JORF 31 oct. 1946, p. 9270.*

[81] Ord. n° 45-280, 22 fév. 1945, relative à l'institution de comités d'entreprises : *JORF 23 fév. 1945, p. 954*.

[82] G. CORNU, Vocabulaire juridique : *PUF, 12e éd., 2018, p. 207*.

[83] V. *supra*, n° 7 : différence avec l'intérêt général.

permettre la défense des intérêts des électeurs car ils votent également pour les valeurs et les propositions défendues par les candidats.

Pour accorder le droit de vote aux travailleurs ou aux citoyens, le droit social et le droit électoral imposent deux conditions. La première se matérialise par des liens d'appartenance à une communauté (A), la seconde par une durée d'appartenance (B).

A. Les liens d'appartenance

24. Origines. Un lien d'appartenance à la communauté est exigé en droit du travail et en droit électoral pour que le salarié et le citoyen soient inclus dans l'électorat.

Selon l'article 34 de la Constitution, le législateur fixe « *les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ». C'est ainsi que l'exercice de la souveraineté est subordonné à la condition de la nationalité (2).

En droit du travail, les conditions tenant à la participation du travailleur ont évolué au fil de la jurisprudence. Le législateur imposait que le travailleur soit un « *salarié* », mettant ainsi en avant le lien juridique avec l'employeur incarné par le contrat de travail[84]. La Cour de cassation l'exigeait également[85]. Puis, le Conseil constitutionnel, suivi par la Cour de cassation, ont privilégié la notion d'intégration étroite et permanente à la communauté de travail (1).

1. L'intégration étroite et permanente à la communauté de travail

25. Salarié ou travailleur ? L'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 ouvre le droit de participation à « *tout travailleur* » pour l'élection des représentants du personnel. Les lois de 1982[86], dites « lois Auroux », ont employé une notion plus restrictive : « *salarié* »[87]. Les anciens articles L. 2314-15 et L. 2324-14 du Code du travail, devenus article L. 2314-18 par

[84] C. trav., anc. art. L. 2314-15 et L. 2324-14 : « *sont électeurs les salariés* ».

[85] Cass. soc., 24 juin 1998, n° 97-60.077 : *Bull. civ. V, n° 341* : « *attendu que seuls les salariés de l'entreprise sont électeurs et éligibles ; qu'un accord collectif ne peut déroger à cette règle qui est d'ordre public absolu* ».

[86] V. not. L. n° 82-915, 28 oct. 1982, relative au développement des institutions représentatives du personnel. Loi dite loi Auroux : *JORF 29 oct. 1982, p. 3255*.

[87] C. trav., anc. art. L. 420-8, puis L. 423-7 ; C. trav., anc. art. L. 433-3, puis L. 433-4.

l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017[88], ont repris cette notion. Proches, ces deux notions ne sont pour autant pas synonymes. En effet, à travers la qualification de « *salarié* », le législateur impose toujours une condition juridique à satisfaire pour être électeur.

Pourtant, les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Chambre sociale de la Cour de cassation s'inscrivent dans une autre logique. En effet, le Conseil constitutionnel considère régulièrement que le droit de participation à la détermination collective des conditions de travail, notamment par l'intermédiaire de représentants, bénéficie à « *tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail* […]*, même s'ils n'en sont pas les salariés* »[89].

La Chambre sociale de la Cour de cassation adopte la même interprétation. Elle précise que l'effectif est calculé par rapport au nombre de personnes intégrées « *de façon étroite et permanente à la communauté de travail* »[90]. Cette interprétation de l'ancien article L. 620-10 du Code du travail a permis aux travailleurs mis à disposition d'être pris en compte dans le calcul de l'effectif et d'être électeurs aux élections professionnelles[91].

Le recours à la qualification de « *travailleur* », de manière explicite par le Conseil constitutionnel, démontre que l'activité effective du travailleur est préférée au lien juridique qui unit le salarié à l'employeur. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel différencie les relations individuelles de travail des relations collectives de travail fondées sur le principe de participation de « *tout travailleur* ». La relation individuelle qui unit le travailleur à l'employeur

[88] Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017, relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, art. 1 : *JORF 23 sept. 2017, texte n° 31.*

[89] Cons. const., 28 déc. 2006, n° 2006-545 DC : *JORF 31 déc. 2006, p. 20320* ; V. not. Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 07-60.434 : *Bull. civ. V, n° 219* (V. *D. 2009, p. 590 et s., obs. G. BORENFREUND, L. CAMAJI, A. FABRE, O. LECLERC, T. PASQUIER, E. PESKINE, J. PORTA et C. WOLMARK*).

[90] Cass. soc., 28 fév. 2007, n° 06-60.171 : *Bull. civ. V, n° 34* ; *RDT 2007, p. 229 et s., obs. M.-L. MORIN* ; *Dr. ouvrier 2007, p. 286 et s., note E. BOUSSARD-VERRECHIA* ; *D. 2007, pan. 2261, obs. J. PELISSIER*.

[91] À la différence des salariés d'entreprises de travail temporaires qui, bien que pris en compte dans le calcul de l'effectif, ne peuvent pas être électeurs aux élections professionnelles de l'entreprise utilisatrice.

reste néanmoins omniprésente car le législateur persiste à utiliser la qualification de « *salarié* »[92].

26. Double vote. La jurisprudence intègre le fait que le travailleur peut être au service d'une ou plusieurs autres entreprises au cours de sa vie professionnelle. Elle a donc eu à s'interroger, avant même la réforme de 2008, sur l'éventualité d'un « double vote »[93] du salarié dans son entreprise d'origine, d'une part, et dans l'entreprise utilisatrice, d'autre part. Tant la Cour de cassation que le Conseil constitutionnel ont indiqué qu'il convient d'inscrire le travailleur sur la liste électorale de l'entreprise dans laquelle il travaille « *effectivement et continuellement* »[94] ou « *de façon étroite et permanente* »[95]. Depuis, l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, l'article L. 2314-23, alinéa 2, du Code du travail a repris ce droit d'option d'ordre public[96] : « *les salariés mis à disposition* […] *choisissent s'ils exercent leur droit de vote dans l'entreprise qui les emploie ou l'entreprise utilisatrice* »[97].
En revanche, le droit du travail est indifférent à la nationalité du travailleur.

[92] C. trav., art. L. 2314-18 ; V. en ce sens : M.-L. MORIN, Le droit des salariés à la négociation collective. Principe général du droit : *Th. Toulouse, LGDJ, 1994, p. 13* : « *le droit à la négociation collective prend sa source davantage dans une situation commune que dans l'appartenance à une communauté* ».

[93] Cette éventualité se rencontre également, par exemple, dans le cas de travailleurs exerçant leurs activités dans plusieurs établissements d'une même entreprise (Cass. soc., 8 déc. 2010, n° 10-60.126 : *Bull. civ. V, n° 284* : « *lorsqu'un salarié travaille au sein de plusieurs établissements, il doit être inscrit sur la liste électorale de l'établissement où il exerce principalement son activité* » ; *Dr. soc. 2011, p. 223 et s., obs. F. PETIT*).

[94] Cass. soc., 25 mai 1977, n° 76-60.269 : *Bull. civ., n° 347*.

[95] Cons. const., 28 déc. 2006, n° 2006-545 DC : *JORF 31 déc. 2006, p. 20320* ; Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 08-60.331 et n° 08-60.332 : *Bull. civ. V, n° 220* (V. *Sem. soc. Lamy, n° 1375, analyse A. LYON-CAEN*).

[96] CE, 23 déc. 2010, n° 332493, rec. Lebon, p. 523.

[97] V. *infra*, n° 54 : l'ordonnance susvisée ne permet néanmoins plus au travailleur d'être candidat aux élections professionnelles dans l'entreprise utilisatrice ; V. ex. pour le régime antérieur : Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 10-27.374 : *Bull. civ. V, n° 201* ; *Dr. soc. 2011, p. 1315 et s., obs. F. PETIT*.

2. La nationalité : condition d'exercice de la souveraineté

27. Élection. Dans la théorie du régime représentatif[98], la souveraineté se définit comme l'« *attribut d'un être, nation ou peuple, qui fonde l'autorité des organes suprêmes de l'État parce que c'est en son nom qu'est exercée par eux en dernière instance la puissance publique* »[99]. Ainsi, la souveraineté nationale a pour principe que les élus nationaux « *exercent leurs pouvoirs en qualité de représentants qui peuvent seuls exprimer sa volonté* [celle du peuple] »[100]. Pour le choix des représentants, le recours à l'élection est privilégié[101]. Les relations collectives de travail et le système politique ont ceci en commun.

Néanmoins, ils se distinguent sur les conditions à remplir pour obtenir la qualité d'électeur. Dans le système politique, le citoyen-électeur est titulaire de la souveraineté et exprime une véritable opinion[102]. Dans le cadre des relations collectives de travail, le travailleur-électeur n'est titulaire que du droit de vote pour l'élection de ses représentants. Il n'exprime pas d'opinion mais défend les intérêts de la collectivité de travail à laquelle il appartient.

28. Nationalité. Dans le système politique, le constituant de 1958 a subordonné la qualité d'électeur à la condition de nationalité française. En effet, la Constitution du 4 octobre 1958 dispose, en son article 3, alinéa 4, que « *sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques* ».

Le droit constitutionnel et le droit électoral font référence à la condition de nationalité de manière différente. La Constitution utilise des qualifications redondantes : « *nationaux français* ». La loi, en droit électoral, renvoie seulement à la qualification « *Françaises et*

---

[98] A RENAULT, Encyclopédie de la culture politique contemporaine : *Hermann, 2008, Tome III (Théories), p. 356*.

[99] G. CORNU, Vocabulaire juridique : *PUF, 12e éd., 2018, p. 985*.

[100] *Ibid.*

[101] On notera l'exception prévue à l'art. 8 de la Constitution selon laquelle les membres du gouvernement ne sont pas élus mais nommés par le Président de la République.

[102] C. LE DIGOL, C. VOILLIOT, Hors champ : l'analyse politique et les élections professionnelles, *in* L'essor du vote dans les relations professionnelles. Actualité françaises et expériences européennes, dir. O. LECLERC, A. LYON-CAEN : *Dalloz, 2011, p. 41 et s.*

Français »[103]. Peu importe cette différence rédactionnelle, tout un chacun peut être électeur et exercer la souveraineté s'il est de nationalité française.

29. Droit de vote des étrangers. Récemment, cette condition de nationalité a été remise en cause par la proposition du Parti socialiste d'octroyer le droit de vote aux étrangers résidant en France depuis cinq ans pour les élections locales[104]. La philosophie du droit de vote en serait modifiée pour tenir davantage compte de toute personne qui, sans satisfaire à la condition juridique de nationalité, serait durablement[105] intégrée à la communauté nationale. La ressemblance avec le passage de la condition de « salarié » à « l'intégration étroite et permanente à la communauté » en droit du travail, est ici frappante. Pour autant, cette proposition d'un candidat à l'élection présidentielle de 2012 aurait nécessité une réforme constitutionnelle qui n'a pas vu le jour.

30. Citoyenneté européenne. Le Traité sur l'Union européenne, appelé Traité de Maastricht, du 7 février 1992, a accordé le droit de vote à tout citoyen de l'Union européenne résidant dans un État membre dont il n'est pas ressortissant pour les élections européennes[106] et pour les élections municipales[107]. Cette innovation pose la question de sa constitutionnalité car l'article 3 de la Constitution dispose expressément que seuls sont électeurs les « *nationaux français* »[108].

Une révision constitutionnelle est intervenue dès 1992. Elle a permis d'insérer dans la Constitution l'article 88-3 qui dispose que « *sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France* ». Le Conseil constitutionnel, lors du contrôle de la loi constitutionnelle du 25 juin

---

[103] C. élec., art. L. 2 et L. 44.

[104] Proposition n° 50 du programme de F. HOLLANDE, candidat à l'élection présidentielle en 2012 : « *j'accorderai le droit de vote aux élections locales aux étrangers résidant légalement en France depuis cinq ans* ».

[105] Une condition de durée de résidence – pour l'heure inexistante en droit électoral – aurait été ajoutée.

[106] Traité sur l'Union européenne, 7 fév. 1992, art. 8B 2. : *JOCE C 191/1, 29 juill. 1992, p. 7*.

[107] *Préc.,* art. 8B 1. : *JOCE C 191/1, 29 juill. 1992, p. 7*.

[108] *Préc*.

1992[109], en a déduit que le droit de vote accordé aux élections municipales à tout citoyen de l'Union européenne résidant dans un État membre dont il n'est pas ressortissant, ne porte pas atteinte à l'article 3 de la Constitution et, par conséquent, à la souveraineté nationale[110].

Sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, le Conseil constitutionnel a, pour les élections municipales seulement, ouvert la voie d'une cohabitation harmonieuse entre l'exigence de nationalité pour les « *Françaises et Français* »[111] et la reconnaissance de l'intégration des citoyens de l'Union européenne à la communauté nationale[112].

La prise en compte de la citoyenneté européenne pour les seules élections municipales et l'exclusion des étrangers hors de l'Union européenne de tout scrutin, démontre que la condition de nationalité demeure le pilier de la souveraineté, prévue et garantie constitutionnellement. La prise en compte de la réalité de l'intégration à la communauté nationale reste donc difficile.

À l'inverse, dans les relations collectives de travail, seule compte la défense des intérêts de la collectivité des travailleurs. Aussi convient-il de prendre en considération toute personne qui constitue la force de travail au sein de l'entreprise, pourvu qu'elle y soit intégrée « *de façon étroite et permanente* »[113].

B. La durée d'appartenance

31. **Durée**. En plus du lien d'appartenance à la communauté de travail, le législateur a ajouté une condition de durée permettant de renforcer l'idée d'intégration du travailleur à cette communauté afin de s'assurer de sa compréhension des enjeux des élections professionnelles dans l'entreprise. La satisfaction de ce critère repose sur des logiques différentes selon qu'il s'agit des relations collectives de travail ou du système politique. La relative souplesse du droit du travail (1) s'oppose à la rigidité du système politique (2).

---

[109] L. constitutionnelle n° 92-554, 25 juin 1992, ajoutant à la Constitution un titre : « Des Communautés européennes et de l'Union européenne », art. 5 : *JORF, 26 juin 1992, p. 8406.*

[110] Cons. const., 2 sept. 1992, n° 92-312 DC, spéc. cons. 20 : *JORF 3 sept. 1992, p. 12095.*

[111] C. élec., art. L. 2 et L. 44.

[112] Le droit de l'Union de l'Union européenne, comme le Conseil constitutionnel, n'exigent aucun délai de résidence en France.

[113] V. *supra*, n° 25.

1. La souplesse du droit du travail

32. Ancienneté. Le législateur a prévu une condition d'ancienneté à laquelle le travailleur doit satisfaire. L'article L. 2314-18 du Code du travail lui impose d'avoir travaillé « *depuis trois mois au moins dans l'entreprise* » pour être électeur. Le travailleur mis à disposition doit quant à lui répondre d'une « *présence dans l'entreprise utilisatrice* […] *de douze mois continus pour être électeur* » [114].

Avant la réforme de 2017[115], la condition d'ancienneté a fait l'objet d'un contentieux s'appuyant sur la différence de rédaction entre deux textes : les anciens articles L. 2314-15 et L. 2324-14 du Code du travail. Le premier, relatif à l'élection des délégués du personnel, disposait qu'étaient électeurs les salariés « *ayant travaillé* » trois mois au moins dans l'entreprise. Le second, relatif à l'élection des membres du comité d'entreprise, disposait qu'étaient électeurs les salariés « *travaillant* » depuis trois mois au moins dans l'entreprise. Convenait-il alors de considérer que celui qui avait travaillé trois mois au moins au sein de l'entreprise, et dont le contrat de travail avait pris fin, pouvait voter *ad vitam aeternam* aux élections des délégués du personnel ? La réponse se trouvait dans la jurisprudence relative à la date d'appréciation de l'existence du contrat de travail. Dans un arrêt du 1er décembre 2010, la Cour de cassation a précisé que « *les conditions d'électorat et d'éligibilité aux élections des délégués du personnel et de membres d'un comité d'établissement s'apprécient au jour du premier tour du scrutin sans qu'un protocole préélectoral puisse modifier cette date en privant les salariés des droits électoraux qu'ils tiennent de la loi* »[116]. L'employeur a dû prendre en compte cette jurisprudence lors de l'actualisation des listes électorales[117]. Ainsi, une personne, bien qu'ayant travaillé trois mois au moins dans l'entreprise, ne pouvait plus être inscrite sur

[114] C. trav., art. L. 2314-23, al. 1.

[115] Hormis l'hypothèse du travailleur mis à disposition qui doit répondre à une condition de « *présence* » dans l'entreprise.

[116] Cass. soc., 1er déc. 2010, n° 10-60.163 et 10-60.192 : *Bull. civ. V, n° 278* ; *Dr. soc. 2011, p. 228 et s., obs. L. PECAUT-RIVOLIER*.

[117] V. par ex. : Cass. soc., 20 mars 2002, n° 01-60.482 : *Bull. civ. V, n° 96* : « *mais attendu que si les salariés non-inscrits sur les listes électorales en tant qu'électeurs ne peuvent pas être éligibles et si la liste électorale est établie pour les deux tours il appartient à l'employeur d'actualiser la liste lorsque l'effectif se modifie après sa publication ; que la publication de la liste modifiée doit intervenir au plus tard le quatrième jour avant la date du scrutin* » ; *JCP G 2002, 1784* ; *RJS 2002, p. 655, n° 851*.

les listes électorales si elle n'était plus liée par un contrat de travail avec l'employeur au jour du premier tour des élections professionnelles ou si elle n'était plus intégrée de manière étroite et permanente à la communauté de travail. La question est aujourd'hui résolue car l'article L. 2314-18 du Code du travail reprend le terme « *travaillant* », indiquant que le travailleur doit être lié par un contrat de travail le jour du premier tour des élections professionnelles. La jurisprudence n'autorise pas la modification, par voie de convention, de la date à laquelle doit exister un contrat de travail : le premier tour des élections professionnelles[118].

33. Possible modification. Néanmoins, le législateur admet que le délai de trois mois soit assoupli par voie conventionnelle. Il autorise l'inspecteur du travail, dans une situation particulière[119], à accorder des dérogations aux conditions d'ancienneté après consultation des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise.

Cependant, il paraît étonnant que les organisations syndicales représentatives puissent apporter un tempérament à la condition d'ancienneté. D'une part, cela signifie qu'un travailleur, nouvellement arrivé dans l'entreprise, doit s'imprégner rapidement des questions de défense de l'intérêt collectif alors même qu'il vient de découvrir son nouvel environnement de travail. D'autre part, cela implique que les organisations syndicales fassent preuve d'une pédagogie particulière pour expliquer les tenants et aboutissants des élections professionnelles à ce nouveau travailleur. Enfin, il est permis de douter de la qualification d'intégration « *étroite et permanente* » si la condition d'ancienneté peut aussi être réduite. L'abaissement de la condition d'ancienneté dépend ainsi de la volonté des organisations syndicales et de l'employeur à travers le protocole d'accord préélectoral. Cet abaissement n'est pas subordonné à la véritable capacité du travailleur à s'intégrer dans l'entreprise pour comprendre tous les enjeux de son vote aux élections professionnelles.

[118] Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-25.420 : *Bull. civ. V, n° 238*; *Dr. soc. 2012, p. 1073 et s., obs. F. PETIT* ; *JCP S 2013, 1303, note J.-Y. KERBOURC'H.*

[119] C. trav., art. L. 2314-25, al. 1 : lorsque l'application des conditions légales d'ancienneté « *aurait pour effet de réduire à moins des deux tiers de l'effectif le nombre de salariés remplissant ces conditions* ».

2. La rigidité du système politique

34. Majorité. Dans le code électoral, le législateur subordonne l'inscription des citoyens sur les listes électorales à une simple condition d'âge. Dès leur majorité, ils « *sont inscrits d'office sur la liste électorale de la commune de leur domicile réel* »[120].

35. Ancienneté. Le législateur n'impose une condition d'ancienneté que dans des situations bien déterminées. Lorsque le citoyen change de domicile, le citoyen doit choisir parmi plusieurs possibilités[121] pour être inscrit sur les listes d'une autre commune. Dans seulement trois situations, une condition d'ancienneté est exigée : soit il réside « *depuis six mois au moins* »[122] dans cette commune, soit il figure « *pour la deuxième fois sans interruption, l'année de la demande d'inscription, au rôle des contributions directes communales* »[123], soit, *« sans figurer au rôle des contributions directe communale,* [le citoyen a] *pour la deuxième fois sans interruption l'année de la demande d'inscription, la qualité de gérant ou d'associé majoritaire ou unique d'une société figurant au rôle* »[124]. Si le législateur est attaché, en droit électoral, à la domiciliation de l'électeur dans la commune, il prend tout de même en considération l'ancienneté de résidence ou d'exercice d'une activité économique dans ladite commune.

Le législateur instaure néanmoins une différence de traitement entre le « citoyen-résident » et le « citoyen-contribuable ». Le résident doit satisfaire à la condition de six mois ; le contribuable doit régler ses contributions depuis au moins deux ans. Cette différence est réalisée en raison de la facilité d'intégration du « citoyen-résident » dans la vie locale et donc dans la communauté, à la différence du « citoyen-contribuable » qui ne fait qu'y régler ses contributions.

Au-delà de ces conditions d'ancienneté exigées en droit électoral, le législateur ne fait aucune distinction selon les différentes élections, qu'elles soient locales ou nationales. Les conditions d'ancienneté permettent de vérifier – à tout le moins théoriquement – que le citoyen observe une certaine stabilité au sein d'une communauté de vie, la commune. Cette stabilité lui permet

[120] C. élec., art. L. 11, II.

[121] C. élec. art. L. 11, I.

[122] C. élec., art. L. 11, I, 1°.

[123] C. élec., art. L. 11, I, 2°.

[124] C. élec., art. L. 11, I, 2° bis.

d'appréhender les enjeux locaux. Lui permet-elle de mieux comprendre les enjeux nationaux ? Les élections des membres des collectivités locales permettent au citoyen de choisir les représentants qu'ils jugent les plus aptes à répondre aux enjeux locaux. Les élections législatives permettent au citoyen de choisir le parlementaire qu'il estime le meilleur pour porter les attentes locales au niveau national. Le choix de la commune pour une inscription sur les listes électorales est alors primordial. Pour les élections présidentielles, le citoyen est appelé à choisir un (ou une) président(e) de la République qui sera censé appliquer la même politique sur tout le territoire national, peu importe la commune concernée. C'est pourquoi, dans ce dernier cas, le changement d'inscription sur les listes électorales n'a aucune conséquence et rend inutile la condition d'ancienneté.

§ 2.L'établissement des listes électorales

36. Électeur. La condition d'appartenance à une communauté n'est pas la seule à être nécessaire à l'octroi de la qualité d'électeur. Le législateur impose de vérifier d'autres conditions communes aux deux systèmes de relations collectives de travail ou politique (A). Les acteurs concernés divergent en revanche, selon le système envisagé (B).

A. Les conditions communes

37. Égalité femme-homme. Certaines conditions techniques relatives à l'électorat sont partagées par le système des relations collectives de travail et par le système politique. Si l'égalité femme-homme est un exemple qui reçoit un écho important dans le débat politique contemporain, tel n'a pas toujours été le cas.

Dans l'histoire des élections politiques, le principe d'égalité des sexes concernant l'exercice du droit de vote n'a pas toujours prévalu. Ce n'est qu'à partir du 21 avril 1944, grâce à l'intervention du législateur, que les femmes ont obtenu le droit d'être électrices. La logique du législateur a été reprise dans la Constitution du 4 octobre 1958 qui a inscrit en son article 3 le principe selon lequel sont électeurs tous les nationaux majeurs « *des deux sexes* »[125].

[125] Cette obligation d'égalité n'a été imposée au niveau européen qu'en 1974 par l'adhésion de la France à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

L'égalité femme-homme est donc constitutionnellement garantie. Ni le droit électoral, ni le droit du travail ne peuvent y déroger. Le législateur a repris cette condition d'égalité aux articles L. 2 du Code électoral ainsi qu'à l'article L. 2314-18 du Code du travail. La rédaction n'est toutefois pas identique : le Code électoral fait la distinction entre les « *Français et les Françaises* » alors que le Code du travail préfère évoquer les « *deux sexes* ». Ce rappel trouve certainement son origine dans la volonté du législateur de faire évoluer les mœurs sur la question.

En droit du travail, le droit de vote des femmes a été reconnu bien qu'il ne le soit en droit électoral. En témoigne, par exemple, la loi du 27 mars 1907[126] qui permet l'inscription des femmes sur les listes électorales pour l'élection des membres des conseils de prud'hommes[127].

38. Conditions. Au-delà de la question du droit de vote des femmes, d'abord consacré en droit du travail puis en droit électoral, les élections professionnelles empruntent deux caractéristiques aux élections politiques que le travailleur doit satisfaire pour se voir octroyer la qualité d'électeur. Le droit du travail exige que le travailleur soit pourvu de la capacité électorale (1). Il exige également une condition de majorité électorale (2).

1. La capacité électorale

39. Capacité électorale. Le droit du travail et le droit électoral n'utilisent pas précisément la qualification de « capacité électorale ». Ils envisagent cette condition par la négative en prévoyant les situations d'« *incapacité* » des travailleurs[128] ou des citoyens[129].

Le Code du travail dispose, en son article L. 2314-18, que « *sont électeurs les salariés* […] *n'ayant fait l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relatives à leurs droits civiques* ». À travers cette formulation, le législateur a choisi de renvoyer la question de la capacité électorale des travailleurs au droit électoral lui-même. Le régime de la capacité

[126] L. du 27 mars 1907, concernant les Conseils de Prud'hommes complétée et modifiée par les Lois 17 nov. 1908, art. 5.

[127] En droit commercial, le droit de vote des femmes commerçantes pour les élections consulaires a été consacré par une loi du 28 janv. 1898.

[128] C. trav., art. L. 2314-18.

[129] C. élec., art. L. 2.

électorale, prévu par le législateur dans le système politique, complété par la jurisprudence, s'applique donc au système des relations collectives de travail.

L'employeur n'a pas à vérifier que le travailleur dispose effectivement de sa capacité électorale pour voter aux élections professionnelles. En effet, le salarié est présumé en jouir normalement[130].

40. Contentieux. Imaginons désormais qu'un travailleur vote aux élections professionnelles alors qu'il se sait frappé par une décision judiciaire d'une interdiction d'exercer le droit de vote[131]. Cela peut-il entraîner l'annulation des élections ? La réponse devrait être négative.

Le régime d'annulation des élections professionnelles[132] repose sur deux séries de motifs : soit pour violation des principes généraux du droit électoral, soit pour des irrégularités relevant de l'organisation ou du déroulement des élections[133].

L'inscription sur les listes électorales d'un salarié déchu de ses droits civiques devrait être considérée comme une irrégularité contraire aux principes généraux du droit électoral. Le principe de sincérité du scrutin qui intervient pour contrôler le bon « *déroulement du scrutin* »[134] pourrait être invoqué. En effet, de l'établissement des listes électorales conformément aux règles juridiques dépend la régularité du scrutin.

Pour autant, est-il nécessaire d'annuler l'ensemble des opérations électorales et de les renouveler pour un seul salarié – même votant – qui n'aurait pas dû avoir la qualité d'électeur ? L'annulation systématique de l'élection dans cette situation serait contradictoire avec la

---

[130] Cass. soc., 15 juin 1995, n° 94-60.461 : *Bull. civ.V, n° 196, p. 144* : « *les salariés de l'entreprise sont présumés jouir de leurs droits civiques sauf preuve contraire soumise, au besoin, à la vérification du juge* ».

[131] C. pén., art. 131-26, 1°.

[132] V. *infra*, n° 137 et s.

[133] V. Cass. soc., 10 mars 2010, n° 09-60.236 : *Bull. civ. V, n° 55* : « *à moins qu'elles soient directement contraires aux principes généraux du droit électoral, les irrégularités commises dans l'organisation et le déroulement du scrutin ne peuvent constituer une cause d'annulation que si elles ont exercé une influence sur le résultat des élections ou, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 si, s'agissant du premier tour, elles ont été déterminantes de la qualité représentative des organisations syndicales dans l'entreprise, ou du droit pour un candidat d'être désigné délégué syndical* » ; *Dr. soc. 2010, p. 595 et s., obs. F. PETIT* ; *JCP G 2010, 355, obs. G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER* ; *JCP S 2010, 161, obs. S. MIARA*.

[134] V. *infra*, n° 132.

jurisprudence qui pose le principe selon lequel le travailleur est présumé jouir de ses droits civiques. L'employeur ne saurait être sanctionné, par l'annulation et la réorganisation des élections professionnelles, alors qu'il n'a pas à vérifier préalablement si les travailleurs remplissent personnellement les conditions relatives à l'électorat. Pour résoudre ce problème, la Cour de cassation devrait utiliser le régime d'annulation qu'elle a créé pour les irrégularités dans l'organisation ou le déroulement des élections. Le juge judiciaire serait ainsi tenu d'annuler les élections professionnelles si l'irrégularité en question entraînait un faible écart de suffrages entre plusieurs listes, une égalité de suffrages ou encore si une organisation syndicale était en passe d'atteindre le seuil d'audience électorale. Le suffrage exprimé par un seul électeur peut en effet être déterminant dans ces situations.

En outre, en plus de la condition de capacité électorale, le droit du travail partage, en partie avec le droit électoral, la condition de majorité électorale.

2. La majorité électorale

41. Majorité. En droit électoral, la condition d'âge pour exercer le droit de vote est de 18 ans[135]. En droit du travail, cette condition est fixée à 16 ans[136]. Un jeune en contrat d'apprentissage peut ainsi être électeur aux élections professionnelles dans l'entreprise qui l'accueille. S'y ajoutent les jeunes qui, par dérogation, concluent un contrat de travail dès l'âge de 16 ans.

Néanmoins, la comparaison de ces deux conditions juridiques différentes interroge sur l'appréciation, par le législateur, de l'aptitude du jeune à mieux comprendre les enjeux professionnels que les enjeux sociétaux. Il estime semble-t-il qu'un jeune travailleur de 16 ans, citoyen avant tout, est plus apte à comprendre les tenants et aboutissants des élections professionnelles que ceux des élections politiques.

42. Intérêts. Il convient également de revenir sur les intérêts défendus au regard de chaque système : l'intérêt collectif au sein du système des relations collectives de travail et l'intérêt général dans le système politique[137]. L'intérêt collectif se veut restreint à la sphère

[135] Const., art. 3, al. 4 ; C. élec., art. L. 2.

[136] C. trav., art. L. 2314-15 et L. 2324-14.

[137] V. *supra*, n° 3.

professionnelle, l'intérêt général étendu à la société toute entière. Cela justifie que la condition d'âge soit plus élevée dans le système politique que dans le système des relations professionnelles. Le principe de participation n'engage pas le travailleur-électeur de la même manière que l'exercice de la souveraineté pour l'électeur-citoyen. Le travailleur est invité à participer à la détermination collective des conditions de travail dans la seule sphère professionnelle. Les choix réalisés par les travailleurs pour la défense de l'intérêt collectif ont une portée nécessairement moins grande que les choix réalisés par les citoyens pour l'exercice de la souveraineté nationale et la défense de l'intérêt général.

Abaisser la condition d'âge à 16 ans pour qu'un travailleur puisse être électeur aux élections professionnelles permet de l'inviter à participer à la défense de l'intérêt collectif et, par là-même, de lui offrir une meilleure intégration dans la communauté de travail.

B. La distinction des acteurs

43. Prérogatives. L'organisation des élections professionnelles comme des élections politiques exige l'intervention d'une pluralité d'acteurs.

En droit du travail, les élections se déroulent au sein de l'établissement ou de l'entreprise. Ainsi, sont engagés dans le processus l'employeur, les travailleurs et les organisations syndicales.

Dans les élections politiques, l'administration (à travers les services d'état civil), les citoyens, ou encore le préfet sont parties prenantes. Chacun a un rôle bien déterminé.

Des obligations sont mises à la charge de l'employeur ou de l'administration (1) alors que tous les autres acteurs précités se voient confier des missions de vérification des listes électorales et éventuellement de saisine du juge (2).

1. Les obligations de l'employeur ou de l'administration

44. Inscription. Dans le système politique, le Code électoral prévoit que l'inscription est « *obligatoire* »[138] et que « *sont inscrites d'office* […] *les personnes qui ont atteint l'âge prévu par la loi pour être électeur à la date de ce scrutin ou, lorsque le mode de scrutin permet un second tour, à la date à laquelle ce second tour a vocation à être organisé* »[139].

[138] C. élec., art. L. 9.

[139] C. élec., art. L. 11, II.

En droit du travail, l'obligation d'inscription et les modalités d'établissement des listes électorales n'ont jamais été déterminées légalement. Seules les conditions pour être électeur ont été posées à l'article L. 2314-18 du Code du travail. La jurisprudence en a déduit qu'il incombait à l'employeur d'établir la liste électorale tant pour le premier tour que pour le second[140] s'il doit avoir lieu. Le travailleur n'a aucune démarche à effectuer. L'obligation jurisprudentielle de l'employeur s'explique à un double titre : d'une part, « *il est responsable de l'organisation des élections professionnelles* » et, d'autre part, « *il est le seul à détenir tous les éléments d'information nécessaires à la constitution de la liste* »[141].

45. Inscription unique. Dans le système politique, une seule liste est établie par commune et « *nul ne peut être inscrit sur plusieurs listes électorales* »[142].

En droit du travail, chaque collège électoral dispose de sa propre liste[143]. Pour l'organisation des élections des membres du comité social et économique, l'employeur doit établir des listes électorales pour chaque collège d'électeurs dans l'entreprise. Chaque travailleur dispose d'une voix par scrutin, dans son collège d'appartenance.

Avant la réforme de 2017 qui a modifié les institutions représentatives du personnel[144], il était obligatoire d'organiser les élections des membres du comité d'entreprise à la même date que celles des délégués du personnel[145]. L'organisation de ces deux scrutins supposait que le travailleur apparaisse sur deux listes électorales distinctes (voire quatre en comptant l'élection des représentants suppléants) : une pour l'élection des délégués du personnel, l'autre pour l'élection des représentants du personnel au comité d'entreprise. Depuis la réforme de 2017, le travailleur, dans son collège d'appartenance, reste inscrit sur deux listes électorales : une pour

---

[140] Cass. soc., 18 nov. 2008, n° 07-60.359 : *Bull. civ. V, n° 225* (*JCP S 2009, 1070, note J.-Y. KERBOURC'H*) ; C. trav., art. R. 2314-24, al. 2 : la liste électorale doit être publiée au moins 4 jours car le délai de sa contestation est de « *trois jours suivant la publication de la liste électorale* ».

[141] M.-L. MORIN, L. PECAUT-RIVOLIER, Y. STRUILLOU, Le guide des élections professionnelles et des désignations des représentants syndicaux dans l'entreprise. Loi du 20 août 2008 : *Dalloz, 2009, p. 596.*

[142] C. élec., art. L. 10.

[143] F. PETIT., Représentants du personnel : Élections : *Rép. Trav. Dalloz, avr. 2020.*

[144] Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017, relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, art. 1 : *JORF 23 sept. 2017, texte n° 31.*

[145] C. trav., anc. art L. 2314-6, al. 1 (DP) et L. 2324-3, al. 1 (CE).

l'élection des membres titulaires de la délégation du personnel au comité social et économique, l'autre pour l'élection des membres suppléants[146].

Cette hypothèse se retrouve dans le système politique lorsque le gouvernement décide de l'organisation de plusieurs scrutins le même jour. Il convient d'établir une liste électorale pour chacun des scrutins. Une seule exception permet l'inscription du citoyen sur une liste unique alors qu'il exprime plusieurs votes en un même scrutin : les élections municipales et intercommunales.

46. Actualisation. Si l'établissement des listes électorales pour les élections politiques et professionnelles est semblable, leur actualisation diffère.

En droit du travail, l'employeur détient les éléments (notamment les contrats de travail) utiles à l'actualisation des listes électorales. Il lui appartient donc d'y procéder. Cette opération est importante lorsque, par exemple, un travailleur a changé d'affectation dans un autre établissement. En cas d'omission par l'employeur, le travailleur ne saurait tout de même être privé de sa qualité d'électeur[147].

Dans le système politique, l'administration n'est pas tenue de suivre les changements de domiciliation des citoyens. Le citoyen doit avoir une démarche volontaire. En effet, pour apparaître sur les listes actualisées de son nouveau lieu de domiciliation, il doit déposer sa « *demande* »[148] auprès des services municipaux, sur Internet, voire l'envoyer par courrier[149]. À défaut, le citoyen ne pourra voter dans ladite nouvelle commune. Une commission est spécialement instaurée[150] pour vérifier la régularité de la liste électorale qui, depuis la loi du 1er août 2016[151], est « *extraite d'un répertoire électoral unique et permanent* »[152].

---

[146] C. trav., art. L. 2314-26, al. 3.

[147] Cass. soc., 26 nov. 2003, n° 03-60.036 : *Bull. civ. V, n° 299* : « *alors que l'employeur, qui n'avait pas rectifié la liste électorale, ne pouvait pas priver les salariés de leur droit d'être électeurs et éligibles* ».

[148] C. élec., art. L. 11, I.

[149] C. élec., art. R. 5.

[150] C. élec., art. L. 19.

[151] L. n° 2016-1048, 1er août 2016, rénovant les modalités d'inscription sur les listes électorales, art. 2 : *JORF 2 août 2016, texte n° 3*.

[152] C. élec., art. L. 16, I.

47. Collège. Le droit du travail a une particularité que ne connait pas le droit électoral. Les listes électorales sont confectionnées par collèges électoraux, en fonction du nombre et de la composition des collèges[153] ainsi que de la répartition des travailleurs[154] prévues dans le protocole d'accord préélectoral. À défaut, il revient à l'autorité administrative de déterminer ces modalités[155].

La répartition des travailleurs-électeurs dans les différents collèges est établie au regard des fonctions qu'ils exercent[156]. Les fonctions retenues sont celles réellement exercées et non celles mentionnées au contrat ou sur les fiches de paie[157].

En droit électoral, les citoyens-électeurs ne sont pas répartis dans différents collèges électoraux. Ils peuvent éventuellement, en fonction du nombre d'électeurs, être répartis dans différents bureaux de vote de la commune[158].

La confection des listes électorales par collège n'est donc pas un principe général du droit électoral et sa pertinence mérite d'être interrogée.

Rappelons que les collèges électoraux sont en principe composés, selon l'article L. 2314-11 du Code du travail, par les ouvriers et les employés, d'une part, et par les ingénieurs, chefs de service, techniciens, agents de maîtrise et assimilés, d'autre part. Un collège cadre doit être constitué dès lors qu'au moins 25 travailleurs ont cette qualité dans l'entreprise[159]. La répartition par collèges électoraux permet ainsi à chaque catégorie de travailleurs d'être représentés par des élus qui exercent la même fonction. Les représentants du personnel peuvent mieux porter auprès de l'employeur des revendications pour la défense de l'« intérêt collectif »[160] sur des sujets extrêmement précis.

Ce choix opéré par le législateur est particulier au droit du travail ; le droit électoral ne fait aucune distinction entre les citoyens. Ainsi, la représentation des citoyens est effectuée par

---

[153] V. *infra*, n° 95 ; C. trav., art. L. 2314-12.

[154] V. *infra*, n° 95 ; C. trav., art. L. 2314-13.

[155] V. *infra*, n° 125 ; C. trav., art. L. 2314-13, al. 3 et s.

[156] C. trav., art. L. 2314-11.

[157] V. par ex. : Cass. soc., 28 juin 2006, n° 05-60.290 : *inédit* : « *l'employeur est tenu d'élaborer et de publier la liste électorale de chaque collège conformément à la qualification réelle des salariés le composant* ».

[158] C. élec., art. R. 40, al. 1 : « *les électeurs sont répartis par arrêté du préfet en autant de bureaux de vote que l'exigent les circonstances locales et le nombre des électeurs* ».

[159] C. trav., art. L. 2314-11, al. 3.

[160] V. *supra*, n° 3.

d'autres citoyens élus, quelle que soit leur fonction professionnelle. En effet, les représentants politiques sont appelés à œuvrer pour l'« intérêt général » et donc à dépasser les considérations professionnelles pour gérer les affaires de la sphère publique. Les statistiques révèlent la disparité socioprofessionnelle des élus[161].

La pertinence des collèges électoraux, en droit du travail, relève du choix politique du législateur de tenir compte des fonctions des travailleurs pour une meilleure connaissance des problèmes ; là, où dans le système politique toute distinction entre les citoyens irait à l'encontre de la polyvalence attendue des élus pour traiter de tout sujet.

48. Mentions. Au-delà, le Code du travail ne fait pas état des mentions qui doivent apparaître sur les listes électorales. La Cour de cassation est donc venue préciser que « *les seules mentions qui doivent figurer obligatoirement sur la liste électorale des salariés travaillant dans l'entreprise sont : l'âge, l'appartenance à l'entreprise et l'ancienneté dans celle-ci qui déterminent la qualité d'électeur et permettent le contrôle de la régularité de la liste électorale* […] *l'indication de l'adresse du domicile des salariés, n'a pas à figurer sur la liste électorale* »[162].

La mention du domicile de l'électeur sur les listes électorales constitue un point de divergence récent entre le droit du travail et le droit électoral. Elle a été, de tout temps, obligatoire en droit électoral et continue de l'être. La domiciliation constitue l'élément fondamental qui permet, dans le système politique, de vérifier l'appartenance à une communauté et d'accorder un droit de vote dans cette dernière[163]. La mention du domicile du travailleur-électeur est inutile puisque le vote a lieu dans l'entreprise. Cet exemple, tiré de la jurisprudence, illustre bien le soin avec lequel la Cour de cassation transpose certains éléments du droit électoral tout en tenant compte de la spécificité du droit du travail.

---

[161] V. par ex. : G. LE GALL, Leçons des départementales 2015 : nouvel avertissement pour le pouvoir… : *R. pol. parl. 2015, n°1075, p. 10* : agriculteurs (1), artisans-commerçants-chefs d'entreprise (3), cadres-professions libérales (9), professions intermédiaires (15), employés (17), ouvriers (14), retraités (27), autres inactifs (14).

[162] Cass. soc., 20 mars 2002, n° 00-60.176 : *Bull. civ. V, n° 97* ; F. PETIT, Les principes généraux du droit électoral dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation : *D. 2005, p. 1815 et s*.

[163] C. élec., art. L. 16, I.

2. Les voies de recours

49. Contentieux. Dans le cadre des élections professionnelles comme des élections politiques, la liste électorale peut être contestée.

En droit du travail, la contestation est portée devant le juge du contentieux électoral : le juge judiciaire « *dans les trois jours suivant la publication de la liste électorale* »[164]. Le recours peut être formé par tout travailleur, et notamment ceux qui prétendent devoir remplir les critères pour avoir la qualité d'électeur. Aux travailleurs, s'ajoutent les organisations syndicales qui peuvent former ce recours[165]. Elles peuvent ainsi exiger de l'employeur la communication de la liste électorale portant les mentions nécessaires à sa régularité, des registres du personnel ainsi que des listings d'emploi des salariés sous contrat à durée déterminée ou des intermittents.

En droit électoral, le législateur invite expressément tout électeur inscrit sur une liste électorale à « *demander, auprès du tribunal judiciaire, l'inscription ou la radiation d'un électeur omis ou indûment inscrit ou contester la décision de radiation ou d'inscription d'un électeur* »[166]. « *Toute personne qui prétend avoir été omise de la liste électorale de la commune en raison d'une erreur purement matérielle ou avoir été radiée en méconnaissance de l'article L. 18 peut saisir le tribunal judiciaire* »[167].

Il convient également de souligner que le citoyen peut également former un recours devant le tribunal administratif à condition qu'il soit précédé d'un recours administratif préalable[168]. Ce recours administratif préalable est examiné par la commission de contrôle dont le rôle est de s'assurer de la régularité de la liste électorale[169].

[164] C. trav., art. R. 2314-24, al. 2.

[165] Cass. soc., 12 nov. 2003, n° 02-60.633 : *inédit*.

[166] C. élec., art. L. 20, I.

[167] C. élec., art. L. 20, II.

[168] C. élec., art. L. 18, III.

[169] C. élec., art. L. 19.

Section 2. Les droits de l'éligible

50. Droits. Le législateur est intervenu pour encadrer les droits attachés à l'éligibilité de ceux qui, au sein de l'entreprise, souhaitent être candidats aux élections professionnelles. Il est nécessaire d'être éligible (§1) pour être candidat (§2).

§ 1.L'éligible

51. Éligibilité. Pour déposer une candidature, il est nécessaire de vérifier si les conditions de l'éligibilité (A), prévues par le législateur, sont respectées et que le travailleur n'entre dans aucune situation où l'éligibilité est restreinte (B) notamment en raison des fonctions[170] exercées.

A. Les conditions de l'éligibilité

52. Travailleur ou salarié ? Le législateur a, pour la majeure partie d'entre elles, renvoyé aux conditions de l'électorat. Néanmoins, l'électorat et l'éligibilité se différencient fondamentalement sur la question des travailleurs mis à disposition. Le législateur les considère comme électeurs dans l'entreprise utilisatrice mais refuse qu'ils puissent y être éligibles, et ce malgré leur éventuelle intégration étroite et permanente à la communauté de travail. La qualification, discutable[171], reste celle de « *salarié* ».
En outre, si le salarié, comme le citoyen dans le système politique, ont l'obligation d'être électeurs (1) pour être éligibles, ils disposent tous deux d'une simple faculté d'adhésion à l'organisation syndicale ou au parti politique de leur choix (2).

1. L'obligation : être électeur

53. Salariés. L'article L. 2314-19 du Code du travail pose les différentes conditions de l'éligibilité du travailleur. Pour être éligible, le travailleur doit être électeur au sein de l'entreprise. Néanmoins, seuls les salariés de l'entreprise, liés par un contrat de travail avec

[170] G. CORNU, Vocabulaire juridique : *PUF, 12e éd., 2018, p. 466* : « *ensemble de pouvoirs et devoirs appartenant, ès qualité, à l'organe d'un groupement* ».
[171] V *infra*, n° 54.

l'employeur, peuvent être candidats aux élections professionnelles à condition qu'ils y travaillent « *depuis un an au moins* »[172].

Les travailleurs mis à disposition ne sont, quant à eux, plus éligibles dans l'entreprise utilisatrice, au comité social et économique. Avant que le comité social et économique ne soit créé par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017[173], les travailleurs mis à disposition étaient éligibles aux fonctions de délégué du personnel s'ils remplissaient les conditions pour être électeurs dans l'entreprise utilisatrice et devaient être présents « *vingt-quatre mois continus* »[174]. Le législateur leur interdisait néanmoins d'être candidats aux élections des membres de la représentation du personnel au comité d'entreprise[175].

54. Salariés mis à disposition. L'article L. 2314-23, alinéa 1er, du Code du travail dispose que, pour l'élection des membres de la représentation du personnel au comité social et économique, « *les salariés mis à disposition ne sont pas éligibles dans l'entreprise utilisatrice* ». Cette règle peut, en partie, s'expliquer au regard des compétences du nouveau comité social et économique.

Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, ses attributions sont celles de l'ensemble des anciennes institutions représentatives du personnel : le délégué du personnel, le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail[176]. Aussi convient-

---

[172] C. trav., art. L. 2314-19, al. 1.

[173] Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017, relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, art. 1 : *JORF 23 sept. 2017, texte n° 31*.

[174] C. trav., anc. art. L. 2314-18-1 ; Cass. ass. plén., 29 fév. 1980, n° 79-60.051 : *Bull. ass. plén., n° 2* (*D. 1980, p. 545 et s., obs. J. PELISSIER*) ; Cass. soc., 5 fév. 1981, n° 80-60.345 : *Bull. civ. V, n° 106*.

[175] C. trav., anc. art. L. 2324-17-1, al. 1 : « *les salariés mis à disposition ne sont pas éligibles dans l'entreprise utilisatrice* » ; Le Professeur F. PETIT s'interrogeait alors sur le respect du principe d'égalité des candidats : « *cette distinction* [entre l'inéligibilité des travailleurs mis à disposition pour l'élection des membres du comité d'entreprise et leur éligibilité pour l'élection des délégués du personnel] *se justifie, d'après elle* [la Cour de cassation]*, par la finalité même du comité d'entreprise, les salariés détachés n'ayant pas « le même intérêt au sort et à la gestion » de l'entreprise où ils travaillent ; mais cet argument reste fragile, car on ne saurait nier qu'un salarié détaché trouve dans la mission qui lui est confiée la raison de son intégration dans le corps électoral* » (F. PETIT, Les principes généraux du droit électoral dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation : *D. 2005, p. 1815 et s*.)

[176] C. trav., art. L. 2312-8 et s.

il de considérer, comme avant la réforme de 2017, que les travailleurs mis à disposition, qui sont inclus dans la communauté des travail et peuvent être électeurs, ne sont pas les mieux placés pour « *assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production* »[177]. S'ils pouvaient être éligibles au comité social et économique, les travailleurs mis à disposition auraient en leur possession des éléments comptables et financiers de l'entreprise utilisatrice pour lesquels il convient de conserver le sceau de la confidentialité.

Dans les entreprises d'au moins 11 et de moins de 50 salariés, le comité social et économique exerce les missions de l'ancien délégué du personnel[178]. Il a donc « *pour mission de présenter à l'employeur les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires, à l'application du code du travail et des autres dispositions légales concernant notamment la protection sociale, ainsi que des conventions et accords applicables dans l'entreprise* »[179]. La délégation du personnel « *contribue à promouvoir la santé, la sécurité et les conditions de travail dans l'entreprise et réalise des enquêtes en matière d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ou à caractère professionnel* »[180]. Dans ces petites entreprises, les missions du comité social et économique ont été quelque peu élargies pour une meilleure prise en compte des questions de santé, de sécurité et des conditions de travail. Pour autant, ces attributions ne sont qu'une infime part de celles de l'ancien comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail[181]. L'inéligibilité des travailleurs mis à disposition pour les élections du comité social et économique dans les petites entreprises, est surprenante[182] ; d'autant plus que les attributions de la nouvelle institution du personnel ne sont pas fondamentalement différentes de celles de l'ancien délégué du personnel.

---

[177] C. trav., art. L. 2312-8, al. 1.

[178] C. trav., anc. art. L. 2313-1 et s. ; C trav., art. L. 2312-5 et s.

[179] C. trav., art. L. 2312-5, al. 1.

[180] C. trav., art. L. 2312-5, al. 2.

[181] C. trav., anc. art. L. 4612-1 et s.

[182] *Contra*, B. TEYSSIE, Droit du travail – Relations collectives : *LexisNexis, 12e éd., 2020, n° 407, p. 207* : « *le comité social et économique né de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 étant à bien des égard l'héritier du comité d'entreprise, il n'est pas surprenant que le nouvel article L. 2314-23 du Code du travail décide que « les salariés mis à disposition ne sont pas éligibles dans l'entreprise utilisatrice* ».

La simplification du paysage institutionnel dans l'entreprise a conduit à l'unification des règles relatives à l'élection de leurs membres. Le législateur a fait le choix de restreindre le droit d'être éligible aux seuls salariés de l'entreprise. Cette solution est vivement critiquable au regard de la volonté jurisprudentielle de permettre une meilleure participation de l'ensemble des travailleurs au sein de l'entreprise, par le critère de l'inclusion étroite et permanente à la communauté de travail, qu'ils soient salariés ou mis à disposition de l'entreprise. À travers la réforme de 2017, le législateur continue d'octroyer le droit de vote aux travailleurs mis à disposition mais ne les autorise plus, quelles que soient les situations, à être éligibles dans l'entreprise utilisatrice. Le législateur a donc fait le choix – politique – de restreindre le champ d'application du principe de participation constitutionnellement garanti.

55. Droit électoral. La formule utilisée en droit du travail est simple : « *sont éligibles les électeurs* »[183]. En droit électoral, pour déterminer si la personne est éligible, le législateur use également de la technique du renvoi au régime de l'électorat. Il utilise néanmoins des expressions très diverses : « *sont éligibles* […] *tous les électeurs* »[184], « *sont éligibles* […] *tous les citoyens inscrits sur une liste électorale* »[185], « *toute personne qui* […] *remplit les conditions pour être électeur* »[186].

Ces différents renvois montrent que la nationalité est une condition indispensable[187] pour être électeur et donc éligible aux élections politiques. Il n'en reste pas moins que le législateur pourrait poursuivre son ambition de simplification aussi en droit électoral notamment en simplifiant les règles régissant l'élection des membres des différentes assemblées[188].

56. Ancienneté. En droit du travail, il existe une différence importante entre la condition d'ancienneté pour être électeur et celle qui prévaut pour être éligible. Le travailleur doit avoir

[183] C. trav., art. L. 2314-19, al. 1.

[184] C. élec., art. L. 228 (élections municipales).

[185] C. élec., art. L. 194 (élections départementales) ; C. élec., art. L. 339 (élections régionales).

[186] C. élec., art. LO 127 (élections législatives).

[187] V. *supra*, n° 29 : cas des étrangers.

[188] Voire, selon le débat contemporain, à simplifier le paysage institutionnel lui-même.

travaillé « *depuis trois mois au moins dans l'entreprise* »[189], dans un cas, et « *depuis un an au moins* »[190] dans l'autre.

« Désigner un représentant » et « être représentant » sont deux processus qui n'obéissent pas à la même logique. Désigner un représentant consiste à choisir celui qui votera et s'exprimera au nom de la collectivité des travailleurs. Être représentant signifie qu'il faut posséder une certaine connaissance du milieu professionnel dans lequel cette mission de représentation est exercée, et être apte à déchiffrer les données économiques de l'entreprise soumises à l'étude du comité social et économique. Le législateur a préféré imposer un délai plus long pour celui qui dispose de ces informations par rapport à celui qui prend seulement part au vote pour désigner ledit représentant. Cette démonstration n'en reste pas moins fragile car si le législateur fixe une condition d'ancienneté, il autorise les partenaires sociaux et le chef d'entreprise à l'abaisser par voie conventionnelle[191].

Enfin, comme pour le régime de l'électorat[192], le législateur a prévu un recours éventuel à l'inspecteur du travail qui peut accorder des dérogations à la condition d'ancienneté. Il y est autorisé dans les cas où l'application des règles légales « *conduirait à une réduction du nombre des candidats qui ne permettrait pas l'organisation normale des opérations électorales* »[193].

Le législateur utilise la qualification de « *candidats* » et non celle « d'éligible ». Il existe pourtant une différence entre l'« éligibilité » et la « candidature »[194]. La première est fondée sur des critères légaux et permet à celui qui les remplit d'être candidat à une élection. La seconde repose sur la volonté d'une personne éligible à être réellement candidate afin d'être élue. Si l'inspecteur du travail peut décompter le nombre de personnes éligibles à une élection, en fonction des critères légaux, comment peut-il prévoir un nombre insuffisant de « *candidats* » pour accorder une dérogation ? L'article L. 2314-25, alinéa 2, du Code du travail fait l'objet d'une maladresse de rédaction. En l'absence de candidats aux élections professionnelles, l'employeur dresse un procès-verbal de carence. La non-tenue des élections professionnelles

[189] C. trav., art. L. 2314-18.

[190] C. trav., art. L. 2314-19, al. 1.

[191] V. *supra*, n° 33.

[192] *Ibid.*

[193] C. trav., art. L. 2314-25, al. 2.

[194] Avant la réforme de 2017, le législateur utilisait indifféremment les deux notions selon qu'il s'agissait des élections des délégués du personnel (C. trav., anc. art. L. 2314-20, al. 2 : « *candidats* ») ou des élections des membres de la délégation du personnel au comité d'entreprise (C. trav., anc. art. L.2324-18, al. 2 : « *éligibles* »).

est seulement due à l'absence de candidats ; aucune personne éligible n'ayant la volonté de se présenter. La situation est différente de celle dans laquelle les opérations électorales ne pourraient avoir lieu en raison d'un nombre insuffisant de personnes éligibles au regard des critères légaux. Aussi, conviendrait-il de réécrire l'article L. 2314-25, alinéa 2, du Code du travail en remplaçant l'expression « *une réduction du nombre de candidats* » par « *une réduction du nombre de salariés éligibles* », voire « *de travailleurs éligibles* » si les travailleurs mis à disposition devaient être inclus[195].

57. Capacité. Pour être éligibles aux élections professionnelles, les salariés doivent disposer de leur capacité électorale. La loi n'en dispose pas expressément. Cela doit être déduit du renvoi des conditions de l'éligibilité à celles de l'électorat. Le salarié ne doit donc faire « *l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relatives à* [ses] *droits civiques* »[196].

58. Majorité. Les deux systèmes, droit du travail et droit électoral, diffèrent uniquement sur l'âge de la majorité pour être électeur. En droit du travail, la majorité est fixée à 16 ans pour être électeur. En droit électoral, elle l'est à 18 ans.
Les deux systèmes s'accordent sur la majorité du travailleur ou du citoyen pour être éligible. Le travailleur doit avoir plus de 18 ans[197], comme en droit électoral[198].

2. La faculté : adhérer à une organisation syndicale ou un parti politique

59. Pré-élection. En droit électoral, aucune obligation n'est faite au citoyen d'être affilié à un parti politique pour être candidat à une élection. Deux phénomènes nuancent cette affirmation sans toutefois la remettre en cause.
D'une part, certains modes de scrutin imposent que le candidat se rapproche d'un voire de plusieurs partis politiques pour s'assurer d'une chance de victoire. Cela vaut notamment pour les scrutins de liste. Le citoyen désigné « tête de liste » doit avoir préalablement construit un

[195] V. *supra*, n° 54.

[196] C. trav., art. L. 2314-18.

[197] C. trav., art. L. 2314-19, al. 1.

[198] Une exception existe pour les élections sénatoriales : le citoyen n'est éligible que « *s'il n'est âgé de vingt-quatre ans révolus* » (C. trav., art. LO. 296, al. 1).

réseau de connaissances. Le parti politique qui regroupe ceux qui partagent des valeurs similaires en est l'un des outils les plus efficaces. Ainsi, les candidats aux élections sont souvent des membres de partis politiques : de l'adhérent au sympathisant[199] en passant par le militant[200]. L'exemple le plus révélateur est celui des élections régionales. Sur des territoires redessinés et devenus plus vastes[201], les partis politiques regroupent un vivier de candidats pour la constitution des listes à l'échelle départementale regroupées ensuite à l'échelle régionale.

D'autre part, la force de certains partis dans le paysage politique français impose un positionnement du candidat sur l'échiquier politique. Le contexte politique a son importance et les chances pour un candidat d'être victorieux sont d'autant plus grandes qu'il est proche du parti politique pour lequel l'opinion publique est favorable.

En droit du travail, le travailleur éligible n'est pas davantage contraint de s'affilier à l'organisation syndicale sur la liste de laquelle il se présente. Pourtant, le droit du travail se distingue du droit électoral par le monopole des organisations syndicales au premier tour des élections des membres titulaires de la délégation du personnel au comité social et économique[202]. Les organisations syndicales peuvent-elles pour autant exiger de leurs candidats qu'ils leur soient affiliés ? Il est possible d'en douter pour trois raisons.

Tout d'abord, la liberté syndicale, constitutionnellement garantie à l'article 6 du préambule de la Constitution de 1946, permet mais n'oblige pas le travailleur à adhérer à une organisation syndicale.

Ensuite, si une telle obligation n'est pas prévue juridiquement, les organisations syndicales incrivent sur leur liste de candidats des travailleurs qui, dans les faits, leur sont sympathisants pour défendre leurs valeurs.

---

[199] M. LAKEHAL, Dictionnaire de science politique : *L'Harmattan, 4e éd., 2009, p. 377* : « *personne ordinaire ou occupant des fonctions d'influence qui serait favorable à certaines thèses et prises de position d'un parti ou organisation politique, sans y adhérer effectivement (détenir une carte) et systématiquement, ni d'ailleurs de respecter les consignes de vote données par ses dirigeants* ».

[200] M. LAKEHAL, Dictionnaire de science politique : *L'Harmattan, 4e éd., 2009, p. 261* : « *membre actif d'une organisation politique ou syndicale qui participe financièrement et matériellement à la vie militante : réunion, affichage, distribution de tracts, vente de journaux, propagande, recrutement, manifestation, action, etc.* »

[201] L. n° 2015-991, 7 août 2015, portant nouvelle organisation territoriale de la République : *JORF 8 août 2015, texte n° 1*.

[202] V. *infra*, n° 69.

Enfin, le monopole des organisations syndicales au premier tour permet au travailleur-électeur, soucieux de connaître la tendance « politico-syndicale » des candidats, de déceler celle-ci au regard des valeurs défendues par l'organisation syndicale sur la liste de laquelle chaque travailleur-éligible peut se présenter[203]. Cependant, avec le nouveau système de représentativité instauré en 2008, il faut parier sur le phénomène de « dépolitisation » du débat dans la sphère professionnelle. En faisant de l'entreprise le cadre de la détermination de la représentativité, la proximité des travailleurs-candidats avec les travailleurs-électeurs joue un rôle certainement plus déterminant que l'étiquette de l'organisation syndicale sur la liste de laquelle ils se présentent. La représentativité est en effet calculée au sein de l'entreprise sur la base des suffrages exprimés par les travailleurs au profit des candidats qui sont leurs propres collègues avant même d'être inscrits sur la liste d'une organisation syndicale.

60. Post-élection. Le mandat au service de l'intérêt collectif[204] ou de l'intérêt général[205] à l'issue des élections commande l'implication des élus au service de l'ensemble de la collectivité des travailleurs ou des citoyens, sans logique partisane.

En droit électoral, l'élu n'a pas à rendre compte de son activité à un parti politique mais au citoyen qu'il représente sur un territoire donné. En effet, l'élu est choisi par les électeurs sans ne jamais être désigné par un parti politique.

En droit du travail, il faut distinguer deux phénomènes pourtant confondus dans les élections professionnelles : l'élection des membres de la délégation du personnel au comité social et économique et les suffrages accordés aux délégués syndicaux.

---

[203] Ces valeurs sont notamment visibles au niveau national interprofessionnel où les organisations syndicales se positionnent par rapport à la politique gouvernementale à travers leur participation aux négociations collectives et/ou leur signature des textes qui en sont le fruit.

[204] M. LAKEHAL, Dictionnaire de science politique : *L'Harmattan, 4e éd., 2009, p. 229* : « *dans l'idéologie libérale (individualisme), l'intérêt collectif est un intérêt privé commun à plusieurs individus, qui les oblige à s'entendre sur la manière collective de le défendre* » ; en droit du travail, la défense de l'intérêt collectif de la profession s'effectue soit au sein des institutions représentatives du personnel, soit par la voie de la négociation collective.

[205] M. LAKEHAL, Dictionnaire de science politique : *L'Harmattan, 4e éd., 2009, p. 229* : « *intérêt transcendant les intérêts individuels ou de groupe* ».

Les représentants du personnel sont directement élus par les suffrages exprimés par les travailleurs. Au sein du comité social et économique, les représentants élus travaillent au service de l'« intérêt collectif commun », c'est-à-dire de l'ensemble de la collectivité des travailleurs. Les délégués syndicaux se voient, quant à eux, accorder les suffrages exprimés par les travailleurs-électeurs à travers le critère de l'audience[206]. Leur désignation par une organisation syndicale représentative reste néanmoins indispensable. Les délégués syndicaux ont donc pour fonction de porter les messages de l'organisation syndicale vers les travailleurs, d'une part, et d'être les représentants de leur organisation syndicale auprès de l'employeur, d'autre part. Aussi le délégué syndical est-il amené à défendre l'intérêt collectif des travailleurs mais en fonction des valeurs de l'organisation syndicale qui l'a désigné, c'est-à-dire en fonction de l'« intérêt collectif de la profession ».

B. Les restrictions à l'éligibilité

61. Inéligibilité. Si le travailleur remplit les conditions générales de l'éligibilité, il peut dans certains cas être frappé d'inéligibilité en raison de l'incompatibilité entre un éventuel mandat de représentation du personnel et les fonctions professionnelles qu'il exerce (1). En droit électoral et constitutionnel, les restrictions à l'éligibilité tiennent principalement à l'exercice de la souveraineté nationale dans le cadre de certains mandats (2).

1. L'incompatibilité avec certaines fonctions professionnelles

62. Fonctions. En raison de l'exercice de prérogatives du chef d'entreprise par le travailleur, ce dernier ne peut être ni électeur, ni éligible[207] aux élections professionnelles. Il en va de la philosophie même des missions des représentants du personnel ou des représentants syndicaux pour la défense de l'intérêt de la collectivité des travailleurs opposées, par essence, aux seuls intérêts du chef d'entreprise[208]. Sur ce point, la loi ajoute seulement que « *sont*

[206] J.-F. CESARO, La représentation des syndicats dans l'entreprise : *JCP S 2012, 1237* : « *audience électorale personnelle* ».

[207] Cass. soc., 5 avr. 1995, n° 94-60.320 : *inédit* ; Cass. soc., 1er avr. 1997, n° 96-60.019 : *inédit* (*Dr. soc. 1997, p. 549 et s., note J. SAVATIER*).

[208] S. LARDY, Démocratie politique et démocratie sociale : usages et pratiques de l'article L. 1 du Code du travail : *SSL, 9 avr. 2015, n° 1671*.

éligibles les électeurs […] *à l'exception des conjoint, partenaire d'un pacte civil de solidarité, concubin, ascendants, descendants, frères, sœurs et alliés au même degré de l'employeur* »[209]. La Cour de cassation a également dû clarifier la situation dans laquelle un travailleur détient une délégation particulière d'autorité lui permettant d'être assimilé au chef d'entreprise, ce qui n'est pas le cas lorsque « *la fiche du poste du salarié n'établissai*[en]*t pas qu'il soit amené à représenter l'employeur devant les institutions représentatives du personnel* »[210]. Seules les fonctions pour lesquelles les travailleurs reçoivent délégation de pouvoir de l'employeur les rendent inéligibles aux élections professionnelles. Tel est le cas, par exemple, du travailleur qui négocie le protocole d'accord préélectoral au nom et pour le compte de l'employeur[211] ou encore du travailleur qui représente l'employeur et dont le nom figure sur le procès-verbal de réunion d'un comité d'établissement[212].

2. L'exercice de la souveraineté nationale

63. Fonctions. Les fonctions exercées dans le cadre d'une activité professionnelle[213] peuvent être à l'origine de l'interdiction pour un citoyen de faire acte de candidature aux élections politiques. L'incompatibilité entre le mandat concerné et la fonction rend inéligible la personne qui l'exerce. Il en va ainsi d'une liste de fonctions dressée par le législateur pour chaque scrutin[214].

Au niveau local, ces incompatibilités s'expliquent au regard de la séparation des pouvoirs mais également des conflits entre la fonction dévolue aux agents des collectivités et les choix politiques des élus desdites collectivités. Le délai de cessation de la fonction pour se porter

[209] C. trav., art. L. 2314-19, al. 1.

[210] Cass. soc., 20 janv. 2013, n° 12-11.702 : *Bull. civ. V, n° 73* ; *Dr. soc. 2013, p. 472 et s., obs. F. PETIT*.

[211] Cass. soc., 30 janv. 2008, n° 07-60.093 : *inédit*.

[212] Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 05-60.158 : *Bull. civ. V, n° 39*.

[213] V. par ex. : C. élec., art. L. 231 : préfet, sous-préfet, secrétaire général de préfecture, directeur de cabinet de préfet, magistrat des cours d'appel, membre de tribunal administratif ou de chambre régionale des comptes, officier et sous-officier de gendamerie, etc.

[214] C. élec., art. L. 231 (élections municipales), L. 195 et L. 196 (élections départementales), L. 340 et LO 340-1 (élections régionales), LO 130 et LO 132 (élections législatives), LO 296 et LO 297 (élections sénatoriales) ; L. n° 62-1292, 6 nov. 1962, relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel : *JORF, 7 nov. 1962*.

candidat est fixé par principe à un an[215]. L'exception réside dans les élections municipales pour lesquelles le législateur n'a pas souhaité, lors de l'adoption de la loi du 17 mai 2013[216], allonger le délai initialement fixé à six mois[217].

64. Nationalité. En droit électoral, la notion de souveraineté nationale irrigue le système politique[218]. Son exercice par les représentants de la Nation suppose que l'éligibilité soit accordée aux détenteurs de la nationalité française[219].

65. Citoyenneté européenne. Comme pour l'électorat[220], l'éligibilité des citoyens européens pour les seules élections municipales a été prévue dans la Constitution[221] sous l'impulsion du Traité de Maastricht[222]. L'article 88-3 de la Constitution prévoit que « *le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France* ». La Constitution encadre également les prérogatives de tout citoyen européen élu au conseil municipal. Il ne peut en effet ni être élu maire ni adjoint, ni même en exercer temporairement les fonctions[223]. Cela s'explique notamment en raison des attributions exercées dans le cadre de ces mandats. Selon l'article L. 2122-32 du Code général des collectivités territoriales, « *le maire et les adjoints sont officiers d'état civil* ». N'étant pas détenteurs de la nationalité française, les citoyens de l'Union européenne ne peuvent exercer

---

[215] *Ibid.*

[216] L. n° 2013-403, 17 mai 2013, relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, art. 22 : *JORF, 18 mai 2013, texte n° 2* ; aucune modification du délai n'est également intervenue par les deux dernières lois (L. n° 2018-607, 13 juillet 2018, relative à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant diverses dispositions intéressant la défense, art. 33 : *JORF, 14 juill. 2018, texte n° 1* ; et L. n° 2019-1269, 2 déc. 2019, visant à clarifier diverses dispositions du droit électoral, art. 6 : *JORF, 3 déc. 2019, texte n° 2*).

[217] Cette absence d'uniformisation du délai trouve son explication dans l'adoption de la loi seulement 10 mois avant le scrutin des élections municipales des 23 et 30 mars 2014. Ce délai n'a pas davantage été modifié pour les élections municipales en 2020.

[218] V. *supra*, n° 27 et s.

[219] C. élec., art. L. 44 (élections municipales).

[220] V. *supra*, n° 30.

[221] V. Cons. Const., 2 sept. 1992, n° 92-312 DC et not. cons. 20: *JORF 3 sept. 1992, p. 12095*.

[222] *Ibid.*

[223] Const., art. 88-3 et CGCT, art. LO 2122-4-1, combinés.

des attributions au nom de l'État, ni même « *participer à la désignation des électeurs sénatoriaux et à l'élection des sénateurs* »[224].

66. Inéligibilité des étrangers. Pour les étrangers hors de l'Union européenne, la révision constitutionnelle, promise par le candidat François Hollande, n'a pas abouti. Le programme du candidat ne prévoyait que de leur accorder le droit de vote, sous condition d'une relative stabilité de résidence en France[225]. Elle n'envisageait pas de les rendre éligibles.

§ 2.Le candidat

67. Conditions. Les conditions de l'éligibilité vérifiées, le travailleur peut être candidat. Les formalités de présentation (A) de la candidature ne sont pas identiques entre le droit du travail et le droit électoral. S'ouvre ensuite la campagne électorale et sa propagande (C), dont les règles de financement varient d'un système à l'autre (B).

A. La présentation de la liste

68. Liste. La présentation de la liste n'obéit pas aux mêmes conditions selon qu'elle est réalisée dans la sphère professionnelle ou la sphère politique. Le droit du travail prévoit un monopole de présentation au bénéfice des organisations syndicales (1), qui ne trouve aucun équivalent en droit électoral.

La constitution de la liste de candidats (2) est souvent un exercice difficile tant pour les élections professionnelles que pour les élections politiques. Il revient aux organisations syndicales ou à tout acteur politique de trouver les candidats qui sont volontaires et dont la notoriété est suffisante pour espérer une victoire aux élections.

De plus, si dans ces deux systèmes les candidats sont parfois conduits à se présenter sur des listes communes (3), le droit du travail y attache des effets juridiques que ne connaît pas le droit électoral.

---

[224] Const. art. 88-3.

[225] V. *supra*, n° 29.

1. Le monopole des organisations syndicales

69. Monopole. Avant la loi du 20 août 2008[226], la condition de représentativité était exigée pour la présentation de listes par les organisations syndicales au premier tour des élections professionnelles[227]. Pouvaient ainsi présenter des candidats les organisations affiliées aux confédérations syndicales déclarées représentatives au niveau national interprofessionnel ainsi que les organisations syndicales qui devaient, elles, apporter la preuve de leur représentativité au niveau de l'entreprise.

En 2008, les partenaires sociaux ont ouvert la possibilité de présenter des listes au premier tour des élections professionnelles aux organisations syndicales sans condition de représentativité[228]. L'article L. 2314-29, alinéa 2, du Code du travail reprend cette idée qui s'inscrit dans la réforme de la représentativité dans son ensemble. L'audience, qui en constitue l'un des sept critères, est désormais calculée au premier tour des élections des titulaires au comité social et économique[229]. Toutes les organisations syndicales qui souhaitent devenir représentatives doivent donc pouvoir présenter des listes de candidats[230]. Néanmoins, seules les organisations syndicales qui ont été invitées à la négociation du protocole d'accord préélectoral, qu'elles aient ou non répondu présentes, peuvent y procéder[231].

Si la réforme de 2008 a supprimé la condition de représentativité pour la présentation des listes, elle a maintenu le fait que seules les organisations syndicales peuvent le faire. La présence de toute personne morale ou physique qui n'aurait pas la qualité d'organisation syndicale au

---

[226] L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : *JORF 21 août 2008, texte n° 1* ; F. PETIT, L'influence du droit électoral sur les élections professionnelles dans l'entreprise : *Dr. soc. 2000, p. 603 et s.* : « *on s'étonne, par ailleurs, que l'égalité des candidats* […] *ait pu valoir comme principe dans le contexte des élections des représentants du personnel : en effet, au premier tour des élections, les syndicats représentatifs ont le monopole de présentation des listes de candidats* ».

[227] C. trav., anc. art. L. 423-14, al. 2, et L. 433-10, al. 2.

[228] Art. 9-2 de la Position commune, 9 avr. 2008 : « *toute organisation légalement constituée depuis au moins 2 ans et remplissant les conditions d'indépendance, et de respect des valeurs républicaines est habilitée à présenter des candidats aux élections des représentants du personnel* ».

[229] C. trav., art. L. 2121-1 et L. 2122-1 combinés.

[230] P. LOKIEC, Droit du travail : *PUF, 1ère éd., en un vol., 2019* : « *on pouvait difficilement subordonner la qualité de syndicat représentatif au résultat du premier tour des élections tout en ne l'ouvrant qu'aux syndicats représentatifs !* ».

[231] C. trav., art. L. 2314-29, al. 2, renvoyant à C. trav., art. L. 2314-5, al. 1 et 2.

premier tour emporterait la nullité de l'élection et ce, quel que soit son influence sur les résultats[232]. Une association ne peut pas présenter de candidat au premier tour des élections professionnelles, ni même une personne physique.

70. Fin du monopole ? Encore récemment, le monopole des organisations syndicales au premier tour des élections des titulaires au comité d'entreprise a été décrié[233]. En prenant exemple sur le droit électoral, une évolution progressive tendant à la disparition du monopole, est sans doute envisageable.

En droit électoral, il n'existe aucune obligation imposant que les candidats ou listes de candidats soient présentés par des partis politiques. Tout citoyen est libre de se présenter sur sa propre initiative, c'est-à-dire sans avoir été présenté par un parti politique ni même en avoir reçu le soutien. Pendant la campagne électorale, peuvent donc être défendues autant de sensibilités politiques qu'il y a de candidats.

En droit du travail, le monopole des organisations syndicales au premier tour des élections empêche une présentation plus diversifiée des idées visant à défendre l'intérêt collectif. Ce monopole ne permet pas que des valeurs, en dehors de celles des organisations syndicales, soient portées par des candidats libres lors du scrutin.

Le propos doit toutefois être nuancé car, avant la réforme de 2008, la condition de représentativité pour la présentation de listes de candidats ne permettait pas non plus de porter à la connaissance des travailleurs-électeurs l'intégralité des valeurs syndicales défendues dans l'entreprise.

En effet, la condition de représentativité réduisait le nombre d'organisations syndicales qui pouvaient présenter des listes de candidats et faisait déjà de l'étiquette syndicale un élément majeur dans le choix par les travailleurs de leurs représentants. En ce sens, les élections professionnelles se rapprochaient des élections politiques nationales pour lesquelles l'étiquette politique est prégnante. Depuis 2008, les listes de candidats peuvent se démultiplier en raison

---

[232] Cass. soc., 27 janv. 2010, n° 09-60.103 : *Bull. civ. V, n° 21* ; *D. 2010, p. 2029 et s., obs. J. PELISSIER, M.-C. AMAUGER-LATTES, A. ARSEGUEL, T. AUBERT-MONTPEYSSEN, P. FADEUILHE, B. LARDY-PELISSIER et B. REYNES* ; *RDT 2010, p. 244 et s., obs. I. ODOUL-ASOREY*.

[233] Proposition du candidat F. FILLON à l'élection présidentielle 2017 : « *instituer la liberté de candidature au premier tour des élections professionnelles, dans le cadre d'une rénovation de notre système de négociation collective* ».

de la suppression de la condition de représentativité pour leur présentation. Si l'étiquette syndicale conserve une certaine influence en raison du monopole, il suffit que l'organisation syndicale qui n'est pas représentative[234] satisfasse aux conditions de l'article L. 2314-5 du Code du travail : 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 concerné. L'implantation vérifiée de l'organisation syndicale dans l'entreprise et la notoriété de ses candidats sont désormais en principe deux facteurs plus importants que l'étiquette syndicale en elle-même, lors du premier tour des élections des titulaires au comité social et économique. Il convient tout de même de nuancer l'interprétation de la réforme puisque la jurisprudence autorise une organisation syndicale à présenter comme candidats des travailleurs « *non syndiqués ou adhérents à une autre organisation* »[235].

Les élections professionnelles se rapprochent aujourd'hui des élections politiques locales où la personnalité du candidat est préférée à son étiquette politique. C'est dans cette logique de proximité entre le travailleur-électeur et ses représentants élus ou syndicaux que la représentativité est calculée dans l'entreprise alors qu'elle était auparavant octroyée à toute organisation syndicale par le simple jeu d'une affiliation à une organisation syndicale représentative au niveau national interprofessionnel.

2. La constitution de la liste

71. Parité. La parité est l'un des thèmes du débat politique contemporain. Le droit électoral et le droit du travail ont évolué de manière différente sur cette question.

En droit électoral, l'introduction de la parité dans la Constitution date de la révision opérée le 8 juillet 1999[236]. Le pouvoir constituant a complété l'article de la Constitution, alors en vigueur, en ces termes : « *la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives* ». Le législateur a ensuite fait de la parité un moyen pour parvenir à la

[234] C. trav., art. L. 2314-5, al. 2 : les organisations syndicales représentatives ainsi que celles ayant constitué une section syndicale, sont également invitées à la négociation du protocole d'accord préélectorale et peuvent donc présenter des listes de candidats au premier tour des élections des titulaires au comité social et économique.

[235] Cass. soc., 28 mars 2012, n° 11-61.180 : *Bull. civ. V, n° 112* ; *Dr. soc. 2012, p. 531 et s, obs. F. PETIT.*

[236] L. const. n° 99-569, 8 juill. 1999, relative à l'égalité entre les femmes et les hommes, art. 1 : *JORF 9 juill. 1999, p. 10175.*

constitution de listes sur lesquelles sont candidats autant de femmes que d'hommes et, *a fortiori*, à la formation d'assemblées paritaires quelles qu'elles soient.

En droit du travail, le Conseil constitutionnel a d'abord fait preuve d'un certain conservatisme concernant la parité sur les listes de candidats aux élections professionnelles. Dans sa décision du 19 juin 2001, il souligne en effet que les nouvelles dispositions de la réforme de juillet 1999 « *ne s'appliquent qu'aux élections à des mandats et fonctions politiques* »[237] ; ce qui exclut les élections à caractère non politique comme les élections professionnelles[238]. Il a ensuite ouvert une brèche dans sa décision du 16 mars 2006[239]. Il a reconnu l'utilité des actions en faveur de l'égalité femmes-hommes « *aux responsabilités autres que les fonctions politiques électives* »[240] tout en refusant la technique des quotas au sein des institutions représentatives du personnel[241]. Le pouvoir constituant a ensuite précisé la ligne tracée par le Conseil à travers l'adoption de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008[242]. L'article 1er, alinéa 2, de la Constitution dispose ainsi que la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, « *ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* ». Le législateur est ensuite intervenu avec la loi-cadre du 4 août 2014[243]. Puis, en 2015,

---

[237] Cons. Const, 19 juin 2001, n° 2001-445 DC : *JORF 26 juin 2001, p. 10125*.

[238] L. FAVOREU, L'inconstitutionnalité des quotas par sexe (sauf pour les élections politiques) : *AJDA 2003, p. 313 e s.*

[239] Cons. Const., 16 mars 2006, n° 2006-533 DC : *JORF 24 mars 2006, p. 4446.*

[240] *Ibid.*, cons. 15.

[241] *Ibid.*, cons. 15 et 16 : « *si la recherche d'un accès équilibré des femmes et des hommes aux responsabilités autres que les fonctions politiques électives n'est pas contraire aux exigences constitutionnelles* […]*, elle ne saurait, sans les méconnaître, faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune ;* […] *la Constitution ne permet pas que la composition des organes dirigeants ou consultatifs des personnes morales de droit public ou privé soit régie par des règles contraignantes fondées sur le sexe des personnes* » ; « *en imposant le respect de proportions déterminées entre les femmes et les hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance des sociétés privées et des entreprises du secteur public, au sein des comités d'entreprise, parmi les délégués du personnel, dans les listes de candidats aux conseils de prud'hommes et aux organismes paritaires de la fonction publique, les dispositions du titre III de la loi déférée sont contraires au principe d'égalité devant la loi* ».

[242] L. const. n° 2008-724, 23 juill. 2008, de modernisation des institutions de la Ve République : *JORF 24 juill. 2008, texte n° 2*.

[243] L. n° 2014-873, 4 août 2014, pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, not. art. 1er 8° : *JORF 5 août 2014, texte n° 4*.

il a consacré l'obligation de constitution des listes de candidats « *correspondant à la part de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale* »[244]. L'article L. 2314-30, alinéa 1, du Code du travail dispose également que « *les listes sont composées alternativement d'un candidat de chaque sexe jusqu'à épuisement des candidats d'un des sexes* ».

72. Nombre. En droit électoral, le législateur et le pouvoir règlementaire déterminent le nombre de sièges à pourvoir au sein de chaque assemblée. Ils imposent par ailleurs que le nombre de candidats respectent scrupuleusement le nombre de sièges à pourvoir, comprenant titulaires et suppléants, sous peine de refus d'enregistrement de la candidature par les services préfectoraux.
En droit du travail, le législateur fixe un nombre minimal de membres titulaires du comité social et économique[245] en prenant en compte l'effectif de l'entreprise[246].
Le législateur ne détermine qu'un nombre minimal de représentants, à défaut de protocole d'accord préélectoral. Les organisations syndicales et l'employeur restent donc libres de négocier quelques ajustements[247]. Et à l'inverse du système politique, il est admis que les listes aux élections professionnelles soient composées d'un nombre de candidats inférieur au nombre de sièges à pourvoir[248].

73. Collèges. Le droit du travail a pour spécificité la mise en place de collèges électoraux lors des élections professionnelles. Il impose alors au candidat de se présenter dans son collège électoral[249].

74. Cumul. Dans le système politique, le cumul des « candidatures » est ponctuellement autorisé malgré l'interdiction, postérieure à l'élection, de cumuler certains « mandats ».

---

[244] L. n° 2015-944, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi (dite loi « Rebsamen »), art. 7 : *JORF 18 août 2015, texte n° 3* ; C. trav., art. anc. L. 2314-24-1, al. 1 (DP) et L. 2324-22-1, al. 1 (CE) ; C. trav., art. L. 2314-30, al. 1 (CSE).

[245] C. trav., art. R. 2314-1.

[246] C. trav., art. L. 2314-1, al. 1.

[247] C. trav., art. L. 2314-1, al. 3.

[248] Cass. soc., 7 mars 1973, n° 72-60.086 : *Bull. civ. V, n° 141*.

[249] C. trav., art. L. 2314-11 et s.

Aussi, un candidat, déjà détenteur d'un mandat, pourra-t-il être candidat à une autre élection alors même que ce second mandat ne peut être cumulé avec le premier. Il en va ainsi d'un député, candidat aux élections municipales puis au sein du conseil municipal à la fonction de maire. Le candidat qui détient déjà le mandat de député, pourtant incompatible avec la fonction de maire[250], peut se présenter aux élections municipales. En cas de victoire, il lui reviendra alors de choisir le seul mandat qu'il souhaite exercer.

Le droit électoral interdit également au candidat de se présenter sur plusieurs territoires lors d'une même élection. Par exemple, lors des élections départementales de mars 2014, le législateur a interdit à tout candidat sur un territoire donné, appelé canton, de se présenter sur tout autre canton, que cela soit en qualité de titulaire ou de remplaçant[251].

Dans la sphère professionnelle, le cumul des « candidatures » est encouragé ; conséquence de l'autorisation explicite par le législateur du cumul de mandats. L'article L. 2143-9 du Code du travail dispose en effet que « *les fonctions de délégué syndical sont compatibles avec celles de membre de la délégation du personnel au comité social et économique ou de représentant syndical à ce comité* ». La loi permet au travailleur de faire acte de candidature en même temps pour l'élection des membres du comité social et économique et de prétendre à la fonction de délégué syndical. La Cour de cassation est même allée jusqu'à autoriser le candidat à cumuler les candidatures comme titulaires et suppléants pour devenir représentants du personnel[252].

75. Dépôt. En droit électoral, pour chaque élection, le législateur – parfois le pouvoir règlementaire – détermine le délai dans lequel les candidatures doivent être déposées[253].

À l'inverse, en droit du travail, aucune disposition ne précise un tel délai[254]. Il est fixé par le protocole d'accord préélectoral. Ce sont les organisations syndicales et l'employeur qui

[250] C. élec., art. LO 141-1 1°.

[251] C. élec., art. L. 210-1, al. 6 : « *nul ne peut être candidat sur plus d'un canton* ».

[252] Cass. soc., 19 mai 1988, n° 87-60.207 : *inédit* ; *JCP E 1988. II, 15276, n° 10, obs. B. TEYSSIE*.

[253] C. élec., art. L. 255-4 (élections municipales dans les communes de moins de 1000 habitants) ; C. élec., art. L. 267 (élections municipales dans les communes de 1000 habitants et plus) ; C. élec., art. R. 109-1 (élections départementales) ; C. élec., art. L. 350 (élections régionales) ; C. élec., art. L. 157 et L. 162 (élections législatives) ; C. élec., art. L. 301 et L. 305 (élections sénatoriales) ; L. n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel : *JORF 7 nov. 1962, p. 10762* (élections présidentielles).

[254] V. *infra*, n° 105 : ce qui a pour conséquence une absence d'obligation de communication des listes de candidats auprès des travailleurs dans un délai, au minimum, raisonnable.

déterminent la date limite de dépôt des candidatures par les organisations syndicales au premier tour ou par tout candidat au second. À défaut, la jurisprudence admet que l'employeur puisse lui-même fixer cette date en raison des impératifs d'organisation du scrutin[255].

Il n'est pas impossible qu'une organisation syndicale représentative au niveau national interprofessionnel et une organisation syndicale qui lui serait affiliée déposent le même jour, dans la même entreprise et pour la même élection, deux listes distinctes. La Cour de cassation a donc déterminé quelle liste devait être retenue. Elle a considéré que l'employeur pouvait, sans saisir un tribunal, tirer les conséquences de la volonté manifestée par la fédération de déposer une liste de candidats aux lieu et place des organisations syndicales qui leur étaient affiliées, pour ne pas retenir les candidatures de ces dernières[256].

76. Contentieux. En droit du travail, la jurisprudence[257] puis le pouvoir règlementaire[258] ont souhaité que l'employeur ne puisse pas être lui-même juge de la régularité des candidatures. L'employeur est en effet tenu au principe de neutralité qui permet de préserver la liberté syndicale et le droit pour un travailleur-éligible d'être candidat aux élections professionnelles. L'employeur doit enregistrer la liste déposée par une organisation syndicale sauf à la contester devant le tribunal judiciaire qui statue en dernier ressort[259].

De plus, la Cour de cassation a indiqué que l'inscription sur la liste électorale ne saurait, au seul motif qu'elle n'a pas été préalablement contestée, faire obstacle au contrôle par le juge d'instance (désormais juge judiciaire) de l'éligibilité des candidats déclarés élus[260].

---

[255] Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-26.399 : *Bull. civ. V, n° 240* ; *Dr. soc. 2012, p. 1071 et s., obs. F. PETIT* ; *JCP S 2013, 1035, note B. BOSSU*.

[256] Cass. soc., 4 juin 2014, n° 13-60.238 : *Bull. civ. V, n° 133* ; *Dr. soc. 2014, p. 861 et s., obs. F. PETIT* ; *JCP S 2014, 1377, note B. GAURIAU*.

[257] Cass. soc., 13 juill. 1993, n° 92-60.117 : *Bull. civ. V, n° 206* : « *l'employeur ne* [peut] *se faire juge de la validité des candidatures présentées, mais* [doit] *contester devant le juge des élections l'éligibilité des intéressés* ».

[258] C. trav., art. R. 2314-24.

[259] C. trav., art. R. 2314-23.

[260] Cass. soc., 5 mai 1983, n° 82-60.369 : *Bull. civ. V, n° 240*.

3. Les listes communes

77. Stratégie politique. Les candidats, qu'ils se situent dans la sphère professionnelle ou politique, préfèrent parfois constituer des listes communes. Le droit électoral n'interdit pas le recours à cette technique mais n'en prévoit aucune conséquence juridique, à l'inverse du droit du travail. Dans la sphère politique, il ne s'agit que d'une stratégie politique pour recueillir un maximum de suffrages.

En droit électoral, le regroupement de candidats aux étiquettes politiques diverses est une pratique courante. En constituant une liste commune dès le premier tour, cela permet de montrer aux électeurs l'« unité » autour d'un projet politique. L'inconvénient est qu'il n'existe alors plus de réserve de suffrages lors du second tour chez les électeurs des diverses sensibilités rassemblées, hormis les abstentionnistes du premier tour. En revanche, en fusionnant les listes au second tour, cette technique permet de recueillir au profit d'une liste commune les suffrages exprimés en faveur de chaque liste présentée séparément au premier tour. Le problème majeur est que, selon le contexte politique, le report des suffrages n'est pas pleinement efficient. Il n'est pas rare qu'une partie des suffrages, exprimés en faveur d'une liste au premier tour, ne se reportent pas sur la liste commune au second tour.

78. Conséquences juridiques. Dans la sphère professionnelle, la question des listes communes peut aussi être abordée sous un angle stratégique. En effet, les organisations syndicales qui ne pourraient pas seules présenter des listes complètes peuvent regrouper leurs candidats sur une même liste pour ce faire.

Cependant, la question des listes communes en droit du travail doit surtout être appréciée au regard des conséquences juridiques attachées au calcul de l'audience électorale des organisations syndicales au premier tour des élections des titulaires au comité social et économique.

L'article L. 2122-3 du Code du travail dispose que « *lorsqu'une liste commune a été établie par des organisations syndicales, la répartition entre elles des suffrages exprimés se fait sur la base indiquée par les organisations syndicales concernées lors du dépôt de leur liste. À défaut d'indication, la répartition des suffrages se fait à part égale entre les organisations concernées* ». Le législateur a laissé la possibilité aux organisations syndicales, par la voie

conventionnelle, de déterminer la répartition des suffrages entre elles. Ce n'est qu'à défaut que la règle légale s'applique : la répartition à part égale[261].

L'organisation des élections professionnelles repose principalement sur la négociation collective alors même qu'il s'agit d'une période de compétition électorale. Tel n'est pas le cas dans le système politique : l'ensemble des règles relatives à l'organisation des élections politiques est déterminé par le législateur, complété par le pouvoir règlementaire.

Cette différence s'explique notamment au regard des spécificités respectives des relations collectives de travail et du système politique.

En droit du travail, le premier tour des élections professionnelles permet de connaître l'audience électorale de chaque organisation syndicale et donc son poids lors de la négociation et de la conclusion des accords collectifs. La validité desdits accords dépend en effet d'une majorité de suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives au premier tour des élections professionnelles.

Dans le système politique, les délibérations au sein des différentes assemblées sont prises à la majorité des votes exprimés par les élus qui les composent. Le vote de l'élu est personnel et ne tient aucunement compte du nombre de suffrages recueillis par lui-même, en cas de scrutin uninominal, ou par la liste sur laquelle il s'est présenté. Le poids des partis politiques, à l'issue des élections, n'a donc aucune conséquence sur les délibérations. C'est ainsi que si le partage des suffrages est indispensable dans les relations collectives de travail, il s'avère inutile dans le système politique.

B. Le financement de la campagne électorale

79. Financement. La question du financement de la campagne électorale est essentielle car des moyens financiers engagés par les candidats dépendent la communication et leur visibilité auprès des électeurs. Les dispositions qui régissent le financement de la campagne électorale sont nombreuses en droit électoral alors qu'elles se font rares en droit du travail. Le législateur a prévu des dispositions d'ordre public en droit électoral (1). À l'inverse, son silence en droit du travail appelle à dépasser la simple possibilité offerte aux partenaires sociaux de négocier en la matière (2).

[261] V. par ex. : Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 09-60.208 : *Bull. civ. V, n° 6* ; *RDT 2010, p. 242 et s., obs. S. NADAL.*

1. Les règles d'ordre public absolu

80. Droit électoral. Pour toutes les élections politiques[262], le législateur impose une rigueur dans la tenue et le suivi des comptes de campagne par les candidats. Au fil du temps, le législateur a durci le système de financement des campagnes électorales. Il n'existe plus une élection pour laquelle le suivi des comptes n'est pas assuré par une personne autre que le candidat : le mandataire financier désigné auprès des services préfectoraux au plus tard lors du dépôt de sa candidature[263]. Personne physique ou association de financement électorale, le mandataire financier est tenu d'ouvrir un compte bancaire, de recueillir les fonds destinés au financement de la campagne et de régler les dépenses y afférant[264]. La mission du mandataire financier est également de vérifier que le candidat ne dépasse pas le plafond des dépenses[265] et de préparer le travail de l'expert-comptable qui interviendra par la suite pour la formalisation des comptes de campagne en livres d'écritures comptables.
L'établissement d'un compte de campagne est une étape indispensable. L'utilisation de deniers publics pour le remboursement de frais engagés lors de campagnes électorales nécessite un contrôle accru. Il convient de fournir factures, copies de documents à caractère électoral, etc. De plus, le législateur et le pouvoir réglementaire ont plafonné le montant des dépenses électorales[266]. Ce n'est qu'à la condition de respecter les prescriptions légales et après vérification par la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP) que le candidat peut obtenir un remboursement par l'État.

81. Remboursement par l'État. Le remboursement par l'État est subordonné à l'obtention par le candidat ou la liste d'au moins 5% des suffrages exprimés[267]. Le remboursement correspond au forfait des dépenses de campagne[268] et ce, dans la limite de 47,5% du montant

[262] LO n° 2016-506, 25 avr. 2016, de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle : l'élection du Président de la République fait l'objet d'un régime juridique particulier : *JORF 26 avr. 2016, texte n° 1.*

[263] C. élec., art. L. 52-3-1, al. 2, et L. 52-4, al. 1.

[264] C. élec., art. L. 52-3-1 et s.

[265] V. *infra*, n° 81.

[266] C. élec., art. L. 52-11.

[267] C. élec., art. L. 52-11-1, al. 2.

[268] C. élec., art. R. 39 : sont également remboursées certaines dépenses de propagande.

du plafond des dépenses[269]. En cas de non-respect de l'ensemble des règles relatives au financement de la campagne électorale, le compte de campagne peut être rejeté par la CNCCFP. À l'instar du cas dans lequel le candidat ne dépose pas son compte de campagne à la CNCCFP, la commission saisit le juge de l'élection qui peut, s'il estime la saisine de la commission fondée, déclarer le candidat inéligible pour une durée maximale de trois ans[270], sans effet sur les mandats acquis antérieurement à la décision d'inéligibilité.

2. La négociation des partenaires sociaux

82. Protocole d'accord préélectoral. En droit du travail, la négociation du protocole d'accord préélectoral constitue une étape essentielle dans l'organisation des élections professionnelles. Sont alors discutés les moyens de propagande officielle (bulletin de vote, profession de foi, etc.) mais également d'autres dépenses liées à la campagne électorale. La détermination, au sein du protocole d'accord préélectoral, de la période de propagande ou encore des frais engagés par l'employeur dans l'organisation des élections professionnelles est sans nul doute un bon moyen de prévenir toute dérive en faveur d'une organisation particulière. Elle est un moyen d'éviter que l'employeur ne contrevienne aux principes d'égalité et de neutralité.

En pratique, l'employeur prend souvent à sa charge la propagande officielle (édition et impression des professions de foi, des bulletins de vote, etc.). Libre à lui, en accord avec les organisations syndicales, de déterminer dans le protocole d'accord préélectoral une contribution – égalitaire – entre organisations syndicales pour le financement des autres moyens de propagande.

Comme en matière politique, la question du financement des moyens utilisés lors de la campagne des élections professionnelles est délicate. Le législateur indique simplement que l'employeur peut mettre, comme d'habitude, à disposition de chaque organisation syndicale ayant constitué une section syndicale des panneaux d'affichage[271] et doit laisser publications et

[269] C. élec., art. L. 52-11-1, al. 1.

[270] C. élec., art. L. 118-3, al. 4.

[271] C. trav., art. L. 2142-3 ; V. par ex. : Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 11-14.292 : *Bull. civ. V, n° 16* : « *en vertu des articles L. 2142-3 à L. 2142-7 du code du travail, l'affichage et la diffusion des communications syndicales à l'intérieur de l'entreprise sont liés à la constitution par les organisations syndicales d'une section syndicale,*

tracts de nature syndicale être distribués aux travailleurs de l'entreprise dans l'enceinte de celle-ci aux heures d'entrée et de sortie du travail[272]. Un accord d'entreprise peut autoriser l'utilisation du réseau intranet de l'entreprise pour la campagne électorale[273]. À défaut d'accord d'entreprise, le législateur a prévu que les organisations syndicales qui, sans être représentatives, satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines d'indépendance et qui sont légalement constituées depuis au moins deux ans, puissent mettre publications et tracts sur un site syndical accessible depuis l'intranet de l'entreprise s'il existe[274].

83. Inégalité. Il peut exister un certain déséquilibre entre les organisations syndicales dans la propagande électorale en raison des moyens financiers qu'elles peuvent chacune mobiliser. Aucun plafond de dépenses n'est prévu en droit du travail. Une organisation syndicale aux ressources importantes peut déployer, sans limite, tous les outils possibles pour communiquer auprès des travailleurs notamment en période électorale. Une organisation syndicale aux moyens financiers plus modestes est, elle, désavantagée. L'absence de plafond des dépenses peut ainsi être à l'origine d'une inégalité entre les organisations syndicales elles-mêmes.

Nous pourrions alors suggérer que le plafond des dépenses prévu en droit électoral soit transposé en droit du travail. Remarquons néanmoins que le droit électoral ne fait que déterminer un plafond que les candidats ne doivent pas dépasser. Ils peuvent l'atteindre ou bien dépenser moins que le plafond prévu, soit par volonté ou par manque de moyens financiers. Si ce plafond n'établit pas une égalité parfaite entre les candidats, il a au moins le mérite de faire en sorte que les moyens engagés pendant la campagne électorale politique ne soient pas totalement démesurés.

En droit du travail, un tel plafond pourrait être discuté lors de la négociation du protocole d'accord préélectoral. Une telle initiative constituerait une avancée pour le respect du principe d'égalité entre les candidats aux élections professionnelles et marquerait la volonté des

---

laquelle n'est pas subordonnée à une condition de représentativité ; que, dès lors, les dispositions d'une convention ou d'un accord collectif visant à faciliter la communication des organisations syndicales ne peuvent, sans porter atteinte au principe d'égalité, être limitées aux seuls syndicats représentatifs et doivent bénéficier à tous les syndicats qui ont constitué une section syndicale » ; *Dr. soc. 2012, p. 320 et s., obs. F. PETIT* ; *JCP S 2012, 1154, note Y. PAGNERRE.*

[272] C. trav., art. L. 2142-4.

[273] C. trav., art. L. 2142-6, al. 1.

[274] C. trav., art. L. 2142-6, al. 2.

organisations syndicales de jouer selon les mêmes règles. Resterait à prévoir quelle serait la sanction applicable à une organisation syndicale qui dépasserait ledit plafond. En droit électoral, l'inéligibilité peut être prononcée à l'encontre du candidat[275].

C. La propagande électorale

84. Délai. La campagne électorale offre aux candidats un temps pour convaincre le plus grand nombre d'électeurs de leur accorder leurs suffrages. Le législateur a prévu, en droit électoral, un cadre juridique très précis. En droit du travail, il laisse le soin aux organisations syndicales et à l'employeur d'en préciser les contours dans le protocole d'accord préélectoral.
Par exemple, lors des élections politiques, la propagande peut débuter le deuxième lundi qui précède la date du scrutin, pour le premier tour, et à partir du lendemain du premier tour pour le second[276]. La propagande électorale doit cesser la « *veille du scrutin à zéro heure* »[277]. En droit du travail, elle est autorisée le jour même du scrutin à condition de ne pas fausser les résultats du scrutin[278].

85. Moyens. Les moyens utilisés par les candidats aux élections professionnelles ou politiques au cours de la campagne électorale sont semblables[279].
En droit électoral, les moyens de propagande sont classés en deux catégories : les moyens « officiels » de propagande et les autres moyens. Les textes règlementaires précisent que sont inclus dans la catégorie des moyens « officiels » de propagande, les circulaires et bulletins de

[275] V. *supra*, n° 81.

[276] C. élec., art. R. 26 ; les élections régionales font l'objet d'une exception à l'art. L. 353 du Code électoral.

[277] C. élec., art. L. 48-2 et L. 49 ; C. élec., art. R. 26.

[278] Cass. soc., 1er déc. 1993, n° 93-60.029 : *inédit*.

[279] V. Cass., 20 sept. 2018, n° 17-60.306 : *publié au Bulletin* ; *JCP S 2018, 1339, note B. BOSSU* : pour un soutien financier octroyé par l'employeur aux organisations syndicales et le respect du principe d'égalité ; *D. 2018, p. 2206 et s., note P. LOKIEC*.

vote[280] qui font l'objet d'un contrôle obligatoire, en amont de leur envoi aux électeurs, par une commission de propagande prévue à cet effet[281].

Parmi les autres moyens de propagande, figurent les réunions, affiches, presse, radio, télévision, lettres, tracts, mails ou encore téléphone. Ces moyens ne font l'objet d'un contrôle que si le tribunal administratif[282], le Conseil d'État[283] ou le Conseil constitutionnel[284], suivant l'élection, est saisi.

86. Contrôle. Une autre classification des moyens de propagande pourrait être envisageable. En effet, la classification, établie selon qu'un contrôle de la commission est ou non opéré, ne prend pas en compte toutes les dimensions de la propagande électorale.

L'un des exemples les plus frappants est celui de l'absence de vérification du respect des dispositions législatives et règlementaires concernant l'affiche électorale qui s'avère être l'élément le plus visible d'une campagne électorale. Les textes ne prévoient pas son contrôle par la commission de propagande, en amont du processus électoral. Ils se focalisent uniquement sur le « matériel de vote » envoyé aux électeurs par courrier[285], puis mis à disposition dans les bureaux de vote le jour du scrutin.

Une autre classification, plus opérationnelle, peut être proposée en fonction du débiteur de l'obligation de paiement selon le moyen de propagande envisagé. En effet, les circulaires,

---

[280] C. élec., art. R. 38 (élections municipales, départementales, régionales et législatives) ; C. élec., art. R. 159 (élections sénatoriales).

[281] C. élec., art. R. 31 (élections municipales, départementales et législatives) ; C. élec., art. L. 354 (élections régionales).

[282] C. élec., art. L. 248, al. 1er (élections municipales) ; C. élec., art. L. 222, al. 1er (élections départementales).

[283] C. élec., art. L. 361, al. 1er (élections régionales).

[284] C. élec., art. LO 179 et s. (élections législatives) ; C. élec., art. LO 325 (élections sénatoriales).

[285] En 2014, un débat a eu lieu concernant l'envoi aux électeurs des documents (circulaires et bulletins de vote) sous forme dématérialisée. L'article 46 du projet de loi de finances 2015 visait à cesser l'envoi à domicile de la propagande électorale sous format papier pour les élections départementales et régionales de mars et décembre 2015 respectivement. Le débat parlementaire en aura finalement eu raison considérant que cette information « *permet aux électeurs d'être mis au courant de la date d'une élection, des noms des différents candidats et de leurs principales propositions* [et qu'une] *dématérialisation ne pourrait qu'encourager l'abstention, déjà très préoccupante aux précédents scrutins* » (*JO AN 4 nov. 2014, p. 8257, Molac*).

bulletins de vote et affiches[286] peuvent être remboursées[287] directement au prestataire en charge de leur impression, par la préfecture concernée. Il suffit pour ce faire que le candidat remplisse un acte de subrogation auprès des services préfectoraux.

La classification pourrait s'établir de la manière suivante. Les moyens « officiels » de propagande comprendraient les circulaires et bulletins de vote, auxquels s'ajouteraient les affiches. Ils feraient tous l'objet d'un contrôle par la commission de propagande. Les services préfectoraux étant en charge de solder les factures relatives à ces trois documents auprès des imprimeurs concernés, il serait logique que les affiches fassent également l'objet de ce contrôle. Les frais engendrés par les autres moyens de propagande devraient eux continuer à être avancés par le candidat. Ainsi, n'auraient-ils pas à faire l'objet d'un contrôle avant la tenue du scrutin. Ils peuvent néanmoins être contrôlés, par le juge administratif, lorsqu'il en est saisi *a posteriori*.

En droit du travail, cette classification n'existe pas. Le soin est laissé aux organisations syndicales et à l'employeur de prévoir le cadre de la propagande électorale dans le protocole d'accord préélectoral. Ce n'est que de manière exceptionnelle que le législateur intervient en la matière[288].

[286] Y compris les frais d'apposition ; C. élec., art. R. 39 (élections municipales, départementales et législatives) et art. L. 355 (élections régionales).

[287] V. *supra*, n° 81 : à la condition que le candidat ait « *obtenu au moins 5 % des suffrages exprimés à l'un des deux tours de scrutin* ».

[288] V. par ex. C. trav., art. L 2142-6 : utilisation de l'intranet de l'entreprise par les organisations syndicales.

Conclusion du chapitre I

87. Conclusion. La titularité des droits, de l'électeur comme de l'éligible, obéit à des règles tantôt communes au droit du travail et au droit électoral, tantôt différentes. Le travailleur ou le citoyen peut être électeur et donc titulaire du droit de vote à la condition de vérifier son *intégration* étroite et permanente à la communauté de travail ou à la communauté nationale respectivement.

Les deux systèmes d'élections, professionnelles et politiques, ont récemment fait l'objet d'une *différenciation* concernant les conditions d'éligibilité. Le droit électoral permet, sous réserve de certaines restrictions, à tout électeur d'être éligible. Le droit du travail restreint la qualité d'éligible aux seuls salariés et, en excluant les travailleurs mis à disposition, ne permet pas à tout travailleur d'être candidat.

Les formalités de candidature attachées à la qualité d'électeur varient également d'un système à l'autre. Le législateur n'a pas remis en cause le *monopole* des organisations syndicales au premier tour des élections professionnelles. Il existe – encore – en droit du travail une restriction à la liberté d'être candidat. Par comparaison avec le système politique, le législateur fait fi des questions relatives au financement des campagnes électorales dans la sphère professionnelle et donc de l'égalité entre les organisations syndicales. Le système politique offre les garanties d'une compétition électorale fondée sur l'égalité entre tous les citoyens candidats ; là où le droit du travail privilégie les organisations syndicales dont les moyens financiers diffèrent, au détriment des « salariés » volontaires pour représenter les « travailleurs » de l'entreprise.

Chapitre II. Exercice des droits : le scrutin

88. Droits. L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017[289] a rendu obligatoire la mise en place du comité social et économique dans les entreprises d'au moins 11 salariés[290]. Il remplace le délégué du personnel et le comité d'entreprise, et permet la tenue d'un unique scrutin (Section 1) pour l'organisation et le déroulement duquel peuvent éventuellement intervenir l'administration et le juge judiciaire (Section 2).

[289] Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 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 23 sept. 2017, texte n° 31*.

[290] C. trav., art. L. 2311-2.

Section 1. La tenue du scrutin

89. Principes généraux du droit électoral. La régularité du scrutin est subordonnée au respect des principes généraux du droit électoral. En effet, l'article L. 2314-28 du Code du travail dispose que « *les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales font l'objet d'un accord entre l'employeur et les organisations syndicales, conclu conformément à l'article L. 2314-6. Cet accord respecte les principes généraux du droit électoral* ».

Si le droit du travail partage quelques principes généraux avec le droit électoral, la phase préélectorale est atypique car les modalités d'« *organisation* » des élections professionnelles sont, dans la mesure du possible, déterminées dans un protocole d'accord préélectoral (§1). Les phases électorales et postélectorales, correspondant au « *déroulement* » des élections professionnelles, comportent également quelques spécificités par rapport au droit électoral (§2).

§ 1.L'organisation : le protocole d'accord préélectoral

90. Protocole d'accord préélectoral. À l'inverse du droit électoral, le législateur a choisi de laisser les organisations syndicales et l'employeur libres de négocier (A) voire de conclure (B) un protocole d'accord préélectoral déterminant les modalités d'organisation du scrutin.

A. La négociation

91. Processus. Le législateur a prévu, aux articles L. 2314-5 et suivants du Code du travail, l'ensemble du processus de négociation du protocole d'accord préélectoral : l'invitation des organisations syndicales (1), selon des modalités particulières (2), à négocier sur quelques sujets relatifs à l'organisation des élections professionnelles (3).

1. L'invitation des organisations syndicales

92. Invitation. En 2008, la Position commune[291] et le législateur ont déterminé les critères que les organisations syndicales doivent remplir pour être invitées par l'employeur à la négociation du protocole d'accord préélectoral[292].

L'article L. 2314-5 du Code du travail les précise. Doivent être invitées les organisations qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés[293] ; les organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement ; les organisations syndicales ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement ; et les organisations syndicales affiliées à une organisation syndicale représentative au niveau national interprofessionnel[294].

Il est nécessaire que les organisations syndicales qui y participent aient une totale connaissance des spécificités de la communauté de travail dans laquelle se déroulent les élections. Dans la liste dressée par la loi, trois catégories d'organisations syndicales sur quatre répondent à cette exigence de connaissance de l'établissement ou de l'entreprise : soit par leur ancienneté, soit parce que leur représentativité a été reconnue lors des dernières élections professionnelles, soit par leur implantation dans l'entreprise grâce à la constitution d'une section syndicale. La quatrième catégorie composée des organisations syndicales affiliées à celles représentatives au niveau national interprofessionnel est un héritage de l'ancien système des élections professionnelles.

Auparavant, cette technique permettait à une organisation syndicale d'être représentative au sein de l'entreprise par le seul jeu de son affiliation à une organisation syndicale représentative au niveau national interprofessionnel. De ce fait, une organisation syndicale « extérieure » à l'établissement ou à l'entreprise qui était affiliée à l'une des cinq confédérations représentatives au niveau national interprofessionnel devait être invitée à la table des négociations du protocole.

---

[291] Position commune sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme, 9 avr. 2008, art. 9-2.

[292] C. trav., art. L. 2317-1 : à défaut d'invitation, l'employeur s'expose à des sanctions pénales.

[293] C. trav., art. L. 2314-5, al. 1.

[294] C. trav., art. L. 2314-5, al. 2.

L'évolution de la représentativité syndicale aurait pu inciter le législateur à abandonner la condition d'affiliation à une organisation syndicale représentative au niveau interprofessionnel ; d'autant plus que la condition de représentativité n'est pas nécessairement exigée dans les autres hypothèses prévues à l'article L. 2314-5 du Code du travail.

L'invitation de telles organisations est vivement critiquable tant elles ne connaissent pas véritablement l'entreprise et les enjeux des élections professionnelles au premier tour desquelles elles peuvent présenter une liste de candidats. Néanmoins, les candidats eux-mêmes doivent être salariés de l'entreprise, ce qui nuance la critique formulée car ils connaissaient les problématiques de la collectivité de travail.

L'employeur doit faire parvenir un courrier d'invitation aux cinq organisations représentatives au niveau national interprofessionnel, à charge pour elle d'envoyer les organisations syndicales qui leur sont affiliées à la table de la négociation du protocole d'accord préélectoral. La jurisprudence ne considère pas qu'il s'agit d'une obligation de l'employeur car elle ne sanctionne pas l'omission d'invitation par courrier des organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel[295].

Enfin, l'une des catégories visées est constituée des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise invitées à la négociation du protocole d'accord préélectoral, à la négociation du protocole d'accord préélectoral. Le législateur continue à lier la négociation des modalités d'organisation des nouvelles élections au résultat des élections précédentes. Cette spécificité aurait pu disparaître à l'occasion de l'ouverture de la négociation du protocole aux organisations syndicales non-représentatives mais légalement constituées. En effet, les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise remplissent nécessairement les conditions d'ancienneté et sont présumées respecter les valeurs républicaines.

[295] V. *infra*, n° 94 ; Cass. soc., 24 oct. 2012, n° 11-60.199 : *Bull. civ. V, n° 276* (*JCP S 2013, 1363, obs. J.-Y. KERBOURC'H*) ; par renvoi à C. trav., anc. art. L. 2314-3.

2. Les modalités d'invitation

93. Modalités. Depuis la réforme de 2008, l'employeur doit engager deux processus distincts pour inviter les organisations syndicales[296] dont la liste est dressée à l'article L. 2314-5 du Code du travail[297].

D'une part, selon l'alinéa 1 de l'article L. 2314-5 du Code du travail, doivent être invitées « *par tout moyen* » les organisations syndicales non-représentatives mais légalement constituées. L'invitation peut, par exemple, être faite par voie d'affichage.

D'autre part, selon l'alinéa 2 du même article, doivent être convoquées « *par courrier* » les organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement, les organisations syndicales ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement et, les organisations syndicales affiliées à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel.

94. Contentieux. À défaut, les trois types d'organisations syndicales susvisées « *peuvent se prévaloir de cette omission pour faire annuler le processus électoral* »[298]. La chambre sociale de la Cour de cassation précise également que seules les organisations syndicales qui auraient dû être invitées « *par lettre* » – qualification de la Cour de cassation – à la négociation ont qualité à agir en raison de cette omission.

En outre, pour déterminer la qualité à agir de toute organisation syndicale, la Cour de cassation impose que l'invitation des organisations non-représentatives mais légalement constituées soit faite « *par lettre* » alors que l'alinéa 1 des anciens articles L. 2314-3 et L. 2324-4 du Code du travail prévoyait que l'invitation soit faite « *par voie d'affichage* ».

---

[296] Cass. soc., 5 avr. 2011, n° 10-18.813 : *inédit* : « *l'invitation* […] *doit être adressée, soit au délégué syndical présent dans l'entreprise, soit directement à l'organisation syndicale l'ayant désigné* ».

[297] C. trav., art. L. 2314-5, al. 3 : l'invitation doit être effectuée deux mois avant l'expiration des mandats en cours ; le délai fixé à un mois par la L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (*JORF 21 août 2008, texte n° 1*), a été allongé à deux mois par la L. n° 2014-288, 5 mars 2014, relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, art. 30 (*JORF 6 mars 2014, texte n° 1*) ; Cass. soc., 25 janv. 2012, n° 11-60.093 : *Bull. civ. V, n° 25* : le non-respect du délai par l'employeur « *ne peut être une cause d'annulation du protocole préélectoral* » ; *JCP S 2012, 1170, note J.-Y. KERBOURC'H.*

[298] Cass. soc., 24 oct. 2012, n° 11-60.199 : *Bull. civ. V, n° 276*.

Ainsi, depuis 2012, les organisations syndicales non-représentatives mais légalement constituées doivent être invitées « *par lettre* », au même titre que toutes les autres organisations syndicales visées à l'alinéa 2 de l'article L. 2314-5 du Code du travail. La jurisprudence est plus exigeante que le législateur sur les modalités d'invitation à la négociation.

L'employeur ne doit donc plus se fier uniquement à la lettre de la loi qui précise qu'il doit inviter « *par tout moyen* » les organisations syndicales non-représentatives mais légalement constituées, mais l'interpréter à la lumière de la jurisprudence qui lui impose désormais de les convier « *par lettre* ».

L'harmonisation des textes législatifs concernant les modalités d'invitation aurait été judicieuse. Le législateur ne l'a pas opérée car l'article L. 2314-5 du Code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, continue à différencier les modalités d'invitation à la négociation du protocole d'accord préélectoral selon le type d'organisation syndicale concernée.

En outre, la jurisprudence a vérifié l'hypothèse inverse : les conséquences de la présentation d'une liste de candidats par une organisation syndicale sans qu'elle n'ait été invitée à la négociation du protocole d'accord préélectoral. Dans une décision du 2 mars 2011[299], la chambre sociale de la Cour de cassation a précisé, dans un attendu de principe, qu'« *un syndicat qui, sans émettre expressément de réserves, a, soit participé à la signature du protocole préélectoral, soit présenté des candidats, ne peut se prévaloir de cette irrégularité* [défaut d'affichage dans le cadre de l'article L. 2314-5 du Code du travail] ». Par conséquent, la présentation de candidats par une organisation syndicale qui répond aux critères posés à l'article L. 2314-5, alinéa 1, et qui n'aurait pas été invitée à la négociation du protocole par l'employeur, rend sans objet la requête en annulation des élections professionnelles présentée par cette organisation.

[299] Cass. soc., 2 mars 2011, n° 10-60.201 : *Bull. civ. V, n° 62* ; *Dr. soc. 2011, p. 870 et s., note F. PETIT* ; *D. 2012, p. 2622 et s., obs. P. LOKIEC et J. PORTA*.

3. Le contenu du protocole

95. Contenu. Pour procéder à la négociation du protocole d'accord préélectoral, l'employeur doit donner aux organisations syndicales les informations nécessaires pour pouvoir discuter utilement. À défaut, le processus électoral peut être annulé[300].

Les organisations syndicales et l'employeur sont, par exemple, appelés à négocier « *le nombre et la composition des collèges électoraux* »[301], « *la répartition des sièges entre les différentes catégories de personnel et la répartition du personnel dans les collèges électoraux* »[302], etc.

En outre, comme nous l'avons précédemment envisagé, les organisations syndicales et l'employeur sont libres de négocier les éléments de propagande que l'employeur peut prendre à sa charge, voire le plafond des dépenses autorisées par toute organisation syndicale qui présenterait une liste au premier tour des titulaires au comité social et économique[303]. Et comme nous le verrons, dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 50 et 300 salariés, ils peuvent convenir d'une exception au principe de limitation du cumul de mandats dans le temps au comité social et économique[304].

B. La conclusion

96. Réforme. La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 avait pour objectif de faire disparaître l'influence des seules organisations syndicales représentatives sur le processus électoral. L'apparition du critère de l'audience électorale, calculée lors des élections professionnelles, devait avoir pour conséquence de mettre toutes les organisations syndicales sur un pied d'égalité au moment du processus électoral.

La réforme a failli s'agissant de la conclusion du protocole qui, au-delà d'être subordonnée à une condition de majorité (1), tient toujours compte de la représentativité des organisations syndicales (2).

[300] Cass. soc., 13 mai 2009, n° 08-60.530 : *Bull. civ. V, n° 130* ; *JCP S 2009, 1406, note J.-Y. KERBOURC'H.*

[301] C. trav., art. L. 2314-12, al. 1.

[302] C. trav., art. L. 2314-13, al. 1.

[303] V. *supra*, n° 83.

[304] V. *infra*, n° 217 ; C. trav., art. L. 2314-33, al. 2, 2°.

1. La condition de majorité

97. Majorité. L'article L. 2314-6 du Code du travail dispose que « *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* ». En 2008, le législateur a subordonné à une condition de majorité[305] la validité du protocole d'accord préélectoral.

Pourtant, à l'époque, l'ancien article L. 2232-12, alinéa 1er, du Code du travail subordonnait la validité des accords collectifs de droit commun « *à* [leur] *signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants, et à l'absence d'opposition d'une ou de plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés à ces mêmes élections, quel que soit le nombre de votants* »[306]. Dès 2008, le législateur exigeait des conditions plus strictes pour la conclusion d'un protocole d'accord préélectoral que pour la conclusion d'un accord collectif de droit commun. Depuis la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016[307], les conditions de validité de l'accord collectif de droit commun se sont rapprochées de celles du protocole d'accord préélectoral notamment par l'exigence nouvelle de la condition de majorité[308].

---

[305] Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-60.231 : *Bull. civ. V, n° 241* : la jurisprudence la qualifie de « *condition de double majorité* » ; *RDT 2012, p. 639 et s., obs. I. ODOUL-ASOREY* ; *JCP G 2012, 1139, note L. PECAUT-RIVOLIER*.

[306] L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, art. 8 : *JORF 21 août 2008, texte n° 1*.

[307] L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 21 : *JORF 9 août 2016, texte n° 3*.

[308] V. *infra*, n° 336.

98. Tempérament. La Cour de cassation a néanmoins apporté un tempérament à la condition de majorité pour la validité du protocole d'accord préélectoral. Lorsque les conditions de validité des anciens articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1, devenus article L. 2314-6, du Code du travail n'étaient pas réunies, « *cette circonstance ne rend*[ait] *pas irrégulier le protocole préélectoral mais* [avait] *pour effet de permettre à la partie qui* [pouvait] *y avoir intérêt de saisir le juge d'instance d'une demande de fixation des modalités d'organisation et de déroulement du scrutin* »[309]. Cette solution avait pour avantage de ne pas bloquer le processus préélectoral et électoral. À défaut d'un recours judiciaire, les élections pouvaient avoir lieu et les travailleurs désigner leurs représentants. La Cour de cassation a fait le choix de l'efficacité, en laissant possible le recours judiciaire, à un moment du processus électoral où l'organisation et la tenue des élections professionnelles étaient imminentes.

2. La prise en compte de la représentativité

99. Représentativité. La représentativité des organisations syndicales a conservé une place importante pour apprécier la validité du protocole d'accord préélectoral même si cette négociation a lieu pendant la phase préélectorale durant laquelle les organisations syndicales doivent être placées sur un pied d'égalité.

L'article L. 2314-12 du Code du travail va même plus loin en exigeant l'unanimité dans le cas d'un accord, qui intervient dans la phase préélectorale, modifiant le nombre et la composition des collèges électoraux. En effet, le législateur conditionne sa validité à la signature de « *toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise* ».

Remarquons que le législateur n'a pas fait le choix d'imposer la signature de la majorité des organisations syndicales, représentatives ou non, « invitées » à la négociation pour la validité du protocole. Seules celles qui y participent sont comptabilisées. La participation à la négociation reste facultative pour les organisations syndicales. La politique de la chaise vide, pratiquée par certaines organisations syndicales invitées, aurait sinon pu conduire à l'anéantissement des négociations, avant même que celles-ci n'aient commencé, par la certitude que la condition de majorité ne pourrait être satisfaite.

[309] Cass. soc., 6 oct. 2011, n° 11-60.035 : *Bull. civ V., n° 228* ; *Dr. soc. 2011, p. 1313 et s., obs. F. PETIT.*

100. Proposition. La règle de validité du protocole préélectoral posée depuis 2008 n'a pas évolué. Nous suggérons donc qu'elle soit modifiée afin qu'il ne soit plus tenu compte de la représentativité des organisations syndicales[310]. La validité du protocole d'accord préélectoral pourrait alors être subordonnée à la signature d'une majorité d'organisations syndicales présentes à la négociation du protocole d'accord préélectoral.

§ 2.Le déroulement

101. Présentation. Une fois les modalités d'organisation des élections professionnelles déterminées, il revient à leur organisateur – l'employeur – de respecter quelques obligations préalables (A) au déroulement du scrutin et donc au vote (B) des travailleurs.

A. Les obligations préalables

102. Présentation. Il incombe à l'employeur de prendre l'initiative du processus électoral. Pour ce faire, il doit respecter plusieurs obligations à l'égard des organisations syndicales ainsi que de la collectivité des travailleurs. Il doit les informer (1) et prévoir les moyens matériels nécessaires à la tenue du scrutin (2).

1. L'information des travailleurs

103. Initiative. Les membres de la délégation du personnel au comité social et économique sont élus pour quatre ans[311]. À chaque fin de cycle électoral, l'employeur doit informer les travailleurs de l'organisation des élections professionnelles[312]. À défaut, l'article L. 2317-1, alinéa 1er, du Code du travail prévoit que l'employeur s'expose à une peine d'emprisonnement d'un an et à une amende de 7 500€ du fait « *d'apporter une entrave soit à la constitution d'un*

[310] V. *supra*, n° 92 : cela s'inscrit dans notre précédente démonstration de suppression de l'hypothèse dans laquelle il est tenu compte de la représentativité de certaines organisations syndicales pour les inviter à la négociation du protocole.

[311] C. trav., art. L. 2314-33, al. 1.

[312] C. trav., art. L. 2314-4.

comité social et économique, d'un comité social et économique d'établissement ou d'un comité social et économique central, soit à la libre désignation de leurs membres »[313].

L'employeur, sur les épaules duquel repose l'organisation des élections professionnelles, peut remplir tardivement son obligation, voire au-delà des délais fixés par le législateur. Dans sa décision en date du 22 octobre 2014, la Cour de cassation a fait preuve d'un certain réalisme. Elle a jugé que « *le retard mis à l'organisation des élections n'est pas sanctionné par leur nullité* »[314]. Elle a ainsi préféré ne pas faire peser sur l'employeur une sanction financièrement coûteuse par la réorganisation des élections professionnelles, à la fois en raison de la mobilisation des travailleurs pour leur mise en œuvre et du matériel mis à disposition des travailleurs pour exercer leur droit de vote.

104. Élections. L'initiative que doit prendre l'employeur s'accompagne d'obligations particulières. Tout d'abord, selon l'article L. 2314-4 du Code du travail, il est tenu d'informer « *le personnel tous les quatre ans de l'organisation des élections par tout moyen permettant de conférer date certaine à cette information* ». Cette information est capitale car elle permet de sensibiliser les travailleurs sur l'exercice de leur droit de participation, constitutionnellement garanti[315], pour élire leurs représentants. L'employeur doit satisfaire à son obligation de sorte que le premier tour des élections professionnelles se tiennent « *au plus tard, le quatre-vingt-dixième jour suivant la diffusion* [de ladite information] »[316]. Ces différentes dates doivent être précisément déterminées dans le protocole d'accord préélectoral.

Matériellement, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2014-699 du 26 juin 2014[317], l'employeur devait délivrer cette information aux travailleurs « *par affichage* »[318]. Depuis, il peut le faire « *par tout moyen* »[319]. Une publication sur l'intranet de l'entreprise ou encore un

[313] Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017, relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, art. 1 : *JORF 23 sept. 2017, texte n° 31*.

[314] Cass. soc., 22 oct. 2014, n° 14-60.016 : *inédit*.

[315] Préambule de la Const. du 27 oct. 1946, al. 8.

[316] C. trav., art. L. 2314-4.

[317] Ord. n° 2014-699, 26 juin 2014, portant simplification et adaptation du droit du travail, art. 7 : *JORF 27 juin 2014, texte n° 47*.

[318] C. trav., anc. art. L. 2314-2.

[319] C. trav., art. L. 2314-4.

message électronique envoyé aux travailleurs est désormais un moyen de les informer de la tenue prochaine d'élections professionnelles dans l'entreprise.

En droit électoral, le système est différent. Seul le gouvernement, sans concertation obligatoire avec les différents partis politiques, détermine les dates des différents scrutins. L'initiative vient du gouvernement mais l'élection se tient dans chaque commune[320]. L'information relative à la tenue des élections locales est diffusée par décrets publiés par le Premier ministre sur rapport du Ministre de l'Intérieur[321].

105. Candidatures. Après avoir informé les électeurs, travailleurs comme citoyens, de la tenue des élections, encore faut-il qu'ils puissent prendre connaissance des candidatures.

En droit électoral, la publication des candidatures est assurée, sous un délai raisonnable selon qu'il s'agit du premier ou du second tour du scrutin[322], par la préfecture de chaque département. Si l'élection est celle du Président de la République, la publication est effectuée au Journal Officiel de la République Française[323].

Le droit du travail ne prévoit aucun délai sous lequel les listes de candidats doivent être déposées auprès de l'employeur[324]. Ce délai peut être fixé dans le protocole d'accord préélectoral ou, à défaut, par l'employeur[325]. La détermination de ce délai a une incidence sur la publicité qui peut ensuite être faite des listes de candidats. Plus le délai est court entre le dépôt des listes de candidats et le jour du scrutin, moins les électeurs ont le temps de prendre pleinement connaissance des différents candidats, de leurs valeurs et de leurs propositions. Le principe de participation qui permet, par l'organisation des élections professionnelles, aux

[320] C. élec., art. L. 53 (élections municipales, intercommunales, départementales et législatives).

[321] C. élec., art. L. 227 (élections municipales) ; C. élec., art. L. 220 (élections départementales) ; C. élec., art. L. 357 (élections régionales) ; C. élec., L. 173 (élections législatives) ; C. élec., art. L. 311 (élections sénatoriales) ; Const., art. 7, al. 2 (élections présidentielles).

[322] C. élec., art. R. 127-2 et s. (élections municipales) ; C. élec., art. R. 109-2, al. 4 (élections départementales) ; C. élec., art. R. 184, al. 1 et 2 (élections régionales) ; C. élec., art. R. 101 (élections législatives) ; C. élec., art. R. 152 (élections sénatoriales) ; Const., art. 7, al. 2 (élections présidentielles).

[323] D. n° 2001-213, 8 mars 2001, portant application de la L n° 62-1292, 6 nov. 1962, relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel, art. 7 et 9 : *JORF 9 mars 2001, texte n° 58*.

[324] V. *supra*, n° 75.

[325] Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-26.399 : *Bull. civ. V, n° 240.*

travailleurs de choisir leurs représentants ne peut pas être réellement mis en œuvre dans ces conditions.

Le législateur pourrait intervenir pour déterminer un délai raisonnable entre l'information des travailleurs et le jour du scrutin. L'article L. 2314-28, alinéa 1er, du Code électoral, dispose que « *les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales font l'objet d'un accord entre l'employeur et les organisations syndicales* ». Et d'ajouter que « *cet accord respecte les principes généraux du droit électoral* ». Partant du constat précédent, un nouveau principe général du droit électoral pourrait être dégagé. Le droit électoral propose des délais dont la chambre sociale de la Cour de cassation pourrait s'inspirer. Pour placer l'ensemble des candidats sur un pied d'égalité, il conviendrait certainement de mettre à la charge de l'employeur – en toute neutralité – une obligation de communication des listes de candidats, dans un délai raisonnable, « par tout moyen » auprès des travailleurs. Cette proposition emporterait une obligation pour les organisations syndicales et l'employeur de déterminer la date limite de dépôt des candidatures au sein du protocole d'accord préélectoral.

106. Moment. Pour toute élection, professionnelle comme politique, les dates et heures du scrutin doivent être déterminées ainsi que le lieu où les électeurs pourront voter.

En droit électoral, tout est fixé par le gouvernement, qu'il s'agisse des élections locales ou nationales. En fonction de particularités territoriales, une liberté dans la détermination des horaires du scrutin est laissée au préfet au niveau départemental[326].

En droit du travail, le législateur renvoie aux organisations syndicales et à l'employeur le soin de préciser les dates, heures et lieux du scrutin au sein du protocole d'accord préélectoral. Il impose simplement que le vote ait lieu « *pendant le temps de travail* »[327].

---

[326] V. par ex. : D. n° 2017-223, 24 fév. 2017, portant convocation des électeurs pour l'élection du Président de la République, art. 3, al. 2 : *JORF 24 fév. 2017, texte n° 21* : « *pour faciliter aux électeurs l'exercice de leur droit de vote, les représentants de l'État dans les départements, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin, à Saint-Pierre-et-Miquelon, dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie pourront prendre des arrêtés à l'effet d'avancer l'heure d'ouverture ou de retarder l'heure de clôture du scrutin, dans certaines communes ou circonscriptions administratives* ».

[327] C. trav., art. L. 2314-27 ; en droit électoral : C. élec., art. L. 55 : le vote « *a lieu un dimanche* » ; V. principe du vote dominical : G. VEDEL, Comparaison du régime juridique des élections sociales et du régime juridique des élections politiques : *RF sc. pol. 1953, vol. 3, n°2, p. 231*.

107. Concomitance. Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 créant le comité social et économique, le législateur prévoyait un principe de concomitance entre les élections des délégués du personnel et celles des membres du comité d'entreprise[328]. Ce principe était posé aux alinéas premiers des anciens articles L. 2314-6 et L. 2324-3 du Code du travail : « *l'élection des délégués du personnel et celle des représentants du personnel au comité d'entreprise ont lieu à la même date* »[329]. Cette question ne se pose plus en raison de la création d'une institution unique de représentation du personnel : le comité social et économique.

Le droit électoral ne connaissait – ni ne connait encore aujourd'hui – aucun équivalent car chaque élection, locale comme nationale, est organisée de manière indépendante par rapport aux autres, à des dates différentes. Pourtant, la question relative à l'organisation concomitante de plusieurs élections, notamment locales, revient régulièrement dans le débat politique. Elle a, par exemple, été posée à propos des élections départementales de mars 2015 et régionales de décembre 2015. Les élections départementales et régionales devraient être organisées en même temps en mars 2021[330].

2. Les moyens matériels

108. Enveloppe. L'article L. 2314-26, alinéa 1er, du Code du travail prévoit que « *l'élection a lieu au scrutin secret sous enveloppe* ». L'employeur est tenu de fournir les enveloppes. À défaut, cela constitue un motif d'annulation des élections[331].

[328] La durée de leur mandat était donc identique.

[329] Cass. soc., 28 mai 2008, n° 07-60.333 : *Bull. civ. V, n° 117* : « *attendu que selon l'article L. 423-19 du code du travail, devenu l'article L. 2314-6, les élections des délégués du personnel et des représentants du personnel au comité d'entreprise doivent avoir lieu à la même date ;* […] *le tribunal, qui a constaté que l'entreprise avait refusé de procéder à l'élection d'un comité d'entreprise, alors qu'elle avait employé plus de cinquante salariés pendant une période de douze mois consécutifs ou non dans les trois années ayant précédé l'élection des délégués du personnel, en a exactement déduit que ces dernières devaient être annulées* ».

[330] Plusieurs exécutifs départementaux et régionaux se prononcent en faveur du report du scrutin en raison de la crise sanitaire (COVID-19).

[331] Cass. soc., 20 oct. 1999, n° 98-60.359 : *Bull. civ. V, n° 390*.

109. Bulletin. En droit électoral, les bulletins de vote font l'objet d'une règlementation assez stricte concernant leur couleur et leur contenu.

Ils doivent en principe être imprimés sur fond blanc. Tel en dispose l'article L. 66 du Code électoral qui dispose : « *les bulletins écrits sur papier de couleur* […] *n'entrent pas en compte dans le résultat du dépouillement* ».

C'est précisément sur cet article du Code électoral que la Cour de cassation s'est appuyée pour en faire un principe général du droit électoral applicable en droit du travail. Dans sa décision du 11 mars 1992, elle a en effet établi qu'« *en vertu des principes généraux du droit électoral, l'égalité des candidats doit être assurée dans les élections professionnelles* [et] *cette égalité se traduit en principe par l'utilisation de bulletins blancs pour tous les candidats comme le prévoit l'article 66 du Code électoral en matière d'élections politiques* »[332].

110. Affiliation syndicale. Concernant le contenu du bulletin de vote, le droit du travail autorise la reproduction des signes distinctifs ainsi que les logos et emblèmes, apposés par les candidats sur les bulletins de vote[333].

Il existe néanmoins une différence majeure dans le contenu du bulletin de vote entre le droit du travail et le droit électoral : la mention du parti politique du candidat est facultative en droit électoral alors que la mention de l'appartenance syndicale est obligatoire en droit du travail.

En droit électoral, les candidats sont libres d'apposer le logo de leur parti, si tant est qu'ils soient membres de l'un de ceux qui existent dans le paysage politique français. De cette liberté, les candidats usent généralement en fonction de la tendance politique du moment au niveau national. Ils jouent avec cette technique en fonction de la stratégie politique qu'ils souhaitent adopter lors du scrutin.

Dans sa décision en date du 12 avril 2012, la chambre sociale de la Cour de cassation impose que l'affiliation confédérale sous laquelle une organisation syndicale a présenté une liste de candidats au premier tour des élections professionnelles, soit mentionnée sur le bulletin de

[332] Cass. soc., 11 mars 1992, n° 91-60.160 et n° 91-60.163 : *Bull. civ. V, n° 174* ; la Cour de cassation prévoit également qu'« *il ne peut être fait exception à ce principe dans l'intérêt des électeurs, que lorsque le justifient des circonstances particulières constatées soit par le protocole préélectoral, soit par le juge saisi d'une contestation portant sur l'organisation des élections* ».

[333] Cass. soc., 2 juill. 1987, n° 86-60.514 : *Bull. civ. V, n° 448.*

vote[334]. Cette condition, désormais posée à l'article L. 2122-3-1 du Code du travail[335], doit nécessairement être satisfaite pour que l'organisation syndicale puisse se prévaloir du score électoral obtenu par la liste. Cette mention est également obligatoire car l'affiliation syndicale constitue « *un élément essentiel du vote des électeurs* »[336].

Cette obligation ne pourrait-elle pas être remise en cause puisqu'il ne s'agit pas d'un principe général du droit électoral ? L'influence de la représentativité, qui constitue l'un des fondements de la vie syndicale dans l'entreprise, le justifie sans doute ; bien que le calcul de l'audience électorale réalisé au niveau de l'entreprise encourage par lui-même la proximité entre les candidats et les travailleurs-électeurs. Au premier tour des élections professionnelles, les travailleurs ne votent pas seulement pour une liste de candidats au comité social et économique. Ils votent également en faveur des idées défendues par une organisation syndicale ; ce qui permet de conférer selon l'audience électorale obtenue la représentativité à une organisation syndicale. Cette qualité a pour conséquence de permettre à l'organisation syndicale qui en dispose l'exercice de certaines prérogatives et notamment celles qui sont associées à la négociation collective. C'est pourquoi l'affiliation syndicale a une importance capitale dans le vote des travailleurs pour les listes de candidats présentés par les organisations syndicales au premier tour des élections professionnelles et donc dans le choix de leurs représentants. Notons également que les résultats des élections professionnelles ont également, depuis 2008, une grande importance dans la détermination des organisations syndicales représentatives au niveau national et dans la détermination des rapports de force entre elles et le gouvernement.

En droit électoral, le vote des citoyens permet d'élire les représentants au niveau local et national. Le résultat des élections politiques – quelles qu'elles soient – n'a aucune conséquence juridique pour les partis politiques. Il ne leur offre aucune prérogative supplémentaire mais permet simplement de déterminer le rapport de force politique entre elles.

L'obligation de la mention de l'affiliation syndicale sur les listes de candidats aux élections professionnelles ne peut donc être remise en cause en raison des conséquences juridiques qu'elle engendre ; à l'inverse de la mention du parti dans les élections politiques.

---

[334] Cass. soc., 12 avr. 2012, n° 11-22.290 : *Bull. civ. V, n° 127*; *Dr. soc. 2012, p. 641 et s., obs. F. PETIT* ; *RDT 2012, p. 375 et s., obs. I. ODOUL-ASOREY* ; *D. 2012, p. 2622 et s., obs. J. PORTA*.

[335] L. n° 2014-288, 5 mars 2014, relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, art. 30 : *JORF 6 mars 2014, texte n° 1*.

[336] *Ibid.*

111. Emblème national. L'article R. 27 du Code électoral précise que « *sont interdites, sur les affiches et circulaires ayant un but ou un caractère électoral, l'utilisation de l'emblème national ainsi que la juxtaposition des trois couleurs : bleu, blanc et rouge dès lors qu'elle est de nature à entretenir la confusion avec l'emblème national, à l'exception de la reproduction de l'emblème d'un parti ou groupement politique* »[337]. La loi ne prévoit pas expressément l'hypothèse des bulletins de vote. Les candidats aux élections politiques ne sauraient utiliser l'emblème national au moment des élections car ils n'exercent pas encore la souveraineté nationale. Cet exercice ne peut avoir lieu qu'après l'élection, une fois élus.

Les candidats aux élections professionnelles peuvent-ils utiliser la combinaison de ces trois couleurs ? À la lecture du Code du travail, rien ne l'interdit. La jurisprudence sociale reste silencieuse.

Les juges du fond ou les conseillers de la Cour de cassation pourraient sans doute interdire l'utilisation des trois couleurs en tant que principe général du droit électoral. À l'instar du bulletin de vote sur fond blanc que le droit du travail emprunte au droit électoral[338], la jurisprudence sociale pourrait utiliser la technique des principes généraux du droit électoral pour imposer aux travailleurs-candidats de ne pas utiliser les trois couleurs, emblème du drapeau national.

B. Le vote

112. Modalités. L'article L. 2314-26 du Code du travail dispose que « *l'élection a lieu au scrutin secret sous enveloppe. Elle peut également avoir lieu par vote électronique* […] *si un accord d'entreprise ou, à défaut, l'employeur le décide* ». Le législateur prévoit donc le recours au vote physique et électronique en droit du travail (1). La Cour de cassation a également permis le recours au vote par correspondance mais interdit le vote par procuration, pourtant autorisé en droit électoral (2).

[337] V. par ex. : CE, 17 nov. 1986, n° 70303 : inédit au rec. Lebon ; ou encore CE, 27 sept. 1989, n° 104395 : inédit au rec. Lebon.

[338] V. *supra*, n° 109.

1. Le vote physique et électronique

113. Droit électoral. Si le vote physique est le principe, le législateur a ouvert la possibilité de recourir au vote électronique dans le système politique avant qu'il ne le prévoie en droit du travail.

Dès 1969, le législateur a autorisé l'utilisation de « machines à voter »[339] dans les communes de plus de 30 000 habitants dont la liste a été fixée par décret. En 1989, il est intervenu à nouveau pour abaisser le nombre d'habitants des communes qui peuvent recourir au vote électronique[340]. Le seuil de 30 000 habitants est passé à 3 500. L'article L. 57-1 du Code du travail permet donc à un plus grand nombre de communes de mettre en œuvre le vote électronique.

114. Droit du travail. Longtemps, la Cour de cassation a condamné le recours au vote électronique en raison de sa non-conformité aux principes généraux du droit électoral[341]. Ce fondement est étonnant du fait que le droit électoral lui-même autorisait le vote électronique.

Il a fallu attendre la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004[342] pour que soit autorisée la possibilité de recourir au vote électronique pour l'élection des délégués du personnel[343] et des membres du comité d'entreprise[344]. Le législateur avait délégué au pouvoir règlementaire le soin d'adopter un décret relatif à sa mise en œuvre au sein des entreprises. Ce dernier n'a pas fait preuve de rapidité. Le décret n'a été publié qu'en 2007. En attendant, la Cour de cassation a validé certaines expérimentations du vote électronique dans les entreprises[345].

Le décret n° 2007-602 du 25 avril 2007 a précisé que lorsque le vote électronique est choisi comme mode de scrutin, l'employeur doit respecter les principes généraux du droit électoral et

[339] L. n° 69-419, 10 mai 1969, modifiant certaines dispositions du code électoral : *JORF 11 mai 1969, p. 4723*.

[340] L. n° 88-1262, 30 décembre 1988, modifiant diverses dispositions du code électoral et du code des communes relatives aux procédures de vote et au fonctionnement des conseils municipaux : *JORF 4 janv. 1989, p. 105*.

[341] V. par ex. : Cass. soc., 20 oct. 1999, n° 98-60.359 : *Bull. civ. V, n° 390* : le scrutin devait avoir lieu sous enveloppe.

[342] L. n° 2004-575, 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique : *JORF 22 juin 2004, texte n° 2*.

[343] C. trav., anc. art. L. 423-13.

[344] C. trav., anc. art. L. 433-9.

[345] V. par ex. : Soc., 8 déc. 2004, n° 03-60.509 : *Bull. civ. V, n° 321*.

les prescriptions règlementaires « *minimales* »[346]. Il faut comprendre que le recours au vote électronique doit se faire dans le respect des dispositions de l'article L. 57-1 du Code électoral.

115. Accord d'entreprise ou de groupe. L'article L. 2314-26, alinéa 2, du Code du travail impose qu'un accord d'entreprise soit conclu, en plus du protocole d'accord préélectoral qui doit mentionner la conclusion de cet accord. Le Professeur Franck Petit fait d'ailleurs état d'« *un élargissement du champ de la négociation préélectorale, la figure de l'accord collectif de droit commun étant sollicité pour introduire ce système de vote* »[347].
En outre, si le législateur précise que l'accord d'entreprise doit être conclu au niveau de l'entreprise, le pouvoir règlementaire a élargi cette possibilité au niveau du groupe[348]. Il ne peut toutefois pas s'agir d'un accord d'établissement[349]. À défaut d'accord d'entreprise ou de groupe, l'employeur peut lui-même décider de recourir au vote électronique[350].

116. Représentativité. La question du vote électronique est relativement sensible tant elle suppose l'utilisation d'outils numériques et la protection des données. Le législateur aurait pu exiger que la validité de l'accord collectif relatif à la mise en œuvre du vote électronique soit subordonnée à des modalités plus strictes, pouvant aller jusqu'à la conclusion de l'accord d'entreprise à l'unanimité des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. Tel n'est pas le cas en droit positif[351]. Cet accord doit répondre aux règles de droit commun de conclusion des accords collectifs, c'est-à-dire satisfaire à l'exigence de majorité[352].

---

[346] D. n° 2007-602, 25 avr. 2007, relatif aux conditions et aux modalités de vote par voie électronique pour l'élection des délégués du personnel et des représentants du personnel au comité d'entreprise et modifiant le code du travail : *JORF 27 avr. 2007, texte n° 6*.

[347] F. PETIT, Le vote électronique dans l'entreprise : *JCP S 2008, 1199*.

[348] C. trav., art. R. 2314-5, al. 2.

[349] Cass. soc., 10 mars 2010, n° 09-60.096 : *Bull. civ. V, n° 56*.

[350] C. trav., art. L. 2314-26, al. 2.

[351] V. en ce sens, par ex., la question de la tenue de l'élection pendant le temps de travail : Cass. soc., 5 avr. 2011, n° 10-19.951 : *Bull. civ. V, n° 87* : « *la possibilité de procéder au vote électronique à partir de tout ordinateur vingt-quatre heures sur vingt-quatre ne constitu*[e] *pas une disposition du protocole préélectoral soumise à la règle de l'unanimité* » ; *JCP S 2011, 1252, note F. PETIT*.

[352] V. *infra*, n° 336.

Notons que le recours au vote électronique doit être décidé en amont des élections professionnelles. Pourtant l'accord collectif de mise en place du vote électronique est négocié et conclu seulement par les organisations syndicales représentatives. Est-il réellement nécessaire qu'un accord collectif *ad hoc* soit conclu pour le recours au vote électronique ? L'intervention d'un prestataire extérieur le justifie dans la pratique. En théorie, le protocole d'accord préélectoral pourrait traiter directement de cette question, sans « mentionner » un autre accord collectif. Le protocole se suffit à lui-même et permet de placer toutes les organisations syndicales sur un pied d'égalité pour l'organisation des élections professionnelles. Cela rejoint notre proposition appelant à faire évoluer les conditions de conclusion du protocole prévues à l'article L. 2314-12 du Code du travail, en prévoyant que le protocole d'accord préélectoral soit conclu à la majorité des organisations syndicales présentes à sa négociation[353].

117. Principes généraux du droit électoral. Le déroulement du scrutin suppose de s'interroger sur les éventuelles fraudes qui pourraient intervenir. Dans le cadre du vote électronique, plusieurs hypothèses peuvent être envisagées.

Le travailleur peut craindre que son vote ne soit pas comptabilisé pour le candidat de son choix. Intervient le principe général du droit électoral transposé, en droit du travail, que doit respecter l'employeur : la « sincérité du scrutin »[354]. Ce principe intéresse « *le déroulement du scrutin et la façon dont les votes sont transcrits à l'issue du dépouillement* » par la mise en place de « *mécanisme de contrôle* »[355]. Le contrôle de la sincérité du scrutin qui ne s'effectue qu'au moment où il est clos, permet de garantir que le vote du travailleur-électeur soit bien comptabilisé pour le candidat de son choix.

Le travailleur peut également craindre que son vote révèle son identité. Intervient alors un autre principe général du droit électoral : le « secret du vote »[356]. Le « secret du vote » renvoie à la « *confidentialité du vote* […] *et, par extension, au principe général du libre choix de*

[353] V. *supra*, n° 97.

[354] Cass. soc., 9 fév. 2000, n° 98-60.581 : *Bull. civ. V, n° 61* ; le principe de « sincérité » est cité par l'art. 2.2.3 de la circ. DRT n° 1983/13, 25 oct. 1983, relative à l'application de la loi n° 82-915, 28 oct. 1982, relative au développement des institutions représentatives du personnel : *JORF 20 déc. 1983, p. 11201*.

[355] *Ibid.*

[356] Cass. soc., 9 juin 1998, n° 97-60.304 : *Bull. civ. V, n° 312*.

l'électeur »[357]. Le secret du vote doit être respecté pendant le scrutin. Lors du vote physique, sous enveloppe, l'urne scellée permet de garantir que l'enveloppe qui y est déposée ne peut pas être reliée à l'émargement sur la liste électorale. Dès lors que le vote électronique a été rendu possible en droit du travail par l'arrêté du 25 avril 2007, le pouvoir règlementaire a pris soin de garantir le secret du vote dans ce cadre[358]. L'article R. 2314-7, alinéa 2, du Code du travail, dans sa dernière version en date du 29 décembre 2017[359], dispose que « *les données relatives aux électeurs inscrits sur les listes électorales ainsi que celles relatives à leur vote sont traitées par des systèmes informatiques distincts, dédiés et isolés, respectivement dénommés « fichier des électeurs » et « contenu de l'urne électronique* ».

De plus, en droit du travail, seuls les membres du bureau de vote sont habilités à prendre connaissance de la liste d'émargement « *à des fins de contrôle de déroulement du scrutin* »[360]. En droit électoral, de manière générale, aucune disposition ne prévoit de telles habilitations. Les membres du bureau de vote comme les délégués des candidats – spécificité des élections politiques – peuvent consulter ces listes, y compris en cours de scrutin. En l'absence d'interdiction, toute personne – à tout le moins tout électeur – pourrait en faire de même.

La réduction du nombre de personnes autorisées à prendre connaissance de la liste d'émargement dans le cadre du vote électronique, en droit du travail, permet de se prémunir d'une interférence trop importante dans le système dit « *fichier des électeurs* ».

118. Double mode de scrutin. En droit du travail, le recours au vote électronique n'exclut pas que l'électeur puisse tout de même voter à bulletin secret sous enveloppe. Le décret de 2007 avait ouvert cette possibilité[361] qui a été reprise en droit positif. L'article R. 2314-5, alinéa 5, du Code du travail dispose que « *la mise en place du vote électronique n'interdit pas le vote à bulletin secret sous enveloppe si l'accord ou l'employeur n'exclut pas cette modalité* ».

---

[357] F. PETIT, L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise : *Dr. soc. 2000, p. 603 et s*.

[358] D. n° 2007-602, 25 avr. 2007, relatif aux conditions et aux modalités de vote par voie électronique pour l'élection des délégués du personnel et des représentants du personnel au comité d'entreprise et modifiant le code du travail : *JORF 27 avr. 2007, texte n° 6*.

[359] D. n° 2017-1819, 29 déc. 2017, relatif au comité social et économique, art. 1 : *JORF 30 déc. 2017, texte n° 82*.

[360] C. trav., anc. art. R. 2314-19, al. 1 (DP) et R. 2324-15, al. 1 (CE).

[361] C. trav., anc. art. R. 423-1-2 I, al. 3.

Dans le système politique, le recours au vote électronique, autorisé dans les communes de plus de 3500 habitants, reste encore rare[362]. Au-delà, la question d'un scrutin mixte, qui combinerait vote électronique et vote sous enveloppe, fait l'objet d'un vide juridique en droit électoral.

2. Le vote par procuration ou par correspondance

119. Vote par procuration. En droit électoral, le vote par procuration[363] est prévu aux articles L. 71 et suivants du Code électoral. Cette modalité, à laquelle les électeurs peuvent désormais recourir sur Internet, permet de leur offrir une possibilité de voter alors même qu'ils ne pourraient se rendre physiquement dans leur bureau de vote pour trois raisons exceptionnelles : « *en raison d'obligations professionnelles* », « *d'obligations de formation ou de vacances* » ou de « *détention* ».

Les deux premières exceptions ne peuvent guère s'appliquer aux élections professionnelles car les travailleurs exécutent le plus souvent leurs obligations professionnelles ou de formation au sein de l'entreprise qui, en droit du travail, est le lieu de vote.

L'article L. 2314-26 du Code du travail ne prévoit que le vote physique sous enveloppe à bulletin secret et le vote électronique. Nous aurions pu imaginer que la Cour de cassation souhaite « *transposer en droit du travail certaines règles du Code électoral* »[364] et notamment le vote par procuration ; procédé qu'elle refuse depuis 1984[365]. Un arrêt plus récent, en date du 11 février 2009, a cependant admis qu'un bulletin de vote par procuration soit décompté seulement en raison de l'absence d'« *incidence sur le déroulement du scrutin et sur le résultat des élections* »[366].

---

[362] Au 1er janvier 2018, seules 66 communes ont choisi de mettre en place le vote électronique en utilisant des machines à voter (rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le vote électronique : http://www.senat.fr/rap/r18-073/r18-0731.pdf, *24 oct. 2018, p. 9*).

[363] G. CORNU, Vocabulaire juridique : *PUF, 12e éd., 2018, p. 813* : « *écrit qui constate le mandat et qui, remis au mandataire, permet à celui-ci de justifier de son pouvoir* ».

[364] F. PETIT, L'influence du droit électoral sur les élections professionnelles dans l'entreprise : *Dr. soc. 2000, p. 603*.

[365] Cass. soc., 3 juill. 1984, n° 83-61.173 : *Bull. civ. V, n° 287*.

[366] Cass. soc., 11 fév. 2009, n° 08-60.470 : *inédit* ; V. L. PECAULT-RIVOLIER, L'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise : *Dr. soc. 2013, p. 502*.

L'arrêt du 3 juillet 1984 précise que « *le vote par procuration s'exerce uniquement dans les cas et limites prévus par le Code électoral et ne saurait recevoir application pour l'élection des délégués du personnel* ». Ainsi, selon la Cour de cassation, le droit du travail ne saurait emprunter toutes les modalités de vote prévues en droit électoral. Cela s'explique – comme nous l'avons précédemment remarqué[367] – par la spécificité du lieu de vote des élections des membres titulaires au comité social et économique : l'établissement ou l'entreprise.

120. Vote par correspondance. Le droit électoral permet le vote par procuration que le droit du travail interdit. À l'inverse, le droit du travail a généralisé le recours au vote par correspondance[368] que le droit électoral restreint à une hypothèse particulière.

Pourtant, en droit du travail, aucune disposition ne prévoit le vote par correspondance. La Cour de cassation a cependant estimé, en 1991, que le vote par correspondance était possible pour les élections professionnelles mais « *dans des circonstances exceptionnelles* »[369]. Pour en autoriser le recours, la Cour de cassation a qualifié le vote par correspondance de « *principe général du droit électoral* »[370].

En droit électoral, le recours au vote par correspondance a, dans l'histoire des élections politiques, fait l'objet de multiples évolutions[371]. En droit positif, il est réservé aux seuls Français établis hors de France pour les élections au Conseil supérieur des Français de l'étranger[372]. Le vote par correspondance, qu'il soit électronique[373] ou sous pli fermé[374], n'est donc possible que dans une hypothèse bien précise.

---

[367] V. *supra*, n° 48.

[368] G. CORNU, Vocabulaire juridique : *PUF, 12e éd., 2018, p. 278* : « *échange de lettres ou d'autres messages assimilés* […]*, par ext. les documents reçus ou expédiés, le tout couvert par le secret de la correspondance* ».

[369] Cass. soc., 16 janv. 1991, n° 89-61.449 : *Bull. civ. V., n° 16.*

[370] *Op. cit.*

[371] Le vote par correspondance a été autorisé avant d'être supprimé en 1975 (L. n° 75-1329, 31 déc. 1975, modifiant certaines dispositions du code électoral : *JORF 3 janv. 1976, p. 141*). Il a ensuite été rétabli en 1982 uniquement pour l'élection des membres de l'Assemblée des Français de l'étranger (L. n° 82-471, 7 juin 1982, relative au Conseil supérieur des Français de l'étranger, art. 6 : *JORF 8 juin 1982, p. 1810*).

[372] L. n° 2003-277, 28 mars 2003, tendant à autoriser le vote par correspondance électronique des Français établis hors de France pour les élections au Conseil supérieur des Français de l'étranger : *JORF 29 mars 2003, texte n° 2*.

[373] C. élec., art. R. 176-3 et s.

[374] C. élec., art. R. 176-4 et s.

En droit du travail, la Cour de cassation indique bien qu'« *en vertu des principes généraux du droit électoral,* [le vote par correspondance] *ne peut être utilisé que dans des circonstances exceptionnelles* »[375].

Les principes généraux du droit électoral ont été utilisés par la Cour de cassation en poursuivant un autre objectif dans son arrêt du 13 février 2013 : ouvrir plus largement les conditions dans lesquelles le vote par correspondance peut être mis en œuvre. Elle précise que « *lorsque le protocole d'accord préélectoral répond à ces conditions il ne peut être contesté devant le juge judiciaire qu'en ce qu'il contiendrait des stipulations contraires à l'ordre public, notamment en ce qu'elles méconnaîtraient les principes généraux du droit électoral ;* […] *si le vote physique est la règle en l'absence de dispositions conventionnelles dérogatoires, le recours au vote par correspondance pour les élections professionnelles n'est contraire à aucune règle d'ordre public* »[376]. L'argumentation de la Cour de cassation ne fait plus état de « *circonstances exceptionnelles* » pour recourir au vote par correspondance. Ainsi, l'ordre public suffit à la jurisprudence pour élargir le champ d'application du vote par correspondance. Ce dernier devient alors possible quelle que soit la situation dans laquelle se trouvent les travailleurs.

Si en 1991, la qualification de principe général du droit électoral était inadaptée, elle est depuis 2013 exagérée. Avant 2013, les principes généraux du droit électoral ont été utiles à la Cour de cassation pour autoriser le vote par correspondance en droit du travail avec des restrictions, comme en droit électoral. Depuis 2013, ils permettent de mettre en œuvre, sans restriction, le vote par correspondance pour les élections professionnelles alors même que le législateur ne le prévoit pas en droit électoral de manière généralisée, voire pas du tout en droit du travail.

---

[375] Cass. soc., 16 janv. 1991 : *op. cit.* ; V. par ex. : travail de nuit, travail à l'extérieur de l'entreprise, etc.

[376] Cass. soc., 13 fév. 2013, n° 11-25.696 : *Bull. civ. V, n° 38* ; F. PETIT, L'assouplissement des conditions de recours au vote par correspondance : *Dr. soc. 2013, p. 372 et s.* : « *on peut expliquer cette solution non pas seulement par la volonté d'alléger le contrôle effectué par la Cour de cassation sur le choix des partenaires sociaux, mais également par celle d'aligner les conditions de recours au vote par correspondance sur celles du vote électronique, qui, depuis l'arrêt du 5 avril 2011, peut être introduit dans l'entreprise sans qu'il y ait lieu de recueillir l'unanimité des syndicats intéressés* (F. PETIT, Le temps du vote électronique : *JCP S 2011, p. 1252 et s.*) » ; *D. 2013, p. 2599 et s., obs. P. LOKIEC et J. PORTA*.

Section 2. L'intervention de l'administration et du juge judiciaire

121. Droit électoral. Dans le système politique, l'administration est chargée d'organiser les élections selon les règles en vigueur. Elle ne saurait intervenir pour suppléer un défaut d'accord sur l'organisation des élections professionnelles car aucune négociation n'est prévue en droit électoral. Ainsi, tous les litiges, à tout moment de l'élection, sont portés à la connaissance de la juridiction concernée.

Selon les articles L. 248, L. 222 et L. 361 du Code électoral, le tribunal administratif ou le Conseil d'État sont compétents pour connaître des contestations relatives aux élections des conseillers municipaux, départementaux et régionaux.

Selon la Constitution du 4 octobre 1958, le Conseil constitutionnel veille « *à la régularité de l'élection du Président de la République* »[377] et « *des députés et des sénateurs* »[378].

122. Droit du travail. Dans le système des relations collectives de travail, la traditionnelle séparation entre les sphères publique et privée est bouleversée lorsqu'il s'agit de suppléer les acteurs de la négociation collective ou de trancher un litige relatif à l'organisation et au déroulement des élections professionnelles. Le législateur prévoit toujours une répartition des compétences entre l'administration et le juge judiciaire (§1). Leur saisine entraîne, de droit ou non respectivement, la prorogation du mandat des représentants élus comme syndicaux (§2).

L'ancien président de la chambre sociale de la Cour de cassation, Alain Lacabarats a préconisé de « *confier à un vice-président du TGI l'ensemble du contentieux du travail* »[379]. Avant lui, l'ancien président de la Cour d'appel de Montpellier, Didier Marshall proposait de créer une juridiction sociale unique, appelée « *tribunal social* […] *compétent* […] *en matière d'élections professionnelles* »[380]. Soulignant le « *paradoxe du droit du travail* »[381], la « *dispersion des*

[377] Const., art. 58.

[378] Const., art. 59.

[379] A. LACABARATS, L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXI[ème] siècle, prop. n° 16 : *Rapport au Ministre de la Justice, juill. 2014, p. 53.*

[380] D. MARSHALL, Les juridictions du XXI[ème] siècle - Une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice, prop. n° 11.1 : *Rapport au Ministre de la Justice, déc. 2013, p. 50 et 51.*

[381] L. PECAULT-RIVOLIER, Le paradoxe d'un contentieux éclaté *in* 13 paradoxes en droit du travail, dir. P. WAQUET : *Lamy Axe Droit, 2012, p. 383 et s., spéc. p. 391* : « *on peut même se demander si, au-delà du*

compétences malgré la profonde unité de la matière », ils avaient pour ambition de « *revoir la répartition des compétences entres ordres juridictionnels sur certains sujets croisés* »[382]. Aussi conviendra-t-il de vérifier si les réformes successives en la matière ont véritablement simplifié la possibilité de recours à l'administration ou au juge judiciaire (§3).

§ 1. La répartition des compétences

123. Acteurs. Au fil des réformes, le législateur a fait le choix de répartir les compétences entre l'administration, DIRECCTE et inspection du travail, et le juge judiciaire. Leur intervention n'implique pas nécessairement l'existence d'un contentieux[383]. Seul le juge judiciaire est appelé à trancher un litige. L'autorité administrative (DIRECCTE) vient, quant à elle, soit déterminer certaines modalités d'organisation des élections sur lesquelles les partenaires sociaux n'ont pas réussi à trouver un accord, soit – dans cette seule hypothèse – trancher un litige sur une décision unilatérale de l'employeur. L'inspection du travail peut, si les circonstances l'exigent, adapter certaines règles légales.

Ainsi, l'administration dispose-t-elle d'une compétence résiduelle[384] dans la seule phase préélectorale (A) alors que, par défaut, tout litige relatif aux élections professionnelles, quel que soit le moment, doit être porté devant le juge judiciaire (B). Dans le système politique qui ne ne prévoit pas de négociation préélectorale, l'intérêt du contentieux se situe essentiellement après la tenue du scrutin (C).

---

contentieux de l'élection et de la désignation, le tribunal d'instance ne serait pas le juge naturel du contentieux des institutions représentatives du personnel : fonctionnement, expertises, difficultés dans le déroulement des séances, ces litiges forment un tout avec les conditions de mise en place de ces institutions ».

[382] A. LACABARATS, L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXI[ème] siècle, prop. n° 19 : *Rapport au Ministre de la Justice, juill. 2014, p. 55.*

[383] G. CORNU, Vocabulaire juridique : *PUF, 12[e] éd., 2018, p. 255* : « *se dit des questions qui sont ou qui peuvent être l'objet d'une discussion devant les tribunaux* » ; « *se rapporte à une contestation entre deux plaideurs ou entre deux adversaires en litige* » ; « *un jugement qui tranche une contestation* ».

[384] Monsieur Macron, Ministre de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique, affirmait que « *l'intention initiale du Gouvernement, à travers l'article 87, était d'unifier le contentieux des opérations préélectorales. Il subsiste en effet une compétence résiduelle de l'administration et du juge administratif. Nous avons donc proposé de la basculer vers l'autorité judiciaire* » (JO Sén. 8 mai 2015, p. 4619).

A. La compétence résiduelle de l'administration

124. Compétences. Le droit du travail a pour particularité de prévoir un temps de négociation entre les organisations syndicales et l'employeur pour la mise en place des élections professionnelles. Des problèmes, qui ne sont pas nécessairement des litiges, peuvent surgir pendant cette phase préélectorale. Le législateur a fait le choix de ne pas laisser l'entière compétence au seul juge judiciaire mais de faire intervenir l'administration tantôt qualifiée d'« *autorité administrative* »[385] par le législateur, tantôt par désignation de l'« *inspecteur du travail* ».

En effet, l'administration peut être saisie pour déterminer certaines règles applicables à l'organisation des élections professionnelles (1). Depuis la loi n° 2015-990 du 6 août 2015[386], les recours à l'encontre des décisions de l'autorité administrative relèvent tous de la compétence du juge judiciaire (2).

1. La saisine de l'administration

125. Saisine. En droit du travail, l'administration intervient dans deux hypothèses : soit pour déterminer certaines modalités d'organisation, soit pour fluidifier les relations collectives de travail dans l'entreprise.

Dans la première hypothèse, l'intervention de l'« *autorité administrative* » permet de pallier le désaccord entre l'employeur et les organisations syndicales sur le protocole d'accord préélectoral, ou bien pour trancher un litige sur une décision de l'employeur intervenue à la suite de ce désaccord.

Dans la seconde hypothèse, l'intervention de l'« *inspecteur du travail* »[387] permet l'adaptation de règles légales à la vie de l'entreprise et ce, pour faciliter l'élection de représentants des travailleurs au comité social et économique voire faciliter la désignation des délégués syndicaux[388].

---

[385] C. trav., art. L. 2314-13 et L. 2313-5.

[386] L. n° 2015-990, 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : *JORF 7 août 2015, texte n° 1*.

[387] C. trav., art. L. 2314-5.

[388] V. *infra*, n° 196 et s. : nous interrogerons la qualification d'« élection » pour les délégués syndicaux, dont le mandat dépend encore d'une « désignation » par une organisation syndicale représentative.

126. DIRECCTE. L'autorité administrative, et plus précisément la Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi (DIRRECTE)[389], peut être saisie dans deux hypothèses avant les élections professionnelles.
Selon l'article L. 2314-13 du Code du travail, elle peut décider de la répartition des sièges entre les différentes catégories de personnel et la répartition du personnel dans les collèges électoraux[390].
Selon l'article L. 2313-5 du même Code, l'autorité administrative peut, en cas de litige portant sur une décision unilatérale de l'employeur, déterminer le nombre et le périmètre des établissements distincts.

127. Inspection du travail. L'administration, et plus spécialement l'inspecteur du travail, peut autoriser, après avoir consulté les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, des dérogations aux conditions d'ancienneté pour être électeur[391] ou pour être éligible[392]. Il peut le faire si l'application des conditions légales d'ancienneté, prévues à l'article L. 2314-25 du Code du travail, « *aurait pour effet de réduire à moins des deux tiers de l'effectif le nombre de salariés remplissant* »[393] les conditions pour être électeur ou, pour être éligible, « *conduirait à une réduction du nombre des candidats qui ne permettrait pas l'organisation normale des opérations électorales* »[394].

---

[389] C. trav., art. R. 2314-3.

[390] C. trav., anc. art. L. 423-3, al. 3 (DP) et art. L. 433-2, al. 7 (CE), dans leur rédaction antérieure à l'ord. n° 2005-1478, 1 déc. 2005, de simplification du droit dans le domaine des élections aux institutions représentatives du personnel : *JORF 2 déc. 2005, texte n° 7* : à défaut de protocole d'accord préélectoral, l'inspecteur du travail était auparavant compétent pour déterminer le nombre et la composition des collèges électoraux ainsi que la répartition des sièges entre les différentes catégories de personnel ; V. Cass. soc., 9 mai 2018, n° 17-26.522 : *Bull. civ. V* : « *dès lors qu'une organisation syndicale a manifesté son intention de participer à la négociation préélectorale, l'employeur, à défaut d'accord préélectoral valide, a l'obligation de saisir l'autorité administrative pour faire procéder à la répartition des sièges et des électeurs au sein des collèges électoraux* » ; J.-Y. KERBOURC'H, De l'obligation de saisir l'Administration en l'absence de négociation du protocole électoral : *JCP S 2018, 1220.*

[391] V. *supra*, n° 32 et s.

[392] V. *supra*, n° 56.

[393] C. trav., art. L. 2314-25, al. 1.

[394] C. trav., art. L. 2314-25, al. 2.

128. Sauvegarde de la compétence ? La question de la compétence de l'autorité administrative a animé les débats parlementaires qui ont abouti à la loi n° 2015-990 du 6 août 2015[395]. L'article 87 du projet de loi pour la croissance et l'activité avait pour objectif de « *supprimer la compétence administrative en matière préélectorale pour les élections des représentants du personnel ainsi que la compétence de l'inspecteur du travail en matière de dérogations aux conditions d'ancienneté pour les élections professionnelles* »[396]. Les compétences de l'administration – autorité administrative et inspecteur du travail – devaient être transférées au juge judiciaire.

Des amendements déposés par les députés et sénateurs ont été à l'origine de la sauvegarde par l'administration de sa compétence résiduelle. Certains parlementaires évoquaient une « *vision particulièrement dissymétrique du dialogue social* »[397]. D'autres prétendaient que « *le renforcement du dialogue social s'accommode mal avec une intervention immédiate d'un juge synonyme pour les partenaires sociaux de cristallisation des positions, de contentieux, bien loin des notions de concertation ou dialogue* »[398]. Pour d'autres, enfin, « *accepter cet article revient à désarmer l'inspection du travail en faisant disparaitre ses recours dans le labyrinthe judiciaire déjà encombré* »[399].

Pour le maintien de la compétence relative aux collèges électoraux, les parlementaires ont avancé qu'« *il n'est pas établi que le fait de saisir un juge, qui n'est pas l'interlocuteur naturel des entreprises en matière d'application du droit du travail, soit une source de simplification pour les entreprises* »[400].

Pour le maintien de la compétence relative au périmètre des établissements distincts, ils ont insisté sur la nécessité de consulter les organisations syndicales dans l'entreprise[401].

---

[395] L. n° 2015-990, 6 août 2015, *op. cit.*

[396] Rapport n° 2498 fait au nom de la commission spéciale de l'Assemblée nationale chargée d'examiner, après engagement de la procédure accélérée, le projet de loi (n° 2447) pour la croissance et l'activité : *19 janv. 2015, vol. 2, p. 835*.

[397] Amend. n° 80 (JO Sén. 8 mai 2015, p. 4619).

[398] Amend. n° 290 rect. bis. (JO Sén. 8 mai 2015, p. 4619).

[399] Amend. n°955 rect. (JO Sén. 8 mai 2015, p. 4619).

[400] Amend. n° 290 rect. bis.

[401] Débats au Sénat lors de la séance du 1er juill. 2015 : « *le juge ne sera apparemment pas obligé de consulter les organisations syndicales pour prendre sa décision, ce qui, même si nous ne mettons pas en doute l'impartialité des juges, pourrait s'analyser comme une régression des droits des salariés* ».

Après avoir écouté les parlementaires, le Ministre de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique a indiqué, le 1er juillet 2015, que la loi « *vis*[ait] *à unifier le contentieux des opérations préélectorales propres aux élections professionnelles, pour lequel subsiste aujourd'hui une compétence résiduelle du juge administratif, qu'il est proposé de transférer au juge judiciaire* »[402].

Au terme du débat législatif, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 a été adoptée. Elle a abouti à la sauvegarde de la compétence de l'administration de manière résiduelle, mais a transféré le contentieux administratif au juge judiciaire.

2. Le recours judiciaire contre la décision administrative

129. Recours. L'exercice d'un recours devant le juge judiciaire à l'encontre d'une décision administrative bouleverse la séparation – bien connue en droit français – entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif.

Avant 2015, les recours à l'encontre des décisions administratives de la DIRECCTE et de l'inspecteur, en matière d'élections professionnelles, devaient être formés devant le juge administratif.

Au cours du débat parlementaire sur le projet de loi n° 2447 du 11 décembre 2014, quelques parlementaires ont déposé un amendement[403] pour « *créer un bloc de compétence en confiant au juge judiciaire l'ensemble du contentieux relatif à l'élection des institutions représentatives du personnel* »[404].

Par l'adoption de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, de nombreux articles du Code du travail[405] ont alors été complétés par l'alinéa suivant : « *en cas de contestation, le recours à l'encontre de la décision de l'autorité administrative relève de la compétence du juge judiciaire* ».

---

[402] *Op. cit.*

[403] Amend. n° SPE692 déposé sur le projet de loi n° 2765 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 13 mai 2013, dans le cadre du rapport n° 2866 fait au nom de la commission spéciale.

[404] Propos de Monsieur D. Robiliard, rapporteur thématique, dans le cadre du rapport n° 2866 fait au nom de la commission spéciale.

[405] C. trav., anc. art. L. 2314-11, al. 4 (DP), L. 2314-20, al. 3 (DP), L. 2314-31, al. 4 (DP), L. 2324-13, al. 4 (CE), L. 2324-18, al. 3 (CE) et L. 2327-7 (CE) ; C. trav., art. L. 2314-13, al. 5, L. 2314-25, al. 3, L. 2313-5, al. 3.

Dans l'hypothèse de la saisine de l'administration, l'autorité administrative (DIRECCTE) et l'inspecteur du travail sont bien dissociés. Dans l'hypothèse de la saisine du juge judiciaire, la qualification d'« *autorité administrative* » regroupe les deux. La légistique pourrait donc être améliorée.

Enfin, la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 a ajouté à la fin de chaque nouvel alinéa que la décision de l'autorité administrative peut faire l'objet d'un recours devant le juge judiciaire « *à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux* »[406].

B. La compétence par défaut du juge judiciaire

130. Présentation. Les réformes successives en matière d'élections professionnelles n'ont pas dépossédé l'administration de ses compétences. La loi du 6 août 2015[407] a cependant permis de transférer l'ensemble du contentieux des élections professionnelles au juge judiciaire. Il est en effet considéré comme le « *juge de l'élection professionnelle* »[408].

Dans sa dernière rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, l'article L. 2314-32, alinéa 1, du Code du travail dispose que « *les contestations relatives à l'électorat*[409]*, à la composition des listes de candidats* […]*, à la régularité des opérations électorales et à la désignation des représentants syndicaux sont de la compétence du juge judiciaire* ».

Le législateur fait du protocole d'accord préélectoral, le texte conventionnel posant les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales. C'est donc sur la base de ce protocole que sera vérifiée la « *régularité des opérations électorales* » (1). Le juge judiciaire a précisé le régime d'annulation des élections professionnelles (2).

---

[406] L. n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 18 : *JORF 9 août 2016, texte n° 3*.

[407] L. n° 2015-990, 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : *JORF 7 août 2015, texte n° 1*.

[408] V. sur ce point : A. LACABARATS, L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXI[ème] siècle, prop. n° 19 : *Rapport au Ministre de la Justice, juill. 2014, p. 55.*

[409] Cass. soc., 27 janv. 1983, n° 82-60.327 et n° 82-60.357 : *Bull. civ. V, n° 44* : les contestations relatifs aux conditions d'éligibilité relèvent de la compétence du juge judiciaire au titre de « *la régularité des opérations électorales* » ; V. dans le même sens : Cass. soc., 28 mars 2012, n° 11-16.141 : *Bull. civ. V, n° 113* ; *Dr. soc. 2012, p. 534 et s., obs. F. PETIT* ; *D. 201, p. 2622 et s., obs. P. LOKIEC et J. PORTA*.

1. La régularité des opérations électorales

131. Définition. À la différence de l'administration qui intervient seulement dans la phase préélectorale, le tribunal judiciaire[410] peut être appelé à trancher les litiges à tout moment de l'élection.

Pourtant l'article L. 2314-28 du Code du travail dispose que « *les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales font l'objet d'un accord entre l'employeur et les organisations syndicales, conclu conformément à l'article L. 2314-6* ». Est ici visé le protocole d'accord préélectoral conclu avant que ne se tienne l'élection, c'est-à-dire dans la phase préélectorale. L'article R. 2314-2, alinéa 1, du Code du travail précise que « *les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales sur lesquelles aucun accord n'a pu intervenir sont fixées* […] *par le président du tribunal judiciaire* ».

La régularité des opérations électorales est ainsi vérifiée à travers le respect de leurs modalités d'organisation et de déroulement (a) déterminées dans le protocole d'accord préélectorale ; vérification à laquelle s'ajoute le contrôle des résultats et de leurs conséquences. Encore faut-il que l'auteur de la saisine soit un employeur, un travailleur-électeur ou candidat ou une organisation syndicale pour laquelle l'intérêt à agir (b) varie selon que la contestation porte sur le protocole ou sur la régularité des élections professionnelles.

a. L'organisation et le déroulement

132. Protocole d'accord préélectoral. Les recours contre le protocole d'accord préélectoral peuvent conduire à saisir le juge avant comme après la tenue du scrutin.

La Chambre sociale, dans un arrêt du 6 octobre 2011, a indiqué que « *lorsque* [l]*es conditions* [de validité du protocole d'accord préélectoral] *ne sont pas remplies, cette circonstance ne rend pas irrégulier le protocole préélectoral mais a pour effet de permettre à la partie qui peut y avoir intérêt de saisir le juge d'instance d'une demande de fixation des modalités*

[410] C. trav., art. R. 2314-24, al. 1.

d'organisation et de déroulement du scrutin »[411]. L'article L. 2314-28 du Code du travail en dispose également ainsi.

Notons que l'initiative de la partie la plus diligente permet de diminuer le risque de contentieux postélectoral concernant d'éventuels litiges liés à l'« *organisation* » des élections professionnelles. Cette initiative peut permettre l'organisation des élections professionnelles dans l'urgence car selon l'article R. 2314-2, alinéa 2, du Code du travail, le juge judiciaire « *statue en dernier ressort selon la procédure accélérée au fond* ».

Enfin, la jurisprudence a précisé, dans l'arrêt susvisé, que si le protocole répond aux conditions de validité de l'article L. 2314-6 du Code du travail, il « *ne peut être contesté devant le juge judiciaire qu'en ce qu'il contiendrait des stipulations contraires à l'ordre public, notamment en ce qu'elles méconnaîtraient les principes généraux du droit électoral* »[412].

b. L'intérêt à agir des organisations syndicales

133. Protocole d'accord préélectoral. La Cour de cassation a précisé les conditions pour qu'une organisation syndicale ait intérêt à agir. Elle distingue la contestation du protocole d'accord préélectoral, de celle relative à la régularité du scrutin.

La Cour de cassation conditionne la saisine du juge pour la remise en cause du protocole d'accord préélectoral, à l'émission de réserves par les organisations syndicales lors de la signature du protocole d'accord préélectoral[413]. Les organisations syndicales qui ne l'ont pas signé peuvent le contester seulement si elles ont exprimé des réserves lors du dépôt de leurs listes de candidats[414].

Il convient de vérifier que les organisations syndicales qui contestent le protocole d'accord préélectoral l'aient négocié ou, à tout le moins, aient été invitées à participer à sa négociation. Il ne s'agirait pas d'ouvrir cette possibilité de contestation à une organisation syndicale extérieure à l'entreprise, qui ne s'est pas impliquée dans l'organisation des élections

[411] Cass. soc., 6 oct. 2011, n° 11-60.035 : *Bull. civ. V, n° 228* ; *Dr. soc. 2011, p. 1313 et s., obs. F. PETIT* ; *JCP S 2012, 1125, note J.-Y. KERBOURC'H.*

[412] Cass. soc., 6 oct. 2011 : *op. cit.*

[413] Cass. soc., 10 juill. 2013, n° 12-21.945 : *inédit* ; Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-27.939 : *inédit*.

[414] Cass. soc., 19 sept. 2007, n° 06-60.222 : *Bull. civ. V, n° 132* ; *D. 2007, p. 2473 et s., obs. B. INES*.

professionnelles mais qui disposeraient d'adhérents dans l'entreprise, sans être éventuellement en capacité de déposer une liste de candidats.

134. Régularité. Dans un arrêt du 10 octobre 2012, la Cour de cassation a établi que « *la régularité des élections professionnelles mettant en jeu l'intérêt collectif de la profession, tout syndicat, même non représentatif dans l'entreprise, qui y a des adhérents peut en demander la nullité, peu important qu'il n'ait pas participé à la négociation du protocole préélectoral et n'ait pas présenté de candidats* »[415]. Plus récemment, elle a précisé qu'« *a nécessairement intérêt à agir en contestation de la régularité des élections, une organisation syndicale qui a vocation à participer au processus électoral* »[416]. Elle a donc supprimé la preuve de l'implantation de l'organisation syndicale dans l'entreprise notamment à travers la présence d'adhérents.

135. Proposition. La contestation de la régularité des élections professionnelles est ouverte aux organisations syndicales qui n'ont pas présenté de candidats. Cette règle, posée par la Cour de cassation, ne nous semble pas répondre à l'un des objectifs des élections professionnelles : la détermination de représentants syndicaux pour la défense « *l'intérêt collectif de la profession* ». Comment une organisation syndicale qui n'a pas présenté de candidats et qui ne peut donc avoir de représentants syndicaux, peut-elle défendre l'intérêt collectif de la profession ? Pourquoi la Cour de cassation l'autorise-t-elle à demander l'annulation des élections professionnelles ? L'intérêt de l'organisation syndicale à demander une telle annulation est faible, sinon à faire obstacle au déroulement normal de la vie syndicale dans l'entreprise. Le législateur pourrait donc être amené à restreindre les conditions de saisine du juge pour la contestation du déroulement du scrutin, en exigeant que l'organisation syndicale ait présenté des candidats.

136. Proposition. Plus généralement, le législateur pourrait distinguer les différentes phases des élections professionnelles : la phase préélectorale avec l'éventuelle négociation et

[415] Cass. soc., 10 oct. 2012, n° 11-60.238 : *inédit*.

[416] Cass. soc., 20 sept. 2018, n° 17-26.226 : *publié au Bulletin* ; *RDT 2018. 694, note F. GUIOMARD* ; *JCP S 2018, 1330, note L. DAUXERRE*.

conclusion d'un protocole d'accord préélectoral, et les phases électorale et postélectorale comprenant la tenue du scrutin, la proclamation des résultats et leurs conséquences.

En l'état du droit positif, un protocole d'accord préélectoral imparfait – dont les vices n'auraient pas été purgés par un recours judiciaire avant la tenue du scrutin – peut servir de fondement à l'organisation des élections professionnelles. La Cour de cassation a récemment précisé que la validité du protocole d'accord préélectoral relève de la « *régularité des élections* », tel qu'en disposent l'article R. 2314-24, alinéa 4. En effet, dans un arrêt du 4 juillet 2018, elle statue qu'une demande d'annulation des élections professionnelles, fondée sur la contestation du protocole d'accord préélectoral, doit être formée dans un délai de 15 jours suivant l'élection.

Il existe une possibilité donc que les élections professionnelles soient judiciairement annulées, postérieurement à leur tenue, en raison de la nullité du protocole d'accord préélectoral qui sert de fondement à leur organisation et leur déroulement.

Préconisons alors de purger de tout vice le protocole d'accord préélectoral avant que ne se tiennent les élections professionnelles. Le recours judiciaire en contestation d'un protocole valablement conclu est aujourd'hui possible « *qu'en ce qu'il contiendrait des stipulations contraires à l'ordre public, notamment en ce qu'elles méconnaîtraient les principes généraux du droit électoral* »[417]. Il semble néanmoins extrême – pour des raisons pratiques – de faire homologuer tout protocole d'accord préélectoral par le juge judiciaire.

2. Le régime d'annulation des élections professionnelles

137. Régime. Depuis 2010, la Cour de cassation a déterminé le régime d'annulation des élections professionnelles. Dans un arrêt en date du 13 janvier 2010, elle a statué en ce sens : « *à moins qu'elles soient directement contraires aux principes généraux du droit électoral, les irrégularités commises dans l'organisation et le déroulement du scrutin ne peuvent constituer une cause d'annulation que si elles ont exercé une influence sur le résultat des élections ou depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 si, s'agissant du premier tour, elles ont été déterminantes de la qualité représentative des organisations syndicales dans l'entreprise, ou du droit pour un candidat d'être désigné délégué syndical* »[418].

[417] Cass. soc., 6 oct. 2011 : *op. cit*.

[418] Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 09-60.203 : *Bull. civ. V, n° 7* ; *RDT 2010, p. 314 et s., obs. E. PESKINE*.

Aussi la jurisprudence dissocie-t-elle les « *principes généraux du droit électoral* » et les « *irrégularités commises dans l'organisation et le déroulement du scrutin* ». Le non-respect desdits principes entraîne nécessairement cette annulation par le juge judiciaire. De simples irrégularités « *n'entraînent l'annulation des élections que si elles ont eu une incidence sur les résultats* »[419].

138. Principes généraux du droit électoral. Selon le Professeur Franck Petit, « *les élections professionnelles régies par le code du travail font l'objet d'une règlementation parcellaire qui s'inspire peu ou prou des règles du code électoral* »[420]. C'est pourquoi la Cour de cassation s'est rapidement intéressée à la création d'un droit commun électoral, devenu principes généraux du droit électoral, qui s'imposent tant aux participants à la négociation du protocole d'accord préélectoral qu'au juge qui intervient en l'absence de celui-ci[421].

L'identification des principes généraux du droit électoral est, encore en droit positif, une tâche difficile à réaliser avec précision. Le législateur utilise cette qualification sans en délimiter les contours. La Cour de cassation les a fait apparaître au fil de ses décisions. La Doctrine a essayé d'en dresser la liste.

Le Professeur Franck Petit a tenté de dresser la liste des principes généraux du droit électoral reconnus par la jurisprudence. Il faut relever selon lui la liberté des électeurs, le secret du vote, la sincérité du scrutin, l'égalité entre les candidats, la liberté de candidature ou encore la liberté entre les électeurs.

Remarquons que les principes généraux du droit électoral ont peu à peu remplacé le « droit commun électoral » dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Cela permet au droit électoral et au droit du travail de partager le même objectif sans que les règles juridiques qui encadrent l'élection des représentants, des citoyens ou des travailleurs respectivement, ne soient totalement identiques. Le droit commun électoral n'offrait pas la souplesse nécessaire à la

---

[419] J.-Y. KERBOURC'H, Liste d'émargement non signée par les membres du bureau de vote = violation d'un principe général du droit électoral justifiant l'annulation des élections : *JCP S 2015, 1473*.

[420] F. PETIT, Les principes généraux du droit électoral dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation : *D. 2005, p. 1815 et s*.

[421] Cass. soc., 21 mars 1995, n° 94-60.221 : *inédit* : « *les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales font l'objet d'un accord entre le chef d'entreprise et des organisations syndicales intéressées et, à défaut, d'une décision du juge d'instance, les principes généraux du droit électoral devant être respectés dans l'un et l'autre cas* ».

transposition de règles du droit électoral en droit du travail. L'organisation des élections professionnelles a – nous l'avons démontré précédemment – des spécificités que les élections politiques ne connaissent pas (scrutin dans l'entreprise, collèges électoraux, etc.)

C. Le système politique : compétence des juridictions administratives

139. Droit électoral. Dans le système politique, le législateur n'a pas prévu de moment de négociation avant la tenue du scrutin. Le gouvernement fixe lui-même les règles selon lesquelles doivent être organisées les élections politiques. Ainsi, l'étude du contentieux préélectoral a un intérêt réduit.
Dans la phase postélectorale, deux questions relatives au contentieux, administratif et non judiciaire, sont néanmoins intéressantes : le financement de la campagne électorale et la régularité de l'élection elle-même.

140. Financement. Concernant le financement, le législateur impose une rigueur dans la tenue et le suivi des comptes de campagne des candidats[422]. Leur contrôle est effectué par la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques, préalablement au remboursement par l'État des frais engagés. L'article L. 52-12 du Code électoral dispose que « *chaque candidat ou candidat tête de liste soumis au plafonnement des dépenses électorales* […] *est tenu d'établir un compte de campagne lorqu'il a obtenu au moins 1 % des suffrages exprimés* ». Cette commission administrative ne fait pas l'objet d'une saisine particulière. Les candidats doivent seulement déposer auprès d'elle leurs comptes de campagne dans les délais impartis. Un éventuel recours peut ensuite intervenir à l'encontre de la décision de ladite commission.

141. Régularité. Concernant la régularité de l'élection elle-même, les articles L. 248 et L. 222 et L. 361 du Code électoral constituent les fondements de la compétence du tribunal administratif pour toutes les élections locales, à l'exception de l'élection régionale qui doit être contestée devant le Conseil d'État.

[422] V. *supra*, n° 80 et s.

Le législateur a accordé parfois une seule voie de recours, parfois plusieurs. En effet, les articles L. 248 et L. 222 indiquent respectivement que tout électeur ou tout candidat de la commune (pour les élections municipales) ou du canton (pour les élections départementales[423]) peuvent « *arguer de nullité les opérations électorales* […] *devant le tribunal administratif* ». L'article L. 361 dispose, quant à lui, que tout électeur de la région ou tout candidat peut contester les élections au conseil régional devant le Conseil d'État. Aussi, dans le cadre d'un recours en demande d'annulation des élections municipales et départementales, le justiciable pourra saisir le tribunal administratif, en premier lieu, puis intenter un recours contre sa décision devant le Conseil d'État[424] qui statuera en dernier ressort. À l'inverse, dans le cadre des élections régionales, le justiciable ne disposera que d'une seule voie de recours devant le Conseil d'État. En outre, pour les élections nationales, les justiciables ne disposent, selon les articles 58 et 59 de la Constitution, que d'une seule voie de recours devant le Conseil constitutionnel (législative, sénatoriale et présidentielle).

§ 2. La possible prorogation des mandats

142. Durée. Le législateur a posé le principe selon lequel les membres au comité social et économique sont élus pour quatre ans[425]. En cas de suspension du processus électoral, le mandat desdits représentants peut être prorogé. Il convient à la vérité de distinguer deux situations selon que les parties saisissent le juge judiciaire ou l'administration en fonction de leurs compétences respectives dans le cadre du processus préélectoral.

143. Juge judiciaire. Dans le cadre de la saisine du juge judiciaire, la prorogation des mandats ne peut intervenir que par la voie d'un accord unanime avec les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. Le juge ne peut pas l'imposer[426].

---

[423] Les membres du conseil départemental le peuvent également.

[424] C. élec., art. L. 249 (élections municipales) ; C. élec., art. L. 222 (élections départementales).

[425] C. trav., art. L. 2314-4.

[426] Cass. soc., 24 nov. 1992, n° 92-60.008 : *Bull. civ. V, n° 570* ; Cass. soc., 12 juill. 2006, n° 05-60.331 : *Bull. civ. V, n° 259* (*JCP S 2006, 1874, note B. GAURIAU*) ; Cass. soc., 26 juin 2013, n° 12-60.246 : *Bull. civ. V, n° 172* (*JCP S 2013, 1401, note L. DAUXERRE*).

Néanmoins, comme nous l'avons précédemment remarqué, le juge judiciaire statue « *selon la procédure accélérée au fond* » comme en dispose l'article R. 2314-2, alinéa 2, du Code du travail. La célérité qu'induit cette procédure, réduit le nombre de situations dans lesquelles la prorogation des mandats est nécessaire.

En outre, les relations professionnelles et la négociation collective jouent un rôle déterminant en droit du travail alors même, parfois, qu'un litige existe entre l'employeur et les organisations syndicales pour l'organisation des élections professionnelles. L'accord unanime susvisé en est un exemple. Cependant, cet accord ne suppose une entente qu'entre l'employeur et l'ensemble des organisations représentatives dans l'entreprise ; à la différence du protocole d'accord préélectoral pour lequel la signature des organisations syndicales, y compris celles qui ne sont pas représentatives, est importante pour la satisfaction de la condition de majorité[427]. Cette condition d'unanimité est donc relative car la jurisprudence ne la vérifie qu'à travers la signature des seules organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. La signature des organisations syndicales non-représentatives présentes dans l'entreprise n'est pas requise.

144. Administration. L'évolution la plus significative concernant la prorogation des mandats de représentants du personnel s'inscrit dans le cas où l'administration est saisie. Le législateur n'avait pas pris en compte cette situation. La jurisprudence l'a donc suppléé.

Dans une décision du 26 septembre 2012, la chambre sociale de la Cour de cassation a indiqué que « *lorsque le protocole préélectoral n'a pas été conclu à la condition de double majorité susvisée, la saisine du DIRECCTE pour déterminer les établissements distincts, fixer la répartition des électeurs, ou fixer la répartition des sièges dans les collèges, suspend le processus électoral jusqu'à sa décision et entraîne la prorogation des mandats en cours jusqu'à la proclamation des résultats du premier tour du scrutin* »[428]. Cette jurisprudence a été codifiée par la loi du 5 mars 2014[429] dans différents articles du Code du travail[430].

---

[427] V. *supra*, n° 97 et s.

[428] Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-60.231 : *Bull ; civ. V, n° 241*.

[429] L. n° 2014-288, 5 mars 2014, relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, art. 30 : *JORF 6 mars 2014, texte n° 1*.

[430] C. trav., anc. art. L. 2312-5, L. 2314-11 et L. 2314-31 (DP) ; C. trav., anc. art. L. 2322-5, L. 2324-13 et L. 2327-7 (CE) ; C. trav., art. L. 2314-13, al. 4 et L. 2313-5, al. 1 (CSE).

145. Saisines concomitantes. L'administration comme le juge judiciaire ont des compétences différentes dans la phase préélectorale. La prorogation peut être tantôt automatique, tantôt elle doit faire l'objet d'un accord collectif aux règles de validité spécifiques[431]. Dans l'hypothèse où l'administration et le juge judiciaire sont saisis concomitamment, la prorogation du mandat des représentants du personnel nécessite-elle un accord unanime ou est-elle de plein droit ? La Cour de cassation ne s'est jamais prononcée ; l'hypothèse étant rare par définition. Elle nous permet néanmoins de proposer au législateur une simplification en faisant un choix, recours concomitant ou non, entre la prorogation automatique de tous les mandats ou bien l'exigence d'un accord unanime signées par toutes les organisations syndicales, représentatives ou non, dans l'entreprise.

146. Délégué syndical. L'article L. 2143-11 du Code du travail dispose que « *le mandat de délégué syndical prend fin au plus tard lors du premier tour des élections de l'institution représentative du personnel renouvelant l'institution dont l'élection avait permis de reconnaître la représentativité de l'organisation syndicale l'ayant désigné* ». Le législateur, et avant lui la Cour de cassation[432], ont entendu lier la durée du mandat de délégué syndical à celle du mandat des représentants du personnel. Ainsi, la prorogation du mandat des représentants du personnel, dans l'hypothèse où le juge judiciaire et l'administration sont saisis, entraîne également la prorogation du mandat des délégués syndicaux.

147. Droit électoral. Dans le système politique, les autorités publiques déterminent la date des élections en fonction de la durée de chaque mandat. Aucune place n'est laissée à la négociation entre les candidats ou les partis politiques. Il en va de même pour une prorogation des mandats des élus dans le cas où les élections auraient lieu après la date normalement déterminée par rapport au terme du mandat politique. Un débat au Parlement peut avoir lieu mais ne débouche pas nécessairement sur un accord entre les différentes forces politiques représentées à l'Assemblée nationale comme au Sénat.

---

[431] V. *supra*, n° 142 et s.

[432] Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 09-60.435 : *Bull. civ. V, n° 188* ; *D. 2011, p. 1256 et s., obs. I. ODOUL-ASOREY* ; *JCP S 2010, 1500, note B. GAURIAU.*

§ 3. La simplification relative des recours

148. Constat. Avant la loi du 6 août 2015, les recours à l'encontre des décisions de l'administration en matière d'élections professionnelles, étaient tantôt administratifs (gracieux ou hiérarchique), tantôt contentieux devant le juge administratif. Tout autre litige était soumis au juge judiciaire.

Le débat parlementaire, qui a précédé son adoption, a constaté l'« *éclatement du contentieux du bloc de compétences entre deux juges différents* ». L'exposé sommaire d'un des amendements[433] avait relevé trois aspects négatifs relatifs à cet éclatement.

La première difficulté soulevée était celle de la complexité pour les entreprises et les organisations syndicales. Elles pouvaient, au cours de la même élection, être confrontées à deux procédures avec deux juges différents.

La deuxième tenait aux délais de jugement nécessairement augmentés puisque l'un des juges devait parfois surseoir à statuer lorsque l'autre juridiction était saisie.

Enfin, cette situation était source d'insécurité juridique, « *l'annulation des élections plusieurs mois après leur tenue étant un facteur d'instabilité pour les mandats en cours des représentants du personnel* »[434].

149. Avancées ? Le cadre législatif qui prévoit le recours à l'administration ou au juge judiciaire en matière d'élections professionnelles s'est complexifié au fil des réformes malgré les tentatives d'uniformisation du contentieux.

Dans certains domaines, propres à la phase préélectorale, la saisine de l'administration constitue un préalable indispensable à la saisine du juge judiciaire. Le juge judiciaire est en effet saisi d'une contestation à l'encontre de la décision administrative et non directement d'une demande de détermination des modalités d'organisation des élections professionnelles.

Cette condition préalable se justifie pour l'inspection du travail qui peut accorder, sur autorisation du législateur prévue à l'article L. 2314-25 du Code du travail, des dérogations aux règles légales. En aucun cas, le juge judiciaire ne saurait adapter lui-même les règles légales en fonction de la situation d'une entreprise donnée.

---

[433] Exposé sommaire de l'amend. n° SPE692.

[434] V. Rapport n° 2866, déposé le 11 juin 2015, de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

L'utilité de la saisine préalable de la DIRRECTE est plus limitée. En effet, il s'agit de déterminer les modalités d'organisation des élections professionnelles à défaut de protocole d'accord préélectoral[435], ou en cas de désaccord sur une décision unilatérale de l'employeur[436]. Le juge judiciaire, en ce qu'il tranche les litiges relatifs à la « *régularité des opérations électorales* »[437] (organisation et déroulement), aurait pu avoir cette compétence. L'autorité administrative doit d'ailleurs se conformer « *soit aux modalités de répartition prévues par l'accord mentionné à l'article L. 2314-12, soit, à défaut d'accord, à celles prévues à l'article L. 2314-11* »[438]. D'autant que dans cette hypothèse et contrairement à la saisine de l'inspection du travail, il ne s'agit pas d'adapter des règles légales et les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise n'ont pas à être consultées par la DIRECCTE.

Enfin, si les réformes successives n'ont pas supprimé la saisine préalable de l'administration dans certains domaines, la réforme de 2001[439] a rajouté l'hypothèse de saisine préalable de l'administration pour la reconnaissance de la perte de qualité d'établissement distinct. Reconnue avant par une « *décision judiciaire* »[440], elle l'est désormais par une « *autorité administrative* »[441] contre la décision de laquelle peut, ensuite, être exercé un recours devant le juge judiciaire.

L'objectif de simplification du traitement des litiges souhaité par le gouvernement[442] et par le législateur, ne semble donc que partiellement atteint. L'unicité du contentieux permet que seul le juge judiciaire en connaisse. Cependant, dans certains domaines, l'administration doit être préalablement saisie ; source de complexification du traitement des problèmes ou litiges en matière d'élections professionnelles.

[435] C. trav., art. L. 2314-13.

[436] C. trav., art. L. 2313-5.

[437] C. trav., art. L. 2314-32, al. 1.

[438] C. trav., art. L. 2314-13, al. 3.

[439] L. n° 2001-152, 19 février 2001, sur l'épargne salariale, art. 1 : *JORF 20 fév. 2001, texte n° 1.*

[440] C. trav., anc. art. L. 423-4 (DP).

[441] C. trav., art. L. 2313-5.

[442] V. *supra*, n° 128.

Conclusion du chapitre II

150. Conclusion. L'exercice de la souveraineté ou du droit de participation par les citoyens et les travailleurs respectivement se concrétise par le vote lors de scrutins périodiques. Chacun des deux systèmes est néanmoins organisé différemment. En droit du travail, le législateur a fait de la représentativité syndicale l'un des éléments les plus essentiels ; élément que ne connaît pas le droit électoral.

La réforme du 20 août 2008 en a atténué les effets juridiques lors de la phase d'organisation des élections professionnelles. Dans la phase préélectorale, la représentativité n'a pour autant pas été supprimée entièrement. Qu'il s'agisse de la négociation ou de la conclusion du protocole d'accord préélectoral, le droit positif conserve un certain *héritage* de l'ancien système des relations collectives de travail. Pour la phase électorale, le droit du travail et le droit électoral ont en commun le principe du *vote* physique. Les autres modalités de vote varient selon les spécificités de chacun des deux systèmes.

Enfin, si le législateur a privilégié le recours à la négociation collective en droit du travail, celle-ci n'aboutit pas nécessairement. Interviennent alors, sur demande de la partie la plus diligente, l'administration ou le juge judiciaire. Leurs compétences sont précisément déterminées mais l'unicité, nouvellement instaurée, du contentieux interroge sur l'*opportunité* de sauvegarder la compétence de l'administration en matière d'élections professionnelles. Le droit électoral ne prévoit qu'un seul intervenant en cas de litige : le juge administratif.

Conclusion du titre I

152. Conclusion. Le système des relations collectives et le système politique ont en commun l'organisation d'élections pour que les travailleurs et citoyens, titulaires des droits d'électeur et d'éligible, puissent choisir leurs représentants. Si ces deux systèmes privilégient la *voie démocratique*, leur construction historique n'est pas identique. Le système politique est fondé sur la *souveraineté* du peuple ; le système des relations collectives de travail sur le *principe de participation* des travailleurs.

La Cour de cassation tente pourtant désormais un *rapprochement* entre le droit électoral et le droit du travail. La jurisprudence a d'abord commencé à dessiner les contours d'un droit commun électoral, avant de dégager des *principes généraux du droit électoral*. Les élections professionnelles sont organisées tantôt sur des fondements juridiques identiques aux élections politiques, tantôt sur des fondements différents pour tenir compte des spécificités de la sphère professionnelle.

La négociation collective constitue la *singularité* du système des relations professionnelles par rapport au système politique. Cette particularité est prégnante dans le cadre des élections professionnelles car l'employeur et les organisations syndicales sont invités à déterminer eux-mêmes les modalités d'organisation du scrutin qui permet le choix, par les travailleurs, de leurs représentants.

TITRE II. LES DROITS DES REPRÉSENTANTS

153. Légitimité ? L'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». Le législateur, dans le cadre de ses compétences prévues l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, a conféré aux travailleurs le droit de choisir leurs représentants lors d'élections professionnelles organisées périodiquement dans l'entreprise.

De l'expression démocratique des travailleurs, est issu le « droit de représentation » que peuvent exercer les travailleurs-candidats. La légitimité des représentants a toujours été recherchée pour la représentation élue du personnel ; c'est-à-dire dès l'apparition des anciennes institutions représentatives du personnel au 20ème siècle, devenues récemment comité social et économique[443].

La représentation syndicale dans l'entreprise repose sur la recherche de la représentativité de l'organisation syndicale, avant celle de la légitimité du délégué syndical. La jurisprudence avait amorcé cette démarche ; le législateur l'a poursuivie à travers la loi n° 2008-789 du 20 août 2008[444].

Le premier tour des élections professionnelles a une importance majeure. Il permet souvent de déterminer la représentation élue, mais surtout de calculer l'audience électorale des organisations syndicales et des candidats aux-mêmes. Le résultat des élections professionnelles constitue l'origine des mandats (Chapitre I) et des droits des représentants, dont celui de cumuler les mandats (Chapitre II).

[443] Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 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 23 sept. 2017, n° 31*.

[444] L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : *JORF 21 août 2008, n° 1*.

Chapitre I. Origine des mandats

154. Origine. Les mandats de représentants du personnel et représentants syndicaux procèdent des élections professionnelles. Elles permettent aux travailleurs, par le suffrage direct, de choisir les membres du comité social et économique (Section 1). Elles permettent également, au premier tour, de déterminer, à travers le critère de l'audience électorale, la représentation syndicale dans l'entreprise (Section 2), c'est-à-dire la représentativité des organisations syndicales et la désignation des délégués syndicaux.

Section 1. L'élection de la délégation du personnel au comité social et économique

155. Modalités. Les membres de la délégation au comité social et économique sont élus au scrutin de liste à deux tours[445]. La comparaison avec le droit électoral révèle que les modalités de prise en compte des suffrages sont différentes, que ce soit au premier tour (§1) comme au second (§2).

§ 1.Le premier tour

156. Enjeux. Le premier tour des élections professionnelles est crucial pour plusieurs raisons. Il peut permettre, sous certaines conditions[446], l'élection des membres du comité social et économique, sans qu'il soit besoin d'organiser un second tour. Il est surtout le moment où sont déterminées deux types d'audiences électorales[447] : l'une collective – critères de la représentativité des organisations syndicales[448] –, l'autre personnelle – critères de désignation d'un candidat à la fonction de délégué syndical[449].
La répartition des sièges au comité social et économique dépend du résultat obtenu par la liste présentée par chaque organisation syndicale (A). Le résultat personnel de chaque candidat tient compte d'éventuelles ratures effectuées par les travailleurs-électeurs ; droit de rature auquel le droit électoral ne recourt que partiellement (B).

A. Le résultat par liste : la répartition des sièges

157. Proportionnelle. La répartition des sièges entre les collèges électoraux et les listes de candidats s'effectue à la proportionnelle. Les modalités pour la répartition des sièges non-pourvus diffèrent néanmoins selon l'hypothèse envisagée, soit celle des collèges, soit celle des listes de candidats.

---

[445] C. trav., art. L. 2314-29, al. 1.

[446] V. *infra*, n° 167.

[447] J.-F. CESARO, La représentation des syndicats dans l'entreprise : *JCP S 2012, 1237*.

[448] C. trav., art. L. 2121-1 5°.

[449] C. trav., art. L. 2143-3, al. 1.

158. Collèges. Pour la répartition des sièges par collège, une grande liberté est laissée aux organisateurs des élections professionnelles, employeur et organisations syndicales. Tel en dispose l'article L. 2314-13, alinéa 1, du Code du travail : « *la répartition des sièges entre les différentes catégories de personnel et la répartition du personnel dans les collèges électoraux font l'objet d'un accord entre l'employeur et les organisations syndicales conclu selon les conditions de l'article L. 2314-6* [condition de conclusion du protocole d'accord préélectoral] ». Néanmoins, la circulaire n° 93-12 du 17 mars 1993 invite à déterminer cette répartition « *à la proportionnelle au plus fort reste* »[450]. La répartition des sièges se fait alors proportionnellement aux effectifs de chaque collège électoral[451], et pour les sièges non-pourvus, selon les restes de chaque collège à commencer par le plus fort. Cette modalité de répartition avantage les collèges dont l'effectif est faible mais dont le reste est fort car proche du quotient électoral[452]. Le but est d'assurer une représentation de chaque collège électoral en fonction de son importance.

159. Listes. Pour la répartition des sièges entre les listes de candidats, l'article L. 2314-29, alinéa 1, du Code du travail dispose que « *le scrutin est de liste à deux tours avec représentation proportionnelle à la plus forte moyenne* ». Techniquement, cela se traduit par le fait que chaque liste obtient autant de sièges que le nombre de voix recueillies par elle contient de fois le quotient électoral[453]. L'article R. 2314-20 du même Code précise que **«** *lorsqu'il n'a été pourvu à aucun siège ou qu'il reste des sièges à pourvoir, les sièges restants sont attribués sur la base de la plus forte moyenne* ». Si deux listes obtiennent la même moyenne et qu'il reste encore un siège à pourvoir alors ce siège est attribué à la liste qui a le plus grand nombre de voix[454]. Si les

[450] Circulaire DRT n° 93-12, 17 mars 1993, relative aux décisions de l'administration chargée du travail en matière de mise en place des institutions représentatives du personnel : comité d'entreprise, comité de groupe, comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, délégué du personnel et délégué syndical : *Bull. n°94/1 Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle, pp. 19-32* ; V. égal. : fiches annexées à la circ. dans le guide relatif aux élections professionnelles, Direction des Journaux officiels, brochure n° 1643.

[451] V. CE, 29 juin 1983, n° 37591, publié au rec. Lebon.

[452] Le quotient électoral correspond au nombre total de suffrages valablement exprimés par les électeurs du collège divisé par le nombre de sièges à pourvoir.

[453] V. C. trav., art. R. 2314-19, al. 2.

[454] C. trav., art. R. 2314-21, al. 1.

deux listes ont obtenu le même nombre de voix alors ce siège est attribué au plus âgé des candidats susceptibles d'être élus[455].

La représentation à la plus forte moyenne favorise les listes de candidats ayant obtenu le plus grand nombre de suffrages exprimés. Cela traduit concrètement la volonté des travailleurs-électeurs exprimée dans les urnes, mais défavorise les listes présentées par les organisations syndicales qui ont obtenu un faible résultat et donc la défense d'une pluralité d'idées syndicales.

B. Le résultat par candidat : le droit de rature

160. Droit. Le résultat du premier tour des élections professionnelles s'apprécie par liste mais également par candidat. En effet, les travailleurs disposent d'un droit de rature lors des élections professionnelles, contrairement aux citoyens lors des élections politiques. Ce droit, prévu par le législateur, a une effectivité somme toute relative (1) et peut également faire l'objet d'une suppression par voie conventionnelle (2).

1. L'effectivité relative

161. Rature. En droit électoral, le principe est que la rature entraîne la nullité du vote. Le droit de rature n'est autorisé qu'à titre exceptionnel, pour le seul scrutin des élections municipales dans les communes de moins de 1000 habitants[456]. Pour tous les autres scrutins de listes (élections municipales dans les communes de plus de 1000 habitants[457] et élections régionales[458]), les listes sont dites « bloquées ». Il en va de même pour les scrutins uninominaux : la rature entraine la nullité du vote.

En droit du travail, lorsque le scrutin est clos, « *les candidats sont proclamés élus dans l'ordre de présentation* »[459] au comité social et économique, selon l'article L. 2314-29, alinéa 4, du

[455] C. trav., art. R. 2314-21, al. 2.

[456] L. n° 2013-403, 17 mai 2013, relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, art. 24 : *JORF 18 mai 2013, texte n° 2* : avant, le seuil retenu était de 3500 habitants ; V. C. élec., art. L. 252.

[457] C. élec., art. L. 260.

[458] C. élec., art. L. 338, al. 1.

[459] V. par ex. : Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-18.647 : *Bull. civ V, n° 175* ; *Dr. soc. 2011, p. 1124 et s., obs. F. PETIT*.

Code du travail. Cependant, cet ordre peut être bousculé par les ratures, effectuées par les travailleurs-électeurs, d'un ou plusieurs noms de candidats.

L'alinéa 3 du même article précise que « *lorsque le nom d'un candidat a été raturé, les ratures ne sont pas prises en compte si leur nombre est inférieur à 10% des suffrages exprimés en faveur de la liste sur laquelle figure ce candidat* ». Pour le professeur Franck Petit, cette possibilité permet de respecter le principe de libre détermination des électeurs et d'assurer la représentation la plus juste du corps électoral. Pour lui, « *il n'est nullement choquant de réserver à chaque électeur le pouvoir d'ajuster son choix en lui donnant la possibilité de rayer les candidats indésirables* »[460].

162. Participation. La possibilité de raturer permet au travailleur de choisir individuellement les candidats. « *Rayer les candidats indésirables* »[461] permet en effet au travailleur de voter pour une liste présentée par une organisation syndicale, sans pour autant voter pour un ou plusieurs candidats qu'il juge ne pas être aptes à représenter à représenter la collectivité des travailleurs. Chaque candidat doit donc cultiver une proximité personnelle avec les travailleurs-électeurs s'il ne veut pas voir son nom rayé. En outre, la légitimité du travailleur-élu est renforcée par rapport à celle du citoyen-élu car le candidat aux élections professionnelles doit satisfaire deux conditions qui se distinguent du droit électoral : sa liste doit recueillir le suffrage du travailleur-électeur et surtout, son nom ne doit pas être rayé par ce dernier.

Ajoutons que dans un arrêt en date du 30 novembre 2011, la Cour de cassation a considéré que « *le droit de rayer les noms de candidats est inhérent au scrutin de liste dans les élections des représentants du personnel* »[462]. Selon le professeur Franck Petit, « *il est question pour les électeurs, qui n'ont pas participé à la confection de ces listes, de choisir des personnes de confiance* ». Il ajoute que « *ce serait forcer leur volonté que de leur imposer d'adhérer à une liste entière composée par d'autres* »[463]. Ce postulat est seulement valable en droit du travail mais n'est pas vérifiable en droit électoral. Tous les électeurs, hormis ceux des communes de moins de 1000 habitants pour les seules élections municipales, doivent se contenter des

[460] F. PETIT, Le droit de rature, droit inhérent au scrutin de liste : *Dr. soc. 2012, p. 207 et s.*

[461] *Ibid.*

[462] Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 11-11.560 : *Bull. civ. V, n° 280* ; *Dr. soc. 2012, p. 207 et s., obs. F. PETIT.*

[463] F. PETIT, *op. cit* : *Dr. soc. 2012, p. 207 et s.*

candidats et de l'ordre de leur présentation sur la liste qui peut être éventuellement conçue par un parti politique.

La Cour de cassation a rendu son arrêt sous le visa des principes généraux du droit électoral. Une fois de plus, ce visa est étonnant. La Cour de cassation considère que « *le droit de rayer les noms de candidats est inhérent au scrutin de liste dans les élections des représentants du personnel* » alors même que ce droit n'est qu'exceptionnellement consacré dans le système politique. En droit électoral, le principe qui prévaut est bien celui de la nullité du vote à la moindre rature.

163. Effets. Le droit de rature n'a pourtant qu'une effectivité relative, car toutes les ratures ne sont pas prises en compte. Elles le sont seulement si leur nombre est supérieur à 10% des suffrages exprimés en faveur de la liste sur laquelle figure le candidat dont le nom a été raturé[464]. L'effet juridique d'une rature dépend donc de la totalité des ratures effectuées par les travailleurs-votants sur une liste où le candidat s'est présenté, et non en défaveur du candidat lui-même. Les conséquences attachées à un vote individuel sont ainsi subordonnées à la volonté exprimée par l'ensemble des votes et aux éventuelles ratures.

Selon le Professeur Bernard Teyssié, « *seul un nombre de ratures élevé, traduisant un phénomène de rejet important, autorise leur prise en considération* »[465].

Sur le plan théorique, le rejet exprimé par un vote individuel n'en reste pas moins essentiel à l'exercice du droit du vote du travailleur. Il est cependant permis de douter de l'effectivité du principe de participation si l'expression individuelle produit des effets différents selon que l'expression collective permette d'atteindre le seuil de 10% ou non. S'il est atteint alors toutes les ratures sont prises en compte ; aucune dans le cas inverse. Pour autant, tenir compte de toutes les ratures, sans considération de seuil, pourrait encourager des stratégies visant à évincer les têtes de liste.

Le Professeur Franck Petit envisage deux situations[466] : dans l'une, le candidat vote pour une liste sur laquelle il ne s'est pas présenté ; dans l'autre, il vote pour sa propre liste.

La première situation verrait une organisation confier à quelques-uns de ses sympathisants, travailleurs-électeurs, le soin de voter pour une liste adverse en rayant les noms des candidats

[464] V. C. trav., art. L. 2314-29, al. 3.

[465] B. TEYSSIE, Droit du travail - Relations collectives : *LexisNexis, 12e éd., 2020, n° 458, p. 229.*

[466] F. PETIT, Le droit de rature, droit inhérent au scrutin de liste : *Dr. soc. 2012, p. 207 et s.*

placés en tête de la liste pour que leur résultat soit plus faible que celui des candidats placés après eux[467].

La deuxième situation part du postulat qu'un candidat figurant sur une liste syndicale en position non-éligible, veut tout de même être élu. Il voterait alors pour la liste sur laquelle il est inscrit mais en rayant les noms des candidats placés devant lui. Si toutes les ratures étaient prises en compte et que le nombre de suffrages exprimés était faible, cette hypothèse pourrait conduire à l'éviction des candidats placés en position éligible et à l'élection du candidat placé en situation non-éligible[468].

164. Proposition. Sur le plan pratique, le seuil de 10% peut en effet être rapidement atteint et ne pas révéler un « *rejet important* »[469] par la collectivité des travailleurs du candidat dont le nom a été rayé. Prenons l'hypothèse d'une entreprise de 11 « salariés »[470] pour laquelle la mise en place d'un comité social et économique est obligatoire[471]. Si 11 travailleurs sont électeurs, que deux d'entre eux votent et qu'un bulletin comporte une ou plusieurs ratures, il convient alors d'en tenir compte. En effet, ce bulletin représente 50% des suffrages exprimés, bien au-delà du seuil de 10%. Il est pour autant difficile de considérer qu'un seul bulletin de vote traduise cet important rejet du travailleur-candidat dont le nom a été raturé.

Ce seuil, posé par la loi du 28 octobre 1982[472], apparait encore aujourd'hui pour le législateur comme une mesure permettant d'« *éradiquer la pratique du décapotage des têtes de liste* »[473]. Pourtant, afin de s'assurer de l'effectivité totale de la participation individuelle du travailleur, il conviendrait certainement d'abandonner le seuil de 10%.

---

[467] V. *infra*, n° 186 et s. : il convient de relativiser cette hypothèse car le vote pour la liste offre une meilleure audience électorale à l'organisation syndicale qui l'a présentée.

[468] Entendu, non pas dans un sens juridique, mais comme le fait que le candidat ait peu de chance d'être élu au regard du nombre de sièges à pourvoir et de listes en présence.

[469] B. TEYSSIE, *op. cit*.

[470] Qualification retenue par le législateur.

[471] C. trav., art. L. 2311-2.

[472] L. n° 82-915, 28 oct. 1982, relative au développement des institutions représentatives du personnel. Loi dite loi Auroux, art. 21 : *JORF 29 oct. 1982, p. 3255*.

[473] J.-M. BERAUD, La nouvelle fonction des élections professionnelles : *SSL, 28 mars 2011, n° 1485, p. 45 et s*.

2. La possible suppression par voie conventionnelle

165. Accord. Dans un arrêt en date du 30 novembre 2011, la Cour de cassation a indiqué que le droit de rature pouvait s'exercer pour l'élection des membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, « *sauf accord unanime des membres du collège désignatif* »[474]. L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017[475] qui a créé le comité social et économique, n'a pas précisé si une telle dérogation à l'article L. 2314-29, alinéa 3, du Code du travail était possible par « *accord* ». Autrement dit, le droit de rature peut-il être supprimé pour l'élection des membres du comité social et économique ?

La jurisprudence susvisée invite à le penser. En effet, cette éventuelle restriction au droit de rature pour les membres du CHSCT a été déterminée sous le visa des anciens articles L. 2314-24 et L. 2324-22 du Code du travail. Ces derniers prévoyaient l'élection des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise. La réforme de 2017 a seulement renuméroté[476] ces articles relatifs au droit de rature sans en modifier le contenu. Aussi est-il envisageable de penser que la possible suppression par voie conventionnelle du droit de rature prévue dans le cadre de l'élection des membres des anciennes institutions représentatives du personnel, vaut également pour le comité social et économique. Le droit de rature peut ainsi être exercé lors de l'élection des membres au comité social et économique « *sauf accord unanime* » en disposant autrement.

Deux solutions traditionnelles pourraient être envisagées : soit un accord entre les organisations syndicales représentatives et l'employeur à l'image de l'accord actant le principe du vote électronique[477], soit un accord entre les organisations syndicales et l'employeur dans le cadre de la négociation et de la conclusion du protocole d'accord préélectoral.

[474] Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 11-11.560 : *Bull. civ. V, n° 280.*

[475] Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017, relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, art. 1 : *JORF 23 sept. 2017, n° 31.*

[476] C. trav., art. L. 2314-29.

[477] V. *supra*, n° 114 et s.

166. Proposition. Le droit de rature ne saurait alors être considéré comme « *inhérent au scrutin de liste* »[478] si la possibilité de son exercice par les travailleurs-électeurs dépendait des organisations syndicales qui cherchent à obtenir un maximum de suffrages. Peut-être conviendrait-il simplement de faire du droit de rature une règle d'ordre public, sans possibilité de modification conventionnelle ; et pour consacrer la pleine effectivité de ce droit et du principe de participation lui-même, que le législateur supprime le seuil des 10%[479].

§ 2.L'éventuel second tour

167. Conditions. Les deux tours des élections professionnelles ne partagent pas les mêmes objectifs. Le premier tour vise à élire les membres du comité social et économique ainsi qu'à calculer les audiences électorales des organisations syndicales[480] comme des candidats[481]. Le second tour permet d'élire de nouveaux membres au comité social et économique pour les sièges non-pourvus au premier tour.

Les conditions d'organisation d'un second tour dans le cadre des élections professionnelles ou des élections politiques sont différentes. Le système des élections professionnelles prévoit l'organisation d'un second tour si un *quorum* global (A) n'est pas atteint ; rapport entre le nombre de suffrages valablement et globalement exprimés et le nombre d'électeurs inscrits. Le système des élections politiques pose la condition de l'insatisfaction de conditions personnelles (B), lesquelles sont fonction du nombre de suffrages exprimés en faveur d'un candidat personnellement ou d'une liste de candidats selon l'élection concernée.

A. L'insatisfaction d'un *quorum* global

168. *Quorum*. L'article L. 2314-29, alinéa 2, du Code du travail dispose que « *si le nombre des votants est inférieur à la moitié des électeurs inscrits, il est procédé* […] *à un second tour de scrutin* ».

---

[478] Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 11-11.560 : *op. cit.*

[479] V. *supra*, n° 164.

[480] V. *infra*, n° 186.

[481] V. *infra*, n° 197.

La définition du *quorum* a pendant un temps fait débat[482]. S'agissait-il du rapport entre le nombre d'électeurs inscrits et le nombre d'électeurs ayant émargé, ou bien du rapport entre le nombre d'électeurs inscrits et le nombre de suffrages valablement exprimés ? L'assemblée plénière de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 3 juin 1983, tranché : le *quorum* s'apprécie par rapport au nombre de suffrages exprimés « *en faveur de candidats* » rapporté au nombre d'électeurs inscrits[483]. Ce choix permet de déduire les votes blancs et nuls et a pour conséquence de prendre en considération le choix des travailleurs de ne pas voter pour une liste de candidats obligatoirement présentée par une organisation syndicale lors du premier tour. L'abstention est donc prise en compte au premier tour des élections professionnelles. Si moins de la moitié des électeurs inscrits se sont valablement exprimés en faveur de candidats, un second tour doit être organisé à l'occasion duquel « *les électeurs peuvent voter pour des listes autres que celles présentées par une organisation syndicale* »[484].

B. L'insatisfaction de conditions personnelles

169. Majorité. Le droit électoral subordonne l'organisation d'un second tour à une voire deux conditions selon l'élection concernée : l'absence de majorité absolue de suffrages exprimés au premier tour en faveur d'un candidat ou d'une liste de candidats, et/ou l'insatisfaction de l'exigence d'un *quorum* personnel.

Un second tour est organisé lorsqu'aucun candidat ou liste des candidats n'a réuni la majorité absolue des suffrages exprimés au premier tour de l'élection : municipale dans une commune

---

[482] F. PETIT, Déroulement du vote : *Rép. trav. avr. 2020.*

[483] Cass. ass. plén., 3 juin 1983, n° 82-60.245 : *Bull. ass. plén., n° 5* : « *l'expression « nombre des votants » doit être entendue en ce sens qu'il y a lieu à un nouveau tour de scrutin si le nombre des électeurs qui se sont prononcés en faveur des candidats valablement présentés au premier tour est inférieur à la moitié du nombre des électeurs inscrits* » ; F. PETIT, Déroulement du vote : *Rép. trav. avr. 2020* : le « *quorum s'apprécie pour chaque scrutin, ce qui signifie qu'il devra être calculé pour chaque collège et sera différencié entre l'élection des titulaires et l'élection des suppléants.* […] *En revanche, ce quorum, qui se calcule à partir des voix obtenues par les listes, s'apprécie globalement pour chaque scrutin qu'il concerne. Il n'est pas fait de différence entre les scrutins comportant plusieurs listes et ceux mettant en jeu une liste unique, ni même entre les voix obtenues effectivement par les candidats présents sur les listes* ».

[484] C. trav., art. L. 2314-29, al. 2.

de moins de 1000 habitants[485], municipale dans une commune de 1000 habitants et plus[486], départementale[487], régionale[488], législative[489], sénatoriale[490] et présidentielle[491].

170. ***Quorum*** **personnel.** Néanmoins, l'obtention de la majorité absolue par le candidat ne suffit pas à établir son élection dès le premier tour du scrutin. Le droit électoral exige souvent qu'il satisfasse à un *quorum* personnel : le nombre de suffrages exprimés en faveur du candidat personnellement rapporté au nombre d'électeurs inscrits.

Tel est le cas, par exemple, pour les élections législatives. Le candidat qui a obtenu la majorité absolue des suffrages exprimés ne peut être élu député au premier tour que s'il a également recueilli « *un nombre de suffrages égal au quart du nombre des électeurs inscrits* »[492].

Dans le cadre des élections politiques, un second tour est donc organisé en cas d'absence de majorité de suffrages en faveur d'un candidat par rapport à tous ceux exprimés et/ou d'un nombre insuffisant de suffrages personnellement accordés à un candidat par rapport au nombre d'électeurs inscrits.

En droit électoral, ce *quorum* est personnel : nombre de suffrages exprimés en faveur d'un candidat personnellement, rapporté au nombre d'électeurs inscrits. À l'inverse, en droit du travail, l'organisation d'un second tour dépend d'un *quorum* global : nombre de suffrages exprimés en faveur de l'ensemble des candidats, rapporté au nombre d'électeurs inscrits.

Il arrive parfois que le droit électoral sous-entende qu'un *quorum* personnel doit être atteint pour faire acte de candidature au second tour de certaines élections politiques. Tel est le cas, par exemple, de l'alinéa 10 de l'article L. 210-1 du Code électoral qui conditionne la candidature d'un binôme au second tour des élections départementales à l'obtention d'un « *nombre de suffrages égal au moins à 12,5% du nombre des électeurs inscrits* ».

---

[485] C. élec., art. L. 253 1°.

[486] C. élec., art. L. 262, al. 2.

[487] C. élec., art. L. 193 1°.

[488] C. élec., art. L. 338, al. 3.

[489] C. élec., art. L. 126 1°.

[490] C. élec., art. L. 294, al. 2, 1°.

[491] Const., art. 7, al. 1.

[492] C. élec., art. L. 126 2°.

Section 2. Le premier tour : détermination de la représentation syndicale

171. Présentation. Dans le système politique, les élections permettent aux candidats d'être élus directement par les citoyens. Cette conception est retenue en droit du travail pour l'élection des membres de la délégation du personnel au comité social et économique. Pour les représentants syndicaux (§2) et notamment les délégués syndicaux, il n'est pas question d'élection par les travailleurs-électeurs mais de désignation par les organisations syndicales représentatives (§1) voire d'une simple nomination.

§ 1.La représentativité des organisations syndicales

172. Évolution. La loi du 20 août 2008[493] a profondément modifié la représentativité syndicale, socle de la représentation syndicale des travailleurs à tout niveau. Se sont ensuite succédées plusieurs lois et ordonnances en la matière.
L'évolution de la représentativité syndicale a été si profonde lors de la dernière décennie que cette étude ne peut la passer sous silence. La réforme de 2008 a supprimé la présomption irréfragable de représentativité. Pour autant, le régime actuel de la représentativité (B) s'inspire beaucoup de l'histoire de cette notion et de son évolution (A).

A. L'évolution historique

173. Histoire. Avant 2008, la légitimité des organisations syndicales était fondée sur une présomption irréfragable de représentativité par un jeu d'affiliation aux confédérations syndicales au niveau national interprofessionnel. Cette présomption était complétée par la possibilité pour toutes les organisations syndicales de prouver leur représentativité par la satisfaction des anciens critères législatifs. Depuis 2008, leur représentativité est établie notamment par les suffrages exprimés par les travailleurs dans les établissements ou les entreprises et donc directement par le résultat des élections professionnelles.
Un tel changement de régime juridique a nécessité une adaptation progressive des pratiques syndicales. Ainsi, le législateur a-t-il instauré, jusqu'en 2017, une période transitoire pendant

[493] L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : *JORF 21 août 2008, n° 1*.

laquelle l'ancien régime de représentativité a été maintenu (1). Depuis, ne s'applique que le nouveau régime de la représentativité, enrichi par les réformes postérieures à celle de 2008 et dépourvu de toute présomption[494] (2).

1. La période transitoire : maintien de l'ancien régime de représentativité

174. Régime transitoire. En 2008, le législateur avait prévu une application progressive de la réforme de la démocratie sociale ; ce que ne connaît pas le droit électoral pour l'organisation des élections au niveau local comme national.
L'article 11 de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008[495] a posé les fondements juridiques de cette période transitoire, variable selon chaque niveau de négociation.

175. Entreprise. Au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, l'article 11 IV de ladite loi prévoyait trois hypothèses[496] jusqu'au 22 août 2012[497]. L'organisation syndicale était présumée représentative si elle était affiliée à une confédération syndicale déclarée représentative au niveau national interprofessionnel[498], ou bien si elle remplissait les critères énoncés par l'*ancien*

[494] V. *supra*, n° 92 et 99 : à l'exception de l'affiliation syndicale dans le cadre de l'invitation à la négociation du protocole d'accord préélectoral et à sa conclusion.

[495] L. n° 2008-789, 20 août 2008, *op. cit.* : *JORF 21 août 2008, n° 1.*

[496] L. n° 2008-789, 20 août 2008, *op.* cit., art. 11 IV : « *jusqu'aux résultats des premières élections professionnelles dans l'entreprise ou l'établissement, pour lesquelles la date fixée pour la première réunion de la négociation du protocole d'accord préélectoral est postérieure à la publication de la présente loi, est présumé représentatif à ce niveau tout syndicat affilié à l'une des organisations syndicales de salariés présumées représentatives au niveau national et interprofessionnel à la date de publication de la présente loi, ainsi que tout syndicat représentatif à ce niveau à la date de cette publication. Est également présumé représentatif dans les mêmes conditions tout syndicat constitué à partir du regroupement de plusieurs syndicats dont l'un au moins est affilié à une organisation syndicale de salariés représentative au niveau national et interprofessionnel à la date de publication de la présente loi* ».

[497] Cass. soc., 10 fév. 2010, n° 09-60.244 : *Bull. civ. V, n° 39* ; Cass. soc., 10 fév. 2010, n° 09-60.245 : *inédit* : « *l'organisation dans l'entreprise d'élections ayant donné lieu à l'établissement d'un procès-verbal de carence, impliquant qu'aucune organisation syndicale ne s'est présentée au scrutin, il en résulte que ces élections, qui ne permettent pas d'évaluer l'audience syndicale, ne mettent pas fin à la période transitoire, instituée par les articles 11 IV et 13 de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, laquelle prend fin au plus tard le 22 août 2012* ».

[498] Cass. soc., 8 juill. 2009, n^{os} 09-60.011, 09-60.031 et 09-60.032, *Okaïdi* : *Bull. civ. V, n° 180* : « *l'article 11 IV de la loi n°2008-789 du 20 août 2008, qui dispose que "jusqu'aux résultats des premières élections*

article L. 2121-1 du Code du travail, ou encore si elle faisait partie d'un regroupement de plusieurs organisations syndicales dont l'une au moins était affiliée à une confédération syndicale représentative au niveau national interprofessionnel.

La Cour de cassation a été interrogée sur la possibilité pour une organisation syndicale qui ne rentrait pas dans l'une des trois hypothèses précédentes, de prouver sa représentativité sur le fondement des critères de l'article L. 2121-1 du Code du travail, issu de la réforme de 2008.

Dans deux arrêts du 10 mars 2010, la Chambre sociale de la Cour de cassation a répondu que l'organisation syndicale devait apporter « *la preuve qu'*[elle] *rempli*[ssait] *les critères énoncés à l'article L. 2121-1 du code du travail dans sa rédaction issue de cette loi, à la seule exception de l'obtention d'un score électoral de 10 % auquel* [elle] *devra satisfaire dès les premières élections professionnelles organisées dans l'entreprise* »[499]. La jurisprudence a refusé toute recherche d'audience électorale lors d'élections antérieures à la publication de la loi de 2008[500]. Elle ne pouvait pas davantage exiger ce critère pendant la période transitoire, puisque l'organisation d'élections professionnelles postérieurement à la publication de la loi du 20 août 2008 ainsi que le calcul de toute audience électorale, mettaient automatiquement fin à cette période.

Comme l'évoquait Marie-Laure Morin, ancienne conseillère à la Cour de cassation, de nombreuses questions sur l'interprétation des textes relatifs au régime de la représentativité pendant la période transitoire, ont été soulevées devant les juridictions. Celle-ci s'étant achevée

---

professionnelles dans l'entreprise ou l'établissement, pour lesquelles la date fixée pour la première réunion de la négociation du protocole d'accord préélectoral est postérieure à la publication de la présente loi, est présumé représentatif à ce niveau tout syndicat affilié à l'une des organisations syndicales de salariés présumées représentatives au niveau national et interprofessionnel à la date de publication de la présente loi", n'a pas prévu qu'il puisse être rapporté une preuve contraire » ; *JCP S 2009, 1416, note B. GAURIAU* ; *Dr. soc. 2009, p. 962 et s., rapp. L. PECAUT-RIVOLIER* ; *RDT 2009, p. 729 et s., obs. M. GREVY.*

[499] Cass. soc., 10 mars 2010, n° 09-60.065 : *Bull. civ. V, n° 61* (*Dr. soc. 2010, p. 599 et s., obs. L. PECAUT-RIVOLIER* ; *JCP S 2010, 1143, note J.-Y. KERBOURC'H*) ; Cass. soc., 10 mars 2010, n° 09-60.246 : *Bull. civ. V, n° 62* (*Dr. soc. 2010, p. 602 et s., obs. F. PETIT* ; *JCP G 2010, 421, note F. PETIT* ; *JCP G 2010, 318, note A. MARTINON* ; *JCP S 2010, 1204, note B. GAURIAU* ; *RDT 2010, p. 308 et s., obs. G. BORENFREUND* ; *Dr. ouvrier 2010, p. 448 et s., note M.-F. BIED-CHARRETON*).

[500] M.-L. MORIN, La représentativité des syndicats dans l'entreprise pendant la période transitoire de la loi du 20 août 2008 : *Dr. soc. 2010, p. 548 et s.*

au niveau de l'établissement ou de l'entreprise, un renvoi à la jurisprudence en la matière paraît suffisant.

176. Branche. Au niveau de la branche professionnelle, la période transitoire n'a pris fin que le 21 août 2017. En effet, l'article 11 III de la loi du 20 août 2008 a prévu deux phases pendant la période transitoire.

La première phase s'est déroulée de la date de publication de la loi jusqu'à la première détermination des organisations syndicales de salariés reconnues représentatives au niveau de la branche. Pendant cette phase, les organisations syndicales affiliées aux confédérations syndicales représentatives au niveau national interprofessionnel étaient présumées représentatives au niveau de la branche professionnelle concernée, ainsi que les organisations syndicales déjà représentatives au niveau de la branche à la date de publication de la loi[501].

La Cour de cassation aurait pu, si la question lui avait été posée, transposer au niveau de la branche professionnelle sa jurisprudence relative à la possibilité pour une organisation syndicale de prouver sa représentativité pendant la période transitoire selon les nouveaux critères à l'exception de celui de l'audience électorale[502].

La deuxième phase a démarré à la date de la première détermination des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau des branches selon les nouveaux critères de représentativité à ce niveau[503] et s'est terminée quatre ans après[504]. Selon l'article 11 I de la loi de 2008, la détermination a dû intervenir au plus tard cinq ans à compter de la publication de la loi, soit le 21 août 2013. Les quatre années supplémentaires prévues par le législateur ont repoussé la fin de la période transitoire au 21 août 2017.

Avec ce nouveau délai, le législateur a instauré un paradoxe entre la représentativité au niveau de la branche professionnelle et la représentativité au niveau national interprofessionnel. La loi de 2008 a cherché – avec succès – à supprimer la présomption irréfragable de représentativité par affiliation. Néanmoins, en son article 11 III, elle a maintenu cette présomption au niveau des branches professionnelles jusqu'en 2017 alors que la liste des organisations syndicales

[501] L. n° 2008-789, 20 août 2008, *op. cit.*, art. 11 III, al. 1.

[502] V. Soc., 10 mars 2010, n° 09-60.065 et n° 09-60.246 : *op. cit.* ; V. égal. : communiqué de la première présidence relatif à ces deux arrêts.

[503] C. trav., art. L. 2122-5 et L. 2122-6.

[504] L. n° 2008-789, 20 août 2008, *op. cit.*, art. 11 III, al. 2.

représentatives, selon les nouveaux critères issus de la loi de 2008, au niveau national interprofessionnel avait été publiée le 30 mai 2013[505].

Depuis quelques années, le législateur prend en considération « *l'intérêt général attaché à la restructuration des branches professionnelles* »[506] et invite le Ministre du Travail à en faire de même. Aussi, les lois du 5 mars 2014[507], du 17 août 2015[508] et du 8 août 2016[509] ont-elles eu pour effet de restructurer les branches professionnelles, pour une meilleure visibilité et une négociation collective plus efficace[510]. Relevons que deux réformes se sont enchevêtrées : l'une relative à la représentativité, l'autre à la restructuration d'un niveau de négociation.

177. National. Au niveau national interprofessionnel, l'article 11 II de la loi du 20 août 2008 prévoyait que, jusqu'à la première détermination des organisations syndicales représentatives à ce niveau, celles qui l'étaient à la date de publication de la loi bénéficiaient de la présomption de représentativité. De plus, étaient présumées représentatives les organisations syndicales qui remplissaient les critères de l'article L. 2121-1 du Code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi du 20 août 2008.

Comme au niveau de la branche professionnelle, le législateur a prévu un délai maximal pour la détermination des organisations syndicales représentatives au regard des nouveaux critères de représentativité, soit « *au plus tard cinq ans* » après la publication de la loi de 2008. Il a en effet fallu attendre, d'une part, que dans chaque entreprise de plus de onze salariés, le mandat des élus des institutions représentatives du personnel arrive à son terme et que soient organisées

---

[505] Arr., 30 mai 2013, fixant la liste des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel : *JORF 1 juin 2013, texte n° 29*.

[506] L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 25 : *JORF 9 août 2016, texte n° 3*.

[507] L. n° 2014-288, 5 mars 2014, relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale : *JORF 6 mars 2014, n° 1*.

[508] L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi : *JORF 18 août 2015, texte n° 3*.

[509] L. n° 2016-1088, 8 août 2016, *op. cit.* : *JORF 9 août 2016, texte n° 3*.

[510] V. communiqué de presse du Conseil des ministres, 24 mars 2016, « Nouvelles libertés et nouvelles protections pour les entreprises et les actifs » : « *le rôle des branches, essentiel pour garantir un socle de droits pour les salariés et réguler la concurrence entre les entreprises, sera défini pour la première fois dans la loi et les branches seront rendues beaucoup plus visibles et dynamiques. Les branches professionnelles seront confortées par une restructuration drastique pour passer de 700 à 200 branches en 3 ans* » ; V. A. SAURET, Quelles nouvelles perspectives pour les branches en 2020 ? : *JCP S 2020, 1087*.

des élections professionnelles selon une périodicité définie à quatre années[511] ; et, d'autre part, que soient organisées des élections au niveau des branches professionnelles pour les travailleurs des entreprises de moins de onze salariés[512].

Un arrêté a été publié le 30 mai 2013 par le Ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social[513], qui a dressé une liste de cinq organisations syndicales représentatives au niveau national interprofessionnel : la Confédération générale du travail (CGT), la Confédération française démocratique du travail (CFDT), la Confédération générale du travail-Force ouvrière (CGT-FO), la Confédération française de l'encadrement-Confédération générale des cadres (CFE-CGC) et la Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC). Celui du 22 juin 2017[514] a établi une liste avec les mêmes organisations syndicales représentatives au niveau national interprofessionnel. Le rapport de force entre chacune d'entre elles a cependant été bouleversé car les résultats des élections professionnelles ont modifié leur audience. Cela a permis à la CFDT de détrôner la CGT et de devenir la première organisation syndicale représentative au niveau national interprofessionnel.

178. Système politique. En droit électoral, un tel régime transitoire n'est jamais mis en place pour l'organisation des élections et le renouvellement des assemblées de chaque collectivité territoriale, établissement public de coopération intercommunale, Assemblée nationale, Sénat ou encore pour la Présidence de la République.

Comme en droit du travail, les réformes législatives ne remettent pas en cause les mandats confiés aux élus lors des dernières élections professionnelles. Elles s'appliquent seulement lors de l'organisation des élections postérieures à toute réforme. Ainsi, par exemple, le principe d'égalité femmes-hommes au sein de l'assemblée des conseils départementaux a été introduit par la loi du 17 mai 2013[515], pour une application aux élections de mars 2015 et sans que les assemblées déjà en place n'aient été modifiées. Cette loi a également permis d'abaisser le seuil

[511] C. trav., art. L. 2314-33, al. 1.

[512] L. n° 2010-1215, 15 oct. 2010, complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 : *JORF 16 oct. 2010, texte n° 1*.

[513] Arr. du 30 mai 2013, *op. cit.* : *JORF 1 juin 2013, texte n° 29*.

[514] Arr., 22 juin 2017, fixant la liste des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel : *JORF 30 juin 2017, texte n° 32*.

[515] L. n° 2013-403, 17 mai 2013, relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires et modifiant le calendrier électoral : *JORF 18 mai 2013, texte n° 2*.

de 3500 à 1000 habitants dans la commune pour exiger l'établissement de listes paritaires aux élections municipales et pour former des conseils municipaux à parité, sans remettre en cause ceux qui ont été formés depuis les élections municipales précédentes en 2008.

Notons cependant que là où le législateur laisse aux acteurs sociaux le temps de s'adapter, il oblige les acteurs politiques (notamment locaux) à se conformer aux modifications juridiques sans période transitoire. Nul doute que la disparition, progressive dans le temps, de la présomption de représentativité est due à l'influence qu'avait la représentativité des organisations syndicales dans la phase préélectorale dans l'ancien système des élections professionnelles[516] ; notamment en conférant aux seules organisations syndicales représentatives le monopole de présentation des candidats au premier tour des élections professionnelles.

2. La modification du régime de la représentativité dans l'entreprise

179. Qualification. La loi n° 2008-789 du 20 août 2008[517] a modifié les critères de la représentativité syndicale, en ajoutant notamment celui de l'audience électorale, et a ainsi profondément bouleversé le régime de la représentativité.

Quelques mois auparavant, ce sont les partenaires sociaux qui, dans leur Position commune du 9 avril 2008, ont considéré qu'il était nécessaire d'actualiser les critères de la représentativité des organisations syndicales de salariés « *pour tenir compte des évolutions intervenues depuis leur institution par la loi du 11 février 1950, d'une part, et renforcer la légitimité des accords signés par les organisations syndicales de salariés dans le cadre de l'élargissement du rôle attribué à la négociation collective, d'autre part* »[518].

Présumée ou prouvée[519] avant 2008 (a), la représentativité est désormais établie si l'organisation syndicale recueille « *au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des*

---

[516] V. *supra*, n° 92 et 99 : la représentativité conserve encore une certaine influence concernant l'invitation des organisations syndicales à la négociation du protocole d'accord préélectoral mais surtout pour la conclusion de ce dernier.

[517] L. n° 2008-789, 20 août 2008, *op.* cit.

[518] V. Chap. I du la Position commune du 9 avr. 2008 intitulé « *critères de représentativité* ».

[519] E. PESKINE, C. WOLMARK, Droit du travail 2020 : *Dalloz, 13e éd., 2019, p. 554 et s.* : ces auteurs évoquent l'ancien régime de la représentativité syndicale à travers la seule présomption irréfragable de représentativité, et

dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants »[520].

En droit positif, la représentativité est partiellement fondée sur le résultat des élections professionnelles. En droit prospectif, elle pourrait devenir une représentativité « élective » (b) en étant fondée uniquement sur ce résultat.

a. La représentativité présumée ou prouvée

180. Représentativité présumée. Avant la loi du 20 août 2008, le régime de la représentativité ne tenait que partiellement compte des résultats des élections professionnelles. Les organisations syndicales dans l'entreprise comme au niveau de la branche professionnelle, pouvaient devenir représentatives de deux manières : soit en s'affiliant à une organisation syndicale représentative au niveau national interprofessionnel (présomption irréfragable de représentativité), soit en prouvant leur propre représentativité dans l'entreprise.

Au niveau national interprofessionnel, le Gouvernement arrêtait unilatéralement la liste des organisations syndicales représentatives. Un arrêté du 31 mars 1966 conférait cette qualité à cinq organisations syndicales[521]. Au niveau des branches professionnelles comme au niveau de l'entreprise, « *tout syndicat affilié à une organisation représentative sur le plan national* [était] *considéré comme représentatif* »[522].

Le système de représentativité dite présumée – parfois qualifiée de représentativité « descendante »[523] – avait pour avantage d'offrir une stabilité aux organisations syndicales affiliées aux confédérations déclarées représentatives au niveau national interprofessionnel. Il

---

qualifient le nouveau régime de « représentativité prouvée ». Nous préférons une autre distinction car la Cour de cassation permettait, avant la loi du 20 août 2008, à toute organisation syndicale de prouver sa représentativité.

[520] C. trav., art. L. 2122-1.

[521] Arr., 31 mars 1966, relatif à la détermination des organisations appelées à la discussion et à la négociation des conventions collectives de travail (et modifiant l'arr. du 8 avr. 1948) : *JO 2 avr. 1966*.

[522] C. trav., *anc*. art. L. 423-2 et L. 433-2, al. 2 (entreprise) ; C. trav., *anc*. art. L. 132-2 (branche).

[523] G. BORENFREUND, Le nouveau régime de la représentativité syndicale : *RDT 2008, p. 712 et s.* ; J.-D. COMBREXELLE, Sur quelques évolutions récentes en droit du travail : *D. 2008, p. 1069 et s.* ; P. LOKIEC, J. PORTA, Droit du travail – Relations professionnelles : *D. 2018, p. 2203 et s.* ; A. MAZEAUD, Un nouveau droit syndical ou un droit syndical rénové : *JCP S 2012, 1240* ; B. GAURIAU, La représentativité des organisations syndicales est établie pour toute la durée du cycle électoral : *JCP S 2018, 1296*.

avait néanmoins pour inconvénient majeur de ne laisser aucune possibilité aux travailleurs-électeurs de choisir les organisations syndicales ou encore les représentants syndicaux. Le principe de participation prévu à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 était entendu de manière étroite. Les élections professionnelles permettaient seulement aux travailleurs-électeurs de choisir leurs représentants au sein des anciennes institutions représentatives du personnel (délégué du personnel, délégation unique du personnel, comité d'établissement ou d'entreprise).

Dans le système des relations collectives de travail, la participation des travailleurs se matérialise également par la négociation et la conclusion d'accords collectifs entre leurs représentants syndicaux et l'employeur. Cependant, avant 2008, les élections professionnelles n'avaient de conséquence ni sur la représentativité des organisations syndicales[524], ni sur le choix des délégués syndicaux. Aussi, devons-nous admettre que l'alinéa 2 des anciens articles L. 423-2 et L. 433-2 du Code du travail, qui établissaient la présomption irréfragable de représentativité, aurait pu être déclaré inconstitutionnel, sauf à considérer que le législateur remplissait totalement son rôle de détermination des règles de droit du travail et de droit syndical tel que prévu à l'article 34 de la Constitution.

Une conception plus extensive du principe de participation aurait justifié que le choix des représentants syndicaux repose dès l'origine sur le vote des travailleurs lors d'élections spécialement organisées[525]. Cette affirmation met directement à mal l'utilité de la représentativité des organisations syndicales, fondement actuel des prérogatives accordées à celles-ci.

Déclarer inconstitutionnelle la présomption irréfragable de représentativité n'aurait, de plus, pas eu de conséquences importantes sur la démocratie sociale et la continuité du dialogue social. En effet, l'*ancien* article L. 133-2, devenu article L. 2121-1 du Code du travail[526], prévoyait une autre possibilité pour les organisations syndicales d'être représentatives : apporter la preuve

[524] V. *infra*, n° 187 et s. : le résultat des élections professionnelles pouvait être un élément d'appréciation du critère d'« *expérience et* [d']*ancienneté du syndicat* ».

[525] V. *infra*, n° 192 : nous plaiderons pour que les élections professionnelles ne déterminent plus l'audience électorale collective et personnelle, et qu'un scrutin propre à l'élection des délégués syndicaux ait lieu dans l'entreprise.

[526] L. n° 2008-67, 21 janv. 2008, ratifiant l'ord. n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail : *JORF 22 janv. 2008, texte n° 2*.

qu'elles réunissaient les cinq critères prévus d'abord par le pouvoir règlementaire[527] puis repris par le législateur.

181. Représentativité prouvée. Dans un arrêt du 23 novembre 2005, la Chambre sociale de la Cour de cassation soulignait que le système de la représentativité présumée « *n'exclut pas que d'autres organisations syndicales puissent faire reconnaître leur représentativité dans le cadre où elles entendent exercer les prérogatives qui y sont attachées* »[528]. Ainsi, les organisations syndicales pouvaient-elles prouver leur représentativité par la réunion de cinq critères[529] : les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté du syndicat ainsi que l'attitude patriotique pendant l'Occupation[530].
Sur le plan syndical, les élections professionnelles ne jouaient qu'un maigre rôle, cantonné à la possibilité pour les organisations syndicales de prouver leur expérience reconnue par les travailleurs au regard des suffrages exprimés en leur faveur ; et de déterminer leur poids respectif pour la négociation collective[531].

b. La représentativité « élective »

182. Audience électorale collective. Présentés à l'article L. 2121-1 du Code du travail, les nouveaux critères sont désormais au nombre de sept : le respect des valeurs républicaines[532], l'indépendance, la transparence financière, une ancienneté minimale de deux ans, l'audience électorale, l'influence ainsi que les effectifs et les cotisations.

---

[527] Circ., 28 mai 1945, relative à l'appréciation du caractère représentatif des organisations syndicales : *JORF 28 juin 1945, p. 3915*.

[528] Cass. soc., 23 nov. 2005, n° 05-60.036 : *Bull. civ. V, n° 341*.

[529] C. trav., *anc*. art. L. 133-1 puis L. 2121-1 issu de la recodification du Code du travail.

[530] Le critère de l'« attitude patriotique pendant l'Occupation » a été supprimé lors de la recodification du Code du travail par l'ord. n° 2007-329, 12 mars 2007, relative au code du travail (*JORF 13 mars 2007, texte n° 5*), puis réintroduit par la L. n° 2008-67, 21 janv. 2008, ratifiant l'ord. n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (*op. cit.*)

[531] V. *infra*, n° 180.

[532] B. GAURIAU, Respect des valeurs républicaines : la somme de toutes nos peurs… : *JCP S 2016, 1104* ; Y. PAGNERRE, Le respect des valeurs républicaines ou l'« éthique syndicale » : *JCP S 2009, 1050.*

L'un des critères, l'audience électorale, déterminée par les résultats des élections professionnelles, a été étudiée par la doctrine et décriée par quelques auteurs pour ses conséquences radicales sur la qualité de représentativité. Marie-France Bied-Charreton l'a, par exemple, qualifié de critère « *couperet* »[533]. En effet, le pourcentage de suffrages exprimés obtenu par chaque organisation syndicale détermine, de manière arithmétique, la possibilité d'accéder à la représentativité et aux prérogatives qui sont attachées à cette qualité.

La question de la constitutionnalité du nouveau régime de la représentativité, issu de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, a rapidement été posée au Conseil constitutionnel au regard des principes constitutionnels de liberté syndicale et de participation des travailleurs. Saisi de questions prioritaires de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel s'est positionné en faveur de la constitutionnalité de ce régime, en précisant que le critère d'audience électorale ne méconnaissait pas les principes énoncés aux sixième et huitième alinéas du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946[534].

Le législateur a instauré des seuils d'audiences électorales différents selon le niveau de négociation. Au niveau de l'entreprise, à condition de satisfaire également aux six autres critères posés à l'article L. 2121-1 du Code du travail, les organisations syndicales sont représentatives si elles obtiennent au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique[535]. Au niveau de la branche professionnelle[536] comme au niveau national interprofessionnel[537], ce taux est de 8%.

183. Représentativité ascendante. Plus globalement, le passage de la représentativité présumée ou prouvée à une représentativité qui prend en compte les résultats des élections professionnelles est essentiel pour les organisations syndicales et pour les relations collectives de travail elles-mêmes, quel que soit le niveau envisagé.

---

[533] M.-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. ouvr. 2010, p. 418 et s.*

[534] Cons. Const., 7 oct. 2010, n° 2010-42 QPC, cons. 6 : *JORF 8 oct. 2010, texte n° 93* ; Cons. Const., 12 nov. 2010, n° 2010-63/64/65 QPC, cons. 7 : *JORF 13 nov. 2010, texte n° 94*.

[535] C. trav., art. L. 2122-1.

[536] C. trav., art. L. 2122-5 et L. 2122-6.

[537] C. trav., art. L. 2122-9.

Antérieurement à la loi de 2008, la représentativité des organisations syndicales au niveau de l'entreprise comme de la branche professionnelle, s'établissait par le jeu de l'affiliation à une confédération syndicale représentative au niveau national interprofessionnel ou bien par la preuve de la satisfaction de certains critères. Aucun de ceux-ci ne prévoyait la prise en compte des résultats des élections professionnelles.

Depuis la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, au sein de l'entreprise, ce sont les résultats des élections professionnelles et la détermination de l'audience électorale de chaque organisation ayant présenté une liste au premier tour qui sont les conditions essentielles pour l'accession d'une organisation syndicale à la représentativité, avant même la vérification des six autres critères.

Au niveau de la branche professionnelle, la représentativité des organisations ou confédérations est déterminée par l'addition des suffrages exprimés aux élections professionnelles au sein des entreprises et des suffrages exprimés au scrutin régional concernant les entreprises de moins de 11 salariés[538].

Au niveau national interprofessionnel, l'audience électorale est déterminée au regard des suffrages exprimés lors des élections professionnelles dans les entreprises, lors du scrutin régional et lors des élections des membres représentant les travailleurs aux chambres départementales d'agriculture[539].

Que nous nous placions au niveau de l'entreprise ou de la branche professionnelle, les organisations syndicales ne tiennent plus leur représentativité d'une quelconque affiliation à une organisation syndicale représentative au niveau national[540]. Cette qualité est octroyée, à travers le critère de l'audience électorale, par la volonté des travailleurs qui s'expriment par la voie démocratique.

Si leur volonté est désormais prise en compte, elle l'est également à tous les niveaux quand bien même les élections professionnelles ne se tiennent que dans le cadre de l'entreprise voire dans un cadre régional pour les entreprises de moins de 11 salariés. Lorsque le travailleur glisse un bulletin de vote dans l'urne, il choisit les membres titulaires au comité social et économique et

[538] C. trav., art. L. 2122-5 3°.

[539] C. trav., art. L. 2122-9 3°.

[540] V. *supra*, n° 92 : à l'exception de la situation dans laquelle les organisations syndicales affiliées à une organisation syndicale représentative au niveau national interprofessionnel, sont invitées à la négociation du protocole d'accord préélectoral (C. trav., art. L. 2314-5, al. 2).

accorde sa voix à l'organisation syndicale qui a présenté la liste, pour lui permettre de satisfaire à la condition d'audience électorale au niveau de l'entreprise ainsi qu'au niveau de la branche professionnelle et au niveau national interprofessionnel.

L'audience électorale collective est donc déterminée à tous les niveaux sur le fondement des suffrages exprimés lors des élections professionnelles organisées dans l'entreprise. La représentativité est alors qualifiée d'« ascendante » et non plus « descendante »[541]. Ce sont bien les suffrages exprimés dans l'entreprise qui permettent aux organisations syndicales d'accéder à la qualité de représentativité, et non plus l'affiliation à l'une des organisations syndicales représentatives au niveau national dont la liste était dressée par le Gouvernement.

Sur ce point, le professeur Antoine Mazeaud préfère évoquer le passage d'une « *représentativité d'emprunt* » à une « *représentativité réelle* »[542]. Cette qualification nous semble plus pertinente car elle inclut la vérification de tous les critères pour chaque organisation syndicale[543] alors que la qualification de représentativité « *ascendante* » ne se définit qu'au travers de l'audience électorale. Les autres critères doivent être vérifiés pour chaque organisation syndicale, à chaque niveau, de manière indépendante.

Plus respectueuse du choix des travailleurs par la prise en compte de leurs votes, l'audience électorale reste un outil au service d'une démocratie sociale imparfaite qui ne reflète pas totalement la réalité[544].

184. Proposition. L'introduction du critère de l'audience électorale en 2008 a permis de prendre en compte le choix des travailleurs pour leur représentation syndicale au sein de l'entreprise. Néanmoins, le constat précédemment dressé montre que la volonté des travailleurs,

---

[541] *Op. cit.*

[542] A. MAZEAUD, Droit du travail : *Montchrestien, 10è éd., 2016, p. 257* ; J.-E. RAY, Éruption et représentations : *Dr. soc. 2019, p. 188.*

[543] Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-21.705 : *Bull. civ. V, n° 124* (*Dr. soc. 2011, p. 1063 et s., obs. F. PETIT* ; *JCP S 2011, 1365, note B. GAURIAU*) ; Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-60.069 : *Bull. civ. V, n° 125* ; Cass. soc., 31 mai 2017, n° 16-60.236 : *inédit* : cette réalité s'apprécie également par la vérification de la représentativité de toute organisation syndicale qui s'est désaffiliée d'une confédération sous les couleurs de laquelle elle a présenté des candidats au premier tour des élections professionnelles ; *Dr. soc. 2017, p. 575 et s., obs. F. PETIT* ; *RDT 2017, p. 433 et s., obs. I. ODOUL-ASOREY.*

[544] V. *infra*, n° 192.

exprimée lors des élections professionnelles, n'est qu'une des sept conditions pour qu'une organisation syndicale accède à la représentativité.

En droit électoral, seule la volonté des citoyens, exprimée lors des différentes élections politiques, permet de confier un mandat au candidat arrivé en tête. La prochaine réforme du droit de travail pourrait s'en inspirer. Les six autres critères (respect des valeurs républicaines, indépendance, transparence financière, ancienneté, influence et effectifs d'adhérents et cotisations) ne dépendent pas des élections professionnelles elles-mêmes. Ils pourraient donc être vérifiés en amont de la présentation de la liste par une organisation syndicale. Puis seuls les suffrages exprimés permettraient l'accession à la représentativité par une ou plusieurs organisations syndicales. Il s'agirait alors d'une représentativité – que nous pourrions qualifier – d'« élective ».

B. Le régime actuel

185. Représentativité. En 2008, le législateur a redéfini la représentativité des organisations syndicales à travers sept critères cumulatifs dont l'introduction du critère d'audience électorale dite collective (1) ; le caractère cumulatif de ceux-ci est autrement apprécié par la Cour de cassation (2).

1. L'audience électorale collective

186. Seuil. L'article L. 2121-1 du Code du travail dispose que la représentativité des organisations syndicales est déterminée par sept critères dont l'audience électorale[545]. L'article L. 2122-1 du même Code ajoute que « *dans l'entreprise ou l'établissement, sont représentatives les organisations syndicales qui satisfont aux critères de l'article L. 2121-1 et qui ont 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 dessous du seuil de 10%[546] et même si les six autres critères de l'article L. 2121-1 sont réunis, l'organisation syndicale ne peut pas prétendre être représentative.

[545] C. trav., art. L. 2121-1 5°.

[546] CESE, avis, Consolider le dialogue social, 28 et 29 nov. 2006, pp. 14-15 : le Conseil économique et social préconisait un seuil d'audience électorale égal ou supérieur à 5%.

Depuis 2008, le législateur a prévu que l'audience soit déterminée sur la base des suffrages exprimés lors d'une élection de référence (a) – l'élection des membres titulaires du comité social et économique – selon des modalités de calcul (b) qui lui sont propres.

a. L'élection de référence

187. Élection. Avant la création du comité social et économique par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, la question avait été posée à la Cour de cassation de savoir quelle était l'élection de référence. L'ancien article L. 2122-1 indiquait que l'audience électorale collective était appréciée lors des élections « *des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel* ». La Cour de cassation avait alors précisé, dans un arrêt du 13 juillet 2010, que « *l'audience recueillie par les organisations syndicales aux élections des délégués du personnel ne peut pas être prise en compte, pour apprécier leur représentativité, que s'il ne s'est pas tenu dans l'entreprise d'élections au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel permettant de mesurer cette audience* »[547].

188. Scrutins. Avant même la loi de 2008[548], les suffrages exprimés lors des élections professionnelles déterminaient le caractère majoritaire ou non des organisations syndicales représentatives lors de la négociation et conclusion des accords collectifs[549] et le droit d'opposition. Néanmoins, la Cour de cassation a rendu le célèbre arrêt *Adecco* en ces termes : « *lorsque le quorum prévu par les* [anciens] *articles L. 423-10 et L. 433-10 du Code du travail n'est pas atteint au premier tour des élections professionnelles à la proportionnelle* […], *il n'y*

[547] Cass. soc., 13 juill. 2010, n° 10-60.148 : *Bull. civ. V, n°176* ; B. GAURIAU, Mesure d'audience : comité d'entreprise prime délégués du personnel : *JCP S 2010, 1402* ; S. MIARA, Appréciation de la représentativité syndicale : l'audience recueillie aux élections des DP ne peut être prise en compte qu'à titre subsidiaire : *JCP S 2010, act. 409* ; F. PETIT, L'appréciation des seuils électoraux : quelle élection faut-il prendre en considération ? : *Dr. soc. 2010, p. 1133 et s.*

[548] L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : *JORF 21 août 2008, n° 1*.

[549] C. trav., *anc*. art. L. 2232-12.

a pas lieu de décompter les suffrages exprimés en faveur de chacune des listes syndicales »[550]. À défaut, il y avait donc carence.

La doctrine a abondamment commenté cet arrêt[551]. En effet, à l'époque, le décompte des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles n'avait de conséquence que sur les conditions de conclusion des conventions et accords collectifs, pour la mise en œuvre du droit d'opposition, et éventuellement sur l'appréciation du critère d'« *expérience et ancienneté du syndicat* »[552] au regard d'un score plus ou moins faible, traduction d'un degré d'implication dans la vie de l'entreprise aux yeux des travailleurs.

De nombreux auteurs[553] ont montré la contradiction de l'arrêt *Adecco* avec la circulaire du 22 septembre 2004[554].

La circulaire disposait que « *dans tous les cas, le caractère majoritaire des organisations syndicales s'apprécie au regard des résultats au premier tour des dernières élections professionnelles. Il convient donc, pour pouvoir mesurer l'audience respective de chaque organisation syndicale, que les opérations de dépouillement des votes au premier tour de ces élections soient menées jusqu'à leur terme, y compris lorsqu'il est constaté que le quorum n'est pas atteint* »[555].

Dans son communiqué, la chambre sociale de la Cour de cassation avançait que « *la majorité des suffrages exprimés dans un* […] *premier tour* [où le nombre de suffrages exprimés est inférieur à la moitié du nombre d'inscrits]*, permet de mesurer le poids respectif de chaque organisation syndicale, mais non leur poids par rapport à une majorité de salariés* ».

Peu important cette divergence d'appréciation des votes, elle n'avait pas de conséquence juridique sur la représentativité des organisations syndicales qui, à l'époque, se déduisait de leur affiliation à l'une des organisations syndicales nationales représentatives au niveau national

---

[550] Cass. soc., 20 déc. 2006, n° 05-60.345, *Adecco* : *Bull. civ. V, n° 399* ; *JCP S 2007, 1588, note J.-Y. KERBOURC'H.*

[551] V. par ex. : P.-Y. VERKINDT, Une étrange équation : absence de *quorum* au premier tour des élections professionnelles = carence : *Dr. soc. 2007, p. 453 et s.* ; M. GREVY, Droit de la négociation collective d'entreprise et droit électoral : une articulation délicate : *RDT 2007, p. 328 et s.*

[552] C. trav., *anc*. art. L. 133-2.

[553] *Op. cit*.

[554] Circ., 22 sept. 2004, relative au titre II de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social : *JORF 31 oct. 2004, texte n° 4*.

[555] Circ. DRT, 22 sept. 2004, *op. cit*., art. 1. 3.

interprofessionnel[556]. Le professeur Pierre-Yves Verkindt voyait dans l'arrêt *Adecco*, et dans la perspective des débats de la loi du 20 août 2008, une « *contribution peut-être un peu provocatrice mais au fond salutaire au débat sur la place relative des organisations syndicales et de la collectivité de travail dans la construction du statut collectif des travailleurs* »[557].

La loi du 20 août 2008 a ensuite imposé le décompte des suffrages exprimés, nécessaire à la détermination de l'audience électorale et de la représentativité des organisations syndicales ainsi que de l'audience électorale personnelle[558] des candidats pour leur désignation en qualité de délégués syndicaux, indépendamment du *quorum*. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, ce décompte est effectué sur la base des « *suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants* »[559].

b. Les modalités de calcul

189. Décompte. Concernant le calcul du seuil de 10% d'audience électorale collective, la loi du 20 août 2008 n'apporte aucune précision technique. Trois modalités de mesure de l'audience électorale étaient envisageables. Premièrement, le pourcentage de suffrages exprimés en faveur de la liste dans son ensemble. Deuxièmement, l'audience appréciée par rapport à la moyenne des suffrages exprimés en faveur des candidats de la liste. Enfin, l'audience appréciée par rapport au total des suffrages exprimés en faveur de chaque candidat de la liste.

Comme le précise Manuela Grévy[560], ces modalités de calcul poursuivaient des objectifs différents. La première méthode favorise une appréciation de l'audience globale obtenue par chaque organisation syndicale[561]. La deuxième prend en compte les éventuelles ratures. La

---

[556] V. *supra*, n° 180 et s.

[557] *Op. cit.*

[558] V. *infra*, n° 197 et s.

[559] C. trav., art. L. 2122-1.

[560] M. GREVY, « Syndicats professionnels (I - Droit syndical dans l'entreprise) » : *Rép. trav. Dalloz, nov. 2019.*

[561] Selon l'auteure, une telle appréciation « *correspond à la philosophie de la loi du 20 août 2008 et préserve la liberté syndicale* » ; V. en ce sens : M.-L. MORIN, L. PECAULT-RIVOLIER, Y. STRUILLOU, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise – Loi du 20 août 2008 : *Dalloz, 2009, p. 227*.

troisième permet de prendre en considération tant les ratures que le caractère complet ou incomplet des listes.

Une circulaire du 13 novembre 2008[562] a retenu la première modalité de calcul en indiquant que « *le syndicat n'est représentatif que si sa liste a recueilli 10 % des suffrages exprimés (hors blancs et nuls) à ce premier tour* ». Dans un arrêt du 6 janvier 2011[563], la chambre sociale de la Cour de cassation a confirmé cette interprétation en précisant qu'il y a lieu, pour la mesure de l'audience électorale des organisations syndicales, de tenir compte du nombre de suffrages exprimés au profit de chaque liste sans prendre en considération d'éventuelles ratures de noms de candidats sur les bulletins de vote[564]. Un communiqué de la Cour de cassation a explicité l'objectif poursuivi par sa jurisprudence : « *tout bulletin exprimé en faveur d'une organisation syndicale doit être pris en compte pour une unité, quand bien même le nom de certains candidats aurait été rayé. Il ne s'agit plus* […] *de savoir combien une liste aura d'élus et qui seront ces élus, mais d'apprécier l'audience de chaque organisation syndicale indépendamment du nombre de sièges qu'elle obtiendra après mise en œuvre des règles gouvernant le scrutin proportionnel et la détermination de la personne des élus* »[565]. Le calcul de l'audience électorale personnelle est différent car il tient compte des éventuelles ratures faites par les travailleurs-électeurs sur le bulletin de vote[566].

[562] Circ. DGT n° 20, 13 nov. 2008, relative à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : *BO du Ministère du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, 30 déc. 2008, texte n° 2*.

[563] Cass. soc., 6 janv. 2011, n° 10-60.168 : *Bull. civ. V, n° 11* ; *RDT 2011, p. 189 et s., obs. I. ODOUL-ASOREY.*

[564] Cass. soc., 7 mai 1987, n° 86-60.357 : *Bull. civ. V, n° 181* : le bulletin sur lequel l'ensemble des noms des candidats a été rayé doit être considéré comme un bulletin blanc et donc ne pas être comptabilisé dans le calcul de l'audience électorale collective.

[565] Communiqué de la Cass. 6 janv. 2011.

[566] V. *infra*, n° 198.

190. Intérêts. Autre différence : le calcul de l'audience électorale collective se fait « *tous collèges confondus* »[567] alors que celui de l'audience personnelle est réalisé dans le seul collège du candidat[568].

Les finalités du droit du travail et du droit électoral sont ici identiques : permettre la défense de l'intérêt des travailleurs ou des citoyens, intérêt collectif ou général respectivement. Dans chacun des systèmes, le législateur envisage la défense des intérêts des travailleurs ou des citoyens à travers l'expression d'une volonté collective et non d'une addition de volontés individuelles.

En droit du travail, l'absence de prise en compte du résultat de chaque collège pour le régime de l'audience électorale collective, permet de défendre un intérêt commun à l'ensemble des travailleurs, et non une pluralité d'intérêts aussi nombreux qu'existent de catégories professionnelles dans l'entreprise.

Le droit électoral suit la même logique : la défense de l'intérêt général par les citoyens-élus est possible car les résultats des élections politiques ne tiennent pas compte d'une quelconque répartition des citoyens ; d'autant que le recours aux collèges électoraux n'est pas prévu.

191. Abstention. Enfin, le droit du travail prévoit que le premier tour des élections professionnelles tiendra différemment compte du phénomène de l'abstention selon qu'il s'agit d'élire les membres du comité social et économique ou bien de déterminer les audiences électorales.

Pour les membres du comité social et économique, l'abstention peut être à l'origine de l'organisation d'un second tour à l'occasion duquel des candidatures libres peuvent être présentées. Certains travailleurs-électeurs peuvent en effet ne pas vouloir voter pour une liste présentée par une organisation syndicale au premier tour. Leur choix de ne pas voter ou de glisser dans l'urne un bulletin considéré comme blanc ou nul lors du dépouillement, peut empêcher d'atteindre le *quorum*[569]. L'organisation d'un second tour leur permet alors d'exercer leur choix de voter pour des candidats libres, non-présentés par une organisation syndicale.

---

[567] Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 10-10.678 : *Bull. civ. V, n° 195* : « *satisfait à ce critère le syndicat qui a obtenu 10% des voix au premier tour des élections tous collèges confondus, peu important qu'il n'ait pas présenté de candidat dans chacun des collèges* » ; *JCP S 2010, 1459, note J.-Y. KERBOURC'H.*

[568] C. trav., art. L. 2143-3, al. 1er.

[569] V. *supra*, n° 168.

Pour les organisations syndicales et les représentants syndicaux, l'article L. 2122-1 du Code du travail dispose que l'audience électorale est calculée au premier tour des élections professionnelles « *quel que soit le nombre de votants* ». L'article L. 2122-2 du Code du travail le prévoit également pour les organisations syndicales catégorielles. Le calcul de l'audience électorale collective ne tient donc pas compte de l'abstention des travailleurs-électeurs. Même si le nombre de votants ou de suffrages exprimés est inférieur à la moitié du nombre d'inscrits, les audiences électorales collective et personnelle sont tout de même calculées et prises en compte.

192. Proposition. En droit positif, les élections professionnelles aux enjeux multiples cumulent plusieurs régimes juridiques selon qu'il s'agit d'élire les membres du comité social et économique ou bien de déterminer l'audience électorale des organisations syndicales (voire celle des candidats à la fonction de délégué syndical). Le vote du travailleur peut donc avoir des conséquences différentes.
Aussi la dissociation – que nous appelons de nos vœux – entre un scrutin pour l'élection des membres du comité social et économique et un scrutin pour la détermination de l'audience électorale permettrait-elle une meilleure lisibilité et compréhension de cette différence de régime par les travailleurs-électeurs. À tout le moins, ce serait parce que les travailleurs auraient la volonté d'exercer son droit de vote seulement à l'un ou bien aux deux scrutins que son (ou ses) vote(s) pourraient avoir des conséquences différentes. Le scrutin unique aux enjeux multiples, actuellement prévu en droit du travail, ne leur permet pas d'exercer ce choix.

2. L'appréciation jurisprudentielle

193. Critères cumulatifs ? L'article L. 2121-1 du Code du travail dispose que les sept critères qui permettent à une organisation syndicale d'être représentative, sont « *cumulatifs* ». Selon le législateur, il est nécessaire qu'une organisation satisfasse à chacun des critères individuellement. Si l'un d'entre eux ne peut être vérifié alors l'organisation ne peut accéder à la représentativité.
Retenir une telle conception de la représentativité serait sévère à l'encontre d'une organisation syndicale dont l'indépendance pourrait, par exemple, être mise en cause alors même qu'elle

obtiendrait plus de 10 % des suffrages exprimés au premier tour des titulaires au comité social et économique.

La Cour de cassation a ainsi assoupli l'appréciation des critères de la représentativité syndicale. Dans une décision en date du 29 février 2012, elle prévoit que « *si les critères posés par l'article L. 2121-1 du code du travail doivent être tous réunis pour établir la représentativité d'un syndicat et si ceux tenant au respect des valeurs républicaines, à l'indépendance et à la transparence financière doivent être satisfaits de manière autonome, ceux relatifs à l'influence prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience, aux effectifs d'adhérents et aux cotisations, à l'ancienneté dès lors qu'elle est au moins égale à deux ans et à l'audience électorale dès lors qu'elle est au moins égale à 10 % des suffrages exprimés, doivent faire l'objet d'une appréciation globale* »[570]. Dans une décision du 14 novembre 2013, elle a ajouté que les critères qui font l'objet d'une appréciation globale le sont « *pour toute la durée du cycle électoral* »[571].

194. Proposition. Nous pouvons dresser un double constat relatif à la complexification du régime de la représentativité syndicale depuis la réforme du 20 août 2008 : une multiplicité des critères et une différence de leur appréciation par le législateur et la jurisprudence.

Les réformes successives n'ont fait que rafraîchir les critères de la représentativité syndicale et la jurisprudence n'a fait que « *réduire* […] *la portée* »[572] du caractère cumulatif des critères posés par le législateur. Notre étude a montré la nécessité de distinguer les critères légaux – vérifiables en amont des élections professionnelles – du critère électoral, l'audience électorale[573]. Le droit du travail pourrait prendre exemple sur le droit électoral sur ce point.

---

[570] Cass. soc., 29 fév. 2012, n° 11-13.748 : *Bull. civ. V, n° 83* ; B. GAURIAU, Critères de représentativité : entre appréciation disjointe et appréciation conjointe : *JCP S 2012, 1168* ; L. PECAULT-RIVOLIER, 1. Critères de la représentativité. Cumul. Différenciation des critères. Appréciation globale. 2. Preuve de la transparence financière : *Dr. soc. 2012, p. 528 et s.* ; P. POCHET, Précisions sur l'appréciation des critères de la représentativité syndicale : *JCP E 2012, 1353*.

[571] Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 12-29.984 : *Bull. civ V, n° 268* ; F. PETIT, L'appréciation dans le temps des critères de la représentativité : *Dr. soc. 2014, p. 180* ; D. CORRIGNAN-CARSIN, Appréciation des critères de représentativité et désignation d'un délégué syndical : *JCP E 2014, 1013* ; C. RADE, L'appréciation des critères de la représentativité syndicale : *Dr. soc. 2014, p. 84*.

[572] B. TEYSSIE, Droit du travail – Relations collectives : *LexisNexis, 12e éd., 2020, n° 95, p. 59*.

[573] V. *supra*, n° 184.

§ 2.Les représentants syndicaux

195. Choix. L'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». Le principe de participation a cependant ses limites. Tel est le cas, par exemple, pour le choix des représentants syndicaux dans l'entreprise.

Les élections professionnelles permettent de calculer l'audience électorale de chaque candidat. Pourtant, aucun représentant syndical n'est directement élu par les travailleurs au sein de l'entreprise ou au niveau national interprofessionnel. Cela constitue une différence majeure avec le droit électoral qui reconnaît aux seuls citoyens le droit d'élire leurs représentants au niveau local comme national.

En droit du travail, les délégués syndicaux sont désignés par les organisations syndicales représentatives (A), démontrant l'interférence de ces dernières dans le choix des « *délégués* » par les travailleurs à travers l'audience électorale personnelle. Les autres représentants font l'objet d'une nomination par les organisations syndicales (B), représentatives ou non selon les circonstances, sans aucune possibilité pour les travailleurs de s'exprimer démocratiquement à leur endroit.

A. La désignation des délégués syndicaux

196. Désignation. Le législateur utilise, à l'article L. 2143-3, alinéa 1, du Code du travail la qualification de « désignation » par une organisation syndicale représentative comme moyen d'accès d'un candidat à la fonction de délégué syndical.

La désignation n'est pas l'élection, laquelle aurait nécessité qu'un délégué syndical soit élu par le seul suffrage des travailleurs. La désignation des délégués syndicaux repose sur la qualité représentative de l'organisation syndicale désignatrice et sur une certaine audience électorale personnelle (1) du candidat. Dans certaines situations, la jurisprudence n'exige pas du candidat qu'il satisfasse à la condition d'audience électorale personnelle ; ce qui interroge sur le fait que sous cette « désignation » se cache en réalité une « nomination » (2).

1. L'audience électorale personnelle

197. Seuil. L'article L. 2143-3, alinéa 1, du Code du travail dispose : « *chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou l'établissement d'au moins cinquante salariés, qui constitue une section syndicale, désigne 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 votants, dans les limites fixées à l'article L. 2143-12, un ou plusieurs délégués syndicaux pour la représenter auprès de l'employeur* ».

Dans sa rédaction issue de la loi du 20 août 2008, cet article ne précisait pas les modalités de calcul de l'audience électorale personnelle. Le seuil de 10% devait-il être vérifié parmi l'ensemble des suffrages exprimés sans considération des collèges électoraux, ou bien au contraire dans le seul collège de présentation du candidat ? Dans un arrêt du 29 juin 2011[574], la Cour de cassation a indiqué que le score personnel du candidat se calcule au sein du collège où la candidature a été présentée. La loi du 5 mars 2014[575] a codifié cette règle dans l'article susvisé en précisant que les 10% doivent être recueillis « *à titre personnel et dans* [le] *collège* » dans lequel le candidat s'est présenté.

198. Rature. L'article L. 2143-3, alinéa 1, du Code du travail indique que le candidat doit avoir recueilli 10% des suffrages exprimés dans son collège et « *à titre personnel* ». La question du droit de rature doit donc être envisagée, comme elle l'a précédemment été pour l'élection des membres du comité social et économique[576].

Rappelons que la Cour de cassation, dans un arrêt du 30 novembre 2011, a considéré que « *le droit de rayer les noms de candidats est inhérent au scrutin de liste dans les élections des représentants du personnel* »[577]. Devons-nous appréhender les « *élections des représentants du*

[574] Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-19.921 : *Bull. civ. V, n° 179* ; ce qui explique l'établissement de procès-verbaux par collège électoral et membre titulaire ou suppléant ; *Dr. soc. 2011, p. 1128 et s., obs. F. PETIT.*

[575] L. n° 2014-288, 5 mars 2014, relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, art. 30 : *JORF 6 mars 2014, texte n° 1.*

[576] V. *supra*, n° 161 et s.

[577] Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 11-11.560 : *Bull. civ. V, n° 280.*

personnel » comme celles des seuls membres du comité social et économique, ou de manière extensive comme incluant la désignation des délégués syndicaux ?

Le doute est permis car les élections professionnelles ne permettent pas l'« élection » des délégués syndicaux. Elles permettent, à tout le moins, aux candidats de recueillir une audience électorale personnelle, condition de leur éventuelle désignation en qualité de délégué syndical par une organisation syndicale représentative. Il convient de se ranger derrière l'analyse de Gilles Bélier et Henri-José Legrand qui estiment que la condition d'audience est une exigence pesant sur la personne du candidat et que le calcul de l'audience électorale personnelle doit prendre en compte les ratures des travailleurs-électeurs[578].

Le souci du législateur d'exiger que le candidat recueille les 10% « *à titre personnel* » invite à prendre en compte les ratures effectuées par les travailleurs lors des élections professionnelles, que le travailleur-éligible soit candidat à l'élection des membres du comité social et économique et/ou à la fonction de délégué syndical. Ne pas tenir compte des ratures ne permettrait pas de différencier les candidats et, s'agissant du futur délégué syndical, de déterminer son audience électorale recueillie « *à titre personnel* ».

Cela est confortée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui considère, plus généralement, que les élections professionnelles sont devenues un instrument de sélection des travailleurs aptes à être désignés tant pour la défense de leurs intérêts dans l'entreprise que pour la conduite des négociations pour leur compte[579].

2. La désignation-nomination

199. Désignation. L'article L. 2143-3 du Code du travail dispose que « *chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou l'établissement* […] *désigne parmi les candidats aux élections professionnelles* », qui satisfont au critère d'audience électorale personnelle, « *un ou plusieurs délégués syndicaux* ».

[578] G. BÉLIER et H.-J. LEGRAND, La négociation collective après la loi du 20 août 2008 : *Liaisons, 2010, 2e éd.*

[579] Cons. Const., 12 nov. 2010, n° 2010-63/64/65 QPC, cons. 9 : *JORF 13 nov. 2010, texte n° 94* ; V. en ce sens : M. GREVY, Syndicats professionnels : *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2016 ; G. BORENFREUND, Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise : *Dr. soc. 2013, p. 486 et s.*

Gérard Cornu définit la désignation comme l'« *indication d'une personne déterminée pour occuper un poste ou remplir une mission* »[580] ; notion qu'il oppose avec celle d'élection. En effet, le droit du travail ne prévoit pas que ce représentant syndical soit directement élu par les travailleurs, mais qu'il soit désigné par une organisation syndicale représentative.

La qualification de « désignation » utilisée par le législateur peut être remise en cause au regard de la faible portée juridique de l'obligation d'audience électorale personnelle que devrait recueillir le candidat aux élections professionnelles. La qualifation de « nomination » – définie comme « *opération par laquelle un seul investit une personne d'une fonction* »[581] – doit être privilégiée[582].

L'article L. 2143-3 du Code du travail indique également que les délégués syndicaux sont désignés par une organisation syndicale représentative « *pour la représenter auprès de l'employeur* ». Aussi, le délégué syndical est-il d'abord perçu comme le représentant de l'organisation[583] qui l'a désigné plutôt que celui des travailleurs de l'entreprise[584]. L'article L. 2143-13 du Code du travail qui lui permet de bénéficier d'heures de délégation pour l'exercice de ses « *fonctions* », ne définit pas davantage ces dernières.

Le délégué syndical les exerce principalement à l'occassion du processus de la négociation collective. Cependant, le législateur prévoit que la négociation et la conclusion des accords collectifs opèrent directement entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives elles-mêmes. Le délégué syndical est alors, dans cette situation, envisagé comme le représentant de l'organisation syndicale représentative qui l'a désigné, davantage que comme celui qui porte les revendications des travailleurs auprès de l'employeur.

---

[580] G. CORNU, Vocabulaire juridique : *PUF, 12è éd., 2018, p. 339*.

[581] G. CORNU, Vocabulaire juridique : *PUF, 12è éd., 2018, p. 686*.

[582] V. *infra*, n° 200.

[583] F. PETIT, La notion de représentation dans les relations collectives de travail, p. 11 : *thèse dactyl., Paris I, 2000* : « *les délégués syndicaux et les représentants au comité d'entreprise sont considérés par la jurisprudence comme les mandataires, au sens de l'article 1984 du Code civil, de leur organisation* ».

[584] Cela s'inscrit dans la logique de la loi du 27 décembre 1968 qui a eu pour objet essentiel de permettre aux organisations syndicales de pénétrer dans l'entreprise à travers l'implantation de section syndicale, puis de représentants syndicaux (L. n° 68-1179, 27 déc. 1968, relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises : *JORF 31 déc. 1968, p. 12401*).

200. Nomination. De cette fonction dépendent ses conditions de désignation, et inversement. Au fil des réformes, le législateur a souhaité renforcer la légitimité des représentants des travailleurs dans l'entreprise. Celle du délégué syndical est pourtant une légitimité en trompe-l'œil. En effet, la jurisprudence puis le législateur ont atténué l'exigence de l'audience électorale personnelle. L'article L. 2143-2, alinéa 2, du Code du travail en dispose : « *si aucun des candidats présentés par l'organisation syndicale aux élections professionnelles ne remplit les conditions mentionnées au premier alinéa du présent article ou s'il ne reste, dans l'entreprise ou l'établissement, plus aucun candidat aux élections professionnelles qui remplit les conditions mentionnées au même premier alinéa, ou si l'ensemble des élus qui remplissent les conditions mentionnées audit premier alinéa renoncent par écrit à leur droit d'être désigné délégué syndical, une organisation syndicale représentative peut désigner un délégué syndical parmi les autres candidats, ou, à défaut, parmi ses adhérents au sein de l'entreprise ou de l'établissement ou parmi ses anciens élus ayant atteint la limite de durée d'exercice du mandat au comité social et économique fixée au deuxième alinéa de l'article L. 2314-33* ».

Le système actuel qui prévoit l'obtention d'une audience électorale personnelle par le candidat est certes préférable à la seule désignation par une organisation syndicale représentative par affiliation, comme cela pouvait être le cas avant la réforme de 2008. La recherche de cette légitimité s'avère néanmoins relativement inutile tant que la fonction du délégué syndical ne sera pas de représenter les travailleurs auprès de l'employeur mais son organisation syndicale désignatrice. Le régime actuel de désignation, à la discrétion des organisations syndicales représentatives, efface le peu de légitimité que les candidats tirent des élections professionnelles. Malgré les réformes, cette « désignation », telle que qualifiée par le législateur à l'article L. 2143-3 du Code du travail, reste équivalente à une nomination.

Le droit espagnol a fait un choix différent en distinguant la représentation unitaire assurée par des salariés élus et la représentation syndicale qui « *concerne seulement les adhérents d'un syndicat* »[585]. Il revient alors aux organisations syndicales de désigner[586] des délégués

[585] E. MARTÍN-CRIADO, P. CARVAJAL-SORIA, Répression syndicale et « syndicalisme maison » en Espagne : *Travail et Emploi, 2016, n° 146, p. 75 et s*.

[586] V. P.-H. CIALTI, Efficacités et fonctions de la convention collective de travail : étude comparative de l'intervention légale en Espagne et en France : *th. Toulouse, 2013, p. 303* : « *aux termes de l'article 10.1 LOLS, dans les entreprises ou centres de travail de plus de 250 travailleurs, les sections syndicales des syndicats présents*

syndicaux « *qui ont les mêmes droits et missions que les représentants unitaires sauf pour la négociation qui, ici, ne s'applique qu'aux membres affiliés au syndicat* »[587].

201. Proposition. Dans la sphère politique, jamais le droit n'envisage un élu comme le faire-valoir d'un parti politique ; à l'inverse du délégué syndical et de son organisation syndicale désignatrice. L'élu politique a pour fonction de représenter les citoyens qui l'ont élu plutôt que de représenter le ou les partis politiques qui l'ont investi ou soutenu lors de l'élection.
L'évolution des conditions de désignation du délégué syndical suppose que le législateur redéfinisse préalablement les fonctions de ce représentant. En plus d'être le représentant d'une organisation syndicale représentative, il doit d'abord être considéré comme le représentant des travailleurs auprès de l'employeur[588]. Le processus de désignation ne lui permet cependant pas de disposer d'une légitimité pour ce faire. Il conviendrait de faire évoluer le système des élections professionnelles en lui-même pour que les travailleurs élisent directement les représentants syndicaux, à commencer par le délégué syndical[589].
Une des évolutions possibles consisterait à scinder les élections professionnelles en deux scrutins distincts[590]. Le premier serait consacré à l'élection des membres du comité social et économique. Le second serait réservé à l'élection des délégués syndicaux. Une telle proposition pourrait alors remettre en cause l'utilité de déterminer la représentativité des organisations syndicales et, par là-même, le calcul des audiences collective et personnelle.

202. Représentation syndicale. Concevoir que le délégué syndical représente les travailleurs auprès de l'employeur plutôt qu'une organisation syndicale représentative aurait des conséquences sur l'ensemble de la vie syndicale au sein de l'entreprise.
L'article L. 2231-2 du Code du travail dispose que, dans le cadre de la négociation et de la conclusion des accords collectifs, « *les représentants des organisations* […] *sont habilités à*

dans le comité d'entreprise « seront représentées, à tous les effets, par des délégués syndicaux élus par et entre les affiliés de l'entreprise ou du centre de travail ».

[587] E. MARTÍN-CRIADO, P. CARVAJAL-SORIA, *op. cit.*

[588] Interview de J.-M. VERDIER dans Chronique Ouvrière, « Quelques interrogations sur la position commune du 9 avril 2008 », 24 mai 2008 : « *le délégué syndical représente le syndicat et non la section syndicale et, bien entendu, pas les électeurs* ».

[589] V. *infra*, n° 390.

[590] V. *infra*, n° 310.

contracter, au nom de l'organisation qu'ils représentent » ; à condition que le délégué syndical soit habilité par une organisation syndicale représentative pour négocier et conclure un accord collectif[591]. Supprimer la désignation du délégué syndical par une organisation syndicale aurait pour conséquence de supprimer le lien juridique qui existe aujourd'hui entre le délégué et son organisation syndicale désignatrice. Nul besoin ensuite pour le délégué syndical de disposer d'une stipulation statutaire, d'une délibération ou d'un mandat spécial[592] d'une quelconque organisation syndicale. En tant que véritable représentant des travailleurs dans l'entreprise, le délégué syndical pourrait négocier et conclure les accords collectifs par lui-même.
Cette conception de la représentation syndicale rejoint celle de la représentation politique, c'est-à-dire qu'un élu vote personnellement[593], sans dépendre juridiquement soit d'une organisation syndicale soit d'un parti politique, et ce en tant que représentant de la communauté qui l'a élu directement.

B. La nomination des autres représentants syndicaux

203. Qualification. Depuis 2008, le délégué syndical est désigné par une organisation syndicale représentative à la condition – somme toute relative – d'obtenir une certaine audience électorale personnelle lors du premier tour des élections professionnelles. D'autres représentants syndicaux, tels que le représentant syndical au comité social et économique (1) ou le représentant de la section syndicale (2) peuvent être nommés par une organisation syndicale sans condition d'audience électorale personnelle. Ils ne sont d'ailleurs pas candidats aux élections professionnelles. Cela justifie la différence entre les qualifications de « désignation » et de « nomination », même si le législateur ne fait parfois pas la différence[594].

1. Le représentant syndical au comité social et économique

[591] V. *supra*, n° 199 et s. : cela renforce l'idée que le délégué syndical est un représentant d'une telle organisation avant d'être un représentant des travailleurs, à l'instar du processus de désignation.

[592] V. C. trav., art. L. 2231-2.

[593] Const., art. 21, al. 3.

[594] V. par ex. : C. trav., art. L. 2142-1-1 : l'organisation syndicale non-représentative peut « *désigner* » un représentant de la section syndicale.

204. Représentation élue. La loi du 20 août 2008[595] a profondément modifié la représentativité syndicale et les conditions de nomination de certains acteurs syndicaux dans l'entreprise, dont le représentant syndical au comité social et économique. L'expression démocratique des travailleurs, lors des élections professionnelles, en est devenue le fondement. L'*ancien* article L. 2324-2 du Code du travail disposait que, dans les entreprises de moins de 300 salariés, « *chaque organisation syndicale ayant des élus au comité d'entreprise p*[ouvait] *y nommer un représentant* »[596]. La notion de représentativité avait alors disparu du texte[597] et pour qu'une organisation puisse nommer un représentant au comité d'entreprise, elle devait simplement disposer d'élus au sein de cette institution représentativité du personnel. La nomination du représentant syndical au comité d'entreprise ne dépendait plus de la représentativité « descendante », par le jeu de l'affiliation d'une organisation syndicale à une confédération syndicale représentative au niveau national interprofessionnel. Elle dépendait du choix des travailleurs, lors des élections professionnelles, d'élire ou non des candidats présentés par une organisation syndicale au comité d'entreprise. C'est parce que les travailleurs accordaient leurs suffrages à la liste d'une organisation syndicale, sans rayer le nom des candidats, pour qu'elle dispose de représentants élus au comité d'entreprise, que cette dernière pouvait nommer un représentant syndical audit comité. La représentation syndicale au comité d'entreprise dépendait de la reconnaissance par les travailleurs de l'organisation syndicale en élisant des candidats au comité d'entreprise.

Comme le démontre le professeur Jean-François Césaro, le problème majeur de cette condition résidait dans la répartition des élus au comité d'entreprise en cas de liste commune à plusieurs organisations syndicales[598]. Si, dans cette hypothèse, le législateur laisse la possibilité aux organisations syndicales de décider, en amont des élections, du partage des suffrages[599], il

---

[595] L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : *JORF 21 août 2008, n° 1*.

[596] C. trav., art. L. 2324-2 renvoie à C. trav., art. L. 2143-22 : « *dans les entreprises de moins de trois cents salariés et dans les établissements appartenant à ces entreprises, le délégué syndical est, de droit, représentant syndical au comité d'entreprise ou d'établissement* ».

[597] V. C. trav., art. L. 2324-2 (dans sa redaction avant la loi du 20 août 2008) : « *chaque organisation syndicale de travailleurs représentative dans l'entreprise peut désigner un représentant au comité* » ; L. n° 2008-789, 20 août 2008, *op. cit*., art. 5 VII.

[598] J.-F. CESARO, La représentation des syndicats dans l'entreprise : *JCP S 2012, 1237*.

[599] C. trav., art. L. 2122-3.

n'avait pas prévu le partage des élus. La Cour de cassation de préciser alors « *qu'en cas de constitution d'une liste commune pour les élections au comité d'entreprise ou d'établissement, un représentant syndical p*[ouvait] *être désigné d'un commun accord entre les syndicats ayant présenté cette liste, dès lors que le nombre d'élus de la liste est au moins égal à deux* »[600].

205. Représentativité syndicale. Le législateur de 2008 a souhaité faire de la représentation élue, la condition de la représentation syndicale au comité d'entreprise[601]. La loi du 5 mars 2014 a supprimé la condition de disposer d'élus au comité d'entreprise, mais a réintroduit celle de la représentativité syndicale[602]. L'ancien article L. 2324-2 du Code du travail disposait alors que « *chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou l'établissement* […] *désigner un représentant syndical au comité* [d'entreprise] ».

Cet article est désormais codifié à l'article L. 2314-2 et reprend les mêmes conditions pour nomination d'un représentant syndical au comité social et économique.

Depuis 2014, l'expression démocratique des travailleurs, lors des élections professionnelles, est autrement prise en compte. La légitimité du représentant syndical au comité social et économique dépend désormais de la représentativité de l'organisation syndicale, c'est-à-dire de son audience électorale collective. Il faut ainsi saluer la suppression de la dépendance de la représentation syndicale à la représentation élue au comité social et économique. Et, de surcroit, la volonté du législateur d'utiliser le système électif comme instrument de mesure de la légitimité de l'organisation syndicale qui procèdera à la nomination de son représentant audit comité. Il n'est cependant pas allé jusqu'à mesurer la légitimité du représentant lui-même en exigeant qu'il recueille une certaine audience électorale personnelle.

206. Proposition. Les élections professionnelles sont utilisées pour vérifier qu'une organisation syndicale dispose d'une certaine légitimité à nommer certains représentants syndicaux dont celui au comité social et économique. La légitimité personnelle du représentant

---

[600] Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 11-11.856 : *Bull. civ. V., n° 41* ; *Dr. soc. 2012, p. 373 et s., étude F. PETIT* ; *JCP S 2012, 1179, note J.-Y. KERBOURC'H.*

[601] V. *supra*, n° 203.

[602] L. n° 2014-288, 5 mars 2014, relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, art. 30 XX : *JORF 6 mars 2014, texte n° 1.*

n'est pas recherchée ; à l'inverse de l'audience électorale personnelle que le candidat aux élections professionnelles doit recueillir pour être nommé délégué syndical.

La démocratie sociale et au-delà le principe de participation seraient renforcés en permettant à la collectivité des travailleurs de choisir eux-mêmes leurs représentants syndicaux au comité social et économique. Nous pourrions imaginer qu'un candidat doive satisfaire au critère d'audience électorale personnelle pour être « désigné » – non plus « nommé » – représentant syndical au comité social et économique, par une organisation syndicale représentative. Cette proposition se rapproche du régime actuel de la désignation du délégué syndical dans lequel les conditions d'audiences électorales collective et personnelle doivent toutes deux être vérifiées.

Pour le représentant syndical au comité social et économique, il convient tout de même de relativiser cette proposition d'évolution du droit des relations collectives du travail. Sa fonction est résumée à l'article L. 2314-2 du Code du travail : « *il assiste aux séances* [du comité social et économique] *avec voix consultative* ». Il n'a donc qu'un rôle de conseil et non de décision. Faut-il alors modifier le système des relations collectives de travail afin que le représentant syndical audit comité, aujourd'hui nommé, soit demain désigné voire élu ? Le législateur doit être encouragé dans cette voie même si, depuis sa création, le représentant syndical aux institutions représentatives du personnel y a toujours participé « *avec voix consultative* », que la recherche de sa légitimité ait été plus ou moins importante selon les réformes[603]. Une telle évolution ne peut que renforcer le principe constitutionnellement garanti de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail ; sauf à considérer que le représentant syndical au comité est un représentant de l'organisation syndicale et non des travailleurs eux-mêmes, à l'image du délégué syndical[604]. L'évolution de sa fonction doit être le corrolaire de l'évolution de sa nomination en désignation, voire en élection par les travailleurs eux-mêmes.

2. Le représentant de la section syndicale

207. Absence de représentativité. Avant la Position commune du 9 avril 2008 et loi du 20 août de la même année, seules les organisations syndicales représentatives pouvaient constituer

[603] V. *supra*, n° 204 et s. : représentativité par affiliation, représentants élus au comité d'entreprise ou représentativité issue des urnes avec le critère d'audience électorale collective.

[604] V. *supra*, n° 201.

une section syndicale[605]. Il leur suffisait de désigner un délégué syndical pour que l'existence de la section soit présumée[606]. Depuis 2008, toute organisation syndicale, même non-représentative, peut constituer une section syndicale éventuellement animée par le représentant de la section syndicale.

Selon l'article L. 2142-1-1, alinéa 1er, du Code du travail[607], « *chaque syndicat qui constitue, conformément à l'article L. 2142-1, une section syndicale au sein de l'entreprise ou de l'établissement d'au moins cinquante salariés peut, s'il n'est pas représentatif dans l'entreprise ou l'établissement, désigner un représentant de la section pour le représenter au sein de l'entreprise ou de l'établissement* ». L'article L. 2142-1 du même code a été adapté en conséquence et n'exige plus de condition de représentativité pour la constitution d'une section syndicale[608].

Toutes les organisations syndicales peuvent créer une section syndicale. Toutes ne peuvent pas désigner de représentant de ladite section. En effet, le législateur a réservé cette prérogative aux seules organisations syndicales non-représentatives qui satisfont aux critères d'ancienneté, de respect des valeurs républicaines et d'indépendance[609].

La réforme de 2008 avait précisément pour objectif de renforcer la légitimité des acteurs syndicaux. Il n'est cependant pas surprenant qu'en créant le représentant de la section syndicale, les partenaires sociaux ne se soient pas souciés de sa légitimité ; c'est-à-dire de procéder à son élection par la collectivité des travailleurs. En effet, s'il y a bien un acteur syndical qui doit

---

[605] C. trav., *anc*. art. L. 2142-1.

[606] Cass. soc., 27 mai 1997, n° 96-60.239 : *Bull. civ. V, n° 194* (*JCP 1997. II, 22899, note A. ARSEGUEL* ; *JCP E 1997. II, 980, note F DUQUESNE* ; *Dr. soc. 1997, p. 757 et s., obs. M. GREVY*) ; revirement par rapport aux solutions précédentes (V. par ex. : Cass. soc., 8 juill. 1977, n° 77-60.550 : *Bull. Civ. V, n° 492*, ou Cass. soc., 4 mai 1984, n° 83-63.321 : *Bull. civ. V, n° 181*).

[607] V. L. n° 2012-387, 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, art. 43 : *JORF 23 mars 2012, texte n° 1*.

[608] Un contentieux important relatif à l'existence de la section syndicale a éclaté après la modification du régime de sa création (présumée à prouvée) par la loi du 20 août 2008 ; V. M. GREVY, Syndicat professionnels (I – Droit syndical dans l'entreprise) : *Rép. trav., Dalloz, 2016* ; V. not. : Cass. soc., 8 juill. 2009, n° 09-60.011, 09-60.031 et 09-60.032 : *Bull. civ. V, n° 180* : « *en cas de contestation sur l'existence d'une section syndicale, le syndicat doit apporter les éléments de preuve utiles à établir la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise, dans le respect du contradictoire, à l'exclusion des éléments susceptibles de permettre l'identification des adhérents du syndicat, dont seul le juge peut prendre connaissance* ».

[609] C. trav., art. L. 2142-1.

davantage se préoccuper de l'organisation syndicale qui l'a désigné que des revendications des travailleurs, c'est le représentant de la section syndicale. Ce représentant n'est qu'un « *moyen pour une organisation syndicale de recueillir, à terme* [lors des élections professionnelles suivantes]*, l'audience exigée pour être reconnue représentative* »[610]. Les partenaires sociaux envisageaient le représentant de la section syndicale comme « *un simple porte-étendard du syndicat en vue d'obtenir une audience aux prochaines élections* [plutôt] *qu'une authentique institution représentative du personnel* »[611]. Le représentant de la section syndicale a un seul objectif : faire accéder son organisation syndicale à la représentativité lors du premier tour des prochaines élections professionnelles.

S'il y parvient alors l'organisation syndicale pourra conserver sa section syndicale mais ne pourra plus nommer de représentant de celle-ci[612]. Elle pourra néanmoins désigner un délégué syndical et accéder à la négociation collective dans l'entreprise.

Si l'organisation syndicale ne parvient pas à être représentative, elle peut à nouveau nommer un représentant de la section syndicale. Cependant, l'alinéa 3 de l'article L. 2142-1-1 du Code du travail lui interdit de nommer le représentant de la section syndicale déchu « *comme représentant syndical au titre d'une section jusqu'aux six mois précédant la date des élections professionnelles suivantes dans l'entreprise* »[613]. Ceci le prive de la possibilité de bénéficier, sans limite et sans condition, du statut protecteur[614] mais elle peut en nommer un autre.

---

[610] B. GAURIAU, Droit syndical : *J-Cl. Travail-traité, mai* 2020 ; M. GRÉVY, Syndicat professionnels (I – Droit syndical dans l'entreprise) : *Rép. trav., Dalloz, 2019*.

[611] M. GRÉVY, *op. cit.* ; V. *in fine* Position commune du 9 avr. 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme : « *si l'organisation syndicale qui a désigné le représentant de la section syndicale n'est pas reconnue représentative dans l'entreprise à l'occasion des premières élections suivant sa désignation, il est mis fin aux attributions de l'intéressé* ».

[612] M. GRÉVY, *op. cit.* : « *bien que la loi soit, dans cette hypothèse, silencieuse, la solution s'impose dès lors que seules les organisations syndicales qui ne sont pas représentatives ont la faculté de désigner un tel représentant* ».

[613] M. GRÉVY, *op. cit.*

[614] V. en ce sens : rapp. n° 470 du 15 juill. 2008 de la Commission des Affaires sociales du Sénat, p. 58 : « *il s'agit d'empêcher qu'un salarié ne parvenant pas à faire établir la représentativité de son organisation aux élections continue de bénéficier de tous les droits et protections liés au statut de représentant de section, alors même que les salariés refusent de lui accorder la représentativité* ».

208. Élections suivantes. La Position commune de 2008 indiquait que, lorsque surviennent les élections professionnelles suivantes, « *il est mis fin aux attributions de l'intéressé* »[615]. La question de l'automaticité de la cessation du mandat du représentant de la section syndicale aurait pu se poser. Était-elle automatique dès la proclamation des résultats ou bien devait-elle faire l'objet d'un acte spécifique de l'organisation syndicale qui l'avait initialement désigné ? Le législateur a préféré la formulation suivante : « *le mandat du représentant de la section syndicale prend fin, à l'issue des premières élections professionnelles suivant sa désignation* »[616]. Le mandat du représentant syndical cesse donc sitôt que le résultat des élections professionnelles est proclamé.

Lorsqu'il prévoit la cessation du mandat du représentant de la section syndicale, le législateur ne distingue pas selon que ce représentant est ou non candidat aux premières élections professionnelles suivant sa désignation. S'il est candidat, le représentant de la section syndicale peut recueillir personnellement les suffrages des travailleurs au premier tour des élections professionnelles et ainsi déterminer son audience électorale personnelle.

Une situation surprenante peut alors se produire : alors qu'il a failli à sa mission de faire accéder à la représentativité l'organisation syndicale qui l'avait désigné représentant de section syndicale, il peut être désigné par une autre organisation syndicale représentative à l'issue des élections professionnelles. En effet, son mandat en tant que représentant de la section syndicale prend fin, faute pour son organisation syndicale d'accéder à la représentativité. Le candidat lui-même peut néanmoins satisfaire au critère d'audience électorale personnelle et alors être nommé délégué syndical par une autre organisation syndicale, elle représentative. En tant qu'ancien représentant de la section syndicale, il n'a pas atteint l'objectif qui lui avait été assigné : faire accéder son organisation syndicale à la représentativité. En tant que nouveau délégué syndical, il exerce les prérogatives accordées aux organisations syndicales représentatives, notamment en participant à la négociation et à la conclusion des accords collectifs.

[615] Art. 10-1, al. 2, de la Position commune du 9 avr. 2008.

[616] C. trav., art. L. 2142-1-1, al. 3.

Conclusion du chapitre I

209. Conclusion. Dans le système des relations collectives de travail comme dans le système politique, le mandat de représentation est confié par l'élection aux travailleurs ou citoyens qui s'y sont portés candidats.

Les élections professionnelles et politiques ne poursuivent pas les mêmes objectifs. Les premières permettent l'élection des représentants du personnel et, au premier tour, la vérification de la *représentativité* des organisations. Les secondes rendent possible l'élection des acteurs politiques au niveau local comme national.

Le décompte des suffrages obéit à un *régime juridique différent* selon le système concerné. Le droit commun électoral d'hier, comme les principes généraux du droit électoral d'aujourd'hui, ont permis la convergence des deux systèmes sur certains points mais montrent également leur divergence sur d'autres. Tel est le cas du droit de rature reconnu comme droit « *inhérent* »[617] aux élections professionnelles ; là où le droit électoral ne le reconnaît que ponctuellement aux citoyens.

La *légitimité* des représentants est, en principe, fondée sur les suffrages que leur ont accordés les travailleurs et citoyens-électeurs respectivement. Tous ne peuvent cependant pas être considérés comme élus. Il en va ainsi des délégués syndicaux qui sont désignés. Les suffrages par eux reccueillis lors du premier tour de l'élection des membres titulaires au comité social et économique ne suffisent pas et doivent être complétés d'une *désignation* par une organisation syndicale représentative ; spécificité que ne connaît pas le système politique.

[617] Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 11-11.560 : *Bull. civ. V, n° 280.*

Chapitre II. Cumul des mandats

210. Rapprochement. Le système politique et le système des relations collectives de travail n'abordent pas le phénomène du cumul des mandats sous le même angle : le premier a anticipé[618] la limitation voire l'interdiction du cumul sur le second, qui ne l'a pris en compte que récemment. À cela s'ajoute le fait que le législateur a privilégié une limitation du cumul simultané entre plusieurs mandats dans le système politique (Section 2) avant d'envisager la question de leur limitation dans le temps ; là où, dans le système des relations collectives de travail, il a préféré procéder, à travers la réforme de 2017, à une simple limitation dans le temps du seul mandat de membre au comité social et économique (Section 1).

[618] V. par ex. : « *le cumul des mandats est devenu un critère au regard duquel sont appréciés l'engagement des élus au service d'un pays en crise et leur fidélité aux principes de la République. Elle* [la question du cumul des mandats] *constitue, à coup sûr, un enjeu essentiel pour la rénovation de la vie publique* », rapport de la commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, nov. 2012 ; dans le même sens : « *une telle réforme devrait être plus ambitieuse et plus large que le projet de loi organique interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur et le projet de loi interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de représentant au Parlement européen* », rapport de la commission nationale consultative des droits de l'Homme, réunie en assemblée plénière le 27 juin 2013 ; V. égal. : « *Moderniser la vie publique et* […] *renforcer la confiance des citoyens en leurs élus* », projet de loi organique limitant le cumul des mandats électoraux et fonctions électives, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 8 avril 1998 ; « *réduire les conséquences négatives d'un excessif cumul des mandats* [et] *moderniser notre vie politique* [et] *faciliter l'accès de femmes et d'hommes nouveaux aux responsabilités publiques* », projet de loi limitant le cumul des mandats électoraux et fonctions électives ; « *les incompatibilités* […] *introduites permettront de garantir la disponibilité et l'engagement que requièrent l'exercice du mandat de représentant au Parlement européen comme les responsabilités électives locales les plus importantes* », projet de loi organique interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de représentant au Parlement européen, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 avril 2013.

Section 1. La limitation dans le temps en droit du travail

211. Cumul. Lorsque les travailleurs-électeurs glissent leur bulletin dans l'urne pour l'élection des membres titulaires au comité social et économique, ils émettent en réalité plusieurs votes : un pour choisir leurs représentants élus, un pour calculer l'audience électorale personnelle de chaque candidat, un pour déterminer la représentativité des organisations syndicales dans l'entreprise jusqu'au niveau national interprofessionnel.
Dans la dernière réforme du droit du travail[619], le législateur n'a pas remis en cause la multiplicité des choix qu'expriment les travailleurs-électeurs, en un bulletin, au premier tour des élections des titulaires au comité social et économique (§1). Il n'a pas non plus limité la possibilité pour tout travailleur-éligible de présenter plusieurs candidatures (§2), comme membre au comité social et économique et comme délégué syndical. Le législateur est simplement intervenu pour limiter dans le temps le cumul de mandats des membres au comité social et économique (§3).

§ 1.La multiplicité des choix en un bulletin

212. Représentants du personnel et représentants syndicaux. Dans les entreprises de plus de 50 salariés, le premier tour des élections professionnelles a deux objectifs : élire la représentation du personnel et déterminer la représentation syndicale.
Le premier tour de l'élection des titulaires au comité social et économique mérite une attention particulière. En effet, en un seul bulletin, trois choix sont *a minima*[620] effectués par le travailleur-électeur. Lorsqu'il se prononce en faveur d'une liste au premier tour, il apporte ainsi sa voix aux candidats à la fonction de membre au comité social et économique, à l'organisation syndicale qui a présenté ladite liste et aux candidats à la fonction de délégué syndical dont il a choisi de ne pas raturer les noms[621].
Dans ce système, l'électeur ne peut différencier son vote selon qu'il s'agit de choisir les représentants élus ou d'accorder une certaine audience aux candidats à la fonction de délégué

[619] Ord. des 22 et 29 sept. 2017 ; L. n° 2018-217, 29 mars 2018 : *op. cit*.

[620] Il fait ajouter la représentativité des organisations syndicales au niveau des branches professionnelles et au niveau national interprofessionnel.

[621] V. *supra*, n° 161 (membre élu du comité social et économique) et 198 (délégué syndical).

syndical. S'il souhaite voter en faveur d'une liste et de certains candidats pour l'élection des membres au comité social et économique, il vote également – de manière automatique – pour l'organisation syndicale qui a présenté cette liste et ses candidats qui ambitionnent d'être délégués syndicaux. Au premier tour des élections professionnelles, choisir son représentant du personnel revient à accorder une audience au même candidat qui peut également ambitionner de devenir délégué syndical[622]. Le cumul des choix, en un seul bulletin, encourage par lui-même le cumul des mandats ; sous réserve que le représentant élu au comité social et économique soit aussi désigné à la fonction de délégué syndical par une organisation syndicale représentative.

Le législateur prévoit lui-même le cumul possible de mandats. L'article L. 2143-6, alinéa 1, du Code du travail dispose que « *dans les établissements qui emploient moins de cinquante salariés, les syndicats représentatifs dans l'établissement peuvent désigner, pour la durée de son mandat, un membre de la délégation du personnel au comité social et économique comme délégué syndical* ». Et l'article L. 2143-9 du Code du travail d'ajouter que « *les fonctions de délégué syndical sont compatibles avec celles de membre de la délégation du personnel au comité social et économique ou de représentant syndical à ce comité* ». La jurisprudence a suivi cet élan comme en témoigne un arrêt du 20 juin 2012 dans lequel elle précise que « *le délégué du personnel suppléant assurant ce remplacement* [du délégué du personnel titulaire] *peut, pour la durée de celui-ci, être désigné comme délégué syndical* »[623].

§ 2.Les diverses possibilités de candidatures

213. Représentants du personnel. Le droit du travail n'interdit pas aux travailleurs-éligibles d'être candidats aux différentes fonctions pour lesquelles le suffrage des travailleurs doit être recueilli.

Avant l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, dans une entreprise de plus de 50 salariés, tout travailleur-éligible pouvait être candidat à quatre scrutins : l'élection des délégués du personnel titulaires, l'élection de leurs suppléants[624], l'élection des membres titulaires du

[622] Sous réserve que le candidat qui satisfait au critère d'audience personnelle soit ensuite désigné par une organisation syndicale représentative.

[623] Cass. soc., 20 juin 2012, n° 11-61.176 : *Bull. civ. V, n° 193* ; *Dr. soc. 201, p. 858 et s., obs. F. PETIT* ; *JCP S 2012, 1361, note B. GAURIAU*.

[624] C. trav., art. L. 2314-21, al. 3.

comité d'entreprise et l'élection de leurs suppléants[625]. Depuis 2017, la création d'une instance unique de représentation du personnel (comité social et économique), a réduit le nombre de scrutins à deux. Tel en dispose l'article L. 2314-26, alinéa 3, du Code du travail : « *il est procédé à des votes séparés pour les membres titulaires et les membres suppléants, dans chacune des catégories professionnelles formant des collèges distincts* ». Rien, dans la loi, n'empêche le travailleur d'être candidat sur la liste présentée à chacun de ces scrutins. La jurisprudence a néanmoins restreint la possibilité pour un candidat élu d'être à la fois membre titulaire et membre suppléant des institutions représentatives du personnel. Dans un arrêt du 10 mai 2012, la Cour de cassation a indiqué qu'« *un salarié peut se porter candidat à une même fonction en qualité de titulaire et en qualité de suppléants* […] *Toutefois, ne pouvant être élu en cette double qualité, sa candidature en qualité de suppléant présente un caractère subsidiaire* »[626].

Le professeur Franck Petit décrit ce système comme une « *hiérarchie entre les candidatures* »[627]. Pour autant, nous avons souligné que le travailleur peut se porter candidat à tous les scrutins que propose le système des élections professionnelles. La jurisprudence n'impose donc pas une hiérarchie entre les candidatures mais une « hiérarchie entre les mandats ». Le droit du travail entretient ainsi deux ambiguïtés que la réforme de 2017 n'a pas effacées.

214. Démission automatique. Premièrement, si le cumul des candidatures est autorisé, celui des mandats est prohibé au sein d'une même institution représentative du personnel. Dans le même arrêt, la Cour de cassation a d'ailleurs précisé qu'« *ayant été élu comme suppléant au premier tour des élections, il* [le candidat] *peut se présenter au second tour et être élus comme titulaire, perdant alors la qualité subsidiaire de suppléant* »[628]. La jurisprudence impose au nouvel élu titulaire de délaisser son mandat de suppléant, qui lui a pourtant été démocratiquement confié par la collectivité des travailleurs. Le travailleur-élu n'a donc pas le choix entre le mandat de titulaire et celui de suppléant.

À l'inverse, le citoyen-élu pour deux mandats dont le cumul est prohibé, a le choix du mandat qu'il souhaite délaisser et celui qu'il souhaite conserver.

---

[625] C. trav., art. L. 2324-19, al. 3.

[626] Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-18.912 : *Bull. civ. V, n° 138*.

[627] F. PETIT, La double candidature comme titulaire et suppléant : *Dr. soc. 2012, p. 752 et s*.

[628] Cass. soc., 10 mai 2012, *op. cit*.

215. Démission volontaire. Deuxièmement, la probihition du cumul des mandats au sein de l'actuel comité social et économique s'applique également entre le mandat de membre élu, titulaire ou suppléant, et le mandat de représentant syndical audit comité. La Cour de cassation a statué ainsi dans un arrêt du 11 septembre 2019 : « *un salarié ne peut siéger simultanément dans le même comité social et économique en qualité à la fois de membre élu, titulaire ou suppléant et de représentant syndical auprès de celui-ci, dès lors qu'il ne peut, au sein d'une même instance et dans le même temps, exercer les fonctions délibératives qui sont les siennes en sa qualité d'élu, et les fonctions consultatives liées à son mandat de représentant syndical lorsqu'il est désigné par une organisation syndicale* »[629]. Et la Cour de cassation d'ajouter que le travailleur, élu au comité social et économique, doit « *opter entre cette fonction et celle de représentant syndical à ce même comité* »[630].
Contrairement à la première situation, le travailleur-élu dispose d'un choix entre deux fonctions ; à l'image de ce que prévoit le système politique.

216. Proposition. Dans le système politique, de nombreux rapports successifs recommandent la diminution du cumul des mandats[631]. Dans les relations collectives de travail, cette diminution sera la conséquence de la généralisation des conseils d'entreprises ; dont la mise en place est subordonnée – pour l'heure – à la volonté des négociateurs dans l'entreprise[632].
Le cumul des mandats est actuellement la conséquence directe du cumul des choix qu'expriment les travailleurs lors du premier tour des élections des titulaires au comité social et économique[633]. Le législateur aurait pu mener une politique plus volontariste en la matière : soit en légitimant le cumul par deux votes distincts des travailleurs, soit en l'interdisant purement et simplement.

[629] Cass. soc., 11 sept. 2019, n° 18-23.764 : *publié au Bulletin* ; *JCP S 2019, 1292, note G. FRANÇOIS.*

[630] *Op. cit.*

[631] V. *infra*, n° 223.

[632] V. *infra*, n° 280 et s.

[633] V. *supra*, n° 212.

Une première évolution consisterait à différencier les scrutins relatifs à la représentation élue du personnel et à la représentation syndicale[634]. Le cumul des mandats serait alors possible uniquement parce que les électeurs auraient élu les mêmes travailleurs, candidats à plusieurs élections simultanément.

La deuxième possibilité viserait à interdire le cumul des mandats si les scrutins devaient ne pas être différenciés[635] ou, dans l'hypothèse inverse, le cumul des candidatures. Aussi, un travailleur-éligible ne pourrait-il pas se présenter aux élections des membres au comité social et économique et aux élections des délégués syndicaux.

§ 3.La limitation récente du cumul dans le temps

217. Principe. En droit du travail, le cumul entre plusieurs mandats représentatifs – représentant du personnel et représentant syndical – est toujours possible. Le faible taux de participation des travailleurs aux relations collectives de travail impose certainement qu'un membre du comité social et économique puisse en même temps être délégué syndical.

Le législateur est cependant intervenu pour poser un principe de limitation du cumul dans le temps au sein du comité social et économique. L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017[636] a, dans les entreprises de plus de 50 salariés, limité à trois le nombre de mandats qu'un travailleur peut successivement exercer comme membre de la délégation du personnel. L'article L. 2314-33 du Code du travail en dispose désormais, tout en prévoyant deux exceptions.

218. Exceptions. Le principe de limitation du cumul dans le temps ne s'applique pas dans les entreprises de moins de cinquante salariés.

Il ne s'applique pas également dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 50 et 300 salariés à condition que le protocole d'accord préélectoral prévoit cette exception. Il revient alors aux acteurs syndicaux qui négocient le protocole avec l'employeur d'inscrire ce sujet à l'ordre du jour. À défaut d'accord sur le sujet, le principe de limitation s'applique. Cela peut créer des situations de carence au détriment de la représentation des travailleurs.

---

[634] V. *supra*, n° 201.

[635] Pour rapprocher le système des relations collectives de travail au système politique, la possibilité pourrait être laissée au travailleur-élu de conserver le mandat de son choix.

[636] Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017, *op. cit* : *JORF 23 sept. 2017, texte n° 31*.

L'exception par voie conventionnelle a été diversement appréciée par les deux chambres parlementaires, comme en témoigne les débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi ratifiant les ordonnances de 2017. Inscrite dans le projet de loi initial, l'Assemblée nationale a conservé cette disposition. Le Sénat a tenté de la supprimer[637]. Elle a finalement été définitivement réintroduite dans le texte par la commission mixte paritaire[638] et adoptée par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018[639]. Il existe donc des divergences politiques parmi les parlementaires sur la question du non cumul des mandats dans le temps en droit du travail ; à l'image du débat qui agite l'opinion relatif au cumul des mandats dans le système politique[640]. Nonobstant, en dehors des exceptions qui s'appliquent de manière automatique dans les entreprises de moins de 50 salariés ou qui doit être prévue dans celles entre 50 et 300 salariés, les parlementaires se sont accordés sur le fait qu'aucun protocole, ni accord collectif ne saurait déroger au principe de limitation du cumul de mandats dans le temps dans les entreprises de plus de 300 salariés.

219. Portée. Néanmoins, ce principe est de faible portée en raison du caractère successif du nombre de mandats cumulés. En effet, rien n'interdit, par exemple, à un travailleur élu membre au comité social et économique à deux reprises de ne pas se présenter aux élections professionnelles suivantes. S'il doit se représenter quatre ans après, il repartira à zéro et pourra alors cumuler à nouveaux au moins deux mandats successifs. Rien ne lui interdit de contourner l'interdiction législative à plusieurs reprises.

Dans le système politique, la question du cumul de mandats dans le temps a été récemment mise en débat sans qu'aucune décision n'est pour l'instant été prise. Le système politique se différencie de celui des relations collectives de travail également sur le sujet du cumul de plusieurs mandats différents. La simultanéité du cumul est autorisée en droit du travail ; elle fait l'objet d'une limitation en droit électoral.

[637] V. texte n° 44 modifié par le Sénat le 24 janvier 2018.

[638] V. texte n° 81 adopté par l'Assemblée nationale le 6 fév. 2018 ; texte n° 59 adopté par le Sénat le 14 fév. 2018.

[639] L. n° 2018-217, 29 mars 2018, *op. cit.*, art. 6.

[640] L. OLIVIER, La perception du cumul des mandats – Restrictions contextuelles et politiques à un apparent consensus : *RF sc. pol. 1998, p. 756 et s*.

Section 2. La limitation simultanée en droit électoral

220. Cumul. Le législateur tend à limiter voire à interdire le cumul simultané des mandats dans le système des élections politiques (§1). La limitation de ce phénomène dans le système politique est renforcée par la séparation des scrutins (§2) qui a deux conséquences : le vote de du citoyen-électeur n'exprime qu'un seul choix (celui du candidat pour lequel il vote) et le cumul de mandats est légitimé par le choix des citoyens d'élire majoritairement le même candidat lors de scrutins différents.

§ 1.La limitation et l'interdiction

221. Notions. « *Le cumul est le fruit d'une longue tradition implantée dans le système français* »[641]. Comme le décrit Hanan Qazbir, le régime du cumul des mandats a suivi deux mouvements dans l'histoire du droit électoral.
Avant 1985, le principe était celui de l'absence d'interdiction du cumul des mandats. Depuis 1985, le principe est affaibli : le législateur procède à la « limitation » du cumul des mandats et, depuis peu de temps, à leur « interdiction »[642].

222. Limitation. L'étape de la limitation du cumul des mandats a débuté par le vote de deux lois en date du 30 décembre 1985[643]. Celles-ci ont rendu le mandat parlementaire incompatible avec l'exercice de plus d'un des mandats électoraux ou fonctions électives suivants : représentant à l'assemblée des communautés européennes, conseiller régional, conseiller

[641] H. QAZBIR, Le mandat parlementaire face au nouveau régime du cumul : *RFDC, n°103, PUF, 2015, pp. 633-656*.

[642] H. QAZBIR, *op. cit*, p. 646 : « *l'évolution de la décentralisation par le renforcement progressif des pouvoirs exécutifs locaux a provoqué en partie les réformes en matière de cumul* » ; V. *contra* : M. DEBRÉ, Trois caractéristiques du système parlementaire français : *RF sc. pol.*, 1995, p. 27 : le cumul des mandats est l'un « *des procédés de la centralisation française* ».

[643] LO. n° 85-1405, 30 déc. 1985, tendant à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions électives par les parlementaires : *JORF, 31 déc. 1985, p. 15503* ; L. n° 85-1406, 30 déc. 1985, tendant à limiter le cumul des mandats électoraux et des fonctions électives : *JORF, 31 déc. 1985, p. 15504*.

général, conseiller de Paris, maire d'une commune de 20000 habitants ou plus autre que Paris, adjoint au maire d'une commune de 100000 habitants ou plus autre que Paris[644].

Le Parlement est à nouveau intervenu le 5 avril 2000[645]. Une loi organique a poursuivi un objectif principal[646] : rendre incompatible le mandat de député ou de sénateur avec celui de membre du Parlement européen[647]. Une loi ordinaire a interdit à un élu de cumuler plus de deux mandats électoraux locaux[648] : conseiller régional, conseiller à l'Assemblée de Corse, conseiller général [départemental désormais], conseiller de Paris et conseiller municipal[649].

223. Interdiction. Deux lois du 14 février 2014 ont élargi le champ des incompatibilités entre un mandat parlementaire et l'exercice de fonctions exécutives locales au sein des collectivités territoriales et des établissements publics de coopération intercommunale, à compter du renouvellement des chambres parlementaires en 2017. En effet, concernant les parlementaires nationaux, l'article LO 141-1 du Code électoral dresse la liste des mandats pour lesquels pourrait naître une situation d'incompatibilité. Concernant les représentants au Parlement européen, la loi du 7 juillet 1977[650], modifiée par la loi du 14 février 2014[651], rend incompatible le mandat de représentant au Parlement européen avec les fonctions mentionnées à l'article LO 141-1 du Code électoral.

---

644 C. élec., art. LO 141.

645 LO. n° 2000-294, 5 avr. 2000, relative aux incompatibilités entre mandats électoraux : *JORF, 6 avr. 2000, p. 5238* ; L. n° 2000-295, 5 avr. 2000, relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions et à leurs conditions d'exercice : *JORF, 6 avr. 2000, p. 5239*.

646 Le projet de loi proposait un deuxième objectif : rendre incompatible le mandat de député ou de sénateur avec l'exercice des fonctions exécutives des collectivités territoriales (président d'un conseil régional, d'un conseil général, maire, président du conseil exécutif de Corse).

647 C. élec., art. LO 137-1, al. 1.

648 En supprimant de la liste le mandat de représentant au parlement européen.

649 C. élec., art. L. 46-1, al. 1.

650 L. n° 77-729, 7 juill. 1977, relative à l'élection des représentants au Parlement européen, art. 6-3 II : *JORF, 8 juill. 1977, p. 3579*.

651 L. n° 2014-126, 14 fév. 2014, interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de représentant au Parlement européen : *JORF, 16 fév. 2014, texte n° 2*.

224. Simultanéité. Ces différentes évolutions nous montrent que le processus de limitation du cumul des mandats est en marche dans le système politique. Il faut néanmoins distinguer selon que le cumul des mandats est limité dans leur nombre ou dans le temps.

Concernant le nombre de mandats cumulables, le législateur a dû trancher entre deux propositions : la diminution partielle ou la suppression totale du cumul de plusieurs mandats. Dans le cadre du débat qui a précédé l'adoption des lois de février 2014[652], la commission de rénovation et de déontologie de la vie publique préconisait de « *rendre incompatible le mandat de parlementaire avec tout mandat électif autre qu'un mandat simple à compter des prochaines élections locales* »[653]. La commission nationale consultative des droits de l'Homme recommandait quant à elle de « *mettre fin de manière stricte au cumul des mandats. Une telle réforme devrait être plus ambitieuse et plus large que le projet de loi organique interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur et le projet de loi interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de représentant au Parlement européen* »[654].

En 2014, le débat s'est centralisé sur le cumul entre un mandat parlementaire et un mandat local comportant des fonctions exécutives au sein d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public de coopération intercommunale. L'exposé des motifs des projets de lois déposés en 2014 précisait que cette réforme s'inscrivait principalement dans la continuité de la « *profonde évolution du travail parlementaire depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008* ». Une telle évolution demande du temps. La question du cumul entre un mandat parlementaire et un mandat pour l'exercice de fonctions exécutives locales, n'a été qu'une première étape avant que le législateur n'intervienne sur le cumul de mandats locaux.

Le débat, ouvert à ce sujet dans le cadre de la réforme législative de 2014, n'a pas modifié le possible cumul de plusieurs mandats électoraux. En effet, comme en dispose l'article L. 46-1 du Code électoral, rien n'interdit à un élu de cumuler deux mandats avec fonctions exécutives

---

[652] LO n° 2014-125, 14 fév. 2014, interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur : *JORF, 16 fév. 2014, texte n° 1* ; L. n° 2014-126, 14 fév. 2014, interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de représentant au Parlement européen : *op. cit*.

[653] *Pour un renouveau démocratique*, rapport de la commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, nov. 2012, p. 61 (proposition n° 15).

[654] *Avis sur la probité de la vie publique*, rapport de la commission nationale consultative des droits de l'Homme, réunie en assemblée plénière le 27 juin 2013, p. 4.

locales. À cela, il faut ajouter le possible cumul avec un mandat au sein d'un établissement public de coopération intercommunale. Malgré la montée en puissance du phénomène intercommunal[655], ce mandat – électif – n'a pas été intégré dans la liste de l'article susvisé. Il est donc aujourd'hui possible qu'un élu puisse être élu au sein de deux collectivités territoriales et exercer un troisième mandat au sein d'un établissement public de coopération intercommunale[656].

225. Successivité. En 2019, le gouvernement a déposé un projet de loi ordinaire visant à limiter à trois le nombre de mandats successifs qu'un président d'exécutif local[657] ou un parlementaire[658] pourra exercer. Deux remarques doivent être faites à ce sujet.
Premièrement, le gouvernement préfère limiter les mandats politiques dans le temps plutôt que de poursuivre la limitation du cumul de différents mandats simultanément. Il oriente ainsi le débat sur la même question, quel que soit le système (politique ou des relations collectives de

[655] V. par ex. : L. n° 2010-1563, 16 déc. 2010, de réforme des collectivités territoriales : *JORF, 17 déc. 2010, texte n° 1*.

[656] Pourtant les membres de l'assemblée des établissements publics de coopération intercommunale sont élus par « fléchage » car issu de la liste des candidats aux élections municipales (la liste des candidats aux élections intercommunales n'étant pas dissociables de celle aux élections municipales) ; « *contrairement à ce que pensent certains élus, les élections des membres de l'assemblée des établissements publics de coopération intercommunale ne sont pas indirectes puisque la liste des candidats est présentée aux citoyens-électeurs* », propos de M. Pierre BERGÈS, directeur de cabinet de Mme Estelle GRELIER, ancienne secrétaire d'État chargée des collectivités territoriales, lors de séminaire de formation Condorcet à Paris les 28 et 29 juin 2016 ; V. communiqué de l'Association des Maires de France et des Présidents d'intercommunalités (AMF), 10 juill. 2015 : « *l'AMF se félicite* […] *du retrait* [au sein du projet de loi NOTRe] *de l'élection au suffrage universel direct des conseillers communautaires, en dehors du périmètre communal. En créant une nouvelle collectivité de plein exercice, c'est la disparition des communes, auxquelles les Français sont pourtant très attachés* ».

[657] Art. 5 du projet de loi ordinaire pour un renouveau de la vie démocratique.

[658] Art. 11 du projet de loi ordinaire pour un renouveau de la vie démocratique ; le projet avance que « *le Conseil constitutionnel reconnaît* […] *une marge de manœuvre réelle au législateur organique pour définir des cas d'inéligibilité en application de l'article 25 de la Constitution* (relatif au régime des inéligibilités et incompatibilités pour chaque assemblée parlementaire) ». Il ajoute que « *l'interdiction ne concerne que le mandat identique* » et qu'elle « *vise trois mandats complets et successifs* ». Cette argumentation est appuyée par une décision du Conseil constitutionnel du 28 juillet 2011 qui a jugé consforme à la Constitution le principe de la limitation à deux mandats de cinq ans sucsessifs à la présidence de la Polynésie française (Cons. Const., 28 juill. 2011, n° 2011-637 DC : *JORF, 3 août 2011, p. 13232*).

travail). En témoigne la récente limitation du nombre de mandats successifs de membres au comité social et économique, alors qu'il n'interdit toujours pas le cumul de mandats de représentant élu et de représentant syndical. La réforme envisagée pourrait rapprocher le système des relations collectives de travail et le système politique en ce qu'ils limiteraient tous deux le cumul de mandats dans le temps.

Deuxièmement, le gouvernement a pour objectif de limiter le nombre de mandats successifs à la même fonction. Le rapprochement entre les deux systèmes est donc ici visible en ce qu'il s'agit de limiter dans le temps le nombre de mandats à la même fonction et non tous les mandats dans leur globalité. Il aurait pu être proposé que tout citoyen ne puisse cumuler – successivement ou non – plus de trois mandats, sans distinction.

La réforme ne va pas aussi loin et le gouvernement souhaite laisser la liberté au citoyen qui a cumulé successivement trois fois la présidence d'un exécutif local de se présenter à la présidence d'un exécutif local d'une autre catégorie de collectivité. Un président de conseil départemental, qui a exercé à trois reprises successives ce mandat, pourra se présenter comme maire pour exercer trois fois ce mandat. Il en va de même pour les parlementaires. Rien n'empêche un citoyen élu député à trois reprises successivement, de prétendre au mandat de sénateur, pour trois mandats.

Le « renouveau de la vie démocratique », appelé des vœux de la commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, rencontre donc quelques limites dans le système politique – limites décidées par les acteurs politiques auxquels elles s'appliquent.

§ 2.La séparation des scrutins

226. Incompatibilité. Le système politique laisse la possibilité au citoyen de se présenter à toute élection s'il réunit les critères d'éligibilité[659]. Le droit électoral ne se soucie néanmoins pas de l'éventuelle incompatibilité entre les mandats en cours et celui auquel l'élu prétend. La loi prévoit seulement un système dans lequel l'élu est appelé à choisir *a posteriori* le mandat qu'il souhaite conserver et celui duquel il souhaite démissionner. À défaut, il s'agit d'une démission obligatoire du mandat le plus ancien. En 2017, par exemple, un maire a pu être

[659] V. *supra*, n° 51 et s.

candidat aux élections législatives ou à la présidence d'une autre collectivité territoriale[660] et, en cas de victoire, choisir *a posteriori* le mandat qu'il a souhaité continuer à exercer.

Un tel système permet au citoyen d'acquérir une notoriété par la victoire aux élections locales. Fort de celle-ci, l'élu local peut se présenter aux élections nationales. En cas de victoire, il devra ensuite choisir de démissionner d'un ou plusieurs mandats exécutifs locaux. L'interdiction croissante du cumul simultané des mandats et le renforcement du rôle des compétences des collectivités territoriales[661] et des missions des parlementaires[662], devraient amener le législateur à se préoccuper de ce phénomène. La problématique sous-jacente est la suivante : en raison de l'incompatibilité d'exercice simultané d'un mandat exécutif local et d'un mandat national, l'élection au premier ne devrait-elle pas rendre l'élu inéligible pour l'élection au second ?

Proposer cette inéligibilité interroge sur l'atteinte portée au droit d'éligibilité, condition pour qu'un citoyen puisse se porter candidat. Selon l'article 34 de la Constitution, il revient au législateur de fixer les règles concernant « *le régime électoral des assemblées parlementaires* [et] *des assemblées locales* ». Il a ainsi la liberté de renforcer les conditions d'inéligibilité et de prévoir qu'un élu qui exerce des fonctions exécutives locales soit inéligible à un mandat parlementaire, et inversement[663]. Dans une prochaine réforme, il pourrait opter – sous réserve du contrôle de constitutionnalité – pour l'inéligibilité à un mandat parlementaire d'un élu qui exerce déjà un mandat exécutif local, et inversement. Plutôt que de l'autoriser à se présenter et à effectuer ensuite un choix entre les deux mandats.

227. Renouvellement des élus. En droit électoral, le renouvellement des élus de chaque assemblée locale comme nationale, ou de l'élu à la Présidence de la République fait l'objet de scrutins différenciés. Les citoyens peuvent participer aux différents scrutins organisés

[660] CGCT, art. L. 2122-4, al. 2, L. 3122-3, al. 1, L. 4133-3, al. 1 : les fonctions de maire, président de conseil départemental, président de conseil régional sont incompatibles entre elles ; la fonction de président d'un établissement public de coopération intercommunal n'est pas concernée.

[661] Ainsi que des établissements publics de coopération intercommunale.

[662] V. loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juill. 2008 de modernisation des institutions de la Vè République.

[663] V. *supra*, n° 62 et s. : à l'image des incompatibilités avec certaines fonctions.

séparément pour l'élection des conseillers municipaux[664], départementaux[665], régionaux[666], des députés[667], du Président de la République[668] ainsi que des représentants au Parlement européen[669].

Dans le système des élections politiques, chaque scrutin est bien différencié. À chaque scrutin, un seul vote peut être exprimé ; à l'inverse du droit du travail dans lequel le seul vote exprimé pour l'élection des membres titulaires au comité social et économique cache en réalité plusieurs choix exprimés par le travailleur-électeur[670].

228. Établissement public de coopération intercommunale. Il existe néanmoins une exception au principe précité d'un unique vote par scrutin. Pour le renouvellement des élus d'un établissement public de coopération intercommunale, le système dit de « fléchage » a été privilégié par le législateur dans la loi en date du 17 mai 2013[671] et pose la question de la multiplicité des votes lors de l'élection municipale.

En effet, dans les communes de 1000 habitants et plus, deux listes doivent être présentées sur le même bulletin de vote. La première liste présente les candidats à l'élection municipale. La deuxième liste présente les candidats à l'élection communautaire qui doivent obligatoirement être issus de la première liste. Ce mode de scrutin est critiquable au regard des réserves

---

[664] C. élec., art. L. 252 et s. (communes de moins de 1000 habitants) ; C. élec., art. L. 260 et s. (communes de 1000 habitants et plus).

[665] C. élec., art. L. 191 et s.

[666] C. élec., art. L. 336 et s. ; V. C. élec., art. L. 336, al. 3 : « *les élections ont lieu en même temps que le renouvellement général des conseillers départementaux* ». Cependant, le législateur avait prévu un système dérogatoire en fixant le renouvellement général des conseillers régionaux en décembre 2015 alors que le renouvellement général des conseillers départementaux avait eu lieu en mars de la même année (L. n° 2015-29, 16 janv. 2015, relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral, art. 10 II 1° : *JORF, 17 janv. 2015, texte n° 1*).

[667] C. élec., art. L. 123 et s.

[668] Const., art. 6.

[669] L. n° 77-729, 7 juill. 1977, relative à l'élection des représentants au Parlement européen, art. 3 : *JORF, 8 juill. 1977, p. 3579* (modifiée par L. n° 2018-509, 25 juin 2018, relative à l'élection des représentants au Parlement européen : *JORF, 26 juin 2018, texte n° 1*).

[670] V. *supra*, n° 212.

[671] L. n° 2013-403, 17 mai 2013, relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral : *JORF, 18 mai 2013, texte n° 2.*

précédemment émises sur le cumul des votes et l'automaticité du cumul des mandats. En effet, présenter aux élections municipales deux listes sur le même bulletin de vote et avec les mêmes candidats sur l'une et sur l'autre, revient à encourager le cumul des mandats : ceux de conseiller municipal et de conseiller communautaire.

229. Fonctions ministérielles. Enfin, notons qu'un rapport de la commission de rénovation et de déontologie de la vie publique a abordé le cumul des mandats sous un angle nouveau : le « *cumul des mandats par les ministres* […] *contestable au regard des exigences des fonctions électives locales* »[672].

La commission proposait d'« *interdire le cumul de fonctions ministérielles avec l'exercice de tout mandat local* »[673]. Elle préconisait de supprimer le terme « parlementaire » dans l'article 23 de la Constitution du 4 octobre 1958, autrement rédigé : « *les fonctions de membre du Gouvernement sont incompatibles avec l'exercice de tout mandat* ». Cette proposition avait déjà été commentée en 2007 par le rapport du comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vè République[674].

Cette proposition n'a jamais été retenue par le législateur. Néanmoins, elle s'inscrit pleinement dans la philosophie des derniers textes votés au Parlement et constituera certainement la continuité des réformes tendant à la « *limitation* » voire à l'« *interdiction* » du cumul des mandats électoraux. En effet, ces dernières sont fondées sur l'idée que les responsabilités que détiennent les parlementaires et exécutifs locaux nécessitent qu'ils s'y consacrent pleinement pour les assumer. Le rapport de 2012 partait de ce constat en estimant également que le cumul d'une fonction ministérielle et d'une responsabilité locale présente un risque de conflit d'intérêts[675].

---

[672] Rapport de la commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, nov. 2012, p. 56 ; si l'idée semble particulièrement intéressante, il convient de corriger l'utilisation du terme « mandat », les ministres faisant l'objet d'une désignation et n'étant ainsi pas élus par les citoyens. La notion de « fonctions ministérielles » sera préférée.

[673] *Op. cit.*, prop. n° 14.

[674] *Une Vè République plus démocratique*, rapport du comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vè République, oct. 2007, p. 29, prop. n° 18 : « *les fonctions de membre du Gouvernement sont incompatibles avec l'exercice de tout mandat électif* ».

[675] *Op. cit*, *p. 56*.

Conclusion du chapitre II

230. Conclusion. Le système des relations collectives de travail et le système politique tendent progressivement à prendre en compte un phénomène commun : le cumul des mandats. Les deux systèmes abordent cependant cette question sous un *angle différent*. Le système des relations collectives de travail limite ce cumul dans le temps mais pas entre différents mandats, celui de membre du comité social et économique et celui de délégué syndical. Un même travailleur-éligible peut donc, à l'issue des élections professionnelles, participer à la fois à la représentation élue du personnel et à la représentation syndicale. À l'inverse, le système politique entend limiter voire interdire le cumul de plusieurs mandats différents et a seulement ouvert le débat sur le cumul dans le temps. Un *point de convergence* entre les deux systèmes pourrait néanmoins être trouvé sous réserve de l'adoption du projet de loi pour un renouveau de la vie démocratique : la limitation du cumul dans le temps du même mandat.

Les deux systèmes restent très différents sur les *conséquences du vote* de l'électeur. Le système des relations collectives de travail le conçoit à travers des choix multiples exprimés en un seul bulletin ; cumul de choix qui peut entraîner le cumul de mandats. Au premier tour des élections professionnelles, les travailleurs-électeurs choisissent leurs représentants élus en même temps qu'ils leur accordent une audience électorale personnelle. Il reste alors seulement au travailleur-élu à être désigné par une organisation syndicale représentative pour cumuler le mandat de membre au comité social et économique et la fonction de délégué syndical ; c'est-à-dire participer à la fois à la représentation élue et à la représentation syndicale. Dans le système politique, le citoyen-électeur n'exprime qu'un choix à travers son vote et les scrutins sont différenciés. Le cumul de mandats différents par un même citoyen-éligible n'est alors dû qu'au choix des citoyens-électeurs de voter pour le même candidat à des scrutins différents ; alors qu'à l'issue de ces élections, les mandats peuvent être incompatibles.

Conclusion du titre II

231. Conclusion. Dans le système des relations collectives de travail comme dans le système politique, les droits des représentants – à commencer par celui d'être représentant – sont issus du *système électif*.

Derrière ce point commun, se cache néanmoins de nombreuses *différences*. Le système politique n'attache pas davantage de conséquence juridique au premier tour de chaque élection qu'il ne le fait pour le second tour. Le système des relations collectives de travail place au centre de toutes les attentions le premier tour des membres titulaires de la délégation du personnel au comité social et économique. Dans les entreprises de plus de 50 salariés, il permet de déterminer le seul scrutin apte à vérifier – à travers le critère de l'audience électorale – la représentativité des organisations syndicales qui y ont présenté une liste de candidats. Ceci s'explique par la place historique des organisations syndicales dans la vie syndicale française ; tradition qui invite à vérifier la représentativité des organisations syndicales plutôt que la légitimité des acteurs syndicaux qui œuvrent concrètement dans l'entreprise.

Le système des relations collectives de travail et le système politique appréhendent également la question du cumul des mandats en excluant l'interdiction strict de tout cumul. Les deux systèmes y apportent néanmoins des restrictions, différemment selon le système envisagé. Dans les relations collectives de travail, la limitation est temporelle, ce qui permet un renouvellement des travailleurs-élus, tout en évitant de créer des situations de carence si le cumul simultané entre plusieurs mandats devait être interdit. Dans le système politique, le législateur a préféré interdire les mandats nationaux et locaux, sans avoir eu la même ambition pour le cumul des mandats locaux entre eux.

Enfin, le législateur a prévu deux modalités qui permettent une meilleure prise en compte de la volonté du travailleur-électeur : l'établissement de collèges électoraux que ne connaît pas le système politique, et le droit de rature que le système politique n'envisage pas comme un principe général.

Conclusion de la première partie

232. Conclusion. L'existence légale des représentants élus et des représentants syndicaux, nés sous les trois dernières Républiques, aurait pu laisser présager une certaine unité du système des relations collectives de travail et du système politique.

Les démocraties sociale et politique ont pour point commun d'être toutes deux représentatives. Pour autant, elles ne sont pas identiques. La démocratie politique est façonnée par les citoyens qui disposent de la *souveraineté* nationale. La démocratie sociale est déterminée dans sens contours par le législateur, non par les travailleurs eux-mêmes.

Le *principe de participation* permet aux travailleurs d'être électeurs et d'être candidats aux élections professionnelles, puis de participer à la négociation collective avec l'employeur. Cette participation est également prévue pour l'organisation des élections professionnelles ; particularité que ne connaît pas le système politique.

La comparaison entre les deux systèmes montre que les finalités des élections politiques et professionnelles divergent. Les premières permettent l'élection de représentants dans les assemblées locales comme nationales. Les secondes permettent l'élection des représentants au comité social et économique mais surtout, lors du premier tour, ont une importance capitale sur la vie syndicale dans l'entreprise et au-delà. L'audience électorale de chaque organisation syndicale ayant présenté une liste de candidats y est calculée ; leur représentativité en dépend et l'exercice des droits qui s'y attachent.

Les différences relatives à l'organisation comme à la finalité entre les élections politiques et les élections professionnelles ne permettent pas l'établissement d'un *droit électoral commun* aux deux systèmes. La Cour de cassation s'y est essayé un temps. Elle a finalement proclamé au fur et à mesure de ses arrêts les *principes généraux du droit électoral*. Ils constituent un socle commun aux deux systèmes d'élections sans pour autant que toutes les règles soient identiques. Cette adaptation permet de rechercher l'existence d'un droit électoral professionnel qui peut emprunter certaines dispositions à la démocratie politique ; un emprunt nécessairement limité en raison de l'importance du dialogue social dans la phase d'organisation des élections et des spécificités du droit syndical.

PARTIE II. L'ENCADREMENT DE LA DÉMOCRATIE SOCIALE PAR LA DÉMOCRATIE POLITIQUE : REPRÉSENTATION ET PARTICIPATION

233. Encadrement. Les démocraties politique et sociale reposent sur la représentation des citoyens et des travailleurs. Si la souveraineté ou le principe de participation sont propres à chaque système et ne sont pas synonymes, leur exercice est principalement envisagé lors d'élections périodiquement organisées sur le territoire national ou dans l'entreprise.

Dans le système politique, la mise en place effective de la représentation des citoyens au sein de chaque assemblée est une priorité. Le législateur a par exemple prévu que l'élection soit à nouveau organisée, faute de candidats la première fois. Pendant l'exercice de leur mandat par les représentants, les citoyens ne sont que rarement appelés à s'exprimer. La démocratie directe s'efface au profit de la démocratie représentative. Le référendum est juridiquement prévu mais, dans les faits, rarement utilisé.

Le système des relations collectives de travail est fondé sur un équilibre entre démocratie représentative et démocratie participative ou directe. Si le législateur prévoit en priorité l'intervention des délégués syndicaux ou des élus du comité social et économique, il conçoit depuis quelques années que les travailleurs puissent être consultés et donc participer directement au dialogue social.

Les ressemblances entre l'un et l'autre des systèmes s'expliquent par la dépendance de la démocratie sociale envers la démocratie politique. En effet, l'article 34 de la Constitution dispose qu'il revient au législateur de déterminer les principes fondamentaux du droit du travail. Ce sont donc les représentants politiques au niveau national qui déterminent le cadre dans lequel s'exercent les relations collectives de travail. Ils ont choisi que la démocratie sociale (Titre I) et le dialogue social (Titre II) repose concomitamment sur un régime représentatif et participatif. C'est ainsi qu'est conçu le principe de participation en droit du travail.

Au-delà de la comparaison entre le système des relations collectives de travail et le système politique, ce travail propose d'analyser la conception actuelle du principe de participation. Quelle que soit la nature de la représentation – élue ou syndicale –, il convient de s'interroger

sur la « *bonne représentation* »[676] et si la participation directe des travailleurs pourrait être renforcée au sein de l'entreprise.

[676] M. LOUIS, Qu'est qu'une bonne représentation. L'organisation internationale du travail de 1919 à nos jours : Dalloz, 2016.

TITRE I. LA DÉMOCRATIE SOCIALE REPRÉSENTATIVE

234. Définitions. La décentralisation est aujourd'hui le principe d'organisation politique de la France. Elle se définit comme « *celle qui, fondée sur la notion d'intérêt local, donne naissance à des collectivités publiques distinctes de l'État (région, département, commune) dont l'existence et la libre administration par des conseils élus prévues par la Constitution, sont garanties par la loi ; dotées de la personnalité juridique, de l'autonomie financière et d'organes délibérant et exécutif propres, ces collectivités ont en charge, sous le contrôle des tribunaux administratifs et de chambres régionales des comptes, la gestion de biens et de services distincts de ceux de l'État* »[677].

En droit du travail, l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 renvoie au législateur le soin de déterminer « *les principes fondamentaux du droit du travail* [et] *du droit syndical* ». Il aurait ainsi pu choisir de définir seul l'ensemble des règles applicables à la collectivité des travailleurs. S'il a choisi de déterminer lui-même ce qu'il estime fondamental, il renvoie le reste à la négociation collective dans les branches professionnelles et les entreprises.

À travers la décentralisation sociale et la décentralisation politique, le législateur a eu la volonté de laisser aux élus locaux et aux acteurs de la négociation collective le soin d'adapter les décisions aux réalités locales, évolutives dans le temps.

Même si sa mise en œuvre est différente de celle du système politique, la décentralisation en droit du travail (Chapitre I) permet d'envisager les différentes formes de représentation de la collectivité des travailleurs, notamment dans l'entreprise (Chapitre II).

[677] G. CORNU, Vocabulaire juridique : *PUF, 12è éd., 2018, p. 300.*

Chapitre I. Décentralisation

235. Conceptions. La mise en place des décentralisations sociale et politique se ressemblent parfois mais se différencient souvent.

Elle voit dans les deux systèmes l'État confier à certains acteurs infra-étatiques – collectivités locales ou acteurs de la négociation collective – le soin d'agir pour un intérêt supérieur, l'intérêt général ou l'intérêt collectif. La décentralisation se caractérise par l'exercice d'une compétence par une collectivité locale ou la détermination de normes juridiques par les acteurs de la négociation d'entreprise, c'est-à-dire par des acteurs autres que l'État lui-même.

Ces acteurs ne sont pas les mêmes d'un système à l'autre et leurs relations ne s'inscrivent pas dans les mêmes branches du droit. Dans le système politique, la relation s'établie entre des interlocuteurs de droit public. Dans les relations collectives, la relation s'établie dans la sphère privée, entre les délégués syndicaux et un employeur privé. Tels sont les cadres de la décentralisation retenus par le législateur (Section 1).

Dans les deux systèmes, la décentralisation n'a donc pas les mêmes effets (Section 2) au niveau-infra-étatique : libre administration pour les collectivités locales[678], unique capacité de négociation pour les acteurs syndicaux et employeurs. Dans le système politique, elle a été conçue à travers le transfert de compétences étatiques vers les collectivités locales ; dans les relations collectives de travail, selon l'articulation des accords collectifs de niveaux différents.

[678] La qualification de collectivité locale est préférée à celle de collectivité territoriale, retenue par la Constitution, en raison de l'importance croissante des établissements publics de coopération intercommunale dans l'exercice de compétences.

Section 1. Les cadres de la décentralisation

236. Niveaux infra-étatiques. Qu'il s'agisse des relations collectives de travail ou du système politique, le législateur a transféré au niveau infra-étatique certaines prérogatives qui auraient pu être exercées par l'État lui-même. La décentralisation repose, en droit du travail, sur le dialogue social à différents niveaux de négociation (§1) et, en droit public, sur le principe de libre administration – somme toute relatif[679] – des collectivités locales (§2).

§ 1.Les différents niveaux de négociation

237. Dialogue social. Le dialogue social est l'une des composantes de la démocratie sociale, certainement son objectif principal à l'issue des élections professionnelles. En 2008, le législateur a entendu procéder à la rénovation de la démocratie sociale (A). La réforme a été basée sur la confiance manifestée par les acteurs politiques envers les acteurs de la négociation collective (B) notamment pour leur capacité à tenir compte des besoins de la collectivité des travailleurs et à déterminer entre eux, dans certains domaines, des règles adaptées au niveau national interprofessionnel, à la branche professionnelle, au groupe, à l'entreprise voire à l'établissement.

A. La rénovation de la démocratie sociale

238. Démocraties. L'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que « *la loi fixe les principes fondamentaux* […] *du droit du travail* ». Le législateur doit donc fixer le cadre législatif général et renvoyer aux partenaires sociaux le soin d'en déterminer localement les modalités d'application. Il a ainsi eu recours à la décentralisation de certains thèmes de négociation en confiant aux négociateurs à des niveaux infra-étatiques le soin d'adopter des normes juridiques adaptées aux réalités de l'entreprise.
Les dernières réformes montrent notamment que le législateur a souhaité que la volonté des travailleurs eux-mêmes soit mieux respectée à la fois dans le choix de leurs représentants à la négociation collective et dans la défense de l'intérêt collectif au plus près de la collectivité de

[679] V. *infra*, n° 244.

travail. Néanmoins, la « *rénovation* »[680] de la démocratie sociale s'est arrêtée là où la Constitution impose au législateur de déterminer « *les principes fondamentaux du droit du travail* »[681].

S'il y a nécessité que les règles conventionnelles et ceux qui les ont négociées soient considérés comme légitimes pour être acceptés par la collectivité des travailleurs, la démocratie sociale est toujours subordonnée à la démocratie politique, à tout le moins tant que la seconde fixera les règles d'exercice de la première.

239. Légitimité. Au fil des réformes, le législateur a souhaité renforcer la démocratie sociale. Au cours de la dernière décennie, il a procédé en deux temps : le renforcement de la légitimité des représentants des travailleurs puis le renforcement de leurs prérogatives.

Premièrement, en 2008, le législateur a renforcé la légitimité des acteurs syndicaux par l'apparition du critère d'audience électorale mais également par le passage d'une représentativité « descendante » à une représentativité « ascendante »[682].

240. Négociation. Deuxièmement, en 2017, il a renforcé les prérogatives des acteurs syndicaux légitimés dans les entreprises[683]. La négociation collective est placée au cœur d'un triptyque : le législateur appelle les négociateurs à se saisir de tous les domaines prévus dans le « *champ de négociation collective* », pourvu qu'ils respectent les dispositions d'« *ordre public* », et ce n'est qu'à défaut d'accord collectif que des « *dispositions* [législatives] *supplétives* » s'appliquent. Dans ce nouveau schéma de la négociation collective, les négociateurs peuvent choisir de négocier un accord collectif ou bien, par volonté ou par inertie, de s'en remettre à des dispositions supplétives légalement prévues.

S'agissant des « *rapports entre accords d'entreprise* […] *et accords couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, notamment accord de branche* »[684], le législateur a prévu

[680] V. intitulé de la loi n° 2008-789, 20 août 2008 : *JORF 21 août 2008, texte n° 1*.

[681] Const., art. 34.

[682] V. *supra*, n° 183.

[683] Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 5, 6 et 7 : *JORF 23 sept. 2017, texte n° 29*.

[684] Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, relative au renforcement de la négociation collective, art. 1er : *op. cit*.

un système qui repose sur trois régimes différents et que le professeur Jean-François Cesaro qualifie de système de « *prévalence* »[685].

L'article L. 2253-1, alinéa 1er, du Code du travail propose une liste de 13 domaines[686] dans lesquels un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large que l'accord d'entreprise, peut être conclu. L'article L. 2253-1, alinéa 2, du même Code fixe le principe de la primauté de cet accord au champ territorial ou professionnel plus large sur l'accord d'entreprise, sauf si ce dernier « *assure des garanties au moins équivalentes* ».

L'article L. 2253-2 du Code du travail dispose que les négociateurs dans un champ territorial ou professionnel plus large que l'accord d'entreprise, peuvent prévoir une clause de verrouillage dans quatre domaines supplémentaires[687] ; leur accord prime alors sur l'accord d'entreprise sauf si ce dernier « *assure des garanties au moins équivalentes* ».

Enfin, l'article L. 2253-3 du Code du travail dispose que dans les autres matières, l'accord d'entreprise prévaut sur l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large.

---

[685] V. *infra*, n° 250 et s. ; J.-F. CESARO, L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective : *JCP S 2017, 1306*.

[686] « *Les salaires minima hiérarchiques ; les classifications ; la mutualisation des fonds de financement du paritarisme ; la mutualisation des fonds de la formation professionnelle ; les garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale ; 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 ; 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 ; 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 ; l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ; les conditions et les durées de renouvellement de la période d'essai mentionnées à l'article L. 1221-21 du code du travail ; 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 ; 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 ; 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* ».

[687] « *La prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels énumérés à l'article L. 4161-1 ; l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés ; l'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leurs parcours syndical ; les primes pour travaux dangereux ou insalubres* ».

Les nouvelles règles de la négociation collective ont incité le professeur Jean-François Cesaro a qualifié la réforme de 2017 d'« *automne dans les branches professionnelles* »[688] : « *l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 achève de consacrer un mouvement initié depuis la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 qui permet à l'accord d'entreprise de déterminer, par préférence à la branche, la situation collective des salariés* ».

B. La confiance du législateur envers les acteurs de la négociation collective

241. Négociation. En droit du travail, la confiance à l'égard des négociateurs au niveau infra-étatique se traduit « *depuis environ une quinzaine d'années* [par une] *tendance à un renvoi accru à cette négociation* »[689].

La loi du 20 août 2008[690] a, par exemple en matière de durée du travail, confié à l'accord d'entreprise la compétence de principe pour élaborer les règles relatives au contingent d'heures supplémentaires, à la répartition et à l'aménagement des horaires. Les lois du 17 août 2015 dite Rebsamen[691] et du 8 août 2016 dite El Khomri[692] ont renforcé ce système de décentralisation de la négociation notamment en regroupant et en rationnalisant davantage les différents thèmes de négociation au niveau de l'entreprise. L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017, dite Macron[693], a renforcé la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large[694].

Ce mouvement de décentralisation des thèmes de la négociation collective est la traduction de la volonté des gouvernements et législateurs successifs de renforcer le dialogue social dans l'entreprise et de rapprocher la négociation collective au plus près de la collectivité des travailleurs pour tenir compte de leurs préoccupations. Le sociologue Karel Yon critique

---

[688] *Op. cit*.

[689] J.-D. COMBREXELLE, La négociation collective, le travail et l'emploi : *rapp. au Premier ministre, sept. 2015, p. 19*.

[690] L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : *JORF 21 août 2008, texte n° 1*

[691] L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi : *JORF 18 août 2015, texte n° 3*.

[692] L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels : *JORF 9 août 2016, texte n° 3*.

[693] Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, relative au renforcement de la négociation collective : *op. cit*.

[694] V. *supra*, n° 240.

cependant la rénovation de la démocratie sociale en l'analysant comme « *un gouvernement des relations de travail par le « dialogue social »* [davantage qu'] *un accroissement du pouvoir des salariés sur leur travail* »[695]. En effet, les acteurs politiques n'ont eu de cesse de conforter la légitimité des acteurs syndicaux par le biais des élections professionnelles et notamment le critère d'audience électorale apparu en 2008, ainsi que par l'inversion du système de la représentativité[696]. Le sociologue ajoute que « *ce qui importe, c'est moins le fait que les syndicats portent la parole des salariés dans les instances du dialogue social que l'inverse* [à savoir] *qu'ils légitiment auprès des salariés les exigences du dialogue social* »[697]. Cela explique pourquoi l'opinion publique – à l'inverse du législateur – considère qu'un « *contrat de travail négocié dans le secret d'une relation souvent déséquilibrée entre l'employeur et le salarié est, par rapport à l'accord collectif négocié avec des syndicats représentatifs, un meilleur outil de protection des droits des salariés* »[698].

L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017[699] est venue poursuivre ce travail de renforcement du dialogue social dans les entreprises et des accords collectifs qui en sont issus. Lors de la présentation du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnance les mesures pour le renforcement du dialogue social, la Ministre du Travail, Muriel Pénicaud, a affirmé que « *trouver les solutions pour articuler performance sociale et performance économique ne peut se faire qu'au plus près du terrain, dans le dialogue et dans un cadre souple et protecteur. C'est pourquoi le projet de loi comporte* [des] *volets complémentaires pour : renforcer le dialogue social tant dans l'entreprise que dans la branche* [et] *simplifier le dialogue social dans l'entreprise afin de le rendre plus efficace…* »[700].

Le législateur a entendu faire des entreprises et des branches professionnelles les principaux périmètres de négociation. La décentralisation des thèmes de négociation nécessite une

[695] K. YON, La décentralisation de la négociation renforcerait les inégalités de représentation syndicale : *AEF Info, dépêche n° 619313*.

[696] V. *supra*, n° 183.

[697] *Op. cit.*

[698] J.-D. COMBREXELLE, *op. cit., p. 102*.

[699] Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, relative au renforcement de la négociation collective : *JORF 23 sept. 2017, texte n° 29*.

[700] V. point presse, 28 juin 2017.

organisation minutieuse de la négociation à ces deux niveaux[701] ; ce qui désormais peut être prévu à travers des accords de méthode.

242. Accord de méthode. L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017[702] ainsi que la loi du 29 mars 2018[703] ont donné davantage de liberté aux organisations syndicales représentatives et à l'employeur en matière de négociation collective. Au-delà des négociations thématiques, le législateur a offert aux négociateurs d'entreprise la possibilité de convenir entre eux de la méthode à suivre pour la négociation obligatoire à ce niveau. L'article L. 2242-10 du Code du travail dispose que « *peut être engagée, à l'initiative de l'employeur ou à la demande d'une organisation syndicale de salariés représentative, une négociation précisant le calendrier, la périodicité, les thèmes et les modalités de négociation dans le groupe, l'entreprise ou l'établissement* ».

L'accord de méthode permet aux négociateurs d'entreprise d'allonger le délai entre deux négociations sur certains thèmes, par rapport à celui prévu de manière supplétive par la loi, sans pour autant déroger au délai d'ordre public également prévu par la loi. Par exemple, en matière de rémunération ou d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et de qualité de vie au travail[704], la conclusion d'un accord de méthode peut aboutir à ce que l'employeur puisse ouvrir la négociation seulement tous les trois ans ; là où, à défaut d'accord, il aurait dû le faire tous les ans[705], et tout en respectant le délai maximal d'ordre public fixé à quatre ans[706]. En contrepartie, les organisations syndicales représentatives pourraient demander à l'employeur, par voie d'accord collectif de méthode, d'ajouter des sujets sur des thèmes non-prévus aux articles L. 2242-15 et L. 2242-17 du Code du travail.

---

[701] Cette interaction est renforcée par la prévalence de l'accord de branche sur l'accord d'entreprise sur des sujets expressément déterminés aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du Code du travail.

[702] Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, relative au renforcement de la négociation collective : *JORF 23 sept. 2017, texte n° 29*.

[703] L. n° 2018-217, 29 mars 2018, ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social : *JORF 31 mars 2018, texte n° 1*.

[704] C. trav., art. L. 2242-11.

[705] C. trav., art. L. 2242-13.

[706] C. trav., art. L. 2242-1 ; C. trav., art. L. 2242-11 1°.

Au-delà des négociations thématiques, le législateur a donc prévu que les relations collectives de travail internes à l'entreprise soient organisées par ceux qui les entretiennent : organisations syndicales représentatives et employeur.

243. Doctrine. On l'a vu, la construction des relations collectives de travail a été établie sur une certaine confiance du législateur à l'égard des négociateurs à différents niveaux infra-étatiques, et leur laisse ainsi une certaine liberté dans la définition des règles applicables aux travailleurs à ces niveaux.

Une autre conception a été proposée par le groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT) à travers une interprétation plus extensive de l'article 34 de la Constitution. Les auteurs de cette proposition suggèrent *in fine* que le législateur se saisisse plus largement de son pouvoir de détermination des principes fondamentaux du droit du travail en précisant lui-même les modalités concrètes de leur application. Si cet objectif n'est pas explicitement avoué, leur conception réduite du rôle des organisations syndicales représentatives, le laisse penser.

Selon ces chercheurs, les organisations syndicales « *représentent globalement les intérêts des salariés. Elles ne représentent pas les salariés eux-mêmes. Elles ne sont pas leur mandataire. Elles n'ont aucun pouvoir à leur égard. Elles ne peuvent donc les engager* »[707]. Une telle affirmation peut avoir deux conséquences : faire de la collectivité des travailleurs la seule interlocutrice de l'employeur pour la négociation collective ou bien, en raison des difficultés d'application pratique de cette hypothèse, diminuer le recours à la négociation collective. Cela entraînerait alors une recentralisation du pouvoir de détermination des règles en droit du travail au niveau national par le législateur lui-même. Notons cependant que l'objectif essentiel du GR-PACT n'est pas tant d'affaiblir les acteurs syndicaux que de rétablir un véritable principe de faveur.

§ 2.Les collectivités locales

244. Libre administration. Depuis 1958, la Constitution dispose que les collectivités territoriales « *s'administrent librement par des conseils élus* »[708]. En 1982, le mouvement de décentralisation a été enclenché et a permis au législateur de transférer aux collectivités locales

[707] GR-PACT, Proposition du Code du travail (dir. E. DOCKES) : *Dalloz, 2017, p. 120.*

[708] Const., art. 72, al. 3.

des compétences jusqu'alors exercées par l'État[709]. À l'occasion de la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003, le pouvoir constituant a précisé la fonction de ces collectivités. Elles « *ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon* »[710].

Dans le système politique, l'expression démocratique locale a été reconnue tandis que, dans les relations collectives de travail, le principe de participation a été renforcé lorsque les lois Auroux ont institué un véritable droit d'expression des travailleurs sur leurs conditions de travail[711].

En théorie, il existe une différence fondamentale entre le système politique et les relations collectives de travail concernant le cadre dans lequel les compétences s'exercent ou la négociation s'opère. Les élus locaux peuvent librement administrer leurs collectivités ; là où les acteurs syndicaux voire les travailleurs eux-mêmes s'expriment dans l'entreprise sans pour autant disposer d'un pouvoir d'autogestion[712].

245. Compétences exclusives. L'alinéa 5 de l'article 72 de la Constitution dispose qu'« *aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre* ». Il faut donc

[709] L. n° 82-213, 2 mars 1982, relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions : *JORF 3 mars 1982, p. 730*.

[710] L. const. n° 2003-276, 28 mars 2003, relative à l'organisation décentralisée de la République, art. 5 : *JORF 29 mars 2003, texte n° 1*.

[711] J. AUROUX, Les droits des travailleurs, Rapport au Président de la République et au Premier ministre, p. 8-9 : *Doc. fr., sept. 1981* : « *La démocratie économique dans l'entreprise comme dans la cité doit d'abord se nourrir du vécu ; ainsi les travailleurs doivent avoir la possibilité de s'exprimer eux-mêmes directement sur leurs conditions de travail.* […] *Chaque salarié est directement concerné parce qu'il connaît chacun des aspects de son poste de travail et qu'il peut lui-même apporter les solutions aux problèmes susceptibles d'exister.* […] *Le droit d'expression doit être direct, porter sur les conditions de travail, s'organiser autour du groupe ou de la cellule de travail, mettre en œuvre les compétences de l'encadrement et prévoir l'articulation nécessaire avec les fonctions et les responsabilités des institutions représentatives et le nécessaire contrôle syndical sur la définition des procédures* ».

[712] J. LE GOFF, Les lois Auroux, 20 ans après : *Dr. soc. 2003, p. 703* ; C. GUILLAUME, La CFDT. Sociologie d'une conversion réformiste : Pour une histoire du travail, PU Rennes, 2014 ; Y. KRUMENACKER, J.-F. CULLAFROZ, CFDT 1968-2018. Transformer le travail ? Transformer la société ? Des luttes autogestionnaires au réformisme : *Chronique sociale, 2018* ; F. GEORGI, Autogestion, la dernière utopie ? : *Publications de la Sorbonne, 2003*.

comprendre que les collectivités territoriales – encore aujourd'hui[713] – au nombre de trois (conseil régional, départemental ou communal) peuvent s'administrer librement par rapport à l'État mais aussi indépendamment les unes des autres. Les projets choisis par une collectivité pour l'exercice de ses compétences ne peuvent être remis en cause par les deux autres. Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales permet donc aux différentes structures d'être placées au même niveau infra-étatique, sans hiérarchie entre elles. Cela vaut pour les compétences exclusives transférées aux collectivités locales mais doit être relativisé s'agissant des compétences partagées.

246. Compétences partagées. Au fil des lois de décentralisation, le législateur a parfois prévu que l'exercice de certaines compétences puisse être partagé entre plusieurs collectivités. Il en va par exemple de la politique sportive, culturelle, touristique, etc[714]. Deux situations peuvent alors se présenter : chaque collectivité exerce la compétence sans concertation avec les autres ou bien les collectivités choisissent d'exercer collectivement la compétence partagée.

Dans le premier cas, chaque collectivité exerce la compétence partagée selon les moyens budgétaires qu'elle a choisis d'y consacrer en toute indépendance par rapport aux autres collectivités.

Dans le second cas, les élus de l'ensemble des collectivités qui doivent exercer la compétence partagée choisissent l'échelon territorial le plus pertinent pour mener la politique publique. L'indépendance de chaque collectivité devient alors relative car leur quote-part de financement dépend de leur possibilité de la définir conjointement.

Par exemple, un syndicat peut être créé entre différentes collectivités pour une politique touristique. Chaque collectivité locale peut abonder financièrement ce syndicat afin qu'il mette en place la politique choisie par les élus de l'ensemble des collectivités partenaires. Néanmoins, ce fonctionnement place les élus de la collectivité qui participe financièrement le plus, en

[713] L'établissement public de coopération intercommunale pourrait être reconnu comme une collectivité territoriale. Le doute est permis après que le Conseil constitutionnel l'ait ainsi qualifié dans sa décision relative à la loi de finances pour 2020 (Cons. Const., 27 déc. 2019, n° 2019-796 DC, point 25 : *JORF 29 déc. 2019, texte n° 3* : « *ce transfert de fiscalité entre les communes et leur établissement public de coopération intercommunale serait sans influence sur le montant global de la compensation attribué à l'ensemble de ces collectivités territoriales en 2020* »).

[714] CGCT, art. L. 1111-4, al. 2.

position de force pour définir la ligne politique à suivre par rapport aux élus des collectivités qui participent le moins.

247. Pratique. En pratique, le principe de libre administration des collectivités locales, prévu par la Constitution, est relatif. L'exercice par lesdites collectivités de compétences décentralisées se heurte souvent à leurs ressources financières. Si les compétences sont transférées par l'État aux collectivités locales, les recettes nécessaires à l'équilibre budgétaire ne le sont que rarement.

L'interférence de l'État sur le fonctionnement des collectivités locales, notamment sur le plan financier, entraîne une décentralisation en demi-teinte. Deux exemples le démontrent : le pacte de confiance et la refonte de la fiscalité locale.

En effet, l'État a dernièrement imposé la conclusion d'un « pacte de confiance »[715] avec les trois cent collectivités locales les plus importantes. Ce pacte doit participer à la réduction du déficit public mais également encourager les élus à avoir une bonne gestion desdites collectivités. Par ce pacte, l'État demande à ces collectivités de ne pas augmenter leurs dépenses de fonctionnement de plus de 1,2% chaque année[716]. La libre administration des collectivités locales est alors toute relative car l'État s'immisce dans leur fonctionnement et leur promet des crédits d'investissement.

À cela s'ajoute la refonte de la fiscalité locale[717] dont les collectivités tirent leurs principales ressources financières. L'une de ces mesures est caractérisée par la suppression de la taxe d'habitation pour laquelle l'État a promis la compensation intégrale sous forme de dotation étatique. La libre administration des collectivités locales est alors fragilisée en raison de la réduction de leur possibilité de lever l'impôt. Pour autant, dans sa décision en date du 27 décembre 2019, le Conseil constitutionnel n'a reconnu aucune atteinte à l'autonomie financière des collectivités territoriales[718].

---

[715] Aussi appelé « contrat de Cahors » ; L. n° 2018-32, 22 janv. 2018, de programmation des finances publiques pour les années 2018 à 2022, art. 29 : *JORF 23 janv. 2018, texte n° 1*.

[716] En contrepartie, sont promis des crédits étatiques supplémentaires pour les projets d'investissement portés par les collectivités locales.

[717] D. BUR, A. RICHARD, Rapport sur la refonte de la fiscalité locale : *rapp. au Premier Ministre, 9 mai 2018*.

[718] Cons. Const., 27 déc. 2019, n° 2019-796 DC, point 27 : *op. cit.* ; l'un des motifs du Conseil constitutionnel est qu'« *aucune exigence constitutionnelle n'impose que la suppression ou la réduction d'une recette fiscale perçue*

S'ajoute également la non-compensation intégrale par l'État des dépenses liées aux compétences transférées aux collectivités locales. L'alinéa 4 de l'article 72-2 de la Constitution dispose pourtant que « *tout transfert de compétences entre l'État et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice* ». Il en va par exemple du revenu de solidarité active majoritairement financé par les recettes locales que perçoivent les conseils départementaux eux-mêmes alors que cette compétence étatique leur a été transférée par le législateur[719].

248. Proposition. À l'indépendance relative des collectivités locales, s'ajoute la question de leur surnombre. En effet, depuis le début du phénomène de décentralisation, le législateur ne s'est que trop peu intéressé à la rationalisation de l'action publique au niveau local. Il a préféré inscrire dans la loi et généraliser des dispositifs expérimentaux issus d'initiatives locales. C'est ainsi que le fait communautaire, par la mutualisation des investissements entre différentes communes, a donné naissance au phénomène de l'intercommunalité en voie d'acquérir le statut de véritable collectivité territoriale[720].

Sur ce point, le législateur devrait reprendre la méthode qu'il a suivie pour rénover les relations collectives de travail. Il a renforcé la légitimité des acteurs syndicaux avant de redéfinir les rapports entre les différents niveaux de négociation. Transposé au système politique, il s'agirait alors de renforcer la légitimité des élus locaux et de poursuivre la clarification des compétences entre collectivités locales ; ce qui n'exclut pas la suppression d'une ou plusieurs d'entre elles.

Une telle réforme du système politique pourrait même dépasser celles réalisées dernièrement en droit du travail notamment celle issue des ordonnances Macron qui unifie les deux types de représentation – élue et syndicale – de la collectivité des travailleurs au sein du conseil d'entreprise[721].

---

par des collectivités territoriales soit compensée par l'allocation d'un montant de recettes comparable » (point 25).

[719] L. n° 2007-1223, 21 août 2007, en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat : *JORF 22 août 2007, texte n° 1* (expérimentation dans 34 départements) ; L. n° 2008-1249, 1er déc. 2008, généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion : *JORF 3 déc. 2008, texte n° 1*.

[720] V. *supra*, n° 245.

[721] V. *infra*, n° 280 et s.

Il reviendrait au pouvoir constituant – aux citoyens directement ou à leurs représentants – de déterminer le nombre exact de collectivités mais avant tout de faire preuve de pédagogie pour que les citoyens comprennent bien les compétences de chaque collectivité et ainsi l'utilité de leur vote au moment des élections organisées pour le renouvellement des assemblées. Vertu pédagogique que ne possédaient pas les réformes en droit du travail tant il est toujours possible qu'en un même bulletin le travailleur exprime au moins six votes différents : élection des membres de la délégation du personnel au comité social et économique[722], détermination de l'audience électorale collective des organisations syndicales[723], détermination de l'audience électorale personnelle des candidats à la fonction de délégué syndical[724], détermination de la validité des accords collectifs d'entreprise[725] (sinon déclenchement éventuel d'une consultation de la collectivité des travailleurs[726]) voire, à défaut de représentation syndicale, détermination de la validité des accords collectifs signés par les membres du comité social et économique[727].

[722] C. trav., art. L. 2314-4 et s.

[723] C. trav., art. L. 2122-1 (entreprise), L. 2122-5 (branche professionnelle) et L. 2122-9 (national interprofessionnel).

[724] C. trav., art. L. 2143-3 et s.

[725] C. trav., art. L. 2232-12, al. 1er.

[726] C. trav., art. L. 2232-12, al. 2.

[727] C. trav., art. L. 2232-25 (projet d'accord négocié par un ou plusieurs élus au CSE, non-mandaté(s), dans les entreprises de plus de 50 salariés sans délégué syndical) et L. 2232-23-1 II (si projet d'accord conclu par un ou plusieurs élus au CSE mandaté(s) ou non, dans les entreprises entre 11 et moins de 50 salariés).

Section 2. Les effets de la décentralisation

249. Conception. Les relations collectives de travail et le système politique ne reposent pas sur la même conception de la décentralisation.

Depuis 1982, le législateur établit la décentralisation comme un transfert de compétences de l'État vers les collectivités locales (B). Les délibérations de ces dernières, qui s'administrent librement, n'ont pas pour autant d'effet normatif.

En droit du travail, Jean-Denis Combrexelle a souligné la nécessité d'« *un rééquilibrage entre les différentes sources du droit qui repose non pas sur une prétendue inversion de la hiérarchie des normes mais sur une répartition claire entre ce qui relève de la loi, de la négociation et du contrat* »[728]. La réforme de 2017 a prévu de nouveaux « *rapports entre accords d'entreprises ou d'établissement et accords couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, notamment accords de branche* »[729]. En effet, le législateur a organisé la décentralisation à travers un système de « *prévalence* » (A), que le professeur Jean-François Cesaro définit comme le fait que, sauf exceptions, « *les stipulations de la convention collective d'entreprise prévalent sur celles qui ont le même objet retenues par la convention ou l'accord de branche* »[730]. Il ne s'agit pas là d'un transfert des thèmes de négociation[731] mais d'une articulation entre les accords conclus à différents niveaux (branche professionnelle, entreprise voire établissement).

§ 1.La prévalence en droit du travail

250. Articulation. L'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 prévoit le recours à la négociation collective pour la détermination collective des conditions de travail. Le législateur l'a imaginé à plusieurs niveaux : national interprofessionnelle, branche

[728] J.-D. COMBREXELLE, Vers un nouveau droit du travail : *JCP S 2017, 1305*.

[729] V. ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, relative au renforcement de la négociation collective : *JORF 23 sept. 2017, texte n° 29*.

[730] J.-F. CESARO, L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective : *JCP S 2017, 1306*.

[731] La loi El Khomri organise un possible transfert des thèmes de négociation de l'accord d'entreprise vers l'accord de groupe ; V. C. trav., art. L. 2232-33.

professionnelle, groupe, entreprise voire établissement. La conclusion d'accords collectifs distincts peut entraîner un conflit entre plusieurs normes conventionnelles.

La réforme Macron, et notamment l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017[732], n'a pas inversé la hiérarchie des normes conventionnelles. Elle a simplement prévu que l'accord d'entreprise puisse s'appliquer plus facilement et ce pour deux raisons complémentaires : d'une part, les thèmes de négociation ont parfois été directement décentralisés dans l'entreprise et, d'autre part, l'équivalence de garanties contenues dans l'accord de branche et l'accord d'entreprise facilite l'application de ce dernier par rapport au principe de faveur qui – sans être totalement abandonné – avait pour conséquence de ne retenir que les stipulations plus favorables aux travailleurs.

Dans les relations collectives de travail, la décentralisation ne doit pas uniquement s'analyser à travers le fait que le législateur renvoie aux négociateurs à des niveaux infralégislatifs le soin de déterminer des normes applicables à la collectivité des travailleurs. La décentralisation illustre la manière dont est organisée l'articulation de ces normes et notamment de celles qui sont situées au niveau de la branche et de l'entreprise (A), c'est-à-dire savoir quel accord s'applique à la collectivité des travailleurs. Articulation qui a été pensée selon un système de « prévalence »[733] qui remet en cause le principe de faveur (B), sans toutefois le faire disparaître totalement.

A. L'articulation des accords de branche et d'entreprise

251. Négociation. Depuis les lois Auroux de 1982, le législateur renforce continuellement la négociation collective dans les entreprises. Il encourage ainsi la négociation collective au plus près de la collectivité de travail.

L'article 1er de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective[734] permet de décentraliser encore davantage la négociation à l'échelle de l'entreprise et organise l'articulation des accords de branche et d'entreprise selon deux

[732] Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, relative au renforcement de la négociation collective : *JORF 23 sept. 2017, texte n° 29*.

[733] J.-F. CESARO, L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective : *JCP S 2017, 1306*.

[734] Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017 : *op. cit*.

modalités différentes : la liberté de négocier (1) et la recherche de garanties au moins équivalentes (2).

1. La liberté de négocier

252. Entreprise. La réforme de 2017 a permis de renvoyer directement à l'employeur et aux délégués syndicaux le soin de négocier les thèmes qui ne relèvent pas des articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du Code du travail.

En effet, l'article L. 2253-3 du Code du travail dispose que « *dans les matières autres que celles mentionnées aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2, les stipulations de la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large. En l'absence d'accord d'entreprise, la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large s'applique* ».

Dans cette hypothèse, le législateur a prévu que l'accord d'entreprise prime sur l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large. Cette primauté ne peut s'appliquer que si les négociateurs d'entreprise se saisissent des thèmes de négociation ; à défaut c'est l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large qui s'applique.

Dans cette situation, l'absence de manifestation de volonté des négociateurs dans l'entreprise peut entraîner l'application d'un accord de branche par exemple.

253. Branche. Les articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du Code du travail (blocs 1 et 2) prévoient l'articulation des accords de branche et des accords d'entreprise selon la volonté des négociateurs de branche.

L'article L. 2253-1, alinéa 1er, du Code du travail dispose en effet que « *la convention de branche* [...] *peut en particulier définir les garanties* [...] *applicables* »[735] dans treize matières relatives aux conditions d'emploi et de travail[736]. Il s'agit là d'une possibilité, non d'une obligation pour les négociateurs au niveau de la branche professionnelle. L'inertie des

[735] C. trav., art. L. 2253-1, al. 1.

[736] V. *supra*, n° 240.

négociateurs de branche peut avoir pour effet de renvoyer aux acteurs du dialogue social dans l'entreprise le soin de négocier sur ces thèmes.

L'article 2253-2 du Code du travail dispose que, sur quatre thèmes particuliers[737], « *lorsque la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large le stipule expressément, la convention d'entreprise conclue postérieurement à cette convention ou à cet accord ne peut comporter des stipulations différentes de celles qui lui sont applicables en vertu de cette convention ou de cet accord sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes* ». Dans cette hypothèse, les négociateurs de branche doivent exprimer leur volonté, à travers une clause de verrouillage, par laquelle l'accord de branche prime sur l'accord d'entreprise sauf si ce dernier assure des garanties au moins équivalentes.

2. La recherche de garanties au moins équivalentes au niveau de l'entreprise

254. Branche. Le législateur a prévu aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du Code du travail que l'accord de branche prime sur l'accord collectif d'entreprise sauf si ce dernier prévoit des garanties au moins équivalentes[738].

L'article L. 2253-1, alinéa 2, du Code du travail dispose que, dans les treize matières susvisées[739], les stipulations d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large prévalent sur la convention d'entreprise, quelle que soit sa date d'entrée en vigueur, « *sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes* ».

L'article L. 2253-2 du Code du travail dispose que, dans quatre matières, « *la convention d'entreprise conclue postérieurement à cette convention ne peut comporter des stipulations différentes de celles qui lui sont applicables en vertu de cette convention sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes* ».

[737] La prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels ; l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés ; l'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leurs parcours syndicaux ; les primes pour travaux dangereux ou insalubres.

[738] Sur les garanties au moins équivalentes : V. B. TEYSSIE : Droit du travail – Relations collectives : *LexisNexis, 12e éd., 2020, n°1991, p. 935.*

[739] V. *supra*, n° 240.

Dans ces deux hypothèses, l'articulation des normes conventionnelles s'observe à travers le contenu des accords collectifs de niveaux différents. Liberté est donnée aux négociateurs d'entreprise de négocier des garanties plus avantageuses, sinon au moins équivalentes, que celles issues de l'accord de branche pour les travailleurs.

B. La remise en cause du principe de faveur

255. Craintes. La dernière réforme qu'a connu le droit du travail a fait craindre aux organisations syndicales la disparition du principe de faveur, défini comme l'application de la norme la plus favorable au travailleur.

Force est de constater qu'au fil des réformes, le législateur a donné une moindre place au principe de faveur au profit de possibles dérogations *in pejus* sur certains thèmes[740]. La primauté des accords couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sur l'accord d'entreprise, restait néanmoins le principe. Il fallait s'assurer que l'accord d'entreprise contenait des stipulations plus favorables aux salariés, pour qu'il s'applique.

La réforme de 2017 a modifié les critères de comparaison entre les accords conclus à ces deux niveaux. Il faut vérifier que l'accord d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes que l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, pour qu'il s'applique dans les thèmes prévus aux articles L. 2253-1 et 2253-2. Ces garanties « *s'apprécie*[nt] *par*

[740] C. trav., anc. art. L. 2253-3 et s. (rédaction issue de L. 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels : *JORF 9 août 2016, texte n° 3*) : « *en matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, de prévention de la pénibilité prévue au titre VI du livre Ier de la quatrième partie, d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes mentionnée à l'article L. 2241-3 et de mutualisation des fonds de la formation professionnelle, une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ne peut comporter des clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels.*

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

ensemble de garanties se rapportant à la même matière »[741] ; garanties que l'accord d'entreprise doit s'efforcer d'identifier parfaitement pour faciliter la détermination – éventuellement judiciaire – de leur équivalence[742].

256. Doctrine. La proposition de Code du travail, rédigée par le groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), prône le rétablissement d'« *une certaine hiérarchie des normes, organisées autour du principe de faveur* »[743].

L'article L. 34-22 de la proposition de Code prévoit que « *sauf disposition légale contraire expresse, les règles légales du droit du travail prévoient des minima*[s] *de protection impératifs* ». Il ajoute que « *les dispositions conventionnelles doivent respecter ces minimas et ne peuvent les réduire, ni les modifier, ni leur substituer d'autres protections* ». Dans le système doctrinal proposé, le législateur garde une place prédominante tout en laissant la possibilité aux employeurs et aux représentants des travailleurs de négocier seulement dans un sens plus favorable. La décentralisation se caractérise seulement par la possibilité de négociations infra-législatives qui ne peuvent être que plus avantageuses pour les travailleurs.

L'article L. 34-24, alinéa 2, de la proposition de Code dispose que « *seules les dispositions plus favorables aux salariés reçoivent application, sauf si la convention collective couvrant un champ plus large a expressément autorisé des dispositions moins favorables dans la convention de champ plus restreint* ». Dans cette proposition doctrinale, le principe est donc celui de l'application de principe de l'accord couvrant un champ plus large. L'accord couvrant un champ plus restreint peut être plus favorable que celui couvrant un champ plus large, et reçoit alors appalication. Il peut être moins favorable que l'accord couvrant un champ plus large à la seule condition que ce dernier l'y autorise. En droit positif, l'application de l'accord d'entreprise est favorisée. Dans quelques matières, l'accord de branche peut intervenir et être applicable, sauf si l'accord d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes[744].

---

[741] C. trav., art. L. 2253-1, al. 2 ; précision apportée par la L. n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la L. n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social (*JORF 31 mars 2018, texte n° 1*) ;

[742] A. MARTINON, Brèves observations sur la nouvelle articulation des conventions et accords collectifs : *JCP S 2018, 1047*.

[743] GR-PACT, Proposition du Code du travail (dir. E. DOCKES) : *Dalloz, 2017, p. 118*.

[744] C. trav., art. L. 2253-1 et L. 2253-2.

257. Conséquence. La comparaison du droit positif avec le droit antérieur et l'une des récentes propositions doctrinales montre que le législateur a souhaité que l'accord d'entreprise soit le plus souvent applicable. Dans certaines matières prévues aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du Code du travail, le principe de faveur n'a pas disparu mais a été à nouveau atténué. Là où il fallait antérieurement vérifier que l'accord d'entreprise comporte des stipulations plus favorables, il faut désormais analyser si les garanties sont au moins équivalentes à celles d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large. Cette appréciation globale constitue alors une moyenne entre des garanties plus favorables aux salariés et des stipulations qui leur sont moins favorables.

La méthode de comparaison des contenus des accords[745] ne favorise plus l'application de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large que l'accord d'entreprise, mais bien l'accord d'entreprise lui-même.

Loin d'imaginer que tous les thèmes pourraient être renvoyés à la négociation dans l'entreprise ; le législateur montre bien sa volonté que le dialogue social se tienne au plus près de la collectivité des travailleurs. Autrement dit que l'entreprise constitue bien le nouveau cadre de la décentralisation du dialogue social.

§ 2.Le transfert de compétences en droit public

258. Présentation. Le principe de libre administration des collectivités territoriales, prévu à l'article 72, alinéa 3, de la Constitution de 1958, suppose une autonomie décisionnelle et financière. Cette autonomie est en pratique relative car le transfert de compétences, tel qu'il est conçu en droit public, ne s'accompagne pas d'une indépendance totale des collectivités locales à l'égard de l'État. Les compétences étatiques et celles exercées par les collectivités locales sont

[745] C. NICOD, Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle partition : *RDT 2017, p. 657 et s.* : « *loin d'entrer en concours, l'accord de branche s'efface alors devant l'accord d'entreprise, sans que soit requise une comparaison entre leurs contenus, exception faite des matières spécialement énoncées aux articles L. 2253-1 à L. 2253-3* ».

bien dissociées (A) mais l'omniprésence de l'État sur le plan normatif et financier (B) empêche que les collectivités locales bénéficient d'une liberté totale d'administration[746].

A. La dissociation des compétences étatiques et des collectivités locales

259. Compétences. Le droit du travail et le système politique ont pour point commun d'avoir enclenché un mouvement de décentralisation au même moment, en 1982. Néanmoins, ils ont emprunté des chemins différents pour sa mise en œuvre.

En droit du travail, la décentralisation est prévue par le renvoi de certains thèmes de négociation à des niveaux infra-étatiques et notamment des branches professionnelles ou des entreprises. Cette décentralisation de la négociation est basée sur la confiance du législateur envers les négociateurs de branche et d'entreprise, et sur l'articulation des thèmes de négociation entre ces niveaux.

Dans le système politique, la décentralisation repose sur le transfert de compétences du niveau national au niveau local, de l'État aux collectivités locales. Seul l'État décide des compétences qu'il transfère à telle ou telle collectivité ; là où il laisse une certaine souplesse aux négociateurs de branche ou d'entreprise pour déterminer eux-mêmes dans certains domaines[747] le niveau auquel la règle négociée doit être appliquée.

260. Répartition. Il existe donc une différence fondamentale entre le système politique et les relations collectives de travail : le transfert de compétences fait l'objet d'un cadre législatif rigide alors que le renvoi de thèmes de négociations aux niveaux infra-étatiques peut être aménagé par les négociateurs eux-mêmes.

Dans le système politique, seul le législateur détermine le transfert de compétences à chacune des collectivités locales. Ces dernières n'ont pas la possibilité, entre elles, de se répartir les compétences. La clause générale de compétences dont disposait l'ensemble des collectivités territoriales (commune, conseil départemental et conseil régional) a longtemps permis aux acteurs politiques de délibérer sur l'ensemble des sujets de leur choix.

---

[746] G. CHAVRIER, Le pouvoir normatif local : enjeux et débats : *LGDJ, 2011, p. 22* : « *l'État continue inconsciemment de regarder les collectivités territoriales comme des administrations qui réalisent des tâches matérielles et qui 'exécutent' plutôt qu'elles ne 'décident'* ».

[747] C. trav., art. L. 2253-1, L. 2253-2 et L. 2253-3.

En l'état du droit positif, seuls les élus municipaux[748] disposent de la liberté de déterminer le cadre dans lequel ils souhaitent agir ; semblable à la liberté offerte aux négociateurs d'entreprise. La loi du 7 août 2015[749] a supprimé la clause générale de compétence pour les conseils départementaux et régionaux ; ce qui contraint désormais les élus de ces deux collectivités territoriales à ne prendre des décisions que dans le cadre fixé par le législateur lui-même, c'est-à-dire dans les seules compétences transférées.

Dans le système des relations collectives de travail, le législateur détermine à quel niveau les thèmes peuvent être négociés. Les négociateurs de chaque niveau infra-étatique ont ensuite la possibilité de renvoyer un ou plusieurs thèmes au niveau de négociation qu'il leur paraît le plus adéquat ; soit par les acteurs qui se saisissent de thèmes de négociation[750], soit par la recherche de garanties au moins équivalentes[751].

Dans les deux systèmes, le législateur contemporain préfère que les décisions soient prises au plus près de la collectivité des travailleurs, en droit du travail, et des citoyens, dans le système politique. La possibilité pour les négociateurs d'entreprise comme pour les élus municipaux de déterminer eux-mêmes le cadre de leur action en est le corollaire.

261. Confiance relative. S'il y a une confiance du législateur envers les acteurs politiques locaux pour résoudre certaines problématiques auprès des habitants, les élus locaux sont à l'inverse souvent méfiants à l'égard des acteurs politiques nationaux. Cela s'explique notamment par l'absence d'un véritable dialogue entre l'État, d'une part, et les collectivités locales, d'autre part.

Au niveau national, aucun espace de dialogue pérenne n'a été mis en place. Dans le passé, certaines tentatives ont finalement été abandonnées. Tel est le cas du Haut conseil des territoires, prévu par le projet de loi relatif à la modernisation de l'action publique et d'affirmation des métropoles[752], qui n'a finalement jamais été installé[753]. D'autres tentatives

[748] CGCT, art. L. 2121-29.

[749] L. n° 2015-991, 7 août 2015, portant nouvelle organisation territoriale de la République : *JORF 8 août 2015, texte n° 1*.

[750] V. *supra*, n° 254 et s.

[751] V. *supra*, n° 254.

[752] V. projet de loi n° 495 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, enregistré à la Présidence du Sénat le 10 avr. 2013, art. 4.

[753] V. projet de loi issu de la commission mixte paritaire, déc. 2013.

ont vu le jour en raison de la nécessité d'apaiser les tensions entre les élus nationaux et les élus locaux. C'est ainsi qu'en 2017, le président de la République a décidé de mettre en place la conférence nationale des territoires. Les élus locaux ont été appelés à exprimer leurs avis, ensuite synthétisés dans les commissions départementales de coopération intercommunale au sein de chaque département, avant d'être remontés au niveau gouvernemental.

Ces dispositifs temporaires entre l'État et les collectivités locales permettent un dialogue entre les acteurs politiques. Ils ne sauraient être assimilés au dialogue social qui prévaut en entreprise, lequel se caractérise par sa continuité.

En somme, hormis le mécanisme de représentation des collectivités locales par les élus au Sénat[754], il n'existe aucun véritable mécanisme de concertation – et éventuellement de négociation – qui permettrait à l'État d'opérer une décentralisation fondée sur un véritable partenariat avec lesdites collectivités. Ainsi, la mise en place seulement ponctuelle d'un dialogue entre l'État et les collectivités locales participe-t-elle de l'absence de cohésion d'ensemble des réformes successives voire à l'empilement des structures.

Tel est le constat que dresse le rapport de l'Institut Montaigne : les trente années de décentralisation institutionnelle ont conduit à « *l'échec de la rationalisation de l'action publique dans les territoires* »[755]. Et d'ajouter que « *le mal français de la réforme territoriale, souvent strictement assimilée à la décentralisation des compétences, est de contourner la problématique du nombre de structures et de l'incohérence de l'organisation territoriale sans jamais remettre en cause l'état antérieur* »[756]. Au fil des réformes, le législateur a ajouté deux nouvelles structures (établissement public de coopération intercommunale et conseil régional) sans décider de la suppression de l'une ou des deux anciennes structures (communes et conseil départemental). Cela a eu pour conséquence de détourner le débat contemporain de la problématique principale – l'absence d'espace formalisée et pérenne de dialogue entre l'État et les collectivités locales – pour le placer sur le terrain de la multiplicité des structures et de l'éparpillement du subventionnement étatique.

[754] Le mode de scrutin des sénateurs les oblige.

[755] Rapp. de l'Institut Montaigne, Décentralisation : sortons de la confusion. Repenser l'action publique dans les territoires : *janv. 2016, p. 20*.

[756] *Op. cit.*

B. L'indépendance relative sur le plan normatif et financier

262. Contrôle de légalité. En droit public, le principe de la décentralisation constitue un « *mythe républicain* »[757] au regard de trois constats : la persistance du contrôle étatique sur les délibérations des collectivités locales, l'absence d'un véritable pouvoir normatif local et la place du financement étatique dans le budget des collectivités.

L'article L. 2131-1 du Code général des collectivités territoriales prévoit un contrôle de légalité des actes pris par les autorités communales[758]. L'article L. 5211-3 du même code l'impose pour les établissements publics de coopération intercommunale[759] ; l'article L. 3131-1, alinéa 1er, pour les autorités départementales et l'article L. 4141-1, alinéa 1er, pour les autorités régionales. Le contrôle de légalité s'effectue après que la délibération soit adoptée au sein de l'assemblée de la collectivité. Les préfets d'arrondissement, de département ou de région ont à cet égard la possibilité de déférer au tribunal administratif une délibération qu'ils estiment contraire à la légalité[760].

Cette action devant le juge administratif peut être rapprochée de celle, en droit du travail, en contestation de la légalité d'un accord collectif devant le juge judiciaire. La possibilité pour le préfet de déférer une délibération d'une collectivité locale et l'action en nullité ont ici le même objet : la démonstration de l'illégalité d'un acte administratif ou d'une convention ou accord collectif, respectivement.

263. Pouvoir normatif. En principe, les collectivités territoriales sont dépourvues de pouvoir normatif autonome[761]. L'article L. 2131-2 du Code général des collectivités territoriales ne prévoit que de rares cas dans lesquels les délibérations des conseils municipaux ou bien

---

[757] Rapp. de l'Institut Montaigne, *op. cit*., p. 21.

[758] CGCT, art. L. 2131-1, al. 1 : « *les actes pris par les autorités communales sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou affichage ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'État dans le département ou à son délégué dans l'arrondissement* ».

[759] CGCT, art. L. 5211-3 : « *les dispositions du chapitre premier du titre III du livre premier de la deuxième partie relatives au contrôle de légalité et au caractère exécutoire des actes des communes sont applicables aux établissements publics de coopération intercommunale* ».

[760] CGCT, art. L. 2131-6 (actes des autorités municipales), L. 5211-3 (actes des établissements publics de coopération intercommunales), L. 3132-1 (autorités départementales) et L. 4142-1 (actes des autorités régionales).

[761] V. not. : G. CHAVRIER, *op. cit*.

quelques décisions qualifiées de « *règlementaires* » prises par le maire dans l'exercice de son pouvoir de police, ne sont pas soumises au contrôle de légalité.

Se pose ainsi la question de la frontière entre ce qui relève de la décentralisation ou de la souveraineté. La conception française de la décentralisation n'inclut pas l'exercice de la souveraineté par les collectivités locales. Cette dernière ne peut être exercée que par le peuple ou ses représentants au niveau national, c'est-à-dire par l'État. C'est ce que fait remarquer la professeure Géraldine Chavrier : l'« *affirmation du lien entre décentralisation et souveraineté est actuellement refusée par la France parce que le Conseil constitutionnel français a une conception matérielle de la souveraineté de l'État qui consiste à considérer que celle-ci résulte d'une liste de compétences régaliennes, que seul l'État peut donc exercer, et qu'il incorpore le pouvoir de faire la loi parmi cette liste* »[762].

Dans cette logique, Romain Pasquier[763] estime que les dernières réformes territoriales ont entraîné une réorganisation sans faire avancer la décentralisation. En effet, « *la question du régalien et du non-régalien n'a pas été posée* »[764]. Autrement dit, un acte III de la décentralisation pourrait enclencher le débat sur ce qui devrait relever des compétences de l'État et, à défaut, sur ce qui devrait être décidé par les collectivités par le biais d'un pouvoir normatif local. La mise en place d'un espace de dialogue permanent entre l'État et les collectivités locales aurait tout son intérêt[765].

264. Proposition. À l'instar du pouvoir de police exercé par le maire localement, l'attribution d'un pouvoir normatif aux collectivités locales permettrait l'exercice d'une souveraineté locale. C'est là une autre interprétation de l'article 3, alinéa 1er, de la Constitution du 4 octobre 1958. Il faudrait considérer que la souveraineté ne doit pas être exclusivement exercée au niveau national, mais devrait également l'être au niveau local. C'est en effet le peuple qui, en tant que pouvoir constituant, a décidé de l'organisation décentralisée de la France[766] et de ses

[762] G. CHAVRIER, *op. cit., p. 43*.

[763] Directeur de recherche au CNRS et titulaire de la chaire « Territoires et mutations de l'action publique ».

[764] R. PASQUIER, Pour être pris au sérieux par l'État, les élus locaux doivent démontrer leur capacité à être innovants : *Acteurs publics*, 21 nov. 2017.

[765] V. *supra*, n° 261.

[766] Const., art. 1, al. 1.

collectivités territoriales[767]. Les citoyens, en l'état, ne peuvent exercer leur souveraineté par l'intermédiaire de leurs représentants locaux.

Le doyen Hauriou associe les notions de « souveraineté » et de « décentralisation » : « *le droit subjectif traduit cette situation* [mouvement de décentralisation] *en admettant la personnification des départements, des communes, des établissements publics, toutes ces personnes morales viennent se ranger aux côtés de celle de l'État ; on a beau affirmer qu'elles n'en sont que des démembrements, ce n'est qu'une formule vide de sens, car une personne subjective ne se démembre pas, elle est par définition indivisible, la vérité est donc que les personnes morales décentralisées sont autrui par rapport à l'État* »[768].

Avec cette nouvelle conception de la décentralisation, le rôle de l'élu serait également renforcé. Une telle analyse appelle en effet à retenir une « *souveraineté politique primitive* » des collectivités locales et à laisser un espace de liberté pour l'exercice d'une « *compétence* » normative par les collectivités locales[769].

Sur ce point, la démocratie sociale dépasse la démocratie politique car les accords de branche comme d'entreprise sont de véritables normes qui, en droit du travail, peuvent s'appliquer à la collectivité des travailleurs.

265. Financement. Sur le plan financier, le mouvement de décentralisation ne saurait être complètement achevé tant que les collectivités locales n'auront pas les moyens suffisants pour exercer librement les compétences qui leur sont transférées[770]. Certaines réformes fiscales, telles que celle relative à la taxe professionnelle[771], ont déstabilisé les budgets des collectivités locales. En sept ans, la part des recettes fiscales locales dans les budgets des collectivités locales

[767] Const., art. 72 et s.

[768] M. HAURIOU, Principes de droit public : *Librairie de la société du Recueil Sirey, Paris, 2è éd. 1916, pp. 323-324.*

[769] G. CHAVRIER, *op. cit., p. 42.*

[770] V. sur ce point : courrier de l'Assemblée des Départements de France au Premier Ministre en date du 22 mars 2018 qui « *considère qu'il n'y a pas de République forte sans collectivités territoriales puissantes bénéficiant d'une autonomie financière et fiscale* ».

[771] De grandes interrogations subsistent avec l'actuelle réforme de la taxe d'habitation.

a diminué de 79% à 72%[772]. La dépendance des collectivités locales au financement étatique contredit le phénomène de décentralisation des compétences.

En droit du travail, le financement des avantages négociés est prévu par l'entreprise. L'employeur doit donc prendre en considération cet élément et l'exposer à l'ensemble des négociateurs de l'accord collectif. L'exemple le plus significatif est celui du financement par l'employeur des institutions sociales du comité social et économique dont il revient aux négociateurs de l'accord d'entreprise de fixer la contribution[773].

[772] Rapp. de l'Institut Montaigne, Décentralisation : sortons de la confusion. Repenser l'action publique dans les territoires : *janv. 2016, p. 41*.

[773] V. C. trav., art. L. 2312-81.

Conclusion du chapitre I

266. Conclusion. Le système des relations collectives de travail et le système politique sont tous les deux fondés sur la décentralisation, c'est-à-dire le renvoi de thèmes de négociation ou de compétences à des *niveaux infra-étatiques*. Celle-ci permet de prendre en compte les attentes exprimées par les citoyens et la collectivité des travailleurs et d'y répondre localement par la définition de politiques publiques par les collectivités locales ou par la négociation et la conclusion d'accords dans les branches professionnelles et les entreprises.

Dans le système politique, le pouvoir constituant a assorti la décentralisation du *principe de libre administration* des collectivités pour la gestion de certaines compétences. Les relations collectives de travail reposent sur l'équilibre entre le souci de protection des travailleurs et la recherche du profit économique par l'employeur. La décentralisation des thèmes de négociation dans les branches professionnelles et les entreprises s'accomode mal d'une liberté totale, car le dialogue social est conduit entre les acteurs syndicaux et l'employeur ; employeur pour qui les préoccupations économiques sont sans doute les premières priorités.

Pour autant, dans le système des relations collectives de travail, la décentralisation a été conçue à travers la reconnaissance d'une certaine *légitimité* des acteurs syndicaux alors que celle des acteurs politiques locaux n'est que peu prise en compte. Elle permet aux négociateurs de branche ou d'entreprise de définir des normes conventionnelles applicables à la collectivité des travailleurs. Au sein des collectivités locales, la décentralisation n'a pas été accompagnée d'un pouvoir normatif au profit des élus locaux. Les acteurs de la négociation collective en droit du travail sont appelés à définir l'intérêt collectif aux côtés du législateur, alors que les acteurs politiques locaux participent à l'intérêt général sans pouvoir exercer une quelconque souveraineté.

Chapitre II. Représentation dans l'entreprise

267. Cadre. Les relations collectives de travail et le système politique reposent sur le modèle commun de la démocratie représentative.

L'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 le prévoit par l'élection ou la désignation de « *délégués* » au profit de la collectivité des travailleurs ; la Constitution du 4 octobre 1958 par l'élection d'élus locaux et nationaux.

En droit du travail, l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017[774] a repensé le double canal de représentation des travailleurs dans l'entreprise (Section 1). À partir de 11 salariés, l'employeur doit obligatoirement organiser des élections professionnelles afin de mettre en place un comité social et économique et, à partir de 50 salariés, une éventuelle représentation syndicale.

La réforme de 2017 n'a cependant pas entendu supprimer la dualité entre la représentation élue et la représentation syndicale. Si le législateur offrait déjà la possibilité de regrouper deux voire trois des institutions représentatives du personnel (délégué du personnel, comité d'entreprise et CHSCT) en une délégation unique du personnel, il a accentué en 2017 la possibilité d'adaptation de la représentation du personnel au sein de l'entreprise. Les organisations syndicales représentatives et l'employeur peuvent négocier la mise en place d'un conseil d'entreprise (Section 2) qui regroupe les compétences de la représentation élue et de la représentation syndicale. Dans les entreprises de plus de 50 salariés, si les acteurs de la négociation se saisissent de cette possibilité, ce sont eux qui mettront fin au double canal de représentation dans l'entreprise.

[774] Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 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 23 sept. 2017, texte n° 31*.

Section 1. Le double canal de représentation dans l'entreprise

268. Dualité. Dans le système politique, l'organisation de scrutins au niveau local et national permet l'élection des représentants des citoyens. Par ailleurs, les relations collectives de travail reposent sur une représentation duale : une représentation élue et une représentation syndicale. L'employeur doit obligatoirement organiser des élections professionnelles permettant leur mise en place : dans les entreprises d'au moins 11 salariés pour le comité social et économique et d'au moins 50 salariés pour la représentation syndicale.
Avant la réforme de 2017, la représentation élue au sein de l'entreprise était composée des délégués du personnel et du comité d'entreprise. Le comité social et économique (§1) regroupe aujourd'hui l'ensemble des compétences des anciennes institutions représentatives du personnel, et ce obligatoirement depuis le 1er janvier 2020[775]. La mise en place de la représentation syndicale n'a que peu évolué et est toujours associée à l'exigence de « représentativité » qui ne trouve aucune similitude dans le système politique (§2).

§ 1.La représentantion élue : le comité social et économique

269. Regroupement. L'article 2314-1, alinéa 1er, du Code du travail dispose que « *le comité social et économique comprend l'employeur et une délégation du personnel* ». L'article suivant invite chaque organisation syndicale dans l'entreprise à désigner un représentant syndical au comité. La composition (A) du comité social et économique se rapproche de celle de l'ancien comité d'entreprise ; les acteurs de la négociation collective dans l'entreprise peuvent toutefois y ajouter des représentants de proximité (B) qui « *sont membres du comité social et économique ou désignés par lui* »[776].

A. La composition

270. Évolution. Avant la réforme de 2017, la représentation élue du personnel se composait, dans les entreprises d'au moins 11 salariés, de délégués du personnel auxquels s'ajoutaient, dans les entreprises de plus de 50 salariés, les membres du comité d'entreprise et les membres

[775] B. GAURIAU, L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique : *JCP S 2018, 1204.*
[776] C. trav., art. L. 2313-7, al. 3.

du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Par exception, elle pouvait prendre la forme d'une délégation unique du personnel qui regroupait deux de ces institutions voire les trois[777].

Quelle que soit la configuration retenue, le législateur renvoyait au pouvoir règlementaire le soin de déterminer le nombre d'élus représentant la collectivité des travailleurs[778].

Poser la question de la représentation revient à s'interroger sur le nombre même de représentants de la collectivité de travail au sein de l'entreprise et à comparer celui-ci au nombre de représentants des citoyens dans le système politique.

Avant 2017, les travailleurs bénéficiaient d'une représentation plus importante que les citoyens, rapportée au même nombre de représentés dans l'un ou l'autre des systèmes, du moins lorsque les institutions représentatives du personnel restaient séparées. Le pouvoir règlementaire ne déterminait qu'un nombre minimal de représentants en droit du travail ; nombre que le protocole d'accord préélectoral pouvait augmenter.

Prenons l'exemple d'une entreprise de 500 salariés et d'une commune de 500 habitants. Si les institutions représentatives du personnel restaient individualisées, alors le nombre d'élus titulaires pouvaient s'élèver au minimum à 20. Le pouvoir règlementaire fixait à 8 le nombre de délégués du personnel titulaires[779], à 6 membres titulaires au comité d'entreprise[780] et à 6 travailleurs au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail[781]. Le Code général des collectivités territoriales fixait à 15 le nombre de membres élus au conseil municipal d'une commune de 500 habitants[782].

À l'inverse, si deux des institutions représentatives du personnel étaient regroupées dans une délégation unique du personnel alors elle pouvait comprendre au minimum 6 titulaires[783] auxquels il convenait d'ajouter le nombre des membres titulaires de l'institution qui n'était pas partie à la délégation. Dans tous les cas, le nombre de représentants titulaires ne pouvaient être supérieur à 14, sauf à ce que le protocole d'accord préélectoral en dispose autrement.

---

[777] C. trav., anc. art. L. 2326-1 (entreprise de moins de 300 salariés) ; C. trav., anc. art. L. 2391-1 (entreprise de plus de 300 salariés).

[778] V. C. trav., anc. art. R. 2314-1, R. 2324-1 et R. 4613-1.

[779] C. trav., anc. art. R. 2314-1 8°.

[780] C. trav., anc. art. R. 2324-1 4°.

[781] C. trav., anc. art. R. 4613-1 3°.

[782] CGCT, art. L. 2121-2.

[783] C. trav., anc. art. R. 2391-2 2°.

Si les trois institutions représentatives du personnel étaient regroupées dans une délégation unique du personnel alors le nombre de représentants titulaires était au minimum de 10[784], sauf à ce que le protocole d'accord préélectoral en dispose autrement.

271. Nombre. La création du comité social et économique a permis de rapprocher le nombre de représentants de la collectivité des travailleurs de celui des représentants des citoyens dans la sphère politique.
En effet, en prenant les mêmes données que celles utilisées dans l'exemple précédent[785], le nombre de membres élus au conseil municipal d'une commune de 500 habitants est toujours de 15. Le nombre de membres titulaires de la délégation du personnel au comité social et économique est fixé au minimum à 13.
Ce constat doit toutefois être relativisé car si la représentation élue du personnel ne se compose désormais plus que du comité social et économique, la représentation des citoyens ne comprend pas que les élus municipaux mais également les élus départementaux, régionaux et nationaux.

B. Le nouveau représentant de proximité

272. Création. La concentration de la représentation élue du personnel dans une seule institution – le comité social et économique – a soulevé la question de l'éloignement des représentants élus par rapport aux travailleurs. En effet, même si le tissu économique français est majoritairement composé de petites et moyennes entreprises, une représentation élue du personnel est essentielle dans les grandes entreprises du fait de l'absence de proximité entre l'employeur et la collectivité des travailleurs.
L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 a créé le représentant de proximité rattaché au comité social et économique. L'article L. 2313-7 du Code du travail dispose en effet que la mise en place des représentants de proximité doit être faite par un accord collectif[786]. Le législateur appelle ainsi les acteurs de la négociation à prévoir une représentation élue adaptée à la taille de l'entreprise. Plutôt que d'imposer le cadre de cette représentation, le législateur a choisi à nouveau de renvoyer aux négociateurs le soin de définir eux-mêmes ce qui leur semble

[784] C. trav., anc. art. R. 2391-1 2°.

[785] V. *supra*, n° 270.

[786] C. trav., art. L. 2313-2.

être le mieux pour une représentation effective de la collectivité des travailleurs. Il s'agit d'un nouvel exemple de décentralisation d'un thème de négociation au niveau de l'entreprise.

Une critique principale a néanmoins été formulée en ce sens que « *de nombreux accords propres à de grandes entreprises* [...] *consacrent une extrême variété de solutions relatives à la mise en place (puis au régime) de ces représentants de proximité, démarche qui s'écarte résolument de l'uniformité asbtraite que l'on connaissait jusqu'à présent en pareille matière* »[787]. En effet, en créant le comité social et économique, le législateur a recentralisé en une seule institution les compétences des trois précédentes (délégué du personnel, comité d'entreprise et CHSCT), mais a prévu dans le même temps d'en déconcentrer[788] les compétences au plus près des travailleurs par l'intermédiaire des représentants de proximité[789]. Pour le Professeur Alain Coeuret, « *c'est certainement avec la création de l'institution des représentants de proximité que se manifeste le plus nettement le pari fait en faveur d'une adaptabilité des droits collectifs de représentation* »[790]. Cette adaptation de la représentation selon les besoins de la collectivité des travailleurs et de la taille de l'entreprise ne trouve aucune comparaison dans le système politique. Dans ce dernier, tout est prévu par le pouvoir règlementaire selon le nombre d'habitants sur un territoire donné.

À l'inverse, le système politique ne comprend qu'une représentation élue des citoyens alors que les relations collectives de travail sont – encore aujourd'hui[791] – structurées selon deux types de représentations : élue et syndicale.

---

[787] A. COEURET, La mise en place négociée du comité social et économique : *Dr. soc. 2019, p. 378 et s*.

[788] G. CORNU, Vocabulaire juridique : *PUF, 12è éd., 2018, p. 307* : « *mode d'aménagement des structures* [...] *caractérisé* [...] *par la délégation de celui-ci à des organes appartenant à la hiérarchie* [...] *et qui lui demeurent assujettis* ».

[789] Le représentant de proximité est membre du comité social et économique ou désigné par lui (C. trav., art. L. 2313-7, al. 3). À la différence de décentralisation, il ne peut définir de normes applicables dans l'entreprise. Il ne fait qu'exercer les missions du comité au plus près des travailleurs.

[790] A. COEURET, *Op. cit.*

[791] V. *infra*, n° 281 et s. : la création du conseil d'entreprise reste pour l'instant fondée sur la volonté des organisations syndicales représentatives et de l'employeur.

§ 2. La représentation syndicale : l'originalité de la représentativité

273. Représentativité. Les travailleurs-représentants de la collectivité des travailleurs au comité social et économique sont directement élus par ces derniers. La représentation syndicale obéit à un autre régime : celui de la représentativité syndicale qui permet, dans l'entreprise, de déterminer les organisations syndicales représentatives et de leur conférer les prérogatives qui s'y attachent dont celle de désigner des délégués syndicaux.

Pour vérifier cette représentativité, l'article L. 2121-1 du Code du travail pose sept critères cumulatifs : le respect des valeurs républicaines, l'indépendance, la transparence financière, une ancienneté minimale de deux ans, l'audience électorale[792], l'influence et les effectifs d'adhérents et cotisations.

Le cadre dans lequel s'illustre le principe de participation des travailleurs dans l'entreprise n'est donc pas identique, selon qu'il s'agit de la représentation élue ou de la représentation syndicale. La représentation élue l'est au travers d'une légitimité directement conférée par les travailleurs lors des élections professionnelles. La représentation syndicale est déterminée par des critères qui, pour six d'entre eux, ne tiennent pas compte de la volonté des travailleurs[793]. Les actuels critères de la représentativité syndicale doivent donc être distingués (A).

La légitimité du délégué syndical est contestable car il est désigné par une organisation syndicale représentative et non directement élu par les travailleurs. Le délégué syndical n'est pas le représentant de la collectivité des travailleurs mais celui de son organisation syndicale de rattachement[794].

La représentativité syndicale, originalité des relations collectives de travail par rapport au système politique, place les organisations syndicales au cœur de la représentation syndicale dans l'entreprise[795] et non les acteurs syndicaux qui négocient pourtant avec l'employeur et engagent la collectivité des travailleurs. Le contexte dans lequel s'inscrivent les relations collectives de travail a pourtant évolué au fil du temps. Aux grandes manifestations menées par les organisations syndicales, est désormais préféré le dialogue social au plus près de la collectivité des travailleurs c'est-à-dire dans l'entreprise. Ce sont les délégués syndicaux qui,

[792] V. B. GAURIAU, Les transformations du droit syndical : *JCP S 2015, 1239*.

[793] V. *supra*, n° 186.

[794] V. *supra*, n° 200.

[795] V. J.-M. VERDIER, Sur la relation entre représentation et représentativité syndicale : *Dr. soc. 1991, p. 5 et s.*

issus du rang des travailleurs eux-mêmes, sont mieux placés que les organisations syndicales pour assurer cette représentation. Ce sont eux qui conduisent concrètement les négociations avec l'employeur. Une proposition d'évolution du cadre juridique de la représentation syndicale sera ainsi formulée (B).

A. La distinction des critères

274. Représentations. En droit positif, les critères de la représentativité forment pour l'instant un bloc indivisible. Certains auteurs proposent de distinguer les critères de licéité[796] de l'organisation syndicale et les critères permettant de vérifier la légitimité des acteurs syndicaux. Il convient alors de souligner, comme le propose le Professeur Michel Offerlé[797], la différence entre les critères relevant de la « *représentativité légale* »[798] – capacité[799] à la représentation – (A) ou de la « *représentativité sociale* »[800] – aptitude[801] à la représentation des travailleurs (B).

[796] Y. PAGNERRE, Le respect des valeurs républicaines ou « l'éthique syndicale » : *JCP S 2009, 1050* ; V. *supra*, n° 184.

[797] M. OFFERLÉ, Sociologie des groupes d'intérêt : *Montchrestien, 2è éd., 1998, p. 73* : la représentativité est la « *capacité de dire sans encourir de démenti (du groupe servant de fondement ou plutôt de l'ensemble des agents faisant parler cette 'base' ou en parlant) ou à fournir la preuve positive de l'assentiment des représentés* » ; « *la représentativité légale ne s'ajuste pas obligatoirement à la représentativité sociale, que cette dernière connaît actuellement dans certains secteurs une assez grande fluidité et que son contenu et sa mesure sont l'objet de constantes controverses* ».

[798] *Op. cit.*

[799] G. CORNU, Vocabulaire juridique : *PUF, 12è éd., 2018, p. 148* : « *aptitude à acquérir un droit et à l'exercer reconnue en principe à tout invididu* […] *et, en fonction de leur nature, de leur objet et de leur forme, aux personnes morales* ».

[800] *Op. cit.*

[801] G. CORNU, Vocabulaire juridique : *PUF, 12è éd., 2018, p. 78* : « *vocation juridique ; qualité correspondant, chez la personne à laquelle elle est reconnue, à une potentialité de droit ; parfois synonyme de capacité juridique, l'aptitude est une notion plus générale* […] *qui sert aussi à définir la personnalité juridique ; elle correspond parfois – mais pas nécessairement – à une capacité de fait réelle ou supposée* ».

1. La capacité à la représentation

275. Critères. La représentativité syndicale des organisations syndicales ne peut pas se définir à travers la seule légitimité issue des élections professionnelles. Parmi les sept critères posés à l'article L. 2121-1 du Code du travail, seule l'audience électorale apparaît comme un véritable marqueur de légitimité.

Les six autres critères ne sont en effet que des critères de constitution d'une organisation syndicale : le respect des valeurs républicaines, l'indépendance, la transparence financière, une ancienneté minimale de deux ans, l'influence et les effectifs d'adhérents et cotisations. Aussi, en droit prospectif, leur vérification pourrait-elle être faite avant que ne soit recherchée la légitimité de l'organisation syndicale par le biais des élections professionnelles.

Les six critères susmentionnés permettent que les organisations syndicales soient reconnues par la société comme disposant de la capacité civile à représenter la collectivité des travailleurs. Leur évolution[802] dans le temps montre bien qu'il s'agit de critères de reconnaissance sociétale des organisations syndicales en tant que groupement et non en tant que défenseures de l'intérêt collectif de la profession. C'est ainsi par exemple, qu'en 2008, le critère de « *l'attitude patriotique pendant l'Occupation* »[803] qui portait les stigmates de la guerre a été remplacé par celui du « *respect des valeurs républicaines* »[804].

276. Proposition. Les six critères ne font-ils pas la preuve que les organisations syndicales sont aptes à défendre l'intérêt collectif de la profession, aux yeux des travailleurs de l'entreprise. Aussi sont-ils bien des conditions de constitution d'une organisation syndicale auxquels s'ajoute celui de l'audience électorale[805].

---

[802] V. débat parlementaire de l'Assemblée nationale, 1er juill. 2008, 2è séance : le député Francis Vercamer indiquait à ce sujet que « *le projet a*[vait] *le mérite de mettre fin à la présomption irréfragable de représentativité, pour s'appuyer sur des critères renouvelés – respect des valeurs républicaines, influence, ancienneté, effectifs, cotisations, transparence financière et indépendance. Il s'y ajoute le critère de l'audience, déjà utilisé par la jurisprudence* ».

[803] C. trav., anc. art. L. 2121-1 5°.

[804] C. trav., art. L. 2121-1 1° ; V. not. B. GAURIAU, Respect des valeurs républicaines : la somme de toutes nos peurs… : *JCP S 2016, 1104*.

[805] P.-H. ANTONMATTEI, Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avr. 2008 : *Dr. soc. 2008, p. 771 et s*.

L'attribution de prérogatives aux organisations qui y satisfont devrait uniquement dépendre de la satisfaction du critère de légitimité. Dans cette logique, l'aptitude du délégué syndical à la représentation de la collectivité des travailleurs devrait être déduite de la seule volonté des travailleurs et non de celle de l'organisation syndicale représentative. Il ne devrait plus être désigné – ou nommé[806] – mais élu par les travailleurs de l'entreprise concernée.

2. L'aptitude à la représentation

277. Audience électorale. Avant la réforme du 20 août 2008, la représentativité des organisations syndicales dans l'entreprise se vérifiait à travers cinq critères : les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté du syndicat, et l'attitude patriotique pendant l'Occupation.

Dans son rapport rendu en 2006, Raphaël Habas-Lebel écrivait que la stabilité des critères de représentativité « *ne serait pas un inconvénient si la réalité syndicale n'avait pas considérablement évolué* »[807]. Et de préciser que la loi ne « *mentionn[ait] curieusement pas les deux critères dégagés par la jurisprudence et qui sont de plus en plus appliqués par le juge : l'activité d'une part, et l'audience et l'influence d'autre part, mesurées pour l'essentiel par les résultats électoraux* »[808]. Dans la détermination de la représentativité syndicale avant 2008, les travailleurs ne pouvaient pas directement s'exprimer pour choisir leur représentation syndicale, organisations comme délégués syndicaux. C'est pourquoi le rapport recommandait de « *refonder la représentativité sur le principe de l'influence réelle des organisations, en tenant compte de leur évolution,* [pour donner] *aux syndicats tout leur poids aussi bien pour la défense individuelle et collective des salariés que pour la négociation d'accords avec le patronat* »[809]. L'introduction de l'audience électorale n'a pas pour autant effacé les autres critères définis par

[806] V. *supra*, n° 200.

[807] R. HABAS-LEBEL, Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales : *rapp. au Premier ministre, mai 2006, p. 18.*

[808] *Op. cit., p. 80* ; V. par ex. : Cass. soc., 8 nov. 1988, n° 87-60.326 : *Bull. civ. V, n° 576* : « *si le critère tiré de l'effectif de ses adhérents est essentiel pour déterminer la représentativité d'un syndicat, la faiblesse des effectifs peut être compensée par une activité et un dynamisme suffisants, de sorte que le juge ne pouvait, au seul vu du nombre d'adhérents du syndicat* […]*, s'interdire d'examiner les autres critères de représentativité* ».

[809] *Op. cit., p. 82*.

le législateur, car ils doivent être vérifiés de manière cumulative[810]. La représentativité et les prérogatives qui s'y attachent sont données à l'organisation syndicale à condition qu'elle réunisse les sept critères légaux.

278. Conceptions. Dans le système politique, le résultat de toute élection n'a aucune conséquence juridique[811] sur les partis politiques. Le législateur distingue simplement ce qui relève des conditions d'éligibilité d'un candidat et le résultat de l'élection. Si le choix est fait de transposer un tel système aux relations collectives de travail alors il convient de distinguer deux hypothèses : continuer à concevoir les organisations syndicales comme les représentantes de la collectivité des travailleurs[812] ou bien leur préférer les délégués syndicaux.

Si le législateur privilégie les organisations syndicales aux délégués syndicaux alors la possibilité de candidature d'un travailleur-candidat dépend de la « capacité à la représentation » de l'organisation syndicale sur la liste dans laquelle il figure. La possibilité de présentation de candidats au premier tour des élections professionnelles est laissée aux organisations syndicales seulement si elles remplissent les critères de respect des valeurs républicaines, d'indépendance, de transparence financière, d'ancienneté minimale de deux ans, d'influence et d'effectifs d'adhérents et cotisations. La vérification de l'audience électorale permet aux organisations syndicales de désigner des délégués syndicaux, de participer à la négociation collective et de conclure des accords. C'est le système actuellement retenu par le législateur.

Si le législateur privilégie les délégués syndicaux alors il faut à la fois vérifier si les critères déjà posés par le législateur pour être éligible[813] sont réunis et abandonner le monopole de présentation de liste de candidats par les organisations syndicales au premier tour des élections professionnelles. Seul le résultat des élections professionnelles dont découle l'audience

[810] C. trav., art. L. 2121-1.

[811] Elle peut avoir des conséquences politiques, pour déterminer le rapport de force entre chaque parti, et financières.

[812] Une étude menée en 2006 relevait l'image paradoxale des organisations syndicales françaises : « *d'un côté, on leur reconnaît une indéniable efficacité et un incontestable pouvoir d'entraînement ; d'un autre côté, ils sont perçus comme plus attentifs aux intérêts des salariés* […] *des grands groupes, dont ils défendent les acquis, ou encore comme souvent inspirés par des considérations idéologiques* » (Sondage TNS Sofres, « Les syndicats sont-ils mortels ? », janv. 2006).

[813] V. *supra*, n° 50 et s.

électorale personnelle[814], permettrait au candidat d'accéder à la fonction de délégué syndical, de négocier avec l'employeur et d'engager la collectivité des travailleurs. La désignation par une organisation syndicale représentative ne serait plus nécessaire. C'est dans cette perspective qu'une évolution de la représentativité syndicale est proposée. À la représentativité syndicale est préférée la légitimité des représentants syndicaux[815].

B. La perspective d'évolution

279. Proposition. Deux catégories doivent être distinguées : l'une relevant de la constitution d'une organisation syndicale et de sa principale mission de revendication, l'autre de l'aptitude des représentants syndicaux à participer à la négociation et à y engager la collectivité des travailleurs.

Cette distinction pourrait même conduire à supprimer la notion de représentativité dans le système des relations collectives de travail. De la suppression de cette originalité, naîtrait la simplicité. Six[816] des sept critères actuels contribuerait à vérifier la validité de constitution d'une organisation syndicale. Le critère de l'audience électorale, vérifiable lors des élections professionnelles, pourrait ne plus être un critère utile à l'organisation syndicale mais seulement utile au candidat à la fonction de délégué syndical.

Ce nouveau cadre de la représentation syndicale dans l'entreprise se rapprocherait du cadre de la représentation politique. Les organisations syndicales, comme les partis politiques, serviraient à porter des revendications et à mettre en place des actions coordonnées entre ceux qui partagent leurs valeurs.

Ne plus rechercher la représentativité des organisations syndicales dont dépend l'exercice de certaines prérogatives, permettrait d'atténuer la critique du non-respect du pluralisme syndical en raison de l'effet « couperet » de l'exigence de la représentativité[817]. Les délégués syndicaux, élus directement par les travailleurs, en seraient les représentants lors de la négociation

---

[814] *Op. cit.* : « *preuve positive de l'assentiment des représentés* ».

[815] *Op. cit.*, *p. 83* : « *c'est la thèse de la 'refondation démocratique' du système* ».

[816] Respect des valeurs républicaines, indépendance, transparence financière, ancienneté minimale de deux ans, influence et effectifs d'adhérents et cotisations.

[817] V. not. M.-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. 418 et s*.

collective comme le sont les élus politiques à l'égard des citoyens dans les différentes assemblées.

Aussi, les délégués syndicaux ne représenteraient-ils plus leur organisation syndicale[818] mais les travailleurs ; ce qui, au regard des accords collectifs qui les engagent[819], est une évolution qui mériterait d'être prise en compte par le législateur. Reste qu'en l'état du droit positif, la représentativité est également calculée au niveau des branches professionnelles et au niveau national interprofessionnel. Avec cette proposition, c'est donc l'intégralité de la représentation syndicale, à tout niveau, qu'il conviendrait de faire évoluer.

Ne pas réformer le système de la représentativité pourrait « *éloigner certains salariés du syndicalisme et desser*[vir] *à terme ceux qu'il* [paysage syndical] *est censé défendre* »[820]. Le système de la « légitimité » de la représentation syndicale pourrait lui être préféré. Ce nouveau schéma, de droit prospectif, aurait l'avantage d'améliorer la relation représentés-représentants, en donnant aux seuls travailleurs le choix de déterminer lesquels des candidats aux élections professionnelles seraient aptes à participer aux négociations collectives qui les engagent. Tel est le modèle retenu, par exemple, en France pour la composition des organes de représentation unitaire dans les administrations publiques[821].

---

[818] V. *supra*, n° 201.

[819] À l'inverse du droit espagnol dans lequel l'accord collectif n'engage que les membres de l'organisation syndicale qui en est signataire.

[820] *Op. cit.*, *p. 82*.

[821] V. art. 3.1 de l'accord cadre du 7 août 1998 relatif au cadre de la convention collective pour la mise en place de syndicat du personnel de la représentation unitaire des fonds d'administration publique et de la définition sur les règles électorales : « *la création de la RSU se fait par élection au suffrage universel et au scrutin secret en utilisant la méthode proportionnelle parmi les listes concurrentes* » ; art. 42 du décret législatif n° 165 du 30 mars 2001relatif aux règles générales sur la règlementation de l'emploi des administrations publiques.

Section 2. La représentation possible : le conseil d'entreprise

280. Démocratie représentative. Le droit du travail s'est construit sur le principe de participation des travailleurs prévu à l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Leur participation a depuis toujours reposé sur un système de représentation. Depuis peu, le législateur permet l'intervention directe des travailleurs pour « *la détermination collective des conditions de travail* [et] *la gestion des entreprises* ».

La conception de la démocratie sociale n'a pas été modifié pour autant. Le dialogue social est toujours mené entre l'employeur et les délégués syndicaux. Le recours aux « intermédiaires » représentant la collectivité des travailleurs est préféré à l'intervention directe des travailleurs. Ce n'est qu'en raison de la petite taille de l'entreprise ou pour faciliter l'aboutissement de la négociation collective que les travailleurs sont consultés. La démocratie représentative et le renforcement de la légitimité sont ainsi toujours préférés à la démocratie participative.

La création – volontaire – du conseil d'entreprise en est un exemple. Le législateur aurait pu faire le choix d'une plus grande participation directe des travailleurs. Il a préféré poser les jalons d'une nouvelle institution au sein de laquelle les travailleurs participent toujours « *par l'intermédiaire de leurs délégués* »[822].

Le conseil d'entreprise regroupe conventionnellement les compétences des institutions représentatives du personnel que connaît la démocratie sociale (§1) et dispose de la possibilité de rendre des avis conformes (§2).

§ 1.Le regroupement conventionnel des attributions

281. Unicité. L'article L. 2321-2 dispose que le conseil d'entreprise est mis en place par accord collectif d'entreprise ou par « *accord de branche étendu pour les entreprises dépourvues de délégué syndical* »[823]. Il exerce les attributions du comité social et économique ainsi que celles du délégué syndical, c'est-à-dire la négociation, la conclusion et la révision des accords d'entreprise.

L'apparition de cette nouvelle institution dans les relations collectives de travail redéfinit nécessairement le principe de participation. Il l'affaiblit en raison de l'effacement de la

[822] Préambule de la Const. de 1946, al. 8.

[823] V. *infra*, n° 284 et s.

spécialité de chacun des anciens représentants mais il renforce sans doute l'ensemble de leurs attributions dès lors qu'elles sont exercées par une institution unique.
Le conseil d'entreprise se singularise par le fait que le législateur renvoie à la négociation collective les modalités de sa création (A). Plus généralement, l'attention doit être portée sur la redéfinition du principe de participation en recherchant s'il n'eut été favorable aux travailleurs une souveraineté dont ils ne disposent pas pour l'instant (B).

A. La création

282. Décentralisation. L'apparition du conseil d'entreprise dans le système des relations collectives de travail est issue de la volonté du législateur (1) qui renvoie sa mise en place effective à la négociation collective dans l'entreprise (2).

1. La volonté législative primaire

283. Droit constitutionnel. L'article 34 de la Consitution précise que « *la loi détermine les principes fondamentaux* [...] *du droit du travail* [et] *du droit syndical* ». Aussi, l'évolution du cadre de la représentation des travailleurs a-elle d'abord été souhaitée par le législateur, avant qu'il ne renvoie aux négociateurs dans l'entreprise, dès lors qu'elle dispose de délégué syndical, le soin de le mettre concrètement en place.
Tel est le cas pour le nouveau conseil d'entreprise. En seulement dix articles insérés dans le Code du travail, sont déterminés les principes fondamentaux auxquels doit répondre le conseil d'entreprise. Liberté est ensuite donnée aux acteurs de la négociation au sein de l'entreprise d'en déterminer les contours plus précis. La création du conseil d'entreprise illustre le mouvement de décentralisation qui s'opère aujourd'hui en droit du travail.
De plus, le législateur continue de s'appuyer sur les seuls négociateurs dans l'entreprise à chaque étape de la mise en place du nouveau cadre de représentation[824] qui pourtant intéresse en premier lieu la collectivité des travailleurs. Le mouvement de décentralisation pourrait s'accompagner d'un renforcement du principe de participation des travailleurs. Ainsi, seuls les

[824] V. *infra*, n° 284 : il n'est fait référence qu'au premier alinéa de C. trav., art. L. 2232-12.

travailleurs pourraient-ils accepter la modification – négociée en amont par l'employeur et les délégués syndicaux – du cadre de leur représentation[825].

2. Le recours à la négociation collective

284. Accord collectif. L'article L. 2321-2, alinéa 1er, du Code du travail dispose : « *le conseil d'entreprise peut être institué par accord d'entreprise conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12. Cet accord est à durée indéterminée. Il peut également être constitué par accord de branche étendu pour les entreprises dépourvues de délégué syndical* ».

La mise en place du conseil d'entreprise soulève une interrogation majeure dans la conception législative des relations collectives de travail. Elle bouleverse la représentation de la collectivité des travailleurs au sein de l'entreprise sans qu'ils ne soient directement consultés. Leur participation est indirecte. En effet, la mise en place du conseil d'entreprise relève d'une négociation entre l'employeur et les délégués syndicaux dont nous avons souligné qu'ils étaient davantage les représentants de l'organisation syndicale représentative qui les a désignés que ceux de la collectivité des travailleurs. Le législateur aurait pu subordonner cette négociation aux modalités de conclusion prévues à l'article L. 2232-12 du Code du travail dans son entier et non seulement à son premier alinéa. Les organisations syndicales représentatives minoritaires ou l'employeur aurait pu s'appuyer sur la volonté des travailleurs, en les consultant, pour mettre en place le conseil d'entreprise.

285. Proposition. Le principe de participation pourrait être ainsi conçu à travers l'obligation de consulter les travailleurs sur les conditions dans lesquelles s'exercent leur représentation dans l'entreprise.

Il faudrait alors distinguer ce qui relève du cadre de la représentation des travailleurs et de l'exercice même de la représentation. Le principe de participation serait autrement défini : les travailleurs devraient être consultés pour la délimitation du cadre général et renvoyer à leurs délégués leur représentation effective auprès de l'employeur.

[825] V. *infra*, n° 286 et s.

B. La proposition de consultation des travailleurs

286. Distinction. Refonder les relations collectives de travail par la création d'une institution unique regroupant les compétences des institutions représentatives du personnel actuelles, interroge sur la méthode employée pour ce faire. Le recours à la négociation collective fut retenu par le législateur. Pourtant, la redéfinition des modalités de représentation (1) intéresse directement les représentés, c'est-à-dire les travailleurs, alors que la mise en France de la représentation (2) doit être assurée par les représentants de la collectivité des travailleurs.

1. Les modalités de la représentation

287. Participation. Dans le cadre de la négociation collective traditionnelle[826], le législateur a mis en œuvre le principe de participation selon deux modalités : soit l'intervention des « *délégués* »[827], soit la participation directe des travailleurs. Il combine parfois les deux : l'employeur et les délégués syndicaux négocient un projet d'accord qui, à défaut d'être majoritaire, peut faire l'objet d'une consultation des travailleurs.

Si les relations collectives de travail sont principalement fondées sur le système de la démocratie représentative, il est désormais[828] concevable de faire participer directement la collectivité des travailleurs sur les sujets qui l'intéressent. L'un d'entre eux pourrait être la définition des modalités de représentation au sein de l'entreprise. Ainsi, les travailleurs définiraient eux-mêmes la manière dont ils souhaitent être représentés.

---

[826] V. *infra*, n° 354.

[827] Préambule de la Const. de 1946, al. 8.

[828] Isabelle Ferreras écrivait, à propos du système des relations collectives de travail avant les récentes réformes, que « *le travail salarié ne connaît pas la démocratie. Une fois franchi le seuil de l'entreprise, le citoyen devient un facteur travail soumis aux décisions des seuls apporteurs en capital* […]. *Dans leur vie de tous les jours, on enjoint aux salariés de se comporter en citoyens responsables, électeurs capables de prendre position sur les grandes questions politiques* […]. *Mais lorsqu'ils franchissent le seuil de l'entreprise, on les réduit à de la pure force de travail, soumise aux décisions d'un gouvernement de l'entreprise* » (I. FERRERAS, Gouverner le capitalisme ? : *PUF, 2012, p. 8*).

288. Proposition. L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017[829] a entendu laisser aux délégués syndicaux le soin de définir avec l'employeur le futur cadre de la représentation de la collectivité des travailleurs dans l'entreprise. En pratique, les délégués syndicaux pourraient trouver avantage à sauvegarder leurs propres intérêts et à ne pas diluer leurs prérogatives dans une institution unique.

Il pourrait seulement revenir aux délégués syndicaux de négocier un projet d'accord portant création du conseil d'entreprise, mais ils seraient dessaisis de la faculté de conclure un tel accord. À l'issue de la négociation collective, les travailleurs devraient obligatoirement être consultés sur le projet d'accord. Eux seuls pourraient ou non valider le nouveau cadre de leur représentation dans l'entreprise. En effet, il est ici question de créer une nouvelle institution et d'établir les règles du dialogue social entre la collectivité des travailleurs et l'employeur.

L'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946, qui prévoit le principe de participation des travailleurs, devrait alors être autrement interprété. La notion de délégués « *intermédiaires* » disparaitraient dès lors qu'il s'agit de définir les modalités de représentation des travailleurs mais conserverait son importance dans la mise en œuvre de cette représentation.

Ce raisonnement soulève la question d'une éventuelle « souveraineté sociale des travailleurs » dans l'entreprise. Ils resteraient souverains d'accepter ou non le projet d'accord relatif à une nouvelle représentation dans l'entreprise. Les représentants des travailleurs, qualifiés de « *délégués* » par la Constitution, ne disposeraient plus de la prérogative de conclure de tels projets. Ils resteraient les interlocuteurs privilégiés de l'employeur pour la négociation et la conclusion des projets d'accord ordinaires.

289. Proposition. La proposition de validation par les travailleurs des modalités de représentation est également applicable à l'hypothèse dans laquelle la mise en place du conseil d'entreprise est négociée au niveau de la branche. En effet, le droit positif prévoit qu'en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise, le conseil d'entreprise « *peut également être constitué par accord de branche étendu* ». Les travailleurs ne sont pas appelés à participer à la négociation ni à la conclusion de cet accord, comme c'est le cas pour l'accord portant création du conseil d'entreprise. S'ajoute là le fait que le dialogue social a lieu en dehors de l'entreprise

[829] Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017, relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, art. 1 : *JORF 23 sept. 2017, texte n° 31*.

elle-même. Les modalités de représentation de la collectivité des travailleurs est décidée par la voie conventionnelle, en dehors de l'entreprise, sans que jamais les travailleurs ne soient consultés.

290. Proposition. En poussant à son paroxysme l'idée que les travailleurs devraient accepter les nouvelles modalités de leur représentation, le protocole d'accord préélectoral négocié entre l'employeur et les membres du conseil d'entreprise devrait faire l'objet d'une consultation des travailleurs[830]. Il en va du cadre dans lequel la représentation de la collectivité des travailleurs est ensuite exercée pendant quatre ans. Eux seuls, en acceptant le texte proposé à la majorité des travailleurs[831], pourraient alors déclencher le processus électoral. Si l'issue de la consultation devait ne pas être favorable alors il reviendrait à la partie la plus diligente de saisir le juge judiciaire.

2. La mise en œuvre de la représentation

291. Représentation. Une fois élus, les membres du conseil d'entreprise pourraient ensuite exercer seuls les attributions dudit conseil, comme véritables intermédiaires entre l'employeur et la collectivité des travailleurs.

En présence d'un conseil d'entreprise, les travailleurs ne pourraient plus intervenir dans la procédure de conclusion d'accords collectifs. La liberté totale de représentation de la collectivité des travailleurs par les membres du conseil reposerait sur la suppression des différentes situations de consultation des travailleurs actuellement prévues par le Code du travail à l'issue de la négociation collective. Le maintien d'éventuelles consultations des travailleurs dans ces situations pourraient, dans le cas contraire, affaiblir les membres élus du conseil d'entreprise[832].

[830] Cette idée pourrait déjà être appliquée au protocole d'accord préélectoral pour l'organisation des élections professionnelles des membres au comité social et économique.

[831] Et non à la majorité des suffrages exprimés afin de tenir compte du *quorum*, donc du taux de participation pour vérifier la légitimité de cet accord préélectoral.

[832] V. *infra*, n° 369 et s.

Ce n'est qu'en l'absence ou carence de conseil d'entreprise que les travailleurs devraient être consultés dès que le thème de négociation collective relèverait de ceux normalement attribués à l'institution unique.

§ 2.L'avis conforme

292. Incitation. Les débats qu'ont suscités les ordonnances et la loi de ratification n'ont pas fondamentalement mis en exergue les enjeux de la création du conseil d'entreprise. Les organisations syndicales auraient pu exprimer leur crainte de voir leur mission de revendication se diluer dans la mission de réclamation du comité social et économique. Les débats ont été centrés sur la question de la suppression du CHSCT, non sur le regroupement des compétences des actuelles institutions représentatives du personnel. Le caractère volontaire de la création du conseil d'entreprise en est l'une des raisons.
Pour autant, le législateur a tenté d'inciter les acteurs de ce dialogue, employeurs comme délégués syndicaux, à créer volontairement le conseil d'entreprise. Il a prévu à l'article L. 2321-3 du Code du travail une relative contrepartie : la procédure d'avis conforme qui n'est pas inconnue en droit du travail[833]. Dans ce cas, l'employeur perd son pouvoir de décision unilatérale puisqu'il doit nécessairement obtenir l'accord préalable du conseil d'entreprise[834] ; à l'occasion de certaines décisions qu'il peut prendre.
Le législateur a choisi de renvoyer à la négociation collective la détermination du champ d'application de l'avis conforme. Ce dernier ne fait l'objet que d'une prescription législative minimale (A) dont le régime juridique (B) est différent du droit de veto de nature politique.

A. La prescription minimale du législateur

293. Négociation. L'article L. 2321-3 du Code du travail dispose que « *l'accord prévu à l'article L. 2321-2 fixe la liste des thèmes tels que l'égalité professionnelle, soumis à l'avis conforme du conseil d'entreprise. La formation professionnelle constitue un thème obligatoire* ».

[833] V. *infra*, n° 297.

[834] V. Ministère du Travail, « 100 questions-réponses sur le CSE », 19 avr. 2018.

Le législateur n'a pas souhaité dresser la liste des domaines dans lesquels l'avis conforme est attribué aux élus du conseil d'entreprise. Il a ainsi souhaité une certaine adaptabilité des relations collectives de travail (1) aux réalités de l'entreprise. Pour autant, l'employeur a tout intérêt à ce que le champ d'application de l'avis conforme ne soit pas trop étendu. En effet, il limite son pouvoir unilatéral. Aussi, pourrait-on imaginer que les travailleurs viennent au soutien de leurs délégués syndicaux pour définir – comme précédemment proposé[835] – le cadre dans lequel s'exerce leur représentation dans l'entreprise (2).

1. L'adaptabilité des relations collectives de travail

294. Thèmes. L'article L. 2321-3 du Code du travail dispose que les négociateurs de l'accord portant création du conseil d'entreprise, doivent choisir les thèmes sur lesquels les membres du conseil d'entreprise peuvent exercer un « *droit de veto* »[836]. Le législateur renvoie donc aux acteurs de la négociation collective le soin de déterminer les thèmes dans lesquels l'employeur peur prendre des décisions unilatérales sans contrôle du conseil d'entreprise et ceux qui, au contraire, doivent être soumis à son approbation.

Concernant les thèmes soumis à l'avis conforme, le législateur est resté particulièrement silencieux. Il ne retient que celui de la formation professionnelle et renvoie le choix d'inscrire d'autres thèmes à la négociation collective relative à la mise en place du conseil d'entreprise. L'interrogation est permise sur un éventuel avis conforme du conseil concernant le thème de l'égalité professionnelle. Le législateur le cite à l'article L. 2321-3 du Code du travail à titre d'exemple sans en faire un thème obligatoire. Son incription dans la loi invite tout de même les négociateurs à en faire un thème pour lequel l'avis conforme du conseil d'entreprise doit être requis.

En outre, le minimalisme des prescriptions législatives témoigne d'une volonté de pragmatisme. Recourir à la négociation collective permet une plus grande adaptabilité des relations collectives de travail aux besoins réels de l'entreprise.

[835] V. *supra*, n° 288 et s.

[836] M. VERICEL, Pour une participation authentique des salariés à la vie de l'entreprise : *Dr. soc. 2018, p. 924* ; V. *infra*, n° 299 : cette qualification est inappropriée.

295. Décentralisation. Le choix du législateur de renvoyer à la négociation collective la mise en place du conseil d'entreprise et le champ d'application de l'avis conforme – la forme et le fond –, n'est pas anodin. Il s'inscrit dans le mouvement de décentralisation[837] par lequel le législateur encourage les acteurs de la négociation collective à adapter le cadre de la participation de la collectivité des travaillers aux réalités de chaque entreprise ; c'est-à-dire d'adapter les relations collectives de travail à la nécessité de défendre l'intérêt collectif.

2. La proposition de soutien des délégués syndicaux par les travailleurs

296. Négociation. Le législateur n'offre aucune garantie que la négociation en question puisse aboutir à l'élargissement du champ d'intervention de l'avis conforme. S'il restait silencieux sur ce point, l'accord collectif qui créerait le conseil d'entreprise pourrait avoir pour conséquence que l'avis conforme du conseil d'entreprise ne soit exigé que dans le thème de la formation professionnelle.

La création du conseil d'entreprise reste cependant soumise à la conclusion d'un accord entre l'employeur et « *une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique* »[838]. Aucune d'entre elles n'aurait intérêt à procéder à la diminution de son influence par la dilution de ses prérogatives avec celles du comité social et économique et, dans le même temps, de ne pas se saisir de la possibilité d'étendre le champ d'application de l'avis conforme du conseil d'entreprise. Le premier risque peut donc être écarté. S'y ajoute le fait que les délégués syndicaux défendent l'intérêt de la collectivité des travailleurs lors des négociations avec l'employeur ; travailleurs qui pourraient – avec l'évolution du système juridique actuel – soutenir leurs délégués. Rejaillit l'idée d'une consultation des travailleurs sur le projet d'accord relatif à la création du conseil d'entreprise et sur le champ d'application de son avis conforme[839].

[837] V. *supra*, n° 235 et s.

[838] C. trav., art. L. 2321-2, al. 1 et L. 2232-12, al. 1, combinés.

[839] V. *supra*, n° 288 et s.

297. Consultation. En l'état actuel des choses, la collectivité des travailleurs n'est pas consultée lors de la création du conseil d'entreprise par voie conventionnelle[840]. La loi ne prévoit pas davantage une telle consultation pour le choix des thèmes soumis à l'avis conforme de cette nouvelle institution.

Faut-il penser que les intérêts des travailleurs ne sont pas défendus ? La réponse est assurément négative à raison de l'intervention de leurs délégués syndicaux. Cependant, la recherche d'une souveraineté sociale des travailleurs imposerait qu'ils soient consultés sur la forme et sur le fond concernant la détermination des modalités de leur représentation dans l'entreprise. Il en va de la mise en place du conseil d'entreprise et des thèmes pour lesquels son avis conforme est exigé.

L'avis conforme touche aux décisions unilatérales de l'employeur. Ce dernier a donc tout intérêt[841] à imposer aux délégués syndicaux avec qui il négocie que le champ d'application de l'avis conforme ne soit pas trop étendu. La consultation des travailleurs pourrait contrebalancer cette idée en permettant de soutenir une proposition inverse. Aux délégués syndicaux, la négociation du projet d'accord ; aux seuls travailleurs, la faculté de l'approuver ou non. À défaut d'approbation, le conseil d'entreprise ne pourrait être créé et les relations collectives de travail être simplifiées dans l'entreprise, à moins que le législateur n'impose finalement la mise en place obligatoire du conseil d'entreprise.

B. Le régime juridique

298. Impérativité. L'avis conforme n'est pas nouveau en droit du travail. Il a déjà été mis en place pour l'ancien comité d'entreprise[842] puis pour le nouveau comité social et économique[843]. Le recours à l'avis conforme permet à ces deux institutions représentatives du personnel de soumettre l'employeur à leur décision.

---

[840] V. *supra*, n° 284.

[841] L'intérêt de l'employeur est davantage économique que social.

[842] V. C. trav., anc. art. L. 2145-11, al. 1er (avis conforme du comité d'entreprise concernant le congé de formation économique et sociale et de formation syndicale).

[843] C. trav., art. L. 2145-11, al. 1er (avis conforme du comité social et économique concernant le congé de formation économique et sociale et de formation syndicale).

299. Qualification. L'accord collectif portant création du conseil d'entreprise doit également définir les modalités d'expression de l'avis conforme. Liberté est laissée aux acteurs de la négociation collective de déterminer les conditions de majorité selon lesquelle l'avis peut être adopté. Il faudra néanmoins exclure l'hypothèse de l'unanimité qui rendrait difficile l'opposition à la décision unilatérale de l'employeur ; ainsi que l'hypothèse dans laquelle un seul membre du conseil pourrait s'opposer.

En effet, pour éviter que le blocage ne soit permanent, l'avis conforme ne saurait être entendu comme le droit de veto de nature politique même si ses effets sont identiques. Le Professeur Marc Vericel l'a pourtant qualifié de « *droit de veto sur des décisions patronales* »[844]. L'avis conforme du conseil d'entreprise offre la possibilité à une majorité – à définir conventionnellement – des membres du conseil d'entreprise de s'opposer à une décision unilatérale de l'employeur sur certains thèmes. Le droit de veto traditionnel constitue un moyen pour un ou plusieurs membres d'une institution d'annihiler les effets d'une décision pourtant prise à la majorité des membres[845]. Qualifier l'avis conforme de droit de veto reviendrait à laisser la possibilité à un seul membre de s'opposer à une décision unilatérale de l'employeur acceptée à la majorité des membres du conseil d'entreprise[846].

300. Proposition. Plus généralement, le droit du travail ne saurait se satisfaire de l'avis conforme comme moyen de s'opposer à une décision unilatérale de l'employeur. En effet, l'incitation à créer une institution unique de représentation du personnel repose sur sa possibilité à s'opposer à certaines décisions unilatérales de l'employeur alors que, dans le même temps, le législateur encourage le dialogue social dans l'entreprise et renforce sans cesse la légitimité des représentants de la collectivité des travailleurs.

---

[844] *Op. cit.*

[845] G. CORNU, Vocabulaire juridique : *PUF, 12è éd, 2018, p. 1071* : « *décision par laquelle un organe partiel d'une fonction juridique s'appose à l'édiction d'un acte de cette fonction déjà approuvé par un ou plusieurs autres organes partiels* ».

[846] V. M. VERICEL : *op. cit* : quand bien même, en raison de la subordination à l'acceptation par l'employeur des thèmes concernés par le droit de veto, nous serions « *loin des pouvoirs dont est investi le conseil d'entreprise en droit allemand (Betriebsrat)* » (ex. : droit de veto sur un projet de licenciement ou un projet d'embauche d'un salarié, pouvoir de codéterminer avec l'employeur les horaires de travail, etc.)

Le « *regroupement des institutions représentatives du personnel* »[847] aurait pu reposer sur un changement de conception des relations collectives de travail dans leur ensemble. « *L'entreprise* [pourrait être] *appréhendée non plus comme une entité socioéconomique produisant seulement des profits au bénéfice des propriétaires en capital, mais comme un lieu de production de l'humain et du lien social* »[848].

À l'avis conforme du conseil d'entreprise aux effets paralysants, aurait pu être préférée une véritable collaboration entre l'employeur et les membres de l'institution ; en transformant, par exemple, les thèmes de décisions unilatérales de l'employeur en thèmes de négociation collective. Le tout en confiant aux travailleurs le choix des modalités de leur représentation, donc du cadre de leur participation.

[847] B. TEYSSIÉ, Regroupement des institutions représentatives du personnel : *JCP S 2016, 1126.*

[848] P. ADAM, La ruée vers l'ordre néolibéral. Sur un western juridique moderne : *Dr. ouvrier 2018, p. 170 et s*.

Conclusion du chapitre II

301. Conclusion. Les relations collectives de travail sont, dans l'entreprise, fondées sur un double canal de représentation des travailleurs à l'égard de l'employeur : la représentation élue et la représentation syndicale. Si les ordonnances du 22 septembre 2017 et la loi du 29 mars 2018 ont modifié le paysage institutionnel au sein de l'entreprise, ils ne l'ont pas fondamentalement bouleversé au point de renforcer la participation directe des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail.

Les deux principaux enjeux de la réforme de 2017 ont été de procéder au « *renforcement de la négociation collective* »[849] et de mettre en place une « *nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise* »[850]. Une *simplification du paysage institutionnel* a été opérée. Les trois anciennes institutions représentatives du personnel (délégué du personnel, comité d'entreprise et comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail) ont disparu au profit d'une unique institution : le comité social et économique. Les relations collectives de travail dépassent de ce point de vue le système politique qui ne se préoccupe que du transfert de compétences entre chaque collectivité locale, sans jamais procéder à leur regroupement voire à leur suppression[851].

Le processus de simplification au sein des relations collectives de travail n'est pas abouti totalement car le *regroupement de la représentation élue et de la représentation syndicale* est, en droit positif, fondé sur la seule volonté des acteurs de la négociation collective. Ce regroupement a pour avantage d'offrir une « *représentation à la carte* »[852] des travailleurs dans l'entreprise. Son caractère volontaire empêche néanmoins une simplification d'ensemble. Cette possibilité offerte aux négociateurs ne trouve aucune comparaison dans le système politique.

Les relations collectives de travail et le système politique partagent cependant l'idée que les travailleurs et les citoyens ne sont pas nécessairement consultés concernant le cadre de leur

[849] Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, relative au renforcement de la négociation collective : *JORF 23 sept. 2017, texte n° 29*.

[850] Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 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 23 sept. 2017, texte n° 31*.

[851] V. *supra*, n° 248.

[852] F. PETIT, Une représentation à la carte : *Dr. soc. 2016, p. 544 et s.*

représentation. Le législateur a exclu toute consultation des travailleurs pour la création du conseil d'entreprise. La Constitution prévoit qu'une révision constitutionnelle puisse être adoptée à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés du Congrès, sauf lorsqu'il est décidé de la soumettre au référendum[853]. La participation directe du travailleur et du citoyen dans la détermination du cadre de leur représentation respective est donc inexistante pour le premier et réduite pour le second alors que le peuple est « *souverain* ».

[853] Const., art. 89.

Conclusion du titre I

302. Conclusion. Selon l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, le législateur « *détermine les principes fondamentaux* […] *du droit du travail* » parmi lesquels le *principe de participation* des travailleurs, prévu à l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, fonde en partie la démocratie sociale.

Cette dernière s'organise autour de deux grands axes : la décentralisation et la représentation des travailleurs. Démocratie sociale et démocratie politique se rapprochent sur ce point. Elles se différencient néanmoins concernant les modalités de leur mise en oeuvre.

La *décentralisation* permet de transférer certaines compétences de l'État aux collectivités locales ou certains thèmes de négociation du niveau national à celui de l'entreprise. La prise de décision locale est préférée aux décisions prises selon une conception jacobine. Le législateur contemporain défend en effet l'idée qu'une décision prise au plus près des citoyens ou des travailleurs répond davantage aux besoins qu'ils expriment. Ces décisions n'ont pourtant pas la même portée juridique selon qu'elles sont prises dans le système politique ou dans le système des relations collectives de travail. Le législateur ne reconnaît qu'un pouvoir normatif limité aux acteurs politiques alors qu'il offre un véritable pouvoir normatif conventionnel aux acteurs de la négociation collective.

La *représentation* est également envisagée différemment selon les deux systèmes. Dans le système politique, le mandat des élus dépend des suffrages exprimés par les citoyens-électeurs, directement ou indirectement (pour les sénateurs). Dans le système des relations collectives de travail, seul le mandat des membres de la délégation du personnel au comité social et économique s'appuie sur les suffrages exprimés lors des élections professionnelles. Le mandat des délégués syndicaux n'y fonde que partiellement ses racines, la condition essentielle étant la désignation – qualifiable de nomination – par une organisation syndicale représentative. Cette différence entre les deux systèmes disparaît dès lors qu'un conseil d'entreprise est volontairement mis en place dans l'entreprise. Les membres de la délégation du personnel sont alors directement (et seulement) élus par les travailleurs-électeurs.

TITRE II. LE DIALOGUE SOCIAL REPRÉSENTATIF

303. Démocratie. Le système des relations collectives de travail assure la participation des travailleurs à travers la démocratie représentative.

Le dialogue social repose sur une relation tripartite entre l'employeur et les travailleurs, par l'intermédiaire de la représentation élue[854] ou syndicale[855]. La convention n° 135 de l'Organisation internationale du travail le reconnaît : « *les termes 'représentants des travailleurs' désignent des personnes reconnues comme tels par la législation ou la pratique nationales, qu'elles soient : des représentants syndicaux* […] *ou des représentants élus* »[856]. Le Préambule de la Constitution de 1946 dispose à l'alinéa 8 que « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ».

Dans le cadre de la négociation collective, le Conseil constitutionnel a conféré aux organisations syndicale une vocation naturelle à assurer la défense de l'intérêt collectif[857], vocation et non pas monopole. En l'absence de représentation syndicale et pour assurer l'effectivité de la représentation des travailleurs[858], le législateur prévoît le recours à un « *type mineur de*

---

[854] V. *supra*, n° 269.

[855] V. *supra*, n° 273.

[856] V. art. 3 de la conv. n° 135 de l'OIT concernant la protection des représentants des travailleurs dans l'entreprise et les facilités à leur accorder : « *les termes représentants des travailleurs désignent des personnes reconnues comme tels par la législation ou la pratique nationales, qu'elles soient : (a) des représentants syndicaux, à savoir des représentants nommés ou élus par des syndicats ou par les membres de syndicats ; (b) ou des représentants élus, à savoir des représentants librement élus par les travailleurs de l'entreprise, conformément aux dispositions de la législation nationale ou de conventions collectives, et dont les fonctions ne s'étendent pas à des activités qui sont reconnues, dans les pays intéressés, comme relevant des prérogatives exclusives des syndicats* ».

[857] Cons. Const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC, cons. 8 : *JORF 13 nov. 1996, p. 16531*.

[858] V. C. FOURCADE, L'autonomie collective des partenaires sociaux. Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale : *thèse dactyl., Paris II, 2006, p. 214 et s.* : historique du « *développement palliatif de nouvelles formes de légitimité* » et « *le recours accru à de nouveaux acteurs* » et notamment les lois n°98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (recours à la technique du mandat) et n°2000-37 du 19 janv. 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (préférence pour les salariés directement mandatés par les organisations syndicales représentatives).

représentation »[859], membre élu au comité social et économique ou encore travailleur mandaté. La démocratie sociale permet aux travailleurs de prendre part à la détermination de leur representation dans l'entreprise. Une fois que la représentation – élue et syndicale – des travailleurs est mise en place, la participation des travailleurs devient indirecte (Chapitre I). Elle n'est pas inexistente comme dans la démocratie politique car les suffrages exprimés lors des élections professionnelles ont des conséquences sur la validité des accords collectifs ; là où les délibérations dans les assemblées politiques dépendent du seul vote des élus.

Parfois, en raison de l'absence ou de carence de représentation – élue et syndicale – dans l'entreprise, le législateur permet la consultation des travailleurs. Cette évolution récente ouvre la voie au renforcement de la participation des travailleurs par son caractère direct (Chapitre II).

[859] J. SAVATIER, Les accords conclus par des salariés expressément mandatés par des organisations syndicales : *Dr. soc. 1998, p. 334 et s.*

Chapitre I. Participation indirecte des travailleurs

304. Démocratie représentative. Le système politique et le système des relations collectives de travail conçoivent tous les deux les démocraties politique et sociale à travers la représentation des citoyens et des travailleurs. La participation de ces derniers à la vie publique comme au dialogue social est essentiellement indirecte dès lors qu'ils disposent d'une représentation.

Dans le système politique, les citoyens élisent leurs représentants locaux comme nationaux au suffrage universel direct[860]. Une fois les assemblées locales et nationales mises en place, leur participation n'est plus formellement requise. Aucune délibération ne peut être votée par les citoyens directement, sauf lorsque les acteurs politiques prennent eux-mêmes l'initiative d'organiser un référendum.

Dans le système des relations collectives de travail, la participation des travailleurs se matérialise essentiellement à travers les élections professionnelles et notamment le premier tour de l'élection des membres titulaires de la délégation du personnel au comité social et économique. L'expression démocratique collective a pour conséquence directe de déterminer la composition du comité social et économique, dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 11 et 50 salariés, et la détermination de la représentation syndicale à travers la représentativité syndicale dans les entreprises d'au moins 50 salariés.

Néanmoins, les travailleurs peuvent ne pas être représentés en raison de la faiblesse des effectifs ou de la carence de candidats aux élections professionnelles ou de l'absence de désignation en qualité de délégué syndical d'un travailleur. La récente réforme, et notamment l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, en a tenu compte.

L'importance de la participation des travailleurs dépend de la possibilité de mettre en place une représentation dans l'entreprise.

Elle est indirecte à l'occasion de la négociation collective. En présence de représentants des travailleurs, ceux-ci sont en effet les acteurs de la négociation collective (Section 1). Ils sont également appelés à conclure l'accord collectif avec l'employeur ; même si sa validité est subordonnée aux résultats des élections professionnelles. L'issue de la négociation collective (Section 2) ne dépend donc en principe que de la participation indirecte des travailleurs.

[860] V. *infra*, n° 311 : il existe quelques exceptions telles que l'élection des sénateurs ou encore la nomination des membres du Gouvernement.

Elle est parfois directe lorsqu'une consultation des travailleurs est spécialement organisée pour valider un accord collectif.

Section 1. Les acteurs de la négociation

305. Légitimité. L'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 dispose que « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». À la suite des élections professionnelles, s'ouvre un cycle électoral pendant lequel peut s'exercer le dialogue social à travers la négociation collective. En raison du caractère représentatif de la démocratie, le dialogue social est établi entre l'employeur et les représentants des travailleurs.

Si on s'interroge sur la légitimité des acteurs, une légitimité directe est issue des urnes, caractérisée par le choix des travailleurs lors des élections professionnelles, sans autre considération ; une légitimité indirecte l'est par la technique du mandat syndical donné par une organisation syndicale dont la représentativité est vérifiée à un niveau supérieur à celui de l'entreprise.

Dans une importante décision en date du 6 novembre 1996, le Conseil constitutionnel a attribué aux organisations syndicales une vocation naturelle à la représentation des salariés en matière de négociation collective[861]. Le législateur a subordonné l'exercice de cette prérogative à la vérification de la représentativité des organisations syndicales.

À ce sujet, Marie-Laure Morin a estimé que « *la représentativité est* […] *une qualité qui établit l'aptitude d'une organisation syndicale à représenter l'intérêt de toute une collectivité de travailleurs, au-delà de son intérêt propre comme personne morale ou de celui de ses adhérents. Elle atteste de l'aptitude du syndicat à représenter un intérêt collectif, qu'il s'agisse d'en être le porte-parole, ou de le représenter dans la négociation collective pour définir les règles applicables à cette collectivité. À cet égard, la représentativité ne constitue pas une représentation des personnes. Elle est une condition à laquelle le droit peut soumettre la*

[861] Cons. Const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC, cons. 8 : *JORF 13 nov. 1996, p. 16531* : « *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* ».

représentation des intérêts collectifs, intermédiaires entre l'intérêt individuel et l'intérêt général »[862].

La représentativité n'est cependant pas synonyme de légitimité. Cette dernière, définie comme la « *conformité d'une institution à une norme supérieure juridique ou éthique, ressentie comme fondamentale par la collectivité qui fait accepter moralement et politiquement l'autorité de cette institution* »[863], devrait être prise en considération pour une raison essentielle. La collectivité des travailleurs doit « *accepter moralement* »[864] le fait que l'issue de la négociation collective l'engage.

En l'état du droit positif, la représentativité des organisations syndicales ne confère aux délégués syndicaux qui les désignent qu'une légitimité semi-directe (§1). Elle n'est pas directe car les travailleurs n'élisent pas directement les délégués syndicaux et leur mandat dépend toujours de la désignation par une organisation syndicale représentative. Elle n'est pas indirecte car l'audience électorale personnelle du candidat à la fonction de délégué syndical est vérifiée depuis 2008, même la vérification de cette condition a ensuite été attenuée[865]. La légitimité des délégués syndicaux se situe donc à mi-chemin : elle dépend de la représentativité de l'organisation syndicale désignatrice et du résultat personnel du candidat aux élections professionnelles.

Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, l'intervention des organisations syndicales représentatives et, physiquement, des délégués syndicaux à la négociation collective, sont préférées à toute autre forme de représentation des travailleurs dans l'entreprise. Cependant, le législateur a envisagé l'hypothèse de la carence de délégué syndical ; c'est-à-dire lorsqu'« *il n'y a pas de délégués syndicaux en fait, alors même qu'il pourrait y en avoir en droit* »[866]. Dans cette situation, il a prévu une alternative, « *éphémère* » puis « *généralisée* »[867], à travers le recours aux membres titulaires au comité social et économique, parfois mandatés, voire aux

---

[862] M.-L. MORIN, Les nouveaux critères de la représentativité syndicale dans l'entreprise : *Dr. soc. 2011, p. 62 et s*.

[863] G. CORNU, Vocabulaire juridique : *PUF, 12e éd., 2018, p. 605*.

[864] *Op. cit*.

[865] V. *supra*, n° 200.

[866] J.-M. VERDIER, Négocier la représentation : quels agents, quels pouvoirs, quel statut ? : *Dr. soc. 1997, p. 1040 et s*.

[867] C. FOURCADE, L'autonomie collective des partenaires sociaux. Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale : *thèse dactyl., Paris II, 2006, p. 214 et s*.

travailleurs non-élu mandatés. Interviennent alors des acteurs à la légitimité directe et/ou indirecte (§2).

L'absence de volonté du législateur de favoriser la légitimité directe des représentants des travailleurs à la négociation collective, par rapport à une légitimité semi-directe voire indirecte, est contestable. Le conseil d'entreprise peut être une solution (§3).

§ 1.La priorité des délégués syndicaux : légitimité semi-directe

306. Présentation. La négociation collective est fondée sur le dialogue entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives de salariés. Dans leur Position commune du 9 avril 2008, les partenaires sociaux ont rappelé que le « *dialogue social* » et la « *représentativité* » des organisations syndicales étaient liés[868].

Le Code du travail dispose, en son article L. 2231-1, que la négociation collective est une prérogative des organisations syndicales de salariés représentatives ; prérogative qu'elles exercent concrètement à travers leurs délégués syndicaux. Ce n'est qu'à défaut de délégué syndical que le Code du travail a prévu, aux articles L. 2232-21 à L. 2232-26, le recours à d'autres acteurs : représentants élus du personnel, parfois mandatés, ou travailleurs mandatés.

Si priorité est donnée aux acteurs syndicaux, leur légitimité n'est pas à la hauteur des conséquences juridiques de leurs actions. La faiblesse de cette légitimité à représenter les travailleurs lors de la négociation collective s'explique pour des raisons électorales (A) et, pour les délégués syndicaux, par leur dépendance envers une organisation syndicale représentative (B).

A. Les raisons électorales

307. Présentation. S'interroger sur la légitimité des acteurs syndicaux à la négociation collective dans l'entreprise renvoie directement aux origines de leur mandat. En droit du travail, les organisations syndicales puisent leur légitimité dans leur représentativité qui comprend la

[868] V. intitulé de la Position commune du 9 avr. 2008 : « *Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme* ».

mesure de leur audience collective, tandis que les délégués syndicaux puisent la leur dans l'audience personnelle[869].

Dans le système politique, l'origine du mandat des représentants des citoyens est exclusivement électorale. Seules les élections leur procurent la légitimité pour délibérer valablement au sein des assemblées locales et nationales.

La légitimité ne saurait être reconnue à travers la seule représentativité des organisations syndicales[870]. L'audience – qui n'est qu'un des sept critères exigés – se vérifie lors du premier tour des élections des membres titulaires au comité social et économique. Il y a donc une confusion lors de cette élection entre la détermination de la représentation élue et la vérification de l'audience électorale des organisations syndicales. La mesure de la représentativité ne fait pas l'objet d'un scrutin spécifique (1).

Quant au délégué syndical, sa légitimité ne saurait dépendre d'une double audience (B). La légitimité de son organisation syndicale désignatrice est contestable et son audience électorale personnelle n'est plus nécessairement exigée pour qu'il soit désigné délégué syndical.

1. L'absence de scrutin spécifique

308. Effets. Les élections professionnelles organisées dans l'entreprise ont deux finalités essentielles : déterminer à la fois la représentation élue et la représentation syndicale. En effet, au premier tour des élections des titulaires au comité social et économique, elles permettent aux travailleurs d'élire les membres de la délégation du personnel au comité social et économique mais aussi de calculer l'audience électorale pour déterminer le poids de chaque organisation syndicale dans l'entreprise et leur possibilité de désigner des délégués syndicaux. L'article L. 2122-1 du Code du travail en dispose ainsi : « *dans l'entreprise ou l'établissement, sont représentatives les organisations syndicales qui satisfont aux critères de l'article L. 2121-1 et qui ont 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* ».

[869] V. *supra*, n° 200 : même si l'exigence de cette condition a été affaiblie.

[870] V. *contra* : M.-L. MORIN, *op. cit.*

Ce scrutin unique détermine également l'audience électorale personnelle de chaque candidat en vue de sa désignation comme délégué syndical ou encore, pour quatre ans, le poids électoral de chaque organisation syndicale dans l'entreprise pour la conclusion des accords collectifs[871].
Lors de la réforme du 20 août 2008 relative à la rénovation de la démocratie sociale[872], le législateur a choisi de conserver la double finalité du premier tour de l'élection des membres titulaires au comité social et économique, et non d'instaurer deux scrutins aux finalités différentes[873].

309. Bulletin unique. Tel qu'il est légalement prévu, le système de la démocratie sociale est perfectible. Si les représentants du personnel sont élus par les travailleurs eux-mêmes sans autre condition légale, les délégués syndicaux ne le sont pas. La légitimité des délégués syndicaux est donc relative pour deux raisons.
La première est que la qualité de délégué syndical ne dépend pas d'une élection mais d'une désignation par une organisation syndicale représentative[874]. Les audiences électorales collective et accessoirement individuelle[875] ne sont qu'une partie des critères de désignation des délégués syndicaux.
La seconde raison résulte de l'impossibilité pour le travailleur de dissocier son vote pour l'élection des membres au comité social et économique et pour l'audience électorale. Les travailleurs sont donc libres de voter pour les candidats de leur choix mais ne peuvent différencier leur vote lors d'une élection unique aux finalités multiples.
La dissociation des scrutins pourrait être envisagé notamment pour une meilleure effectivité du droit de rature[876] que peuvent exercer les travailleurs lors des élections professionnelles. Ils

[871] C. trav., art. L. 2232-12, al. 1 : « *la validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à sa signature par, d'une part, l'employeur ou son représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50% des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants* ».

[872] L. 2008-789, 20 août 2008, portant renovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : *JORF 21 août 2008, texte n° 1*.

[873] V. *supra*, n° 201.

[874] V. *supra*, n° 199.

[875] V. *supra*, n° 200.

[876] V. *supra*, n° 198.

peuvent en effet vouloir qu'un candidat devienne membre titulaire au comité social et économique mais pas délégué syndical, ou inversement. Le principe de participation des travailleurs serait ainsi renforcé.

La mise en place d'un scrutin réservé à la détermination de la représentation syndicale n'est pas impossible. Il existe déjà au niveau régional depuis la loi du 15 octobre 2010[877]. Le législateur a mis en place un scrutin sur sigle dont la seule finalité est de calculer l'audience électorale à travers les suffrages exprimés par les travailleurs des entreprises de moins de 11 salariés.

310. Idée. Plutôt que de dissocier les scrutins dans l'entreprise, ils pourraient l'être à des niveaux différents : le scrutin utile à la représentation élue se tiendrait dans l'entreprise, celui utile à la représentation syndicale au niveau régional. Le système proposé aurait trois avantages. D'une part, il permettrait de décharger l'employeur de l'organisation d'un second scrutin relatif à la vie syndicale. En effet, la portée des élections professionnelles en matière syndicale dépasse la sphère de l'entreprise pour s'étendre au niveau des branches professionnelles et au niveau national. Les pouvoirs publics auraient donc la charge, notamment financière, d'organiser des élections dédiées à la vie syndicale qu'ils entendent encourager.

D'autre part, il permettrait de « désyndicaliser » les élections organisées pour le comité social et économique au sein des entreprises et d'ouvrir le premier tour aux candidatures libres.

Enfin, l'organisation d'un scrutin à l'objet purement syndical pourrait offrir les conditions nécessaires à une véritable « élection » des délégués syndicaux sans passer par le processus de désignation par des organisations syndicales représentatives[878]. L'audience électorale personnelle, condition à la désignation, disparaitrait au profit d'une élection directe par les travailleurs.

Néanmoins, cette évolution aurait pour principal défaut d'éloigner les délégués syndicaux des travailleurs. L'organisation d'un scrutin permettant leur élection au niveau régional déconnecterait les délégués syndicaux de la sphère de l'entreprise.

---

[877] L. n° 2010-1215, 15 oct. 2010, complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la L. n° 2008-789 du 20 août 2008 : *JORF 16 oct. 2010, texte n° 1.*

[878] Le Conseil constitutionnel interprète l'art. L. 2143-3 du Code du travail comme associant « *les salariés à la désignation des personnes reconnues les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise et à conduire les négociations pour leur compte* », et non comme leur permettant d'élire directement le délégué syndical de leur choix (Cons. Const., 12 nov. 2010, n°2010-63/64/65 QPC, cons. 9 : *JORF 13 nov. 2010, p. 20238*).

Plus généralement, la proposition de dissocier les deux scrutins dans le cadre des élections professionnelles prendrait le contrepied de la décentralisation de la négociation collective au sein des entreprises. Sauf à élire au niveau régional un nombre considérable de délégués syndicaux pour que les travailleurs soient représentés dans chaque entreprise, les représentants syndicaux ne seraient pas en mesure de participer activement aux négociations collectives dans les entreprises. Défendue dans cette thèse, la décentralisation de la négociation collective au plus près des travailleurs est une idée originale qui participe à l'effectivité du dialogue social. L'idée qui consisterait à élire les délégués syndicaux à un niveau plus centralisé, celui de la branche professionnelle, ne semble pas compatible et doit donc être abandonnée.

311. Proposition. L'idée de dissocier les scrutins lors des élections professionnelles reste essentielle à la différenciation des votes des travailleurs : l'un au profit des membres au comité social et économique, l'autre des délégués syndicaux. Dans la logique d'une décentralisation au plus près de la collectivité des travailleurs, les deux scrutins devraient être organisés au sein de l'entreprise. Cette charge incomberait à l'employeur et pourrait être atténuée si l'organisation des deux scrutins était faite de manière concomitante ; ce que pourrait prévoir un unique protocole d'accord préélectoral.

En pratique, une fois tous les quatre ans au minimum, les travailleurs disposeraient de deux bulletins le jour des élections professionnelles : l'un pour l'élection des tous les membres du comité social et économique (titulaires et suppléants sur la même liste comme le veut le système politique), l'autre pour l'élection des délégués syndicaux. L'élection directe des délégués syndicaux permettrait d'abandonner le critère d'audience électorale personnelle et ainsi le processus de désignation.

Cette évolution rapprocherait le système des relations collectives de travail de celui du système politique. Dans la sphère politique, la notion de représentativité ne trouve aucun équivalent. Du niveau local au niveau national, les représentants politiques sont principalement élus directement par les citoyens[879].

[879] Il existe néanmoins trois particularités. D'une part, les membres du gouvernement font l'objet d'une nomination par le Président de la République, sur proposition du Premier ministre. D'autre part, les exécutifs au sein d'assemblées locales sont élus par les membres qui composent ces assemblées et non par les citoyens directement. Enfin, les sénateurs sont élus par de grands électeurs et non par l'ensemble des citoyens.

2. L'insuffisance d'une double audience

312. Audiences. « *Pour renforcer la légitimité des accords signés par les organisations syndicales de salariés dans le cadre de l'élargissement du rôle attribué à la négociation collective* […] *les parties signataires de la présente position commune* [du 9 avril 2008] *considèrent qu'il est nécessaire d'actualiser les critères de représentativité des organisations syndicales de salariés* »[880].

Le législateur aurait pu aller plus loin en légitimant directement les délégués syndicaux. Il a préféré renforcer la légitimité des organisations syndicales.

Les articles 1-1 et 10-3 de la Position commune du 9 avril 2008 ont instauré deux critères d'audience : un premier pour les organisations syndicales et un second pour les délégués syndicaux. L'une des audiences est qualifiée de « *collective* », l'autre de « *personnelle* »[881]. L'audience électorale collective est définie à l'article L. 2122-1 du Code du travail : « *dans l'entreprise ou l'établissement, sont représentatives les organisations syndicales qui satisfont aux critères de l'article L. 2121-1 et qui ont 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* ». L'audience électorale personnelle est envisagée à l'article L. 2143-3 du même code : « *chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou l'établissement d'au moins cinquante salariés, qui constitue une section syndicale, désigne 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 votants* [...] *un ou plusieurs délégués syndicaux pour la représenter auprès de l'employeur* ».

313. Seuil. En 2008, le risque était important de voir le paysage syndical être totalement bouleversé après avoir été dominé par de grandes organisations pendant plusieurs décennies. Désormais, plus de dix ans après cette réforme, la question du dépassement du seuil de 10% pour l'établissement de la représentativité des organisations syndicales, mérite d'être posée. Peut-on en effet concevoir qu'une organisation syndicale est légitime à engager la collectivité des travailleurs alors qu'il est possible qu'elle n'ait recueilli que 10% des suffrages exprimés et

[880] V. Chap. 1 relatif aux critères de représentativité de la Position commune du 9 avr. 2008.

[881] J.-F. CESARO, La représentation des syndicats dans l'entreprise : *JCP S 2012, 1237*.

ce, quel que soit le nombre de votants ?[882] L'adhésion des travailleurs, par le vote, aux positions de l'organisation syndicale peut s'avérer relativement faible.

Le droit positif reconnaît la légitimité des délégués syndicaux à travers l'audience électorale personnelle. Le seuil de légitimité n'en reste pas moins de 10% et témoigne parfois d'une faible adhésion de la collectivité des travailleurs à l'action future du délégué syndical. L'imperfection d'une telle légitimité – comme précédemment évoqué pour les organisations syndicales – peut être ici réaffirmée.

314. Collèges électoraux. Un tempérament doit être apporté au constat de l'imperfection de la légitimité des organisations syndicales et des délégués syndicaux.

L'audience électorale collective est en effet calculée « *tous collèges confondus, peu important qu'il* [le syndicat] *n'ait pas présenté de candidat dans chacun des collèges* »[883]. L'audience électorale personnelle l'est dans le seul collège au sein duquel le candidat s'est présenté.

L'audience électorale reccueillie par chaque organisation syndicale ayant présenté des candidats au premier tour des élections professionnelles est calculée sans considération des collèges électoraux. La légitimité de l'organisation syndicale est donc recherchée auprès de la collectivité des travailleurs sans tenir compte des différentes catégories professionnelles. Cette conception de la légitimité des organisations syndicales représentatives leur permet d'engager la collectivité des travailleurs à l'issue de la négociation collective. L'accord collectif d'entreprise a en effet vocation à s'appliquer à l'ensemble des travailleurs de ce périmètre, sans aucune distinction.

À l'inverse, tenir compte du collège électoral du candidat pour calculer son audience électorale personnelle ne lui permet pas d'engager la collectivité des travailleurs dans son ensemble. Au mieux, cette conception de la légitimité du délégué syndical lui permet de porter des revendications spécifiques au collège dans lequel il s'est présenté, c'est-à-dire les problématiques des travailleurs autorisés à voter dans ce collège[884]. Pourtant, dans la vie syndicale au sein de l'entreprise, les prérogatives du délégué syndical dépassent cet idéal. Il peut être amené à négocier pour l'ensemble des travailleurs. Un délégué syndical issu du collège

[882] V. *supra*, n° 189 et s.

[883] Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 10.10-678 : *Bull. civ. V, n° 195.*

[884] C. trav., art. L. 2314-12.

ouvrier peut, par exemple, être invité à négocier et à conclure des accords collectifs relatifs pour partie aux cadres de l'entreprise.

315. Idée. Le renforcement de la légitimité des représentants syndicaux pourrait être envisagé à travers le relèvement du seuil d'audience de l'organisation syndicale désignatrice voire de leur audience personnelle, c'est-à-dire en exigeant de ces représentants qu'ils recueillent bien plus de 10% lors du premier tour des élections des titulaires au comité social et économique voire lors d'un scrutin particulier[885].
Pourrait-on cependant exiger qu'ils satisfassent à un critère semblable à celui des élus du système politique, c'est-à-dire la majorité des suffrages exprimés voire le plus grand nombre de suffrages lors du second tour ? Cette idée doit être écartée aussi longtemps que la fonction de délégué syndical dépendra de la désignation d'une organisation syndicale représentative. En effet, pour l'audience électorale collective, relever le seuil pourrait avoir une conséquence néfaste à la démocratie sociale : l'établissement de la représentativité d'une seule et unique organisation syndicale. S'agissant de l'audience électorale personnelle, exiger d'un candidat qu'il recueille la majorité des suffrages exprimés aurait pour conséquence qu'un seul candidat puisse être désigné par la seule organisation syndicale représentative. Les arguments relatifs au non-respect du pluralisme syndical, développés par Marie-France Bied-Charreton, pourraient alors être accueillis[886].

316. Proposition. Cependant, le législateur place au centre de la représentation syndicale des travailleurs les organisations syndicales représentatives et non les délégués syndicaux. Abandonner le processus de désignation permettrait de dépasser la question de la légitimité imparfaite des organisations syndicales représentatives et de repenser la légitimité des seuls délégués syndicaux.
Le système politique propose une solution qui pourrait être transposée aux relations collectives de travail. La légitimité des acteurs politiques est vérifiée, lors de chaque scrutin, par le recueil

[885] V. *supra*, n° 310.

[886] V. *supra*, n° 182 ; M.-F. BIED-CHARRETON, Le critère de représentativité de 10% a pour effet de porter atteinte à la liberté syndicale de manière incompatible avec les conventions internationales : *Dr. ouvrier 2010, p. 418 et s.*

de la majorité des suffrages exprimés par les citoyens au premier tour[887] voire du plus grand nombre de suffrages lors du second tour.

Concevoir la représentation syndicale à travers les seuls délégués syndicaux invite à renforcer leur légitimité à travers leur élection par les travailleurs au suffrage direct, et par la mise en place, dans l'entreprise, d'un scrutin réservé à la représentation syndicale qui permette aux travailleurs de choisir les candidats à la fonction de délégué syndical et aptes à participer à la négociation collective.

Dans ce nouveau système des relations collectives, les organisations syndicales perdraient toute influence au profit d'un rapprochement entre les représentés et leurs représentants syndicaux. Tout travailleur-éligible pourrait être candidat et la notion de représentativité pourrait disparaître. Les délégués syndicaux ne seraient plus désignés par une organisation syndicale représentative. Leur légitimité leur permettrait d'engager directement, par un vote personnel, la collectivité des travailleurs sans que la validité de l'accord ne dépende du résultat des élections professionnelles, comme cela peut encore être le cas en droit positif[888].

B. L'obligation de désignation

317. Cadre. Dans l'entreprise, les relations collectives de travail sont tripartites : l'employeur, les travailleurs et les représentants du personnel. Dans le cadre de la négociation collective, le dialogue social s'établit entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives. Ce sont elles qui, dès lors qu'il y a un délégué syndical dans l'entreprise, sont invitées à la négociation et à la conclusion du projet d'accord. Le délégué syndical n'est que le représentant de l'organisation syndicale qui l'a désigné[889].

Dans le système politique, la représentation des citoyens est autrement prévue. Elle ne s'effectue pas à travers les partis politiques mais directement par les élus, choisis par les citoyens eux-mêmes dans le cadre du processus démocratique.

Les deux systèmes n'ont donc pas la même conception de la représentation des citoyens et des travailleurs. Dans les relations collectives de travail, les organisations syndicales ont

[887] V. *supra*, n° 169 et s. : l'absence de majorité absolue de suffrages exprimés au premier tour en faveur d'un candidat ou d'une liste de candidats, et/ou l'insatisfaction de l'exigence d'un *quorum* personnel.

[888] V. *infra*, n° 336 et s.

[889] V. *supra*, n° 199 et s.

aujourd'hui une vocation juridique à assurer la représentation syndicale des travailleurs lors de la négociation collective (1). En droit prospectif, cette vocation pourrait être celle des délégués syndicaux en ce qu'ils assurent l'effectivité de la représentation syndicale dans l'entreprise (2).

1. La vocation juridique des organisations syndicales

318. Identification. L'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ».
Dans sa décision en date du 6 novembre 1996, le Conseil constitutionnel pose le principe selon lequel l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 confère « *aux organisations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs* »[890]. Le Conseil constitutionnel ne laisse aucun doute possible : les représentants syndicaux des travailleurs sont bien les organisations syndicales en raison d'une certaine « *vocation naturelle* ». Cette affirmation peut cependant être remise en cause car les organisations syndicales ne sont pas concrètement les interlocutrices de l'employeur lors de la négociation collective d'entreprise. Seuls les délégués syndicaux le sont, lorsqu'ils sont présents dans l'entreprise[891].
Le système politique ne confère pas de prérogatives juridiques aux partis politiques mais directement aux élus issus des différents scrutins.

319. Histoire. La conception actuelle des relations collectives de travail porte les stigmates de l'ancien système. Avant 2008, il importait davantage de repérer les organisations syndicales affiliées aux organisations représentatives au niveau national, plutôt que de vérifier la présence et encore moins la légitimité des délégués syndicaux. Depuis 2008, la recherche de la légitimité de l'ensemble des acteurs syndicaux est une priorité dans une démocratie sociale « rénovée »[892]. Cependant, le législateur s'est contenté de suivre la jurisprudence constitutionnelle pour déterminer la représentation syndicale dans l'entreprise. Le Conseil constitutionnel prévoit que

[890] Cons. Const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC : *JORF 13 nov. 1996, p. 16531*.

[891] V. *infra*, n° 323 et s. : hypothèses de l'absence de délégué syndical dans l'entreprise.

[892] L. 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : *JORF 21 août 2008, texte n° 1*.

les organisations syndicales ont vocation naturelle à assurer cette représentation ; le législateur l'a traduit en obligation pour l'employeur de les inviter à la négociation collective et par la possibilité qui leur est donnée de conclure les accords collectifs.

L'article L. 2232-16, alinéa 1, du Code du travail dispose ainsi : « *la convention ou les accords d'entreprise sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise* » ; et l'article L. 2232-12 d'ajouter : « *la validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à sa signature par, d'une part, l'employeur ou son représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants* ».

Le législateur envisage donc la négociation collective à travers une représentation des travailleurs assumée par les organisations syndicales représentatives elles-mêmes. Pourtant, ce sont bien les délégués syndicaux, personnes physiques, qui négocient et concluent les accords collectifs d'entreprise. Ils portent avec eux le résultat obtenu par leur organisation syndicale désignatrice lors des dernières élections professionnelles.

Dans le système politique, aucune prérogative juridique n'est laissée aux partis politiques. Ce n'est que sur un plan purement politique qu'ils peuvent éventuellement intervenir, en amont des élections, pour désigner ou soutenir un candidat. Néanmoins, seul le candidat élu dispose de prérogatives juridiques du fait de son élection. Aussi, les convocations aux sessions des assemblées de la collectivité ou de la chambre parlementaire concernée, sont-elle adressées directement à l'élu et non au parti politique auquel il adhère éventuellement. Et lorsqu'il s'agit de délibérer, seul l'élu dispose du droit de vote ; vote éventuellement coordonné entre élus de la même sensibilité politique.

2. L'effectivité de la représentation par les délégués syndicaux

320. Reconnaissance légale. Le législateur envisage le rôle des délégués syndicaux en leur permettant de remplir sereinement leur mission. Cela se traduit par la reconnaissance d'heures de délégation. L'article L. 2143-13 du Code du travail dispose que « *chaque délégué syndical dispose d'un temps nécessaire à l'exercice de ses fonctions* ». L'article L. 2143-16 du même

code précise le nombre d'heures et le fait que ses fonctions comprennent la négociation collective et sa préparation préalable.

Cependant, la reconnaissance légale du rôle du délégué syndical est atténuée par le fait que la représentation syndicale incombe, selon le Conseil constitutionnel et le législateur, aux organisations syndicales représentatives. S'y ajoute le fait que l'exercice de la fonction de délégué syndical dépend de la désignation par une organisation syndicale représentative dans l'entreprise[893].

La rénovation de la démocratie sociale appelle certainement à reconnaître davantage de place aux délégués syndicaux dans la représentation syndicale des travailleurs au sein de l'entreprise, au détriment de la « *vocation naturelle* »[894] des organisations syndicales.

321. Proposition. La reconnaissance pourrait venir du législateur en renforçant la légitimité des délégués syndicaux et ce, en lui permettant d'être élu directement par les travailleurs lors d'un scrutin particulier[895]. Dans cette perspective, la légitimité semi-directe – due aux deux audiences électorales et à la désignation par une organisation syndicale représentative – pourrait évoluer vers une légitimité directe. Les élections professionnelles auraient vocation à légitimer les délégués syndicaux et leur action, plutôt que des organisations syndicales qui sont des personnes morales. Le scrutin proportionnel permettrait de respecter le pluralisme syndical traditionnel et de favoriser la pluralité des idées pour la défense de l'intérêt collectif lors des différentes négociations.

Dans le cadre de la négociation collective, l'employeur devrait convier l'ensemble des délégués syndicaux élus. Ceux-ci porteraient les réclamations des travailleurs. À la table de la négociation collective siègeraient des délégués syndicaux aptes à engager la collectivité des travailleurs en signant l'accord collectif[896].

Liberté serait ainsi pleinement donnée aux travailleurs-électeurs de choisir leurs « *délégués* », au sens constitutionnel, pour les représenter et les engager lors de la négociation collective. Plus généralement, cette proposition participe au renforcement du principe de participation des travailleurs.

---

[893] C. trav., art. L. 2143-3.

[894] Cons. Const., 6 nov. 1996, n°96-383 DC : *JORF 13 nov. 1996, p. 16531*.

[895] V. *supra*, n° 310 et s.

[896] V. *infra*, n° 332 : ce que propose le législateur avec la création du conseil d'entreprise.

322. Réforme. Cette réforme devrait recevoir un accueil mitigé de la part de l'ensemble des organisations syndicales, représentatives ou non[897]. La désignation des délégués syndicaux par l'organisation est un processus sécurisant pour elles quant à la confiance et à la loyauté que la mission de revendication implique. La démocratie sociale ne saurait pour autant se satisfaire d'un tel monopole tiré de l'histoire et toujours juridiquement accordé aux organisations syndicales. Rénover la démocratie sociale et décentraliser les thèmes de la négociation collective au sein des entreprises imposent certainement de laisser aux seuls travailleurs le choix de leurs représentants syndicaux.

C'est pourquoi cette réforme qui pourrait être mise en place dans les entreprises d'au moins 50 salariés, doit être rapprochée de la réalité de la vie syndicale, son faible taux de syndicalisation mais également la réalité économique française, composée majoritairement de petites voire très petites entreprises. Elle devrait prévoir le recours à d'autres acteurs, en cas d'absence ou de carence de délégué syndical, pour mener à bien la négociation collective avec l'employeur. Le droit positif s'y emploie en ayant recours aux membres du comité social et économique voire à des salariés mandatés, nouvelle marque de la prédominance des organisation syndicales.

§ 2.La subsidiarité des autres acteurs : légitimité directe ou indirecte

323. Seuil. Si la légitimité du délégué syndical est qualifiée de semi-directe en raison du processus de nomination duquel dépend son mandat, celle des acteurs subsidiaires de la négociation collective est soit indirecte, soit directe. La légitimité est indirecte lorsque les membres élus du comité social et économique sont également mandatés par une organisation syndicale représentative pour négocier avec l'employeur. La légitimité n'est pas directement issue des élections professionnelles dans l'entreprise mais peut résulter d'une intervention syndicale extérieure à celle-ci. Elle est directe pour les membres élus du comité social et économique non-mandatés car seule importe leur élection par la collectivité des travailleurs pour participer à la négociation collective.

[897] Ce choix politique audacieux pourrait être contesté par les organisations patronales qui, comme le relevait Claude Évin dès 1982, refuseraient de donner toute légitimité à l'action syndicale (JO Débats AN, 13 mai 1982, p. 2095).

Les relations collectives de travail souffrent en effet souvent de la carence de délégués syndicaux dans l'entreprise pour la représentation des travailleurs lors de la négociation collective. Cela s'explique par le fait que, dans l'entreprise, aucun candidat ne s'est présenté aux élections professionnelles ou qu'aucun travailleur n'a souhaité être désigné par une organisation syndicale représentative.

Pour remédier à cette situation, le législateur a prévu de recourir à d'autres acteurs : les membres élus au comité social et économique voire les travailleurs eux-mêmes. Dans certaines hypothèses, le législateur impose que le représentant de la collectivité des travailleurs à la négociation collective dispose d'un mandat syndical. Dans les entreprises de plus de 50 salariés (A), la légitimité tirée du mandat syndical – indirecte car issue de la représentativité d'organisations syndicales extérieures à l'entreprise – est préférée à la légitimité directe des membres élus au comité social et économique. Dans les entreprises de 11 à 50 salariés (B), le législateur est indifférent à l'ordre d'intervention entre un élu non-mandaté et un travailleur mandaté.

Dans l'hypothèse où l'effectif de l'entreprise serait inférieur à 11 salariés ou bien compris entre 11 et 20 salariés et en l'absence d'élu au comité social et économique, le législateur a prévu qu'un projet d'accord élaboré unilatéralement par l'employeur soit soumis à la consultation des travailleurs. Aucune négociation n'est alors conduite ; ce qui exclut cette hypothèse du champ de notre étude.

A. Les entreprises d'au moins 50 salariés sans délégué syndical

324. Acteurs. Dans les entreprises d'au moins 50 salariés dépourvues de délégué syndical, la priorité est donnée aux membres élus au comité social et économiques mandatés. La combinaison des légitimités directe et indirecte est exigée en priorité. Ainsi, l'article L. 2232-24, alinéa 1, du Code du travail dispose-t-il : « *dans les entreprises dont l'effectif habituel est au moins égal à cinquante salariés, en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise ou l'établissement, les membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique peuvent négocier, conclure, réviser ou dénoncer des accords collectifs de travail s'ils sont expressément mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel* ».

À défaut, les membres élus au comité social et économique non-mandatés peuvent participer à la négociation collective dans l'entreprise. L'article L. 2232-25, alinéa 1, du Code du travail prévoit que « *dans les entreprises dont l'effectif habituel est au moins égal à cinquante salariés, en l'absence de membre de la délégation du personnel du comité social et économique mandaté en application de l'article L. 2232-24, les membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique qui n'ont pas été expressément mandatés par une organisation mentionnée à l'article L. 2232-24 peuvent négocier, conclure, réviser ou dénoncer des accords collectifs de travail* ». L'alinéa 2 du même article précise que le champ de la négociation est alors réduit.

À défaut, l'article L. 2232-26, alinéa 1, du Code du travail envisage l'intervention de salariés non-mandatés : « *dans les entreprises dont l'effectif habituel est au moins égal à cinquante salariés dépourvues de délégué syndical lorsque, à l'issue de la procédure définie à l'article L. 2232-25-1, aucun membre de la délégation du personnel du comité social et économique n'a manifesté son souhait de négocier, les accords d'entreprise ou d'établissement peuvent être négociés, conclus, révisés ou dénoncés par un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel* ».

La combinaison des légitimités directe et indirecte est d'abord recherchée. Si elle ne peut être obtenue, la légitimité directe suffit. Et à défaut, seule la légitimité indirecte – par le mandat syndical donné à un travailleur non-élu – suffit.

325. Mandat. Dans les entreprises d'au moins 50 salariés dépourvues de délégué syndical, l'influence du mandat syndical témoigne de la vocation des organisations syndicales à négocier avec l'employeur.

Pourtant, ces modalités de négociation interviennent lorsqu'il y a carence de délégué syndical. La technique du mandat syndical est alors contradictoire avec l'impossibilité préalable de présenter un candidat aux élections professionnelles ou de désigner un travailleur de l'entreprise. D'autant plus que la jurisprudence a également assoupli les conditions de désignation d'un travailleur comme délégué syndical, à tel point qu'elle pourrait être qualifiée

de nomination[898]. Aussi, l'impossibilité de désigner un délégué syndical témoigne-t-elle de l'absence d'implantation ou de reconnaissance par l'ensemble des travailleurs de l'organisation syndicale dans l'entreprise, bien qu'elle soit représentative au niveau de la branche ou au niveau national interprofessionnel.

326. Légitimité descendante. Plus généralement, les conséquences du mandat syndical peuvent être rapprochées du régime de la représentativité autrefois descendante.
La représentativité descendante permettait à toute organisation syndicale dans l'entreprise qui s'affiliait à une organisation syndicale représentative au niveau de la branche professionnelle ou au niveau national interprofessionnel, de bénéficier des prérogatives attachées à la représentativité, dont celle de participer à la négociation collective.
Le mandat syndical permet à une organisation syndicale représentative au niveau de la branche ou au niveau national interprofessionnel de conférer à un représentant élu du personnel ou à un simple travailleur la prérogative de participer à la négociation collective.
Dans les deux hypothèses, le droit de participer à la négociation collective dans l'entreprise est liée à la représentativité des organisations syndicales vérifiées à un niveau supérieur à celui de l'entreprise. La représentativité au niveau de la branche professionnelle et au niveau national interprofessionnel exerce donc toujours une influence sur la négociation collective d'entreprise et notamment dans la détermination des acteurs représentant la collectivité des travailleurs. Le mandat syndical peut donc être considéré comme un héritage de l'histoire des relations collectives de travail, qui n'a pas disparu malgré la réforme portant « *rénovation du dialogue social* »[899] et qui exerce toujours une grande influence extérieure à l'entreprise alors qu'aucune représentation syndicale n'a pu voir le jour en son sein.

327. Proposition. Sous doute le législateur pourrait-il envisager de ne plus reconnaître la possibilité faite à une organisation syndicale représentative de mandater un membre élu au comité social et économique voire un simple travailleur. Prendre en compte ce changement pour la négociation collective dans les entreprises de moins de 50 salariés permettrait de valoriser les représentants élus du personnel et, par voie de conséquence, de mieux refléter la

[898] V. *supra*, n° 200 : la jurisprudence et le législateur ont atténué l'exigence de l'audience électorale personnelle.
[899] L. 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : *JORF 21 août 2008, texte n° 1*.

volonté exprimée par les travailleurs dans la seule sphère de l'entreprise. La participation des travailleurs en sortirait renforcée.

B. Les entreprises de 11 à moins de 50 salariés

328. Histoire. Avant l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017[900], la combinaison des légitimités conférée par le mandat syndical et par l'élection était préférée à la seule légitimité issue des élections des membres de la représentation élue du personnel.

L'ancien article L. 2232-21, alinéa 1, du Code du travail disposait qu'« *en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise ou l'établissement, ou de délégué du personnel désigné comme délégué syndical dans les entreprises de moins de cinquante salariés, les représentants élus du personnel au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel ou à l'instance mentionnée à l'article L. 2391-1 ou, à défaut, les délégués du personnel peuvent négocier, conclure et réviser des accords collectifs de travail s'ils sont expressément mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel* ». L'ancien article L. 2232-22, alinéa 1, du Code du travail poursuivait qu'« *en l'absence de représentant élu du personnel mandaté en application de l'*[ancien] *article L. 2232-21, les représentants élus titulaires du personnel au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel ou à l'instance mentionnée à l'*[ancien] *article L. 2391-1 ou, à défaut, les délégués titulaires du personnel qui n'ont pas été expressément mandatés par une organisation mentionnée à* l'[ancien] *article L. 2232-21 peuvent négocier, conclure et réviser des accords collectifs de travail* ».

Le législateur prévoyait donc l'intervention, en priorité, des représentants élus du personnel au comité d'entreprise mandatés ou des délégués du personnel mandatés. Ce n'est qu'en l'absence de mandat syndical que pouvaient intervenir les élus au comité d'entreprise ou les délégués du personnel non-mandatés.

En l'absence de délégué syndical, le législateur établissait l'ordre d'intervention des acteurs à la négociation collective comme suit : d'abord ceux qui réunissaient les deux légitimités (directes et indirectes), ensuite ceux qui recueillaient seulement la légitimité directe issue des

[900] Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, relative au renforcement de la négociation collective : *JORF 23 sept. 2017, texte n° 29*.

élections professionnelles dans l'entreprise. À cela s'ajoutait le fait que le champ de la négociation collective était réduit si les représentants élus du personnel ne disposaient pas d'un mandat syndical[901].

329. Indifférence. En 2017, le législateur a marqué son indifférence à l'égard du mandat syndical dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 11 à 50 salariés. Interviennent soit les membres élus mandatés ou nondu comité social et économique, soit un travailleur mandaté élu ou non au comité.

L'article L. 2232-23-1 I du Code du travail dispose que « *dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et moins de cinquante salariés, en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise ou l'établissement, les accords d'entreprise ou d'établissement peuvent être négociés, conclus, révisés ou dénoncés :* [...] *soit par un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel, étant membre ou non de la délégation du personnel du comité social et économique* [...] *;* [...] *soit par un ou des membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique* ».

Le législateur ne détermine plus d'ordre de priorité entre l'intervention de représentants élus du personnel non-mandatés et de simples salariés mandatés par une organisation syndicale dont la représentativité est établie à un niveau supérieur à celui de l'entreprise. Deux constats peuvent en être tirés concernant la portée juridique du mandat syndical.

Premièrement, le législateur a réduit l'influence du mandat syndical dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 11 et 50 salariés. C'est précisément ce qu'un commentateur a relevé dans son analyse de la décision du Conseil constitutionnel[902] relative à la loi du 29 mars 2018[903] : « *il semble s'induire de la décision du 21 mars 2018 que la vocation naturelle des syndicats à participer à la négociation collective implique seulement, dans les petites entreprises, qu'ils ne soient pas défavorisés par rapport aux autres acteurs de la négociation.*

[901] C. trav., anc. art. L. 2232-22, al. 2.

[902] Cons. Const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC : *JORF 31 mars 2018, texte n° 2.*

[903] L. n° 2018-217, 29 mars 2018, ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la L n° 2017-1340, 15 sept. 2017, d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social : *JORF 31 mars 2018, texte n° 1.*

La protection de la liberté syndicale apparaît dès lors singulièrement affaiblie dans la mesure où l'on peut se demander en quoi, dans ce contexte, les syndicats gardent une vocation plus naturelle que les autres à participer à la négociation collective »[904].

Deuxièmement, l'importance de la légitimité du mandat syndical a néanmoins été renforcée dans l'hypothèse où il serait donné à un simple travailleur. Avant 2017, le législateur exigeait en priorité la combinaison de la légitimité directe (par le biais des élections professionnelles dans l'entreprise) et de la légitimité indirecte (par le mandat syndical). Les représentants des travailleurs à la négociation collective devaient, en plus d'être mandatés, être élus dans les anciennes institutions représentatives du personnel. Désormais, le travailleur mandaté peut ne pas être élu au comité social et économique. Seule compte la légitimité indirecte conférée à un simple travailleur.

330. Mandat. Le mandat syndical conserve une influence dans les entreprises de 11 à 50 salariés, mais moindre que dans les entreprises d'au moins 50 salariés. La raison en est simple : la présence du délégué syndical n'y est pas obligatoire.

Le législateur prend indifféremment en compte la légitimité directe des représentants élus du personnel et la légitimité indirecte d'un simple travailleur mandaté. L'influence du mandat syndical trouve son fondement dans la « *vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs* »[905]. Cependant, elle n'est plus justifiée par le fait qu'un délégué syndical désigné par une organisation syndicale représentative aurait dû participer à la négociation collective ; sa présence n'étant pas obligatoire. Elle est justifiée par le souci de faciliter la négociation collective dans la situation où il y aurait une carence de membres élus au comité social et économique ; c'est-à-dire que l'employeur n'aurait pas d'interlocuteurs représentant la collectivité des travailleurs alors même qu'elle aurait due être mise en place. Elle est également justifiée par la nécessaire compétence des acteurs de la négociation collective dont ne disposent pas forcément les travailleurs eux-mêmes.

331. Proposition. Envisager les relations collectives de travail à travers le renforcement de la participation directe des travailleurs reviendrait à supprimer la technique du mandat syndical.

---

[904] B. BAUDUIN, La négociation collective dans les entreprises de moins de 50 salariés : *Dr. soc. 2018, p. 682*.

[905] Cons. Const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC, cons. 8 : *JORF 13 nov. 1996, p. 16531*.

Le législateur pourrait seulement préférer la légitimité directe des membres élus au comité social et économique et abandonner la légitimité indirecte d'organisations syndicales représentatives extérieures à l'entreprise. Cependant, en l'absence d'élu au comité social et économique, l'employeur ne disposerait pas d'interlocuteur pour négocier.

Imparfaite, la solution du droit positif doit être préférée à l'élaboration unilatérale d'un projet par l'employeur, ensuite soumis à la consultation des travailleurs. Encourager le dialogue social revient à encourager la négociation collective, qui peut avoir lieu seulement si la représentation de la collectivité des travailleurs est préférée à leur simple consultation.

§ 3.Le conseil d'entreprise : légitimité directe

332. Modalités. L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017[906] a initié la refonte du modèle des relations collectives de travail en seulement dix articles désormais inscrits dans le Code du travail. Les articles L. 2321-1 à L. 2321-10 du Code du travail déterminent les conditions de création d'un conseil d'entreprise.

Le législateur a prévu que la mise en place de cette nouvelle instance repose sur une démarche volontaire des négociateurs au sein de l'entreprise[907] ou de la branche si l'entreprise est dépourvue de délégué syndical[908]. Cette initiative n'est pas sans conséquence. Elle emporte le regroupement des attributions du comité social et économique et celles du délégué syndical, comme en dispose l'article L. 2321-1, alinéa 1er, du Code du travail. Le conseil d'entreprise devient « *seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement* »[909]. Les membres du conseil d'entreprise deviennent alors les

[906] Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 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 23 sept. 2017, texte n° 31*.

[907] C. trav., art. L. 2321-2, al. 1er.

[908] Dans cette dernière hypothèse, le Professeur Bernard Teyssié s'interroge sur l'opportunité de la procédure d'extension nécessaire pour l'accord de branche : « *l'argument ordinairement tiré, pour justifier la condition d'extension préalable, de l'égalité de traitement assurée à l'ensemble des entreprises relevant du secteur d'activité concerné afin d'éviter des distorsions de concurrence n'est, en la circonstance, guère recevable* » (B. TEYSSIE, Le conseil d'entreprise : *JCP S. 2018, 1011*).

[909] C. trav., art. L. 2321-1, al. 1er ; V. égal. la suppression par l'ord. n° 2017-1718, 20 déc. 2017 (*JORF 21 déc. 2017, texte n° 46*), de l'exception, prévue dans l'ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017 (*JORF 23 sept. 2017, texte n°*

acteurs de la négociation collective, représentant de la collectivité des travailleurs, face à l'employeur.

Dans les débats en faveur de la généralisation du conseil d'entreprise, certains déploreront la disparition du délégué syndical tandis que d'autres verront simplement le transfert de ses attributions vers une nouvelle instance du dialogue social. Dans tous les cas, un renforcement du principe de participation des travailleurs peut être constaté.

En effet, les membres du conseil d'entreprise sont élus directement par les travailleurs. Ils bénéficient d'une légitimité directe qui témoigne de l'adhésion d'une majorité des travailleurs à leur action – même postérieure à l'élection – qui inclut la négociation collective à l'issue de laquelle un accord engage la collectivité des travailleurs.

Si le législateur devait généraliser le conseil d'entreprise, il supprimerait l'actuel système qui offre une légitimité contestable aux représentants à la négociation collective, qu'ils soient délégués syndicaux, membres élus au comité social et économique ou simple travailleur. Comme dans le système politique, seuls les travailleurs-élus au suffrage direct pourraient négocier et conclure des accords collectifs qui engagent la collectivité des travailleurs, sans autre considération notamment de représentativité des organisations syndicales dans l'entreprise ou extérieures à celle-ci.

31), pour les délégués syndicaux de conserver la compétence de négociation pour les accords soumis à des règles spécifiques de validité prévus notamment aux articles L. 1233-24-1, L. 2314-6, L. 2314-12 et L. 2314-27 du Code du travail.

Section 2. L'issue de la négociation

333. Validité. Dans le système des relations collectives de travail comme dans le système politique, le législateur a préféré la démocratie représentative à la démocratie participative. La conclusion des accords collectifs ou l'adoption de délibérations dépendent, le plus souvent, de l'expression des représentants plutôt que de celle des représentés.

Dans le système politique, sauf les hypothèses dans lesquelles un référendum peut être organisé, les propositions ou projets de lois sont discutés et votés par les parlementaires, et les délibérations dans les collectivités locales adoptés par les élus locaux.

Dans le système des relations collectives de travail, les accords collectifs d'entreprise sont conclus par les représentations syndicale ou à défaut élue, dès lors qu'elles sont présentes. Le législateur a cependant introduit récemment la participation directe des travailleurs pour la validité des accords collectifs. En effet, les relations collectives de travail souffrent principalement de la carence de délégué syndical, voire d'un élu, en raison de l'absence de candidats aux élections professionnelles, ou du petit effectif de l'entreprise. Le législateur a donc choisi de renforcer la négociation collective en élargissant le champ d'application du principe de participation des travailleurs en les consultant dans certaines hypothèses.

La validité des accords collectifs d'entreprise dépend des suffrages exprimés par les travailleurs (§1), à des degrés différents (§2) selon qu'ils sont ou non représentés dans l'entreprise.

§ 1.La prise en compte des suffrages exprimés

334. Présentation. Le législateur a établi un ordre de priorité dans l'intervention des différents acteurs de la négociation : d'abord les délégués syndicaux, ensuite les membres élus au comité social et économique[910].

À l'issue de la négociation collective dans l'entreprise, les suffrages exprimés par les travailleurs sont pris en compte de différentes façons selon le type de représentant qui participe à la conclusion de l'accord : les organisations syndicales représentatives ou les membres au comité social et économique. Le législateur s'est alors référé aux suffrages exprimés lors des élections professionnelles (A).

[910] V. *supra*, n° 305 et s.

Il a néanmoins introduit, depuis peu, notamment dans les petites entreprises, la possibilité de recueillir les suffrages nécessaires à la validité des accords collectifs lors d'une consultation des travailleurs (B) spécialement organisée.

A. Les élections professionnelles

335. Suffrages. Les élections professionnelles contribuent à la mise en place de la représentation – élue et syndicale – des travailleurs mais également à la validité des élections professionnelles ; à l'inverse, les élections politiques permettent seulement de déterminer les élus parmi les candidats.

S'agissant de la validité des accords collectifs, le législateur prend en compte les résultats des élections professionnelles, dès lors que l'effectif de l'entreprise est supérieur à 11 salariés en présence d'un comité social et économique. En présence de délégué syndical dans l'entreprise, la validité des accords collectifs est vérifiée à travers les suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives (1). À défaut et en présence de représentation élue au comité social et économique, la validité des accords collectifs dépend des suffrages exprimés en faveur des membres au comité social et économique (2).

1. Les suffrages en faveur des organisations syndicales représentatives

336. Modalités. Dans le système politique, l'adoption d'une délibération ne dépend jamais de suffrages recueillis par un parti politique. Les suffrages ne sont recueillis que par les candidats qui se présentent librement et les élus disposent ensuite d'un vote personnel qui n'est subordonné ni aux suffrages qu'ils ont recueillis personnellement, ni au fait qu'ils puissent éventuellement être membres d'un parti politique.

Dans les entreprises d'au moins 50 salariés et en présence de délégué syndical, le législateur a mis en place deux modalités différentes de conclusion des accords collectifs en tenant compte des suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives. Une première consiste à ce qu'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité absolue (a) des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives signent l'accord. À défaut, une ou plusieurs organisations syndicales représentatives « *ayant recueilli*

plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives »[911] peuvent demander l'organisation d'une consultation des travailleurs (b). L'employeur ne pourra en prendre l'initiative que si celles-ci ne se sont pas manifestées[912].

a. La majorité absolue

337. Validité. Dans les entreprises de plus de 50 salariés et en présence de délégué syndical, le législateur a fait le choix de se référer aux résultats des dernières élections professionnelles pour déterminer les conditions de validité des accords collectifs d'entreprise.

L'article L. 2232-12, alinéa 1, du Code du travail dispose que « *la validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à sa signature par, d'une part, l'employeur ou son représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants* ».

Lorsqu'ils votent au premier tour de l'élection des membres titulaires au comité social et économique, les travailleurs contribuent à l'acquisition de la représentativité des organisations syndicales mais également à donner la possibilité pour ces dernières de conclure un accord collectif avec l'employeur.

Le législateur aurait pu choisir la simplicité en harmonisant l'assiette sur laquelle s'applique le pourcentage de suffrages exprimés utile pour ces deux finalités. Il a préféré une autre méthode de calcul : la validité dépend des suffrages exprimés en faveur des seules organisations syndicales représentatives. L'exclusion d'une partie des suffrages et l'absence de prise en compte de l'abstention[913] sont contestables au regard de leur principale conséquence : le risque d'une faible adhésion de la collectivité des travailleurs aux accords qui les engagent.

338. Légitimité. Tous les suffrages exprimés par les travailleurs au premier tour de l'élection des membres titulaires au comité social et économique ne sont pas pris en compte pour

[911] C. trav., art. L. 2232-12, al. 2.

[912] C. trav., art. L. 2232-12, al. 2.

[913] C. trav., art. L. 2232-12, al. 1 : « *quel que soit le nombre de votants* ».

déterminer la validité des accords collectifs[914]. Seuls les suffrages exprimés « *en faveur d'organisations représentatives* »[915] le permettent.

Marie-France Bied-Charreton a dénoncé l'« *effet couperet* » de l'audience électorale pour la détermination de la représentativité. Le même constat peut être dressé à l'égard de la prise en compte de la représentativité des organisations syndicales à l'occasion de la conclusion des accord collectifs.

La légitimité des accords collectifs est donc affaiblie par la méthode de calcul des suffrages utile à leur validité. L'« *acceptation morale* »[916] – définition de la légitimité – de l'application de l'accord collectif à la collectivité des travailleurs réclame que l'ensemble des suffrages exprimés lors des élections professionnelles soit pris en compte, ainsi que l'abstention. Le principe de participation des travailleurs serait ainsi renforcé.

b. La consultation d'initiative syndicale, à défaut patronale

339. Minorité. Le législateur a également prévu que l'insuffisance des suffrages reccueillis par les organisations syndicales représentatives signataires puissent conduire à la consultation de l'ensemble de la collectivité des travailleurs sur un projet d'accord collectif.

L'article L. 2232-12, alinéa 2, du Code du travail dispose que « *si* [la condition de validité posée à l'alinéa 1 du même article] *n'est pas remplie et si l'accord 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 représentatives au premier tour des élections mentionnées au premier alinéa, quel que soit le nombre de votants, 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 une consultation des salariés visant à valider l'accord* ». Deux enseignements peuvent être tirés de ce système.

Premièrement, la participation indirecte de certains travailleurs à la négociation collective peut être complétée par la participation directe de l'ensemble de la collectivité des travailleurs à la conclusion des accords collectifs. Les suffrages exprimés par les travailleurs lors des élections professionnelles permettent de déterminer l'audience électorale des organisations syndicales et

[914] Cela reviendrait à utiliser la même méthode de calcul que pour l'audience électorale collective.

[915] C. trav., art. L. 2232-12, al. 1.

[916] G. CORNU, Vocabulaire juridique : *PUF, 12e éd., 2018, p. 605*.

donc leur représentativité. Ils peuvent aussi permettre de valider majoritairement les accords d'entreprise selon une méthode de calcul différente. Et ils peuvent avoir pour conséquence – sur volonté d'« *une ou plusieurs de ces organisations ayant recueilli plus de 30 % des suffrages* » – de déclencher la consultation de la collectivité des travailleurs.

Deuxièmement, la représentativité empêche là encore la participation indirecte de tous les travailleurs. La consultation peut être déclenchée par « *une ou plusieurs de ces organisations ayant recueilli plus de 30 % des suffrages* ». Seuls les suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives sont pris en compte. Aussi, seuls les travailleurs ayant voté pour une organisation syndicale représentative qui fait partie des 30% de signataires, participent indirectement au déclenchement de la participation directe de la collectivité des travailleurs par voie de consultation.

En somme, dans les entreprises d'au moins 50 salariés et en présence de délégué syndical, le suffrage du travailleur n'a d'importance que s'il a été exprimé en faveur d'une organisation syndicale représentative. Le système des élections professionnelles engendre un risque pour le travailleur qu'il convient de soulever au regard du principe de participation : à défaut de voter pour une organisation syndicale finalement représentative sa participation n'est pas prise en compte lors de la négociation collective.

2. Les suffrages en faveur des membres au comité social et économique

340. Validité. En cas de carence de délégué syndical dans l'entreprise, le législateur laisse la possibilité à d'autres acteurs de participer à la négociation collective. L'employeur peut être amené à négocier les projets d'accord avec les membres, mandatés ou non, du comité social et économique voire avec les travailleurs non-élus mandatés[917].

Le législateur a prévu deux hypothèses dans lesquelles l'accord collectif peut être conclu entre l'employeur et les membres du comité social et économique.

Premièrement, dans les entreprises d'au moins 50 salariés et en l'absence de membre mandaté du comité social et économique, l'article L. 2232-25, alinéa 3, du Code du travail dispose que « *la validité des accords ou des avenants de révision conclus* [...] *est subordonnée à leur signature par des membres de la délégation du personnel du comité social et économique*

[917] V. *supra*, n° 324 et s. (dans les entreprises de plus de 50 salariés) ; n° 328 et s. (dans les entreprises entre 11 et 50 salariés).

représentant la majorité des suffrages exprimés en faveur des membres du comité social et économique lors des dernières élections professionnelles ».

Deuxièmement, dans les entreprises de plus de 50 salariés, le législateur distingue les acteurs de la négociation du projet d'accord et les acteurs de sa conclusion. Dans le cadre de la négociation, le législateur ne fixe pas l'ordre d'intervention entre un élu du comité social et économique non-mandaté et un travailleur mandaté, élu ou non audit comité. Dans le cadre de la conclusion d'un accord collectif, il différencie les modalités de conclusion selon que les acteurs sont membres ou non du comité social et économique. L'article L. 2232-23-1 II, alinéa 1, du Code du travail dispose que « *la validité des accords ou des avenants de révision conclus avec un ou des membres de la délégation du personnel du comité social et économique, mandaté ou non, est subordonnée à leur signature par des membres du comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés en faveur des membres du comité social et économique lors des dernières élections professionnelles* ».

Dans ces deux situations, les suffrages exprimés par les travailleurs lors des élections professionnelles constituent la base de calcul pour la vérification d'une majorité favorable ou non à l'accord collectif. Ainsi, en plus de choisir ses représentants élus et syndicaux lors du premier tour des élections des membres titulaires du comité social et économique, le travailleur-électeur choisit, avec le même bulletin, de donner ou non aux membres dudit comité les suffrages nécessaires à la conclusion d'accords collectifs dans l'entreprise.

341. Mandat. Dans les entreprises de 11 à 50 salariés, le législateur ne prend pas en compte le fait que les membres du comité social et économique sont ou non mandatés ; tout comme il n'en tient pas compte pour les inviter à la négociation du projet d'accord collectif[918].

Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, il est possible d'observer une atteinte à la « *vocation naturelle* » des organisation syndicales « *à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs* »[919]. La comparaison des hypothèses, selon les effectifs des entreprises, dans lesquelles un membre du comité social et économique est appelé à conclure un accord collectif, nous l'enseigne.

Dans les entreprises de 11 à 50 salariés, l'indifférence du mandat syndical s'explique par le fait que la présence de délégué syndical n'y est pas obligatoire. La vocation des organisations

[918] V. *supra*, n° 329.

[919] Cons. Const., 6 nov. 1996, n°96-383 DC : *JORF 13 nov. 1996, p. 16531*.

syndicales à défendre l'intérêt collectif devrait donc être plus faible que dans les entreprises d'au moins 50 salariés dans lesquelles la présence de délégué syndical est normalement obligatoire.

Cette affirmation se vérifie dans l'ordre d'intervention des acteurs à la négociation collective ; le membre mandaté du comité social et économique devant intervenir en priorité par rapport au membre non-mandaté dudit comité.

Selon l'article L. 2232-25, alinéa 3, du Code du travail, les membres non-mandatés du comité social et économique peuvent conclure un accord collectif s'ils réunissent la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles, sans qu'aucune considération d'ordre syndical ne soit nécessaire.

Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, les membres du comité social et économique peuvent refuser le mandat d'une organisation syndicale et neutraliser ainsi la vocation naturelle des organisations syndicales à négocier et à conclure les accords collectifs d'entreprise.

342. Représentation. Lorsque les membres élus du comité social et économique, mandatés ou non, participent à la négociation collective, la validité des accords collectifs dépend en principe des suffrages recueillis par eux lors des élections professionnelles[920]. Le législateur a néanmoins mis en place une exception qui fait office de curiosité juridique.

L'article L. 2232-24, alinéa 3, du Code du travail dispose que, dans les entreprises d'au moins 50 salariés, lorsque des membres mandatés au comité social et économique concluent des accords collectifs, la validité de ces derniers « *est subordonnée à leur approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés* ». Dans cette hypothèse, l'intervention des travailleurs pour la conclusion des accords collectifs semble affaiblir les deux types de représentation, élue et syndicale, qui participent à la négociation collective. Toutefois, cette intervention se justifie dans une entreprise au sein de laquelle les travailleurs n'ont pas voulu de présence syndicale au premier tour et sont fondés à donner leur aval à une négociation menée par une élu mandaté.

En effet, le législateur a prévu que les membres élus du comité social et économique puissent conclure eux-mêmes l'accord collectif dans deux situations, selon l'effectif de l'entreprise. L'article L. 2232-23-1 II, alinéa 1, du Code du travail le prévoit dans les entreprises de 11 à 50

[920] V. *supra*, n° 340 ; C. trav., art. L. 2232-25, al. 3 (entreprises d'au moins 50 salariés) et art. L. 2232-23-1 II, al. 1 (entreprises dont l'effectif est compris entre 11 et 50 salariés).

salariés ; l'article L. 2232-25, alinéa 3, du même code dans les entreprises d'au moins 50 salariés.

Par mimétisme, dans les entreprises d'au moins 50 salariés, lorsque les membres du comité social et économique participent à la négociation du projet d'accord collectif et qu'ils sont mandatés, le législateur aurait pu faire dépendre la validité de cet accord de la signature des membres du comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés en faveur des membres du comité social et économique lors des dernières élections professionnelles. Il a préféré que les travailleurs soient consultés au risque de remettre en cause l'accord conclu par leurs représentants élus.

343. Participation. Dans les entreprises de 11 à 50 salariés, le législateur reconnaît aux représentants élus, qui ne sont pas nécessairement mandatés, la possibilité de conclure un accord collectif. Dans ce cas, la participation des travailleurs est indirecte. Elle consiste à accorder leurs suffrages aux membres du comité social et économique et à leur permettre de les représenter lors de la négociation et de la conclusion des accords collectifs. Le législateur place les représentants élus au cœur de la négociation collective.

Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, le législateur ne reconnaît pas la possibilité de conclure les accords collectifs aux membres du comité social et économique dès lors qu'ils sont mandatés ; ce qui a deux conséquences.

La légitimité indirecte conférée aux élus par le mandat syndical n'est pas suffisante bien que la représentation syndicale soit normalement obligatoire dans les entreprises avec un tel effectif et que les organisations syndicales disposent d'une vocation naturelle à la négociation collective selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel[921].

La légitimité directe conférée aux membres du comité social et économique par les travailleurs lors des élections professionnelles, n'est pas suffisante non plus ; alors qu'elle l'est pour la conclusion des accords dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 11 et 50 salariés[922].

Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, le régime de conclusion des accords collectifs en présence d'élus mandatés au comité social et économique peut surprendre au regard des autres situations dans lesquelles la représentation élue participe à la négociation collective. L'absence de reconnaissance de la légitimité des représentations élue et syndicale permet néanmoins le

[921] Cons. Const., 6 nov. 1996, n°96-383 DC : *JORF 13 nov. 1996, p. 16531*.

[922] C. trav., art. L. 2232-25.

renforcement du principe de participation des travailleurs. Ils participent à la négociation de deux manières : indirectement par leurs suffrages accordés aux membres du comité social et économique et par leurs suffrages pour la détermination de la représentativité des organisations syndicales à un niveau supérieur à celui de l'entreprise et qui leur permettra de mandater les élus du personnel, d'une part ; et directement par leurs suffrages en faveur d'un projet d'accord collectif, d'autre part.

B. La consultation des travailleurs

344. Majorités. La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016[923] a introduit la possibilité de consultation des travailleurs dans les entreprises d'au moins 50 salariés lorsque le projet d'accord collectif ne peut recueillir « *plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections* »[924]. Une ou plusieurs organisations syndicales représentatives « *ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections* »[925] peuvent demander cette consultation. L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017[926] a offert cette faculté à l'employeur si ces organisations syndicales n'en font pas elle-même la demande et qu'elles ne s'y opposent pas à l'unanimité.

Cette ordonnance est allée plus loin dans le renforcement de la participation des travailleurs en obligeant leur consultation dès lors qu'il y a absence de délégué syndical et que les membres au comité social et économique ne sont pas appelés à conclure les projets d'accords négociés par eux avec l'employeur. La majorité absolue des suffrages exprimés est exigée (1).

Dans les plus petites entreprises, dont l'effectif est inférieur à 11 salariés ou bien dont l'effectif est compris entre 11 et 20 salariés et en l'absence de membre au comité social et économique, la validité du projet unilatéral du chef d'entreprise est subordonnée à l'obtention de la majorité qualifiée des deux-tiers du personnel (2).

---

[923] L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels : *JORF 9 août 2016, texte n° 3*.

[924] C. trav., art. L. 2232-12, al. 1.

[925] *Op. cit*.

[926] Ord. n° 2017- 1385, 22 sept. 2017, relative au renforcement de la négociation collective : *JORF 23 sept. 2017, texte n° 29*.

1. La majorité absolue

345. Situations. En 2016, le législateur a généralisé la consultation des travailleurs comme outil de conclusion des accords collectifs[927].

S'il y a présence de représentants élus et/ou syndicaux dans l'entreprise, le législateur n'exige qu'une majorité absolue des suffrages exprimés. Cela vaut dans quatre situations.

L'article L. 2232-12, alinéa 2, du Code du travail le prévoit dans les entreprises d'au moins 50 salariés dans lesquels un ou plusieurs délégués syndicaux sont présents. L'article L. 2232-24, alinéa 3, du même code envisage cette situation dans les entreprises d'au moins 50 salariés lorsque le projet d'accord a été négocié par les membres mandatés au comité social et économique. L'article L. 2232-26 du Code du travail, alinéa 5, du Code du travail oblige la consultation des travailleurs lorsque le projet d'accord a été négocié par des travailleurs mandatés dans les entreprises d'au moins 50 salariés. Et l'article L. 2232-23-1 II, alinéa 3, du même code met en place la consultation des travailleurs lorsque, dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 11 et 50 salariés, a été négocié par des travailleurs mandatés.

346. Représentation. Le recours à la consultation des travailleurs a été prévu sans tenir compte du type de représentation, élue ou syndicale, qui a négocié le projet d'accord avec l'employeur.

Pourtant, la légitimité de ces acteurs à représenter les travailleurs est différente. Les membres au comité social et économique disposent d'une légitimité directe issue des élections professionnelles. Les représentants syndicaux – délégué syndical ou élu ou travailleur mandaté – ont une légitimité indirecte tirée de la représentativité des organisations syndicales dans l'entreprise ou d'un mandat syndical conférée par une organisation syndicale dont la représentativité est vérifiée à un niveau supérieur à celui de l'entreprise.

La quête du renforcement de la démocratie sociale et du principe de participation des travailleurs devrait inviter le législateur à préférer la légitimité des membres au comité social et économique voire la consultation des travailleurs, à la représentativité des organisations syndicales ou au mandat syndical. Le droit positif tend vers cet idéal mais prend en compte la

[927] L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 21 : *JORF 9 août 2016, texte n° 3*.

nécessité de représentation des travailleurs à la négociation collective. C'est pourquoi le législateur distingue deux temps dans le processus de dialogue social : celui de la négociation du projet d'accord et celui de sa conclusion.

Pour la négociation, en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise, le législateur a préféré la participation indirecte des travailleurs. Il préfère recourir aux membres au comité social et économique et à la technique du mandat syndical, outil de la préservation de la vocation naturelle des organisations syndicales à y participer.

Pour la conclusion, le législateur a préféré la participation indirecte des travailleurs. En cas de carence de représentation syndicale là où la participation directe des travailleurs est obligatoire ou d'absence là où elle est facultative, le législateur a posé l'obligation de consulter les travailleurs sur le projet d'accord.

347. Entreprises d'au moins 50 salariés. Cette vocation est préservée dans les entreprises d'au moins 50 salariés au sein desquelles une ou plusieurs organisations syndicales ont réussi à être représentatives et à désigner[928] un ou plusieurs délégués syndicaux. La consultation des travailleurs affaiblit néanmoins cette vocation car elle intervient alors que les organisations syndicales représentatives dans l'entreprises ont déjà exprimé leurs positions sur le projet d'accord collectif. Si les travailleurs se prononcent majoritairement en faveur du projet alors la consultation peut remet en cause la vocation des organisations syndicales, qui s'étaient majoritairement exprimés en défaveur du projet, à représenter et à engager la collectivité des travailleurs. Si les travailleurs se prononcent majoritairement contre le projet d'accord alors la consultation fragilise les organisations syndicales à l'initiative de celle-ci et qui étaient favorables au projet d'accord. La consultation est alors envisagée comme un moyen de contourner l'hostilité des organisations syndicales non-signataires[929].

L'organisation de la consultation des travailleurs s'explique davantage dans les entreprises d'au moins 50 salariés et au sein desquelles les organisations syndicales n'ont pas réussi à s'implanter au terme des élections professionnelles. Le législateur leur offre une possibilité de représenter les travailleurs à la négociation collective mais ne leur laisse pas la possibilité d'engager la collectivité des travailleurs. Le législateur respecte le choix des travailleurs qui, lorsque dans leur intégralité refuse d'être candidat aux élections professionnelles ou d'être

[928] V. *supra*, n° 199 et s. : désigner ou nommer.

[929] V. *infra*, n° 370.

désigné délégué syndical dans l'entreprise, exprime le choix de ne pas disposer d'une représentation syndicale qui les engagerait. Le mandat syndical n'est alors qu'une technique qui permet des respecter les exigences de la jurisprudence constitutionnelle et d'offrir un interlocuteur à l'employeur lors de la négociation collective, sans pour autant permettre aux organisations syndicales d'engager la collectivité des travailleurs. La consultation des travailleurs est nécessaire.

348. Entreprises de 11 à 50 salariés. La préservation de la vocation des organisations syndicales à participer à la négociation collective, à travers le mandat syndical, est néanmoins surprenante dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 11 et 50 salariés. En effet, la représentation syndicale n'y est pas obligatoire. En présence de membres au comité social et économique, ils peuvent négocier et conclure l'accord collectif. En présence des travailleurs mandatés, le législateur a préféré la consultation des travailleurs plutôt que de laisser les travailleurs mandatés conclure l'accord. Si la préservation de la vocation des organisations syndicales est suprenante dans les entreprises de 11 à 50 salariés, elle s'explique par la nécessité de la représentation des travailleurs à la négociation collective. Elle s'efface néanmoins lorsqu'il s'agit de conclure les accords, au profit de la consultation des travailleurs et en raison du fait que la représentation syndicale n'est pas obligatoire.

2. La majorité qualifiée

349. Situations. Depuis la réforme de 2017 relative au « *renforcement de la négociation collective* »[930], l'employeur peut, dans certaines circonstances, soumettre à la consultation des travailleurs la validité d'un projet qu'il a unilatéralement élaboré.
L'article L. 2232-21 du Code du travail le prévoit dans les entreprises de moins de 11 salariés et dépourvues de délégué syndical : « *l'employeur peut proposer un projet d'accord* […] *aux salariés, qui porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective* ». L'article L. 2232-22, alinéa 1er, du même code ajoute que « *lorsque le projet d'accord* […] *est approuvé à la majorité des deux-tiers du personnel, il est considéré comme un accord d'entreprise valide* ».

[930] Ord. n° 2017- 1385, 22 sept. 2017, *op.cit.* : *JORF 23 sept. 2017, texte n° 29.*

L'article L. 2232-22-1 dispose que dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 11 et 20 salariés, en l'absence de délégué syndical et de carence de membre au comité social et économique, les mêmes règles s'appliquent.
Dans les deux situations, la majorité absolue ne suffit pas. Le législateur impose la majorité qualifiée aux deux-tiers du personnel. Cette exigence s'explique par le fait que les travailleurs se prononcent sur un projet unilatéral de l'employeur sans qu'une représentation élue ou syndicale n'ait pu intervenir pour défendre l'intérêt collectif.

350. Participation. Une auteure s'est interrogée sur l'effectivité du principe de participation : « *la seule possibilité pour les salariés d'approuver ou de refuser par référendum un projet d'accord rédigé unilatéralement par l'employeur garantit-elle l'exercice du droit de participation qui suppose de participer à la détermination collective des conditions de travail par l'intermédiaire de délégués ?* »[931]. Elle s'est demandée si le principe de participation était garanti alors qu'aucune négociation du contenu du projet ne pouvait intervenir avant que la collectivité des travailleurs ne l'approuve ou non.
Tout dépend de la mise en œuvre concrète par le législateur du principe de participation, prévu à l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946, et de la portée juridique qu'il entend donner à l'expression « *par l'intermédiaire de ses délégués* ». La représentation des travailleurs dans l'entreprise doit-elle être obligatoire ou bien être envisagée comme une simple faculté ?
Pour renforcer la négociation collective dans les très petites entreprises, le législateur encourage désormais la participation directe des travailleurs au lieu d'imposer un système de représentation. La démocratie sociale participative est donc préférée à la démocratie sociale représentative. Le législateur a tenu compte de la réalité de la vie démocratique au sein des entreprises, caractérisée par la carence de représentants dans celle de 11 à 20 salariés et par leur absence ainsi que par la proximité des travailleurs et de l'employeur dans celles de moins de 11 salariés.

351. Conséquence. Le législateur exige la majorité qualifiée pour la validité du projet de l'employeur, sans tenir compte du fait que la représentation des travailleurs est ou non obligatoire.

[931] B. BAUDUIN, La négociation collective dans les entreprises de moins de 50 salariés : *Dr. soc. 2018, p. 682.*

Dans les entreprises de moins de 11 salariés, aucune représentation du personnel n'est prévue par le législateur. L'exigence d'une majorité qualifiée, et non absolue, permet aux travailleurs de facilement s'opposer au projet unilatéral de l'employeur. La majorité qualifiée permet donc de compenser l'absence de représentation des travailleurs.

Dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 11 et 20 salariés, la mise en place d'un comité social et économique est obligatoire. L'employeur doit prendre l'initiative d'organiser les élections professionnelles et les travailleurs peuvent se porter candidats. Dans cette situation, l'absence de représentation des travailleurs est due à la carence de comité social et économique ; c'est-à-dire au fait qu'aucun travailleur n'ait présenté sa candidature. Pourtant, le législateur offre à la collectivité des travailleurs la même possibilité de s'opposer facilement au projet unilatéral de l'employeur. Les conditions de validité d'un tel projet sont ici défavorables à l'employeur. Il s'est efforcé de prendre l'initiative de l'organisation d'élections professionnelles et de permettre à un travailleur de devenir membre du comité social et économique pour qu'il puisse négocier un projet d'accord collectif, comme le prévoit l'article L. 2232-23-1 I 2° du Code du travail. Les travailleurs bénéficient pourtant de l'avantage de s'opposer facilement au projet de l'employeur alors que la carence de représentant qui aurait pu participer à une négociation collective et à la défense de l'intérêt collectif est dû à l'absence d'investissement des travailleurs dans la participation aux relations collectives de travail.

352. Qualification. La qualification juridique du texte issu d'une consultation favorable des travailleurs porte néanmoins les stygmates d'une conceptation majoritairement représentative de la démocratie sociale. En effet, le législateur le qualifie d'« *accord d'entreprise* »[932] alors même qu'il n'a pas fait l'objet d'une négociation préalable à la consultation des travailleurs. Sauf à considérer que l'exigence d'une majorité qualifiée aux deux-tiers du peronnel marque une adhésion plus marquée de la collectivité des travailleurs au projet unilatéral de l'employeur, et donc leur accord.

[932] C. trav., art. L. 2231-21 ; C. trav., art. L. 2232-22-1.

§ 2.Les différents degrés de participation

353. Participation. Dans les relations collectives de travail, le législateur subordonne la validité des accords collectifs aux suffrages exprimés par les travailleurs. Ils sont issus tantôt des élections professionnelles, tantôt d'une consultation spécialement organisée.
Dans le système politique, les citoyens ne s'expriment que lorsque des élections sont organisées sauf les situations dans lesquelles un référendum peut être organisé. L'adoption d'une délibération n'est en principe pas soumise à son approbation par les citoyens ; là où la validité des accords collectifs dépend de la volonté des travailleurs.
Dans les entreprises, la participation des travailleurs nécessaire à la validité des accords collectifs est prise en compte à des degrés différents selon les situations et les modalités de la négociation collective traditionnelle (A). Il peut s'agir soit d'une acceptation indirecte des travailleurs en raison de la signature d'organisations syndicales représentatives et des suffrages exprimés lors des élections professionnelles, ou d'une approbation directe en raison des suffrages issus de la consultation. On s'interrogera sur la qualification de ratification qui, selon son origine latine, permet la confirmation d'un acte négocié par d'autres que ceux qui le confirme.
La participation des travailleurs est également prise en compte, au sein du conseil d'entreprise (B), pour la validité des accord collectifs sauf si les négociateurs de l'accord qui le crée décident d'instaurer que ces accords dépendent du vote personnel des élus au conseil d'entreprise.

A. La négociation collective traditionnelle

354. Validité. Dans les relations collectives de travail, la participation des travailleurs à la conclusion des accords collectifs peut être indirecte voire directe.
Elle est indirecte lorsque les délégués syndicaux ou les membres élus utilisent les suffrages des travailleurs exprimés lors des élections professionnelles pour approuver ou désapprouver le projet par eux négociés avec l'employeur. Les élections professionnelles ont alors une importance capitale.
Elle est directe lorsque la collectivité des travailleurs est appelée spécialement à se rendre aux urnes pour approuver ou non le projet soumis à consultation. Le seul résultat des urnes permet de rendre l'accord valide ou non.

Dans le système politique, les suffrages exprimés par les citoyens permettent uniquement de choisir les élus parmi les candidats. En cours de mandat, l'adoption de délibération – au sein d'assemblées locales ou parlementaires – ne dépend jamais des suffrages exprimés par les citoyens lors des élections politiques.

La validité des accords collectifs peut donc être consacrée de trois manières : une acceptation indirecte par les travailleurs (1), une approbation directe (2) voire une ratification (3). Les qualifications juridiques utilisées ont toute leur importance car les multiples possibilités de validité des accords collectifs ne reposent pas sur les mêmes fondements. Le législateur a tantôt recours aux procédés de droit civil, tantôt à la seule expression démocratique.

1. L'acceptation indirecte

355. Technique contractuelle. L'acceptation indirecte des travailleurs aux accords collectifs d'entreprise est prévue dans trois situations.

L'article L. 2232-12, alinéa 1, du Code du travail l'envisage : « *la validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à sa signature par, d'une part, l'employeur ou son représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants* ».

L'article L. 2232-23-1 II, alinéa 1, du même code en dispose également : « *la validité des accords ou des avenants de révision conclus avec un ou des membres de la délégation du personnel du comité social et économique, mandaté ou non, est subordonnée à leur signature par des membres du comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés en faveur des membres du comité social et économique lors des dernières élections professionnelles* ».

L'article L. 2232-25, alinéa 3, du même code prévoit cette situation : « *la validité des accords ou des avenants de révision conclus en application du présent article est subordonnée à leur signature par des membres de la délégation du personnel du comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés en faveur des membres du comité social et économique lors des dernières élections professionnelles* ».

La validité des accords est respectivement subordonnée à leur signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50% des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives, ou bien un ou plusieurs membres au comité social et économique représentant la majorité des suffrages exprimés en faveur des membres dudit comité.

L'acceptation indirecte se caractérise par deux éléments : la signature des représentants du personnel à la négociation collective et un nombre suffisant de suffrages exprimés en leur faveur[933]. Elle associe donc la technique constractuelle qui consiste pour les organisations syndicales représentatives ou les membres au comité social et économique à signer l'accord collectif et une exigence démocratique vérifiée lors des élections professionnelles.

2. L'approbation directe

356. Exigence démocratique. L'approbation directe est prévue dans deux hypothèses.

L'article L. 2232-22, alinéa 1, du Code du travail dispose que, dans les entreprises de moins de 11 salariés et en l'absence de délégué syndical, « *lorsque le projet d'accord ou d'avenant de révision mentionné à l'article L. 2232-21* [projet unilatéral de l'employeur] *est approuvé à la majorité des deux tiers du personnel, il est considéré comme un accord d'entreprise valide* ».

L'article L. 2232-23 du même code prévoit que ces modalités sont applicables au projet unilatéral de l'employeur soumis à la consultation des travailleurs dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 11 et 20 salariés et dépourvues de délégué syndical et de comité social et économique.

Dans ces deux hypothèses, le législateur fait de l'exigence d'une majorité qualifiée lors d'une consultation spécialement organisée, la condition de la validité des accords collectifs. Ainsi, seuls comptent les résultats issus de la consultation. La validité des accords collectifs dépend ainsi d'une seule exigence démocratique, renforcée car la majorité doit être qualifiée.

[933] V. *infra*, n° 357 et s. : à la différence de la ratification pour laquelle l'expression directe des travailleurs est requise en plus de la signature de leurs représentants.

3. La ratification ?

357. Ratification. La réforme de 2017 a également fait de la majorité absolue la condition de validité d'accord collectifs dans une autre circonstance : le projet d'accord est signé par un salarié mandaté ou un élu mandaté ou un délégué syndical mais une consultation des travailleurs doit être organisée pour apprécier la validité de l'accord collectif.

L'article L. 2232-23-1 II, alinéa 3 dispose que, dans les entreprises de 11 à 50 salariés, en l'absence de délégué syndical et lorsqu'un salarié a été mandaté, « *la validité des accords ou des avenants de révision conclus avec un ou plusieurs salariés mandatés, s'ils ne sont pas membres de la délégation du personnel du comité social et économique, est subordonnée à leur approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions déterminées par décret et dans le respect des principes généraux du droit électoral* ».

L'article L. 2232-24, alinéa 3 précise que, dans les entreprises d'au moins 50 salariés, en l'absence de délégué syndical et lorsque des élus ont été mandatés, « *la validité des accords ou des avenants de révision conclus en application du présent article est subordonnée à leur approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions déterminées par décret et dans le respect des principes généraux du droit électoral* ».

L'article L. 2232-26, alinéa 5, du Code du travail indique que, dans les entreprises d'au moins 50 salariés dépourvues de délégué syndical et lorsqu'un salarié a été mandaté, « *l'accord signé par un salarié mandaté doit avoir été approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions déterminées par décret et dans le respect des principes généraux du droit électoral* ».

Il convient d'ajouter l'hypothèse dans laquelle, au sein d'une entreprise d'au moins 50 salariés et en présence d'un délégué syndical, une consultation des travailleurs intervient après qu'un projet d'accord ait été signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30% des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles[934]. Il faut néanmoins relativiser le rapprochement avec la ratification en raison l'absence de majorité absolue, antérieurement à la consultation des travailleurs.

Ainsi, le législateur soumet-il à l'approbation des travailleurs un projet d'accord déjà « *conclu* » ou « *signé* » par ceux qui les représentaient lors de la négociation avec l'employeur. Ce

[934] C. trav., art. L. 2232-12.

processus ne se rapproche que partiellement de celui de la ratification que le droit connaît en matière civile et constitutionnelle.

358. Droit constitutionnel. En droit constitutionnel, la ratification est prévue pour les ordonnances prises par le Gouvernement ou encore pour l'entrée en vigueur de traités déjà signés.

L'article 38, alinéa 2, de la Constitution dispose que « *les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse* ». Le droit du travail se différencie totalement du processus de ratification des ordonnances. Le projet d'accord est ici négocié entre l'employeur et les représentants du personnel alors que le contenu des ordonnances est unilatéralement décidé par le Gouvernement. Il s'en différencie également car les travailleurs sont seuls invités à approuver le projet de l'employeur alors que la ratification des ordonnances s'effectue par les parlementaires, donc par la représentation des citoyens.

Par ailleurs, les articles 11 et 55 combinés de la Constitution prévoient que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois* » ; « *le Président de la République* […] *peut soumettre au référendum tout projet de loi* […] *tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions* ». Le droit du travail se rapproche du processus constitutionnel de ratification des traités. Le droit du travail permet en effet, sous certaines conditions, aux seuls travailleurs de s'exprimer le projet négocié lors de la consultation collective, comme le droit constitutionnel permet aux seuls citoyens de donner force normative aux traités si le Président de la République les interroge à ce sujet.

359. Droit civil. En droit civil, la ratification est définie comme un « *acte juridique unilatéral (subséquent) par lequel une personne approuve – en faisant siens les droits et engagements qui y sont prévus – l'acte accompli pour elle – mais sans pouvoir – par une tierce personne, le*

caractère obligatoire de l'acte originaire, pour l'intéressé, étant subordonné à la survenance de la libre approbation de celui-ci »[935].

En droit civil, l'une des conditions essentielles pour laquelle la ratification peut intervenir est que la personne qui a accompli l'acte ne disposait pas du pouvoir de représenter celle qui s'oblige, et a agi sans mandat ou pouvoir suffisant. En droit du travail, la représentation des travailleurs est confiée aux représentants des travailleurs dans le cadre défini par le législateur. En somme, une appréciation littérale des articles L. 2232-23-1 II, alinéa 3, L. 2232-24, alinéa 3 et L. 2232-26, alinéa 5, du Code du travail peuvent laisser penser que les travailleurs ratifient un projet d'accord déjà « *conclu* » ou « *signé* » par leurs représentants. En réalité, il ne s'agit que d'une maladresse dans la rédaction de ces articles et il convient de retenir que leur validité est soumise à l'approbation directe des travailleurs, à la majorité absolue.

Il en va de même dans l'hypothèse où la validité des accords collectifs dépend, en présence de délégué syndical dans les entreprises de plus de 50 salariés, de leur consultation après que « *des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives* » ait signé le projet d'accord. Hypothèse dans laquelle l'approbation directe des travailleurs[936] peut conforter l'acceptation indirecte[937] – mais relative (30%) – du projet d'accord ou bien conforter les organisations syndicales qui ne l'auraient pas signé.

360. Démocratie sociale. L'introduction récente en droit du travail de la possibilité d'approbation directe par les travailleurs comme condition de validité des accords collectifs d'entreprise pourrait n'être qu'une étape dans le cadre d'un changement plus global des relations collectives de travail, aujourd'hui basée sur « *une politique contractuelle* [et peut-être demain sur une véritable] *démocratie sociale* »[938].

[935] G. CORNU, Vocabulaire juridique : *PUF, 12è éd., 2018, p. 851-852*.

[936] V. *supra*, n° 356.

[937] V. *supra*, n° 355.

[938] A. MAZEAUD, Droit du travail : *LGDJ, 9è éd., 2014, p. 214* ; V. *supra*, n° 25 : il convient d'ajouter l'absence de changement de la qualification de « salariés », entendue comme la relation juridique entre l'employeur et ses subordonnés, en « travailleurs », comme détenteurs de droits au sein de l'entreprise.

B. Le conseil d'entreprise

361. Validité. Le conseil d'entreprise, nouvelle institution au sein des relations collectives de travail, doit être volontairement créé par les délégués syndicaux et l'employeur dans l'entreprise[939].

La réforme de 2017[940] a largement fait évoluer la participation des travailleurs pour la détermination de leur représentation à travers le conseil d'entreprise. Il leur permet d'élire directement leurs représentants sans artifice de la représentativité.

Le conseil d'entreprise exerce à la fois les compétences du comité social et économique et celle de la négociation collective. L'article L. 2321-1, alinéa 1er, du Code du travail dispose que le conseil d'entreprise « *est seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement* ».

Dans le cadre de la négociation collective, le législateur a également fait évoluer, dans une moindre mesure, les modalités de conclusion des accords collectifs. Il a instauré le principe selon lequel chaque élu dispose d'une voix mais a tout de même maintenu la possibilité pour les représentants des travailleurs de conclure des accords en fonction des suffrages recueillis.

L'article L. 2321-9 du Code du travail précise que « *la validité d'une convention ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement conclu par le conseil d'entreprise est subordonnée à sa signature par la majorité des membres titulaires élus du conseil ou par un ou plusieurs membres titulaires ayant recueilli plus de 50% des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles* ». Le législateur a prévu deux possibilités distinctes de conclusion des accords collectifs dans lesquelles les travailleurs ne participent pas directement : l'acceptation indirecte en fonction des suffrages exprimés aux élections professionnelles (1) et une nouvelle modalité selon laquelle un élu dispose d'une voix (2) pour voter en faveur ou en défaveur d'un projet d'accord.

---

939 V. *supra*, n° 280 et s.

940 Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 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 23 sept. 2017, texte n° 31*.

1. L'acceptation indirecte

362. Validité. Dans une première hypothèse, l'accord collectif peut être conclu selon une logique d'acceptation indirecte des travailleurs. Il faut alors vérifier que le texte a reçu la signature d'un ou plusieurs membres titulaires ayant recueilli plus de 50% des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles. Il s'agit d'une modalité traditionnelle de conclusion des accords collectifs. Les représentants signent l'accord collectif en prenant soin d'avoir recueilli une majorité absolue de suffrages aux dernières élections professionnelles.
Si le conseil d'entreprise est mis en place dans l'entreprise alors le vote de chaque travailleur aux élections professionnelles peut comprendre deux choix : celui de ses représentants et celui qui leur permet de conclure ou de s'opposer à la conclusion d'un accord collectif.

2. La nouvelle modalité : un élu, une voix

363. Validité. Dans une seconde hypothèse, l'accord collectif peut être conclu par l'employeur et les membres du conseil d'entreprise selon l'image : un élu dispose d'une voix. L'accord collectif est valide lorsque les signatures de la majorité des membres du conseil y sont apposées.
Cette nouvelle modalité de conclusion des accords collectifs s'éloigne de celles déjà connues dans la négociation collective traditionnelle. Elle n'est ni une acceptation indirecte de la part des travailleurs car ne sont pas pris pris en compte les suffrages qu'ils ont exprimés lors des élections professionnelles, ni une approbation directe car ils ne sont pas consultés.
Sur ce point, les relations collectives de travail se rapprochent du système politique. En effet, le système politique fait dépendre l'adoption d'une délibération du vote des représentants des citoyen. Il déconnecte le vote des élus politiques des suffrages qu'ils ont recueillis lors des élections. Le droit du travail le permet désormais pour apprécier la validité des accords collectifs, si le conseil d'entreprise est préalablement mis en place. La validité d'un accord collectif peut dépendre de la seule signature de la majorité des membres du conseil d'entreprise, sans que ne soient pris en compte les suffrages exprimés par les travailleurs lors des élections professionnelles.

364. Proposition. Le législateur a conçu la mise en place du conseil d'entreprise par la voie conventionnelle. Les délégués syndicaux et l'employeur disposent ainsi de la possibilité d'adapter le cadre de la représentation des travailleurs dans l'entreprise.

L'absence de consultation des travailleurs sur les projets d'accord issus de la négociation au sein du conseil d'entreprise doit également être souligné alors que, dans le même temps, le législateur a étendu cette possibilité dans le cadre de la négociation entre les délégués syndicaux et l'employeur.

Le législateur aurait pu laisser le soin aux acteurs de la négociation collective, lors de la mise en place du conseil d'entreprise, de choisir de subordonner la validité de tout ou partie des accords collectifs à l'approbation directe des travailleurs, par voie de consultation. Aurait-il pu, à tout le moins, leur laisser la possibilité d'accepter le cadre de leur nouvelle représentation en étant consulté sur l'accord collectif de mise en place du conseil d'entreprise[941].

L'introduction du conseil d'entreprise dans le système des relations collectives de travail n'a pas fait évoluer la conception de la démocratie sociale : la démocratie représentative est préférée à la démocratie participative.

[941] V. *supra*, n° 288 et s.

Conclusion du chapitre I

365. Conclusion. La négociation collective repose sur le dialogue social. Au fil des réformes, le législateur a entendu le renforcer sans jamais le simplifier.

Au cœur des relations collectives de travail, a été placée la notion de *représentativité* que ne connaît pas le système politique. La représentativité est prise en compte du début de la négociation collective jusqu'à son terme. Elle permet de déterminer les acteurs – organisations syndicales représentatives – qui défendent l'intérêt collectif face à l'employeur. Elle détermine également la validité des accords collectifs dans les entreprises d'au moins 50 salariés, en présence de délégué syndical. La représentativité comporte néanmoins de nombreux défauts. Elle confère aux organisations syndicales une légitimité contestable et ne permet pas à l'ensemble des travailleurs d'exprimer indirectement – lors des élections professionnelles – leur volonté d'adhérer ou non aux accords collectifs d'entreprise.

Le système des relations collectives de travail se distingue également du système politique en réservant une place prédominante en faveur des organisations syndicales en vertu de leur *vocation naturelle* à représenter les travailleurs à la négociation collective. Cette vocation naturelle est également préservée par la technique du mandat syndical ; là où, dans la vie publique, les partis politiques ne disposent d'aucune prérogative juridique. Le dialogue social s'établit entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives, au détriment du délégué syndical dont la légitimité contestable l'enferme dans le rôle de représentant de son organisation syndicale désignatrice. Dans le système politique, les représentants sont élus directement par les citoyens, les représentent dans les différentes assemblées et surtout votent en fonction de la confiance accordée par les citoyens-électeurs.

Les deux systèmes, fondés sur la *démocratie représentative*, n'offrent pas la même possibilité d'implication des travailleurs et des citoyens à la vie sociale dans l'entreprise ou à la vie publique. Le droit du travail subordonne la validité des accords collectifs aux résultats des élections professionnelles ; là où les résultats des élections politiques sont toujours indifférents pour l'adoption de délibération au niveau local comme national.

Plus généralement, dans le système politique, les représentants se positionnent sur les délibérations qui leur sont soumises, sans que les représentés ne puissent valablement s'exprimer. Dans les relations collectives de travail, les représentants syndicaux ou élus sont prioritairement appelés à signer les projets d'accords avant qu'une *consultation des travailleurs*

ne puisse être organisée. Les relations collectives de travail se distinguent là encore du système politique mais seulement en raison de ses particularités : faible effectif dans l'entreprise ou absence d'investissement des travailleurs à la vie démocratique pour la représentation de la collectivité.

Chapitre II. Recherche d'une participation directe des travailleurs

366. Présentation. La démocratie sociale emprunte à la démocratie politique son régime représentatif. Des élections professionnelles émane la représentation élue, dans les entreprises d'au moins 11 salariés, et la représentation syndicale dans celles d'au moins 50 salariés.

Contrairement au système politique, le système des relations collectives ne repose pas uniquement sur l'intervention des représentants au terme du processus électoral. À la participation des travailleurs « *par l'intermédiaire de leurs délégués* »[942] se mêle parfois leur participation directe par la voie de la consultation.

Dans les entreprises d'au moins 11 salariés, la consultation peut intervenir à l'issue de la négociation collective entre l'employeur et les représentants élus ou syndicaux du personnel. Elle a alors des effets sur les organisations syndicales conduisant parfois à leur affaiblissement (Section 1).

Pour éviter que la démocratie participative ait de telles conséquences sur la démocratie sociale représentative, une meilleure répartition des rôles des travailleurs et de leurs représentants est nécessaire. Une proposition sera effectuée en ce sens. Elle visera à renforcer la participation des travailleurs pour la détermination du cadre de leur représentation (Section 2), tout en excluant leur intervention directe pendant que leurs représentants exercent leur mandat.

[942] Préambule de la Const. du 27 oct. 1946, al. 8.

Section 1. Les effets de l'actuelle consultation des travailleurs

367. Distinction. En droit du travail, le législateur met en place la consultation des travailleurs dans plusieurs hypothèses (après l'intervention des délégués syndicaux, des élus ou travailleurs mandatés, ou encore en l'absence de représentants dans les entreprises dont l'effectif comprend jusqu'à 20 salariés).

Il l'envisage toujours de manière occasionnelle (§2) en donnant priorité à la démocratie représentative sur la démocratie participative.

La consultation peut intervenir en l'absence de représentants syndical et élu dans les plus petites entreprises[943]. Elle est prévue en cas d'absence de délégué syndical dans les entreprises de 11 à 50 salariés[944], et en cas de carence dans celles d'au moins 50 salariés[945]. Dans ces entreprises, le projet d'accord collectif est tantôt soumis à l'acceptation des représentants des travailleurs, tantôt à l'approbation des travailleurs. Dans les entreprises dépouvues de délégué syndical, le législateur a choisi que l'accord collectif soit conclu par ceux qui participent à la démocratie représentative, ou bien par la participation directe des travailleurs. L'intervention des représentants ou des représentés est dissociée. Elle n'est ni cumulative, ni alternative.

Dans les entreprises d'au moins 50 salariés pourvues de délégué syndical, le législateur a laissé l'initiative de cette consultation à une ou plusieurs organisations syndicales représentatives « *ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections* »[946] ou, à défaut, à l'employeur « *en l'absence d'opposition de l'ensemble de ces organisations* »[947]. Dans cette hypothèse, le projet d'accord collectif est soumis à la consultation des travailleurs à l'initiative d'organisations syndicales représentatives ou bien par l'employeur[948]. Elle ne peut l'être de manière autonome. Dans les entreprises de plus de 50 salariés pourvues de délégué syndical, le législateur a fait le choix de combiner l'intervention de la représentation des travailleurs (voire celle de l'employeur) à la consultation des travailleurs ; donc de combiner la démocratie représentative à la démocratie participative.

---

[943] V. *supra*, n° 349.

[944] V. *supra*, n° 345.

[945] V. *supra*, n° 345.

[946] C. trav., art. L. 2232-12, al. 2.

[947] C. trav., art. L. 2232-12, al. 2.

[948] V. *supra*, n° 339.

Le Professeur Franck Petit imagine le recours à la consultation des travailleurs comme la « *voie de sauvetage d'une négociation collective en panne* »[949]. Cette originalité, prévue uniquement dans les entreprises d'au moins 50 salariés et en présence de délégué syndical, peut avoir deux conséquences sur les organisations syndicales signataires – en minorité – du projet d'accord collectif (§1).

§ 1.La double conséquence sur les organisations syndicales représentatives

368. Validité. Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, en présence de délégué syndical, et à défaut de signature du projet d'accord collectif par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives « *ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique* », l'article L. 2232-12, alinéa 2, prévoit qu'« *une ou plusieurs* [...] *organisations* [représentatives] *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 une consultation des salariés visant à valider l'accord. Au terme de ce délai, l'employeur peut demander l'organisation de cette consultation, en l'absence d'opposition de l'ensemble de ces organisations* ».

La consultation des travailleurs intervient sur initiative syndicale ou, à défaut, patronale. Dans les deux cas, le résultat à des effets sur les organisations syndicales représentatives[950] qu'elles aient ou non signé le projet d'accord. Le résultat de la consultation n'entraînent aucune conséquence juridique sur les organisations mais remettent en cause ou consolident leur choix de signer ou non le texte, suivant le résultat de la consultation. Les organisations syndicales représentatives peuvent être affaiblies (A) ou renforcées (B) dans leur positionnement syndical.

[949] F. PETIT, Le référendum en entreprise comme voie de secours : *Dr. soc. 2016, p. 903 et s.* ; F. PETIT, La difficile mise en œuvre des référendums d'entreprise : *Dr. soc. 2017, p. 156 et s.*

[950] Les organisations syndicales non-représentatives ne subissent aucune de ces deux conséquences car elles ne participent ni à la négociation collective, ni à la conclusion de l'accord collectif.

A. L'affaiblissement

369. Initiative syndicale. L'affaiblissement des organisations syndicales représentatives peut être constaté dans deux situations : pour celles qui n'ont pas signé le projet d'accord collectif et que les travailleurs s'expriment majoritairement en faveur de celui-ci, ou pour celles qui ont signé le projet et que les travailleurs y sont majoritairement défavorables.

Dès 1982, Jean Auroux mettait en garde contre « *la mort du fait syndical* »[951] du fait de la participation directe des travailleurs par voie de consultation. Presque 20 ans après, le professeur Bernard Gauriau estimait que « *toute décision dans un milieu collectif suppose, si elle veut être démocratique, une phase de délibération ou de débat, avec le pouvoir de modifier, d'amender le projet initial. Le référendum a sa place dans un tel cadre comme procédé de consultation. Mais pas davantage* »[952]. Pourtant, en 2016 puis en 2017, le législateur a fait de la consultation des travailleurs, dans les entreprises d'au moins 50 salariés pourvues de délégué syndical, le moyen d'arbitrer le désaccord entre leurs organisations syndicales représentatives.

370. Contournement. Dans cette situation, la consultation des travailleurs permet de surmonter des positions syndicales réfractaires au projet d'accord collectif. Telle qu'elle a été pensée par le législateur, la consultation permet ici de contourner la position des organisations syndicales représentatives. Si la majorité absolue des travailleurs s'exprime en faveur du projet d'accord, la consultation frappe d'ineffectivité le choix des organisations syndicales, à plus de 50 %, de ne pas signer ce projet. Si la majorité des travailleurs s'exprime en défaveur du projet d'accord, la consultation remet en cause le choix des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30% de suffrages exprimés lors des élections professionnelles, de signer le projet d'accord.

Dans ces deux hypothèses, la consultation est un moyen de faciliter la conclusion d'accords collectifs au sein de l'entreprise, au détriment de la représentation syndicale qui puise son droit de participer à la négociation collective dans les élections professionnelles. Autrement dit, les élections permettent aux travailleurs de choisir les représentants qu'ils estiment aptes à les représenter ; la consultation permet aux travailleurs – en fonction du résultat – d'exprimer une

[951] *JO débats* AN, 2è séance du 10 juin 1982, p. 3245.

[952] B. GAURIAU, Le référendum, un préalable nécessaire : *Dr. soc. 1998, p. 338 et s*.

certaine défiance envers ces représentants en fonction de leur positionnement au cours du cycle électoral.

Dans ces circonstances, la participation directe des travailleurs n'aboutit pas à la « *mort du fait syndical* »[953], ni à l'organisation d'une « *cérémonie funèbre à la mémoire du syndicalisme* »[954]. La tentation est forte d'y voir une manifestation de la vie démocratique qu'il convient de mettre en perspective par rapport à l'affaiblissement des organisations syndicales représentatives en cours de cycle électoral.

371. Élections suivantes. La consultation des travailleurs, entre deux élections professionnelles, peut avoir pour effet de placer les organisations syndicales représentatives affaiblies dans une position inconfortable pour les élections professionnelles suivantes. En effet, depuis 2008, l'audience électorale recueillie lors des élections est l'un des critères de la représentativité des organisations syndicales et de leur participation à la négociation collective dans l'entreprise. La consultation des travailleurs peut avoir deux effets.

Le premier est la conséquence directe de l'organisation d'une ou plusieurs consultations au cours du cycle électoral, et de leurs résultats. Les prises de positions répétées des travailleurs en défaveur des organisations syndicales représentatives peuvent signifier qu'ils ne les jugent plus aptes à les représenter. En ne leur accordant plus leurs suffrages aux élections professionnelles, les travailleurs peuvent ne plus accorder une audience électorale suffisante pour que les organisations syndicales soient représentatives.

Le deuxième effet est plus indirect. Il est le résultat du message véhiculé par les organisations syndicales non-représentatives alors qu'elles ne peuvent pas être affaiblies en cours de cycle électoral car elles ne participent pas à la négociation collective. Les organisations syndicales non-représentatives peuvent utiliser l'argument de l'affaiblissement de certaines organisations syndicales représentatives à des fins électorales, en cherchant à recueillir les suffrages des travailleurs.

Dans les entreprises d'au moins 50 salariés pourvues de délégué syndical, la consultation des travailleurs est un moyen de vérifier l'adéquation entre leur volonté et la prise en position de leurs organisations syndicales représentatives à l'issue de la négociation collective, à condition que ces dernières en prennent l'initiative ou à défaut l'employeur.

---

[953] *JO débats* AN, 2è séance du 10 juin 1982, p. 3245.

[954] B. GAURIAU, Le référendum, un préalable nécessaire : *Dr. soc. 1998, p. 338 et s*.

372. Initiative patronale. L'article L. 2232-12, alinéa 2, du Code du travail dispose qu'« *au terme* [d'un mois à compter de la signature de l'accord]*, l'employeur peut demander l'organisation de cette consultation, en l'absence d'opposition de l'ensemble* [*des organisations syndicales représentatives signataires ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés*] ». Du point de vue de l'employeur, la consultation des travailleurs est une voie subsidiaire pour valider un accord collectif. Alors que le professeur Franck Petit appelait de ses vœux que la consultation des travailleurs ne soit pas conçue « *comme une technique de détournement des prérogatives syndicales* », l'ordonnance n° 2017-1386 l'a pourtant consacrée comme telle[955]. Et, dans la logique des développements précédents[956], c'est ici l'employeur qui peut être à l'origine de l'affaiblissement des organisations syndicales représentatives en fonction de leurs positions et du résultat de la consultation[957].

373. Discrimination syndicale. L'un des principaux effets de la consultation des travailleurs, organisée par l'employeur, est d'affaiblir certaines organisations syndicales. Elle aurait également pu porter atteinte à la liberté syndicale si trois gardes-fous n'avaient pas été prévus par le législateur.

L'article L. 2141-7 du Code du travail dispose qu'« *il est interdit à l'employeur ou à ses représentants d'employer un moyen quelconque de pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale* ». Au cours de la négociation collective, l'employeur pourrait utiliser la consultation comme un « *moyen de pression* »[958] pour inciter les organisations syndicales représentatives à signer l'accord ou à demander elles-mêmes l'organisation de cette consultation.

Néanmoins, pour que l'employeur puisse prendre l'initiative de la consultation des travailleurs, il faut qu'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30% des suffrages exprimés lors des élections professionnelles et signataires du projet d'accord, ne

[955] Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017, relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, art. 4 : *JORF 23 sept. 2017, texte n° 31*.

[956] V. *supra*, n° 369 et s.

[957] V. *supra*, n° 372.

[958] *Op. cit*.

s'opposent pas unanimement à l'organisation d'une consultation à l'initiative de l'employeur. Ces trois gardes-fous permettent la sauvegarde de la liberté syndicale.

B. Le renforcement

374. Initiative. La consultation des travailleurs peut avoir pour conséquence d'affaiblir certaines organisations syndicales représentatives en cours de mandat[959]. Elle a également pour effet de renforcer les autres dans deux situations : lorsqu'elles ont signé le projet d'accord collectif et que les travailleurs s'expriment majoritairement en faveur de celui-ci, ou bien lorsqu'elles n'ont pas signé le projet et que les travailleurs y sont majoritairement défavorables. Dans ces deux situations, la participation directe des travailleurs conforte la prise de position de leurs organisations syndicales représentatives.

375. Suffrages. Le résultat de la consultation confirme la confiance accordée aux organisations syndicales représentatives par les travailleurs et les suffrages accordés pour la conclusion des accords collectifs d'entreprise. En effet, dans les entreprises d'au moins 50 salariés et en présence de délégué syndical, l'article L. 2232-12 du Code du travail permet d'assurer la validité d'un accord collectif en fonction des suffrages exprimés par les travailleurs au premier tour de l'élection des titulaires au comité social et économique. Si l'accord ne peut être conclu par les organisations syndicales représentatives elles-mêmes – faute de suffrages suffisants – alors le même article envisage de recueillir les suffrages des travailleurs lors d'une consultation. La consultation des travailleurs est donc bien un moyen de contrôle de l'action des organisations syndicales représentatives, pour les affaiblir comme pour les renforcer.

§ 2.La participation occasionnelle des travailleurs

376. Présentation. Dans le système des relations collectives de travail, le législateur a prévu une participation occasionnelle des travailleurs. La consultation a été pensée comme un moyen pour les travailleurs d'exercer leur droit à la négociation collective, sans jamais pouvoir en prendre l'initiative ni même en déterminer les modalités d'organisation. Et aussitôt qu'ils se

[959] V. *supra*, n° 369 et s.

sont directement exprimés lors d'une consultation spécialement organisée, la démocratie représentative reprend ses droits.

Si dans les dernières réformes les situations de consultation des travailleurs se sont multipliées (A), le champ d'intervention des travailleurs reste restreint à la seule participation à la consultation (B).

A. La multiplication des recours à la consultation

377. Négociation. La loi n° 71-561 du 13 juillet 1971 a introduit dans les relations collectives de travail un droit des travailleurs à la négociation collective[960]. Le législateur a toujours préféré que ce droit soit exercé à travers leur représentants, notamment syndicaux en raison de leur « *vocation naturelle* »[961] à la négociation, tout en prévoyant ponctuellement le recours à la consultation des travailleurs.

La consultation est un moyen pour les travailleurs d'exercer directement leur droit à la négociation collective. À travers les lois n° 2015-994 du 17 août 2015[962] et n° 2016-1088 du 8 août 2016[963] ainsi que de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017[964], le législateur n'a eu de cesse que de multiplier les hypothèses dans lesquels la consultation des travailleurs est possible voire nécessaire ; le tout au nom du renforcement du dialogue social. Les différentes réformes ont cependant introduit la consultation seulement à l'issue de la négociation collective pour assurer la validité du texte soumis à l'approbation des travailleurs.

Aussi, les travailleurs ne peuvent-ils exercer directement leurs droits à la négociation collective lorsque leurs représentants ont déjà négocié le projet d'accord avec l'employeur, ou bien lorsque l'employeur souhaite leur soumettre un projet élaboré uniquement par ses soins dans les plus petites entreprises. Dans les relations collectives de travail, la consultation des

[960] L. n° 71-561, 13 juill. 1971, modifiant certaines dispositions du chapitre IV-bis du titre II du libre I du Code du travail relatives aux conventions collectives de travail, ainsi que certaines dispositions du titre II de la loi 50205 relatives à la procédure de médiation : *JORF 14 juill. 1971, p. 6939*.

[961] Cons. Const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC : *JORF 13 nov. 1996, p. 16531*.

[962] L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi : *JORF 18 août 2015, texte n° 3*.

[963] L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels : *JORF 9 août 2016, texte n° 3*.

[964] Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, relative au renforcement de la négociation collective : *JORF 23 sept. 2017, texte n° 29*.

travailleurs n'est mise en place qu'à la fin du processus de négociation collective ; jamais lorsque celle-ci est en cours. La consultation est parfois nécessaire après que le projet d'accord ait été négocié par des représentants élus voire des salariés mandatés. Elle n'est parfois qu'une éventualité, dans les entreprises d'au moins 50 salariés pourvues de délégué syndical, où les organisations syndicales représentatives signataires n'auraient pas recueilli au moins 50% des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles, mais seulement 30% d'entre eux et demanderaient l'organisation de cette consultation. À défaut, l'employeur peut en prendre l'initiative.

B. Le champ d'intervention restreint des travailleurs

378. Initiative. Si le législateur a considérablement multiplié les situations dans lesquelles le recours à la consultation des travailleurs est envisagé, il n'a jamais autorisé ces derniers à en prendre l'initiative.

Dans les situations où elle est possible, la demande d'organisation doit émaner d'« *une ou plusieurs* [...] *organisations* [représentatives signataires] *ayant recueilli plus de 30 % des suffrages* » ou, à défaut, de l'employeur. Dans les situations où la consultation est nécessaire, son organisation seulement dépend de la capacité de l'employeur et des représentants élus ou des salariés mandatés à élaborer un projet d'accord. Dès lors, elle est obligatoire pour assurer la validité du projet soumis aux travailleurs.

Le champ de la participation des travailleurs par voie de consultation est réduit du fait de leur impossibilité de prendre l'initiative d'être consultés.

Dans le système politique, le législateur ne laisse pas davantage l'opportunité aux citoyens de prendre seul l'initiative d'un référendum. S'il ne peut être d'initiative citoyenne, il peut être d'initiative partagée. Les articles 11 et 61 de la Constitution en prévoient la mise en œuvre uniquement dans certains domaines[965] : « *un référendum* [...] *peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur*

[965] Const., art. 11, al. 1 : « *l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions* ».

les listes électorales ». Dans cette situation, l'intervention des représentants des citoyens au Parlement est nécessaire. Sans eux, l'initiative ne saurait être valablement prise.

Ainsi, les relations collectives de travail et le système politique ont pour point commun de ne jamais laisser l'initiative de la consultation de la collectivité des travailleurs comme des citoyens entre les seules mains des intéressés. Leurs représentants doivent nécessairement intervenir ; ce qui permet de conclure que malgré la multiplication du recours à la consultation en droit du travail, la « *crainte essentielle* [...] *que le référendum n'anéantisse le monopole syndical* »[966] doit être relativisée.

379. Modalités. Quelque soit la situation dans laquelle se tient la consultation, elle doit être organisée selon certaines modalités. En 2016, le législateur avait prévu que ces dernières soient prévues par un protocole spécifique conclu entre l'employeur et les organisations signataires, sans jamais que les travailleurs ne puissent directement participer[967]. Dans une décision du 20 octobre 2017, le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnelle cette disposition législative[968]. Quelques mois plus tard, le Conseil d'État[969] a annulé les dispositions du décret n° 2016-1797 du 20 décembre 2016[970] qui précisaient que le protocole devait être conclu « *entre l'employeur et une ou plusieurs organisations signataires recueillant plus de 30 % des*

[966] B. GAURIAU, Le référendum, un préalable nécessaire : *Dr. soc. 1998, p. 338 et s.*

[967] L. n° 2016-1088, 8 août 2016, *op. cit*., art. 21 : *JORF 9 août 2016, texte n° 3*.

[968] Cons. Const., 20 oct. 2017, n° 2017-664 QPC, cons. 10 : *JORF 22 oct. 2017, texte n° 33* : « *en prévoyant que seules les organisations syndicales qui ont signé un accord d'entreprise ou d'établissement et ont souhaité le soumettre à la consultation des salariés sont appelées à conclure le protocole fixant les modalités d'organisation de cette consultation, les dispositions contestées instituent une différence de traitement qui ne repose ni sur une différence de situation ni sur un motif d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi* ».

[969] CE, 7 déc. 2017, n° 406760, 408821 et 408226, par. 11 et 12 : *inédit au recueil Lebon*.

[970] D. n° 2016-1797, 20 déc. 2016, relatif aux modalités d'approbation par consultation des salariés de certains accords d'entreprise, art. 1 : *JORF 22 déc. 2016, texte n° 45* ; F. PETIT, La difficile mise en œuvre des référendums d'entreprise : *Dr. soc. 2017, p. 156 et s.* : « *on rappellera ici le danger que le législateur a fait peser sur cette négociation spécifique : en « réservant » sa négociation et sa conclusion à certains syndicats représentatifs, le législateur risque de provoquer la levée du bouclier constitutionnel : il est apparent que le droit à la participation ne peut se satisfaire de cette sélection des participants, tant du point de vue des groupements que des adhérents. Il est effectivement regrettable que tous les syndicats représentatifs ne soient pas invités à cette négociation. On peut tout autant affirmer que le droit à la négociation collective de l'adhérent du syndicat représentatif écarté de cette négociation se trouve malmené* ».

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 »[971]. L'article D. 2232-7 du Code du travail a également été annulé et sa version antérieure au décret de 2016 reprise.

Le législateur a tenu compte de la décision du Conseil constitutionnel et modifié l'alinéa 4 de l'article L. 2232-12 en ces termes : « *la consultation des salariés, qui peut être organisée par voie électronique, se déroule dans le respect des principes généraux du droit électoral et selon les modalités prévues par un protocole spécifique conclu entre l'employeur et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections mentionnées au premier alinéa, quel que soit le nombre de votants* ».

Le pouvoir règlementaire n'a pas modifié les articles D. 2232-6 et D. 2232-7 du Code du travail. Bien qu'un décret soit intervenu le 20 décembre 2019, le pouvoir règlementaire n'a pas adapté les dispositions règlementaires aux dispositions légales. La nécessité d'une négociation collective n'est pas reconnue et les modalités d'organisation de la consultation des travailleurs peuvent simplement être « *retenues par l'employeur* ». Libres aux organisations syndicales représentatives dans l'entreprise de contester ces modalités devant le président du tribunal judiciaire.

Quoiqu'il en soit, ni les dispositions législatives, ni les dispositions règlementaires ne prévoient pas la consultation des travailleurs pour l'organisation de leur consultation sur le projet d'accord initial. La participation directe des travailleurs est ici limitée par la réalité.

380. Accord. Dans les relations collectives de travail, le législateur met en place la consultation des travailleurs dans plusieurs situations pour la validité des accords collectifs. Pour la révision ou la dénonciation des accords collectifs, les travailleurs peuvent également intervenir seulement si l'effectif de l'entreprise est inférieur à 11 salariés[972] ou bien compris entre 11 et 20 salariés[973]. Dans les entreprises dont l'effectif est plus important, les travailleurs ne disposent pas du droit de s'exprimer directement sur l'avenir de l'accord. Seule la représentation syndicale ou élue peut dénoncer ou demander la révision de l'accord collectif.

[971] C. trav., anc. art. D. 2232-6, al. 2.

[972] C. trav., art. L. 2232-21 et s.

[973] C. trav., art. L. 2232-23.

Ce que la collectivité des travailleurs valide, elle devrait pouvoir l'invalider à tout moment. Néanmoins, la qualification juridique d'accord collectif s'oppose à cette logique. Seules les organisations syndicales représentatives peuvent, en l'état du droit positif, demander une révision[974] ou procéder à la dénonciation[975] d'un accord collectif d'entreprise. La logique contractuelle ne correspond donc pas à l'esprit de la consultation des travailleurs qui perdent ensuite la possibilité de revoir ultérieurement par eux-mêmes ce qu'ils ont accepté.

Aucune atteinte au principe de participation, ni au droit des travailleurs à la négociation collective ne semble néanmoins pouvoir être caractérisée pour deux raisons.

La première est celle de la continuité de la participation des travailleurs à la négociation collective non pas directement mais indirectement par le biais de leurs représentants. Il n'y a donc pas d'atteinte au droit des travailleurs à la négociation collective dès lors qu'ils peuvent l'exercer « *par l'intermédiaire de* [leurs] *délégués* »[976]. Ce qui démontre une fois de plus la préférence du législateur pour la démocratie représentative par rapport à la démocratie participative.

La deuxième raison est celle du caractère périodique de la négociation collective. Il est possible de considérer que la négociation périodique permet de contourner l'impossible demande de dénonciation ou de révision du précédent accord par les travailleurs. Offrir aux travailleurs la possibilité de dénoncer ou de demander la révision des accords collectifs, conclus par leurs représentants ou approuvés par eux-mêmes, déstabiliserait le dialogue social dans l'entreprise. La remise en cause de négociations passées pourrait leur être trop aisée.

[974] C. trav., art. L. 2261-7-1.

[975] C. trav., art. L. 2261-9 et s.

[976] Al. 8 du préambule de la Const. du 27 oct. 1946.

Section 2. Proposition pour un éventuel renforcement de la participation directe

381. Principe de participation. Dans le système des relations collectives de travail, le législateur envisage la participation des travailleurs de deux manières : tantôt directe, tantôt indirecte. Tout dépend où est placé le curseur entre la démocratie participative et la démocratie représentative.

Elle est directe lorsqu'ils sont appelés à voter aux élections professionnelles ou qu'ils sont consultés à l'issue de la négociation collective.

Elle est indirecte lors de la négociation collective car le législateur préfère l'intervention de la représentation des travailleurs, lorsqu'elle a pu être mise en place dans l'entreprise, avant d'envisager l'intervention des travilleurs eux-mêmes.

Depuis 1946, le législateur envisage la participation de tout travailleur à la détermination des conditions de travail, d'abord « *par l'intermédiaire de ses délégués* »[977], puis en ayant ponctuellement recours à la participation directe des travailleurs.

Dans l'entreprise, le dialogue social est mis en œuvre sous le régime de la démocratie représentative. Renforcer la participation des travailleurs dans ce cadre consisterait à renforcer la légitimité et le rôle de leurs représentants dans l'entreprise. La participation des travailleurs serait toujours plus indirecte que directe.

Un autre système est possible à condition de « *faire preuve d'innovation sans pour autant faire table rase du passé* »[978]. Il vise à renforcer la participation directe des travailleurs et de faire intervenir leurs représentants seulement lorsque l'intérêt collectif doit être défendu autrement que par l'addition de volontés individuelles.

En effet, les démocraties représentative et participative ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Elles sont complémentaires même si leur conciliation est difficile[979]. Aussi, le renforcement de la démocratie participative a-t-elle pour effet d'affaiblir la démocratie représentative. Si « *tout*

[977] Préambule de la Const. de 1946, al. 8.

[978] Propos de M. Ylias Ferkane (univ. Paris Nanterre), membre du Groupe de recherches pour un autre Code du travail (GR-PACT), au colloque sur une proposition de Code du travail, le 31 mars 2017 à l'Université Paris Ouest Nanterre.

[979] G. GOURGUES, Les politiques de démocratie participative : *PUG 2013, p. 22* : « *chaque dispositif participatif peut être perçu comme une tentative délicate de combinaison entre ces deux dimensions* [participation et délibération]*, qui portent chacune des exigences et des principes en apparence difficilement conciliables* ».

travailleur participe » en priorité à la détermination collective des conditions de travail alors l'intervention de « *ses délégués* » devient subsidiaire. La participation des travailleurs serait alors plus directe qu'indirecte.

Sans reconnaître une souveraineté sociale aux travailleurs, ce travail de recherche a pour objectif final d'inviter le législateur à renforcer leur participation directe à la définition de la démocratie sociale (§1) tout en laissant le soin à la représentation élue d'être leur intermédiaire avec l'employeur lors du dialogue social (§2).

§ 1.Les travailleurs : définition de la démocratie sociale

382. Priorité. Dans le système politique, l'article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que « *la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum* ». Gérard Cornu définit la souveraineté nationale comme le « *principe selon lequel les organes suprêmes de l'État (spécialement les organes législatifs) ne tiennent pas leurs pouvoir d'un droit propre* [...] *mais l'exercent en qualité de représentants qui peuvent seuls exprimer sa volonté* »[980]. En théorie, le peuple peut choisir d'être représenté ou bien de s'exprimer lui-même. En pratique, avec la mise en place d'un régime de gouvernement représentatif, l'expression du peuple est possible lors de chaque élection, puis la représentation prend la main le temps du mandat qui lui a été confié.

Dans le système des relations collectives de travail, l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 retient la même conception de la démocratie représentative. La collectivité des travailleurs participe à la détermination collective des conditions de travail, soit par elle-même, soit par le biais de ses « *délégués* ». La notion de souveraineté est néanmoins absente. Reconnaître à l'inverse une souveraineté sociale à la collectivité des travailleurs impliquerait qu'ils puissent s'auto-déterminer dans un espace – l'entreprise – au sein duquel le rapport hiérarchique est omniprésent et le principe de cogestion[981] est absent.

Aussi, l'article 34 de la Constitution de 1958 prévoit-il qu'il revient au législateur de déterminer les règles générales de la représentation des travailleurs dans l'entreprise. Le droit

[980] G. CORNU, Vocabulaire juridique : *PUF, 12e éd., 2018, p. 985*.

[981] G. CORNU, *op. cit.*, p. 985 : « *système dans lequel la gestion (sociale ou économique) de l'entreprise est assurée conjointement par l'employeur et par des représentants du personnel* » ; M. KOEHL, La participation des salariés dans les organes de direction : l'introuvable cogestion : *RDT 2020, p. 237 et s.*

constitutionnel est tel qu'il subordonne la mise en place de la démocratie sociale dans les entreprises au législateur, acteur de la démocratie politique.

Dernièrement, à travers l'apparition du conseil d'entreprise, le législateur a renvoyé aux acteurs de la négociation collective le soin d'adapter la représentation de la collectivité dans l'entreprise.

Renforcer la participation directe des travailleurs aurait pu consister à rendre obligatoire leur consultation pour la définition du cadre de leur représentation (A) et à repenser les conditions d'exercice de leur droit à la négociation collective (B).

A. La détermination du cadre de représentation

383. Souveraineté. Dans le système politique, les citoyens peuvent être consultés par référendum sur « *tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics* »[982]. Selon l'article 11 de la Constitution, l'initiative peut être prise par le Président de la République seul[983], ou bien elle peut être partagée entre un cinquième des membres du Parlement et un dixième des électeurs inscrits sur la liste électorale[984]. L'article 89 de la Constitution ajoute l'hypothèse du référendum sur tout projet ou proposition de loi portant révision de la Constitution – dont une éventuelle réforme du Parlement – et dont l'initiative « *appartient concurremment au Président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement* »[985]. Dans toutes ces situations, les citoyens ne peuvent jamais prendre seul l'initiative d'être consultés sur le cadre de leur représentation. La souveraineté nationale appartient pourtant aux citoyens.

Dans le système des relations collectives de travail, les travailleurs ne disposent d'aucune souveraineté. Par comparaison avec le système politique, l'absence d'obligation de consultation des citoyens sur le cadre de leur représentation alors même qu'ils disposent de la souveraineté nationale aurait pu justifier l'absence d'obligation de consultation des travailleurs sur le cadre de leur représentation dans l'entreprise. L'absence de souveraineté des travailleurs n'est pas la

[982] Const. art. 11, al. 1.

[983] Const., art. 11, al. 1.

[984] V. *supra*, n° 378 ; Const., art. 11, al. 3.

[985] Const. art. 89, al. 1.

raison du choix du législateur de laisser leurs représentants décider à leur place du cadre de leur représentation dans l'entreprise.

384. Participation indirecte à directe. Si l'obligation de consultation des travailleurs et des citoyens pour la définition du cadre de leur représentation n'est pas requise, l'intervention de leurs représentants est obligatoire.

Dans le système politique, la révision de la Constitution doit être adoptée à « *la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés* » par les membres du Parlement réunis en Congrès.

Dans le système des relations collectives de travail, le cadre de la représentation des travailleurs dans l'entreprise a toujours été principalement défini par le législateur lui-même. Les représentants des travailleurs n'interviennent, à travers le protocole d'accord électoral, que pour définir les modalités d'organisation des élections professionnelles et la mise en place des représentations élue et syndicale.

L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017[986] a révolutionné ce principe en renvoyant aux acteurs de la négociation collective le soin de créer le conseil d'entreprise sur la base du volontariat. Un accord doit être conclu[987] entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives qui disposent ainsi d'une nouvelle prérogative : déterminer le cadre de la représentation des travailleurs dans l'entreprise. Le conseil d'entreprise regroupe les prérogatives du comité social et économique et celle du délégué syndical[988]. La définition de ce nouveau cadre de représentation des travailleurs dans l'entreprise est renvoyée à la négociation collective à l'issue de laquelle seuls les délégués syndicaux peuvent intervenir. Le législateur n'a pas prévu le recours à la consultation des travailleurs[989]. Par le passé, le professeur Franck Petit avait déjà estimé qu'« *une autorité élue n'a pas, malgré l'autonomie que lui confère l'élection, compétence pour déterminer ses pouvoirs, notamment en matière de conclusion d'accords collectifs ou d'actions judiciaires en représentation d'intérêts collectifs.*

[986] Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 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 23 sept. 2017, texte n° 31*.

[987] C. trav., art. L. 2321-2, al. 1.

[988] C. trav., art. L. 2321-1, al. 1.

[989] V. *supra*, n° 284 et s.

L'intervention du législateur apparaît donc indispensable pour assurer l'extension de ses prérogatives »[990].

Ne pas retenir le caractère obligatoire de la consultation des travailleurs comme des citoyens à la définition des cadres de leur représentation revient à restreindre la portée du principe de participation dans les relations collectives de travail et de la souveraineté nationale dans le système politique. Les représentants déterminent le cadre de la représentation dans lequel ils exerceront leurs prérogatives, en lieu et place des travailleurs ou des citoyens qui devraient en être les premiers bénéficiaires, donc les premiers décideurs.

Renforcer la participation directe des travailleurs dans l'entreprise oblige en premier lieu à les consulter pour la définition du cadre de leur représentation, à les consulter également concernant les modalités d'organisation des élections professionnelles en ce qu'elles permettent la mise en place de la représentation dans l'entreprise[991], voire pendant le cycle électoral à repenser leur participation à la négociation collective.

B. La participation à la négociation collective

385. Négociation. La proposition d'une démocratie sociale définie par les travailleurs eux-mêmes peut avoir des conséquences sur leur représentation. Les travailleurs ont deux possibilités : choisir de mener eux-mêmes la négociation collective avec l'employeur ou bien choisir de conserver une représentation qui s'exprimera au nom de la collectivité des travailleurs.

La première possibilité a pour qualité de renforcer considérablement la participation directe des travailleurs et de nier toute utilité à la représentation ; de considérer que la démocratie participative exclut la démocratie représentative. Elle a néamoins pour principal défaut que la négociation collective serait le moment d'expression de volontés individuelles des travailleurs, au détriment de la défense de l'intérêt collectif[992]. Une modification si extrême de la démocratie

[990] F. PETIT, La notion de représentation dans les relations collectives du travail (préf. P. RODIÈRE) : *LGDJ, 2000, p. 527, n° 5.*

[991] V. *supra*, n° 288 et s.

[992] V. *supra*, n° 7.

sociale et des relations collectives de travail ne saurait être retenue[993] ; à l'image du système politique qui prévoit la mise en place de la représentation des citoyens pour la défense de l'intérêt général.

La deuxième possibilité a pour avantage de permettre aux représentants des travailleurs de défendre l'intérêt collectif. Elle a pour inconvénient une participation indirecte des travailleurs à la négociation à travers leur représentation, c'est-à-dire de ne pas leur permettre d'exprimer directement leurs revendications. Le droit des travailleurs à la négociation collective reste garanti à travers leur représentation.

386. Consultation. L'exclusion de l'expression directe des travailleurs à la négociation collective ne signifie pas qu'ils ne peuvent pas aucun moment exprimer eux-mêmes leurs revendications. En effet, le législateur a prévu « *droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail* »[994]. Il « *a pour objet de définir les actions à mettre en France pour améliorer leurs conditions de travail, l'organisation de l'activité et la qualité de la production dans l'unité de travail à laquelle ils appartiennent et dans l'entreprise* ». À travers cette consultation – au sens commun et non juridique du terme – l'employeur peut recueillir l'avis de l'ensemble des travailleurs et peut en tenir compte dans le cadre de futures négociations avec les organisations syndicales représentatives. Néanmoins, la participation directe des travailleurs dans ce cadre n'a aucune portée normative. Au mieux, la future négociation en tient compte ; au pire, l'employeur aura permis aux travailleurs d'exercer leur droit.

Le renforcement de la participation directe des travailleurs est difficilement conciliable avec une représentation mise en place pour défendre l'intérêt collectif. À ce sujet, François Hénot retient que la consultation des travailleurs ne peut être organisée « *qu'en conjonction avec* [...] *négociation, c'est-à-dire soit suite à l'échec de celle-ci, soit préalablement à celle-ci à condition que* [la consultation] *n'ait qu'une valeur consultative* »[995], c'est-à-dire sans valeur

[993] F. HENOT, Pratiques référendaires et gouvernabilité de l'entreprise *in* « La gouvernabilité », ouvrage collectif : *CURAPP - PUF, 1996, pp. 129 et s, et not. p. 138* : la consultation des travailleurs « *ne constitue* [...] *pas un mode de gouvernement de l'entreprise par les salariés* ».

[994] C. trav., art. L. 2281-1, al. 1.

[995] F. HENOT, Pratiques référendaires et gouvernabilité de l'entreprise *in* « La gouvernabilité », ouvrage collectif : *CURAPP - PUF, 1996, p. 129 et s*.

contraignante. Accorder un droit de participation directe aux travailleurs lors de la phase de négociation aurait deux conséquences : l'affaiblissement de leurs représentants et la possibilité pour l'employeur de contourner chacune des positions des représentants en ayant recours à la consultation des travailleurs. Cela constituerait un délit d'entrave en raison de l'atteinte à l'exercice des missions et fonctions des représentants du personnel[996] ou encore à l'exercice du droit syndical[997].

Retenir un système de représentation des travailleurs lors de la phase de négociation collective, au nom de la défense de l'intérêt collectif, n'exclue pas leur participation directe. Elle peut être une base de discussion entre l'employeur et les représentants des travailleurs. Elle ne saurait néanmoins avoir de portée contraignante. Démocraties sociales participative et représentative ne s'opposent pas là ; elles trouvent néanmoins leur limite dès lors qu'il s'agit de les concilier.

387. Conclusion. À l'issue de la phase de négociation, intervient celle de conclusion de l'accord collectif. Dans trois réformes récentes, le législateur a ajouté la possibilité de consultation des travailleurs qu'il y ait ou non des représentants élus et syndicaux dans l'entreprise. Telle qu'elle est actuellement conçue, la consultation des travailleurs n'entraîne pas la « *mort du fait syndical* »[998]. Elle peut néanmoins entraîner l'affaiblissement des organisations syndicales représentatives[999] ; preuve d'une conciliation difficile entre les démocraties représentative et participative.

Renforcer la participation directe des travailleurs inviterait à ce que seuls les travailleurs accordent, par voie de consultation, la validité au projet d'accord négocié entre l'employeur et les représentants des travailleurs. Cette possibilité pourrait néanmoins conduire à une situation de blocage dans laquelle l'expression directe des travailleurs – addition de volontés individuelles – anéantierait l'effort de leurs représentants à défender l'intérêt collectif lors de la phase de négociation. L'idée d'une consultation obligatoire des travailleurs à l'issue de la phase de négociation, pour la validité du projet d'accord, doit donc être écartée ; à l'image du système politique qui prévoit l'adoption des délibérations seulement par les représentants des citoyens.

[996] C. trav., art. L. 2317-1.

[997] C. trav., art. L. 2146-1.

[998] V. *supra*, n° 369 ; J. AUROUX, *JO débats* AN, 2è séance du 10 juin 1982, p. 3245.

[999] V. *supra*, n° 369 et s.

Les modalités de conclusion des accords collectifs ne doivent pas avoir pour conséquence d'affaiblir les représentants des travailleurs. Dès lors que ces derniers ont pu être mis en place dans l'entreprise, qu'ils soient syndicaux ou élus, ils devraient seuls pouvoir conclure l'accord collectif avec l'employeur[1000]. Et la possibilité de consultation des travailleurs, d'initiative syndicale ou patronale, être supprimée. La consultation des travailleurs devrait être prévue dans une unique situation : l'absence de représentation dans l'entreprise.

Ne pas affaiblir les représentants des travailleurs lors de la négociation collective, c'est reconnaître qu'ils ont une place à part entière dans la démocratie sociale : celle d'intermédiaire avec l'employeur pour l'effectivité du dialogue social dans l'entreprise.

§ 2.L'instauration d'une unique représentation directement élue

388. Présentation. La démocratie sociale place au cœur des relations collectives de travail, notamment syndicales, les organisations syndicales dont la représentativité est une condition pour participer à la négociation collective et pour conclure des accords collectifs d'entreprise. À la différence de l'élu politique, le délégué syndical est relégué au second plan. Il ne fait que signer les accords collectifs au nom de l'organisation syndicale qui l'a nommé[1001].

Notre proposition de réforme vise à rapprocher le rôle du délégué syndical de celui de l'élu politique qui vote personnellement les délibérations qui lui sont soumises. Elle doit être précédée par l'instauration d'une unique représentation directement élue par les travailleurs ; ce qui impose de supprimer la représentativité (A) et d'attribuer de nouvelles prérogatives à ce représentant (B).

A. La suppression de la représentativité

389. Représentativité. Le système des relations collectives de travail et le système politique se différencient au regard de leurs finalités. Le premier permet la participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail pour la défense de l'intérêt collectif, le second permet aux citoyens d'exercer la souveraineté nationale au nom de l'intérêt général.

[1000] B. GAURIAU, Le référendum, un préalable nécessaire : *Dr. soc. 1998, p. 338 et s*.

[1001] V. *supra*, n° 200.

Ils ont néanmoins un point commun : la mise en place d'un système de démocratie représentative. Les démocraties sociale et politique n'ont pas été conçues à travers la seule participation des travailleurs ou des citoyens. La mise en place de représentants est d'abord recherchée, avant que ne s'ouvre la négociation collective dans l'entreprise ou que des débats aient lieu et que des décisions soient prises dans la sphère publique.

Dans le système politique, la participation des représentants au débat et à la prise de décision dépend de leur élection au suffrage universel direct. Dans le système des relations collectives de travail, la participation des organisations syndicales est subordonnée à leur représentativité, déterminée en partie par les suffrages reccueillis aux élections professionnelles. L'élection des représentants, et notamment des délégués syndicaux, n'est pas directe.

Renforcer la participation directe des travailleurs pourrait consister à faire des délégués syndicaux des représentants élus par les travailleurs à la place des organisations syndicales représentatives. Il s'agirait de reconnaître les représentants élus plutôt que les organisations syndicales ; ce qui rendrait inutile la recherche de leur représentativité dans l'entreprise.

390. Délégué syndical. Selon l'article L. 2121-1 du Code du travail, l'un des critères de la représentativité est celui de l'audience électorale. Dans l'entreprise, l'organisation syndicale doit recueillir « *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* »[1002].

La représentativité lui permet de désigner un délégué syndical et de participer à la négociation collective. Ainsi, la représentation des travailleurs à la négociation collective est assurée par les organisations syndicales représentatives. Les délégués syndicaux ne sont que les représentants des organisations syndicales représentatives.

L'élection des délégués syndicaux directement par les travailleurs permettrait de les reconnaître comme représentants de la collectivité et de diminuer le rôle des organisations syndicales dans l'entreprise. Dépourvues de prérogatives juridiques, les organisations syndicales devraient simplement satisfaire aux conditions légales de leur constitution.

C'est le modèle retenu dans le système politique. Les représentants des citoyens sont directement élus par ces derniers et les partis politiques n'ont aucune pérogative juridique au sein des assemblées locales et nationales.

[1002] C. trav., art. L. 2122-1.

391. Conseil d'entreprise. Avec l'apparition du conseil d'entreprise, le législateur a instauré l'élection directe des représentants du personnel. La suppression de la représentativité syndicale n'est pas pour autant à l'ordre du jour. En effet, la création du conseil d'entreprise au sein même de l'entreprise reste soumise à la volonté de l'employeur et des organisations syndicales représentatives. La suppression de la représentativité syndicale dans l'entreprise dépend de ceux qui la détiennent.

Renforcer la participation directe des travailleurs implique que le législateur impose la suppression de la représentativité. La création obligatoire du conseil d'entreprise peut être une solution.

En attendant, la séparation des élections en deux scrutins différents peut être envisagée : l'un permettant l'élection des membres du comité social et économique, l'autre l'élection des délégués syndicaux. Et la suppression du monopole des organisations syndicales pour la présentation de listes de candidats être une solution intermédiaire, temporaire.

B. Les nouvelles prérogatives

392. Organisation syndicale. Faire des délégués syndicaux les représentants des travailleurs dans l'entreprise aurait des effets importants sur la place qu'occupent les organisations syndicales représentatives dans les relations collectives de travail. Cela remettrait en cause leur « *vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs* »[1003]. L'anéantissement de cette vocation est possible car dans son analyse des alinéas 6 et 8 du prambule de la Constitution de 1946, le Conseil constitutionnel s'est gardé de reconnaître « *un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective* »[1004] en faveur des organisations syndicales.

Retenir l'élection des délégués syndicaux selon les seuls suffrages exprimés par les travailleurs pourrait avoir pour conséquence de leur reconnaître cette vocation à assurer la défense de l'intérêt collectif, lors de la négociation collective, au détriment des organisations syndicales. Les organisations syndicales ne disposeraient plus de pérogatives avec des effets juridiques mais seulement politiques.

[1003] Cons. Const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC, cons. 8 : *JORF 13 nov. 1996, p. 16531*.

[1004] *Op. cit.*

À l'image des partis dans le système politique, le rôle des organisations syndicales se cantonnerait à définir des positions syndicales essentiellement au niveau national. Elles pourraient soutenir des candidats aux élections professionnelles sans avoir le monopole juridique de les nommer, et ne pourraient plus conclure d'accord avec l'employeur au sein de l'entreprise.

393. Représentant élu. Le système de démocratie sociale proposé placerait le représentant élu au cœur du dialogue social, ce qui aurait pour effet de rapprocher les représentants des représentés.

Les délégués syndicaux se rapprocheraient de la collectivité des travailleurs car ils en seraient les représentants sans passer par le truchement des organisations syndicales. Les élections professionnelles leur permettraient d'être élus directement par les travailleurs et leur offriraient une légitimité pour engager la collectivité des travailleurs lors de la négociation collective avec l'employeur.

Cette réforme doit également s'accompagner de celle des modalités de conclusion des accords collectifs d'entreprise. Le système politique pourrait être pris en exemple pour ses modalités de votes des délibérations au sein des assemblées. Chaque élu dispose d'une voix. L'application de cette règle lors de la négociation collective aurait pour conséquence de confirmer l'impossible intervention des organisations syndicales dans la conclusion des accords collectifs, d'en laisser la responsabilité aux délégués syndicaux et surtout de supprimer les conséquences juridiques que peuvent avoir les résultats des élections professionnelles sur la conclusion des accords collectifs. Les délégués syndicaux disposeraient d'un droit de vote personnel.

394. Conseil d'entreprise. La réforme proposée pourrait s'inscrire dans la perspective d'une généralisation du conseil d'entreprise. Ses membres sont directement élus par les travailleurs, qui disposent chacun d'une voix pour conclure un accord collectif avec l'employeur.

Peut-être n'est-ce pas la seule solution pour renforcer la participation directe des travailleurs lors des élections professionnelles ou indirecte lors du dialogue social avec l'employeur. Elle reste cependant l'une des perspectives les plus intéressantes, proposées à ce jour par le législateur, pour assurer la bonne conciliation des démocraties participative et représentative au sein de l'entreprise.

Conclusion du chapitre II

395. Conclusion. La participation directe des travailleurs, prévue à l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, se manifeste lors de deux temps forts des relations collectives de travail dans l'entreprise : les *élections professionnelles*, d'une part, et l'éventuelle c*onsultation* organisée dans le cadre du processus de la négociation collective, d'autre part. Les travailleurs peuvent intervenir pour élire leurs représentants au sein du comité social et économique ou participer à la désignation des délégués syndicaux. Ils peuvent également intervenir directement à l'occasion d'une consultation du personnel pendant l'exercice du mandat de leurs représentants ; ce qui peut avoir deux conséquences opposées : soit renforcer les représentants dans leurs positions, soit les affaiblir si la consultation désapprouve les positions prises antérieurement par leurs représentants.

Confier un mandat à un représentant, suppose que le représenté lui accorde une certaine *confiance.* Aussi, l'interférence directe des travailleurs n'est-elle pas pleinement satisfaisante. Le législateur pourrait se contenter de supprimer la possible consultation des travailleurs à l'issue de la négociation collective. Il faut sans doute aller plus loin en redéfinissant le rôle de chacun des acteurs des relations collectives de travail.

Le *renforcement de la participation directe* des travailleurs pourrait se situer en amont de l'intervention de leurs représentants. Avant même la tenue des élections professionnelles, les travailleurs pourraient définir par eux-mêmes le fonctionnement de la démocratie sociale au sein de l'entreprise. S'ils retiennent l'idée d'une démocratie représentative, les travailleurs devraient alors déterminer le cadre de leur représentation puis ensuite donner ensuite irrévocablement confiance à leurs représentants pendant l'exercice de leur mandat.

Conclusion du titre II

396. Conclusion. Dans l'entreprise, la démocratie sociale s'exerce notamment par la voie du dialogue social. Qu'il s'agisse de la négociation ou de la conclusion de l'accord collectif, le législateur envisage l'intervention des représentants en priorité et, de manière subsidiaire, l'intervention des travailleurs eux-mêmes. La démocratie politique ne connaît pas un tel *enchevêtrement des régimes représentatif et participatif*.

Les démocraties sociale et politique s'opposent également s'agissant des effets juridiques associés aux *élections* sur lesquelles elles reposent. Dans le système politique, les élections permettent seulement aux citoyens-électeurs de déterminer les représentants qu'ils jugent aptes à siéger en leur nom au sein de différentes assemblées. Dans le système des relations collectives de travail, les élections professionnelles permettent d'élire les membres de la délégation du personnel au comité social et économique. Les suffrages qui y sont exprimés par les travailleurs-électeurs sont également déterminants pour la représentativité des organisations syndicales comme pour la validité des accords collectifs.

Dans certaines situations, leur validité peut également dépendre du résultat de la *consultation* directe des travailleurs. Dans ce cas, les acteurs du dialogue social – c'est-à-dire les représentants des travailleurs – peuvent être confortés dans leurs prises de position, ou bien désavoués. Lors des élections professionnelles, les représentants sont jugés aptes par les travailleurs à les représenter et à conclure des accords collectifs avec l'employeur. Lors de l'exercice de leur mandat, ils peuvent être fragilisés si la participation directe des travailleurs donne un résultat inverse aux positions prises par leurs représentants. En tout état de cause, les travailleurs ne peuvent jamais prendre eux-mêmes l'initiative de la consultation, comme les citoyens dans le système politique.

Conclusion de la deuxième partie

397. Conclusion. L'article 34, alinéa 3, de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que « *la loi détermine les principes fondamentaux* […] *du droit du travail* ». La définition de la démocratie sociale est une prérogative du législateur. Elle est donc encadrée par la démocratie politique.

Les démocraties politique et sociale reposent toutes deux sur le régime dit *représentatif*. Les citoyens sont périodiquement appelés à élire leurs représentants. Les travailleurs le sont également.

Néanmoins, si le peuple peut modifier les instances de représentation dans la sphère politique en modifiant la Constitution, les travailleurs n'ont pas la possibilité de définir par eux-mêmes le cadre de leur représentation. La *souveraineté* des citoyens encadre la *participation* des travailleurs. La démocratie sociale, dont le dialogue social est l'une des composantes, s'exerce dans l'entreprise selon les modalités définies par le législateur. En l'état du droit positif, la démocratie sociale s'exerce par le biais d'un double canal de représentation, élue ou syndicale alors que la démocratie politique ne connaît que la représentation élue.

Le conseil d'entreprise, créé par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, permet de regrouper les prérogatives du comité social et économique ainsi que celles du délégué syndical et, au-delà, de mettre en place une seule et unique représentation élue. En ce sens, la démocratie sociale se rapproche de la démocratie politique. La création du conseil d'entreprise est cependant volontaire de la part de l'employeur et des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. Cette tentative de rapprochement des démocraties doit donc être relativisée tant elle dépend de la volonté des organisations syndicales représentatives pour lesquelles la création du conseil d'entreprise engendrerait une perte d'influence. Dès lors qu'il est créé, la négociation collective dépend de cette nouvelle institution et n'est plus réservée aux organisations syndicales dites représentatives.

CONCLUSION GÉNÉRALE

398. Démocraties sociale et politique. Les deux démocraties – sociale et politique – reposent sur un mécanisme commun : l'élection.

La réforme du 20 août 2008[1005] a eu pour ambition de rénover la démocratie sociale à travers l'apparition du critère d'*audience électorale*, inconnu du droit électoral. Cette rénovation devait offrir une meilleure légitimité aux représentants, par l'expression directe des travailleurs lors des élections professionnelles, alors même que la réforme a été négociée[1006] au niveau national entre des partenaires sociaux à la légitimité contestable. Depuis, la représentativité – notion incontournable dans les relations collectives de travail – est déterminée au niveau de l'entreprise et a permis de réduire considérablement l'influence que pouvait exercer la représentativité établie au niveau national.

Le législateur n'a pas souhaité que deux scrutins différents soient organisés : l'un pour la détermination de la représentation élue, l'autre pour celle de la représentation syndicale. L'audience électorale est calculée lors du premier tour des élections des titulaires au comité social et économique. Aussi, le bulletin que le travailleur glisse dans l'urne a-t-il de multiples conséquences. Dans l'entreprise, il exprime en réalité au moins dix *votes* différents pour la détermination :

- Des membres titulaires du comité social et économique ;
- De l'audience électorale des organisations syndicales dans l'entreprise ;
- De l'audience électorale des organisations syndicales au niveau de la branche professionnelle ;
- De l'audience électorale des organisations syndicales au niveau national interprofessionnel ;
- De l'audience électorale du candidat à la fonction de délégué syndical ;
- Du nombre de suffrages permettant de valider un accord collectif d'entreprise ;
- Du nombre de suffrages permettant de valider un accord collectif de branche ;

[1005] L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : *JORF 21 août 2008, p. 13064*.

[1006] Position commune du 9 avr. 2008.

- Du nombre de suffrages permettant à une ou plusieurs organisations syndicales de demander à l'employeur l'organisation d'une consultation des travailleurs dans les entreprises d'au moins 50 salariés, en présence d'au moins un délégué syndical ;
- Du nombre de suffrages permettent à une ou plusieurs organisations syndicales de valider le protocole spécifique d'organisation de la consultation des travailleurs ;
- Et – parce que la représentativité à conserver une place dans les conditions de validité du protocole d'accord préélectoral, du nombre nombre de suffrages permettent à une ou plusieurs organisations syndicales représentatives de valider ce protocole pour l'organisation des élections suivantes.

Le système politique ne repose pas sur cette conception. Un vote a une seule et unique conséquence : la détermination des représentants élus au sein d'une assemblée.

Si les démocraties sociale et politique sont fondées sur l'organisation périodiques d'élections, les enjeux de ces dernières sont différents. Ils sont tellement nombreux en droit du travail qu'il est permis de douter de leur *intelligibilité* par tout un chacun. Sur ce point, le législateur à renover la démocratie sociale au prix de la bonne compéhension par les travailleurs des effets de leur participation au moment des élections.

399. Démocraties représentative et participative. Les démocraties sociale et politique trouvent leurs fondements dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et la Constitution du 4 octobre 1958 : le *principe de participation* et la *souveraineté*. Ces deux notions se rapprochent tout en se différenciant sur de nombreux points.

Elles ont pour point commun de constituer les fondements juridiques de la *démocratie représentative* mise en place tant dans le système des relations collectives de travail que dans le système politique. La souveraineté permet aux citoyens de choisir leurs représentants au sein des assemblées locales et nationales. Le principe de participation offre la possibilité aux travailleurs de déterminer, notamment au sein de l'entreprise, la représentation élue et la représentativité des organisations syndicales.

Elles ont pour différence leur portée juridique. La souveraineté, qui appartient au peuple français, permet à celui-ci de s'autodéterminer. C'est ce même peuple qui a fait le choix de renvoyer au législateur le soin de déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, c'est-à-dire que la démocratie politique encadre la démocratie sociale. Le législateur a ensuite renvoyé aux organisations – par le jeu d'une *décentralisation* accompagné d'un pouvoir

normatif de nature contractuelle – le soin de dialoguer avec l'employeur pour négocier et conclure des accords collectifs applicables à la collectivité des travailleurs.

Jusqu'en 2016, la représentation – syndicale ou, à défaut, élue – des travailleurs était seule autorisée à conclure des accords collectifs avec l'employeur. La loi du 8 août 2016 a bouleversé l'équilibre entre démocratie représentative et démocratie participative. Le travailleur-électeur peut ne plus être appelé à participer seulement au moment des élections mais éventuellement, et sous certaines conditions, lorsque le projet d'accord collectif ne recueille pas assez de suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives.

Le système des relations collectives de travail prévoit désormais que les démocraties représentatives et participatives peuvent se compléter, parfois même même s'opposer. La participation directe des travailleurs est alors soit une marque de soutien, soit une marque de défiance à l'égard des positions prises par les organisations syndicales représentatives. Le système des relations collective de travail se démarque du système politique qui, dès lors que les élections sont achevées, n'entend consacrer que la démocratie représentative.

400. Perspectives d'amélioration. La rénovation de la démocratie sociale qui visait initialement à renforcer la légitimité des représentants de la collectivité des travailleurs, a été poursuivi à travers la recherche d'une meilleure légitimité des accords collectifs d'entreprise. L'*exigence majoritaire* et la *consultation* de ceux auxquels ils s'appliquent en sont des exemples.

Si l'effort du législateur mérite d'être salué, la comparaison de ces deux démocraties montre qu'il n'a pas souhaité supprimer les mécanismes historiques qui placent les organisations syndicales au cœur des relations collectives de travail et non les représentants syndicaux eux-mêmes. En témoignent la *représentativité syndicale* et la signature des accords collectifs au nom des organisations syndicales par les délégués syndicaux.

La rénovation de la démocratie sociale pourrait prendre un nouveau tournant, en choisissant de retenir quelques fondamentaux de la démocratie politique : la liberté de candidature quel que soit le moment de l'élection (en supprimant le monopole de présentation des candidats par les organisations syndicales au premier tour), l'élection directe des représentants (sans passer par la procédure de nomination qui subissent les candidats à la fonction de délégué syndical), ou encore le vote personnel des représentants pour la validité de l'accord (en supprimant le lien

entre le résultat des élections professionnelles et les modalités de conclusion des accords collectifs), etc.

Le conseil d'entreprise, prévu dans l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, pourrait être l'illustration de cette rénovation de la démocratie sociale, à la condition que le législateur ait la ferme intention de la généraliser.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX : TRAITÉS, COURS, MANUELS, DICTIONNAIRES

ALLAND D., RIALS S. (dir.),

- Dictionnaire de la culture juridique : *PUF, 2003*.

AUZERO G., BAUGARD D., DOCKÈS E.,

- Droit du travail : *Dalloz, 33e éd., 2019*.

BEVORT A., JOBERT A., LALLEMENT M., MIAS A. (dir.),

- Dictionnaire du travail : *PUF, 1ère éd., 2012*.

BRUN A., GALLAND H.,

- Droit du travail : *Sirey, 1968*.

CAPITANT H.,

- Introduction à l'étude du droit civil : notions générales : *A. Pedone, 5e éd., 1929*.

CAPITANT H., TERRÉ F., LEQUETTE Y.,

- Les grands arrêts de la jurisprudence civile, tome 1 : *Dalloz, 13e éd., 2015*.

CORNU G.,

- Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant : *PUF, 12e éd., 2018*.

COUTURIER G.,

- Traité de droit du travail, 1/ Les relations individuelles de travail : *PUF, 1ère* éd., 1990.
- Traité de droit du travail, 2/ Les relations collectives de travail : *PUF, 2e* éd., 2001.

DOCKÈS E. (dir.), AUZERO G., BAUGARD D.,

- Proposition de code du travail : *Dalloz, 2017*.

DUHAMEL O.,

- Droit constitutionnel et institutions politiques : *Seuil, 2e éd., 2011*.

DURAND P., VITU A.,

- Traité de droit du travail, tome III : *Dalloz, 1956*.

GAURIAU B., MINE M.,

- Droit du travail : *Sirey, 4e éd., 2020*.

GRAWITZ M., LECA J.,

- Traité de science politique : *PUF, 1985.*

HAMON F., TROPER M.,

- Droit constitutionnel : *LGDJ, 40e éd., 2019.*

LAKEHAL M.,

- Dictionnaire de science politique : *L'Harmattan, 4e éd., 2009.*

LOKIEC P.,

- Droit du travail, Les relations individuelles de travail, tome I : *PUF, 1ère éd., 2011.*
- Droit du travail, Les relations collectives de travail, tome II : *PUF, 1ère éd., 2011.*
- Droit du travail : *PUF, 1ère éd., en un vol., 2019.*

MAZEAUD A.,

- Droit du travail : *LGDJ, 10e éd., 2016.*

OUAISSI H.,

- Droit du travail, de l'individuel au collectif : *Bruylant, 2e éd., 2017.*

PAGNERRE Y., PAGANI K.,

- Le vade-mecum des ordonnances « Macron » : *Gualino, 2018.*

PÉLISSIER J., LYON-CAEN A., JEAMMAUD A., DOCKÈS E.,

- Les grands arrêts du droit du travail : *Dalloz, 4e éd., 2008.*

PERRINEAU P., REYNIE D.,

- Dictionnaire du vote : *PUF, 2001.*

PESKINE E., WOLMARK C.,

- Droit du travail 2020 : *Dalloz, 13e éd., 2019.*

RAY J.-E.,

- Droit du travail, droit vivant : *Wolters Kluwer, 28e éd., 2020.*

RENAUT A.,

- Encyclopédie de la culture politique contemporaine, tome III (théories) : *Hermann, 2008.*

RIVERO J., SAVATIER J.,

- Droit du travail : *PUF, 13e éd., 1993.*

SUPIOT A.,

- Le droit du travail : *PUF, Que sais-je ?, 7e éd., 2019*.

TEYSSIÉ B.,

- Droit du travail – Relations collectives : *LexisNexis, 12e éd., 2020*.

TEYSSIÉ B., CESARO J.-F., MARTINON A.,

- Droit du travail, Relations individuelles : *LexisNexis, 3e éd., 2014*.

VERKINDT P.-Y., FAVENNEC-HÉRY F.,

- Droit du travail : *LGDJ, 6e éd., 2018*.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES

AKANDI-KOMBE J.-F.,

- Le Conseil d'État et le droit social : *Montchrestien, 2011*.

AMIC L.,

- La loyauté dans les rapports de travail (dir. F. PETIT) : *thèse dactyl., Avignon, 2014*.

ANDOLFATTO D.,

- Aux urnes salariés ! : les élections professionnelles, prud'homales et sociales : histoire et sociologie : *thèse dactyl., Grenoble, 1989*.

ANTONMATTEI P.-H.,

- Les conventions et accords collectifs de travail : *Dalloz, Connaissance du droit, 1996*.

ARSEGUEL A.,

- La notion d'organisations syndicales les plus représentatives (dir. M. DESPAX) : *thèse dactyl., Toulouse, 1976*.

AUZERO G.,

- Les accords d'entreprise relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel (dir. J. PÉLISSIER) : *thèse dactyl., Bordeaux, 1997*.

BARREAU J.,

- Quelle démocratie sociale dans le monde du travail ? : *PUF, 2003.*

BAUDUIN B.,

- La constitutionnalisation du droit du travail : étude d'une dynamique contemporaine (dir. P.-Y. GAUTIER) : *thèse dactyl., Paris 1, 2017*.

BÉLIER G., LEGRAND H.-J., CORMIER LE GOFF A.,

- Le nouveau droit de la négociation collective, acteurs et accords : *Wolters Kluwer, 6e éd., 2018*.

BLONDIAUX L.,

- Le nouvel esprit de la démocratie : *Seuil, 2008*.

BOBIO N.,

- Le futur de la démocratie : *Seuil, 2007*.

BONDIL F.,

- Volontés individuelles et genèse des délibérations collectives (préf. J. MESTRE) : *PUAM, 2003*.

BONNARD-PLANCKE L.,

- Droit et démocratie sociale : contribution à l'étude des rapports entre démocratie sociale et organisations syndicales (dir. P.-Y. VERKINDT) : *thèse dactyl., Lille 2, 2004*.

BORENFREUND G.,

- L'action revendicative au niveau de l'entreprise : le rôle des délégués du personnel et des délégués syndicaux (dir. J.-M. VERDIER) : *thèse dactyl., Nanterre, 1987*.

BRUN A.,

- Négociation et consultation dans l'entreprise (dir. E. DOCKÈS) : *thèse dactyl., Lyon, 2008*.

CATALA N.,

- Droit du travail, L'entreprise (dir. G.-H. CAMERLYNCK) : *Dalloz, 1980*.

CHALARON Y.,

- Négociations et accords collectifs d'entreprise (dir. B. TEYSSIÉ) : *Litec, 1990*.

CHAUCHARD J.-P.,

- La conception française de la négociation et de la convention collective de travail (dir. G. LYON-CAEN) : *thèse dactyl., Paris 1, 1984*.

CHAVRIER G.,

- Le pouvoir normatif local : enjeux et débats : *LGDJ, 2011*.

DAUXERRE L.,

- La représentativite syndicale, intrument du dialogue social (préf. B. TEYSSIÉ) : *PUAM, 2005*.

DIRRINGER J.,

- Les sources de la représentation collective des salariés : contribution à l'étude des sources du droit : *thèse dactyl., Paris II, 2015*.

FOURCADE C.,

- L'autonomie collective des partenaires sociaux. Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale : *thèse dactyl., Paris II, 2006*.

GAIRE-SIMMONEAU D.,

- Les mutations du droit contemporain des relations collectives de travail. Pour une lecture habermassienne du droit du travail : *thèse dactyl., Paris II, 2016*.

GARREAU B.,

- Pour une réforme de la représentation du personnel : le conseil des salariés (dir. J.-C. JAVILLIER) : *thèse dactyl., Paris 2, 1995*.

GOURGUES G.,

- Les politiques de démocratie participative : *PUG, 2013*.

GRIMALDI D'ESTRA J.,

- La représentation du personnel dans l'entreprise. Origines, puissance et déclin. Annonce d'un pouvoir (dir. B. TEYSSIE) : *thèse dactyl. Montpellier, 1993*.

GUILLAUME-HOFNUNG M.,

- Le référendum : *PUF, Que sais-je ?, 2e éd., 1994*.

GUILLOUET D.,

- La représentation du personnel dans les groupes de société (dir. B. TEYSSIE) : *thèse dactyl., Paris 2, 1999*.

KAPPOPOULOS I.,

- Un nouveau droit de la négociation collective, Essai sur la négociation organisationnelle (dir. F. DUMONT) : *thèse dactyl., Lille, 2010*.

LECLERC O., LYON-CAEN A.,

- L'essor du vote dans les relations professionnelles. Actualités françaises et expériences européennes : *Dalloz, 2011*.

LOISEAU G., LOKIEC P., PECAUT-RIVOLIER L., VERKINDT P.-Y.,

- Droit de la représentation du personnel : *Dalloz, 1ère éd., 2018*.

LOISEAU G., PECAUT-RIVOLIER L., VERKINDT P.-Y.,

- Le guide du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) : *Dalloz, 2e éd., 2017*.

MANIN B.,

- Principes du gouvernement représentatif : *Flammarion, 2012*.

MILLER N.,

- L'intérêt collectif des salariés (dir. G. AUZERO) : *thèse dactyl., Bordeaux, 2018*.

MORIN M.-L.,

- Le droit des salariés à la négociation collective. Principe général du droit : *thèse dactyl., Toulouse, 1994*.

MORIN M.-L., PECAUT-RIVOLIER L., STRUILLOU Y.,

- Le guide des élections professionnelles et des désignations des représentants syndicaux dans l'entreprise. Loi du 20 août 2008 : *Dalloz, 2018*.

ODOUL-ASOREY I.,

- Négociation collective et droit constitutionnel, Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit (dir. M.-A. SOURIAC) : *LGDJ, 2013*.

OGIER-BERNAUD V.,

- Les droits constitutionnels des travailleurs (préf. L. FAVOREU) : *Economica, PUAM, 2003*.

PETIT F.,

- La notion de représentation dans les relations collectives de travail (dir. J. GHESTIN) : *thèse dactyl., Paris I, 2000*.
- Les référendums professionnels. La parole donnée aux salariés : *Gualino, 2018*.

RIOCHE S.,

- La représentation du personnel dans l'entreprise, du regroupement à la fusion (préf. B. TEYSSIE) : *LexisNexis, 2019*.

ROSANVALLON P.,

- La question syndicale : *Calmann-Lévy, 1988*.
- Le Sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France : *Gallimard, 1992*.
- Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France : *Gallimard, 1998*.
- La Démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France : *Gallimard, 2000*.
- La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité : *Seuil, 2008*.
- La Société des égaux : *Seuil, 2011*.
- Le bon gouvernement : *Seuil, 2015*.
- La démocratie inachevée : *Gallimard, 2018*.

ROTSCHILD-SOURIAC M.-A.,

- Les accords collectifs au niveau de l'entreprise (dir. G. LYON-CAEN) : *thèse dactyl., Paris 1, 1974*.

ROUILLEAUT H.,

- Où va la démocratie sociale ? Diagnostic et propositions : *éd. De l'Atelier, 2010.*

ROUSSEAU D.,

- La démocratie continue : *Paris, LGDJ-Bruylant, « La pensée juridique moderne », 1995*.
- Radicaliser la démocratie. Propositions pour une réfondation : *Seuil, 2015*.

SEBE F.,

- Le droit de la représentation collective dans l'entreprise. Essai sur l'effectivité de la norme (préf. B. TEYSSIE) : *LexisNexis, 2014*.

WAQUET P., STRUILLOU Y., PECAUT-RIVOLIER L.,

- Pouvoir du chef d'entreprise et libertés du salarié. Du salarié-citoyen au citoyen-salarié : *Liaisons, 2014*.

YANNAKOUROU S.,

- L'État, l'autonomie collective et le travailleur. Étude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale : *thèse dactyl., Paris X, 1995*.

III. REPERTOIRES, ENCYCLOPEDIES ET ETUDES

BOSSU B.,

- Élections professionnelles – Champ d'application : *J.-Cl. Trav., Fasc. 13-10 (mis à jour : 16 juin 2019)*.
- Élections professionnelles – Organisation : *J.-Cl. Trav., Fasc. 13-15 (mis à jour : 16 juin 2019)*.
- Élections professionnelles – Déroulement. Contentieux : *J.-Cl. Trav., Fasc. 13-16 (mis à jour : 16 juin 2019)*.

FERKANE Y.,

- Syndicats professionnels : prérogatives et actions : *Rép. Trav. Dalloz, juin 2020.*

GAURIAU B.,

- Droit syndical : *J.-Cl. Trav., Fasc. 12 (mis à jour : 10 mai 2020)*.

GREVY M.,

- Syndicats professionnels : droit syndical dans l'entreprise : *Rép. Trav. Dalloz, oct. 2010 (actualisation : nov. 2019)*.

KERBOURC'H J.-Y.,

- Représentations élues : attributions économiques et sociales : *J.-Cl. Trav., Fasc. 14 (mis à jour : 18 mars 2020)*.

LEROY M.,

- Comité social et économique : composition et fonctionnement : *Rép. Trav. Dalloz, sept. 2019 (actualisation : mai 2020*)

MAZEAUD A.,

- Droit d'expression des salariés : *Rép. Trav. Dalloz, avr. 1989 (actualisation : oct. 2017*)

PETIT F.,

- Déroulement du vote : *Rép. Trav. Dalloz, avr. 2020.*
- Représentants du personnel : Élections : *Rép. Trav. Dalloz, avr. 2020*.

IV. ARTICLES

ADAM G.,

- La représentativité des organisations syndicales. Enquête sur les élections professionnelles : *RF sc. Pol. 1968, p. 278 et s*.
- À propos du « droit d'expression des salariés » : réflexions critiques sur un texte sans importance : *Dr. soc. 1982, p. 288 et s*.
- Vers un nouveau syndicalisme : *Dr. soc. 1998, p. 107 et s*.

ADAM P.,

- La négociation des conventions et accords collectifs de travail. À propos de la gestation des volontés collectives : *RJS, 6/16, chron., p. 403 et s*.
- Une négociation (collective) plus souple et plus loyale ? : *SSL oct. 2016, n° 1742, p. 7 et s*.
- La négociation (collective) sans la négociation. À propos de l'article 8 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 : *SSL, suppl., nov. 2017, n° 1790, p. 52 et s*.
- La ruée vers l'ordre néolibéral. Sur un western juridique moderne : *Dr. ouvrier 2018, p. 170 et s*.

AMADIEU J.-F., BOISSARD D.,

- La démocratie sociale en danger, laissons vivre les partenaires sociaux : *Liaisons soc. 2001, p. 58 et s*.

ANCIAUX N., TURPIN G.,

- L'impact de la loi du 5 mars 2014 sur la désignation des délégués syndicaux : *JCP S 2014, 1392*.

ANDOLFATTO D., LABBE D.,

- Un printemps social français : *Le débat, 2016, n° 191, p. 67 et s*.

ANTONMATTEI P.-H.,

- À propos du développement de la négociation collective : *Dr. soc. 1997, p. 164 et s*.
- Négociation collective : brève contribution au débat sur la réforme : *Dr. soc. 2003, p. 87 et s*.
- Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avr. 2008 : *Dr. soc. 2008, p. 771 et s*.
- La Cour de cassation interdit à un syndicat catégoriel de négocier et signer seul un accord intercatégoriel : *Dr. soc. 2014, p. 864 et s*.
- La dynamique de la négociation collective d'entreprise *in* Mélanges en l'honneur de Michel Morand : *Wolters Kluwer 2016, p. 25 et s*.
- La primauté de l'accord collectif d'entreprise : *Dr. soc. 2016, p. 513 et s*.

- Syndicats représentatifs et référendum : la fausse concurrence : *Dr. soc. 2019, p. 198 et s*.

ANTONMATTEI P.-H., CHENU D., JARRY J.-J., MORAND M., NEAU-LEDUC C.,

- Réforme du Code du travail : analyse des nouvelles règles de la négociation collective : *RJS, chron., 12/17, p. 867 et s*.

ARSEGUEL A.,

- Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale *in* Mélanges en l'honneur du président Michel Despax : *Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2001, p. 401 et s*.
- La représentativité des syndicats *in* Le syndicalisme salarié (dir. B. LARDY-PELISSIER et J. PELISSIER) : *D., 2002, p. 7 et s*.

AUVERGNON P.,

- La représentation collective en droit social : une perspective comparative : *Actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale de 2003, HAL (archive ouverte), 2004, p. 7 et s*.

AUZERO G.,

- Le comité d'entreprise et la représentation syndicale *in* Le comité d'entreprise dans l'évolution de la représentation collective des salariés : *LGDJ, 2015, p. 85 et s*.
- La représentation en droit du travail en France *in* La représentation en droit privé, 6e journées franco-allemandes (dir. G. WICKER, R. SCHULZE et D. MAZEAUD) : *Société de Législation Comparée, 1ère éd., 2017, p. 205 et s*.
- Conventions de branche et conventions d'entreprise : *Dr. soc. 2017, p. 1018 et s*.
- Le recours au référendum partiellement remis en cause par le Conseil constitutionnel : *Lexbase, Hebdo éd. Sociale, 9 nov. 2017, n° 718*.
- La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire : *Dr. soc. 2018, p. 154 et s*.
- Les transformations du comité social et économique : *JCP S 2018, 1227*.

AXELROUDE P., CORBALAN A.,

- Le vote électronique dans l'entreprise : *Cah. Soc. Juill. 2004, n° P04, p. 7 et s*.

BARBEROT C.,

- Le protocole d'accord préélectoral. L'absence d'accord unanime : observations sur deux arrêts du 28 octobre 1997 : *RJS chron., 12/97, p. 815 et s*.

BAREGE A.,

- Le pouvoir normatif des conventions et accords collectifs : *JCP S 2014, 1432*.

BARTHELEMY J.,

- La négociation collective, outil de gestion de l'entreprise : *Dr. soc. 1990, p. 580 et s*.
- Le référendum en droit social : *Dr. soc. 1993, p. 89 et s*.
- Collectivité du personnel et notion d'entreprise : *D. 2000, p. 279 et s*.
- Vers de nouvelles évolutions du droit de la négociation collective ? : *Dr. soc. 2009, p. 907 et s*.
- L'accord de méthode de la négociation collective : *Dr. soc. 2016, p. 505 et s*.
- Référendum, référenda : *Les Cahiers du DRH, avr. 2016, n° 230, p. 48 et s*.
- Loi travail : ombres et lumières : *Les Cahiers du DRH, sept. 2016, n° 234, p. 21 et s*.
- À propos du référendum : *RF Social, 14 déc. 2017, n° 3720.*

BARTHELEMY J., CETTE G.,

- Quelle articulation entre contrat de travail et accord collectif ? : *Les Cahiers du DRH, nov. 2011, n° 181, p. 23 et s*.
- Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail : *Dr. soc. 2013, p. 17 et* s.
- Règles de conduite de la négociation collective : *Les Cahiers du DRH, févr. 2015, n° 217-218, p. 39 et s*.

BAUDUIN B.,

- Le renforcement du dialogue social au prisme du droit constitutionnel : *RDT 2017, p. 525 et s*.
- La négociation collective dans les entreprises de moins de 50 salariés : *Dr. soc. 2018, p. 682 et s*.
- Le référendum d'entreprise : *RJES, 2018, vol. 1, n° 1, p. 168 et s.*

BAYLOS A.,

- La place du vote dans les relations professionnelles en France *in* L'essor du vote dans les relations professionnelles (dir. O. LECLERC et A. LYON-CAEN) : *Dalloz, 2011, p. 105 et s*.

BEAL S.,

- Le référendum : une solution pragmatique, pas une panacée ! : *SSL mars 2016, n° 1716, p. 5 et s*.

BEAL S., TERRENOIR C.,

- La négociation selon un mode dérogatoire après la loi Travail : *JCP S 2016, 1338.*
- Conclusion des conventions et accords collectifs d'entreprise après la loi Travail : *JCP E 2016, 1591*.
- Rapports entre les conventions d'entreprise et les conventions de branche après l'ordonnance n° 2017-1385 : *JCP E 2017, 1654.*

BELIER G.,

- Le référendum : halte au feu ! : *SSL févr. 2016, n° 1712, p. 6 et s*.

BELIER G., PETIT F.,

- Faut-il instaurer un canal de représentation unique dans l'entreprise ? : *RDT 2010, p. 76 et s*.

BERAUD J.-M.,

- La nouvelle fonction des élections professionnelles : *SSL, 28 mars 2011, n° 1485, p. 45 et s*.
- Les nouvelles règles sur la représentativité : l'évaluation de la Cour de cassation *in* L'essor du vote dans les relations professionnelles. Actualités françaises et expériences européennes (dir. O. LECLERC, A. LYON-CAEN) : *Dalloz, 2011, p. 53 et s*.
- De la constitutionnalité de certaines règles relatives à la représentativité syndicale *in* L'essor du vote dans les relations professionnelles. Actualités françaises et expériences européennes (dir. O. LECLERC, A. LYON-CAEN) : *Dalloz, 2011, p. 73 et s*.
- Comprendre le mode de scrutin dans les élections professionnelles : *RJS 9/16, chron., p. 649 et s*.
- Représentation élue et représentation syndicale, les ambiguïtés du modèle français : *Dr. soc. 2019, p. 196 et s*.

BERNARD S., ROULLET V.,

- Controverse : Le CSE et le droit à la participation des travailleurs : des victimes collatérales de la COVID-19 ? : *RDT 2020, p. 440 et s*.

BERNAUD V.,

- La participation saisie par le droit constitutionnel : entre faux espoirs et vraies déceptions : *Dr. soc. 2015, p. 960 et s*.
- La négociation d'entreprise en marche : *Dr. soc. 2018, p. 196 et s*.

BEROUD S.,

- Le syndicalisme construit par la science politique *in* Epistémologie du syndicalisme, construction de l'objet syndical (dir. V. CHAMBARLHAC, G. UBBIALI) : *L'Harmattan, 2005*.
- Représentation syndicales, représentativité et négociation : *Dr. soc. 2018, p. 264 et s*.

BEROUD S., DOMPNIER N.,

- L'essor du vote électronique dans les élections professionnelles : un terrain d'expérimentation ? : *Dr. soc. 2013, p. 522 et s*.

BEROUD. S., MORIN M.-L.,

- Quel droit à la participation après la mise en place de la représentation universelle ? : *RDT 2015, p. 584 et s.*

BERTRAND L.,

- Salarié demandant l'organisation des élections : attention, n'est pas protégé qui veut ! : *Les Cahiers Lamy du CE, nov. 2014, n° 142, p. 28 et s.*

BERTHIER P.-E.,

- Les rapports entre accords de branche et d'entreprise : « renforcement de la négociation collective » ou renforcement du pouvoir patronal ? : *Cah. Soc. Déc. 2017, n° 302, p. 42 et s.*

BIED-CHARRETON M.-F.,

- Le critère de représentativité des 10% a pour effet de porter atteinte à la liberté syndicale de manière incompatible avec les conventions internationales : *Dr. ouvr. 2010, p. 418 et s.*

BOCQUILLON F.,

- Que reste-t-il du « principe de faveur » ? : *Dr. soc. 2001, p. 255 et s.*

BONAFE-SCHMITT J.-P.,

- L'expression des salariés et l'action syndicale : *Dr. soc. 1986, p. 111 et s.*

BONNARD-PLANCKE L.,

- Convention collective et collectivité de travail, Aux origines de l'idée majoritaire en matière de négociation collective : *Dr. soc. 2005, p. 866 et s.*

BONNIN V.,

- Le choix de l'organe de représentation des salariés lors de la conclusion d'un accord collectif : *Dr. ouvrier 1998, p. 340 et s.*

BORENFREUND G.,

- Propos sur la représentativité syndicale : *Dr. soc. 1988, p. 476 et s.*
- La représentation des salariés et l'idée de représentation : *Dr. soc. 1991, p. 685 et s.*
- Pouvoir de représentation et négociation collective : *Dr. soc. 1997, p. 1006 et s.*
- L'idée majoritaire dans la négociation collective *in* Mélanges en l'honneur du président Michel Despax : *Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2001, p. 431 et s.*
- Négociation préélectorale et droit commun de la négociation *in* Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à Jean Pélissier : *Dalloz, 2004, p. 93 et s.*

- La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux : *Dr. soc. 2004, p. 606 et s*.
- Le nouveau régime de la représentativité syndicale : *RDT 2008, p. 712 et s*.
- Le vote et la représentation syndicale. Quelques interrogations à partir de la loi du 20 août 2008 *in* L'essor du vote dans les relations professionnelles. Actualités françaises et expériences européennes (dir. O. LECLERC, A. LYON-CAEN) : *Dalloz, 2011, p. 9 et s*.
- La volonté des salariés dans les relations collectives du travail *in* La volonté du salarié (dir. T. SACHS) : *Dalloz, 2012*.
- Égalité entre syndicats, égalité dans la négociation collective *in* Le droit social, l'égalité et les discriminations (dir. G. BORENFREUND et I. VACARIE) : *Dalloz, 2013, p. 145 et s*.
- Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise : *Dr. soc. 2013, p. 486 et s*.
- Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux : *RDT 2015, p. 17 et s*.
- La fusion des institutions représentatives du personnel. Apprauvrissement et confusion dans la représentation : *RDT 2017, p. 608 et s*.

BORENFREUND G., FAVENNEC-HERY F.,

- Le renforcement de la légitimité des accords collectifs justifie-t-il un effacement de la volonté individuelle des salariés ? : *RDT 2016, p. 309 et s*.

BOULMIER D.,

- Consultation et négociation : la navette sociale, un remède à l'apesanteur : *Dr. ouvrier 1998, p. 350 et s*.
- Les élections professionnelles après la loi n° 2008-789 du 20 août 2008. Réflexions sur quelques difficultés d'application et d'interprétation : *JCP E 2009, 1255*.
- Les syndicats, commis de cuisine de la malbouffe sociale. À propos de la négociation conventionnelle sur les IRP, article 14 de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 : *Dr. soc. 2015, p. 861 et s*.
- « Les damnés de la terre », électeurs pour leur propre misère : ou comment l'article L. 2232-12 du code du travail favorise une collusion « minorité syndicale/employeur » : *Dr. soc. 2016, p. 907 et s*.

BRIENS G.,

- Le référendum : une forme d'accord collectif méconnue : *JSL juin 2003, n° 126*.

BRUN A.,

- L'évolution en droit français du rôle du syndicalisme dans l'entreprise *in* Mélanges en l'honneur de Marie-Louis Beaulieu : *Les Cahiers de Droit, vol. 9, n° 3 et 4, 1967-1968, p. 428 et s*.

BUGADA A.,

- L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel : *JCP S 2018, 1056*.
- Le contentieux du référendum : *Dr. soc. 2018, p. 443 et s*.

CABANIS A.,

- L'héritage de l'histoire syndicale *in* Le syndicalisme salarié (dir. B. LARDY-PÉLISSIER et J. PÉLISSIER) : *Dalloz, 2002, p. 1 et s*.

CAMERLYNCK G.-H.,

- La réforme sociale de l'entreprise. Un préalable indispensable : la garantie de l'appartenance du travailleur à la communauté dont il devient membre : *D. 1967, chron., p. 101 et s*.

CANUT F.,

- L'ordonnancement des normes infra-étatiques – à propos du projet de loi Travail : *Dr. soc. 2016, p. 522 et s*.
- La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux : *Dr. soc. 2017, p. 1033 et s*.

CARON M.,

- Le rôle du CSE en matière de santé/sécurité au travail : *Les Cahiers Lamy du CSE, janv. 2019, n° 188, p. 23 et s.*

CATALA N.,

- Les modalités d'expression des salariés dans l'entreprise : *Dr. soc. 1983, p. 557 et s*.
- Représentation des travailleurs et concentration européenne des entreprises *in* Études de droit du travail offertes à André Brun : *Librairie Sociale et Économique, 1974, p. 109 et s*.

CAZALS M. (de).,

- La dématérialisation du vote : un nouvel horizon pour la démocratie : *Rev. Droit public, p. 185 et s*.

CESARO J.-F.,

- La négociation dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux : *Dr. soc. 2009, p. 658 et s*.
- La représentation des syndicats dans l'entreprise : *JCP S 2012, 1237*.
- Révision, transition, extinction des conventions et accords collectifs après la loi du 8 août 2016 : *JCP S 2016, 1301*.

- L'autonme dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective : *JCP S 2017, 1306*.

CESARO J.-F., TESSIER A.,

- L'implantation du comité social et économique : *JCP S 2018, 1224*.

CHALARON Y.,

- Les syndicats non signataires d'un accord d'entreprise *in* Mélanges en l'honneur du président Michel Despax : *Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 477 et s*.

CHATARD D., PAOLI L.,

- Le protocole d'accord préélectoral : *JCP S 2018, 1066*.

CHENU D., MORAND M.,

- CSE : observations et suggestions sur les 100 questions-réponses : SSL mai 2018, n° 1816, p. 2 et s.

CHISS R.,

- Les temps de la consultation du comité d'entreprise : réflexions pratique : *JCP S 2015, 1174*.
- Le conseil d'entreprise : remarques prospectives : *JCP S 2018, 1228*.

CHOPIN F.,

- Dialogue social au sein de l'entreprise (articles 267 à 271) : *JCP E 2015, 1443*.

CLEMENT E.,

- La définition légale de l'établissement distinct, périmètre de la désignation des délégués syndicaux : *Dr. soc. 2014, p. 1053 et s*.

COEURET A.,

- La mise en place négociée du comité social et économique : *Dr. soc. 2019, p. 378 et s*.

COHEN M.,

- La raréfaction organisée des élections des représentants du personnel : *Dr. soc. 2005, p. 1157 et s*.

COHEN-DONSIMONI V.,

- Le référendum comme mode de validation d'un accord collectif : *Dr. soc. 2018, p. 422 et s*.

COMBREXELLE J.-D.,

- Sur quelques évolutions récentes en droit du travail : *Dr. soc. 2008, p. 1069 et s*.
- De la négociation collective aux réformes de représentativités syndicale et patronale : *RJEP nov. 2014, n° 724, étude n° 8*.
- Vers un nouveau droit du travail : *JCP S 2017, 1305*.

CORMIER LE GOFF A.,

- La nouvelle règle de l'accord majoritaire : *Liais. Soc. Quot., 18 janv. 2017, n° 17246.*

CORMIER LE GOFF A., KRIVINE J.,

- De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier : *Dr. soc. 2019, p. 204 et s*.

CORRIGNAN-CARSIN D.,

- Appréciation des critères de représentativité et désignation d'un délégué syndical : *JCP E 2014, 1013*.

COTTIN J.-B.,

- Quand et comment les élus du personnel peuvent-ils négocier un accord ? : *Les Cahiers Lamy du CE, nov. 2013, n° 131, p. 25 et s*.
- Négocier sans délégué syndical après les ordonnances Macron : *Les Cahiers du DRH juin 2018, n° 254, p. 21 et s*.

CREDOZ-ROSIER J.,

- La mise en place des nouvelles dispositions relatives au CSE dans les entreprises à établissements distincts (1ère partie) : *SSL déc. 2017, n° 1795, p. 8 et s.*

DANIEL J.,

- Alinéa 8 *in* Le Préambule de la Constitution de 1946 (ss. Dir. G. CONAC, X. PRÉTOT et G. TÉBOUL) : *Dalloz, 2001, p. 179 et s*.

DAUXERRE L.,

- Prorogation des mandats : quand l'unanimité sème la discorde : *JCP S 2013, 1401*.
- L'articulation du référendum avec les normes du droit du travail *in* L'articulation des normes en droit du travail (dir. B. TEYSSIÉ) : *Economica, 2014, p. 175 et s*.
- Le consentement dans le droit des relations collectives de travail : *JCP S 2014, 1120*.
- Contentieux préélectoral : l'unification avortée des compétences : *Cah. Soc. 2015*.
- Démocratie sociale *in* Notions et normes en droit du travail (dir. B. TEYSSIÉ) : *éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 260 et s*.
- L'opposition dans le droit des relations collectives de travail : *JCP S 2016, 1205*.
- Le représentant syndical auprès du comité social et économique : *JCP S 2018, 1263*.

DEBORD F., GIRAUDET C.,

- Droit public ou privé de la représentation du personnel : quelles différences pour qui ? : *RDT 2017, p. 782 et s.*

DEBRE M.,

- Trois caractéristiques du système parlementaire français : *RF sc. Pol., 1995, p. 27 et s.*

DEL SOL M.,

- La délégation unique du personnel : portée d'une réforme : *Dr. soc. 1995, p. 153 et s.*

DELVOLVE P.,

- Le référendum local : *RFDA 2004, p. 7 et s.*

DESPAX M.,

- Réflexions sur l'activité des représentants du personnel : *D. 1963, chron., p. 67 et s.*
- La mesure de l'application de la loi sur les conventions collectives à la négociation d'entreprise : les accords en marge de la loi : *Dr. soc. 1982, p. 672 et s.*
- La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel : *Dr. soc. 1988, p. 8 et s.*
- Les paradoxes de la négociation d'entreprise *in* Mélanges en l'honneur de Gérard Lyon-Caen : *Dalloz, 1989, p. 275 et s.*

DONNETTE A.,

- Retour sur l'exigence majoritaire dans la négociation collective – Réflexions à partir de la définition de la majorité d'opposition : *RLDA, nov. 2013, n° 87, p. 49 et s.*

DUFFOUR A., MILLERET-GODET A.,

- En questions : la pratique du référendum pour valider un accord d'entreprise ? : *JCP S 2018, 201.*

DUTHEILLET DE LAMOTHE O.,

- Existe-t-il un droit constitutionnel du travail ? : *JCP S 2012, 1050.*
- L'accord collectif, une source constitutionnelle en droit du travail : *SSL avr. 2012, n° 1533, p. 7 et s.*

FABRE A.,

- Regard constitutionnel sur la « négociation » dans les très petites entreprises : *Dr. ouvrier 2018, p. 441 et s.*
- L'accord référendaire dans les TPE : *BJT, oct. 2019, n° 10, p. 53 et s.*

FAVENNEC-HERY F.,

- Collectivité du personnel : quelles représentations ? : *Dr. soc. 2006, p. 989 et* s.
- L'accès à la représentativité : *JCP S 2012, 1234*.
- Le renforcement de la légitimité des accords collectifs justifie-t-il un effacement de la volonté individuelle du salarié ? : *RDT 2016, p. 309 et s*.

FAVENNEC-HERY F., ROZEC P.,

- Les missions du comité social et économique : *JCP S 2018, 1225*.

FAVOREU L.,

- L'inconstitutionnalité des quotas par sexe (sauf pour les élections politiques) : *AJDA 2003, p. 313 et s*.

FERKANE Y.,

- L'accord collectif : une brève histoire de temps à l'aune de la loi du 8 août 2016 : *RDT 2016, p. 832 et s*.
- Syndicats et négociation collective : *Dr. soc. 2020, p. 119 et s*.

FIORENTINO A., FRANÇOIS G.,

- La légitimité de la norme en droit du travail. Présentation : *Dr. soc. 2018, p. 112 et s*.

FONTENEAU D., BERETTI N.,

- Quelle place pour la consultation des salariés pour la validation d'un accord collectif non majoritaire en entreprise ? : *Les Cahiers Lamy du CSE, sept. 2019, n° 195, p. 12 et s*.

FRANCK E.,

- L'enquête *in* Référendum d'entreprise : à vos risques et périls : *Entreprise & Carrières, 26 sept.-2 oct. 2017, n° 1352, p. 16 et s*.

FRANÇOIS G.,

- Promouvoir la négociation collective d'entreprise : *JCP S 2016, 1183*.

FRANÇOIS J.,

- Le statut du défenseur syndical sera renforcé : *D. actu.*, 10 nov. 2014.

GAILLARD E.,

- La représentation et ses idéologies en droit privé français : *Droits, n° 6, 1987, p. 91 et s*.

GAIRE-SIMMONEAU D.,

- La « loi travail » ou la fin d'un rêve : la démocratie délibérative sabotée : *RJS 7/17, chron., p. 530 et s.*

GAMET L.,

- L'autonomie collective : *Dr. soc. 2020, p. 448 et s.*

GAUDU F.,

- Les accords de méthode : *Dr. soc. 2008, p. 915 et s.*

GAURIAU B.,

- Le référendum, un préalable nécessaire ? : *Dr. soc. 1998, p. 338 et s.*
- Le référendum et les accords « Aubry II ». À propos de l'article 19 de la loi : *Dr. soc. 2000, p. 311 et s.*
- Protocole d'accord préélectoral : objet et effets : *JCP S 2006, 1874.*
- La rénovation de la démocratie sociale. Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 : *JCP S 2008, 1448.*
- Les acteurs *in* Regard critique sur le droit de la négociation collective : *SSL suppl. juill. 2008, n° 1361, p. 19 et s.*
- La représentation collective *in* Les notions fondamentales du droit du travail (dir. B. TEYSSIÉ) : *éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 61 et s.*
- Précisions sur le droit électoral et le droit syndical, à la lumière de la loi du 20 août 2008 : *JCP S 2010, 1066.*
- Mesure d'audience : comité d'entreprise prime délégués du personnel : *JCP S 2010, 1402.*
- Le périmètre d'appréciation de la représentativité syndicale : *JCP S 2011, 1116.*
- Critères de représentativité : entre appréciation disjointe et appréciation conjointe : *JCP S 2012, 1168.*
- La négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux : *Dr. soc. 2015, p. 878 et s.*
- Les transformations du droit syndical : *JCP S 2015, 1239.*
- La contractualisation du dialogue social : *RDA, n° 12, févr. 2016, p. 116 et s.*
- Le référendum en entreprise : *IST, 19 mai 2016, https://www.istravail.com/actualites-etudes/les-etudes-sociales-et-syndicales/11200-le-r%C3%A9f%C3%A9rendum-en-entreprise.html.*
- Respect des valeurs républicaines : la somme de toutes nos peurs… : *JCP S 2016, 1104.*
- Les représentants du personnel *in* Le temps en droit du travail (dir. B. TEYSSIÉ) : *éd. Panthéon-Assas, 2017, p. 253 et s.*
- L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique : *JCP S 2018, 1204.*

- La représentativité des organisations syndicales est établie pour toute la durée du cycle électoral : *JCP S 2018, 1296*.
- L'accord, instrument de la mise en place du comité social et économique : *JCP S 2019, 1204*.
- Les délégués syndicaux suppléants conventionnels doivent remplir la condition d'audience électorale personnelle minimale : *JCP S 2020, 2039*.

GEA F.,
- Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise : *Dr. soc. 2016, p. 516 et s*.
- L'accord sur le comité social et économique : *BJT sept. 2018, n° 1, p. 50 et s*.
- Les soubassements de la réforme : *RDT 2017, p. 593 et s*.
- Un changement de paradigme : *Dr. soc. 2017, p. 997 et s*.

GIQUEL J.-E.,
- Le vote électronique en France : *LPA, avr. 2005, n° 68, p. 5 et s*.

GOFFAUX-CALLEBAUT G.,
- Les bonnes pratiques du vote électronique : *Communication, commerce électronique, oct. 2006, n° 10, étude 24*.

GOMES B.,
- Vers une reconnaissance constitutionnelle de la liberté de négociation collective : *Dr. soc. 2020, p. 366 et s*.

GOURGUES G.,
- Démocratie, le fond et la forme : une lecture « politique » des ordonnances Macron : *RDT 2017, p. 625 et s*.

GREVY M.,
- Droit de la négociation collective d'entreprise et droit électoral : une articulation délicate : *RDT 2007, p. 328 et s*.

GREVY M., PESKINE E., NADAL S.,
- Regards sur la position commune du 9 avril 2008. À propos du devenir (incertain) du syndicat dans l'entreprise : *RDT 2008, p. 431 et s*.

GRIMALDI D'ESTRA J.,
- Nature et régime juridiques du référendum en droit social : *Dr. soc. 1994, p. 397 et s*.

GROUTEL H.,
- La réforme du droit des conventions collectives : *JCP G 1972, I, n° 2462*.

GRUMBACH T.,

- Syndicalisme de proposition et de transformation sociale, Méthode du conflit des logiques et conventions instituantes *in* Droit syndical et droits de l'Homme à l'aube du XXI^{ème} siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier : *Dalloz, 2001, p. 43 et s*.

GUEDES DA COSTA S.,

- Négociation sur le CSE : quels accords pour quels contenus ? : *SSL janv. 2018, n° 1798, p. 8 et s*.

GUEDES DA COSTA S., LOISEAU G.,

- Les représentants de proximité : *BJT sept. 2018, n° 1, p. 60 et s*.

GUILLOUET D., ROSSEZ M.,

- Les négociations préalables à la mise en place du CSE : *Les Cahiers Lamy du CE, avr. 2018, n° 180, p. 8 et s.*

HENOT F.,

- Pratiques référendaires et gouvernabilité de l'entreprise *in* La gouvernabilité (dir. CURAPP) : *PUF, 1996, p. 129 et s*.

HIGELE J.-P.,

- Représentativité syndicale et accords interprofessionnels nationaux : les enjeux d'une réforme : *Dr. soc. 2007, p. 301 et s*.

ICARD J.,

- Négociation collective et petite entreprise : *Cah. Soc. Juill. 2018, n° 309, p. 363 et s.*
- Logique et surprise du cycle électoral. L'incidence du transfert d'entreprise sur les acteurs syndicaux : *Dr. soc. 2014, p. 648 et s*.
- Une lecture économique du projet de loi Travail : *JCP G 2016, 455*.
- La négociation collective d'entreprise après la loi « Travail » : *RJS, chron., 5/17, p. 362 et s*.

INES B.,

- Notion de syndicat catégoriel : rôle des statuts et pratiques syndicales : *D. actu., 20 nov. 2014*.

JACQUIER J.-P.,

- Droit d'expression : si c'était cela aussi la transformation d'une société : *Dr. soc. 1983, p. 561 et s*.

JEAMMAUD A.,

- Les principes dans le droit français du travail : *Dr. soc. 1982, p. 618 et s*.
- Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente : *Dr. soc. 1999, p. 109 et s*.
- Rapport sur la représentation des travailleurs et le dialogue social au lieu de travail *in* 19è Congrès mondial de la société internationale de droit du travail et de la sécurité sociale : *2009, p. 61 et s*.
- Les principes dits « de faveur » ont-ils vécu ? : *Dr. soc. 2018, p. 177 et s*.

JEAMMAUD A., FAVEREAU O.,

- Qu'est devenue l'idée démocratique en droit du travail ? : *RDT 2017, p. 576 et s.*

JEAMMAUD A., LE FRIANT M.,

- Démocratie sociale, droit et représentation collective : enjeux théoriques *in* La représentation collective des travailleurs, Ses transformations à la lumière du droit comparé (dir. M.-A. MOREAU) : *Dalloz, 2012, p. 15 et s*.

JEANSEN E.,

- La cause de la représentation collective *in* La cause en droit du travail (dir. B. TEYSSIÉ) : *éd. Panthéon-Assas, 2010, p. 145 et s*.
- La dématérialisation des élections professionnelles *in* La communication numérique, un droit, des droits : *éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 337 et s*.
- Le recours au vote électronique, une question de confiance : *JCP S 2013, 1418*.
- Le protocole d'accord préélectoral organisant l'élection des membres du comité social et économique : *JCP S 2017, 1366.*
- Les représentants de proximité, une représentation du personnel à dessiner : *JCP S 2018, 1084*.
- Le CHSCT est mort, vive la CSSCT ! : *JCP S 2018, 1122*.

JULIEN-PATURLE D.,

- Le volet « collectif » de la loi Travail : les grandes manœuvres de la négociation collective (2) : *Les Cahiers Lamy du CE, oct. 2016, n° 163, p. 13 et s.*

KATZ T.,

- La portée juridique des préambules des conventions et accords collectifs de travail : *D. 2002, chron., p. 764 et s*.

KERBOURC'H J.-Y.,

- Qu'est-ce qu'une mise à disposition de personnel ? : *Dr. soc. 2009, p. 530 et s*.

- Liste d'émargement non signée par les membres du bureau de vote = violation d'un principe général du droit électoral justifiant l'annulation des élections : *JCP S 2015, 1473*.
- La refonte des institutions représentatives du personnel : *JCP S 2017, 1313*.
- De l'obligation de saisir l'Administration en l'absence de négociation du protocole électoral : *JCP S 2018, 1220*.

KOEHL M.,

- La participation des salariés dans les organes de direction : l'introuvable cogestion : *RDT 2020, p. 237 et s*.

KUHNMUNCH O.,

- Alinéa 6 *in* Le Préambule de la Constitution de 1946 (dir. G. CONAC, X. PRÉTOT et G. TEBOUL) : *Dalloz, 2001, p. 156 et s*.

LACABARATS A.,

- La jurisprudence en droit social : *SSL suppl., févr. 2014, n° 1619, p. 5 et s*.

LAFFUE N.,

- Le référendum dans l'entreprise. Aspects pratiques sur le référendum comme mode de validation d'un accord collectif : *Dr. soc. 2018, p. 428 et s*.

LAGESSE P., BOUFFIER N.,

- Dispositions transitoires sur la représentativité syndicale : les premières solutions de la Cour de cassation : *Dr. soc. 2011, p. 73 et s*.

LANDAIS C., PECAUT-RIVOLIER L., PIVETEAU D., STRUILLOU Y.,

- Le nouveau protocole préélectoral : *Dr. soc. 2012, p. 1048 et s*.

LANOUZIERE H., ODOUL-ASOREY I., COCHET F.,

- La fusion des institutions représentatives du personnel porte-elle atteinte à leur capacité d'intervention en matière de santé et de sécurité au travail ? : *RDT 2017, p. 691 et s*.

LARDY S.,

- Démocratie politique et démocratie sociale : usages et pratiques de l'article L. 1 du Code du travail : *SSL, 9 avr. 2015, n° 1671*.

LE CROM J.-P.,

- Regard historique sur la fusion des institutions représentatives du personnel : *Dr. soc. 2018, p. 82 et s*.

LE DIGOL C., VOILLIOT C.,

- Hors champ : l'analyse politique et les élections professionnelles *in* L'essor du vote dans les relations professionnelles. Actualité françaises et expériences européennes (dir. O. LECLERC, A. LYON-CAEN) : *Dalloz, 2011, p. 41 et s.*

LE FRIANT M.,

- La démocratie sociale, entre formule et concept : *Regards, 2001, p. 48 et s*.

LE GALL G.,

- Leçons des départementales 2015 : nouvel avertissement pour le pouvoir… : *R. pol. Parl. 2015, n°1075, p. 10 et s.*

LE MIRE A., MILLET L.,

- La représentation du personnel et la négociation collective après la loi du 17 août 2015 : *RPDS 2015, p. 297 et s*.

LEROY Y.,

- La négociation collective sans négociation : coup de maître ou hérésie ? : *Dr. soc. 2020, p. 854 et s*.

LEVANNIER-GOUEL O.,

- L'intégration étroite et permanente à la communauté de travail : *RDT 2017, p. 19 et s*.

LIEUTIER J.-P.,

- Comité social et économique ou conseil d'entreprise : quel choix ? : *Dr. soc. 2019, p. 415 et s*.

LOISEAU G.,

- Le comité social et économique : *Dr. soc. 2017, p. 1044 et s*.

LOKIEC P.,

- Revoir l'exercice du pouvoir dans l'entreprise : *Dr. soc. 2016, p. 502 et s*.
- Loi « Travail » : la négociation collective après la réforme : *Lexbase Hebdo éd. Sociale, sept. 2016, n° 666.*
- Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ? : *SSL, suppl., nov. 2017, n° 1790, p. 14 et s*.
- Vers un nouveau droit du travail ? : *D. 2017, p. 2109 et s*.
- Démocratie représentative et démocratie directe. La vogue du référendum : *Dr. soc. 2019, p. 201 et s*.
- Revitaliser la représentation collective : *Dr. soc. 2020, p. 29 et s*.

LOKIEC P., PORTA J.,

- Droit du travail – Relations professionnelles : *D. 2018, p. 2203 et s*.
- Droit du travail – Relations professionnelles. Septembre 2016 – septembre 2017 : *D. 2017, p. 2270 et s*.

LOKIEC P., ROBIN S.,

- Représentativité syndicale et négociation collective : *RDT 2006, p. 337 et s*.

LOUIS-LUCAS P.,

- Les conventions collectives de travail : *RTD civ. 1919, p. 65 et s*.

LYON-CAEN A.,

- Vote et relations professionnelles *in* L'essor du vote dans les relations professionnelles. Actualités françaises et expériences européennes (dir. O. LECLERC, A. LYON-CAEN) : *Dalloz, 2011, p. 3 et s*.
- Référendum : *RDT 2018, p. 337 et s*.
- Au lendemain : *RTD 2020, p. 433 et s*.

LYON-CAEN G.,

- Critique de la négociation collective : *Dr. soc. 1979, p. 350 et s*.
- Droit syndical et mouvement syndical : *Dr. soc. 1984, p. 5 et s*.
- La légitimité de l'action syndicale : *Dr. ouvrier 1988, p. 47 et s*.
- À la recherche des concepts de base du Code du travail (Réalités ou illusions) *in* Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^{e} siècle : *Dalloz, 2000, p. 81 et s.*
- À propos d'une négociation sur la négociation : *Dr. ouvrier 2001, p. 1 et s*.
- L'état des sources en droit du travail. Agitations et menaces : *Dr. soc. 2001, p. 1031 et s*.

MARTINON A.,

- La négociation catégorielle : *JCP S 2011, 1207.*
- Un double collège peut cacher un collège unique : *JCP S 2012, 1227.*
- La représentativité des syndicats catégoriels : *JCP S 2012, 1235*.

MARTINON A., MARQUET DE VASSELOT L.,

- L'articulation croisée des accords collectifs : *JCP S 2016, 1150.*

MARTINON A., PESKINE E.,

- Le juge et le contenu de l'accord collectif : *Dr. soc. 2017, p. 115 et s*.

MAZEAUD A.,

- Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux, depuis la Position commune du 16 juillet 2001 : *Dr. soc. 2003, p. 361 et s*.
- La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégué syndical : *Dr. soc. 2009, p. 669 et* s.
- Un nouveau droit syndical ou un droit syndical rénové : *JCP S 2012, 1240*.

MEYRAT I.,

- Liberté syndicale, liberté fondamentale : *Dr. soc. 2020, p. 107 et s*.

MIARA S.,

- Appréciation de la représentativité syndicale : l'audience recueillie aux élections des DP ne peut être prise en compte qu'à titre subsidiaire : *JCP S 2010, act. 409*.

MILET L.,

- La représentation du personnel du GR-PACT comparée à celle de l'ordonnance du 22 septembre 2017 : *Dr. soc. 2018, p. 257 et s*.

MOIZARD N.,

- La prévalence de l'intérêt collectif sur l'intérêt individuel *in* Les normes du travail : une affaire de personnes ? (dir. J.-M. TUFFERY-ANDRIEUX et F. LARONZE) : *Bruylant, 2016, p. 181 et s*.

MORAND M.,

- L'évolution du droit de la négociation collective depuis la loi du 20 août 2008 : *Cah. De droit de l'entreprise janv. 2011, doss. 2*.
- L'accord majoritaire : une fausse bonne idée ? : *SSL déc. 2015, n° 1702, p. 4 et s*.
- La négociation avec les élus dans la loi Rebsamen : *RJS chron., 7/16, p. 497 et s*.

MOREL R.,

- Les conventions collectives de travail et la loi du 25 mars 1919 : *RTD civ. 1919, p. 417 et s*.

MORIN C.,

- Les modes alternatifs de négociation : *Dr. soc. 2019, p. 409 et s*.

MORIN M.-L.,

- Des titulaires du droit à la négociation collective : *Dr. soc. 1988, p. 24 et s*.
- Les conceptions juridiques de la représentation : *Cahiers du GRECO, 1995, p. 17 et s*.
- Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé : *Dr. soc. 2000, p. 1080 et s*.

- Effectif et électorat : de la décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 2006 à l'arrêt de la Cour de cassation du 28 février 2007 : *RDT 2007, p. 229 et s*.
- Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes : validité et loyauté de la négociation, application et interprétation de l'accord : *Dr. soc. 2008, p. 24 et s*.
- La représentativité des syndicats dans l'entreprise pendant la période transitoire de la loi du 20 août 2008 : *Dr. soc. 2010, p. 548 et s*.
- Les nouveaux critères de la représentativité syndicale dans l'entreprise : *Dr. soc. 2011, p. 62 et s*.
- Derrière « le pragmatisme » des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux du travail : *Dr. ouvrier 2017, p. 590 et s*.

MORGENROTH T.,

- Les relations entre l'institution représentative du personnel et les organisations syndicales : *Lexbase, Hebdo éd. Sociale, 9 mai 2019, n° 782*.

MOUSSERON P.-H.,

- Le lieu de travail, territoire de l'entreprise : *Dr. soc. 2007, p. 1110 et s*.

NADAL S.,

- Gouvernance du niveau et des règles de branche : les nouveaux visages de l'emprise étatique. Ordonnance n° 2017-1388 du 22 septembre 2017 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective : *RDT 2017, p. 652 et s*.

NEAU-LEDUC C.,

- Perte de représentativité et sort de l'accord collectif d'entreprise : *Dr. soc. 2009, p. 910 et s*.
- La participation et la coopération en droit du travail (dir. B. TEYSSIÉ) *in* La cause en droit du travail : *éd. Panthéon-Assas, 2013, p. 253 et s*.

NICOD C.,

- L'accord collectif, succédané de l'acte unilatéral : *SSL suppl., févr. 2008, n° 1340, p. 39 et s*.
- Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle partition. Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective : *RDT 2017, p. 657 et s*.

NIEL S.,

- Pourquoi négocier un conseil d'entreprise ? : *SSL oct. 2017, n° 1785, p. 6 et s*.
- Comment désigner un représentant de proximité ? : *Les Cahiers Lamy du CSE, juin 2018, n° 182, p. 12 et s.*

NOUGARET J.-P.,

- Le rôle des instances de représentation du personnel *in* Dix ans de droit de l'entreprise (dir. B. TEYSSIÉ et J.-M. MOUSSERON) : *Librairies techniques, 1978, p. 494 et s*.

ODOUL-ASOREY I.,

- Appréciation dans le temps des critères de la représentativité syndicale : *RDT 2014, p. 127 et s*.
- Principe de participation des travailleurs et droit du travail : *Dr. soc. 2014, p. 356 et s*.
- Elections professionnelles et droit syndical. Les dispositions nouvelles de la loi du 5 mars 2014 : *RDT 2014, p. 481 et s*.
- Liste commune entre syndicats catégoriel et intercatégoriel : *RDT 2015, p. 56 et s*.
- La négociation collective, confortée par le principe de participation : *Dr. soc. 2015, p. 987 et s*.
- Syndicats et gestion de l'entreprise : *Dr. soc. 2020, p. 125 et s*.

OLLIER P.,

- L'accord d'entreprise dans ses rapports avec les autres sources de droit dans l'entreprise : *Dr. soc. 1982, p. 680 et s*.

ORENGO P.,

- Des différences excessives dans la taille des bulletins de vote peuvent constituer une atteinte à la sincérité du scrutin : *AJDA 2002, p. 236 et s*.

PACTET P.,

- Le droit des élections sociales : *Dr. soc. 1964, p. 129 et s*.

PAGANI K.,

- Convergence du cadre du dialogue social dans le secteur public et dans le secteur privé : *JCP S 2016, 1182*.

PAGNERRE Y.,

- Le respect des valeurs républicaines ou l'« éthique syndicale » : *JCP S 2009, 1050.*
- Le représentant de la section syndicale : *JCP S 2009, 1156.*
- Les syndicats *in* Le temps en droit du travail (dir. B. TEYSSIÉ) : *éd. Panthéon-Assas, 2017, p. 221 et s*.
- Les accords de branche : *Cah. Soc. Mai 2017, n° 296, p. 273 et s*.
- La négociation sur le CSE : *RJS chron., 4/19, p. 235 et s*.

PAGNERRE Y., JEANSEN E.,

- L'accord de regroupement des IRP : *JCP S 2016, 1194*.
- L'obligation de négocier, de la loi au contrat collectif : *JCP S 2017, 1314*.

PALLI B.,

- La révision des conventions collectives de travail à l'épreuve de la réforme de la représentativité syndicale : *RDT 2010, p. 155 et s*.
- La refonte des IRP au prisme du droit comparé : *Dr. soc. 2018, p. 77 et s*.

PANSIER F.-J.,

- Présentation du décret n° 2011-771 du 28 juin relatif à la mesure de l'audience des organisations syndicales dans les TPE : *Cah. Soc., oct. 2011, n° 234, p. 258 et s*.

PAOLI L.,

- Peut-on donner sa chance au conseil d'entreprise ? : *Cah. Soc. Févr. 2018, n° 304, p. 116 et s*.

PASCRE R.,

- La réforme de la loi sur les conventions collectives : le point de vue de la CGT : *Dr. soc. 1979, p. 477 et s*.

PATIN M.,

- L'obligation de neutralité au cours de la campagne électorale dans l'entreprise : *JCP S 2012, 1428*.

PECAULT-RIVOLIER L.,

- Loi du 20 août 2008 : nouvelle salve d'arrêts : *Sem. soc. Lamy 2010, n° 1429*.
- Le paradoxe d'un contentieux éclaté *in* 13 paradoxes en droit du travail (dir. P. WAQUET) : *Lamy Axe Droit, 2012, p. 383 et s*.
- 1. Critères de la représentativité. Cumul. Différenciation des critères. Appréciation globale. 2. Preuve de la transparence financière : *Dr. soc. 2012, p. 528 et s*.
- La notion d'établissement distinct et le droit de la représentation du personnel : *JCP S 2012, 1305*.
- La détermination des unités de représentation : *Dr. soc. 2013, p. 316 et s*.
- L'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise : *Dr. soc. 2013, p. 502 et s*.
- La solidification des accords collectifs : les nouvelles conditions de conclusion et d'interprétation : *JCP S 2016, 1300*.
- Référendum, syndicats, élus : quelques réflexions autour du concept de « démocratie sociale » : *Cah. Soc. Déc. 2017, n° 302, p. 39 et s*.

PECAUT-RIVOLIER L., PETIT F.,

- Le redéploiement des forces syndicales, Enjeux et mesures de l'audience électorale : *Dr. soc. 2010, p. 1168 et s*.

PECAUT-RIVOLIER L., STRUILLOU Y.,

- La représentation du personnel dans l'entreprise après la loi du 20 août 2008 : *RDT 2009, p. 490 et s*.

PELISSIER J.,

- La loyauté dans la négociation collective : *Dr. ouvrier 1997, p. 496 et s.*
- Droit des conventions collectives, Évolution ou transformation *in* Droit syndical et droits de l'Homme à l'aube du XXI^{e} siècle, Mélanges en l'honneur de Jean- Maurice Verdier : *Dalloz, 2001, p. 96 et s*.

PELISSIER J., FAVENNEC-HERY F.,

- L'interaction entre l'individuel et le collectif *in* 13 Paradoxes de droit du travail (dir. Ph. WAQUET) : *SSL suppl. 2011, n° 1508, p. 73 et s*.

PERILLI M., DELANNOY C., LEYNAUD E.,

- Le conseil d'entreprise : vers la fusion de quatre instances ? : *Les Cahiers du DRH, févr. 2018, n° 250-251, p. 121 et s*.

PERNOT J.-M.,

- L'affiliation syndicale, le sens de la représentation syndicale : *Dr. soc. 2013, p. 306 et s*.
- Le mouvement syndical en France depuis 2008 : *Dr. soc. 2020, p. 137 et s*.

PERROUX F.,

- Pour et contre la communauté de travail : *APD, Sirey, 1938, p. 68 et s*.

PESKINE E.,

- La célébration de l'accord collectif d'entreprise : *Dr. soc. 2014, p. 438 et s*.
- Syndicats et droit syndical en mouvement : hommage à Jean-Maurice Verdier : *Dr. soc. 2020, p. 104 et s*.

PESKINE E., ODOUL-ASOREY I.,

- Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? L'accord collectif majoritaire : déploiement ou morcellement ? : *RDT, 2016, p. 803 et s*.

PETIT F.,

- L'influence du droit électoral sur les élections professionnelles dans l'entreprise : *Dr. soc. 2000, p. 603 et s*.
- Qu'est-ce qu'une institution représentative du personnel : *Dr. soc. 2002, p. 1073 et s*.

- Les principes généraux du droit électoral dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation : *D. 2005, p. 1815 et s*.
- 2004-2005 : deux années de jurisprudence en matière d'élections professionnelles : *CSBP 2006, n° 179 p. 162 et s*.
- L'instance en matière de contentieux électoral *in* Procès du travail, Travail du procès (dir. M. KELLER) : *Coll. Bibliothèque André Tunc, LGDJ, 2008*.
- Le vote électronique dans l'entreprise : *JCP S 2008, 1199*.
- La campagne électorale dans l'entreprise : *JCP S 2009, 1222*.
- Représentation syndicale et représentation élue après la loi du 20 août 2008 : *Dr. ouvrier 2009, p. 22 et s*.
- Les premières décisions intéressant la rénovation de la démocratie sociale : *Dr. ouvrier 2009, p. 12 et s*.
- Représentation des travailleurs et dialogue social au lieu de travail : *XIX*è *Congrès mondial de Droit du travail et de la Sécurité sociale, Sydney, 2009*.
- Les effets de seuils électoraux en matière syndicale depuis la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 (à propos de deux arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 22 septembre 2010) : *Dr. ouvrier 2010, p. 655 et s*.
- Faut-il instaurer un canal unique de représentation dans l'entreprise ? : *RDT 2010, p. 76 et s*.
- Les périmètres de l'entreprise en matière syndicale et électorale : *Dr. soc. 2010, p. 634 et s*.
- Le référendum électronique est-il voué à l'échec ? : *JCP S 2010, 1146*.
- L'identification de l'électeur par un code-barres : *JCP S 2010, 1363*.
- L'appréciation des seuils électoraux : quelle élection faut-il prendre en considération ? : *Dr. soc. 2010, p. 1133 et s*.
- Le périmètre de désignation des délégués syndicaux : *Dr. soc. 2011, p. 414 et s*.
- L'affiliation confédérale, élément déterminant du vote des salariés : *Dr. soc. 2011, p. 1063 et s*.
- Les syndicats mis à l'épreuve des scrutins : *Dr. soc. 2011, p. 1241 et s*.
- Le temps du vote électronique : *JCP S 2011, 1252*.
- Les scrutins sur sigle dans les petites entreprises : *Dr. soc. 2012, p. 48 et s*.
- Les conditions de négociation, de conclusion et de contestation du protocole d'accord préélectoral : *Dr. soc. 2011, p. 1313 et s*.
- Le droit de rature, droit inhérent au scrutin de liste : *Dr. soc. 2012, p. 207 et s*.
- Commentaire des arrêts des 25 et 31 janvier 2012, Qui est habilité à négocier le protocole d'accord préélectoral ? : *Dr. ouvrier 2012, p. 356 et s*.
- Le vote électronique est-il adapté aux élections des représentants du personnel ? : *RDT 2012, p. 413 et s*.
- La double candidature comme titulaire et suppléant : *Dr. soc. 2012, p. 752 et s*.
- Le vote par correspondance avec code-barres : *JCP S 2012, 1299*.

- L'assouplissement des conditions de recours au vote par correspondance : *Dr. soc. 2013, p. 372 et s*.
- L'émergence d'un droit électoral professionnel : *Dr. soc. 2013, p. 480 et s*.
- La fiabilité et la sécurité des scrutins électroniques : *Cah. Soc., janv. 2014, n° 259, p. 69 et s*.
- L'appréciation dans le temps des critères de la représentativité : *Dr. soc. 2014, p. 180 et s*.
- La prééminence des candidatures déposées par la fédération syndicale : *Dr. soc. 2014, p. 861 et s*.
- La loi « Macron » au service du dialogue social dans l'entreprise : *Dr. soc. 2015, p. 815 et s*.
- Une représentation à la carte : *Dr. soc. 2016, p. 544 et s*.
- Le référendum en entreprise comme voie de secours : *Dr. soc. 2016, p. 903 et s*.
- La difficile mise en œuvre des référendums d'entreprise : *Dr. soc. 2017, p. 156 et s*.
- La légitimité des organisations syndicales préalable à la légitimité de l'accord collectif : *Dr. soc. 2018, p. 141 et s*.
- Les conditions d'organisation du référendum dans l'entreprise : *Dr. soc. 2018, p. 417 et s*.
- Les représentations élue et syndicale dans leurs derniers états : *Dr. soc. 2018, p. 511 et s*.
- Le referendum visant à sauvegarder un accord collectif « minoritaire » : *Dr. soc. 2020, p. 96 et s*.
- L'incompatibilité entre les fonctions d'élu du personnel et de représentant syndical au comité : *Dr. soc. 2020, p. 472 et s*.
- La saisine de l'autorité administrative en cas de blocage d'une négociation préélectorale : *Dr. soc. 2020, p. 474 et s*.
- Les conditions de désignation d'un délégué syndical suppléant : *Dr. soc. 2020, p. 667 et s*.
- La compétence territoriale du juge judiciaire en matière électorale : *Dr. soc. 2020, p. 762 et s*.

PETIT F., DIRRINGER J.,

- La négociation préélectorale, une terre mouvante : *Dr. soc. 2019, p. 385 et s*.

PIGNARRE G.,

- Le comité d'hygiène et de sécurité n'est pas soluble dans le comité social et économique : *RDT 2017, p. 647 et s*.

PIOTET F.,

- Les paradoxes de la CGT : *Dr. soc. 2010, p. 533 et s*.

POCHET P.,

- Précisions sur l'appréciation des critères de la représentativité syndicale : *JCP E 2012, 1353*.

POPPER L.-E.,

- Le protocole électoral en question *in* Référendum d'entreprise : à vos risques et périls : *Entreprise & Carrières, 26 sept.-2 oct. 2017, n° 1352, p. 20 et s*.

PORTIER P.,

- Les défis du syndicalisme : la représentation de tous les travailleurs, les mouvements sociaux et la question climatique : *Dr. soc. 2020, p. 155 et s*.

POTTECHER M.-C., BENSOUSSAN L.,

- Identifier les acteurs à la négociation : *Les Cahiers du DRH, déc. 2018, n° 259, p. 32 et s*.

QAZBIR H.,

- Le mandat parlementaire face au nouveau régime du cumul : *RFDC, n°103, PUF, 2015, p. 633 et s.*

QUENAUDON R. (de),

- La « doctrine progressiste » : une lecture du droit du travail en crise ? : *D. 2005, chron., p. 1736 et s*.

RADE C.,

- Droit du travail et conventions collectives : *RDC 2004, p. 1001 et s*.
- La loi négociée : simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale ? : *Dr. ouvr. 2010, p. 319*.
- L'exercice du droit syndical après la loi du 20 août 2008 : liberté, égalité, représentativité, ou la nouvelle devise de la démocratie sociale : *Dr. soc. 2011, p. 1234 et s*.
- Ordonnances réformant le droit du travail : le droit de la négociation collective après l'ordonnance n° 4 relative au renforcement de la négociation collective : *Lexbase Hebdo éd. Sociale, sept. 2017, n° 712*.

RAY J.-E.,

- Du collectif à l'individuel. Les oppositions du possible : *Dr. soc. 1998, p. 347 et s*.
- Les grandes manœuvres du droit de la négociation collective : *Dr. soc. 1999, p. 1018 et s*.
- Les curieux accords dits « majoritaires » de la loi du 4 mai 2004 : *Dr. soc. 2004, p. 590 et s*.

- L'accord d'entreprise majoritaire : *Dr. soc. 2009, p. 887 et s*.
- Trois rapports, pour quelle refondation ? : *Dr. soc. 2016, p. 410 et s*.
- Hiérarchie des normes – Les 5 ordonnances du 22 septembre 2017 sont parues, où est « l'inversion des normes » partout dénoncée ? : *JCP G 2017, 1105*.
- Éruption et représentations : *Dr. soc. 2019, p. 188 et s*.
- Très libres propos sur les horribles GAME (« Garanties au moins équivalentes ») *in* Liber amicorum en hommage à Pierre Rodière, Droit social international et européen en mouvement : *LGDJ, 2019, p. 431 et s*.

REDON J., GALLY A.,

- Mise en place d'une commission santé, sécurité et conditions de travail : *JCP S 2018, 1216*.

REMY P.,

- Représentation dans la négociation collective : les limites du principe majoritaire : *Dr. ouvrier 1999, p. 269 et s*.
- Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ? : *Dr. soc. 2017, p. 1050 et s*.

REMY P., PERULLI A.,

- Regards « étrangers » sur les ordonnances : *RDT 2017, p. 669 et s*.

REMY P., WENDELING-SCHROEDER U.,

- Représentativité syndicale et négociation collective : *RDT 2006, p. 411 et s*.

RIALS S.,

- L'avenir du référendum en France : *Rev. Admin., 1979, p. 647 et s*.

RIOCHE S.,

- CSE et représentants de proximité : un kaléidoscope conventionnel : *JCP S 2018, 1343*.
- Le conseil d'entreprise, la vraie révolution de l'ordonnance n° 2017-1386 ? : *Gaz. Pal. Mars 2018, n° 10, p. 77 et s*.

RIVERO J.,

- La convention collective et le droit public français : *Rev. Économique, 1951, vol. 2, n° 1, p. 15 et s*.
- Syndicalisme et pouvoir démocratique : *Dr. soc. 1965, p. 166 et s*.

ROBERT DE MASSY O.,

- Référendum d'entreprise, un exercice périlleux : *Entreprise & Carrières, 6-12 janv. 2004, n° 698, p. 14 et s.*

RODIERE P.,

- La loi du 4 mai 2004 sur le dialogue social : une réforme en devenir : *SSL suppl., sept. 2004, n° 1183, p. 6 et s.*

ROGEZ P., GOASDOUE L.,

- En questions : le conseil d'entreprise : un vœu pieux ? : *JCP S 2017, act. 312.*

ROTSCHILD-SOURIAC M.-A.,

- Regards sur le référendum : *Liais. Soc. Mag. 1993, n° 84, p. 88 et s.*

ROUAST A.,

- La nature et l'efficacité de la convention collective de travail : *Dr. soc. 1960, p. 639 et s.*

ROZEC P., THIEBAUT L., MANIGOT V.,

- Accord relatif à la mise en place d'un conseil d'entreprise : *JCP S 2018, 1272.*

SALIS-MADINIER F.,

- L'organisation du dialogue social avec les syndicats, ailleurs... : *Dr. soc. 2019, p. 222 et s.*

SARGOS P.,

- La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise *in* La vérité : *Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation, La documentation Française, 2004, p. 97 et s.*

SAURET A.,

- Quelles nouvelles perspectives pour les branches en 2020 ? : *JCP S 2020, 1087.*

SAVATIER J.,

- Espèces et variétés dans la famille des accords collectifs : *Dr. soc. 1960, p. 598 et s.*
- Du domaine patriarcal à l'entreprise socialisée *in* Mélanges offerts à René Savatier : *Dalloz, 1965, p. 863 et s.*
- La révolution de mai et le droit du travail : *Dr. soc. 1968, p. 443 et s.*
- Les accords collectifs relatifs à l'organisation des élections du personnel : *Dr. soc. 1976, p. 503 et s.*
- Les transformations de la fonction représentative des syndicats *in* Les transformations du droit du travail, Études offertes à Gérard Lyon-Caen : *Dalloz, 1989, p. 179 et s.*
- Décisions unilatérales de l'employeur à défaut d'un accord collectif prévu par la loi : *Dr. soc. 1990, p. 316 et s.*

- Les accords conclus par des salariés expressément mandatés par des organisations syndicales : *Dr. soc. 1998, p. 334 et s*.

SCHWEITZER S.,

- Le référendum d'entreprise démode-t-il le syndicalisme ? : *Dr. soc. 2018, p. 410 et s*.

SERENO S.,

- Les accords sur l'information-consultation du comité social et économique : *Dr. soc. 2019, p. 402 et s*.

SERVOUZE-MERCIER A., MAYOUX S.,

- Les ordonnances Travail révolutionnent-elles l'art de négocier dans l'entreprise ? : *JCP S 2018, 1182*.

SOUBIE R.,

- Cause du déclin syndical : *Dr. soc. 1992, p. 11 et s.*

SOULIER P.,

- L'objet de la négociation : *Dr. soc. 1990, p. 596 et s*.

SOURIAC M.-A.,

- Pouvoir et convention collective *in* Le pouvoir du chef d'entreprise (dir. J. PÉLISSIER) : *Dalloz, 2002, p. 53 et s*.
- Les réformes de la négociation collective : *RDT 2009, p. 14 et s*.

SOURIAC M.-A., BORENFREUND G.,

- La négociation collective entre désillusion et illusions *in* Droit syndical et droits de l'Homme à l'aube du XXI^{ème} siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier : *Dalloz, 2001, p. 181 et s*.

SUPIOT A.,

- Les syndicats et la négociation collective : *Dr. soc. 1983, p. 63 et s.*
- Les accords préélectoraux : *Dr. soc. 1988, p. 115 et s*.
- Parité, égalité, majorité, dans les relations collectives du travail *in* Le droit collectif du travail : questions fondamentales, évolutions récentes, Études en hommage à Madame le Professeur Hélène Sinay : *Peter Lang, 1994, p. 59 et s*.
- Autopsie du citoyen dans l'entreprise *in* Deux siècles de droit du travail (dir. J.-P. LE CROM) : *éd. De l'Atelier, 1998, p. 273 et s*.
- Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? : *Dr. soc. 2003, p. 59 et s*.
- La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative : *Dr. soc. 2010, p. 525 et s*.

TEYSSIE A.,

- Le processus de conclusion d'un accord collectif dans les entreprises dépourvues de délégué syndical : *JCP S 2018, 1113*.
- Le conseil d'entreprise : repères pratiques : *JCP S 2018, 1318*.

TERRENOIRE C.,

- La « sécurisation » des conventions et accords collectifs de travail : de quoi s'agit- il ? : *JCP E 2017, 808*.

TEYSSIE B.,

- L'interlocuteur des salariés : *Dr. soc. 1982, p. 41 et s*.
- Mise en cause des conventions et accords collectifs de travail *in* Révision, dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail (dir. B. TEYSSIÉ) : *Litec, 1996, p. 73 et s*.
- La négociation d'accords collectifs par des représentants du personnel ou des salariés mandatés : *D. 2004, chron., p. 2383 et s*.
- Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe : *Dr. soc. 2005, p. 643 et s*.
- Variations sur la fonction législative du parlement *in* Le peuple et l'idée de norme (dir. P. MAZEAUD et C. PUIGELIER) : é*d. Panthéon-Assas, 2012, p. 165 et s*.
- Faut-il réformer les institutions représentatives du personnel ? Libre propos en guise d'introduction : *RDA, févr. 2013, n° 7, p. 95 et s*.
- De l'irrésistible (?) essor de l'accord dans le droit des relations de travail : *JCP S 2014, 1180*.
- Réforme du droit travail : le pari conventionnel : *JCP S 2015, 357*.
- Vers un renouveau de droit de la représentation du personnel ? : *JCP S 2015, 1163*.
- Un nouveau droit du travail ? : *JCP S 2015, 1234*.
- La délégation unique du personnel (L. n° 2015-994, 17 août 2015 ; D. n° 2016-345, 23 mars 2016) : *JCP S 2016, 1116*.
- Le regroupement des institutions représentatives du personnel : *JCP S 2016, 1126*.
- La réforme, l'urgence et l'oubli : *JCP S 2017, 170*.
- La dématérialisation des relations collectives de travail *in* Études en l'honneur du Professeur Jérôme Huet : *LGDJ, 2017, p. 363 et s*.
- Les ordonnances du 22 septembre 2017 ou la tentation des cathédrales : *JCP S 2017, 1294*.
- Santé et sécurité dans le droit du comité social et économique : *JCP S 2018, 1001*.
- Le conseil d'entreprise : *JCP S 2018, 1011*.
- La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical : *JCP S 2018, 1112*.
- Les accords collectifs européens d'entreprise ou de groupe : *JCP S 2019, 1096*.

TISSANDIER H.,

- Doit-on écarter le nouveau régime de la représentativité pour non-conformité aux normes européennes et internationales ? : *RDT 2010, p. 117 et s*.
- Quel ordonnancement de sources du droit du travail ? Les rapports entre accords collectifs : *RDT 2016, p. 794 et s*.

TIXIER P.-E.,

- Les mutations de la négociation collective. Le cas de la France : *Négociations, févr. 2007, n° 8, p. 103 et s.*

THOMAS L.,

- Pouvoir de représentation et statuts depuis la loi du 20 août 2008 : *Dr. soc. 2020, p. 143 et s*.

THOLOZAN O.,

- Tradition holiste du droit social et référendum d'entreprise : *Dr. soc. 2018, p. 405 et s*.

TOUBOUL C.,

- Le Conseil d'Etat valide le référendum dans les très petites entreprises : *Dr. soc. 2019, p. 627 et s*.

TOURNIQUET H.,

- Les droits fondamentaux au secours des salariés ? : *Dr. soc. 2019, p. 512 et s*.

TRICOIT J.-P.,

- La négociation collective et la représentation du personnel : *Lexbase, Hebdo éd. Sociale, mai 2019, n° 782*.

TURPIN D.,

- Représentation et démocratie : *Droits, n° 6, 1987, p. 79 et s*.

VACHET G.,

- La fonction organisationnelle de la convention collective *in* Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à Jean Pélissier : *Dalloz, 2004, p. 559 et* s.
- La réforme de la négociation collective. L. n° 2004-391, 4 mai 2004 : *JCP E 2004, 1245*.

VATINET R.,

- L'expression des salariés *in* Les transformations du droit du travail, Mélanges en l'honneur de Gérard Lyon-Caen : *Dalloz, 1989, p. 395 et s*.
- La mise à disposition de salariés : *Dr. soc. 2011, p. 656 et s*.

VEDEL G.,

- Comparaison du régime juridique des élections sociales et du régime juridique des élections politiques : *RF sc. Pol. 1953, vol. 3, n°2, p. 231 et s*.

VERDIER J.-M.,

- Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales : *Dr. soc. 1991, p. 5 et s*.
- Les syndicats français : problèmes et perspectives *in* Le syndicalisme contemporain et son avenir, Colloque international organisé à Lòdz les 25, 26 et 27 octobre 1993 : *éd. Wydawnictwo Uniwersytetu Lòdzkiego, 1995, p. 9 et s*.
- Négocier la représentation : quels agents, quels pouvoirs, quel statut ? : *Dr. soc. 1997, p. 1040.*
- Une expérimentation française : la recherche de nouvelles procédures de négociation collective au niveau de l'entreprise *in* Droit et justice, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos : *A. Pedone, 1999, p. 607 et s*.

VERICEL M.,

- Les substituts consensuels à l'accord collectif : *Dr. ouvrier, 1997, p. 509 et s*.

VERKINDT P.-Y.,

- De la consultation à la négociation : questions de procédure : *Dr. soc. 1998, p. 321 et s*.
- Une étrange équation : absence de *quorum* au premier tour des élections professionnelles = carence : *Dr. soc. 2007, p. 453 et s*.
- L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale : *Dr. soc. 2010, p. 519 et s*.
- La collectivité de travail ou « La belle inconnue » : *Dr. soc. 2012, p. 1006 et s*.
- Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale : *JCP S 2012, 1233*.
- La légitimité de la loi en droit du travail : *Dr. soc. 2018, p. 114 et s*.

VERKINDT P.-Y., CARON M.,

- Laisser sa chance à l'intelligence collective dans l'entreprise. Regards sur les rapports entre l'expertise et les représentants du personnel : *Dr. soc. 2009, p. 425 et s*.

VERPEAUX M.,

- Référendum local, consultations locales et Constitution : *AJDA 2003, p. 540 et s*.

VIVIER B.,

- Référendum d'entreprise : à vos risques et périls : *Entreprise & Carrières, 26 sept.- 2 oct. 2017, n° 1352, p. 16 et s*.

WAGNER E.,

- L'image juridique du personnel de l'entreprise *in* Sur l'entreprise et le droit social, Études offertes à Jacques Barthélémy : *TPS hors-série, 1994, p. 17 et s*.

WOLMARK C.,

- L'action dans l'intérêt collectif – Développements récents : *Dr. soc. 2017, p. 631 et s*.

VLIST S. (van der),

- Le sort des représentations élue et syndicale après le 31 décembre 2019 : *RDT 2020, p. 91 et s*.

V. AVIS, CONCLUSIONS, NOTES, OBSERVATIONS, RAPPORTS ET MISCELLANÉES

ANDOLFATTO D.,

- Les syndicats en France : *La documentation Française, 2013*.

ARSEGUEL A.,

- note ss Cass. soc., 27 mai 1997, n° 96-60.239 : *JCP 1997. II, 22899*.

ASSEMBLEE NATIONALE

- Rapport n° 2866, déposé le 11 juin 2015, de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.
- Rapport n° 2498 fait au nom de la commission spéciale de l'Assemblée nationale chargée d'examiner, après engagement de la procédure accélérée, le projet de loi (n° 2447) pour la croissance et l'activité : *19 janv. 2015*.

AUROUX J.,

- JOAN, 10 juin 1982, p. 3244 et s.
- Les droits des travailleurs, Rapport au Président de la République et au Premier ministre : *Doc. Fr., sept. 1981*.

BIED-CHARRETON M.-F.,

- note ss Cass. soc., 10 mars 2010, n° 09-60.246 : *Dr. ouvrier 2010, p. 448 et s*.

BORENFREUND G.,

- obs. ss Cass. soc., 10 mars 2010, n° 09-60.246 : *RDT 2010, p. 308 et s*.

BORENFREUND G., CAMAJI L., FABRE A., LECLERC O., PASQUIER T., PESKINE E., PORTA J., WOLMARK C.,

- obs. ss Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 07-60.434 : *D. 2009, p. 590 et s*.

BOSSU B.,

- note ss Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-26.399 : *JCP S 2013, 1035*.
- note ss Cass., 20 sept. 2018, n° 17-60.306 : *JCP S 2018, 1339*.

BOUSSARD-VERRACHIA E.,

- note ss Cass. soc., 28 fév. 2007, n° 06-60.171 : *Dr. ouvrier 2007, p. 286 et s*.

CESARO J.-F.,

- Propositions pour la dynamisation de la négociation collective : *Rapp. 22 janv. 2016*.

CESE,

- Consolider le dialogue social : *28 et 29 nov. 2006*.

COMITÉ D'ÉVALUATION,

- Évaluation des ordonnances Travail : un rapport intermédiaire livre de premières indications : *Rapp. interministériel, juill. 2020*.

CHABAN-DELMAS J.,

- La nouvelle société : Discours à l'Assemblée nationale, 16 sept. 1969.

CHERTIER D.-J.,

- Pour une modernisation du dialogue social, Rapport au Premier ministre : *Doc. Fr., mars 2006*.

COMBREXELLE J.-D.,

- La négociation collective, le travail et l'emploi, Rapport au Premier ministre : *Doc. Fr., sept. 2015*.

COMITE CHARGE DE DEFINIR LES PRINCIPES ESSENTIELS DU DROIT DU TRAVAIL,

- Rapport au Premier Ministre : *janv. 2016*.

COMITE DE REFLEXION ET DE PROPOSITION SUR LA MODERNISATION ET LE REEQUILIBRAGE DES INSTITUTIONS DE LA VÈ REPUBLIQUE

- Une Vè République plus démocratique : oct. *2007*.

COMMISSION DE RENOVATION ET DE DEONTOLOGIE DE LA VIE PUBLIQUE,

- Pour un renouveau démocratique, rapport : *nov. 2012*.

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME,

- Avis sur la probité de la vie publique, assemblée plénière : *27 juin 2013*.

DARES,

- Les relations professionnelles au début des années 2010 : entre changements institutionnels, crise et évolutions sectorielles : *DARES analyses, avr. 2013, n° 026*.
- Les représentants du personnel : quelles ressources pour quelles actions ? : *DARES analyses, nov. 2014, n° 084*.
- Les relations professionnelles en 2017 : un panorama contrasté du dialogue social dans les établissements ? : *DARES analyses, avr. 2018, n° 015*.

DAUXERRE L.,

- note ss Cass. soc., 26 juin 2013, n° 12-60.246 : *JCP S 2013, 1401*.
- note ss Cass. soc., 20 sept. 2018, n° 17-26.226 : *JCP S 2018, 1330*.

DEDESSUS-LE-MOUSTIER G.,

- obs. ss Cass. soc., 10 mars 2010, n° 09-60.236 : *JCP G 2010, 355*.

DUQUESNE F.,

- note ss Cass. soc., 27 mai 1997, n° 96-60.239 : *JCP E 1997. II, 980*.

FILLON F.,

- Programme pour l'élection présidentielle en 2017.

FRANÇOIS G.,

- note ss Cass. soc., 11 sept. 2019, n° 18-23.764 : *JCP S 2019, 1292*.

GAURIAU B.,

- note ss Cass. soc., 12 juill. 2006, n° 05-60.331 : *JCP S 2006, 1874*.
- note ss Cass. soc., 8 juill. 2009, n^{os} 09-60.011, 09-60.031 et 09-60.032 : *JCP S 2009, 1416*.
- note ss Cass. soc., 10 mars 2010, n° 09-60.246 : *JCP S 2010, 1204*.
- note ss Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 09-60.435 : *JCP S 2010, 1500*.
- note ss Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-21.705 : *JCP S 2011, 1365*.
- note ss Cass. soc., 20 juin 2012, n° 11-61.176 : *JCP S 2012, 1361*.
- note ss Cass. soc., 4 juin 2014, n° 13-60.238 : *JCP S 2014, 1377*.

GREVY M.,

- obs. ss Cass. soc., 27 mai 1997, n° 96-60.239 : *Dr. soc. 1997, p. 757 et s*.
- obs. ss Cass. soc., 8 juill. 2009, n^{os} 09-60.011, 09-60.031 et 09-60.032 : *RDT 2009, p. 729 et s*.

GUIOMARD F.,

- note ss Cass. soc., 20 sept. 2018, n° 17-26.226 : *RDT 2018. 694*.

HADAS-LEBEL R.,

- Pour un dialogue social efficace et légitimie : Représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales, Rapport au Premier ministre : *Doc. Fr., mai 2006*.

HOLLANDE F.,

- Programme pour l'élection présidentielle en 2012.

INES B.,

- obs. ss Cass. soc., 19 sept. 2007, n° 06-60.222 : *D. 2007, p. 2473 et s.*

INSTITUT MONTAIGNE,

- Décentralisation : sortons de la confusion : *rapport, janv. 2016*.

KERBOURC'H J.-Y.,

- note ss Cass. soc., 20 déc. 2006, n° 05-60.345 : *JCP S 2007, 1588*.
- note ss Cass. soc., 18 nov. 2008, n° 07-60.359 : *JCP S 2009, 1070*.
- note ss Cass. soc., 13 mai 2009, n° 08-60.530 : *JCP S 2009, 1406*.
- note ss Cass. soc., 10 mars 2010, n° 09-60.065 : *JCP S 2010, 1143*.
- note ss Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 10-10.678 : *JCP S 2010, 1459*.
- note ss Cass. soc., 6 oct. 2011, n° 11-60.035 : *JCP S 2012, 1125*.
- note ss Cass. soc., 25 janv. 2012, n° 11-60.093 : *JCP S 2012, 1170*.
- note ss Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 11-11.856 : *JCP S 2012, 1179*.
- note ss Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-25.420 : *JCP S 2013, 1303*.
- obs. ss Cass. soc., 24 oct. 2012, n° 11-60.199 : *JCP S 2013, 1363*.

LACABARATS A.,

- L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXI^{ème} siècle : *Rapport au Ministre de la Justice, juill. 2014*.

LIBCHABER R.,

- obs. ss Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC : *RTD civ. 1997, p. 785 et s.*

LOKIEC P.,

- note ss Cass., 20 sept. 2018, n° 17-60.306 : *D. 2018, p. 2206 et s.*

LOKIEC P., PORTA J.,

- obs. ss Cass. soc., 2 mars 2011, n° 10-60.201 : *D. 2012, p. 2622 et s.*
- obs. ss Cass. soc., 28 mars 2012, n° 11-16.141 : *D. 2012, p. 2622 et s.*
- obs. ss Cass. soc., 13 fév. 2013, n° 11-25.696 : *D. 2013, p. 2599 et s.*

LYON-CAEN A.,

- analyse ss. Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 08-60.331 et n° 08-60.332 : *Sem. soc. Lamy, n° 1375*.

MARTINON A.,

- note ss Cass. soc., 10 mars 2010, n° 09-60.246 : *JCP G 2010, 318*.

MARSHALL D.,

- Les juridictions du XXI[ème] siècle – Une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice : *Rapport au Ministre de la Justice, déc. 2013*.

MIARA S.,

- obs. ss Cass. soc., 10 mars 2010, n° 09-60.236 : *JCP S 2010, 161*.

MINISTERE DU TRAVAIL,

- Document d'orientation. Négociation nationale interprofessionnelle relative à la qualité et à l'efficacité du dialogue social dans les entreprises et à l'amélioration de la représentation des salariés : *juill. 2014*.
- Etude d'impact. Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social : *juin 2017*.
- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 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 23 sept. 2017, texte n° 0223*.
- La négociation collective en 2017 : *Bilan & Rapports, Paris, 2018*.
- La négociation collective en 2018 : *Bilan & Rapports, Paris, 2019*.

MORIN M.-L.,

- note ss Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC : *Dr. soc. 1997, p. 25 et s*.
- obs. ss Cass. soc., 28 fév. 2007, n° 06-60.171 : *RDT 2007, p. 229*.

NADAL S.,

- obs. ss Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 09-60.208 : *RDT 2010, p. 242 et s*.

ODOUL-ASOREY I.,

- obs. ss Cass. soc., 27 janv. 2010, n° 09-60.103: *RDT 2010, p. 244 et s*.
- obs. ss Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 09-60.435 : *D. 2011, p. 1256 et s*.
- obs. ss Cass. soc., 6 janv. 2011, n° 10-60.168 : *RDT 2011, p. 189 et s*.
- obs. ss Cass. soc., 12 avr. 2012, n° 11-22.290 : *RDT 2012, p. 375 et s*.
- obs. ss Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-60.231 : *RDT 2012, p. 639 et s*.
- obs. ss Cass. soc., 31 mai 2017, n° 16-60.236 : *RDT 2017, p. 433 et s*.

PAGNERRE Y.,

- note ss Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 11-14.292 : *JCP S 2012, 1154*.

PECAUT-RIVOLIER L.,

- obs. ss Cass. soc., 8 juill. 2009, n[os] 09-60.011, 09-60.031 et 09-60.032 : *Dr. soc. 2009, p. 962 et s*.
- obs. ss Cass. soc., 10 mars 2010, n° 09-60.065 : *Dr. soc. 2010, p. 599 et s*.
- obs. ss Cass. soc., 1[er] déc. 2010, n° 10-60.163 et 10-60.192 : *Dr. soc. 2011, p. 228 et s*.
- note ss Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-60.231 : *JCP G 2012, 1139*.

PELISSIER J.,

- obs. ss Cass. ass. plén., 29 fév. 1980, n° 79-60.051 : *D. 1980, p. 545 et s*.
- obs. ss Cass. soc., 28 fév. 2007, n° 06-60.171 : *D. 2007, pan. 2261*.

PELISSIER J., AMAUGER-LATTES M.-C., ARSEGUEL A., AUBERT-MONTPEYSSEN T., FADEUILHE P., LARDY-PELISSIER B., REYNES B.,

- obs. ss Cass. soc., 27 janv. 2010, n° 09-60.103 : *D. 2010, p. 2029 et s*.

PESKINE E.,

- obs. ss Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 09-60.203 : *RDT 2010, p. 314 et s*.

PETIT F.,

- obs. ss Cass. soc., 10 mars 2010, n° 09-60.246 : *Dr. soc. 2010, p. 602 et s*.
- note ss Cass. soc., 10 mars 2010, n° 09-60.246 : *JCP G 2010, 421*.
- obs. ss Cass. soc., 10 mars 2010, n° 09-60.236 : *Dr. soc. 2010, p. 595 et s*.
- obs. ss Cass. soc., 8 déc. 2010, n° 10-60.126 : *Dr. soc. 2011, p. 223 et s*.
- note ss Cass. soc., 2 mars 2011, n° 10-60.201 : *Dr. soc. 2011, p. 870 et s*.
- note ss Cass. soc., 5 avr. 2011, n° 10-19.951 : *JCP S 2011, 1252*.
- obs. ss Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-21.705 : *Dr. soc. 2011, p. 1063 et s*.
- obs. ss Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-18.647 : *Dr. soc. 2011, p. 1124 et s*.
- obs. ss Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-19.921 : *Dr. soc. 2011, p. 1128 et s*.
- obs. ss Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 10-27.374 : *Dr. soc. 2011, p. 1315 et s*.
- obs. ss Cass. soc., 6 oct. 2011, n° 11-60.035 : *Dr. soc. 2011, p. 1313 et s.*
- obs. ss Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 11-11.560 : *Dr. soc. 2012, p. 207 et s*.
- obs. ss Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 11-14.292 : *Dr. soc. 2012, p. 320 et s*.
- étude ss Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 11-11.856 : *Dr. soc. 2012, p. 373 et s*.
- obs. ss Cass. soc., 12 avr. 2012, n° 11-22.290 : *Dr. soc. 2012, p. 641 et s*.
- obs. ss Cass. soc., 28 mars 2012, n° 11-16.141 : *Dr. soc. 2012, p. 534 et s*.
- obs. ss Cass. soc., 28 mars 2012, n° 11-61.180 : *Dr. soc. 2012, p. 531 et s*.
- obs. ss Cass. soc., 20 juin 2012, n° 11-61.176 : *Dr. soc. 2012, p. 858 et s*.
- obs. ss Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-26.399 : *Dr. soc. 2012, p. 1071 et s*.
- obs. ss Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-25.420 : *Dr. soc. 2012, p. 1073 et s*.
- obs. ss Cass. soc., 20 janv. 2013, n° 12-11.702 : *Dr. soc. 2013, p. 472 et s*.

- obs. ss Cass. soc., 4 juin 2014, n° 13-60.238 : *Dr. soc. 2014, p. 861 et s*.
- obs. ss Cass. soc., 31 mai 2017, n° 16-60.236 : *Dr. soc. 2017, p. 575 et s*.

PIGNONI M.-T.,

- La syndicalisation en France. Des salariés deux fois plus syndiqués dans la fonction publique : *DARES, analyses, mai 2016, n° 025*.

PORTA J.,

- obs. ss Cass. soc., 12 avr. 2012, n° 11-22.290 : *D. 2012, p. 2622 et s*.

POSITION COMMUNE,

- Position commune sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme : *9 avr. 2008*.

RADE C.,

- note ss Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC : *Dr. soc. 2018, p. 677 et s*.

SAVATIER J.,

- note ss Cass. soc., 1er avr. 1997, n° 96-60.019 : *Dr. soc. 1997, p. 549 et s*.

SENAT

- Rapport n° 470 de la Commission des Affaires sociales du Sénat : *15 juill. 2008*.
- Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le vote électronique : 24 oct. 2018.

TEISSIER C. (dir.), BUSSAT V., PÉLISSE J., VIAL B., WILLEMEZ L.,

- La place des représentants élus du personnel, des pratiques référendaires et des formes de médiation dans la négociation collective d'entreprise : *étude France Stratégie, ASTREES, 2014*.

TEYSSIE B.,

- obs. ss Cass. soc., 19 mai 1988, n° 87-60.207 : *JCP E 1988. II, 15276, n° 10*.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les numéros renvoient aux numéros de paragraphes

A

Accord de méthode, 242

Accord d'entreprise, 115 et s.

Ancienneté, 32, 35, 56 :

- Modification conventionnelle, 33

Audience électorale, 312 :

- Collective, 182, 186 et s., 277 et s. :
  - Abstention, 191 et s.
  - Décompte, 189
  - Élection de référence, 187 et s.
- Personnelle, 197 :
  - Collège électoral, 314 et s.
  - Rature, 198
- Seuil, 313

C

Campagne électorale :

- Financement, 79 et s.

Candidature, 105

Capacité électorale, 39, 57

Citoyenneté, 55 :

- Européenne, 30, 65

Collectivités locales :

- Compétences, 259 et s. :
  - Exclusives, 245
  - Partagées, 246 et s.
- Contrôle de légalité, 262
- Financement, 265
- Libre administration, 244
- Pouvoir normatif, 263 et s.

Comité social et économique, 11

Communauté, 23 :

- Appartenance :
  - Durée, 31
- Lien :
  - Origine, 24

Conseil d'entreprise :

- Attributions, 281, 362 et s.
- Avis conforme, 292 et s.
- Consultation des travailleurs (absence de), 286 et s., 297
- Création, 282 et s., 361, 391

Consultation, 339 et s., 344 et s., 386 :

- Effets, 367 et s.
- Initiative patronale, 372 et s.
- Initiative syndicale, 369 et s.
- Majorité absolue, 345 et s.
- Majorité qualifiée, 349 et s.

Cumul, 74

D

Décentralisation, 4, 235, 295 :

- Effets, 249 et s.
- Niveaux, 236 et s.
- Transfert de compétences, 258 et s.

Délégué syndical, 11, 390 :

- Audience électorale personnelle, *v. ce mot*
- Désignation, 196, 199, 317
- Nomination, 200 et s.

Démocratie, 1 et s., 238, 398 :

- Politique, 2
- Sociale, 2, 382 et s. :
    - Encadrement, 233
    - Limitation, 19
    - Représentative, 234, 280, 303 et s.

Dialogue social, 303

DIRECCTE, 123, 126, 144, 148 et s.

Droit :

- (de l')Électeur, *v. électeur*
- (de l')Éligible, *v. éligible*

E

Égalité, 37

Électeur, 36 :

- Conditions, 38
- Majorité, *v. ce mot*

Élection, 27 :

- Annulation, 137 et s.
- Collège, 158 et s.
- Enjeux, 156
- Organisation, 9
- Proportionnelle, 157
- (droit de) Rature, 160 et s., 165 et s.
- Second tour, 167 et s. :
    - Majorité, 169
    - *Quorum*, 168, 170

Éligible, 50 et s.

Établissement public de coopération intercommunale, 228

I

Inéligibilité, 61 :

- (des) Étrangers, 66
- Incompatibilité, 226

Inspecteur du travail, 124 et s., 127

Intégration étroite et permanente à la communauté de travail, *v. communauté*

Intérêt :

- Collectif, 7, 42, 60
- Général, 7, 60

J

Juge administratif, 129, 139 et s., 148 et s.

Juge judiciaire, 129, 130 et s., 143

L

Légitimité, 153, 239, 305 :

- Descendante, 326 et s.
- Directe ou indirecte, 323 et s., 332
- Semi-directe, 306 et s.

Liste électorale, 68 :

- Actualisation, 46
- Collège, 47, 73
- Commune, 77 et s.
- Dépôt, 75
- Inscription, 44 et s.
- Mentions, 48
- Nombre, 72
- Parité, 71

M

Majorité, 34, 41, 58

Mandat :

- Cumul, 210 et s. :
  - Dans le temps, 217 et s.
  - Démission, 214 et s.
  - Simultané, 220 et s.
- Comité social et économique, 155 et s.
- Origine, 154
- Prorogation, 142 et s., 146
- Syndical, 325, 329 et s.

N

Nationalité, 28, 55, 64

Négociation collective, 14, 240 et s., 251, 293 et s., 296, 305, 33 et s., 337 et s., 354

O

Organisation syndicale :

- Affaiblissement, *v. consultation*
- Affiliation, 110
- Monopole, 10, 69 et s.
- Renforcement, *v. consultation*
- Vocation juridique, 318 et s., 341

P

Parti politique

- Adhésion, 59 et s.

Participation :

- Directe, 366 et s., 384 et s.
- Exercice, 8, 376
- Négociation collective, 343 et s.
- Objectif, 7
- Périmètre, 6
- Principe, 5, 381 :
  - Effectivité, 162 et s.

Prévalence, 250 :

- Branche, 253 et s.
- Entreprise, 252

Principe de faveur, 255 et s.

Principe général du droit électoral, 17, 89, 117, 138

Propagande électorale :

- Contrôle, 86
- Délai, 84
- Moyens, 85

Protocole d'accord préélectoral, 82, 90 :

- Conclusion, 96 :
  - Majorité, 97 et s.
  - Représentativité, 99 et s.
- Contenu, 95 :
- Contentieux, 132 et s.
- Négociation, 91 et s. :
  - Invitation, 92 et s.

R

Représentant de la section syndicale, 207 et s.

Représentant syndicale au comité social et économique, 204 et s.

Représentation, 12, 267 :

- Double canal, 268
- Comité social et économique, 269 et s. :
  - Composition, 270 et s.
  - Représentant de proximité, 272
- Effectivité, 320 et s.
- Syndicale, *v. représentativité*

Représentativité, 13, 99, 116, 171 et s., 185 et s., 273 :

- Ascendante, 183 et s.
- Critères, 275 et s. :
  - Cumultatifs, 193 et s.
- Descendante, 180 et s.
- Élective, *v. audience électorale collective*
- Présumée, 180
- Prouvé, 181
- Suppression, 389

S

Salarié, 25, 52 et s. :

- Mis à disposition, 54

Scrutin, 88 et s. :

- Bulletin, 109, 111
- Enveloppe, 108
- Information, 103 et s.

Souveraineté, 3 :

- Inéligibilité, 63
- Nationale, *v. nationalité*
- Sociale :
  - Absence, 20

T

Travailleur, 25, 52

V

Vote, 22 :

- Double, 26
- (des) Étrangers, 29
- Modalités, 112 et s. :
  - Correspondance, 120
  - Électronique, 113 et s.
  - Physique, 113 et s.
  - Procuration, 119

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION ..... - 9 -

PARTIE I. L'EMPRUNT LIMITÉ DE LA DÉMOCRATIE SOCIALE À LA DÉMOCRATIE POLITIQUE : DROIT ÉLECTORAL PROFESSIONNEL ..... - 30 -

TITRE I. LES DROITS DU TRAVAILLEUR ..... - 32 -
Chapitre I. Titularité des droits : électeur et éligible ..... - 33 -
Section 1. Les droits de l'électeur ..... - 34 -
§ 1. L'appartenance à une communauté ..... - 34 -
A. Les liens d'appartenance ..... - 35 -
1. L'intégration étroite et permanente à la communauté de travail ..... - 35 -
2. La nationalité : condition d'exercice de la souveraineté ..... - 38 -
B. La durée d'appartenance ..... - 40 -
1. La souplesse du droit du travail ..... - 41 -
2. La rigidité du système politique ..... - 43 -
§ 2. L'établissement des listes électorales ..... - 44 -
A. Les conditions communes ..... - 44 -
1. La capacité électorale ..... - 45 -
2. La majorité électorale ..... - 47 -
B. La distinction des acteurs ..... - 48 -
1. Les obligations de l'employeur ou de l'administration ..... - 48 -
2. Les voies de recours ..... - 53 -
Section 2. Les droits de l'éligible ..... - 54 -
§ 1. L'éligible ..... - 54 -
A. Les conditions de l'éligibilité ..... - 54 -
1. L'obligation : être électeur ..... - 54 -
2. La faculté : adhérer à une organisation syndicale ou un parti politique ..... - 59 -
B. Les restrictions à l'éligibilité ..... - 62 -
1. L'incompatibilité avec certaines fonctions professionnelles ..... - 62 -
2. L'exercice de la souveraineté nationale ..... - 63 -
§ 2. Le candidat ..... - 65 -
A. La présentation de la liste ..... - 65 -
1. Le monopole des organisations syndicales ..... - 66 -
2. La constitution de la liste ..... - 68 -
3. Les listes communes ..... - 73 -
B. Le financement de la campagne électorale ..... - 74 -
1. Les règles d'ordre public absolu ..... - 75 -
2. La négociation des partenaires sociaux ..... - 76 -
C. La propagande électorale ..... - 78 -

CONCLUSION DU CHAPITRE I ..... - 81 -

Chapitre II. Exercice des droits : le scrutin ..... - 82 -
Section 1. La tenue du scrutin ..... - 83 -
§ 1. L'organisation : le protocole d'accord préélectoral ..... - 83 -
A. La négociation ..... - 83 -
1. L'invitation des organisations syndicales ..... - 84 -
2. Les modalités d'invitation ..... - 86 -
3. Le contenu du protocole ..... - 88 -
B. La conclusion ..... - 88 -
1. La condition de majorité ..... - 89 -

2. La prise en compte de la représentativité - 90 -
§ 2. Le déroulement - 91 -
A. Les obligations préalables - 91 -
1. L'information des travailleurs - 91 -
2. Les moyens matériels - 95 -
B. Le vote - 98 -
1. Le vote physique et électronique - 99 -
2. Le vote par procuration ou par correspondance - 103 -
Section 2. L'intervention de l'administration et du juge judiciaire - 106 -
§ 1. La répartition des compétences - 107 -
A. La compétence résiduelle de l'administration - 108 -
1. La saisine de l'administration - 108 -
2. Le recours judiciaire contre la décision administrative - 111 -
B. La compétence par défaut du juge judiciaire - 112 -
1. La régularité des opérations électorales - 113 -
a. L'organisation et le déroulement - 113 -
b. L'intérêt à agir des organisations syndicales - 114 -
2. Le régime d'annulation des élections professionnelles - 116 -
C. Le système politique : compétence des juridictions administratives - 118 -
§ 2. La possible prorogation des mandats - 119 -
§ 3. La simplification relative des recours - 122 -

CONCLUSION DU CHAPITRE II - 124 -

CONCLUSION DU TITRE I - 125 -

TITRE II. LES DROITS DES REPRÉSENTANTS - 126 -
Chapitre I. Origine des mandats - 127 -
Section 1. L'élection de la délégation du personnel au comité social et économique - 128 -
§ 1. Le premier tour - 128 -
A. Le résultat par liste : la répartition des sièges - 128 -
B. Le résultat par candidat : le droit de rature - 130 -
1. L'effectivité relative - 130 -
2. La possible suppression par voie conventionnelle - 134 -
§ 2. L'éventuel second tour - 135 -
A. L'insatisfaction d'un *quorum* global - 135 -
B. L'insatisfaction de conditions personnelles - 136 -
Section 2. Le premier tour : détermination de la représentation syndicale - 138 -
§ 1. La représentativité des organisations syndicales - 138 -
A. L'évolution historique - 138 -
1. La période transitoire : maintien de l'ancien régime de représentativité - 139 -
2. La modification du régime de la représentativité dans l'entreprise - 144 -
a. La représentativité présumée ou prouvée - 145 -
b. La représentativité « élective » - 147 -
B. Le régime actuel - 151 -
1. L'audience électorale collective - 151 -
a. L'élection de référence - 152 -
b. Les modalités de calcul - 154 -
2. L'appréciation jurisprudentielle - 157 -
§ 2. Les représentants syndicaux - 159 -
A. La désignation des délégués syndicaux - 159 -
1. L'audience électorale personnelle - 160 -
2. La désignation-nomination - 161 -
B. La nomination des autres représentants syndicaux - 165 -
1. Le représentant syndical au comité social et économique - 165 -

2. Le représentant de la section syndicale ..... - 168 -

CONCLUSION DU CHAPITRE I ..... - 172 -

Chapitre II. Cumul des mandats ..... - 173 -
Section 1. La limitation dans le temps en droit du travail ..... - 174 -
§ 1. La multiplicité des choix en un bulletin ..... - 174 -
§ 2. Les diverses possibilités de candidatures ..... - 175 -
§ 3. La limitation récente du cumul dans le temps ..... - 178 -
Section 2. La limitation simultanée en droit électoral ..... - 180 -
§ 1. La limitation et l'interdiction ..... - 180 -
§ 2. La séparation des scrutins ..... - 184 -

CONCLUSION DU CHAPITRE II ..... - 188 -

CONCLUSION DU TITRE II ..... - 189 -

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE ..... - 190 -

PARTIE II. L'ENCADREMENT DE LA DÉMOCRATIE SOCIALE PAR LA DÉMOCRATIE POLITIQUE : REPRÉSENTATION ET PARTICIPATION ..... - 191 -

TITRE I. LA DÉMOCRATIE SOCIALE REPRÉSENTATIVE ..... - 193 -
Chapitre I. Décentralisation ..... - 194 -
Section 1. Les cadres de la décentralisation ..... - 195 -
§ 1. Les différents niveaux de négociation ..... - 195 -
A. La rénovation de la démocratie sociale ..... - 195 -
B. La confiance du législateur envers les acteurs de la négociation collective ..... - 198 -
§ 2. Les collectivités locales ..... - 201 -
Section 2. Les effets de la décentralisation ..... - 207 -
§ 1. La prévalence en droit du travail ..... - 207 -
A. L'articulation des accords de branche et d'entreprise ..... - 208 -
1. La liberté de négocier ..... - 209 -
2. La recherche de garanties au moins équivalentes au niveau de l'entreprise ..... - 210 -
B. La remise en cause du principe de faveur ..... - 211 -
§ 2. Le transfert de compétences en droit public ..... - 213 -
A. La dissociation des compétences étatiques et des collectivités locales ..... - 214 -
B. L'indépendance relative sur le plan normatif et financier ..... - 217 -

CONCLUSION DU CHAPITRE I ..... - 221 -

Chapitre II. Représentation dans l'entreprise ..... - 222 -
Section 1. Le double canal de représentation dans l'entreprise ..... - 223 -
§ 1. La représentantion élue : le comité social et économique ..... - 223 -
A. La composition ..... - 223 -
B. Le nouveau représentant de proximité ..... - 225 -
§ 2. La représentation syndicale : l'originalité de la représentativité ..... - 227 -
A. La distinction des critères ..... - 228 -
1. La capacité à la représentation ..... - 229 -
2. L'aptitude à la représentation ..... - 230 -
B. La perspective d'évolution ..... - 232 -
Section 2. La représentation possible : le conseil d'entreprise ..... - 234 -
§ 1. Le regroupement conventionnel des attributions ..... - 234 -
A. La création ..... - 235 -

1. La volonté législative primaire - 235 -
2. Le recours à la négociation collective - 236 -
B. La proposition de consultation des travailleurs - 237 -
1. Les modalités de la représentation - 237 -
2. La mise en œuvre de la représentation - 239 -
§ 2. L'avis conforme - 240 -
A. La prescription minimale du législateur - 240 -
1. L'adaptabilité des relations collectives de travail - 241 -
2. La proposition de soutien des délégués syndicaux par les travailleurs - 242 -
B. Le régime juridique - 243 -

CONCLUSION DU CHAPITRE II - 246 -

CONCLUSION DU TITRE I - 248 -

TITRE II. LE DIALOGUE SOCIAL REPRÉSENTATIF - 249 -
Chapitre I. Participation indirecte des travailleurs - 251 -
Section 1. Les acteurs de la négociation - 253 -
§ 1. La priorité des délégués syndicaux : légitimité semi-directe - 255 -
A. Les raisons électorales - 255 -
1. L'absence de scrutin spécifique - 256 -
2. L'insuffisance d'une double audience - 260 -
B. L'obligation de désignation - 263 -
1. La vocation juridique des organisations syndicales - 264 -
2. L'effectivité de la représentation par les délégués syndicaux - 265 -
§ 2. La subsidiarité des autres acteurs : légitimité directe ou indirecte - 267 -
A. Les entreprises d'au moins 50 salariés sans délégué syndical - 268 -
B. Les entreprises de 11 à moins de 50 salariés - 271 -
§ 3. Le conseil d'entreprise : légitimité directe - 274 -
Section 2. L'issue de la négociation - 276 -
§ 1. La prise en compte des suffrages exprimés - 276 -
A. Les élections professionnelles - 277 -
1. Les suffrages en faveur des organisations syndicales représentatives - 277 -
a. La majorité absolue - 278 -
b. La consultation d'initiative syndicale, à défaut patronale - 279 -
2. Les suffrages en faveur des membres au comité social et économique - 280 -
B. La consultation des travailleurs - 284 -
1. La majorité absolue - 285 -
2. La majorité qualifiée - 287 -
§ 2. Les différents degrés de participation - 290 -
A. La négociation collective traditionnelle - 290 -
1. L'acceptation indirecte - 291 -
2. L'approbation directe - 292 -
3. La ratification ? - 293 -
B. Le conseil d'entreprise - 296 -
1. L'acceptation indirecte - 297 -
2. La nouvelle modalité : un élu, une voix - 297 -

CONCLUSION DU CHAPITRE I - 299 -

Chapitre II. Recherche d'une participation directe des travailleurs - 301 -
Section 1. Les effets de l'actuelle consultation des travailleurs - 302 -
§ 1. La double conséquence sur les organisations syndicales représentatives - 303 -
A. L'affaiblissement - 304 -
B. Le renforcement - 307 -

§ 2. La participation occasionnelle des travailleurs ..... - 307 -
A. La multiplication des recours à la consultation ..... - 308 -
B. Le champ d'intervention restreint des travailleurs ..... - 309 -
Section 2. Proposition pour un éventuel renforcement de la participation directe ..... - 313 -
§ 1. Les travailleurs : définition de la démocratie sociale ..... - 314 -
A. La détermination du cadre de représentation ..... - 315 -
B. La participation à la négociation collective ..... - 317 -
§ 2. L'instauration d'une unique représentation directement élue ..... - 320 -
A. La suppression de la représentativité ..... - 320 -
B. Les nouvelles prérogatives ..... - 322 -
CONCLUSION DU CHAPITRE II ..... - 324 -
CONCLUSION DU TITRE II ..... - 325 -
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE ..... - 326 -
CONCLUSION GÉNÉRALE ..... - 327 -

Vu : La Présidente du jury

Mme Françoise FAVENNEC-HERY

Vu : Les membres du jury

M. Bernard GAURIAU

M. François HOURMANT

M. Arnaud MARTINON

M. Franck PETIT

Résumé :

Sous des appellations identiques, la démocratie politique et la démocratie sociale cachent deux réalités différentes.
Ces démocraties sont fondées sur un système de représentation permettant aux citoyens et aux travailleurs d'élire leurs représentants, au sein des assemblées ou du comité social et économique respectivement. La démocratie sociale se singularise par la présence de deux modes de représentations, élue et syndicale qui puisent leurs légitimités et leurs sources dans les élections professionnelles, distinctes des élections politiques.
Ces élections ont en commun quelques principes généraux du droit électoral consacrés par la Cour de cassation, mais elles se différencient par les enjeux qui les sous-tendent. Les élections politiques placent le citoyen-élu au cœur du débat démocratique ; les élections professionnelles offrent une place prépondérante aux organisations syndicales pour participer au dialogue social dans l'entreprise, au détriment sans doute des vrais acteurs de la négociation collective.
Les démocraties politique et sociale reposent toutes deux sur le mécanisme de la décentralisation. Ainsi, les décisions prises, par les représentants des citoyens et des travailleurs, peuvent l'être à des niveaux infralégislatifs.
Toutefois, décentralisation n'est pas synonyme d'autonomie. Le principe de libre administration des collectivités locales et le principe de participation des travailleurs trouvent leurs limites dans le cadre juridique – parfois financier – imposé par le législateur. Cette décentralisation en trompe-l'œil s'accompagne de l'absence d'un véritable pouvoir normatif.

Mots-clés : démocratie ; élection ; décentralisation ; principe de participation ; représentativité ; négociation collective.

Abstract :

Under identical names, political and social democracies hide two different realities. These democracies are based on a system of representation allowing citizens and workers to elect their representatives, within the assemblies or in the social and economic committee respectively. Social democracy is characterized by the presence of two kinds of representation, elected and trade union, which get their legitimacy and their sources from professional elections, which are distinct from political ones.
These elections share some general principles of electoral law enshrined by the Court of Cassation, but they differ by the stakes that underlie them. Political elections put the elected citizen at the heart of the democratic debate; professional elections provide a predominant space for trade unions to participate in social dialogue within the company, at the expense of the real actors in collective bargaining. Both political and social democracies are based on the mechanism of decentralization. Therefore, decisions taken by representatives of citizens and workers can be taken at sub-legislative levels.
However, decentralization does not mean autonomy. The principle of free administration of local authorities and the principle of worker participation are limited by the legal framework – sometimes financial – imposed by the legislator. This deceptive decentralization is accompanied by the absence of a true normative power.

Keywords : democracy – election – decentralization – principle of worker participation – union representativeness – collective bargaining.

DOCTORAT BRETAGNE LOIRE / DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

université angers

Titre : Élections professionnelles et démocraties
Contribution à l'étude comparée entre relations collectives de travail et système politique

Mots clés : Démocratie – Élection – Décentralisation – Principe de participation – Représentativité – Négociation collective

Résumé :
Sous des appellations identiques, la démocratie politique et la démocratie sociale cachent deux réalités différentes.
Ces démocraties sont fondées sur un système de représentation permettant aux citoyens et aux travailleurs d'élire leurs représentants, au sein des assemblées ou du comité social et économique respectivement. La démocratie sociale se singularise par la présence de deux modes de représentations, élue et syndicale qui puisent leurs légitimités et leurs sources dans les élections professionnelles, distinctes des élections politiques.
Ces élections ont en commun quelques principes généraux du droit électoral consacrés par la Cour de cassation, mais elles se différencient par les enjeux qui les sous-tendent. Les élections politiques placent le citoyen-élu au cœur du débat démocratique ; les élections professionnelles offrent une place prépondérante aux organisations syndicales pour participer au dialogue social dans l'entreprise, au détriment sans doute des vrais acteurs de la négociation collective.
Les démocraties politique et sociale reposent toutes deux sur le mécanisme de la décentralisation. Ainsi, les décisions prises, par les représentants des citoyens et des travailleurs, peuvent l'être à des niveaux infralégislatifs.
Toutefois, décentralisation n'est pas synonyme d'autonomie. Le principe de libre administration des collectivités locales et le principe de participation des travailleurs trouvent leurs limites dans le cadre juridique – parfois financier – imposé par le législateur. Cette décentralisation en trompe-l'œil s'accompagne de l'absence d'un véritable pouvoir normatif.

Title : Professional elections and democracies
Contribution to comparative study between collective labour relations and political system

Keywords : Democracy – Election – Decentralization – Principle of worker participation – Union representativeness – Collective bargaining

Abstract :
Under identical names, political and social democracies hide two different realities. These democracies are based on a system of representation allowing citizens and workers to elect their representatives, within the assemblies or in the social and economic committee respectively. Social democracy is characterized by the presence of two kinds of representation, elected and trade union, which get their legitimacy and their sources from professional elections, which are distinct from political ones.
These elections share some general principles of electoral law enshrined by the Court of Cassation, but they differ by the stakes that underlie them. Political elections put the elected citizen at the heart of the democratic debate; professional elections provide a predominant space for trade unions to participate in social dialogue within the company, at the expense of the real actors in collective bargaining. Both political and social democracies are based on the mechanism of decentralization. Therefore, decisions taken by representatives of citizens and workers can be taken at sub-legislative levels.
However, decentralization does not mean autonomy. The principle of free administration of local authorities and the principle of worker participation are limited by the legal framework – sometimes financial – imposed by the legislator. This deceptive decentralization is accompanied by the absence of a true normative power.