



HAL
open science

L'institution du dialogue social dans les entreprises du secteur privé

Dorian Mellot

► **To cite this version:**

Dorian Mellot. L'institution du dialogue social dans les entreprises du secteur privé. Droit. Université Lumière - Lyon II, 2023. Français. NNT : 2023LYO20089 . tel-04529083

HAL Id: tel-04529083

<https://theses.hal.science/tel-04529083v1>

Submitted on 2 Apr 2024

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

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



N° d'ordre NNT : 2023LYO20089

THÈSE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ LUMIÈRE LYON 2

École Doctorale : ED 492
Droit

Discipline : Droit social

Soutenue publiquement le 20 décembre 2023 par :

Dorian MELLOT

L'institution du dialogue social dans les entreprises du secteur privé.

Devant le jury composé de :

Pierre-Yves VERKINDT, Professeur émérite, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Président et Rapporteur

Paul-Henri ANTONMATTEI, Professeur d'université, Université de Montpellier, Rapporteur

Sophie BÉROUD, Professeure des Universités, Université Lumière Lyon 2, Examinatrice

Florence BERGERON, Professeure d'université, Université de Montpellier, Examinatrice

Cécile NICOD, Maître de conférences, Université Lumière Lyon 2, Examinatrice

Florence DEBORD, Professeure des Universités, Université Lumière Lyon 2, Directrice de thèse

Contrat de diffusion

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

Université Lumière Lyon 2

Ecole doctorale de Droit (ED 492)

Centre de Recherches Critiques sur le Droit (UMR 5137)

L'institution du dialogue social dans les entreprises du secteur privé

Dorian MELLOTT

Droit privé et sciences criminelles

Droit social

Sous la direction de Florence DEBORD

Présentée et soutenue publiquement le 20 décembre 2023

Composition du jury :

Paul-Henri ANTONMATTEI, Professeur, Université Paul Valéry Montpellier

Florence BERGERON, Professeure, Université Paul Valéry Montpellier

Sophie BEROUD, Professeure, Université Lumière Lyon 2

Cécile NICOD, Maîtresse de conférences, Université Lumière Lyon 2

Pierre-Yves VERKINDT, Professeur, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

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

Résumé

Le syntagme « dialogue social » est présent dans le discours du Législateur pour motiver ses réformes des relations collectives et dans le discours législatif lui-même au bénéfice de ces mêmes réformes. Cependant, il n'est défini par aucun de ces discours, malgré trois chapitres du code du travail qui y sont consacrés et un article relatif à la formation des salariés, des employeurs ou de leurs représentants à celui-ci. Il s'agit donc dans cette thèse de déterminer ce qui le singularise d'autres expressions qui pourraient être tenues pour synonymes, comme celle de « relations collectives ». Le cas échéant, nous cherchons à identifier le modèle de relations collectives que le Législateur signifie par l'emploi et l'institution de ce syntagme. Il nous apparaît que ce modèle repose sur la décentralisation de la production normative, entendue comme un repositionnement de l'Etat afin de permettre une adaptation des organisations économiques à leur environnement économique et financier.

Abstract

The term « social dialogue » is employed in the discourse of the Legislator to motivate his reforms of collective relations and in the legislative discourse itself for the benefit of these same reforms. However, it is not defined by any of these discourses, despite three chapters of the Labour Code devoted to it and an article relating to the training of employees, employers or their representatives in it. The aim of this thesis is therefore to determine what distinguishes it from other expressions that could be considered synonymous, such as « collective relations ». Where appropriate, we seek to identify the model of collective relations that the Legislator signifies through the use and institution of this syntagm. It seems to us that this model is based on the decentralisation of normative production, understood as a repositioning of the State in order to allow economic organisations to adapt to their financial and economic environment.

Remerciements

Je remercie tout d'abord Florence Debord d'avoir accepté de diriger cette thèse. Merci pour ses conseils, sa disponibilité et son soutien tout au long de cette recherche.

Je remercie Cécile Nicod, pour avoir dirigé mon mémoire de Master 2 dont les travaux se sont prolongés avec cette thèse. Merci pour son soutien dans cette poursuite en thèse, pour sa confiance tant pour la recherche que pour les premiers cours qu'elle m'a confiés.

Je remercie également Carole Giraudet, pour tout.

Je remercie Agnès Naton et Stéphane Bochart de m'avoir permis de faire cette thèse au moyen d'une CIFRE. Je remercie le comité régional CGT Auvergne-Rhône-Alpes, les unions départementales et les fédérations de la région d'avoir soutenu ce projet.

Je remercie Aude, Djamila, Francisca et Saadi pour leur bonne humeur et le plaisir que j'ai eu de travailler au comité régional avec elles. Merci aussi à Eric(s), Fabrice, François, Jacques, Jean-Raymond, Lydia, Maud, Pierre, Thierry et tous les camarades avec qui j'ai eu plaisir à échanger régulièrement.

Je remercie mes collègues doctorants et les enseignants-chercheurs du CERCRID. J'ai une pensée pour Arthur, Cindy, Emmanuel, Haluka, Kévin, Laurent, Ninon, Pierre-Emmanuel, Quentin et Serge. Je remercie également Antoine Jeammaud pour nos échanges et le temps qu'il a bien voulu m'accorder au cours de cette recherche. Je remercie Sylvaine Laulom qui m'a accompagné dans la préparation de ce sujet de thèse et les démarches pour obtenir une CIFRE avant d'être nommée à la Cour de cassation et de devoir passer le relais, que Florence Debord a bien voulu prendre. Qu'elles en soient remerciées.

Je remercie mes parents pour leur soutien infailible tout au long de mes études jusqu'à cet aboutissement. Je remercie également mes grands-parents pour leur soutien et pour m'avoir permis de rédiger quelques-uns des chapitres qui vont suivre à l'abris de la canicule dans leur sous-sol. Je remercie également mon frère, Romain. J'ai une pensée particulière en cette fin de thèse pour mon grand-père Charles et mon grand-oncle Fernand.

Je remercie mes amis, notamment pour leur soutien mais aussi pour tout le reste, en particulier ceux dont j'ai dû m'éloigner mais que j'ai toujours plaisir à retrouver, Antoine, Bettina, Edouard, Margot, Mathilde, Pierre et Solène. Je veux également remercier mes amis et camarades berrichons, en particulier Aurélien, Claire, Eliane et Kenza, ainsi que les vaudais Behaa, Christiane, Jonathan, Lucas, Marius, Nans, Paul, Pierre et Tatiana. Merci bien sûr à Lucas, en particulier pour son soutien dans la dernière période de rédaction.

Merci enfin à toutes celles et tous ceux qui m'ont de près ou de loin permis d'arriver jusqu'ici, notamment à tous les personnels de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur et de la recherche grâce auxquels j'ai pu faire partie de cette exception que sont les enfants d'ouvriers qui atteignent le doctorat.

Sommaire

Introduction générale	p. 1
Partie 1 : L'institution du dialogue social comme modèle de relations collectives	p. 57
Titre 1 : L'institution d'un modèle de norme négociée.....	p. 59
<i>Chapitre 1 : L'organisation renouvelée de la négociation collective</i>	p. 61
<i>Chapitre 2 : L'activité de négociation diversifiée</i>	p. 115
Titre 2 : L'institution d'un modèle de norme délibérée.....	p. 187
<i>Chapitre 1 : L'organisation renouvelée de la représentation élue du personnel</i>	p. 189
<i>Chapitre 2 : L'activité de représentation concentrée</i>	p. 257
Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation	p. 317
Titre 1 : L'institution d'un modèle de norme étatique.....	p. 321
<i>Chapitre 1 : L'Etat émetteur de l'habilitation</i>	p. 323
<i>Chapitre 2 : La norme étatique adaptable</i>	p. 405
Titre 2 : Un modèle de norme décentralisée.....	p. 453
<i>Chapitre 1 : Les organisations économiques réceptrices de l'habilitation</i>	p. 455
<i>Chapitre 2 : La norme décentralisée adaptée</i>	p. 511
Conclusion générale	p. 587

Liste des abréviations

A

ACEMO	enquête l'Activité et les Conditions d'Emploi de la Main-d'Oeuvre
al.	Alinéa
anc.	Ancien
ANI	Accord National Interprofessionnel
<i>APD</i>	Archives de Philosophie du Droit
ARPE	Autorité des Relations sociales des Plateformes d'Emploi
art.	Article
Ass. nat.	Assemblée nationale
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
ASTREES	ASSociation TRavail Emploi Europe Société
av. gén.	Avocat général

B

<i>BICC</i>	Bulletin d'Information de la Cour de Cassation
<i>BGB</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (compilation des lois civiles allemandes)
<i>BJT</i>	Bulletin Joly du Travail
<i>BJS</i>	Bulletin Joly Sociétés
BOMT	Bulletin Officiel du Ministère du Travail
Bull.	Bulletin

C

CA	Cour d'Appel
<i>Cah. dr. entr.</i>	Cahiers de Droit de l'entreprise
<i>Cah. DRH</i>	Cahiers du DRH
<i>Cah. soc.</i>	Cahiers sociaux
Cass.	Cour de cassation
CE	Comité d'entreprise
CEE	Traité instituant la Communauté Economique Européenne

CECA	Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CEDS	Comité Européen des Droits Sociaux
CEEP	Centre Européen des Employeurs fournissant des services Publics et des services d'intérêt général
CERCRID	CEntre de Recherches CRItiques sur le Droit
CES	Confédération Européenne des Syndicats
CESE	Conseil Economique, Social et Environnemental (anc. Conseil Economique et Social, abrégé C.E.S.)
CFDT	Confédération Française Démocratique du Travail
CGT	Confédération Générale du Travail
CGT-FO	Confédération Générale du Travail - Force ouvrière (ou seulement FO)
CHSCT	Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail
Chron.	Chronique
Civ. 3 ^e	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
CJD	Centre des Jeunes Dirigeants d'entreprise
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CNPF	Conseil National du Patronat Français
coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
comp.	Comparer
concl.	Conclusions
cons.	Considérant
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Cons. d'Etat	Conseil d'Etat
CRDS	Centre de Recherche en Droit Social
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CSB	Cahiers Sociaux du Barreaux de Paris
CSE	Comité Social et Economique
CSSCT	Commission de Santé, de Sécurité et des Conditions de Travail
CURAPP	Centre Universitaire de Recherches sur l'Action Publique et le Politique

D

<i>D.</i>	Recueil Dalloz
DARES	Direction de l'Animation de la Recherche, des Etudes et des Statistiques
DGT	Direction Générale du Travail
DP	Délégué du personnel
DRDS	Dictionnaire des Recherches en Droit Social de l'IRERP
<i>Dr. ouv.</i>	Droit ouvrier
<i>Dr. soc.</i>	Droit social
DU	Diplôme Universitaire

E

EDSM	Ecole de Droit Social de Montpellier
EPIC	Etablissement Public Industriel et Commercial
ex.	Exemple

F

FCPE	Fonds Communs de Placement d'Entreprise
FUSL	Facultés Universitaires de Saint-Louis (devenues PUSL)

G

GADT	Grands Arrêts du Droit du Travail
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
GDR	Gauche Démocrate et Républicaine (groupe parlementaire)
GEDISST	Groupe d'Etudes sur la Division Sociale et Sexuelle du Travail

I

<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , signifie « au même endroit »
INTEFP	Institut National du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle
IPSAS	Institution de Progrès Social des Agents de la Sidérurgie
IRERP	Institut de Recherche Juridique sur l'Entreprise et les Relations Professionnelles
IRES	Institut de Recherches Economiques et Sociales
IRG	Institut de Recherche en Gestion

IRJS Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne

J

JCP JurisClasseur Périodique, édition générale

JCP E JurisClasseur Périodique, édition entreprise

JCP N JurisClasseur Périodique, édition notariale

JCP S JurisClasseur Périodique, édition sociale

JOCE Journal Officiel de la Communauté Européenne

JO ch. dép. Journal Officiel de la chambre des députés

JORF Journal Officiel de la République Française

L

LAV Letzbuerger Arbechter Verband

loc. cit. *Loco citato*, signifie « à l'endroit cité »

LPE Législations Protectrices de l'Emploi

LPF Livre des Procédures Fiscales

M

Min. Ministère

MRASH Maison Rhône-Alpes des Sciences de l'Homme

N

n° Numéro

not. Notamment

NRT (La) La Nouvelle Revue du Travail

O

Obs. Observations

OCDE Organisation de Coopération et de Développement Economiques

op. cit. *opere citato* ou *opus citatum*, signifie un ouvrage déjà cité

ORES Observatoire des Relations Economiques et Sociales

P

p.	Page
PERCO	Plan Epargne Retraite Collective
PME	Petites et Moyennes Entreprises
pp.	Plusieurs pages
préc.	Précité
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
PUG	Presses Universitaires de Grenoble
PUR	Presses Universitaires de Rennes
PUSL	Presses de l'Université de Saint-Louis (anc. FUSL)
PUSS	Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse

R

rapp.	Rapport
repr.	Reproduit
REO	<i>Return On Equity</i> (qui signifie la rentabilité des capitaux propres)
<i>RDP</i>	Revue du Droit Public
<i>RDT</i>	Revue de Droit du Travail
<i>Rev. fid.</i>	Revue fiduciaire
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés
<i>RIDE</i>	Revue Internationale de Droit Economique
<i>RIEJ</i>	Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques
<i>RJS</i>	Revue de Jurisprudence Sociale
ROCE	<i>Return On Capital Employed</i> (qui signifie rentabilité des capitaux investis)
<i>RTD civ.</i>	Revue Trimestrielle de Droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue Trimestrielle de Droit commercial
<i>RTD eur.</i>	Revue Trimestrielle de Droit européen

S

s.	et suivants
SA	Société anonyme
SAPO	Sociétés Anonymes à Participation Ouvrière
SARL	Société A Responsabilité Limitée
SCOP	Société Coopérative Ouvrière de Production (devenue Société Coopérative et Participative)
SICAV	Société d'Investissement à Capital Variable
SMIC	Salaire Minimum Interprofessionnel de Croissance
SNCF	Société Nationale des Chemins de Fer
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
spéc.	Spécifiquement
ss.	Sous
SSL	Semaine Sociale Lamy
suppl.	Supplément

T

t.	Tome
TPE	Très Petites Entreprises

U

UES	Unité Economique et Sociale
UIMM	Union des Industries et Métiers de la Métallurgie
UNICE	UNion des Industries de la Communauté Européenne
Univ.	Université

V

v.	Voir
VTC	Voitures de Transport avec Chauffeur

Introduction

1. Le dialogue social est omniprésent dans les discours. Il l'est bien sûr dans le discours politique pour son usage rhétorique. Mais il se diffuse au-delà, au bénéfice de réformes adoptées pour le renforcer ou le moderniser. Il acquiert ainsi une « assise institutionnelle »¹. Le dialogue social a un haut conseil, des observatoires départementaux, et régulièrement un ministère, qui lui sont dédiés. Il est employé par les employeurs ainsi que les organisations syndicales et patronales, ce dont témoigne la quantité d'accords collectifs relatifs à son organisation ou aux moyens du dialogue social². Les acteurs du dialogue social peuvent s'y former auprès d'un réseau d'organismes coordonné par l'Institut National du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle (INTEFP). On retrouve son emploi par de nombreux auteurs en doctrine. Certaines facultés délivrent des diplômes universitaires (DU) de dialogue social³. A la lecture des programmes, l'on peut imaginer qu'il ne s'agit pas d'un simple diplôme certifiant l'acquisition de connaissances juridiques relatives aux relations collectives. On trouve dans ces diplômes des cours dédiés à l'analyse du contexte économique, social, organisationnel, ou encore au *management* de la négociation. Déjà l'on voit poindre une attention particulière portée au processus et à l'aspect relationnel sans se restreindre aux seules règles positives de la négociation d'un accord collectif ou de la consultation d'un comité.

2. Mais le dialogue social est un concept pour le moins controversé⁴. Pour certains il est un « abus de langage, marécage dans lequel tout le monde saute à pieds joints par crainte d'être considéré comme un attardé à l'écart de la modernité et du consensus »⁵. Pour d'autres, il correspond à un « fétichisme de la procédure »⁶ ou signifie un modèle soumis aux exigences

¹ E. Béthoux, *Le dialogue social. Sociologie d'un concept controversé*, Mémoire pour l'habilitation à diriger des recherches, 2020, p. 59.

² Sur Légifrance, ce sont plus de 250.000 accords d'entreprises mentionnant le dialogue social qui sont recensés.

³ Les Universités de Bordeaux, de La Réunion, de Lorraine, de Montpellier, de Normandie, d'Orléans et de Paris-Panthéon-Assas proposent ce DU.

⁴ E. Béthoux, *op. cit.*

⁵ P. Rennes, « Dialogue social : les moyens et la fin », *Dr. ouv.*, 2015, p. 348.

⁶ E. Béthoux, *op. cit.*, p. 173

Introduction générale

du marché⁷. Pour d'autres encore, cet emploi n'est soit pas questionné soit admis avec bienveillance. Il se pourrait même qu'il soit une nécessité pour opérer une « révolution culturelle »⁸ dont les entreprises ont besoin afin de sortir de la logique conflictuelle et de la rigidité des lois qui seraient néfastes à la compétitivité de l'économie française. Il aurait la faculté de réduire la conflictualité, d'accroître l'engagement des salariés et d'améliorer les performances et la gouvernance des entreprises⁹. Mais cette expression ne mérite sans doute, comme Junie, « ni cet excès d'honneur ni cette indignité »¹⁰.

3. Si cette controverse existe, c'est pensons-nous que cette expression signifie une *logique* voire une *philosophie* ou un *modèle* particulier. Des auteurs ont interrogé cette expression dans ces termes. Pour Madame Dirringer, il « n'est pas simplement une expression nouvelle pour rendre compte des relations collectives. Il traduit un changement de logique dans laquelle les procédures de participation ne visent plus tant à rendre *effectifs* les droits de participation des travailleurs qu'à être un gage de *l'efficacité* du processus décisionnel au sein de l'entreprise »¹¹. Pour le Professeur Géa, il « s'apparente à un modèle, porteur d'une philosophie propre et dont l'effectivité s'avère, dans une large mesure, tributaire des acteurs susceptibles de les mettre en œuvre »¹². L'auteur se fonde sur des modèles élaborés en philosophie du langage, les modèles dialogique et dialogal, pour interpréter le Droit positif¹³. Employé par le Législateur, et intégré à des actes de législation et à la législation elle-même, le syntagme dialogue social n'est plus le simple outil de communication qu'il a pu être, il s'accompagne de règles, et partant, de références nouvelles pour l'action des salariés, des

⁷ F. Dumont, « Réflexions sur la négociation collective dans l'axe OIT/France », in G. Loiseau, Mélanges en l'honneur de Pierre-Yves Verkindt, LGDJ, 2022, p. 133.

⁸ M. El Khomri, Deuxième séance du mardi 3 mai 2016, Compte rendu intégral des débats de l'Assemblée nationale.

⁹ A. Rébérioux, « Dialogue social et performance des entreprises », in F. Géa et A. Stévenot, *Le dialogue social. L'avènement d'un modèle ?*, Bruylant, 2021, p. 258.

¹⁰ J. Racine, *Britannicus*, Acte II, scène 3.

¹¹ J. Dirringer, « L'esprit du dialogue social : de la loi du 20 août 2008 aux accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation des salariés », *Revue de l'IREC*, 2015/4, n° 87, pp. 139 à 140.

¹² F. Géa, « Un dialogue social... et écologique ? », in M. Combet *et al.*, *Itinéraires d'un juriste*, Mélanges en l'honneur de Marc Véricel, Mare et martin, 2023, p. 149.

¹³ F. Géa, « L'hypothèse dialogique (ou dialogale) en Droit du travail », in F. Géa et A. Stévenot, *op. cit.*, Bruylant, 2021, spéc. p. 60.

dirigeants d'entreprise et de leurs représentants¹⁴. Il convoque des représentations qui tendent à orienter l'action collective¹⁵ et qui s'expriment dans ses institutions¹⁶.

L'emploi du syntagme dialogue social n'a cependant fait l'objet que de peu d'études spécifiques en Droit. Si l'on trouve des thèses qui l'emploient en titre, celles-ci n'en fournissent pas une définition particulière et en usent comme d'un simple synonyme de l'expression relations collectives ou professionnelles¹⁷. Quant aux travaux évoqués précédemment, s'ils envisagent une autre logique ou une autre philosophie, ils n'en produisent pas de modèle explicite permettant d'en appréhender la singularité dans le Droit. Pourtant son emploi et sa diffusion, le changement sémantique et de grammaire des relations collectives qu'il signifie, ne sont pas anodins¹⁸. Si l'absence de véritable définition n'est pas un problème, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'une catégorie juridique dont l'enjeu de qualification entraînerait des effets juridiques particuliers, son affirmation dans le discours juridique pourrait modifier cet état. A tout le moins considérons-nous que celui-ci signifie un modèle de relations collectives qui, sans impliquer la qualification de dialogue social – les catégories englobées par ce syntagme étant suffisantes – impliquent de nouvelles règles. C'est ce modèle institué par le Législateur et signifié par l'emploi du syntagme dialogue social que nous recherchons.

Dans le cadre de cette recherche, le principal travail à réaliser est celui de définition du syntagme dialogue social. Le Droit positif apporte peu d'informations à ce sujet, puisque de définition juridique il n'y a point. Le chapitre préliminaire du Code du travail ne fait que renvoyer à des catégories juridiques existantes et le récent régime juridique relatif au dialogue social des plateformes ressemble à s'y méprendre à celui de la représentation du personnel et de la négociation collective que nous connaissons déjà, avec quelques singularités sur lesquelles nous reviendront. Dans le reste du Code si le syntagme est bien employé, comme

¹⁴ V. A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *RIEJ*, 1990/2, p. 125.

¹⁵ C. Thuderoz, « Les « formations communes syndicats/entreprises ». Sociographie d'un dispositif à repenser », *RDT*, 2021, p. 499.

¹⁶ A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, 2015, p. 9.

¹⁷ V. L. Dauxerre, *La représentativité syndicale instrument du dialogue social*, Thèse microfiches, Paris II Panthéon-Assas, 2005 ; C. Grenouilleau, *Promotion des acteurs sociaux et construction du dialogue social*, Thèse dactylographiée, Paris I Panthéon-Sorbonne, 2021 ; Dans sa thèse Monsieur Mathieu Hecquet réalise un travail notionnel mais rapporté au seul cadre de l'Union qui est l'objet de ses recherches (M. Hecquet, *Essai sur le dialogue social européen*, LGDJ, 2007, n° 4, p. 2 et s.).

¹⁸ V. à ce sujet N. Moizard, « La négociation collective d'entreprise en distanciel », M. Combet *et al.*, *op. cit.*, p. 320.

Introduction générale

dans l'article relatif aux formations communes, on ne trouve jamais de définition ni de régime juridique propre nous permettant d'affirmer ce qu'est, juridiquement, le dialogue social et ce qui le distingue des catégories juridiques existantes qu'il semble englober. Peut-être n'est-il alors qu'un terme englobant. Mais on pourrait alors légitimement s'interroger sur son usage et sur ce qui pourrait le distinguer d'autres syntagmes comme les relations collectives de travail ou la représentation du personnel. Pour approcher ce sujet, nous commencerons par un classique exercice de définition des termes de notre sujet en décomposant son titre comme s'ensuit : l'institution (I) du dialogue social (II) dans les entreprises du secteur privé (III).

I. L'institution...

4. Nous devons tout d'abord préciser le sens du terme institution employé dans le titre de notre sujet. Pour cela nous commencerons par le définir afin d'identifier les différents sens qu'il recouvre et celui que nous retenons pour notre étude (A). Cela fait, nous verrons que le sens déterminé contient, s'il n'implique, certains choix méthodologiques. Nous développerons donc à cette occasion la méthode suivie pour parvenir à la thèse que nous soutenons (B).

A. Le sens du terme institution

5. Le terme institution renvoie pour le juriste à la théorie de Maurice Hauriou. Il peut alors recouvrir deux sens. L'un permet de désigner une *institution vivante*, c'est-à-dire une personne morale, l'autre permet de désigner une *institution inerte*, c'est-à-dire un objet. La première dispose d'une autonomie lui permettant de poursuivre ses propres fins que la seconde n'a pas¹⁹.

L'*institution vivante* se définit par l'« idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir

¹⁹ L. Sfez, « Institution », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy/PUF, 2003, p. 835.

s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures »²⁰. Avec l'aide de ses commentateurs, nous pouvons identifier dans la définition de l'institution donnée par Hauriou les éléments de singularité. Le plus important est l'idée d'œuvre à accomplir. Pour accomplir cette œuvre, l'institution doit « s'objectiver et acquérir une individualité sociale »²¹ qui se concrétise dans des organes. Ces organes ont vocation à agir de manière consciente en vue de réaliser le but de l'institution. Pour ce faire, un pouvoir permet de coordonner l'action de ces organes, qui comprend notamment un aspect disciplinaire. Cette institution n'est pas un produit du Droit, elle se constate, et produit elle-même du Droit. En d'autres termes, « ce sont les institutions qui font les règles de droit, ce ne sont pas les règles qui font les institutions. Dans cette théorie les groupes sont spontanés mais s'organisent pour réaliser leur objectif »²². Elle se caractérise ensuite par une « permanence [qui] est assurée par un équilibre des forces internes »²³. L'institution n'est pas qu'un simple évènement temporaire. Ce sens ne correspond manifestement pas à l'objet de notre recherche en ce que le dialogue social ne désigne pas une organisation dont on pourrait interroger le but, le pouvoir ou la permanence.

L'*institution inerte* correspond quant à elle à des choses qui n'ont pas l'autonomie suffisante pour agir. Elle désigne par métonymie ce qui a été institué. Elle désigne en ce sens un corps de règles qui poursuivent un même objet²⁴. Rentrent dans cette catégorie le contrat de travail ou la négociation collective, et selon Maurice Hauriou le Droit lui-même doit être ainsi considéré. Ce sens pourrait correspondre à l'objet de notre recherche en ce qu'il existe un corps de règles désigné comme relatif au dialogue social au niveau national et interprofessionnel et au niveau de secteurs d'activités où le travail est organisé par des plateformes. Ce corps de règles pourrait aussi se saisir médiatement par l'étude d'autres régimes qu'englobe l'expression dialogue social, en particulier ceux de la négociation des accords collectifs et de la représentation du personnel.

²⁰ M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation », *Cahiers de la nouvelle journée*, 1925, réédité in *Cahiers de la nouvelle journée*, 1933, p. 104.

²¹ C. Giraudet, *Théorie de l'institution et droit du travail*, Thèse dactylographiée, Paris Ouest Nanterre La Défense, 2014, p. 40.

²² *Ibid.*, p. 19.

²³ M. Hauriou, *Principes de droit public*, Dalloz, 2010, p. 132.

²⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., 2016, p. 557, spéc. n° 2.

Introduction générale

Nous pouvons distinguer une troisième signification qui désigne le processus qui mène à la création et à l'évolution du corps de règles. Ce processus peut lui aussi porter le nom d'institution. Il est employé comme substantif du verbe *instituer*. Dans ce sens, qui est le sens commun, il désigne alors « l'action d'instituer »²⁵.

L'institution peut donc signifier une organisation, un produit ou un processus. Ce sont ces deux derniers sens que nous retenons dans le cadre de nos recherches. L'étude du processus instituant comme du produit institué nous invite à exposer la méthode permettant d'appréhender ce concept. Nous pouvons dès à présent préciser que s'agissant de l'étude d'un processus, notre démarche sera nécessairement diachronique pour rendre compte du mouvement.

B. Une invitation à exposer la méthode

6. Nous étudierons les différentes approches épistémologiques avant d'exprimer et de justifier nos choix. L'approche de l'épistémologie, outre qu'elle peut paraître aride, peut sembler compliquée tant il y a de contradictions entre les auteurs et de divergences dans les classifications. Cela est dû aux postures épistémologiques adoptées par les auteurs eux-mêmes. Nous verrons par exemple que tandis que certains classent le réalisme comme un positivisme, d'autres le distinguent car ils adhèrent au réalisme mais rejettent le positivisme ou à certains de leurs postulats. A l'inverse, ils peuvent y intégrer le courant critique du droit qui est pourtant fondé sur une critique radicale du positivisme. On peut encore observer qu'à peu près tous les courants prétendent également rejeter les aspects métaphysiques des autres théories. Il ne s'agira cependant pas pour nous de démêler ces problèmes de classification mais seulement d'exposer de façon synthétique les différentes options méthodologiques proposées (1) avant d'exprimer et de justifier nos choix pour diriger cette étude (2).

²⁵ G. Cornu, *op. cit.*, p. 557, spéc. n° 4 ; C'est la première définition retenue par différents dictionnaires tels que le Larousse, le Robert ou celui de l'Académie française.

1. *Diverses approches épistémologiques*

7. L'application d'une méthode est le propre de l'activité scientifique. Cette méthode doit permettre de produire des énoncés vrais, ou qui tendent à la vérité par correction des énoncés précédemment admis comme vrais. Ce que cherchent les scientifiques serait la meilleure approximation de la vérité possible, qui s'obtiendrait par un mouvement de rectification continue des connaissances. Atteindre cet objectif suppose une forte dimension critique du travail scientifique²⁶.

Trois éléments sont constitutifs de la science. Le Professeur Granger les énumère comme s'ensuit :

« 1. La science vise une « réalité, quelle que soit l'interprétation que la philosophie veuille donner à ce terme : il s'oppose également ici à toute production que l'imagination construirait sans obstacles.

2. La science cherche une « explication, c'est-à-dire l'insertion de la réalité qu'elle décrit dans un système abstrait de concepts, débordant les faits singuliers que l'expérience nous propose. Une explication ainsi entendue suppose que les faits à expliquer soient transposés d'abord sous la forme d'un « modèle » abstrait, dont les éléments puissent être définis par leurs relations mutuelles et, pour certains d'entre eux, par un protocole de rapports avec l'expérience.

3. La science se soumet à des critères de « validité » qui sont explicitement formulables et qui font l'objet d'un consensus »²⁷.

Trois principes communs aux différentes sciences peuvent être dégagés pour mener cette activité²⁸. Il s'agit des principes de rationalité, de vérifiabilité ou de non-falsifiabilité et

²⁶ J.-P. Thomas, « Science, notion de », in *Encyclopædia universalis*.

<https://www.universalis-edu.com/encyclopedie/science-notion-de/>, consulté le 29 août 2023.

²⁷ G. G. Granger, « Epistémologie », in *Encyclopædia universalis*.

<https://www.universalis-edu.com/encyclopedie/epistemologie/>, consulté le 29 août 2023.

²⁸ B. Moron-Puech, *Contrat ou acte juridique ? : étude à partir de la relation médicale*, Thèse dactylographiée, Paris II Panthéon-Assas, 2016, p. 26 et s.

le principe de transparence. La rationalité peut s'entendre de la non-contradiction des énoncés et de leur articulation logique. La vérifiabilité s'entend de la possibilité de reproduire l'expérience ou le raisonnement. Karl Popper a proposé celui de non-falsifiabilité de l'énoncé en ce domaine. La transparence enfin s'entend de l'exposition par le chercheur des postulats et valeurs préalables à son étude.

8. L'épistémologie a pour objet l'étude de la production d'énoncés scientifiques. Si l'on admet l'existence d'une science juridique, ce qui est débattu²⁹, l'épistémologie en droit porte sur la connaissance des fondements et de la production des énoncés *du* Droit et *sur* le Droit³⁰. Dans le cadre d'une étude des énoncés *du* Droit, il s'agit de produire un savoir sur l'objet du Droit, tandis que dans le cadre d'une étude des énoncés *sur* le Droit, il s'agit de produire un savoir sur sa mise en œuvre. Le premier correspondrait cependant à « ce que le juriste est supposé connaître »³¹ limitant de fait son intérêt dans la recherche puisqu'il n'est que réitération d'énoncés déjà connus, ou supposés l'être. Il est encore possible de distinguer le « savoir *dans* [nous soulignons] le Droit »³², c'est-à-dire celui sur lequel repose le raisonnement du Législateur ou du Juge. Son étude vise à comprendre la *ratio legis* ou la *ratio decidendi* en recherchant les savoirs qui fondent un choix plutôt qu'un autre³³.

Mais encore faut-il préciser que si le Droit est un langage, ou qu'il est signifié par des actes langagiers, le locuteur joue un rôle important puisque sans lui, il n'y a pas langage. C'est pourquoi certains auteurs préfèrent étudier le langage *sur* le Droit. Parmi eux, des auteurs étudient le journal officiel considérant que par ses énoncés performatifs, il est un discours du Législateur *sur* le Droit puisqu'il « y parle des lois »³⁴.

Deux postures épistémologiques peuvent être distinguées vis-à-vis de l'étude des énoncés. La posture descriptive distingue ces deux objets et s'intéresse aux méthodes de

²⁹ Selon que l'on considère le Droit comme un art ou comme un acte de volonté, celui-ci serait insusceptible de constituer une activité scientifique (V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014, 2^e éd., n° 14, p. 8).

³⁰ C. Atias, *Epistémologie du Droit*, PUF, 1994, p. 4 ; V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, n° 21, p. 14.

³¹ C. Atias, *op. cit.*, p. 15.

³² *Ibid.*, p. 18.

³³ *Ibid.*, p. 19.

³⁴ G. Kalinowski, « Dialogue à trois voix. II. – Sur les langages respectifs du Législateur, du juge et de la loi », *APD*, XIX, 1974, p. 63.

production du discours juridique, à la décomposition des raisonnements, soit à comment le Droit se comporte *de fait*³⁵. La posture prescriptive mêle les deux objets³⁶. Il s'agit alors de dégager la ou les meilleures méthodes juridiques et de déterminer comment doit se comporter le juriste³⁷.

La logique formelle caractéristique des principales approches se divise en deux méthodes. La première méthode est celle de la logique déductive qui correspond à la logique juridique à proprement parler en ce sens que l'on déduit de la règle le comportement à adopter. Celle-ci peut encore se diviser selon Kalinowski en métalogue, c'est-à-dire le système juridique ou le métadroit, et la sémiotique logique, qui correspond à la théorie du langage du droit. La seconde méthode est la méthode non déductive qui comprend plusieurs espèces. Elle peut être une logique réductive, analogique, statistique ou inductive. C'est le plus souvent cette dernière que l'on oppose à la méthode déductive. Elle consiste dans le fait de remonter de différents faits vers l'établissement d'une norme. La méthode inductive peut être critiquée pour le manque de rigueur liée à l'incomplétude des données sélectionnées³⁸. Elle a cependant l'intérêt de permettre de « décrire un ordonnancement juridique »³⁹ en étudiant un ensemble d'énoncés ayant une portée normative. Tandis que la déduction comporte l'idée de nécessité, celle d'induction comporte l'idée de probabilité⁴⁰.

L'épistémologie juridique forme une théorie critique de la connaissance. Elle s'intéresse notamment à la validité des normes, aux mécanismes de justification et « elle s'efforce de décrire, d'analyser, de comprendre »⁴¹. Elle a divers intérêts, « l'épistémologie du droit peut révéler certains aspects ignorés du savoir juridique. Elle donne ainsi l'occasion d'une critique plus pénétrante ou pénétrant différemment l'étude des conditions dans

³⁵ V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, n° 17, p. 11.

³⁶ *Ibid.*, n° 22, p. 15.

³⁷ *Ibid.*, n° 17, p. 11.

³⁸ *Ibid.*, p. 361.

³⁹ J. Dirringer, *Les sources de la représentation des salariés. Contribution à l'étude des sources du droit*, Thèse dactylographiée, Paris Ouest Nanterre la Défense, 2012, spéc. n° 1202, p. 594 et n° 47, p. 31.

⁴⁰ F. Armengaud, « Inférence », *Encyclopædia universalis*.

<https://www.universalis-edu.com/encyclopedie/inference/>, consulté le 30 août 2023.

⁴¹ C. Atias, *op. cit.*, p. 43.

lesquelles s'accomplissent les fonctions des juristes »⁴². La rupture épistémologique repose sur un discours critique qui se détache des formes d'être et d'apparaître au monde de l'objet, de ses modes d'expression et de justification⁴³. Cette idée se retrouve chez Bachelard dans le processus d'objectivation qui consiste dans un travail critique ou autoréflexif sur les conditions de production du discours scientifique. La rupture épistémologique est ce qui permet de rectifier la connaissance⁴⁴.

9. Divers courants existent quant à l'étude des énoncés *du, sur* et *dans* le Droit. La recherche juridique peut également s'appuyer sur l'apport d'autres disciplines. Des auteurs distinguent deux courants principaux dans le Droit. Les idéalistes et les positivistes⁴⁵. Les premiers partent d'idées supérieures qui fondent le Droit positif tandis que les seconds n'admettent d'autre réalité que le Droit tel qu'il est posé. Ces deux grands courants se subdiviseraient ensuite en différentes écoles ou courants de pensées.

10. Le principal représentant est l'école du droit naturel qui repose sur l'esprit mathématique, la logique formelle et la méthode déductive⁴⁶. Elle postule qu'il existe une idée du juste et des valeurs immuables présentes dans la nature desquelles se déduisent les droits⁴⁷. Celle-ci peut être religieuse, humaniste ou rationaliste. Dans cette dernière principalement, les fondements de l'ordre juridique sont recherchés avec la rigueur mathématique, qui est la science par excellence au XVIII^e siècle.

11. En réaction au jusnaturalisme se développe ensuite le positivisme. Une auteure résume ainsi que « l'enjeu est à l'époque de forger un savoir « véritablement » scientifique sur la structure et sur les concepts généraux du droit, un savoir qui se dégage des fondements jusnaturalistes et métaphysiques de la philosophie du droit qui se pratiquait jusqu'alors »⁴⁸.

⁴² *Ibid.*, p. 51.

⁴³ F. Ost et M. Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, FUSL, 1987, p. 27.

⁴⁴ G. Bachelard, *Le nouvel esprit scientifique*, PUF, 1934 pp. 173 et 174 repr. G. Bachelard, *Epistémologie. Textes choisis*, PUF, 8^e éd., 2011, pp. 118 et 119 et G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, éd. Vrin, 1938, p. 239 repr. G. Bachelard, *Epistémologie. Textes choisis*, PUF, 8^e éd., 2011, pp. 122 et 123 ; Bachelard défend que l'objectivation n'est pas l'expression d'une vérité absolue qui serait découverte mais la démonstration d'une correcte application de la méthode (G. Bachelard, *Epistémologie*, p. 30) et cela demande de rompre avec l'objet immédiat tel qu'il se présente à nos sens (*ibid.*, p. 124).

⁴⁵ N. Molfessis et F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 13^e éd., 2021, n° 78, p. 102.

⁴⁶ V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, n° 87, p. 61.

⁴⁷ N. Molfessis et F. Terré, *op. cit.*, n° 79, p. 103.

⁴⁸ V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, n° 156, p. 107.

Reprenant les travaux de Norberto Bobbio, l'auteure poursuit en développant que l'on peut distinguer trois niveaux au sein du positivisme. Le terme de positivisme peut désigner une idéologie, une théorie du droit ou une épistémologie. Ces trois niveaux ne sont pas nécessairement compatibles, c'est pourquoi il importe de les distinguer⁴⁹. C'est le dernier niveau qui nous intéresse ici, celui de l'épistémologie.

Les exigences de l'épistémologie positiviste se présentent au nombre de quatre : la neutralité axiologique, la séparation entre les faits et les valeurs, l'observation du droit positif et la vérification des propositions scientifiques. La neutralité axiologique réside dans la description du droit « quels qu'en soient les fondements ou le contenu, sans rechercher à l'évaluer à l'aune d'un principe de justice, d'une idée du bien ou du mal, ou de toute autre représentation idéalisée de ce que le Droit devrait être »⁵⁰. Il s'agit donc de prendre pour objet le Droit en vigueur plutôt qu'un droit idéal⁵¹. Ce qui implique de bien délimiter la recherche sur le Droit et la contribution à sa production, notamment à travers l'interprétation. Cela permet de donner une dimension prédictive au droit, en particulier aux décisions de justice, sur le modèle des sciences naturelles. La séparation entre les faits et les valeurs correspond à une distinction du *sein* et du *sollen*, c'est-à-dire de ce que le Droit est et de ce qu'il devrait être. L'étude du droit positif repose quant à elle sur l'observation, par opposition aux sciences spéculatives. Cependant, c'est sur la nature de ces observations que différentes conceptions du positivisme se développent et sur lesquelles nous reviendrons ensuite. Enfin les propositions scientifiques doivent pouvoir se vérifier, ce qui signifie que « toute proposition doit pouvoir trouver une correspondance au sein de l'objet observé – ici le Droit positif – ou à tout le moins, ne pas être contredite »⁵².

C'est donc la méthode d'observation du droit positif qui conduit à des conceptions différentes du positivisme. A ce sujet, nous pouvons distinguer trois grands courants. Le premier est celui du normativisme, auquel est attaché le nom de Hans Kelsen, le deuxième est celui du réalisme, qui est associé aux travaux d'Alf Ross, et le troisième est le courant

⁴⁹ *Ibid.*, spéc. n° 161, p. 109 et p. 111 et s. ; J.-B. Le Bohec, « Norberto Bobbio et la crise du positivisme juridique dans l'Italie d'après-guerre », *Droit et société*, 2023/3, p. 515.

⁵⁰ *Ibid.*, n° 165, p. 111.

⁵¹ J.-B. Le Bohec, *op. cit.*, p. 526.

⁵² V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, n° 171, p. 115.

analytique, dont les travaux de référence sont ceux de Norberto Bobbio. Nous ajoutons un quatrième, celui de la sociologie juridique.

12. Le courant normativiste auquel on associe le nom de Kelsen, postule que les normes ont des propriétés ontologiques spécifiques qu'il s'agit d'étudier. L'objet de la science du droit est le Droit, donc des normes juridiques et des comportements humains fondés sur ces normes. La visée de la science juridique est de « comprendre son objet « juridiquement », c'est-à-dire du point de vue du droit »⁵³. Le point essentiel ici est de se distinguer des théories du droit qui se portent sur les rapports humains ou économiques, pour établir une science purement juridique. La science du droit, pour décrire le Droit positif, doit ensuite nécessairement l'interpréter⁵⁴. Mais cette interprétation est une interprétation non-authentique. Elle est dite non-authentique par Kelsen car elle n'est pas celle d'un organe d'application du droit. Ce qui implique qu'elle n'est pas créatrice de droit, c'est en cela qu'elle n'est pas authentique. L'interprétation scientifique du droit est un acte de connaissance réalisé par une « opération purement intellectuelle »⁵⁵. Elle ne dégage que des significations possibles. Celle-ci est une « jurisprudence des concepts » que rejette la théorie pure car elle est incapable de combler des lacunes du droit contrairement à une interprétation authentique, qui permet d'appliquer la norme à un cas concret et à des cas similaires. L'attitude scientifique consiste alors à énoncer les possibilités d'interprétation, sans en énoncer *a priori* une comme vraie ou juste, sans quoi il s'agirait de politique juridique et non de science juridique. Par ce travail, la science du droit crée son objet, elle ordonne et crée un ordre qui n'est toutefois que purement intellectuel⁵⁶.

13. Nous pouvons mentionner le courant réaliste. Il existe plusieurs théories réalistes, la plus connue est celle d'Alf Ross qui appartient plus précisément au courant du réalisme juridique scandinave. Cette théorie s'appuie sur le postulat de la connaissabilité d'une croyance commune qui constitue la réalité juridique. Celle-ci s'observerait empiriquement⁵⁷. Ross s'oppose à la théorie kelsenienne en contestant notamment la validité comme critère

⁵³ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, LGDJ, 2^e éd., p. 77.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 335.

⁵⁵ *Ibid.* p. 341.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 80.

⁵⁷ E. Milliard, « Réalisme », in D. Alland et S. Rials, *op. cit.*, p. 1297.

distinctif de la norme en ce qu'une telle proposition n'est pas vérifiable⁵⁸. Le réalisme se distingue du normativisme en ne s'attachant pas à l'étude des normes adoptées par les organes compétents mais seulement leur application par les juridictions, restreignant l'objet aux normes effectivement appliquées par les organes judiciaires. Le réalisme repose selon ses partisans sur l'observation et la reconstitution des idéologies, croyances philosophiques, économiques ou morales sous-tendues par les normes. Celles-ci permettent d'en approcher la réalité. Il s'agit alors d'énoncer des propositions descriptives, formulées sur un mode indicatif, que l'on soumet à un protocole de vérification pour savoir si elles sont vraies ou fausses et qui sont l'objet d'inférences logiques, qu'elles soient déductives, inductives ou abductives⁵⁹.

Un auteur distingue le positivisme du réalisme. Selon lui le réalisme épistémologique postule que c'est la réalité qui est à la source de la connaissance. Il y attache les noms d'Aristote, de Thomas d'Aquin et de Friedrich Hayek⁶⁰. Le Droit n'est pas une création volontaire car il est le produit d'un ordre spontané⁶¹. Par conséquent, le Droit constitue une réalité extérieure qui se constate et évolue selon une succession d'essais et de rectification des erreurs faites. La méthode réaliste vise donc l'élimination progressive de l'erreur⁶². Pour le positivisme épistémologique, c'est la connaissance qui est à la source de la réalité, car elle le reflète⁶³. Le réel est alors réduit aux objets qu'il est possible de connaître scientifiquement. Ce même auteur attache cette position aux noms de Kelsen, du Professeur Miaille et de Hart. Il développe à ce sujet que « raisonner ainsi, c'est admettre une irrémédiable ignorance de la réalité qui se refuse à notre connaissance et ne nous livre jamais aucune réponse claire⁶⁴. Le

⁵⁸ A. Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, Bruylant/LGDJ, 2004, p. 23 et s.

⁵⁹ V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, p. 129.

⁶⁰ C. Atias, *op. cit.*, p. 31.

⁶¹ *Ibid.*, p. 32 ; Cela suit en particulier la pensée hayekienne, et à sa distinction entre le Droit et la Législation, au sujet de laquelle nous renvoyons le lecteur *infra* au paragraphe n° 270 et s.

⁶² *Ibid.*, p. 33.

⁶³ *Ibid.*, p. 35.

⁶⁴ L'argument ici reproduit nous paraît difficile à admettre lorsque le même auteur présente Hayek comme un penseur réaliste, alors que, comme nous le développons *infra*, la théorie de la connaissance de Hayek repose sur l'impossibilité à connaître certains faits – ceux qu'il nomme les circonstances de temps et de lieu pour les distinguer des connaissances scientifiques –, en particulier ceux qui permettent d'anticiper le choix d'un agent sur le marché. En ce sens, la théorie de la connaissance de Hayek repose précisément sur l'admission de cette « irrémédiable ignorance de la réalité qui se refuse à notre connaissance ».

Droit n'est qu'un discours mis au service d'intérêts divers, de ceux de la classe dominante, selon les marxistes⁶⁵ »⁶⁶.

14. Le courant analytique postule que le Droit est un langage qui exprime des normes, il n'est donc pas un accès direct à la norme. Il se distingue du réalisme en ce qu'il ne considère pas le Droit comme une réalité mais comme des jugements sur cette dernière⁶⁷. La scientificité tient alors de la rigueur logique de l'enchaînement des propositions⁶⁸. L'étude est donc partiellement empirique, en ce qu'elle observe le langage, et non le Droit directement, comme fait. Le raisonnement est ensuite formel et repose sur deux critères principaux que sont la construction d'une axiomatique, c'est-à-dire des prémisses évidentes, suivie de la formulation d'un ensemble de propositions cohérentes, et rigoureuses quant au métalangage proposé⁶⁹.

La méthode analytique repose sur la clarté et l'univocité des propositions primitives ou axiomes. Cela suppose un travail de distinction, de division, de section afin de raisonner sur des éléments simples et irréfutables. Il convient alors de distinguer les significations possibles, selon une approche nominaliste. Il faut après cette étape de réduction des concepts à des énoncés simples et univoques, user d'un raisonnement logique « pour formuler des propositions dérivées vraies et incontestables »⁷⁰. On indiquera alors des nécessités, des possibilités ou des impossibilités sur la base de propositions prenant la forme « si... alors... ».

Le Britannique Hart introduit une distinction entre les points de vue interne et externe. La règle de droit a selon lui un aspect interne. Il précise que « pour qu'une règle sociale existe, il faut qu'au moins certains d'entre eux [les membres du groupe] considèrent le comportement en question comme un modèle général que doit observer le groupe dans son

⁶⁵ Cet argument aussi repose selon nous sur une confusion. La théorie marxiste, particulièrement attachée en France au courant critique du droit, n'est pas un positivisme. Quant à la réduction par ceux-ci du droit à un discours au service de la classe dominante, il nous paraît que c'est ignorer l'aspect dialectique qui est au fondement de la théorie marxiste, qui s'exprime notamment dans la thèse de l'ambivalence. Il conviendrait à tout le moins de préciser de quels marxistes il s'agit, car nous n'y retrouvons aucun des auteurs que nous avons pu étudier à ce sujet.

⁶⁶ C. Atias, *op. cit.*, p. 39.

⁶⁷ V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, n° 169, p. 114.

⁶⁸ *Ibid.*, n° 204, p. 133.

⁶⁹ *Ibid.*, n° 205, p. 134.

⁷⁰ *Ibid.*, n° 210, p. 136.

ensemble »⁷¹ contrairement à une habitude qui n'a besoin de n'être ni consciente, ni enseignée. Cette règle est donc acceptée, mais encore elle est conçue comme un modèle de comportement pour le reste du groupe qui doit s'y conformer. Le point de vue interne correspond à une démarche prescriptive. C'est celui d'un groupe social qui accepte et utilise les normes juridiques comme des modèles de conduite. Ce faisant il participe de son interprétation et de l'élaboration et de la transmission de son sens. Le point de vue externe correspond quant à lui à une démarche descriptive. C'est celui d'une personne qui n'accepte pas la norme et réduit l'étude à la régularité observable des comportements. Deux points de vue externes peuvent cependant être distingués⁷². Un premier est dit *extrême* ou *radical*, il s'agit alors d'enregistrer des régularités. En cela il correspond au réalisme selon le Professeur François Ost et Michel Van de Kerchove⁷³. Un second est dit *modéré* ou *simple*. Il s'agit alors de se référer à l'observation de la norme par les membres d'un groupe qui l'accepte. Celui-ci établit « un rapport de distanciation vis-à-vis de leur objet afin de construire un métadiscours⁷⁴ qui ne soit pas qu'une simple réitération ou justification de celui-ci »⁷⁵. Le point de vue radicalement externe correspond pour des auteurs à une possible reconstruction de l'objet de la science juridique par des hypothèses ou des modèles issus d'autres disciplines⁷⁶. Cependant, le point de vue externe ne permettrait pas de reproduire la façon dont les règles fonctionnent car il ne se fonde que sur le comportement de personnes qui les rejettent et s'y conforment par crainte d'une sanction et non, comme du point de vue interne, sur celui de ceux qui l'admettent comme modèle de comportement.

15. Le courant sociologique peut prendre différentes formes et fait l'objet de diverses théories. La sociologie peut être mobilisée au service du droit. La sociologie juridique observe « ce qui se passe dans une réalité sociale modifiée par le Droit »⁷⁷ et en évalue l'impact. L'un des principaux noms de ce courant est Jean Carbonnier. Celui-ci définissait la posture du

⁷¹ H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, FUSL, 2005, p. 75.

⁷² *Ibid.*, p. 108.

⁷³ F. Ost et M. Van de Kerchove, *op. cit.*, p. 30.

⁷⁴ C'est-à-dire un discours sur le discours.

⁷⁵ V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, n° 38, p. 29.

⁷⁶ F. Ost et M. Van de Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », in F. Chazel et J. Commaille, *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991 p. 73.

⁷⁷ J. Commaille, « Sociologie juridique », in D. Alland et S. Rials, *op. cit.*, p. 1424.

sociologue du droit comme consistant à « s'en tenir aux *apparences*, [à] renoncer à atteindre les essences »⁷⁸ par une étude des phénomènes juridiques. Elle prend pour objet les phénomènes. Elle repose sur une méthode inductive et empreinte d'empirisme⁷⁹. Le Droit peut aussi être saisi par la sociologie comme fait social. C'est dans ce second sens qu'est analysé le Droit du point de vue de Marx, Weber ou Durkheim⁸⁰. Ces deux approches reposent sur une distinction du juridique et du social pour les mettre en relation.

16. Nous avons écrit *supra* que le travail scientifique a une forte dimension critique. Cependant, le terme critique peut recouvrir différents sens en matière scientifique. Un discours critique peut soit être un « jugement de valeur » soit un « jugement de réalité dénotant une attitude de connaissance »⁸¹. En matière scientifique, c'est la seconde acception qui permet de construire un discours d'explication. Il s'agit de chercher à énoncer les « choses tels qu'elles sont [et non] telle que notre système social nous les laisse voir »⁸². La dimension critique dans une acception large peut se retrouver dans différents courants positivistes. François Ewald a proposé, sur la base des enseignements foucaaldiens, un positivisme critique qui postule que le Droit est « un phénomène essentiellement historique »⁸³ et entend l'étudier comme tel. Ce n'est cependant pas à ces conceptions que l'on se réfère lorsque l'on veut traiter de théorie critique. L'on signifie généralement par ces termes les thèses développées en Belgique par le Professeur François Ost et Michel Van de Kerchove et en France par le courant critique du Droit.

La critique peut correspondre selon les théoriciens belges à un point de vue externe radical qui analyserait le Droit par le prisme de l'économie comme superstructure sur la base de laquelle elle s'élève et qui la détermine en dernière instance ou de la sociologie pour en comprendre la signification des mots chez les récipiendaires⁸⁴.

⁷⁸ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 2004, 2^e éd., p. 13.

⁷⁹ V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, n° 400, p. 242.

⁸⁰ J. Commaille, « Sociologie juridique », in D. Alland et S. Rials, *op. cit.*, p. 1424.

⁸¹ F. Ost et M. Van de Kerchove, *op. cit.*, p. 27.

⁸² F. Ost et M. Van de Kerchove, *op. cit.*, p. 55.

⁸³ F. Ewald, *L'Etat providence*, Grasset, 1986, p. 16 ; P. Rosanvallon, *La crise de l'Etat-providence*, Ed. du Seuil, 1992, p. 42.

⁸⁴ F. Ost et M. Van de Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », *op. cit.*, p. 73.

Ces auteurs proposent une articulation dialectique des points de vue interne et externe, situé entre le « paradigme de l'explication et celui de l'interprétation »⁸⁵. Ils développent en énonçant que « dans un premier temps, le phénomène juridique est décrit au travers de la mise en discours qui est faite par les autorités et les sujets explicites et implicites de ces discours ; ensuite, dans un second moment, proprement scientifique, ces pratiques discursives sont expliquées (mise en rapport avec tel ou tel ordre de phénomènes environnants), ce qui conduit, dans un troisième moment, à une réinterprétation globale de l'objet étudiée. L'explication permet donc de passer insensiblement d'une compréhension naïve et spontanée à une compréhension critique et construite »⁸⁶.

Elle s'oppose au positivisme qui décrit le visible considérant qu'une pensée scientifique ne saurait s'en tenir à concevoir les faits tels qu'ils sont donnés, mais doit rendre visible ce qui ne l'est pas⁸⁷. Elle conçoit le Droit dans son rapport à la société et comme un moyen de reproduction des rapports sociaux⁸⁸, dont il donne une image déformante⁸⁹, et de pacification de ceux-ci. Le professeur Miaille considère qu'il y a des obstacles épistémologiques à la constitution d'une science juridique car « l'attitude des juristes résulte de ce que les notions de droit sont toujours présentées et traitées dans les faits, en dehors d'un contexte social précis : le juriste ne nie pas l'existence et le poids des structures sociales, il les subordonne à son système de pensée »⁹⁰. Il distingue ainsi l'abstraction idéologique qui repose sur une représentation des choses et l'abstraction scientifique qui repose sur une explication des choses. Or le Droit étudie des idées et non l'interaction entre le réel et la représentation. Le formalisme des méthodes exposées néglige par ailleurs le contenu du Droit. Il ne s'agit pas non plus d'une proposition structuraliste, car celle-ci donnerait une conception figée d'un objet en mouvement.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 75.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, Maspero, 1976, p. 18 et s.

⁸⁸ M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, Maspero, 1976, p. 23 et s. ; F. Collin, *Le Droit capitaliste du travail*, PUG, 1980, p. 273.

⁸⁹ A. Jemmaud, « Les fonctions du droit du travail », in F. Collin, *Le Droit capitaliste du travail*, PUG, 1980, p. 149.

⁹⁰ M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, Maspero, 1976, p. 49.

Cet auteur définit ce qu'il nomme l'instance juridique comme un « système de communication formulé en termes de normes pour permettre la réalisation d'un système déterminé de production et d'échanges économiques et sociaux »⁹¹. Celle-ci a un aspect idéologique par les représentations qu'elle institue et un niveau institutionnel caractérisé par un ensemble cohérent de normes relatives à un même sujet et un ensemble de techniques de méthodes concrétisant l'idéologie. L'objet de la recherche est alors de montrer le caractère ambivalent du droit⁹². Elle prend également pour objet l'analyse des conditions d'apparition et de transformation de la forme juridique⁹³. L'option méthodologique critique privilégie alors l'étude des fonctions sociales du Droit⁹⁴.

Gérard Lyon-Caen formule une proposition qu'il nomme « analyse sociale concrète »⁹⁵. Celle-ci consiste à rapprocher la règle de son application ; montrer les incohérences du système juridique ; éclairer le sens d'un droit national en montrant les solutions différentes retenues dans d'autres pays ; retenir les enseignements de l'histoire pour éviter les illusions ; démystifier les constructions abstraites qui masquent certains intérêts ; et montrer que toute interprétation est alternative. Il résume en un mot : « gêner ».

17. On trouve plus récemment formulées de nouvelles thèses avec leurs approches méthodologiques. Il en est ainsi de l'hypothèse du droit construit qui se présente comme s'ensuit. Monsieur Cyril Sintez introduit son ouvrage *Le Droit construit* en écrivant que « nous vivons sous l'ère du constructivisme juridique. Tout y est pluriel et s'y agence spontanément sans maître d'œuvre. Mais pas sans valeurs dominantes... Personne n'a véritablement le dernier mot pour décider pour autrui. C'est la fin du Chef, la disparition du Roi et la diminution de l'Etat et de tout décisionnisme vertical. Le Droit est résolument devenu *un construit* (...). Le constructivisme juridique est le nom qui désigne le Droit laissant coexister tous les contraires... pour redéfinir patiemment de nouveaux repères. Tout est mis à plat mais sans aucunement faire table rase. C'est l'époque de la pluralité qui succède à la

⁹¹ M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, Maspero, 1976, p. 109.

⁹² F. Collin, *Le Droit capitaliste du travail*, PUG, 1980, p. 11 et s.

⁹³ M. Bourjot et a., *Pour une critique du droit*, PUG/Maspero, coll. Critique du droit, Grenoble, 1978, p. 7.

⁹⁴ A. Jeammaud, « El Derecho des Trabajo fra,cés entre reforma y cambio », *Revista de Derecho Social*, n° 95, 2021, p. 199.

⁹⁵ G. Lyon-Caen, « A propos de quelques ouvrages de Doctrine », *Dr. soc.*, 1978, pp. 293 et 294.

vérité universelle »⁹⁶. La thèse repose sur des conceptions métaphysiques, ces dernières étant généralement rejetées par les différents courants précédemment évoqués, et postmodernes. Elle se positionne du point de vue de la normativité. Sur le plan méthodologique, elle se distingue du positivisme en admettant la délégation faite à d'autres disciplines l'étude des déterminants de la production juridique⁹⁷. Le pluralisme des sources reconnu dans l'hypothèse constructiviste implique un pluralisme épistémologique. L'auteur précise que les différentes orientations épistémologiques « retranscrivent l'entière du phénomène. Le Droit construit est un droit pluriel (pluralisme des ordres, des sources, des normes et des juridictions), résultant des interactions des acteurs sociaux et institutionnels (sociologisme), reliés entre eux dans un dialogue régional, mondial ou global (systémisme) et mus par des considérations d'effectivité propres à leur contexte pratique et idéologique (pragmatisme) »⁹⁸.

18. L'approche cybernétique enfin s'appuie également sur le constat de « nouvelles normativités et des nouveaux modes de régulation tant privée que publique issus de la mondialisation et de la nouvelle gouvernance étatique ou publique »⁹⁹. L'auteur y défend la thèse que cette théorie serait déjà à l'« arrière-plan épistémologique des théories contemporaines du droit »¹⁰⁰. La cybernétique s'entend comme l'étude des systèmes de communication dans un système complexe. La cybernétique postule que l'humain est une machine et qu'il vit parmi les machines dans un contexte de communication généralisée. Le cerveau est ainsi conçu comme une machine à penser. Le Droit est dans cette hypothèse conçu comme un ensemble de « flux normatifs »¹⁰¹ qui comprend des informations mobilisables pour l'action. La cybernétique développe dans un second temps l'idée de systèmes auto-organiseurs. On trouverait dans ces concepts les fondements théoriques des travaux de Teubner et Luhmann. L'autoréférence fonctionnerait comme le programme d'une machine. Le Droit est alors un système de communication d'informations. Le Professeur Supiot s'y

⁹⁶ C. Sintez, *Le Droit construit*, Dalloz, 2022, pp. 2 à 3.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 250.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 251.

⁹⁹ S. Bernatchez, « Une révolution scientifique en droit ? Les fondements cybernétiques des théories juridiques contemporaines », *RIEJ*, 2023/1, p. 4.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 5.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 19.

réfère pour caractériser le modèle juridique qui porterait en lui l'imaginaire d'une « Gouvernance par les nombres »¹⁰².

19. La recherche juridique peut également s'appuyer sur l'apport d'autres disciplines. Le recours à d'autres disciplines appelle à considérer que celles-ci ont des objets, des méthodes, des savoirs et des modèles explicatifs différents. Un même mot n'aura donc pas nécessairement la même signification dans les différentes disciplines, ce qui peut être source de confusion, voire d'inexactitude. Il faut encore mentionner ce risque qui est que les « emprunts présentent des risques sérieux : soit d'être superficiels, soit d'être inadéquats, soit de réduire parfois même à des réfections purement terminologiques de concepts archi-connus »¹⁰³. Il faut encore préciser que si nous avons nous-mêmes simplifié la présentation de différentes écoles dans la science juridique, il existe également une diversité d'écoles et de courants au sein des autres disciplines. En économie et en sociologie par exemple, il sera possible de distinguer différents courants de l'individualisme méthodologique ou du holisme.

Mais les autres disciplines sont sources d'apports potentiels à l'étude du Droit. Certaines disciplines sont enseignées avec le Droit ou entretiennent un lien étroit avec son objet et ses modes de raisonnement. La philosophie du droit se rapporte à l'étude de concepts du Droit tels que le volontarisme ou le subjectivisme. La logique étudie le degré d'exigence du raisonnement¹⁰⁴. L'histoire qui peut prendre pour objet le Droit et contribuer aux méthodes de recherches. D'autres disciplines, qui ont pu être enseignées avec le Droit jadis, peuvent également présenter un intérêt. L'économie et la sociologie du droit visent une « connaissance des réactions sociales à la formulation et à l'application des règles de droit »¹⁰⁵. L'économie peut faire l'objet de différents usages en droit. Elle est notamment utilisée par des courants influencés par les thèses néoclassiques ou marxistes, qui en usent pour formuler certains faits, présentés comme donné, qui s'imposerait au droit¹⁰⁶. Il y a alors le risque d'un usage rhétorique en ce qu'il est postulé la neutralité axiologique du fait économique, ou plutôt du modèle censé le décrire, et du discours scientifique qui l'a construit. La linguistique peut

¹⁰² A. Supiot, *op. cit.*, spéc. p. 11 et p. 44.

¹⁰³ G. Mounin, « La linguistique comme science auxiliaire dans les disciplines juridiques », *APD*, XIX, 1974, p. 7.

¹⁰⁴ C. Atias, *op. cit.*, p. 50.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 48.

¹⁰⁶ T. Sachs, *La raison économique en droit du travail*, LGDJ, 2013, p. 32 et s.

apporter à l'étude juridique en ce que le Droit est « nécessairement énoncé dans un langage »¹⁰⁷. Elle apporte des éléments méthodologiques pour l'étude du lexique de la langue du droit, de son champ sémantique, notamment par la description des signifiés dans l'étude des concepts, l'évolution du sens, la pragmatique en étudiant son usage par ceux qui s'en servent ou encore la syntaxique en étudiant les relations entre signes¹⁰⁸. Selon un auteur un terme a d'abord son sens commun, même lorsqu'il est employé par un juriste, auquel vient s'ajouter le sens juridique¹⁰⁹.

Articuler ces savoirs en matière juridique peut se faire de différentes manières¹¹⁰. On distinguera alors les approches pluri-, inter- ou transdisciplinaires. L'approche pluridisciplinaire consiste en une juxtaposition de savoirs, mais chaque discours reste dans son domaine ; l'approche interdisciplinaire vise à articuler plusieurs savoirs pour produire un discours commun aux champs disciplinaires mobilisés ; et l'approche transdisciplinaire vise à dépasser le cloisonnement disciplinaire pour produire un discours singulier, au-delà des disciplines mobilisées. La première a l'avantage de se fonder sur un discours propre à chaque discipline sur un même objet, ce qui évite le syncrétisme méthodologique¹¹¹. Il est encore possible de mobiliser des savoirs extérieurs sans « l'inscrire dans des programmes pluri- ou interdisciplinaires construits »¹¹². Il y a les savoirs dits « annexes », qui apportent un complément d'information sur l'objet mais qui portent le risque d'être mobilisés comme discours neutre et objectif, sans dimension critique. Il est encore possible de recourir à l'éclectisme ou au syncrétisme méthodologique, ce qui risque alors de diluer le savoir juridique et de ne faire œuvre que de simple érudition¹¹³.

¹⁰⁷ G. Kalinowski, « Logique déontique et logique juridique », *Les Etudes philosophiques*, 1965, n° 2, p. 164.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 164 ; G. Mounin, *op. cit.*, p. 7 et s.

¹⁰⁹ C. Atias, *op. cit.*, p. 69.

¹¹⁰ F. Ost et M. Van de Kerchove, *op. cit.*, p. 77 ; V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, p. 340 et s.

¹¹¹ V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, n° 565, p. 341.

¹¹² *Ibid.*, n° 573, p. 345.

¹¹³ *Ibid.*, n° 579, p. 349.

Introduction générale

2. Nos choix en matière épistémologique

20. Eu égard à la diversité des théories et des postures épistémologiques, nous convenons qu'il est difficile d'admettre d'en privilégier une. Il nous paraît utile, si ce n'est nécessaire, de faire place à un pluralisme épistémologique¹¹⁴. Cela nous conduit à devoir exposer les options retenues et à les justifier dans le cadre de notre étude.

Nous mentionnerons tout d'abord ce que nous retenons des différents courants épistémologiques et des intérêts qu'ils représentent pour notre étude, pour autant que ces aspects méthodologiques ne soient pas contradictoires. Car si nous admettons le pluralisme épistémologique, il faut nécessairement veiller à ne pas introduire de contradictions dans la méthode suivie.

i. L'orientation générale de nos travaux

21. Nous admettons un pluralisme quant aux différents courants épistémologiques de la science juridique. En ce qui concerne le positivisme, notre étude recherche en premier lieu une neutralité axiologique. Pour cela, nous nous fondons sur le Droit en vigueur. Mais nous nous en détachons en ce sens que nous portons une attention particulière à son évolution, comme nous avons pu le voir *supra*. Il s'agit dans celui-ci d'identifier un modèle mais pas de construire un modèle de dialogue social tel qu'il devrait être, à tout le moins pas tel qu'il devrait être selon nous mais selon le Législateur. S'agissant de la vérifiabilité de nos énoncés, ceux-ci se fondent sur un corpus renseigné. Tout ce qui relèverait d'hypothèses ou de raisonnements déductifs sera indiqué comme tel. Le lecteur pourra donc reconstituer les raisonnements. Nous avons vu que parmi les positivistes, ce sont la séparation entre les faits et les valeurs et les méthodes d'observation qui divergent. C'est ici que nous faisons appel à une première forme de pluralisme épistémologique.

¹¹⁴ F. Ost et M. Van de Kerchove, *op. cit.*, p. 68.

Notre objet est le dialogue social tel qu'il est institué par des actes de législation successifs. Il s'agira donc de dégager une signification possible de ce syntagme. Cependant nous n'appliquerons pas totalement les présupposés normativistes en ce qu'il ne s'agira pas de rechercher les différentes interprétations possibles des diverses dispositions intégrées au régime du dialogue social. Du réalisme nous retenons l'intérêt dans la recherche du *ratio decidendi* pour dégager le modèle sur la base des motivations énoncées, des débats qui l'ont précédé et des savoirs mobilisés pour y parvenir. Du courant analytique nous intégrons le postulat que le Droit est un langage qui permet de signifier des normes. Nous y accédons donc médiatement, à travers des énoncés sur la norme signifiée. Quant à notre positionnement face au réseau de normes que nous cherchons à ordonner, nous suivons Messieurs Ost et Van de Kerchove dans la recherche d'une démarche dialectique, intégrant le point de vue externe modéré et interne. Nous nous positionnons comme observateurs, sans nous prononcer *a priori* sur une acceptation ou non des normes, mais en conscience de son acceptation par différents acteurs auxquels nous nous référons.

Quant à la démarche critique, nous avons vu que celle-ci recouvre différents sens. Nous nous référons ici aux thèses développées par le courant critique. Il est un postulat que nous admettons, c'est que le Droit est lié à un milieu social et économique¹¹⁵. A tout le moins le Droit moderne est lié à la société capitaliste. De telles sortes que les phénomènes juridiques, économiques et sociaux interagissent. C'est ce rapport à la société qui nous paraît essentiel dans notre capacité à expliquer le dialogue social et les évolutions qu'il implique dans l'ordre juridique. Cela nous conduit à admettre ce rapport, et à en étudier les interactions, dans l'élaboration du Droit, dans son application et dans son mouvement. A l'exception du positivisme réaliste, toutes les autres méthodes évoquées excluent les facteurs extra-juridiques de l'analyse, ce qui constitue pour nous un obstacle épistémologique.

22. Ces orientations méthodologiques exposées, elles nous conduisent à développer notre adhésion à un autre aspect du pluralisme épistémologique, le recours à d'autres disciplines. Nous avons mentionné que nous nous intéressions aux relations entre le Droit et la société qu'il prétend régir. Or l'observation de cette dernière relève aussi d'autres disciplines. C'est pourquoi nous ferons appel à des concepts, parfois à des méthodes, issus de disciplines des sciences sociales, dans la mesure où celles-ci nous fournissent des modèles explicatifs ou

¹¹⁵ G. Lyon-Caen, « Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail », *Dr. ouv.*, 1951, repr. 2004, p. 52.

Introduction générale

seulement des informations complémentaires éclairant notre sujet. Nous y recourons également afin de comprendre quelles sont les motivations du Législateur, en restituant les savoirs sur lesquels il s'est fondé et en cherchant à identifier les modèles, le plus souvent implicites, sur lesquels son raisonnement s'est fondé. Nous ferons alors montre de prudence chaque fois que celui-ci n'est pas explicitement mobilisé.

Nous ferons notamment appel à la linguistique. Il importe de distinguer le langage du droit du langage des juristes en ce que ce dernier est un langage *sur* le Droit, soit un métadiscours¹¹⁶. Tandis que le premier est formé d'énoncés déontiques, le second est formé d'énoncés descriptifs, parfois prescriptifs quant à l'interprétation à donner. Certains énoncés métadiscursifs peuvent avoir un contenu déontique comme le discours des juges. Le langage du Législateur, son métadiscours juridique, permet d'atteindre le langage des lois, c'est-à-dire le discours déontique lui-même¹¹⁷.

En matière d'induction et de déduction, nous privilégions, au moins dans un premier temps une démarche inductive. Il s'agira pour nous, à partir des réformes sur le dialogue social et des règles qu'elles instituent, de dégager les grandes orientations, celles qui sont significatives. Ces orientations nous les recherchons par l'identification de régularités dans les motifs avancés et dans les règles instituées. Cela demandera donc une opération de sélection, qui nous permettra de dégager un modèle d'explication du dialogue social. De ce modèle, il est possible de procéder à des opérations de déduction dans la mise en œuvre des règles comprises dans cette catégorie.

En cela notre démarche se distingue des travaux du Professeur Géa sur cet objet. Nous partageons l'idée que « vaine serait la démarche consistant à s'en tenir, par exemple, aux énoncés législatifs »¹¹⁸. Cependant nous partons de ceux-ci pour identifier le modèle institué par le Législateur plutôt que de rechercher des modèles préexistants dans d'autres disciplines, parfois élaborés à d'autres époques et dans d'autres régions du monde, dans ce que le Législateur institue. Par ailleurs notre recherche ne s'inscrit pas dans une démarche pragmatique en ce sens que nous ne recherchons pas la signification du dialogue social dans l'usage qu'en font les acteurs, mais uniquement dans les règles instituées par le Législateur.

¹¹⁶ G. Kalinowski, *op. cit.*, p. 164.

¹¹⁷ G. Kalinowski, « Dialogue à trois voix. II. – Sur les langages respectifs du Législateur, du juge et de la loi », *op. cit.*, p. 67.

¹¹⁸ F. Géa, « L'hypothèse dialogique (ou dialogale) en Droit du travail », *op. cit.*, p. 60.

En d'autres termes, nous ne cherchons pas ce qu'il y aurait de dialogal ou de dialogique dans le Droit positif et dans l'usage des destinataires de la norme, mais comment un modèle émerge et s'institue¹¹⁹.

ii. L'application à la présente étude

23. Notre thèse vise à l'ordonnancement des règles relatives au dialogue social. L'ordonnancement est une activité disciplinaire qui consiste dans la construction de concepts explicatifs de réseaux de normes¹²⁰. La catégorie instituée, ou faisant l'objet d'une institution, correspond à un réseau de normes formant un cadre renouvelé pour l'action. C'est par l'ordonnancement de ces normes que nous entendons dégager le concept juridique de dialogue social tel qu'il est posé par le discours du Législateur. Il nous faut pour cela déterminer quels sont les éléments de ce discours qui serviront de base à notre étude.

Notre étude prendra pour données premières les réformes du dialogue social. La réforme peut se définir comme un « changement notable et durable de l'état du droit positif »¹²¹. Leur véhicule est composé de différents actes de législation, notamment des lois et ordonnances, qu'il nous faut identifier pour composer notre corpus. En premier lieu, nous relevons donc les actes instituant le dialogue social par leurs titres. Ces derniers sont en effet des indicateurs de la volonté du Législateur car « les intitulés ne sont pas discutés en assemblée, ils ne sont pas soumis aux votes, mais ils sont les témoins d'une position du gouvernement : ils disent quelque chose en ce sens »¹²². Cela nous permet d'établir une première liste composée 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 ; la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social ; la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au

¹¹⁹ *Ibid.*, spéc. p. 71.

¹²⁰ A. Jeammaud, M. Le Friant et A. Lyon-Caen, « L'ordonnancement des relations de travail », *D.*, 1998, p. 359.

¹²¹ F. Morel, « Faut-il (encore) réformer le Droit du travail ? », *RDT*, 2022, p. 421.

¹²² C. Nicod, Intervention à l'Institut d'Etudes du Travail de Lyon, 11 déc. 2011, citée par E. Béthoux, *op. cit.*, p. 136 ; V. également N. Molfessis, « Les titres de la loi », in *Le Droit privé français à la fin du XXe siècle*, Etudes offertes à Pierre Catala, LexisNexis, 2001, p. 47.

Introduction générale

dialogue social et à l'emploi ; la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels ; la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue et les ordonnances 1385-2017 et 1386-2017 du 22 septembre 2017.

Nous pouvons ensuite identifier ces actes instituants par leurs motifs. Comme les titres, ils ne sont ni discutés ni votés. Ils sont une expression de la volonté des initiateurs de la réforme. L'identification d'énoncés relatifs au dialogue social dans l'exposé des motifs des lois ou les rapports au président de la République des ordonnances permet d'une part de désigner une réforme comme instituant le dialogue social mais fournit des informations quant au sens à lui attribuer selon ses auteurs d'autre part. Nous pouvons ainsi qualifier de réformes du dialogue social, et ajouter à notre corpus, l'ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés ; la loi n° 93-1313 quinquennale du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle ; la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale ; loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail ; et la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

Une fois notre *corpus* établi, nous pouvons étudier en son sein, diachroniquement, l'évolution des dispositions relatives aux relations collectives et instituées comme régime du dialogue social. Il s'agit pour nous alors de déterminer, ou plutôt d'identifier, les règles nouvelles et celles qui sont modifiées par ces réformes. Nous partageons à ce sujet le postulat réaliste qu'« isoler une disposition légale, c'est peut-être le moyen d'en permettre l'analyse ; c'est surtout en dissoudre la signification réelle »¹²³. Notre objectif étant de dégager le modèle institué par le Législateur, nous ne cherchons pas les interprétations possibles des différentes dispositions, mais bien la signification du corps de règles instituées, pris dans son ensemble et dans la relation entre les énoncés. Pour établir la signification du concept juridique de dialogue social, il nous faut étudier les énoncés qui y sont relatifs dans leur ensemble. Nous rechercherons donc la cohérence de ce dernier et les orientations régulières et significatives au sein des réformes. Les énoncés juridiques seront donc le matériau premier de cette recherche,

¹²³ C. Atias, *op. cit.*, p. 31.

mais la compréhension de leur signification globale demande de s'appuyer sur d'autres matériaux issus du discours du Législateur sur ses propres réformes.

24. Ce que l'on nomme l'intention ou la volonté du Législateur, correspond en fait à celle des Gouvernements et de leurs majorités¹²⁴. Nous mettrons en scène dans cette thèse le Législateur. Il a déjà été signalé dans d'autres travaux la difficulté, en particulier en matière de justification économique, de saisir l'intention du Législateur¹²⁵. Le Législateur est une abstraction. Le Législateur concret est composé de parlementaires élus directement pour les députés ou indirectement pour les sénateurs et de membres d'un Gouvernement qui sont désignés. Ceux-ci se réunissent en groupes politiques au sein des assemblées et forment des majorités. Notre étude portant sur un mouvement de réformes, différentes majorités ont œuvré à l'institution du dialogue social. On pourrait dès lors légitimement penser que ce ne sont pas les mêmes justifications économiques, sociales et politiques qui appuient les réformes. Nous nous attacherons donc dans cette thèse à rechercher, outre les éléments de continuité entre ces réformes, les justifications communes. Pour ce faire, nous réaliserons une étude systématique des justifications. Nous chercherons ces dernières dans les travaux préparatoires. S'il est vain de chercher une volonté unique du Législateur pour la période concernée, il ne peut être exclu *a priori* des justifications communes à certaines mesures.

Nous recourons donc à cette expression par commodité. Le terme Législateur permet de désigner une entité douée d'une certaine pérennité qui se caractérise par la fonction que nous entendons étudier, celle d'énoncer le Droit légal. Nous sommes cependant tout à fait conscients de ce qu'il recouvre des personnages concrets tout à fait différents. Derrière le Législateur, se cache un Gouvernement et une majorité parlementaire, eux-mêmes composés de femmes et d'hommes bien concrets. De même qu'il nous faut avoir conscience qu'entre le Législateur de 1982 et celui d'aujourd'hui, ce sont des gouvernements et des majorités parlementaires différentes, une composition sociologique et partisane différente, donc des opinions, des représentations, des programmes différents qui sont à l'œuvre. Quand nous prêtons une conscience, qu'il n'a pas réellement, au Législateur, nous entendons par là la conscience des membres du Gouvernement et de la majorité parlementaire qui légifèrent. Quand nous prêtons une action dans la durée au Législateur, nous nous référons aux éléments de continuité que nous cherchons à identifier. Les différentes majorités, les mêmes majorités

¹²⁴ A. Jeammaud, « Droit du travail 1988 : des retournements plus qu'une crise », *Dr. soc.*, 1988, p. 587.

¹²⁵ T. Sachs, *op. cit.*, n° 22, p. 17.

parfois, peuvent défendre des positions radicalement différentes sur certains points comme le recours à la consultation du personnel, ou simplement différentes options comme sur la condition d'avoir à mettre en œuvre des dispositions légales pour pouvoir recourir à la négociation avec des agents palliatifs. Il ne s'agit donc en aucun cas de défendre la fiction d'une personnalisation à outrance du Législateur mais bien de signifier les éléments de cohérence et de continuité dans les réformes du dialogue social.

25. Il s'agit donc d'interpréter cette volonté. L'interprétation peut se fonder sur différents éléments. L'intention de l'auteur est le premier, il peut se baser sur une « interprétation globale ou systématique des travaux et des débats préparatoires »¹²⁶. Cependant, une telle interprétation porte plusieurs risques. Tout d'abord le sens échapperait à son auteur car il est constamment soumis à reconstruction par des interprétations. Dans ce dernier cas, il peut être recouru à une interprétation historique ou évolutive portée sur les exigences du milieu social¹²⁷. Il y a encore une difficulté lorsque l'auteur est une organisation puisqu'il y a plusieurs intentions qui s'expriment pour former la norme. Enfin, le risque est que le sens prêté à l'intention de l'auteur ne soit autre chose que la conception de l'interprète. L'intention recherchée peut être celle du texte, c'est l'interprétation littérale. On peut enfin interpréter à partir de la fonction et de la finalité du texte, c'est l'interprétation téléologique. Cette dernière suppose une réalité objective qui s'impose à l'interprète et sur le choix d'un modèle descriptif issu d'autres sciences pour conceptualiser la finalité. Le traitement des données juridiques peut avoir plusieurs objectifs. Il peut s'agir de conceptualiser, c'est-à-dire de procéder à une « montée en généralité et en abstraction »¹²⁸, ordonner, c'est-à-dire procéder à une étude systématique des énoncés permettant d'en reconstruire une présentation ordonnée¹²⁹, ou d'ordonnancement sélectif, c'est-à-dire la construction de modèles par un « travail de sélection de certaines données volontairement simplifiées et généralisées afin de construire des repères comparatifs ou évaluatifs »¹³⁰.

Nous recourons à une méthode dialogique pour analyser de manière systématique des énoncés, issus des motivations des réformes et des débats qui les précèdent. La doctrine

¹²⁶ V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, n° 642, p. 382.

¹²⁷ N. Molfessis et F. Terré, *op. cit.*, n° 624, p. 801.

¹²⁸ *Ibid.*, n° 519, p. 320.

¹²⁹ *Ibid.*, n° 537, p. 328.

¹³⁰ *Ibid.*, n° 555, p. 337.

juridique s'est saisie de ces apports de la linguistique pour former une théorie dialogique. La procédure dialogique serait même « l'essence du droit des relations collectives de travail »¹³¹ que nous étudions ici. Ces théories ont nourri la réflexion juridique sur le concept de dialogue en permettant de développer de nouvelles références pour l'argumentation, fondé sur l'interlocution, c'est-à-dire une argumentation dialogique. Cela s'oppose à la rhétorique, qui serait, elle, une argumentation monologique¹³². Cela implique un paradigme de l'altérité qui n'exclut pas la conflictualité si celui-ci ne prend pas de forme violente. Cependant « le dialogue implique de reconnaître l'autre comme étant « en droit » son égal »¹³³. Il peut tout de même être le fruit d'une « opposition, d'une tension, entre deux rationalités »¹³⁴. Au-delà de la contradiction entre rationalités, nous considérons que cette opposition, cette rationalité, se fonde sur des éléments concrets. Pour reprendre la terminologie de Bakhtine, dont les travaux sont fondateurs de la théorie dialogique et sur laquelle nous reviendrons ci-après, il y a des rationalités différentes parce qu'il y a des référents différents aux signes employés par les interlocuteurs sociaux.

¹³¹ D. Gaire-Simonneau, *Les mutations du droit contemporain des relations collectives de travail pour une lecture habermassienne du droit du travail*, LGDJ, 2016, n° 365, p. 293.

¹³² F. Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle - Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, LGDJ, 2009, p. 1975.

¹³³ *Ibid.*, p. 1969.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 89.

II. ... du dialogue social...

26. L'institution *du* dialogue social signifie l'objet institué, ou objet du processus d'institution, que nous étudierons. Il nous faut donc à ce niveau donner quelques indications sur le contexte de son institution, comme préalable au sens que le Législateur français entend lui donner, et qui fera l'objet du corps de notre thèse.

A. Historicité du syntagme sur le plan institutionnel

27. Il est possible d'identifier une période d'émergence du concept. L'emploi du concept de dialogue social n'a pas « d'acte de naissance clairement authentifié, qui permettrait de dater avec précision les débuts de son existence »¹³⁵. L'on peut cependant identifier une période au cours de laquelle il émerge. Il s'agit de la fin des années 1960. On en trouve alors des mentions dans les discours de Jacques Chaban-Delmas relativement à ce qu'il nomme la « nouvelle société ». Il le mentionne dans un discours prononcé le 16 septembre 1969 devant l'Assemblée nationale¹³⁶. Sa diffusion se fait au bénéfice d'une réorientation du conseil national du patronat français (CNPFP) vers une politique contractualiste et l'influence d'un ancien syndicaliste de la confédération française démocratique du travail (CFDT) devenu conseiller social de Jacques Chaban-Delmas, Jacques Delors. Il reprend une place dans les discours à l'occasion de la préparation des réformes Auroux, dont le rapport éponyme pour la rédaction duquel la conseillère technique du Ministre Auroux, Martine Aubry, joue un rôle actif¹³⁷. De Chaban-Delmas à Monsieur Jean Auroux, une ambition commune se dessine, celle de modifier les relations collectives au sein des entreprises. Mais ce n'est pas dans un

¹³⁵ E. Béthoux, *op. cit.*, p. 64.

¹³⁶ [Jacques Chaban-Delmas \(16 septembre 1969\) - Histoire - Grands discours parlementaires - Assemblée nationale \(assemblee-nationale.fr\)](https://www.assemblee-nationale.fr/histoire/discours-parlementaires/jacques-chaban-delmas-16-septembre-1969).

¹³⁷ Pour de plus amples développements, v. E. Béthoux, *op. cit.*, pp. 115 et s.

cadre national qu'elle se développe de façon significative dans un premier temps. Il a un ancrage européen en ce que l'Union est un « terrain d'expérimentation idéal »¹³⁸.

1. L'institution du dialogue social au niveau de l'Union

28. Le dialogue social est institutionnalisé par la politique de l'Union Européenne. Les prémisses se trouvent, dans les années 1970, avec la volonté pour la toute nouvelle confédération européenne des syndicats (CES), fondée en 1973, de bénéficier d'un espace d'échange. Un an plus tôt, dans le cadre d'une étude pour la commission européenne, Gérard Lyon-Caen était « à la recherche de la convention collective européenne »¹³⁹. Plusieurs tentatives de créer des espaces de discussion entre les organisations syndicales et patronales européennes sont alors initiées sous l'égide des institutions communautaires avec le comité permanent de l'emploi qui réunit le conseil, la commission, les ministres du travail et de l'emploi des Etats membres et les organisations européennes et nationales de salariés et d'employeurs ; et des conférences tripartites ayant pour mission de « traiter de la dimension sociale de la mise en œuvre du Marché commun »¹⁴⁰. Ces espaces de concertation échouent cependant à parvenir à élaborer des normes en matière de temps de travail ou de procédures d'information et de consultation, qui étaient les sujets sur lesquels des accords semblaient possibles. La CES rompt ces concertations en 1978 et cherche alors des alliances avec les Etats pour mettre en œuvre son programme d'inspiration néo-keynésien, tourné essentiellement autour de la revendication de la semaine de 36 heures alors que patronat et Commission ont une orientation axée sur la politique monétaire et l'aménagement du temps de travail¹⁴¹. La centrale syndicale européenne poursuit cette stratégie jusqu'en 1983. Elle profite de l'arrivée au pouvoir d'un gouvernement social-démocrate en France et de la présidence

¹³⁸ E. Pataut, « Les limites de l'accord collectif européen. A propos de l'affaire EPSU », in G. Loiseau, *op. cit.*, p. 339 ; V. également E. Béthoux, *op. cit.*, p. 61.

¹³⁹ G. Lyon Caen, *À la recherche de la Convention Collective Européenne*, Etude pour la Commission européenne, Doc. n° V/855/72-F, tamponnée « diffusion restreinte », archives de l'auteur, 1972.

¹⁴⁰ J. Lapeyre, *Le dialogue social européen. Histoire d'une innovation sociale (1985-2003)*, European Trade Union Institute, Bruxelles, 2017, p. 22.

¹⁴¹ A. Dufresne, C. Gobin et N. Maggi-Germain, « De la négociation collective au dialogue social : l'influence de l'Union européenne sur la transformation des relations professionnelles », in A. Dufresne et N. Maggi-Germain, *Les relations professionnelles en Europe et en Amérique Latine*, PUR, coll. « Des sociétés », Rennes, 2014, p. 73.

française du Conseil pour obtenir une réorientation de la politique européenne sur les questions sociales. En tant que président du Conseil des affaires sociales, Pierre Bérégovoy lance une concertation des interlocuteurs sociaux qu'il nomme « dialogue social » afin d'inciter l'Union des industries de la communauté européenne (UNICE, devenue Europe Business en 2007) à participer. Cette organisation craint les négociations en vue de conclure des accords qui sont pour elle synonymes de normes contraignantes.

29. En 1985, la présidence de la commission européenne doit échoir à un Français. Deux membres du Gouvernement y prétendent : le ministre des relations extérieures, Claude Cheysson, et le ministre de l'économie et des finances, Jacques Delors. Ce dernier ne jouit pas d'une image particulièrement bonne en France mais d'une certaine confiance sur le plan européen au regard de son rôle dans la réorientation de la politique gouvernementale française qualifiée de « tournant de la rigueur ». C'est donc lui qui est désigné à la présidence de la Commission. Conscient des échecs précédents, il veut une nouvelle prise en compte des questions sociales dans la construction du Marché commun. Il déclare alors que « pour en revenir aux larges domaines couverts par les politiques de l'emploi et du marché du travail, je voudrais dire que nous ne réussirons qu'à deux conditions : que les réformes soient négociées par les partenaires sociaux, autrement dit que la politique contractuelle demeure une des bases de toute notre économie, que soit recherché un minimum d'harmonisation au niveau européen »¹⁴². Dans cette citation, deux éléments ressortent. D'une part, l'objet visé par le dialogue social est la politique de l'emploi et du marché de la force de travail¹⁴³. Les questions sociales ne doivent donc pas être isolées, ou du moins indépendantes, des questions économiques, mais au contraire s'inscrire dans la construction du Marché commun, et cela passe par un marché commun de la force de travail. Mathias Hinterscheid, président du Letzbuenger Arbechter Verband (LAV)¹⁴⁴, déclare à ce sujet que la politique sociale était, à travers le dialogue social, « (un) complément indispensable (...) du marché intérieur et de l'Europe technologique ». Cette idée est dans la continuité de la construction communautaire qui, dès le

¹⁴² J. Delors, Débats du Parlement européen, n°2-321/3 du 14 janvier 1985.

¹⁴³ Nous faisons le choix de préférer le terme de « marché de la force de travail » à celui de « marché du travail ». Nous considérons que le travail ne peut, en tant que processus de production de valeur, être une marchandise commercialisable sur un marché. Cette expression est dénuée de sens. C'est pourquoi nous préférons parler de « marché de la force de travail », qui, elle, est bien l'objet d'un échange en ce sens que ce que recherche le demandeur, c'est l'achat de la force de travail qui permettra la réalisation du processus productif et qui s'objectivera dans la production des biens et services mis sur le marché éponyme ; et que ce que propose l'offrant est sa force de travail et non le processus qu'il réalisera par le biais de cette force.

¹⁴⁴ Le Letzbuenger Arbechter Verband (LAV) est une confédération syndicale luxembourgeoise.

traité de Rome, n'abordait les droits des travailleurs que sous l'angle de leur libre circulation dans le cadre d'un Marché commun¹⁴⁵. D'autre part, la méthode pour y parvenir passe par une harmonisation des marchés nationaux et le développement de la politique contractuelle, c'est-à-dire des accords entre « partenaires sociaux ». On peut donc relever que dans la conception d'origine du dialogue social par Jacques Delors, l'un des moyens doit être la conclusion d'accords sur lesquels reposent les réformes du marché de la force de travail.

S'en suivent les entretiens dits du Val Duchesse, du nom du lieu où se déroulent les rencontres entre « partenaires sociaux », en janvier et février 1985 puis en novembre 1985. Ces derniers dialoguent sous l'égide de la commission, représentée par Manuel Marin, vice-président de la commission et commissaire aux affaires sociales, à l'emploi, à l'éducation et à la formation. Selon lui, « il faut maintenant redéfinir un cadre dans lequel, malgré les craintes des travailleurs, il soit possible d'élaborer une politique de marché du travail qui soit plus axée par des accords contractuels que par des lois nationales »¹⁴⁶. Ce premier dialogue permet de faire émerger deux priorités que sont d'une part le marché de la force de travail avec l'organisation et d'autre part la répartition de la durée du travail et l'introduction de nouvelles technologies. Ces sujets semblent permettre d'aboutir à un accord.

Le dialogue social désigne alors une relation tripartite. En effet, s'il concerne les « partenaires sociaux », il se mène toujours sous l'égide des institutions communautaires. Il faut attendre une dizaine d'année pour voir une réelle autonomisation du dialogue entre les organisations patronales et salariales, sans que les institutions de l'Union européenne soient totalement absentes.

C'est le deuxième dialogue qui apporte une première contribution à l'édification du dialogue social européen. Le commissaire Marin s'affiche cependant moins optimiste que le président Delors en déclarant que « le but de l'exercice est d'aboutir à des conclusions

¹⁴⁵ On peut en effet relever dans ce Traité que le rôle du marché commun et les questions économiques sont prioritaires et que les questions sociales y sont subordonnées. Ainsi l'article 2 dispose que « La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres » et ne traite que d'un « relèvement accéléré du niveau de vie » sans évoquer les questions sociales plus avant. Ces dernières apparaissent à l'article 3, i) dans le cadre des politiques de l'emploi et du « relèvement de leur niveau de vie », après plusieurs points concernant le marché commun et les politiques économiques qui permettraient de réaliser ces objectifs. Le traité n'évoque alors de droits sociaux que dans le Chapitre 1 du titre III relatif aux travailleurs, ces droits se limitant à la libre circulation et l'interdiction des discriminations à l'embauche.

¹⁴⁶ Cité par J. Lapeyre, *op. cit.*, p. 40.

Introduction générale

communes et non pas à de vrais accords »¹⁴⁷. L'accord n'est ici pas envisagé au sens où on l'entend habituellement dans le discours juridique français, de même que la notion de convention collective européenne. En effet, faute de mouvement social au niveau européen, ces conventions collectives manquent de bases matérielles et juridiques d'existence. Celles-ci se heurtent à trois difficultés principales que sont l'absence d'autorité publique compétente pour habiliter les organisations syndicales et patronales à négocier, l'absence d'organisation syndicale unifiée au niveau européen et l'impossibilité de concevoir ces conventions autrement que comme des actes non contraignants « dans la mesure où les voies de son exécution sont difficiles à envisager autrement que sous la forme de la bonne volonté des parties signataires et de leurs membres (individus ou organisations nationales) »¹⁴⁸.

Il s'agit alors essentiellement de « définir la règle du jeu », c'est-à-dire de « préciser peu à peu quels seraient les « agents », les participants à ces discussions, dans quel cadre elles se dérouleront (entreprises géantes, secteurs, cadre régional) ; s'il y aura une autorité pour veiller à l'heureux déroulement des discussions, mais non pas formuler à l'avance le type d'actes concluant la discussion (constats, recommandations, conventions). Ce dernier point est capital si l'on ne veut pas échouer avant d'avoir levé l'ancre »¹⁴⁹.

Ce second sommet au Val Duchesse voit les travaux se diviser entre un groupe macro-économique, chargé de la réforme du Marché commun, et un groupe micro-économique, chargé du dialogue social et des nouvelles technologies. Cependant, ce dialogue fait l'objet de divergences d'intérêts exprimées vivement par l'UNICE et qui font penser à une classique négociation entre représentants du patronat et représentants des salariés. Cinq thèmes doivent être abordés, à savoir la formation et la motivation, les conditions de travail et l'organisation du travail dans l'entreprise, le Droit à l'information et à la consultation dans l'entreprise, l'adaptabilité du marché de l'emploi et les aspects sociaux de l'achèvement du marché intérieur. Sur le premier thème, l'UNICE fait de l'obstruction, déposant quantité d'amendements au texte de travail pour bloquer l'adoption de tout type d'acte, que l'UNICE redoute comme pouvant apporter des contraintes. Sur le deuxième thème, elle craint la mise en place d'une obligation de négocier. Excédé, le commissaire Marin menace de l'adoption

¹⁴⁷ M. Marin, Texte introductif à la première réunion, 25 mars 1986.

¹⁴⁸ C. Didry et A. Mias, *Le Moment Delors. Les syndicats au cœur de l'Europe sociale*, P.I.E.-Peter Lang, coll. « Travail et société », Bruxelles, 2005, p. 98 ; v. également C. Vigneau, « Tendance du droit social communautaire, ombres et brouillards de Maastricht », *RTD eur.*, 2002, p. 655.

¹⁴⁹ G. Lyon Caen, *op. cit.*, p. 128.

d'une directive si l'UNICE refuse d'avancer sur ces sujets. Ce dialogue aboutit finalement à un compromis sur la notion de confidentialité et sur la notion d'« information en temps utile » au sujet de la procédure d'information et de consultation, ainsi qu'à l'adoption de deux déclarations communes d'intention par l'UNICE, la CES et le Centre européen des employeurs et entreprises fournissant des services publics et des services d'intérêt général (CEEP, devenu SGI Europe en 2020). L'une porte sur le dialogue social et l'autre sur les nouvelles technologies.

La Commission joue un rôle central dans l'organisation du travail de ces commissions puisque c'est elle qui va produire les documents de travail qui servent de base à la discussion. De ces groupes de travail, les différents représentants de la commission cherchent à impulser l'écriture d'avis communs pour alimenter son propre travail. Le résultat de ce premier dialogue social a finalement permis l'adoption de déclarations communes. S'il a pu faciliter l'engagement d'un échange entre les interlocuteurs sociaux, sous un format moins contraignant ayant permis la participation des plus récalcitrants à la négociation, son résultat en est tout aussi peu contraignant. En effet, la déclaration commune d'intention ne lie pas les parties, elle est au meilleur du spectre un engagement assez libre des parties et au pire du spectre un simple outil de communication qui n'engage à aucun changement sur les sujets évoqués. De nouvelles divergences sont exprimées par l'UNICE lors des sommets du Palais d'Edgmont, du nom de l'endroit où se déroulent les rencontres les 7 mai 1987, 12 janvier 1989, 3 juillet 1992 et 28 septembre 1993, ouvrant ainsi une pièce en quatre actes.

Acte I. Après un bilan critique du dialogue social, l'UNICE exprime ses craintes d'un excès de réglementation qui contreviendrait à la compétitivité des entreprises et exclurait les positions communes comme mode d'élaboration législative alors que la CES souhaite sortir « d'une discussion sans conséquence pratique, ni contraignante »¹⁵⁰.

Acte II. Malgré l'influence du patronat britannique, encouragé par les politiques menées par Margaret Thatcher, la direction de l'UNICE reconnaît que la situation doit évoluer vers la possibilité de conclure des accords, voire des conventions collectives européennes. Pour Jacques Delors, qui cherche à concilier les différents points de vue, les avis issus du dialogue social européen ne peuvent contraindre la commission à légiférer et doivent pouvoir se prolonger par des directives ou par des négociations nationales ou sectorielles entre

¹⁵⁰ Note de Jean Lapeyre, le 20 oct. 1988, Archives IISH, Amsterdam, ETUC Collection, n° 2106-2107.

Introduction générale

interlocuteurs sociaux¹⁵¹. Un groupe de pilotage est finalement créé, avec pour mission d'élaborer la Charte des Droits sociaux fondamentaux. La CES va cependant ressortir insatisfaite de ces discussions qui n'aboutissent pas à la mise en place de moyens de recours permettant de faire respecter les droits issus de cette Charte.

Acte III. Les interlocuteurs sociaux adoptent une déclaration qui appuie l'adoption du protocole social et du traité de Maastricht en mettant l'accent sur l'emploi et la croissance. Le comité *ad hoc* créé en 1991 pour travailler sur la révision du traité et le groupe de pilotage sont également supprimés pour laisser place au comité du dialogue social chargé de travailler, dans un premier temps, sur ses objectifs et méthodes de travail.

Acte IV. Lors de ce dernier sommet d'Edmont, l'ordre du jour porte sur le livre blanc élaboré par Jacques Delors, menant à des conclusions communes de la CES, du CEEP et de l'UNICE. Parallèlement au dialogue d'Edmont, la CES adopte une stratégie pour amener l'UNICE à discuter. Pour ce faire, elle fait le choix de négocier avec qui le voudra bien. Or l'UNICE n'est pas la seule organisation patronale européenne. La CES va donc conclure un premier accord cadre européen le 6 juin 1990 avec le CEEP. Finalement l'UNICE accepte de négocier sur la révision des traités et de conclure un accord le 31 octobre 1991 sur les règles du dialogue social. En 1993, le comité du dialogue social va également produire une interprétation commune du Protocole social de Maastricht. Ils négocient également une procédure de consultation de la commission en deux temps, un premier sur la pertinence de l'initiative et un second sur le contenu envisagé, ainsi que les critères de représentativité des partenaires sociaux.

30. Avant l'adoption du traité de Maastricht, le dialogue social ne bénéficiait d'aucun cadre procédural. C'est ce traité, à travers les articles 118 A et 118 B, ainsi que le protocole social qui lui est annexé, qui encadre juridiquement le dialogue social européen¹⁵². Ces articles, bien

¹⁵¹ « Il y a deux voies que l'on ne peut pas emprunter chaque fois que le dialogue parvient à adopter un Avis. La première est l'obligation pour la Commission de légiférer : cette voie mènerait à une remise en cause de l'autonomie des partenaires sociaux, ce qui serait contraire à la philosophie des relations sociales qui est la nôtre, et qui se fonde sur une relation équilibrée entre régulation législative et régulation contractuelle. La deuxième voie à ne pas emprunter est celle de ne donner aux avis communs aucun prolongement significatif. Ces prolongements pourront parfois être des directives, dans d'autres cas, ils pourront, suivant le mouvement du haut vers le bas, influencer les négociations nationales et/ou sectorielles. » (J. Delors, Propos noté par Carlo Savoini dans le compte rendu réalisé pour la Commission, non daté. IIHS, n° 2106).

¹⁵² Nous les reproduisons ci-après :

« Article 118 A

qu'ils encadrent le dialogue social ne le définissent pas et n'emploient pas le terme. La lecture de l'article 118 B permet de définir le dialogue social par ses acteurs, ce sont les « partenaires sociaux ». Mais cela ne répond que partiellement à la question « qu'est-ce que le dialogue social ? » puisqu'elle en pose une nouvelle « qui sont les partenaires sociaux ? ». La Commission y apporte une réponse dans sa communication du 14 décembre 1993 dans laquelle elle développe que « la Commission croit, comme principe général, que la mesure dans laquelle les organisations doivent être consultées aux termes de l'article 3 de l'accord dépend des critères suivants. Les organisations devraient :

- être interprofessionnelles, sectorielles ou catégorielles et être organisées au niveau européen,

- être composées d'organisations elles-mêmes reconnues comme faisant partie intégrante des structures des partenaires sociaux des États membres et avoir la capacité de négocier et être, dans la mesure du possible, représentatives dans tous les États membres »¹⁵³.

La définition donnée par cette communication de la commission a l'avantage d'identifier ces acteurs. Cependant, il s'agit seulement d'une communication, qui n'a donc aucune valeur juridique. On peut tout de même en extraire trois critères. Le premier est celui de l'implantation géographique et professionnelle de l'organisation. Il s'agit par-là d'exiger de la part des partenaires sociaux une implantation dans les domaines pouvant faire l'objet du

1. Les États membres s'attachent à promouvoir l'amélioration, notamment du milieu de travail, pour protéger la sécurité et la santé des travailleurs et se fixent pour objectif l'harmonisation, dans le progrès, des conditions existant dans ce domaine.

2. Pour contribuer à la réalisation de l'objectif prévu au Paragraphe 1, le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 189 C et après consultation du Comité économique et social, arrête par voie de directive les prescriptions minimales applicables progressivement, compte tenu des conditions et des réglementations techniques existant dans chacun des États membres. Ces directives évitent d'imposer des contraintes administratives, financières et juridiques telles qu'elles contrarieraient la création et le développement de petites et moyennes entreprises.

3. Les dispositions arrêtées en vertu du présent article ne font pas obstacle au maintien et à l'établissement, par chaque État membre, de mesures de protection renforcée des conditions de travail compatibles avec le présent traité.

Article 118 B

La Commission s'efforce de développer le dialogue entre partenaires sociaux au niveau européen, pouvant déboucher, si ces derniers l'estiment souhaitable, sur des relations conventionnelles. ».

¹⁵³ Commission européenne, *Communication concernant l'application du protocole social*, COM(93) 600, 14 décembre 1994.

Introduction générale

dialogue (interprofessionnel pour les confédérations ou dans les différents secteurs d'activité pour les fédérations européennes) et au niveau géographique d'élaboration de la norme. Ensuite la représentativité s'établit sur le plan national des organisations membres de l'organisation européenne. Les partenaires sociaux européens disposent en quelque sorte d'une représentativité d'emprunt. C'est parce que les organisations qui les composent sont représentatives et ont la capacité de négocier nationalement qu'ensemble elles sont représentatives au niveau européen. Encore cela suppose-t-il que ces organisations européennes disposent d'une implantation dans un nombre suffisant d'Etats membres. Il faut enfin une structuration adéquate qui permette une participation effective au processus de consultation. On peut supposer qu'il s'agit ici d'une organisation au niveau européen qui permettra la consultation et la négociation à ce niveau. Ces éléments n'apportent cependant pas de définition précise de la représentativité des acteurs.

On peut également trouver une définition par rapport à un objectif, celui d'établir des « relations conventionnelles » si les « (partenaires sociaux) l'estiment souhaitable ». On peut donc constater que si l'objectif assigné au dialogue social par Jacques Delors reste présent, le texte s'adapte à la réalité du dialogue qui débouche sur d'autres actes, non contraignants. Et ceci dans un but que l'on retrouve dans l'article précédent et qui n'est pas sans rappeler la position de l'UNICE, à savoir que les normes sociales européennes ne doivent pas « imposer des contraintes (...) juridiques ». C'est le protocole social qui va apporter plus de précisions dans l'encadrement du dialogue social au niveau européen. Si les « relations conventionnelles »¹⁵⁴ sont un objectif et une méthode possible d'élaboration de normes européennes, la méthode suivie par la commission dans le cadre du dialogue social européen consistera, non dans la négociation pour aboutir à des accords, mais dans la consultation¹⁵⁵ des interlocuteurs sociaux afin d'encourager leur dialogue.

31. Dès les livres vert¹⁵⁶ et blanc¹⁵⁷ de la commission, l'objectif de la construction d'une « autonomie des partenaires sociaux » et d'un « espace de négociation collective

¹⁵⁴ Articles 1er et 4 de l'Accord sur la politique sociale conclu entre les États membres de la Communauté européenne à l'exception du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, JOCE, 29 juillet 1992, n° C 191/91 et n° C 191/92 32.

¹⁵⁵ Article 3 de l'Accord précité.

¹⁵⁶ Commission européenne, *Politique sociale européenne – Options pour l'Union*, Livre vert COM(93) 551, 17 novembre 1993.

¹⁵⁷ Commission européenne, *Politique sociale européenne – Une voie à suivre pour l'Union*, Livre blanc, COM(94) 333, 27 juillet 1994.

autonome »¹⁵⁸ était envisagé. Une communication de la commission fait suite au conseil européen de Laecken, communication qui est riche en enseignements sur ce que la commission entend par dialogue social¹⁵⁹. Vu comme le « moteur des réformes économiques et sociales », le dialogue social européen a vocation à permettre de négocier sur ces questions, bien que les accords concernent essentiellement les questions sociales. Ses acteurs, les « partenaires sociaux », occupant une « position unique dans la société civile », ils sont appelés à permettre une meilleure gouvernance. De ce point de vue, le dialogue social européen se caractérise comme l'expression d'un point de vue technique sur les questions sociales, les « partenaires sociaux » devenant des experts des questions sociales plus que de véritables acteurs d'une forme de « démocratie sociale ». Cependant, les « partenaires sociaux » sont appelés à « développer leur dialogue autonome et à établir des programmes de travail communs »¹⁶⁰. On voit ainsi comment est envisagée l'autonomie des interlocuteurs sociaux européens. Ils peuvent élaborer des programmes de travail communs et, au-delà, engager eux-mêmes des négociations sur les thématiques choisies. La commission appelle en outre au « renforcement de la concertation entre les partenaires sociaux et les institutions européennes sur les politiques économiques et sociales ». Afin de renforcer le rôle des « partenaires sociaux », la commission souhaite enfin « renforcer la participation des partenaires sociaux aux processus ouverts de coordination, notamment en consultant les partenaires sociaux avant la rédaction des propositions de lignes directrices pour l'emploi », ceci accompagné d'une assistance technique mis à la disposition des organisations.

On touche une limite de cette autonomie du dialogue social européen. La force normative des instruments produits par ce dialogue doit s'appuyer sur les institutions européennes. Ils doivent aboutir à une directive, s'appuyer sur les organisations patronales et syndicales nationales, *via* un accord d'adaptation, ou sur les Législateurs nationaux pour être opposables. Son autonomie dépend des législations nationales qui ne reconnaissent pas toutes une véritable autonomie collective¹⁶¹. Cette autonomie reste donc limitée puisque les

¹⁵⁸ Livre vert COM(93) 551, *op. cit.*, p. 67.

¹⁵⁹ Communication de la commission européenne, COM(2002) 341 final, *Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement*, Bruxelles, 26 juin 2002.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 4.

¹⁶¹ Nous pouvons reprendre ici la comparaison faite entre le Droit italien, reconnaissant une véritable autonomie collective, et le Droit français, qui subordonne la force normative des accords à la loi, par Stamatina Yannakourou dans sa thèse S. Yannakourou, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur. Etude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale*, LGDJ, 1995.

Introduction générale

interlocuteurs sociaux européens ne peuvent élaborer seuls des normes, en dehors de toute intervention législative. Ils ne peuvent pas se substituer aux institutions, et notamment au Parlement européen, garant du respect des principes démocratiques de l'Union¹⁶². Cette limite est aussi reconnue par la commission qui considère que « les partenaires sociaux ont en outre la capacité, reconnue par le Traité, de s'engager dans un véritable dialogue social autonome, c'est-à-dire de négocier de manière indépendante des accords qui deviennent des normes de droit : c'est cette capacité à négocier des accords qui donne au dialogue social une place à part. Enfin, les partenaires sociaux peuvent être chargés, à leur demande, de la transposition des directives au niveau national, et celles-ci contiennent souvent des dispositions leur permettant de les adapter à des situations spécifiques »¹⁶³.

Tel qu'énoncé, l'autonomie de ce dialogue réside donc dans la capacité des organisations syndicales et patronales européennes à négocier des accords. Pour avoir une force normative, le dialogue social européen autonome doit, nécessairement, reposer sur une négociation classique. Celui-ci devant permettre aux interlocuteurs sociaux de « mieux occuper l'espace contractuel au niveau européen »¹⁶⁴. Ce qui n'exclut pas dans le cadre de cette autonomie, au regard de la commission, la consultation en ce qu'elle peut déboucher sur un dialogue social autonome¹⁶⁵. Plusieurs auteurs observent par ailleurs que la négociation collective au niveau de l'Union est largement impulsée par les institutions de celle-ci¹⁶⁶.

Cette autonomie est donc quelque peu biaisée. Elle l'est d'autant plus, que l'autonomie des organisations est réduite par leur place dans le processus démocratique d'élaboration des normes européennes¹⁶⁷. Autres éléments devant permettre l'autonomie de ce dialogue social, c'est la capacité des syndicats à négocier. Pour cela, la commission renvoie au niveau national la structuration des organisations patronales et syndicales ainsi que des pratiques de dialogue

¹⁶² TPI CE, 17 juin 1998, UEAPME, aff. T 135/96 ; M.-A. Moreau, « Sur la représentativité des partenaires sociaux européens », *Dr. soc.*, 1999, p. 53.

¹⁶³ COM(2002) 341 final, *op. cit.*, p. 7.

¹⁶⁴ COM(2002) 341 final, *op. cit.*, p. 17.

¹⁶⁵ COM(2002) 341 final, *op. cit.*, p. 8.

¹⁶⁶ G. Lyon-Caen, « Négociation et convention collective au niveau européen », *RTD eur.*, 1973, p. 583 ; C. Vigneau, *op. cit.*, p. 671.

¹⁶⁷ P. Rodière, « Les droits sociaux dans la Constitution européenne : quelques questions », *SSL*, 2 mai 2005, n° 1213, pp. 5 à 13.

social « solidement établies »¹⁶⁸. Ce renforcement passe également, pour la commission, par la formation conjointe des « partenaires sociaux »¹⁶⁹.

Par le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, le protocole social de Maastricht est incorporé au droit positif de l'Union. Ce sont ces articles qui fondent le principe de subsidiarité qui régit l'élaboration de la norme sociale européenne. On peut alors observer l'établissement d'un parallélisme entre la loi et le contrat qui provient du rôle attribué aux partenaires sociaux dans l'élaboration de la norme¹⁷⁰. La commission conserve toujours un rôle, qu'elle a annoncé dans les livres vert et blanc de 1993 et 1994 vouloir minimal. Ainsi la norme, quoique négociée, doit toujours être adossée à une volonté des institutions pour devenir directive, au niveau européen, ou loi, au niveau national lorsque les interlocuteurs sociaux européens confient aux interlocuteurs sociaux nationaux le soin de transposer les accords-cadres.

2. Le dialogue social institué au niveau de l'Union

32. A l'aboutissement de ce processus, une diversité d'outils, de méthodes et de finalités du dialogue social peuvent être identifiés¹⁷¹. On peut dégager une *typologie des instruments* du dialogue social européen. La commission distingue ainsi trois types de textes. Les premiers sont les textes basés sur les processus. Ils ne créent pas de droits directs pour les travailleurs, ce sont des recommandations des partenaires sociaux à leurs membres. Ils se subdivisent en trois types d'instruments qui s'ensuivent. Les cadres d'action qui sont les priorités que les « partenaires sociaux nationaux » s'engagent à respecter et qui sont contrôlées par le biais de rapports ; les lignes directrices et les codes de conduite, qui sont des normes européennes minimales à mettre en œuvre ou des normes supérieures à promouvoir comme l'accord européen sur la formation professionnelle dans l'agriculture de 2002 ; et les orientations

¹⁶⁸ COM(2002) 341 final, *op. cit.*, p. 20.

¹⁶⁹ COM(2002) 341 final, *op. cit.*, p. 11.

¹⁷⁰ A. Dufresne, C. Gobin et N. Maggi-Germain, *op. cit.*, p. 80.

¹⁷¹ E. Mazuyer, « Les instruments juridiques du dialogue social européen : état des lieux et tentative de clarification », *Dr. soc.*, 2007, p. 476 ; J. Diringier, *op. cit.*, spéc. n° 1202, p. 594 et n° 537, p. 274.

Introduction générale

politiques que les agents promeuvent par la collecte et l'échange de bonnes pratiques. Le deuxième type de textes, ce sont les avis conjoints et instruments visant à l'échange d'informations. Ceux-ci existaient avant Maastricht et sont composés des avis conjoints, déclarations ou instruments. Le troisième type de texte, ce sont les textes procéduraux qui servent à fixer les règles du dialogue social.

Une classification peut également s'opérer *selon les objectifs* de ces instruments. Les accords-cadres ont un objectif d'harmonisation. Ils établissent des normes minimales qui visent à créer des droits et prévoient des engagements de mise en œuvre avec une date limite. L'accord de 1995 sur le congé parental, par exemple, aboutit à une directive en 1996, surmontant l'opposition du Royaume-Uni au Conseil. Les accords à vocation procédurale, recommandatoire ou déclaratoire sont des textes qui existent en dehors des procédures des articles 138 et 139 CE. Les instruments à dimension procédurale ou organisationnelle s'adressent aux partenaires sectoriels et non nationaux (comme l'accord de 1991 repris par le protocole social de Maastricht). La commission regroupe les « accords basés sur les processus » ayant vocation recommandatoire avec un suivi et « avis conjoints et instruments visant à l'échange d'informations » ayant une simple force déclaratoire.

Enfin, une typologie peut s'opérer *selon les procédures* d'élaboration suivies¹⁷². Avec la procédure de consultation, c'est la commission qui sollicite l'avis des « partenaires sociaux » sur les normes qu'elle entend élaborer. La première repose sur la négociation collective. Celle-ci ne s'engage que si les interlocuteurs sociaux le souhaitent. Après la deuxième phase de consultation, ils peuvent conclure un accord-cadre qui pourra donner lieu à une directive s'ils le demandent à la commission qui proposera ensuite au Conseil. La deuxième repose sur les « actions conjointes ». Les organisations se rencontrent pour élaborer des avis communs, des accords volontaires, des ententes ou des Codes de bonne conduite évoqués ci-avant. La troisième repose sur les concertations tripartites. Il s'agit d'un échange sur les grandes orientations de l'Union européenne. Celles-ci peuvent prendre plusieurs formes. Ce peuvent être des sommets sociaux tripartites pour la croissance et l'emploi qui ont lieu avant chaque conseil européen du printemps depuis 2003, des concertations spécifiques, sur des thèmes précis, ou par la réunion de l'un des six comités consultatifs

¹⁷² A. Dufresne, C. Gobin et N. Maggi-Germain, *op. cit.*, p. 79.

interprofessionnels spécifiques qui formulent des avis sur les propositions législatives des thèmes les concernant¹⁷³.

Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pose enfin le régime du dialogue social. Tout d'abord, l'article 145 stipule que « les États membres et l'Union s'attachent, conformément au présent titre, à élaborer une stratégie coordonnée pour l'emploi et en particulier à promouvoir une main-d'œuvre qualifiée, formée et susceptible de s'adapter ainsi que des marchés du travail aptes à réagir rapidement à l'évolution de l'économie ». Pour accompagner cette adaptation, les États membres doivent selon l'article 147 associer les « partenaires sociaux » en respectant leurs responsabilités telles que définies par les « pratiques nationales ».

33. Le dialogue social n'est pas une notion qui vit seule, elle s'inscrit dans un champ « lexicosémantique »¹⁷⁴ propre qui ne relève pas uniquement du droit et qui apparaît être un processus en interaction avec le Droit. Le dialogue social, dans les entretiens de Val Duchesse, est présent dans plus de quarante-quatre pourcents des phrases et s'accompagne de tout un champ lexical. Dans les sommets, on trouve des références aux avis et positions communes, à la parole, à la consultation, à la proposition ou encore même au fait d'aimer¹⁷⁵. Sont cependant absentes les notions de négociation et d'accord alors que celles de syndicats, d'organisation et de « partenaires sociaux » sont bien présentes¹⁷⁶. Nous développerons donc ici quelques définitions de ces termes liés au dialogue social et qui ne manquent pas d'éclairer sur les enjeux liés à l'emploi de ce syntagme.

Gouvernance. Ce terme est employé de plus en plus largement pour désigner les rapports de pouvoir tant institutionnels qu'économiques. John Pitseys lui attribue « une définition plus flexible de l'exercice du pouvoir, reposant sur une plus grande ouverture du processus de décision, sa décentralisation, la mise en présence simultanée de plusieurs statuts d'acteurs »¹⁷⁷. Pour le philosophe, d'art de gouverner à la Renaissance, la gouvernance est

¹⁷³ Ces six comités sont : fonds social européen, formation professionnelle, libre circulation des travailleurs, sécurité sociale des travailleurs migrants, sécurité, hygiène et protection sur les lieux de travail, égalité des chances femmes et hommes.

¹⁷⁴ L'expression est empruntée à Anne Dufresne, Corinne Gobin et Nicole Maggi-Germain.

¹⁷⁵ « Aimer » aurait été employé 17 fois contre 13 emplois du terme « partenaires sociaux ».

¹⁷⁶ On retrouve ces données dans un dendrogramme présent dans C. Didry et A. Mias, *op. cit.*, pp. 140 à 141.

¹⁷⁷ J. Pitseys, « Le concept de gouvernance », *RIEJ*, 2010/2, p. 207.

devenue dans les années 1970 un concept managérial. Basé sur la confiance, elle ne se définit pas par la « position qu'elle occupe dans la hiérarchie des normes, mais du résultat ponctuel qu'elle est susceptible d'obtenir (...), par sa capacité à former une décision ». On comprend alors la place que la commission accorde au dialogue social dans le cadre de la gouvernance européenne¹⁷⁸. La gouvernance se traduit par le passage d'une organisation pyramidale du pouvoir, c'est-à-dire une organisation démocratique, à une organisation associant la « société civile » dans l'élaboration des normes. On passe de la large participation des citoyens à une logique lobbyiste, où les associations et groupements font pression sur l'élaboration des normes. On arrive alors à une logique de corégulation, voire d'autorégulation, ce sont les groupes concernés qui élaborent les normes. Cela n'est pas sans poser de problèmes sur le plan démocratique lorsque la représentation du peuple se remet à cette logique, confondant prise en compte des différents intérêts particuliers, exprimés par des groupes ayant plus ou moins de moyens de pression, et intérêt général.

Société civile. Elle est au cœur de la stratégie de gouvernance. C'est en effet la société civile organisée qui est appelée à être consultée pour l'élaboration des normes européennes. Celle-ci « regroupe notamment les organisations syndicales et patronales (les « partenaires sociaux »), les organisations non gouvernementales, les associations professionnelles, les organisations caritatives, les organisations de base, les organisations qui impliquent les citoyens dans la vie locale et municipale, avec une contribution spécifique des églises et communautés religieuses »¹⁷⁹. La société civile se définit alors en opposition avec l'Etat, ou les institutions au niveau de l'Union. Censée mieux représenter les citoyens, elle se compose finalement de toutes les structures qui ne sont pas élues au suffrage universel, les Parlements n'appartenant pas à cette société civile. Chez Hegel, elle se définit également en opposition à la famille car elle intervient dans l'espace public, en même temps qu'elle se définit en opposition à l'Etat puisqu'elle cherche la satisfaction d'intérêts privés contrairement au politique. Cette notion souffre cependant d'absence de définition unifiée.

Partenariat. Dans les années 1960, la notion de « partenaires sociaux » est rejetée par l'eurosyndicalisme. Le sens du terme « partenaire » est en effet très lourdement chargé axiologiquement. Il est l'antithèse de l'idée d'antagonisme. Il y a avec ce terme l'idée que

¹⁷⁸ On pense ici à la COM(2002) 341 final, analysée *surpa* n° 31

¹⁷⁹ Communication de la Commission, « Gouvernance européenne. Un livre blanc. », COM(2001) 428 final, Bruxelles, 25 juillet 2001, p. 17

l'« on est passé de la centralité du conflit à la culture du partenariat. Il en résulte la mise en place d'un nouveau modèle de relations professionnelles qui place les organisations syndicales au cœur du processus d'élaboration du droit »¹⁸⁰. Avec cette notion, on sort de la logique négociatrice, qui donnait une prédominance aux acteurs syndicaux, pour entrer dans une logique de dialogue, qui en refusant de reconnaître le monopole syndical de représentation des intérêts des travailleurs ouvre la voie à de nouveaux acteurs, qui peuvent aussi bien être des élus que des organisations non gouvernementales ou encore des comités de toute sorte¹⁸¹.

Gestion positive du changement. Cette expression que l'on retrouve dans la communication de la Commission européenne COM(2002) 341 s'inscrit dans la stratégie de Lisbonne et apparaît comme le moyen d'atteindre les objectifs de plein-emploi et de cohésion sociale. Celle-ci a vocation à permettre « de concilier la flexibilité indispensable aux entreprises et la sécurité nécessaire aux salariés, en particulier lorsque l'économie connaît d'importantes restructurations »¹⁸². Cette gestion s'appuyant sur un dialogue social, ajoute la commission, qui doit être une méthode « souple, efficace et non conflictuelle » pour surmonter les obstacles liés aux restructurations.

B. Première définition du dialogue social

34. Le dialogue social est un syntagme en ce sens qu'il est un signe¹⁸³ composé d'autres signes pour former une signification propre. L'on peut fournir une première analyse en distinguant les éléments qui le composent.

35. Le mot dialogue est lui-même un syntagme. Il se compose du « préfixe dia- signifiant « à travers » (et non pas « deux ») »¹⁸⁴ et du terme *logos* qui signifie parole ou discours. Le

¹⁸⁰ A. Dufresne, C. Gobin et N. Maggi-Germain, *op. cit.*, p. 71.

¹⁸¹ Par exemple en France, ce peut être le cas des comités de bassin d'emploi qui peuvent apparaître comme des acteurs du dialogue social local.

¹⁸² COM(2002), 341 final, *op. cit.*, p. 6.

¹⁸³ Selon Saussure, un concept et une image acoustique (F. de Saussure, *Cours de linguistique générale*, Payot, 1960, p. 98) forment ensemble une unité qu'il nomme le *signe*. L'auteur distingue cette dichotomie de celle entre un nom et une chose. Le concept est ce que l'on nomme le *signifié* et l'image acoustique ce que l'on nomme le *signifiant*. Cette distinction est du reste, usitée par des juristes pour distinguer le texte, comme signifiant, et la norme, comme signifié (A. Jeammaud, « Des principes du droit du travail », *SSL*, n° 17036, 18 déc. 2015).

Introduction générale

dialogue signifie donc « à travers la parole » ou « le discours ». Mais parce que le dialogue social est « réfractaire à tout réductionnisme disciplinaire »¹⁸⁵, qu'il nous paraît essentiel de faire appel à d'autres disciplines, en particulier pour définir le dialogue. La linguistique et la philosophie du langage nous fourniront des éléments d'analyse de cette expression pour en dégager le sens.

Le dialogue désigne donc, à travers la parole, un échange d'énoncés et l'anticipation de la compréhension de l'autre. L'énonciation est étudiée par les linguistes et philosophes du langage. Nous présenterons ici les travaux de Mikhaïl Bakhtine et de son cercle¹⁸⁶ et ceux de Martin Buber sur l'aspect particulier du dialogue. Bakhtine opère une critique des théories saussuriennes : si la langue est bien un fait social pour les deux auteurs, la parole est un acte individuel pour Saussure mais est sociale selon Bakhtine car elle est liée aux conditions de communication. En outre Saussure a une approche synchronique du signe et en fait un élément stable soumis à la tradition, alors que Bakhtine le considère comme un élément changeant en fonction de la situation, des conditions d'énonciation ou du contenu idéologique du signe. Ce dernier élément est central chez Bakhtine.

L'auteur postule que le signe est nécessairement idéologique. Si l'objet en lui-même existe, le signe qu'on lui attribue est idéologique. Il prend pour cela l'exemple de la faucille et du marteau qui sont deux outils existants objectivement, ayant une utilité objective, mais qui dès qu'on les croise signifient certaines représentations. Le signe appartient au domaine de la représentation, donc de l'idéologie. L'idéologie et le signe se réfèrent cependant à quelque chose de matériellement existant, qui permet de penser la chose. Il écrit ainsi que « tout ce qui est idéologique possède un *réfèrent* et renvoie à quelque chose qui se situe hors de lui. En d'autres termes, tout ce qui est idéologique est *signe*. *Sans signes, point d'idéologie* »¹⁸⁷.

Le signe est ce qui permet l'expression de l'activité mentale¹⁸⁸. La pensée peut potentiellement s'exprimer, c'est donc le signe qui met en relation la pensée et l'expression. Il

¹⁸⁴ F. Géa, « Dialogue social ? Vous avez dit dialogue ? », in F. Géa et A. Stévenot, *op. cit.*, p. 203.

¹⁸⁵ G. Pignarre, « Des noms et des mots... », in G. Loiseau, *op. cit.*, p. 371.

¹⁸⁶ Nous parlons du cercle de Bakhtine car celui-ci n'a pas signé la plupart de ses ouvrages qui ont été publiés par d'autres auteurs.

¹⁸⁷ M. Bakhtine, *Le marxisme et la philosophie du langage*, Les Editions de minuit, 1977, p. 25.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 50.

y a dès lors une influence du signe sur la compréhension. Cette dernière est permise par la capacité à « appréhender le signe donné dans un contexte idéologique correspondant »¹⁸⁹. L'étude de l'idéologie permet la compréhension objective et concrète d'une énonciation. Pour Bakhtine, notre compréhension d'un signe dépend des conditions dans lesquelles sa signification se fixe, mais le signe extérieur a besoin des signes intérieurs, comme références, pour devenir idéologique.

La compréhension passe par plusieurs stades que Tzvetan Todorov¹⁹⁰, un commentateur de Bakhtine, développe : la perception psycho-physiologique du signe physique (mot, couleur, forme spatiale, etc.) ; sa reconnaissance comme connu ou inconnu ; la compréhension de sa signification réitérable dans la langue ; la compréhension de sa signification dans le contexte donné ; la compréhension active et dialogique par l'évaluation dans la compréhension. La compréhension, dans son dernier stade, implique donc le dialogue.

Bakhtine rejette la théorie saussurienne selon laquelle l'acte de parole serait un acte individuel car « en réalité, l'acte de parole, ou, plus exactement son produit, l'énonciation, ne peut nullement être considéré comme individuel au sens étroit du terme (...). L'énonciation est de nature sociale »¹⁹¹. Il ajoute que « l'énonciation est le produit de l'interaction de deux individus socialement organisés et, même s'il n'y a pas un interlocuteur réel, on peut substituer à celui-ci le représentant moyen du groupe social auquel appartient le locuteur »¹⁹². La communication s'accompagne en outre d'actes sociaux non verbaux tels que des gestes au travail, des rituels ou des procédures. C'est ce caractère social qui permet la compréhension des signes par des individus différents car « tout signe résulte d'un consensus entre des individus socialement organisés au cours d'un processus d'interaction »¹⁹³. L'individu n'est pas isolé et ne peut pas l'être. L'énonciation a du sens car elle permet la communication avec d'autres individus avec lesquels nous formons un groupe social. Le dialogue, ou l'interaction

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 60.

¹⁹⁰ T. Todorov, *Mikhaïl Bakhtine le principe dialogique suivi de Ecrits du Cercle Bakhtine*, Seuil, 1981, p. 81.

¹⁹¹ M. Bakhtine, *op. cit.*, p. 119.

¹⁹² *Ibid.*, p. 123.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 41.

Introduction générale

verbale, est social car « il est déterminé tout autant par le fait qu'il procède de quelqu'un que par le fait qu'il est dirigé vers quelqu'un »¹⁹⁴.

L'énonciation repose sur l'anticipation de la compréhension par le récepteur de l'énoncé et l'anticipation de sa réponse. Dans les relations collectives, la consultation du comité social et économique repose sur la compréhension par les membres de la délégation du personnel de la question qui leur est soumise et des informations qui y sont attachées pour rendre un avis utile. L'énonciation de ces directives, questions et informations repose sur la capacité de l'employeur à adapter son énonciation à ses interlocuteurs. Cela provient de la « nature sociale du langage »¹⁹⁵ dont la force motrice est l'organisation sociale du travail, au sein de laquelle Bakhtine considère l'antagonisme des intérêts entre classes sociales. La compréhension des énoncés doit alors tenir compte des conditions sociales réelles qui conduisent à formuler ces énoncés. Il faut notamment pour cela distinguer différents rapports de communication sociale qui supposent des hiérarchies donc différentes façons de s'exprimer comme dans les contextes de la production, les affaires, le quotidien ou l'idéologie. Entendons par là que nous adaptons notre énonciation selon que nous nous adressons à un ami, un collègue ou une personne avec laquelle nous entretenons un rapport hiérarchique.

Le dialogue est un échange d'énoncés. Il faut donc un locuteur et un auditeur ou interlocuteur. L'auditeur répond en général, que ce soit verbalement ou non, par accord ou désaccord en fonction de ce que Bakhtine nomme la perception évaluative. Il s'ensuit qu'un discours, même monologique, est toujours dialogique car toujours tourné vers autrui et vers l'anticipation de sa réponse. Valentin Volochinov, qui appartient au cercle de Bakhtine, précise que « tout discours est un discours dialogique, orienté vers quelqu'un qui soit capable de le comprendre et d'y donner une réponse, réelle ou virtuelle. Cette orientation vers l'« autre », vers l'auditeur, conduit nécessairement à tenir compte du rapport social et hiérarchique qui existe entre les interlocuteurs »¹⁹⁶. Cette « orientation sociale de l'énoncé »¹⁹⁷ détermine la forme stylistique et grammaticale de celui-ci. La production et la réception du sens sont fondamentales dans le langage. En ce sens, l'interlocuteur joue un rôle actif dans

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 123.

¹⁹⁵ V. Volochinov, « La structure de l'énoncé », in T. Todorov, *op. cit.*, p. 287.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 298.

¹⁹⁷ *Loc. cit.*

le discours, c'est lui qui détermine le ton employé. Ce que Tzvetan Todorov formule ainsi lorsqu'il écrit que « l'interlocuteur participe à la formation du sens de l'énoncé, tout comme le font les autres éléments, également sociaux, du contexte d'énonciation »¹⁹⁸. Le dialogue par conséquent est fondé sur l'appréhension du discours d'autrui. Il est une reprise de l'énonciation dans un discours intérieur, c'est l'« appréhension appréciative »¹⁹⁹ ou évaluative. C'est cette phase dans le dialogue qui permet la réplique, ou réponse. Le dialogue repose donc sur la réplique, mais aussi sur un métadiscours par cette phase appréciative. La succession de ces phases fait le dialogue et permet aux interlocuteurs de construire une compréhension commune.

Le dialogue est aussi une façon d'apprendre le langage. Cela peut se traduire par les jeux de langage chez Wittgenstein. C'est aussi ce que développe le philosophe Martin Buber. On retrouve ici le caractère social de l'énoncé dans le dialogue. Pour Buber « le mouvement dialogique fondamental consiste à se tourner vers autrui »²⁰⁰. Ce qu'il qualifie de dialogique, qu'il distingue du dialogue, se « mesure par l'élément d'enveloppement »²⁰¹, c'est-à-dire la fonction éducatrice du dialogue. Le philosophe distingue trois éléments de cet enveloppement : des rapports de telle ou telle nature entre deux personnes ; l'expérience en commun ; et que l'une des deux personnes fasse l'expérience de l'événement commun comme l'éprouve l'autre. Le dialogue se fonde ainsi sur une vie mutuelle et une expérience commune vécue de la même manière par des interlocuteurs. Ce « rapport éducateur est purement dialogique »²⁰² en ce sens qu'il se fonde sur une mutualité, avec cette limite qu'il n'enveloppe pas complètement l'élève qui ne peut pas nécessairement faire l'expérience de celle d'éducateur.

Cette mutualité permet de fonder le rapport dialogique, ce qui signifie que « deux hommes dialogiquement liés doivent être, de toute évidence, tournés l'un vers l'autre, c'est-à-dire s'être tournés l'un vers l'autre »²⁰³. Martin Buber n'accorde cependant pas la même

¹⁹⁸ T. Todorov, *op. cit.*, p. 50.

¹⁹⁹ M. Bakhtine, *op. cit.*, p. 165.

²⁰⁰ M. Buber, *La vie en dialogue*, trad. J. Loewenson-Lavi, Éditions Montaigne, coll. Philosophie de l'esprit, 1959, p. 128.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 237.

²⁰² *Ibid.*, p. 237.

²⁰³ *Ibid.*, p. 115.

importance que Mikhaïl Bakhtine à l'appartenance à un groupe social, en particulier la classe sociale. Il considère en effet que « l'appartenance au groupe n'implique pas par elle-même, d'aucune façon, une relation d'essence entre un membre de ce groupe et l'autre »²⁰⁴. Nous retiendrons donc essentiellement de Buber que le dialogue, pour être authentique, suppose la mutualité, c'est-à-dire la capacité non seulement à se tourner vers l'autre mais encore à éprouver de la même façon la même expérience que l'autre. Le premier développe un modèle en syntonie tandis que le second développe un modèle de fusion du *je* et du *tu* dans le dialogue²⁰⁵.

Il y a dans le dialogisme l'idée que l'« on ne peut comprendre sans se comprendre »²⁰⁶. Il a nécessairement une dimension intersubjective. Celle-ci doit dépasser le sens énoncé par chacun des locuteurs. Ainsi que l'écrit Monsieur Francis Jacques, « la forme noble de l'entente est créatrice d'un sens nouveau dont aucun n'était le dépositaire »²⁰⁷. Il définit le dialogisme comme « *la distribution effective du discours sur deux instances énonciatives au moins, lesquelles sont en relation interlocutive actuelle, en référence à un monde à dire conjointement* »²⁰⁸.

36. Nous ne pouvons ici totalement suivre l'invitation de Gérard Lyon-Caen à « résister à la tentation de définir »²⁰⁹. Visant justement cet adjectif, il identifiait alors les tentations de la sémantique, avec laquelle l'on n'apprendrait rien de particulier – notamment au regard de l'étymologie –, et de la linguistique, avec laquelle on n'y trouverait qu'une catégorie distinctive du politique, de l'économique ou de l'individuel. Dans le discours juridique, en particulier celui du code civil, l'adjectif social renvoie aux sociétés *via* l'objet social ou les parts sociales. Il est cependant bien établi aujourd'hui comme adjectif au terme *droit* afin de désigner la discipline qui s'intéresse tant au droit du travail qu'à celui de la protection sociale.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 201.

²⁰⁵ G. Pignarre, *op. cit.*, p. 369.

²⁰⁶ F. Jacques, « Dialogue exige : communicabilité et dialectique », *APD*, XXIX, 1984, p. 8.

²⁰⁷ *Loc. cit.*

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 9.

²⁰⁹ G. Lyon-Caen, « Divagations sur un adjectif qualificatif », in *Ecrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 345.

L'auteur développe que son emploi peut encore s'expliquer par l'influence de l'Union européenne. Gérard Lyon-Caen analyse ainsi que « rien n'est plus révélateur que la construction de la Communauté européenne. Sur son berceau se sont penchées ces deux bonnes fées que sont les partis chrétiens-sociaux et sociaux-démocrates, même si l'inspiration générale était celle du « marché » et si la fée Carabosse du libéralisme concurrentiel était là, bien dissimulée derrière le paravent »²¹⁰.

Nous pouvons en retenir une définition assez générale, c'est-à-dire qu'il désigne comme adjectif qualificatif ce qui se rapporte au domaine du social, et plus particulièrement celui correspondant au droit social. Mais force est de constater qu'associé au terme dialogue, il n'est pas d'un grand apport en ce que le dialogue ne saurait être autre chose que social.

37. Ensemble, ils forment le syntagme dialogue social. Plusieurs définitions ont été proposées de ce syntagme. On peut noter celle de l'Organisation internationale du travail pour laquelle il inclut « tous types de négociation, de consultation ou simplement d'échange d'informations entre les représentants des gouvernements, des employeurs et des travailleurs selon des modalités diverses, sur des questions relatives à la politique économique et sociale présentant un intérêt commun »²¹¹. On notera encore la proposition de définir le dialogue social comme « tous les types d'échange d'informations et de concertation, de négociation, d'expression régulée des conflits, de gestion commune d'institutions et de codétermination, entre les représentants des employeurs et des travailleurs – associant ou non l'Etat et les collectivités territoriales – sur les questions présentant un intérêt commun pour eux en matière économique, sociale, et de politiques publiques »²¹².

La notion de dialogue social a connu un vif succès. En l'espace de trente ans, elle est devenue le terme désignant les relations professionnelles au niveau européen. Cette notion donne un sentiment de succès et de scepticisme. Pour certains représentants d'employeurs, « le succès du « dialogue social » est imputable à son absence de signification ou à son ambiguïté. Il s'agit de désigner par une expression neutre le processus susceptible de conduite à la négociation entre organisations d'employeurs et de salariés. En effet, l'expression « négociation collective » peut en effrayer certains, et le processus qui y conduit est présenté

²¹⁰ *Ibid.*, p. 350.

²¹¹ [Dialogue social \(GOVERNANCE\) \(ilo.org\)](https://ilo.org/), consulté le 3 septembre 2023.

²¹² F. Bruggeman et B. Gazier, « Dialogue social et dialogue social territorial au début du XXI^e siècle. Un essai de théorisation », *Négociations*, 2016/2, n° 26, p. 57.

Introduction générale

sous son aspect « pacifique ». »²¹³. Pour un ancien secrétaire général de la CES, la notion de dialogue social ne suscite pas moins de doutes en ce que « le dialogue social ne doit pas se limiter à une plateforme de discussion ou une vitrine. Il doit pouvoir générer des changements, des accords et des accords mis en œuvre »²¹⁴. Le tripartisme, quoique devant être distingué du dialogue social, n'est jamais bien loin, la commission européenne affiche quant à elle un plus grand enthousiasme en voyant dans le dialogue social « une méthode d'adaptation souple, efficace et non conflictuelle »²¹⁵. Le dialogue social est avant tout un processus qui suit une méthode et des objectifs. Sur le plan de la méthode, il s'agit d'obtenir un cadre permettant d'adopter des actes non contraignants tels que les avis ou positions communes et de permettre un échange d'informations et une concertation entre les interlocuteurs sociaux.

Le rapport à la négociation et à la conclusion d'accord reste ambigu. Quoique cette visée soit présente dès l'origine, il a fallu du temps avant de l'admettre, notamment pour les représentants patronaux, qui craignaient de devoir s'engager et y ont finalement saisi un moyen d'adapter le Droit à leurs revendications. Le frein à la conclusion d'accords restant la production de contraintes juridiques. Sur le plan des objectifs, les thèmes énoncés couvrent de larges champs, allant de réformes économiques à la santé et à la sécurité. Il ressort de la littérature grise de l'Union que les principaux objectifs que poursuit le processus du dialogue social est d'accompagner pacifiquement les réformes des marchés nationaux de la force de travail. Les réformes sociales sont vues comme pertinentes pour y parvenir car les mutations techniques et la mondialisation s'accompagnent de nombreuses restructurations, qui provoquent alors des conflits sociaux que le dialogue social doit permettre d'éviter. La notion ayant des contours flous, elle reste donc difficile à appréhender et à définir avec précision. Celle-ci n'a pas manqué d'influencer les discours politiques et les réformes françaises.

Selon Christian Thuderoz, il y a une différence de nature entre le dialogue social et la négociation collective. Pour le sociologue, « la première expression rend compte d'un *état* de l'échange social, orienté vers la communication, vers l'entente, sans être principalement motivé par la poursuite d'un quelconque intérêt (soit : des individus qui discutent entre eux,

²¹³ Réponse du représentant de la COPA, fédération patronale de l'agriculture, au questionnaire du rapport « Dialogue social européen » de 2004.

²¹⁴ L. Visentini, dans la postface de J. Lapeyre, *op. cit.*, p. 265 ; Luca Visentini était alors le secrétaire général de la CES.

²¹⁵ COM(2002), 341 final, *op. cit.*, p. 6.

qui s'entretiennent, au sens de « converser », « deviser » ; il s'agit d'un dialogue, de *dialogus*, entretien, ou de *dialogista*, quelqu'un d'habile dans la discussion, utilisant son *logos*) ; la seconde expression, « négociation sociale », renvoie à un *processus* d'échange et de coopération, orienté préférentiellement vers la résolution d'un litige ou la production d'un accord, sur la base d'un compromis d'intérêts. Cette activité ne se dissout donc pas dans la précédente ; ce qu'elle désigne est différent : il s'agit de résoudre un problème décisionnel (c'est-à-dire : d'opérer un choix entre diverses solutions possibles, chacun des protagonistes de cette décision revendiquant une solution possible, jugée conforme à ses intérêts) »²¹⁶. On peut retenir que la négociation diffère du *dialogue* en ce que le second est la construction d'un sens commun quand la première se fonde sur la recherche d'une adhésion formelle à un équilibre trouvé entre des intérêts différents²¹⁷.

Cependant ces définitions ne nous satisfont pas. La distinction, voire l'antinomie conceptuelle, avec la négociation collective nous invite à ne pas les confondre. Cela ne nous donne pas de définition propre au dialogue social. Quant aux définitions proposées, celles-ci nous paraissent trop générales en ce qu'elles se limitent à englober des catégories existantes sans bien saisir la singularité du dialogue social. Celui-ci en a pourtant une. Nous pouvons en tenter une approche par une analyse lexicale. Son institution au niveau de l'Union nous permet notamment d'identifier un ensemble de termes qui y sont associés et qui forment avec lui un discours.

²¹⁶ C. Thuderoz, « Non au dialogue social oui à la négociation sociale ! », *Les cahiers du changement*, 2002, p. 5, repr. sur le site de l'auteur le 1 juin 2020 <https://thdz-negociationcollective.org/2020/06/01/inegociation-collective-et-dialogue-social-si-toute-negociation-est-dialogue-tout-dialogue-nest-pas-negociation/>, consulté le 18 sept. 2023.

²¹⁷ F. Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle - Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, op. cit., p. 1962.

III. ... dans les entreprises du secteur privé

38. Ce dernier élément circonscrit le champ de notre recherche. Nous avons déjà développé le périmètre temporel de nos recherches. L'institution nous invite à démarrer notre étude à compter de l'élaboration d'actes instituants que nous avons énoncés. Quant à l'institution comme processus, elle nous convie à une étude diachronique de la construction de son sens. La référence aux entreprises du secteur privé détermine le périmètre dans lequel nous étudions l'institution du dialogue social. Nous avons évoqué *supra* son institution au niveau européen. Il est encore institué au niveau national et interprofessionnel, ainsi qu'au niveau territorial et l'on pourrait trouver des traces d'institution au niveau international. Notre étude se limitera donc aux entreprises, ou plutôt – nous y reviendrons en détail – aux organisations économiques. Mais là encore, nous devons préciser une limite à notre étude, celle-ci ne concernera que les entreprises du secteur privé. Nous entendons par-là les structures soumises au droit privé, ce qui exclut par conséquent les administrations, les établissements publics administratifs mais pas les établissements publics industriels et commerciaux.

Si nous faisons le choix de centrer notre étude sur l'entreprise, c'est parce qu'elle est le niveau privilégié par ce mouvement de réforme. L'institution du dialogue social est justifiée par l'idée que la norme doit être produite au plus près du « terrain »²¹⁸. Or le terrain

²¹⁸ Exposé des motifs de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi ; C. Procaccia, *Rapport sur le projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi*, Sénat, n° 501, 10 juin 2015 ; F. Morel, « Le renouveau du dialogue social passe par l'entreprise », *Dr. soc.*, 2016, p. 405 ; Etude d'impact relative au projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs ; C. Sirugue, *Rapport sur le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs*, Ass. nat., n° 3675, 7 avr. 2016 ; J.-B. Lemoyne, J.-M. Gabouty et M. Forissier, *Rapport sur le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs*, Sénat, n° 661, 1^{er} juin 2016 ; Exposé des motifs de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels ; Etude d'impact du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, 27 juin 2017 ; Exposé des motifs de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social ; L. Pietraszewski, *Rapport sur le projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Ass. nat. n° 19, 6 juil. 2017 ; A. Milon, *Rapport sur le projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Sénat, n° 663, 19 juil. 2017 ; ; L. Pietraszewski, *Rapport sur le projet de loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Ass. nat., n° 369, 9 nov. 2017.

visé est l'entreprise qui serait la « principale bénéficiaire »²¹⁹ de la décentralisation car il s'agirait du « cadre naturel »²²⁰ du dialogue social, ou tout du moins de « l'espace de régulation approprié »²²¹. C'est donc suivant cette logique que nous en faisons notre terrain d'étude.

39. *Plan de la thèse.* Pour déterminer le sens donné au dialogue social par le Législateur, nous commencerons par étudier dans une première partie les réformes relatives au dialogue. Nous verrons alors qu'elles modifient principalement le régime des relations collectives de travail. Nous entendons par là le régime signifié dans la deuxième partie du Code du travail. Cette étude nous permettra d'identifier des régularités dans l'évolution de ces régimes et dans la motivation de ces réformes. De celles-ci nous pourrions dégager une première approche du modèle institué par le Législateur sous l'appellation dialogue social. Nous verrons alors que ces évolutions s'inscrivent dans un mouvement plus général de décentralisation de la production normative dont l'institution du dialogue social est l'expression en matière de droit social. Nous développerons alors le modèle de décentralisation qu'implique l'institution du dialogue social dans la production de règles étatiques en Droit du travail et dans la production de règles décentralisées par les acteurs habilités à le faire.

Le programme d'Emmanuel Macron comprend lui-même dans son chapitre sur le « dialogue social » comme objectif premier : « nous permettrons de négocier au plus près du terrain » ; voir <https://en-marche.fr/emmanuel-macron/le-programme/dialogue-social>.

²¹⁹ C. Gavini, « Vers un droit interne d'entreprise ? », *Sociologie du travail*, 1997, p. 152.

²²⁰ J.-D. Combexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Paris, sept. 2015, p. 25.

²²¹ *Ibid.*, p. 91.

Partie 1 : L'institution du dialogue social comme modèle de relations collectives

40. L'institution du dialogue social s'est faite par plusieurs lois successives qui ont modifié le régime juridique de la production des normes négociées d'une part et de la production des normes délibérées d'autre part. L'objet de cette première partie est de dégager, dans les réformes du dialogue social, les éléments qui forment une continuité. Nous proposons pour cette étude de distinguer les relations collectives selon deux espèces de production normative. La première est la production de normes négociées ou supposées négociées, ce qui nous permet d'inclure le régime d'élaboration et d'adoption d'actes ayant la valeur d'un accord collectif sans en avoir la qualification. Nous l'étudierons dans un premier titre qui prendra donc pour objet la production et l'adoption des accords collectifs et des textes qui y sont assimilés sans obligatoirement faire l'objet d'une négociation. La seconde partie portera sur la production de normes délibérées. Nous proposons de nommer ainsi les normes non négociées mais soumises à discussion avec les représentants élus du personnel. Il faut donc entendre la délibération en référence à la délibération des élus au sein des institutions représentatives du personnel et non en référence, plus couramment admises, à la délibération parlementaire. Ces deux titres chercheront à dégager des mouvements significatifs dans l'évolution de ces régimes et à identifier des régularités desquelles nous pouvons induire une conception des relations collectives de travail qualifiable de dialogue social.

Nous posons pour cela l'hypothèse qu'il y a une signification particulière à l'emploi du syntagme dialogue social par le Législateur qui est commune à ces réformes. Nous postulons en outre qu'il y a une représentation commune dans ce mouvement de réformes de ce que devrait être la production négociée et délibérée de normes. Il ne s'agit cependant pas de nier les différences politiques qui existent entre les majorités et les gouvernements auteurs de ces réformes. Il s'agit seulement de dégager les éléments communs qui nous permettent

Partie 1 : L'institution du dialogue social comme modèle de relations collectives

d'affirmer la conception du dialogue social par le Législateur. C'est donc un essai de systématisation de l'évolution des régimes juridiques de la négociation collective et de la représentation du personnel tels qu'ils sont institués par les réformes du dialogue social.

Titre 1 : L'institution d'un modèle de norme négociée

41. Les réformes du dialogue social se caractérisent tout d'abord par une évolution du régime de la norme négociée. L'objet de ce titre sera de systématiser les évolutions du régime de la négociation collective afin de comprendre la représentation que le Législateur a de la négociation collective et déterminer les règles nouvelles qui permettent de l'instituer. La négociation collective « signifie d'abord la recherche d'un accord, soit la production de règles »²²². Le dialogue social peut se concevoir comme un composant de la négociation collective, c'est un élément qui permet la négociation et favorise l'aboutissement vers un accord²²³. Sous l'impulsion des réformes relatives au dialogue social, la négociation collective serait même devenue le « centre de gravité »²²⁴ de la production normative.

Son rapport au dialogue social est pourtant ambigu, voire contradictoire. Alors que le dialogue social renvoie à une grammaire consensualiste et à des représentations pacifiées des relations collectives, la négociation collective renvoie quant à elle au conflit. Cela fait ranger le dialogue social dans le champ lexical de la gouvernance tandis que la négociation collective appartient à celui du gouvernement selon le Professeur Supiot²²⁵. Marcel Merle écrivait qu'elle ne pouvait pas « être détachée de la force, sous peine de priver celle-là de tout efficacité »²²⁶. Il n'y a pas de négociation sans rapport de force et sans intérêts contradictoires aux sources du conflit menant à la nécessité de négocier. Ce qui est du reste admis par le Législateur lui-même. Mais qu'en est-il lorsque son régime juridique est modifié pour

²²² F. Dumont, « Réflexions sur la négociation collective dans l'axe OIT/France », in G. Loiseau, *Mélanges en l'honneur de Pierre-Yves Verkindt*, LGDJ, 2022, p. 132.

²²³ *Ibid.*, p. 133.

²²⁴ A. Supiot, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. Soc.*, 1989, p. 197 ; M.-A. Rotschild-Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.*, 2004, p. 582 ; M.-A. Rotschild-Souriac, « Quelle autonomie pour la négociation collective d'entreprise », in G. Borenfreund *et al.*, *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, 2005, p. 90 ; F. Morel, « Le renouveau du dialogue social passe par l'entreprise », *Dr. soc.*, 2016, p. 407 ; P.-H. Antonmattei, « Enjeux et exigences d'un droit du travail plus conventionnel », *BJT*, déc. 2019, p. 39.

²²⁵ A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, 2015, p. 48.

²²⁶ M. Merle, « De la négociation », *Pouvoirs*, 1980, p. 11.

Titre 1 : L'institution d'un modèle de norme négociée

restaurer²²⁷, améliorer l'efficacité et la qualité²²⁸, moderniser²²⁹ ou encore renforcer²³⁰ le dialogue social ? Nous proposons d'étudier dans un premier chapitre comment l'institution du dialogue social s'est réalisée à travers un renouvellement de l'organisation de la négociation collective puis dans un second chapitre comment l'activité de négociation s'est diversifiée dans ses différents éléments, comprenant les règles d'adoption des accords et des textes ayant la valeur d'un accord collectif.

²²⁷ V. le rapport au Président de la République de l'ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés, JORF, 17 janv. 1982, p. 295.

²²⁸ Titre Ier de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

²²⁹ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

²³⁰ Loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

Chapitre 1 : L'organisation renouvelée de la négociation collective

42. Les réformes du dialogue social ont réordonné les règles applicables au contrat de travail, en particulier celles qui sont négociées ou supposées l'être. L'exercice de la négociation collective s'est historiquement construit dans une double logique d'affranchissement de l'ordre étatique et de l'exercice unilatéral du pouvoir de l'employeur²³¹. On suppose que l'acte négocié définit une règle à laquelle ne s'oppose pas une règle étatique impérative ni une règle édictée par le seul employeur. Le premier aspect du développement de la négociation collective repose donc sur le positionnement de la règle négociée dans l'ordonnement des règles. Les règles issues de la négociation, ou de l'adoption d'un texte ayant la valeur d'un accord collectif, s'insèrent dans un ordre composé de règles ayant différentes sources. Elles peuvent être constitutionnelles, légales, réglementaires, de différents niveaux professionnels ou contractuelles. Or les réformes du dialogue social ont réordonné les règles selon différentes techniques que nous étudierons dans ce chapitre pour identifier la place attribuée par le Législateur à ces normes.

Le discours *sur* le Droit, en particulier celui du Législateur pour justifier ces réformes, promeut la décentralisation de la production des normes. La négociation s'inscrit dans ce processus²³². C'est pourquoi nous nous intéresserons d'abord au sens précis de la décentralisation de la production des normes par le recours à la négociation dans une première section avant de développer ce que cela implique dans le repositionnement de la règle négociée par rapport aux autres règles avec lesquelles elle peut entrer en conflit dans une seconde section.

²³¹ G. Lyon-Caen, « Critique de la négociation collective », *Dr. soc.*, 1979, p. 351 ; M.-A. Souriac, « Pouvoir et convention collective », in Pélissier J., *Le pouvoir du chef d'entreprise*, Dalloz, 2002, p. 53, spéc. p. 54 ; C. Nicod, « L'accord collectif, succédané de l'acte unilatéral », *SSL*, n° 1340, 11 fév. 2008 ; F. Dumont, « Réflexions sur la négociation collective dans l'axe OIT/France », in G. Loiseau, *Mélanges en l'honneur de Pierre-Yves Verkindt*, LGDJ, 2022, p. 133.

²³² J.-F. Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, Rapport au Premier Ministre, La Documentation française, 28 avr. 2009, p. 164.

Section 1 : Le développement de la négociation entre décentralisation externe et centralisation interne

43. Les réformes du dialogue social procèdent à la décentralisation de la production normative par le recours à la négociation collective. Mais cette décentralisation correspond à un « déplacement » de la production normative de l'Etat vers des acteurs privés. Les acteurs privés, que nous qualifierons d'*organisations économiques*²³³, sont quant à eux structurés à différents niveaux. Or dans une organisation économique, la production de normes négociée peut faire l'objet d'un haut niveau de centralisation, au niveau d'un groupe ou d'un réseau d'entreprises. C'est pourquoi nous proposons de nommer décentralisation externe – à l'organisation économique à laquelle s'applique la norme – le mouvement de déplacement de la production normative de l'Etat aux acteurs privés et centralisation interne – à l'organisation économique – le mouvement qui permet de privilégier le niveau le plus élevé de négociation dans cette même organisation. Nous développerons donc l'étude de ces deux mouvements dans deux paragraphes successifs.

²³³ Nous préférons l'expression *organisation économique* à celle d'*entreprise* pour nos développements. S'il s'agit de deux termes flous, désignant des réalités multiples allant de structures très simples à d'autres beaucoup plus complexes, la seconde correspond malgré ce flou à un périmètre d'imputation d'obligations déterminé. Elle du reste, exclusive d'autres catégories juridiques telles que celles de groupe, d'établissement ou d'interentreprises. L'emploi de l'expression d'organisation économique nous permettra donc de rendre compte de la diversité des organisations possibles allant de structures appartenant à l'entreprise à des structures auquel l'entreprise appartient. Pour cela notre définition de l'organisation économique s'inspire de la définition que Friedrich Hayek donne à une organisation de l'économie et qu'il oppose à l'ordre spontané du marché. Cette organisation se définit alors comme « combinaison d'activité par laquelle un ensemble donné de moyens se trouve affecté selon un plan unitaire et réparti entre les diverses tâches d'après leur importance respective » (F. A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, trad. R. Audouin, PUF, 2007, p. 530). Nous entendons donc bien cette organisation comme un ensemble de moyens alloués à la poursuite d'un objectif déterminé. Celle-ci peut avoir différents niveaux allant d'un site de production à un groupe ou un réseau d'entreprises.

Paragraphe 1 : Décentralisation externe de la production de normes négociées

44. Nous définissons la décentralisation externe comme le déplacement de la production normative négociée hors des organes de l'Etat. Cette production peut alors être déplacée vers des acteurs privés que l'Etat habilite à négocier à différents niveaux et dans différents périmètres. Tout d'abord, il est possible de négocier des accords interprofessionnels au niveau national, régional ou local²³⁴. Une convention de branche ou un accord professionnel peut aussi être négocié au niveau national, local ou régional²³⁵. Il est enfin possible de négocier des conventions et accords d'entreprise ou d'établissement²³⁶. Les niveaux de négociation relevant de l'ordre étatique dans cette hypothèse sont alors, par ordre croissant : l'établissement, l'entreprise *stricto sensu*²³⁷, le groupe et le niveau interentreprises. Chacun de ces périmètres – interprofessionnel, professionnel et d'entreprise – répond à un régime qui lui est propre. Dans le cadre de la décentralisation externe de la production des normes négociées, nous nous interrogeons sur le périmètre que l'Etat privilégie pour habiliter les acteurs privés à déterminer leurs propres règles.

45. Antérieurement aux réformes du dialogue social, l'Etat privilégiait le niveau professionnel pour adopter des règles négociées afin notamment d'égaliser la concurrence. Le fait d'habiliter des acteurs privés à adopter leurs propres normes n'est pas caractéristique de l'institution du dialogue social. Très tôt l'Etat a reconnu la production de normes négociées, lui qui est alors la principale source de droit²³⁸. La loi du 23 avril 1919 qui fixe la durée de la journée de travail à huit heures illustre ce recours à la « négociation légiférante », c'est-à-dire le fait de légiférer sur la base d'un accord entre les organisations syndicales et patronales. La mise en œuvre concrète et l'adaptation de cette loi dépendent elles-mêmes de règlements

²³⁴ Art. L. 2232-1 du Code du travail.

²³⁵ Art. L. 2232-5 du Code du travail.

²³⁶ Art. L. 2232-11 du Code du travail.

²³⁷ Nous entendons par entreprise *stricto sensu*, la notion d'entreprise signifiée par le discours juridique pour imputer des obligations qui ne correspond pas toujours, si ce n'est que rarement, au discours sur le Droit qui valorise l'entreprise dans un sens extrêmement large. C'est du reste pour cela que nous privilégions l'expression d'organisation économique lorsque nous ne nous référons pas à une règle de Droit qui vise l'entreprise comme périmètre d'application.

²³⁸ G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 36^e éd., 2023, n° 65, p. 85.

d'administration pris après consultation ou à l'initiative des organisations syndicales et patronales d'un territoire²³⁹. La convention collective de branche est reconnue et encadrée par les lois du 25 mars 1919 puis du 24 juin 1936. La loi du 23 décembre 1946 va instituer une stricte hiérarchie entre conventions, le niveau inférieur n'ayant vocation qu'à adapter le niveau supérieur. La loi du 11 février 1950 assouplit cette hiérarchie en reconnaissant les accords d'établissement et le libre choix du niveau de négociation pour les salaires et les thèmes abordés par les conventions collectives, tout en instituant leur effet *erga omnes* et leur capacité à déroger dans un sens plus favorable aux salariés. La loi du 13 juillet 1971 reconnaît ensuite le Droit des travailleurs à la négociation collective et supprime l'articulation entre les différents niveaux, les conflits de normes étant réglés par la règle de faveur²⁴⁰. Mais l'effectivité du droit de négocier dans l'entreprise n'est véritablement assurée que par la loi du 13 novembre 1982²⁴¹.

46. La négociation d'entreprise suscite la méfiance des organisations syndicales. Différentes raisons permettent de l'expliquer, notamment au regard des différents avantages stratégiques dont bénéficie l'employeur. Le premier d'entre eux réside dans la définition des périmètres de négociation. La négociation d'entreprise est par hypothèse conditionnée par la structuration de l'entreprise et les rapports de pouvoirs internes qui s'y exercent²⁴². Les négociateurs sont libres de définir le périmètre dans lequel ils négocient à condition d'y être représentatifs. L'ouverture des négociations dépend certes de la présence de délégués syndicaux. Celle-ci est en effet « un élément moteur pour l'ouverture des négociations »²⁴³, en particulier pour les négociations salariales. Le rôle de l'implantation syndicale dans l'ouverture d'une négociation serait attesté par la moindre ouverture de négociations dans les

²³⁹ V. Y. Debrel, « La loi du 23 avril 1919 sur la journée de huit heures : de la législation industrielle au droit du travail », *Dr. soc.*, 2019, p. 334 ; P.-Y. Verkindt, « La journée de huit heures : quatre articles pour un emblème », *Dr. soc.*, 2019, p. 339.

²⁴⁰ F. Petit, « Les 100 ans du droit de la négociation collective (1919-2019) : les étapes essentielles de la conventionnalisation du droit du travail », *BJT*, déc. 2019, p. 42.

²⁴¹ C. Nicod, *L'obligation de négocier dans les relations collectives de travail*, Thèse dactylographiée, Lyon 2, 1999, p. 9 ; G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *op. cit.*, n° 1351, p. 1744.

²⁴² N. Delahaie et A. Fretel, *Vers un basculement de la branche vers l'entreprise ? Diversité des pratiques de négociations collectives et pluralité des formes d'articulation entre entreprise et branche*, IRES, ORSEU et Université de Lille, mai 2021, p. 31.

²⁴³ C. Daniel et M. Pesenti, *op. cit.*, p. 2.

Cela s'observe également les années précédentes : C. Daniel, *La négociation collective d'entreprise entre 2014 et 2016 : quelles caractéristiques, quelles pratiques ?*, DARES analyses, n° 011, fév. 2019, p. 1 ; C. Daniel, *La négociation collective d'entreprise en 2017. Davantage de négociations, moins d'accords*, DARES résultats, n° 058, déc. 2019, p. 2.

entreprises qui, dans la même tranche d'effectif, ne sont pourvus que d'élus. Leur présence est aussi le marqueur d'une potentielle conflictualité qui nécessite l'ouverture de négociations.

D'autres études mettent en évidence l'impact de l'organisation de la direction, et des ressources humaines en particulier, dans le choix du périmètre de négociation²⁴⁴. Elles montrent comment les modèles socio-productifs et les choix d'organisation influent sur la négociation collective²⁴⁵. Or c'est la direction, voire les détenteurs du capital de la ou des sociétés qui constituent l'entreprise en particulier, qui l'organise. De ce fait ils modèlent les périmètres en fonction de l'allocation des moyens qu'ils jugent la plus efficace. L'employeur dispose en la matière d'un avantage puisqu'il peut définir le périmètre dans la mesure où il dispose de la faculté de « se façonner à son gré »²⁴⁶ et qu'il peut « joue[r] de la structure capitaliste pour organiser la négociation au niveau le plus favorable aux intérêts de l'entreprise »²⁴⁷.

La fragmentation de l'entreprise et des collectifs de travail permet diverses combinaisons et donc de recouper les périmètres, d'évaluer qui y est représentatif et par conséquent de choisir ses négociateurs. Par ailleurs, quel que soit le périmètre, l'employeur profite d'une unicité de représentation face à une possible division syndicale²⁴⁸. La partie syndicale est du reste, très encadrée contrairement à la partie patronale. Le délégué syndical doit répondre à divers critères, dont un critère d'audience personnelle. Ce faisant le syndicat est privé de choisir tout à fait librement son délégué syndical. Il est également empêché de choisir un négociateur à l'extérieur de l'entreprise qu'il jugerait plus apte à mener la négociation²⁴⁹.

Cette position stratégique pour l'employeur, ou la direction de l'organisation économique, il en bénéficie également par sa maîtrise des données et du contenu

²⁴⁴ C. Didry et D. Giordano, « Extension du domaine de la négociation d'entreprise. La négociation d'entreprise sous l'emprise du groupe ? », *La Revue de l'IREES*, 2022/2, n° 107-108, p. 50.

²⁴⁵ N. Delahaie et A. Fretel, *op. cit.*, pp. 46 à 49 et 62 ; C. Didry et D. Giordano, *Entreprises en négociations. L'entreprise à la lumière des relations professionnelles*, Rapport d'études, DARES, n°11, septembre 2021, pp. 83 à 128.

²⁴⁶ A. Lyon-Caen, « Retrouver l'entreprise ? », *Dr. ouv.*, 2013, p. 197.

²⁴⁷ C. Didry et D. Giordano, *op. cit.*, p. 254

²⁴⁸ P. Vignal, « La loyauté dans la négociation collective, un horizon lointain », *Dr. ouv.*, 2022, p. 523.

²⁴⁹ G. Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 354 ; Y. Chalaron, « La conduite de la négociation », *Dr. soc.*, 1990, p. 590 ; G. Lyon-Caen, « A propos d'une négociation sur la négociation », *Dr. ouv.*, 2001, p. 6.

informationnel de la négociation²⁵⁰. Or le choix du périmètre de négociation détermine celui des informations à communiquer dans le cadre de cette négociation. C'est ainsi qu'un auteur observe que « lorsque l'asymétrie de ressources entre les deux parties est importante, le processus même de négociation peut être mis en cause »²⁵¹. L'employeur a la maîtrise des informations existantes dans son périmètre. Un auteur invite sur ce point à s'inspirer de l'obligation disposée à l'article 1112 du code civil de communiquer toute information dont on sait le caractère déterminant pour son consentement à l'autre partie²⁵².

En déplaçant la production normative de l'Etat vers l'organisation économique, on place son élaboration dans l'espace où s'exerce le pouvoir économique en général et le pouvoir de subordination juridique en particulier²⁵³. L'entreprise ou l'établissement serait alors un niveau qui renforce l'inégalité entre les négociateurs en ce sens que « la partie patronale dispose de moyens de pression qui lui permettent, en particulier par le biais du maintien ou non de l'emploi, d'imposer ses orientations »²⁵⁴. Celle-ci est encore observée en raison de la précarité de l'emploi et de l'isolement²⁵⁵. La capacité de décider unilatéralement de certaines choses, telles que le calendrier des négociations, confère encore un avantage à l'employeur. Il n'est limité que dans son droit de prendre des décisions unilatérales dans les domaines traités au cours de la négociation par l'article L. 2242-4 du Code du travail, à condition que cette décision ne soit motivée par l'urgence.

Ce niveau serait enfin synonyme de recul des droits. Elle favoriserait la remise en cause des droits acquis en les différenciant pour les uns²⁵⁶ et augmenterait la disparité entre les possibilités offertes aux entreprises selon leur taille pour les autres²⁵⁷. Tous ces éléments

²⁵⁰ A. Supiot, « Les syndicats et la négociation collective », *Dr. soc.*, 1983, p. 69.

²⁵¹ A. Mias, « Quelles négociations collectives dans les entreprises », *RDT*, 2017, p. 321.

²⁵² P. Vignal, *op. cit.*, p. 523 ; v. également Y. Chalaron, *op. cit.*

²⁵³ E. Dockès, « Le pouvoir dans les rapports de travail », *Dr. soc.*, 2004, p. 628 ; E. Dockès, « Le juge et la négociation », *Dr. ouv.*, 2008, p. 290 ; S. Frossard, « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT*, 2009, p. 88.

²⁵⁴ F. Saramito, « Le nouveau visage de la négociation collective », *Dr. ouv.*, 2004, p. 447.

²⁵⁵ B. Giraud *et al.*, « Des compromis sous hégémonie patronale ? La reconfiguration des usages des dispositifs de la négociation collective dans les établissements français », *La Revue de l'IRE*, 2022/2, n° 107-108, p. 84.

²⁵⁶ A. Jobert, « La négociation d'entreprise dans la crise : innovations institutionnelles et sociales », *Dr. soc.*, 2013, p. 334.

²⁵⁷ M. Despax, « Les paradoxes de la négociation d'entreprise », in *Les transformations du droit du travail : études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 268 ; P.-H. Antonmattei, « Propos sur la promotion de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.*, 2009, p. 883.

conduisent à envisager au plan stratégique le choix du niveau de négociation et tous les avantages et inconvénients qu'elle peut représenter pour l'employeur comme pour les salariés en termes de régulation des relations sociales. Définir le périmètre de la production normative, c'est aussi permettre une option de stratégie économique et financière. Le niveau de négociation contribue à définir un certain type de marché²⁵⁸. En fonction du marché auquel correspond le niveau de négociation, cela permet d'identifier les avantages concurrentiels, et l'accord d'en faire varier les facteurs humains. Tout ceci conduit les organisations syndicales à privilégier le niveau de la branche par rapport à celui de l'entreprise.

47. La négociation d'entreprise a d'abord suscité la méfiance des organisations patronales et des chefs d'entreprise. L'entreprise comme niveau de négociation a suscité cette méfiance car elle est un lieu de conflit²⁵⁹, celui entre intérêts antagonistes. La négociation d'entreprise est alors essentiellement celle des protocoles de fin de conflit²⁶⁰. Des auteurs écrivent qu'« elle était à la grève, ce que le traité était à la guerre »²⁶¹. Mais dialectiquement, elle favorisa le rapprochement des intérêts des parties. Ce mode d'action impacte en effet les deux parties et plus celle-ci dure, plus chacune des parties a intérêt à en sortir et donc à faire des concessions à l'autre²⁶².

Lieu de conflit, l'entreprise l'est toujours malgré l'évolution des formes de la conflictualité²⁶³ et son déplacement du fait de l'éloignement entre la direction et les salariés²⁶⁴. La négociation n'est du reste, comme l'affirmait Gérard Lyon-Caen en s'inspirant

²⁵⁸ J.-P. Pernot, « Que signifie le choix de l'entreprise », *RDT*, 2016, p. 811.

²⁵⁹ C. Didry, « Présentation du rapport Entreprises en négociations : l'entreprise à la lumière des relations professionnelles », *Dr. ouv.*, 2021, p. 481.

²⁶⁰ G. Lyon-Caen, « Critique de la négociation collective », *op. cit.*, p. 351 ; J.-P. Chauchard, « Les accords de fin de conflit », *Dr. soc.*, 1982, p. 678 ; B. Giraud, « Négociateur sous contrainte : les modalités d'appropriation du rôle de « partenaire social » par les représentants de la CGT », *Relations industrielles*, 2015, p. 306 ; C. Didry et D. Giordano, *op. cit.*, p. 9.

²⁶¹ F. Canut et P.-Y. Verkindt, « Négociateur sous la contrainte. Un nouveau visage de la négociation collective en France », in Y. Flour *et al.*, *Droit du travail, emploi, entreprises*, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, 2014, p. 244.

²⁶² G. Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 354.

²⁶³ Le débat sur le recul de la conflictualité et sa réduction à la comptabilisation des jours de grève n'est du reste pas un élément nouveau, des auteurs y répondaient déjà dans un ouvrage de 1972 : G. Adam, J.-D. Reynaud et J.-M. Verdier, *La négociation collective en France*, Les éditions ouvrières, 1972, p. 28 ; O. Join-Lambert, M. Lallement *et al.*, « Au-delà du conflit et de la négociation ? », *Sociologie du travail*, 2011, vol. 53, n° 2, p. 1 ; J. Pélisse, « Une grève froide inversée ? Eléments sur les mutations des relations professionnelles dans l'entreprise en France (1968-2018) », *Négociations*, 2019/1, p. 61.

²⁶⁴ F. Angéi in F. Géa, *Retour sur les ordonnances Macron. Un nouveau droit du travail ?*, Dalloz, 2020, p. 173 ; Le lecteur trouvera de plus amples développements sur cette question *infra* aux paragraphes n° 409 et s.

d'une célèbre citation de Clausewitz, que « la poursuite du conflit par d'autres moyens ». Mais c'est ce conflit qui parvient à la production de nouvelles règles. L'auteur développe « ce qu'est la négociation collective : à la fois une restriction aux pouvoirs unilatéraux du capital, et une acceptation de la méthode de discussion par les représentants du travail, donc un moment, le moment créateur, de l'affrontement des classes (...). La négociation collective est le processus par lequel les pouvoirs du patronat et du travail, ayant atteint le maximum de leur déploiement, atteignent leur équilibre et parviennent ainsi à la création de nouvelles règles de Droit »²⁶⁵.

Privilégier un tel lieu pour une activité conventionnelle que l'on souhaite apaisée peut paraître contradictoire, pourtant force est de constater que le conflit stimule cette même activité conventionnelle. Elles sont indissociables²⁶⁶. En 2018, quatre-vingt-quatre pourcents des entreprises de dix salariés ou plus déclarant une grève et soixante-dix-sept pourcents de celles ayant connu une autre forme de conflictualité ont ainsi engagé des négociations, tandis que parmi celles n'ayant connu aucun conflit elles ne sont que seize pourcents à l'avoir fait²⁶⁷. Le même constat est fait dans les très petites entreprises où le conflit, faute de réelle négociation, fait pression en faveur de l'association par le chef d'entreprise des salariés à la prise de décision²⁶⁸.

Pour les organisations patronales, la négociation d'entreprise était celle qui « aggrave les coûts de production, compromettant la compétitivité »²⁶⁹ et celle qui « pourrait altérer l'absolutisme de son pouvoir dans l'entreprise »²⁷⁰. Position qui s'entend si l'on se souvient qu'alors l'accord collectif ne peut qu'être plus favorable aux règles supérieures relatives aux droits des salariés. Pour les organisations syndicales, à l'exception notable de la CFDT²⁷¹, ce

²⁶⁵ G. Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 350.

²⁶⁶ G. Groux, « L'entreprise : conflits et régulation(s) », *Droit et sociétés*, 1999, p. 37.

²⁶⁷ C. Daniel et M. Pesenti, *La négociation collective d'entreprise en 2018. Le taux d'aboutissement retrouve son niveau de 2016*, DARES Résultats, n° 08, mars 2021, p. 5.

Cela s'observe également les années précédentes dans des proportions semblables : C. Daniel, *op. cit.*, p. 6.

²⁶⁸ A. Tall, *Le dialogue social dans les très petites entreprises. Conditions et temps de travail toujours au premier plan des discussions*, DARES résultats, n° 30, septembre 2020, p. 5.

²⁶⁹ J. Barthélémy, « La négociation, outil de gestion des entreprises », *Dr. soc.*, 1990, p. 580.

²⁷⁰ A. Supiot, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *op. cit.*, p. 196.

²⁷¹ J.-P. Murcier, « Réflexions sur la négociation collective en France », *Dr. soc.*, 1979, p. 351 ; N. Delahaie et A. Fretel, *op. cit.*, pp. 14 et 81.

niveau de négociation risque de porter atteinte à la solidarité de classe. Cependant, alors qu'elles ont pu la rejeter, les organisations patronales sont devenues demandeuses à la négociation d'entreprise²⁷². C'est aujourd'hui le branche qui est critiquée pour sa dispersion et son inertie²⁷³. A l'inverse l'entreprise est quant à elle sublimée. Elle est le lieu de la liberté, de l'égalité, de la raison, de la confiance et du renouvellement²⁷⁴. Elle est aussi représentée comme niveau de proximité, entendue comme proche des réalités et par cela, elle est « parée de toutes les vertus »²⁷⁵.

48. L'entreprise a, selon un discours couramment admis, été privilégiée comme niveau de négociation en raison de la proximité qu'elle représente. La notion d'entreprise doit cependant être interrogée. Il faut aussi interroger l'espace par rapport auquel on recherche une proximité quant à savoir s'il s'agit d'être proche de l'espace de production où se réalise le travail concret, que l'on pourrait assimiler peu ou prou à un collectif de travail, ou de l'espace où se prennent les décisions de gestion par la direction ou encore celui où se font les choix stratégiques et financiers par les détenteurs du capital de la société ou des sociétés qui forment l'entreprise. Selon la réponse que l'on donne à cette question, l'espace de proximité peut être le site, ou l'établissement auquel il peut appartenir, ou l'entreprise à laquelle il peut appartenir, qui peut elle-même être la filiale d'un groupe ou la sous-traitante d'une autre entreprise dans un réseau.

L'entreprise est en effet un concept flou qui recouvre des réalités diverses. Le terme désigne aussi bien une microentreprise qu'une entreprise transnationale. L'entreprise n'est de ce point de vue pas nécessairement un niveau de proximité, en témoigne la négociation collective d'entreprise transnationale ou mondiale²⁷⁶. En particulier dans le cas d'une

²⁷² C. Nicod, *op. cit.*, pp. 117 et 118.

²⁷³ P.-H. Antonmattei, *op. cit.*, p. 883.

²⁷⁴ B. Teyssié, « A propos de la négociation collective d'entreprise », *Dr. soc.*, 1990, p. 577 ; F. Morel, *op. cit.*, p. 407.

²⁷⁵ A. Jeammaud, « Les principes dits « de faveur » ont-ils vécu ? », *RDT*, 2018, p. 181.

²⁷⁶ B. Teyssié B., « La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe », *Dr. soc.*, 2005, p. 982 ; F. Bruggeman et B. Gazier, « Dialogue social et dialogue social territorial au début du XXI^e siècle. Un essai de théorisation », *Négociations*, 2016/2, n° 26, p. 63 ; M. Bonnechère, « Mondialisation, multinationales et droit du travail : éléments de réflexion », *Dr. ouv.*, 2018, p. 58 ; T. Sachs, « L'accord d'entreprise transnational : un objet juridique en devenir », *Dr. soc.*, 2020, p. 149 ; P. Barraud de Lagerie, A. Mias, C. Phé et L. Stervel, « L'accord d'entreprise mondial, instrument des politiques pour les groupes transnationaux », *La revue de l'IRES*, 2020/2-3, p. 127 ; N. Delahaie, K. Guillas-Cavan, *La négociation collective transnationale d'entreprise sur les restructurations : Quelle(s) articulation(s) avec la régulation collective d'entreprise ?*, IRES, mai 2020.

structure complexe dans laquelle les établissements peuvent eux-mêmes être divisés en différents sites. Ce niveau de négociation peut recouvrir des réalités très variables car cela peut correspondre à des niveaux d'organisation différents selon la structure dont ses dirigeants ou propriétaires l'ont dotée²⁷⁷. L'entreprise est alors un périmètre ou niveau éloigné des collectivités de travail qu'elle englobe. Outre la possibilité qu'existent des entreprises transnationales, les entreprises nationales elles-mêmes peuvent représenter de multiples collectivités de travail. Les salariés en France sont ainsi concentrés dans de grandes entreprises²⁷⁸.

Pour le Droit positif, l'entreprise est un périmètre de production normative par le biais du règlement intérieur, des conventions collectives, des contrats, des engagements unilatéraux, des usages, voire des coutumes²⁷⁹. Ces normes ont vocation à s'appliquer à une collectivité de personnes subordonnées. C'est dans ce périmètre que l'entreprise est l'unité dans laquelle s'organise le Droit d'expression individuel des salariés. Elle est aussi le périmètre dans lequel se calcule l'effectif pour mettre en place les institutions représentatives du personnel avec des conséquences sur les modalités de négociation²⁸⁰. En fonction cet effectif, les droits et attributions des représentants du personnel ne seront pas les mêmes²⁸¹. Elle permet donc de délimiter les salariés couverts par ces droits, le périmètre dans lequel leurs représentants peuvent agir, les limites dans lesquelles ils sont informés. C'est dans son périmètre que l'on veut connaître les orientations stratégiques, la situation économique et financière et la politique sociale²⁸². Le périmètre circonscrit ainsi le champ des informations à communiquer et les capacités d'agir économique déclarées dans le cadre de la négociation.

C'est à ce niveau que l'on mesure la représentativité des organisations syndicales²⁸³ et que s'organise la section syndicale²⁸⁴. C'est aussi le niveau dans lequel on peut améliorer les

²⁷⁷ A. Supiot, *op. cit.*, p. 199.

²⁷⁸ En 2018, les cinq-cents plus grandes entreprises emploient à elles seules trente-quatre pourcents des salariés (G. Sklénard, *Entre 2016 et 2018, les entreprises organisées en groupe, moteur de l'activité en France*, Insee Références, 2020, p. 1).

²⁷⁹ C. Morel, « Le Droit coutumier d'entreprise », *Dr. soc.*, 1979, p. 279.

²⁸⁰ Art. L. 2301-1 du Code du travail.

²⁸¹ Comp. Art. L. 2312-5 et L. 2312-8 du Code du travail.

²⁸² Art. L. 2312-17 du Code du travail.

²⁸³ Art. L. 2122-1 et s. du Code du travail.

²⁸⁴ Art. L. 2142-1 et s. du Code du travail.

pratiques du dialogue social par le recours aux formations communes²⁸⁵. C'est encore à ce niveau que s'organise la négociation collective²⁸⁶ et qu'il faudra calculer l'effectif pour déterminer si l'on doit négocier ou s'il est possible de recourir à la technique référendaire directement²⁸⁷. Elle permet aussi d'identifier les entreprises couvertes par un accord de groupe²⁸⁸ ou un accord interentreprises²⁸⁹. C'est donc à ce niveau qu'est imputé à l'employeur l'obligation de négocier à intervalle régulier sur certains thèmes²⁹⁰. C'est encore un niveau qu'il faudra identifier pour déterminer quel accord prime en cas de conflit de normes conventionnelles²⁹¹. C'est enfin l'activité principale au niveau de celle-ci qui permet de déterminer la convention collective applicable²⁹².

49. Le choix de privilégier l'entreprise est un choix récent. C'est un choix réaliste si l'on s'en tient à une lecture simple de l'enregistrement des accords collectifs. La progression de la négociation d'entreprise s'observe statistiquement. En matière d'enregistrement d'accords, l'entreprise est le premier niveau de conclusion²⁹³. Dans les structures complexes, la négociation est aussi majoritairement engagée uniquement au niveau de l'entreprise²⁹⁴ en raison de la diversification des thèmes de négociation, dont des thèmes obligatoires, mais plus encore par le développement du champ de la négociation dérogatoire *in pejus* et supplétive ou d'incitations fiscales ou sociales à conclure des accords collectifs²⁹⁵. C'est donc assez

²⁸⁵ Art. L. 2212-1 du Code du travail.

²⁸⁶ Art. L. 2222-3 du Code du travail.

²⁸⁷ Art. L. 2232-21 et L. 2232-23 du Code du travail.

²⁸⁸ Art. L. 2232-30 du Code du travail.

²⁸⁹ Art. L. 2232-36 du Code du travail.

²⁹⁰ Art. L. 2242-1 du Code du travail.

²⁹¹ Art. L. 2253-1 et s. du Code du travail.

²⁹² Art. L. 2261-2 du Code du travail.

²⁹³ C. Daniel, *La négociation collective d'entreprise entre 2014 et 2016 : quelles caractéristiques, quelles pratiques ?*, *op. cit.*, p. 1 ; N. Delahaie et A. Fretel, *op. cit.*, p. 25 ; N. Benmalek et al., *La négociation collective en 2021*, Bilan et rapports, DARES, DGT et Min. du Travail, 2022, pp. 17 à 21.

²⁹⁴ C. Daniel, *op. cit.*, p. 8.

²⁹⁵ A. Supiot, *op. cit.*, p. 198 ; C. Daniel, *op. cit.*, p. 3 ; N. Delahaie et A. Fretel, *op. cit.*, pp. 14 et 26.

logiquement que le flux d'accords d'entreprise a eu une croissance exponentielle entre 1982 et 2000²⁹⁶.

Ce n'est cependant pas parce que l'on a plus d'accords que l'on a nécessairement une généralisation de la pratique de la négociation. Des études sociologiques montrent que « la multiplication du nombre d'accords d'entreprise ne reflète pas une extension des pratiques de négociation à un nombre élargi d'entreprises, mais une signature plus fréquente dans les établissements qui négociait déjà »²⁹⁷. On ne négocie donc pas plus mais l'on signe plus²⁹⁸. Les entreprises n'ont par ailleurs pas le même rapport à la négociation en fonction de divers facteurs, tels que la composition de leur personnel, de l'implantation syndicale, de la structuration, du secteur d'activité, ou d'autres éléments.

Mais si les réformes du dialogue social sont motivées par un discours valorisant l'entreprise et la production de normes négociées dans son périmètre, les règles créées ou modifiées par ces réformes ne donnent pas la primauté à l'entreprise. Elles permettent au contraire de centraliser la négociation.

Paragraphe 2 : Centralisation interne de la production des normes négociées

50. Si le discours sur le Droit qui motive les réformes du dialogue social valorise l'entreprise, le discours du Droit place l'accord de niveau supérieur au sommet de l'ordre conventionnel. Le discours *sur* le Droit et les catégories statistiques invitent à voir la primauté donnée à l'entreprise comme niveau privilégié de production de la norme négociée. Le discours *du* Droit nous conduit à tempérer le précédant qui motive pourtant l'évolution du régime de la négociation collective et de l'articulation des conventions et accords entre eux. Les règles d'articulation au sein d'une organisation économique sont fixées aux articles L. 2253-5 à L. 2253-7 du code du travail. Elles énoncent en substance que l'accord de niveau

²⁹⁶ Y. Struillou, « La place de la négociation dans la hiérarchie des normes de droit », *SSL*, n° 1555, 15 oct. 2012.

²⁹⁷ A. Mias, *op. cit.*, p. 319.

²⁹⁸ A. Jobert, *op. cit.*, p. 333 ; N. Delahaie et A. Fretel, *op. cit.*, p. 26.

supérieur, à condition d'une stipulation expresse, peut substituer ses clauses à celles ayant le même objet dans les accords de niveau inférieur conclus antérieurement ou postérieurement à celui-ci. Ainsi, dans le périmètre du groupe, l'accord de groupe peut s'imposer aux accords des entreprises situées dans son périmètre. Dans un réseau d'entreprises, un accord interentreprises peut stipuler qu'il prime sur les accords des entreprises situées dans son périmètre. Il en est de même pour l'accord d'une entreprise sur les accords d'établissements situés dans son périmètre.

51. La confusion entre l'entreprise et l'organisation plus vaste dans laquelle elle s'insère est entretenue dans le discours du droit par un régime qui leur est commun. Les accords de groupe sont en effet assimilés à l'accord d'entreprise²⁹⁹ ainsi que le suggérait le rapport Combrexelle³⁰⁰. Définir son régime se fera alors par analogie, bien que celle-ci ne semble pas toujours applicable selon une auteure³⁰¹. La loi du 4 mai 2004 qui institue expressément l'accord de groupe – en même temps qu'il jette les bases d'une réorganisation de la négociation collective³⁰² – ne règle cependant pas tous les rapports qu'il entretient avec les autres accords. C'est la loi du 8 août 2016 qui dispose de sa substituabilité à l'accord d'entreprise, jusqu'alors rejetée par la Cour de cassation³⁰³, et qui supprime les dispositions de l'ancien article L. 2232-35 du code du travail qui interdisait à l'accord de groupe de déroger à l'accord de branche. Avec cette réforme l'accord de groupe s'adopte dans les mêmes conditions, produit les mêmes effets que l'accord d'entreprise et peut intervenir dans les mêmes domaines³⁰⁴. Il peut donc intervenir dans les négociations obligatoires, dérogatoires et substitutives.

La loi du 4 août 2004 faisait une exception en matière de négociation dérogatoire puisque le groupe ne pouvait déroger qu'avec une habilitation de la branche tandis qu'elle est

²⁹⁹ Art. L. 2232-11 du Code du travail.

³⁰⁰ J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Paris, sept. 2015, p. 95.

³⁰¹ F. Favennec-Héry, « L'accord d'entreprise, instrument privilégié des relations de travail ? », *RJS*, 3/19, p. 159.

³⁰² A. Lyon-Caen, « La révision du droit de la négociation collective. Observations de méthode », in G. Borenfreund *et al.*, *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 5.

³⁰³ Soc., 30 avr. 2003, n° 01-10.027, Publié, *JCP E* 2003. II. 1791, chron. S. Darmaisain ; *Dr. soc.* 2003. 732, note B. Gauriau ; *Dr. ouv.* 2003. 398 note M.-F. Bied-Charreton.

³⁰⁴ Art. L. 2232-33 du Code du travail.

aujourd'hui libre sauf interdiction expresse³⁰⁵. En effet cette loi permettait aux accords de groupe nouvellement reconnus de déroger aux accords et conventions de branche à la condition que ces dernières le permettent expressément³⁰⁶. Ce qui change la nature de la négociation dérogatoire puisque dans l'hypothèse de l'accord de groupe, il faudra que les négociateurs de branche se soient mis d'accord pour autoriser la dérogation alors que pour les accords d'entreprise et d'établissement, si aucun accord n'est trouvé, la dérogation est la règle. Mais la loi du 8 août 2016 est venue « unifier » le régime en assimilant l'accord de groupe à l'accord d'entreprise, lui permettant ainsi de déroger ou d'intervenir dans le champ des dispositions supplétives dans les mêmes conditions. Elle procède ce faisant à la même assimilation pour l'accord interentreprises.

52. La primauté des accords de groupe et interentreprises dans l'ordre conventionnel est un phénomène récent. On constate l'existence d'accords de groupe dès les années 1970³⁰⁷. C'est la loi du 13 juillet 1971³⁰⁸ qui institue la possibilité de conclure des accords collectifs dont le champ couvre plusieurs entreprises. La loi du 13 novembre 1982 n'en traite pas, de manière volontaire. Plusieurs auteurs rappellent que le Gouvernement avait alors voulu privilégier l'accord d'entreprise sur l'accord de groupe³⁰⁹. Ce dernier n'est reconnu comme unité de négociation qu'avec la loi du 4 mai 2004³¹⁰. Celle-ci fait du groupe un périmètre de négociation représenté par la société mère là où la loi de 1971 habilitait « un ou plusieurs employeurs pris individuellement » à conclure des accords collectifs.

La principale nouveauté est de permettre à l'accord d'avoir des effets dans le périmètre d'une entreprise dont le représentant n'a pas consenti à l'accord et d'organiser la négociation entre des représentants du personnel et une partie patronale qui n'est pas

³⁰⁵ F. Saramito, *op. cit.*, p. 450.

³⁰⁶ Art. 46 de la loi n° 2004-391 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

³⁰⁷ M.-A. Rotschild-Souriac, « Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques », *Dr. soc.*, 1991, p. 491 ; Dans cet article, Madame la Professeure Souriac cite comme exemples les accords Clin-Mindy du 26 janvier 1972, Boucheries Bernard du 1^{er} janvier 1978 et Socotec du 18 janvier 1978.

³⁰⁸ Art. 2 de la loi n° 71-561 du 13 juillet 1971 modifiant certaines dispositions du chapitre IV bis du titre II du livre Ier du Code du travail relatives aux conventions collectives de travail ainsi que certaines dispositions du titre II de la loi n° 50-205 du 11 février 1950 modifiée, relatives à la procédure de médiation.

³⁰⁹ M.-A. Rotschild-Souriac, *op. cit.*, p. 492 ; E. Peskine, « L'accord collectif de groupe : nouveaux horizons », in A. Ghenim *et al.*, *Groupes de sociétés et droit du travail. Nouvelles articulations, nouveaux défis*, 2019, Dalloz, p. 21 ; C. Didry et D. Giordano, *op. cit.*, p. 58.

³¹⁰ Art.46 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.

l'employeur de la collectivité couverte³¹¹. On favorise encore la négociation dans ce périmètre en supprimant l'exigence prétorienne d'« intérêts communs aux personnels des entreprises du groupe »³¹². Elle permet par ailleurs de sécuriser les accords existants³¹³.

Ce niveau est ensuite articulé avec les autres niveaux de négociation dans la loi du 8 août 2016³¹⁴. Cette reconnaissance n'allait pas de soi. Elle posait le problème d'identifier les négociateurs habilités et ceints de la légitimité à conclure un accord³¹⁵ pour un ensemble de salariés dont on peut se demander s'ils forment une véritable collectivité disposant d'intérêts communs³¹⁶ mais aussi pour les employeurs qui ne sont pas nécessairement partie à l'accord. Dans le cadre d'un tel accord, la partie patronale est possiblement extérieure au contrat de travail – et n'a en conséquence pas de lien contractuel direct avec les salariés couverts – et engage une autre personne morale – que le Droit tient pour autonome tant qu'il n'y a pas d'immixtion de la société-mère dans la filiale³¹⁷. Les règles d'articulation, qui permettent à l'accord de niveau supérieur de disposer expressément de sa primauté ont par ailleurs pour effet de neutraliser la règle de faveur. Celle-ci ne trouvera à s'appliquer qu'à défaut mais laisse perdurer une incertitude quant à la méthode de comparaison des avantages à adopter³¹⁸. La situation de l'accord interentreprises est sur ce point différente. La négociation interentreprises en suit plus directement la logique puisqu'elle doit être approuvée par les employeurs auxquels les accords s'appliquent. A l'inverse, l'accord interentreprises doit avoir été approuvé par l'employeur pour s'y appliquer³¹⁹.

³¹¹ P.-H. Antonmattei, « La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations », *Dr. soc.*, 2004, p. 602.

³¹² Soc., 30 avr. 2003, n° 01-10.027, *supra* note n° 303.

³¹³ J.-F. Cesaro, « La négociation collective dans les groupes de sociétés », *Dr. soc.*, 2010, p. 781.

³¹⁴ Art. 23 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

³¹⁵ C. Didry et D. Giordano, *op. cit.*, p. 62.

³¹⁶ M.-A. Rotschild-Souriac, *op. cit.*, p. 493.

³¹⁷ Dans l'hypothèse inverse et à la condition que cette immixtion crée une apparence trompeuse pour les cocontractants vis-à-vis desquels la société mère sera alors codébitrice (Com., 9 nov. 2022, n° 20-22.063, Publié ; *BJS* 2022. 32, note A. Couret ; *JCP* 2012. II. 1426, chron. Y.-M. Serinet).

³¹⁸ A. Bégué, « Concours entre accord collectif de groupe et d'entreprise : la règle de faveur neutralisée », *Dr. ouv.*, 2020, p. 501.

³¹⁹ Comp. art. L. 2232-31 et L. 2232-36 du Code du travail.

53. Chaque niveau avait alors une *logique propre* qui permettait d'assurer la complémentarité de chacun d'entre eux³²⁰. Chacun avait des sujets qui lui étaient propres, en fonction des compétences et des attributions de ce niveau d'organisation, permettant d'établir une norme adaptée. Par exemple, la première génération d'accords de groupe étudiés en 1991, traitait notamment de la mobilité professionnelle.

Mais le contenu des accords d'entreprise évolue dans les années 1980 et 1990 pour appréhender les questions économiques, celles traitant d'emploi ou des facteurs technologiques et techniques sur l'organisation ou encore de la structuration de l'entreprise³²¹. Thèmes qui n'étaient jusqu'alors pas traités par les négociateurs d'entreprise, jusqu'à inclure des thèmes abordés aussi au niveau du groupe. Ce qui autorisait à voir naguère un rapport de complémentarité entre les différents niveaux de négociation³²² ne correspond plus à l'actuelle articulation conventionnelle où chaque niveau peut intervenir sur les mêmes thèmes, pour autant que ces accords interviennent dans des périmètres distincts.

Pourtant d'après l'enquête de l'INSEE sur l'activité et les conditions d'emploi de la main-d'œuvre (ACEMO), si seulement treize pourcents des entreprises déclarant appartenir à un groupe en 2018 déclarent également l'engagement d'une négociation au niveau de celui-ci, elles sont soixante-dix-neuf pourcents à déclarer en engager une aussi malgré la négociation au niveau du groupe³²³ mais la négociation de groupe oriente celle des niveaux inférieurs d'après l'enquête. Ce qui abonde dans le sens de l'analyse précédemment développée selon laquelle la pratique de la négociation collective se concentre dans certaines organisations économiques sans s'être généralisée à l'ensemble des entreprises³²⁴. C'est un phénomène finalement peu étendu³²⁵.

³²⁰ P. Séguin, « L'adaptation du droit du travail », *Dr. soc.*, 1986, p. 831 ; M.-A. Rotschild-Souriac, *op. cit.*, p. 496.

³²¹ J.-C. Javillier, « Le contenu des accords d'entreprise », *Dr. soc.*, 1982, p. 691.

³²² M. Despax, « La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel », *Dr. soc.*, 1988, p. 8.

³²³ C. Daniel, *op. cit.*, spéc. pp. 5 et 8.

³²⁴ V. note 298.

³²⁴ A. Jobert, *op. cit.*, p. 333 ; N. Delahaie et A. Fretel, *op. cit.*, p. 26.

³²⁵ J.-P. Pernot, *op. cit.*, p. 809.

54. La reconnaissance de ce niveau de négociation a permis une centralisation de la négociation selon une « diversité de combinaisons »³²⁶. Ce qui constitue un instrument de centralisation du pouvoir selon une partie de la doctrine. Ce sont en effet aux parties de déterminer le périmètre d'application de l'accord et des entreprises concernées. Entreprises dont les directions ne sont pas nécessairement appelées à négocier mais qui seront soumises à un accord conclu par la direction de l'entreprise dominante. La loi octroie « à la société mère un mandat, de droit, afin de représenter les filiales dans la négociation »³²⁷.

L'aptitude normative de l'accord de groupe permet d'uniformiser ou de différencier les normes sociales en son sein. Cette option laissée au groupe, de décider de sa substituabilité aux accords d'entreprises ou non, lui permettent des choix stratégiques en fonction de sa stratégie économique ou de ses facilités à conclure un accord au niveau qui lui paraît le plus pertinent. En effet le contrôle du groupe sur la production normative ne se fait pas nécessairement directement, par l'adoption d'un accord substitutif, mais peut également se faire par l'élaboration d'un protocole d'accord au niveau central transmis aux directions locales ou des filiales qui seront chargée de mener la négociation et de conclure des accords³²⁸. C'est seulement à défaut de disposition expresse relative à la substituabilité des dispositions de l'accord de groupe qu'il faudra procéder entre les accords à une comparaison « par ensemble d'avantages ayant le même objet ou la même cause »³²⁹ marquant le maintien pour les uns³³⁰ ou le crépuscule pour les autres³³¹ de la règle de faveur. L'accord de groupe peut encore exonérer ses filiales des négociations obligatoires en négociant celles-ci au niveau dudit groupe³³². Le choix de négocier au niveau du groupe n'est pas neutre³³³, placer la

³²⁶ C. Didry et D. Giordano, *op. cit.*, p. 195.

³²⁷ E. Peskine, *op. cit.*, p. 26.

³²⁸ A. Chouraqui et A.-M. Gautier, « Les accords d'entreprise, de quel niveau parle-t-on ? », *Dr. soc.*, 1988, p. 17.

³²⁹ Soc., 8 janv. 2020, n° 18-17.708, Publié, *D.* 2020. 1146, obs. Y. Ferkane ; *RDT* 2020. 191, obs. I. Meftah ; *JCP E* 2020. II. 1368, obs. J.- F. Cesaro ; *BJT* 03/2020. 25, obs. F. Bergeron- Canut.

³³⁰ F. Bergeron-Canut, « Articulation entre accord de groupe et accord d'entreprise : mode de comparaison des avantages », *BJT*, mars 2020, p. 25.

³³¹ I. Meftah, « L'articulation entre accord de groupe portant engagement sur l'emploi et accords d'entreprises : le crépuscule du principe de faveur », *RDT*, 2020, p. 191.

³³² Al. 3 de l'art. L. 2232-33.

³³³ P. Morvan, « Groupe d'entreprises et rémunérations du travail », *Dr. soc.*, 2010, p. 748.

négociation à un échelon c'est aussi la placer au niveau des capacités financières de ce même échelon.

La direction du groupe dispose d'une option du fait de ces réformes. Ces dernières reconnaissent l'existence du groupe comme fait social et leur permet d'agir en élaborant directement les normes négociées dans ce périmètre, mais elles ménagent « la capacité du groupe à se dissimuler derrière le voile des sociétés qu'il contrôle »³³⁴. Cette dernière hypothèse est étudiée par différents auteurs qui observent notamment que les PME, dans lesquelles le taux de syndicalisation est faible par ailleurs, le pouvoir économique du groupe est dissimulé mais bien présent car ces entreprises sont bien souvent dominées par une autre société³³⁵. Les orientations stratégiques y sont déterminées *en grande partie* par les sociétés-mères qui peuvent fixer des cadres budgétaires contraignants³³⁶. Un schéma similaire existe pour les entreprises appartenant à des réseaux où l'influence des sociétés amirales leur permet un contrôle des autres sociétés du réseau, en particulier dans les chaînes de sous-traitance³³⁷. De fait, c'est au niveau central des groupes ou des entreprises que la négociation se mène³³⁸.

³³⁴ C. Didry et D. Giordano, « Extension du domaine de la négociation d'entreprise. La négociation d'entreprise sous l'emprise du groupe ? », *op. cit.*, p. 54.

³³⁵ C. Didry et D. Giordano, *op. cit.*, p. 57.

³³⁶ B. Giraud *et al.*, *op. cit.*, p. 82 ; N. Thévenot *et al.*, « Face à l'éclatement des entreprises, une représentation collective mise en défaut : une analyse à partir de l'enquête REPONSE 2017 », *La Revue de l'IREES*, 2022/2, n° 107-108, p. 18.

³³⁷ N. Thévenot *et al.*, *op. cit.*, p. 19.

³³⁸ C. Dufour, A. Hege et M. Kahmane, « La loi du 20 août 2008 et les fondements de la représentation syndicale », *Revue de l'IREES*, 2015/4, n° 87, p. 100.

Section 2 : Le développement de la négociation par son repositionnement dans l'ordonnancement des normes

55. Le développement de la négociation collective s'accompagne d'un repositionnement de la règle négociée dans l'ordonnancement des normes. Les réformes du dialogue social modifient le rapport de la règle négociée aux règles supérieures. Ce que nous étudierons dans un premier paragraphe. Un deuxième paragraphe nous permettra de développer comment ces réformes ont aussi modifié le rapport de la règle négociée à la règle inférieure, c'est-à-dire au contrat de travail. Un dernier paragraphe nous permettra de voir comment ces réformes ont modifié le rapport de la règle négociée à l'autorité chargée de l'interprétation de toutes ces règles.

Paragraphe 1 : Différents rapports à la norme supérieure

56. Les rapports à la règle supérieure sont modifiés de plusieurs manières par les réformes du dialogue social. Pour développer la production de normes négociées, l'Etat a modifié le cadre réglementaire de l'adoption des accords et des actes qui y sont assimilés. Ce faisant, il institue un rapport nouveau entre les règles légales et les règles conventionnelles, ainsi qu'entre règles conventionnelles elles-mêmes. Les réformes du dialogue social ont d'abord organisé légalement la négociation en développant des obligations procédurales que nous étudierons dans un premier temps et en développant de nouvelles règles d'articulation des normes applicables aux relations de travail que nous développerons dans un second temps. Ensemble ces règles repositionnent la règle conventionnelle dans l'ordre juridique et sont significatives d'un modèle de normes négociées correspondant au dialogue social.

A. L'organisation légale de la négociation

57. La loi définit des obligations de négocier. Les négociations obligatoires sont légalement instituées depuis 1982. Avant cela, il existait tout de même des obligations conventionnelles issues des accords de Grenelle³³⁹ et jurisprudentielles en se fondant sur l'intention du Législateur à défaut de disposition expresse³⁴⁰. L'obligation de négocier tend à modifier le rapport à la négociation. D'aucun soutiendront que cela porterait atteinte à la liberté contractuelle³⁴¹, il est bon de rappeler que l'obligation de négocier n'est pas celle de conclure. Elle constitue pourtant une obligation de résultat, mais le résultat à atteindre ne se situe que dans la tentative de parvenir à un accord, jamais dans sa conclusion. De liberté de négocier, les thèmes soumis à la négociation ouvrent un droit à la négociation que chaque partie peut réclamer. Elle devient un moyen « des parties d'attirer l'autre à la table des négociations »³⁴². Cette obligation a une double fonction, celle de garantir le Droit à la négociation des salariés et celle de déléguer la fonction normative aux négociateurs. Elle s'accompagne dans les dernières réformes d'une volonté de rationaliser la négociation par le regroupement des thèmes se sont développés³⁴³.

Outre les thèmes expressément soumis à une obligation de négocier, les mentions « en l'absence d'accord » et « à défaut d'accord » indiquent également des obligations de négocier dites préalables selon certains auteurs³⁴⁴. Cette thèse est accréditée par trois arrêts rendus dans ce sens en matière de modulation du temps de travail³⁴⁵, de définition du nombre et du périmètre des établissements distincts³⁴⁶ et pour la mise en place du vote électronique³⁴⁷. Dans

³³⁹ V. l'accord de grenelle annexé à l'article de G. Lyon-Caen, « Les journées de mai et les accords de Grenelle », *Dr. soc.*, 1968, p. 446.

³⁴⁰ *Crim.*, 24 fév. 1977, n° 75-92.688, Publié.

³⁴¹ M.-A. Souriac, « Le Droit à la négociation et sa sanction », *Dr. soc.*, 1982, p. 729 .

³⁴² C. Nicod, *op. cit.*, p. 9.

³⁴³ G. François, « Le préalable de négociation obligatoire », *Dr. soc.*, 2021, p. 356.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 359 ; C. Radé, « Le préalable obligatoire de négociation : retour sur un fâcheux malentendu », in M. Combet *et al.*, *Itinéraires d'un juriste*, Mélanges en l'honneur de Marc Véricel, Mare et martin, 2023, p. 365.

³⁴⁵ *Soc.*, 16 déc. 2014, n° 13-14.558, Publié, *RDT* 2015. 264, obs. F. Canut.

³⁴⁶ *Soc.*, 17 avr. 2019, n° 18-22.948, Publié, *Dr. soc.* 2019. 574, obs. M. Gadrat ; *ibid.* 1055, obs. P.-H. Antonmattei ; *RDT* 2019. 589, obs. C. Nicod ; *BJT*, 06/2019. 24, obs. F. Bergeron- Canut.

une remise en cause radicale de cette position, l'un des auteurs estime cependant que cette obligation « ignore les droits fondamentaux des employeurs, qu'il s'agisse de la liberté d'entreprendre ou du droit de propriété »³⁴⁸. La négociation obligatoire tend à obliger l'employeur à avoir « attitude active et positive dans la recherche d'un accord »³⁴⁹ sans pour autant la sanctionner.

58. La loi définit une procédure idéale de négociation. La négociation, pour mériter cette appellation doit également répondre à certaines conditions, à certaines méthodes. Il nous faut considérer qu'« adhérer à un acte à l'avance établi par un partenaire en position dominante n'est pas négocier »³⁵⁰. C'est pourquoi le Droit prévoit certaines garanties procédurales. Les réformes relatives au dialogue social ont ainsi institué des règles de procédure comme garanties ou gages de légitimité de l'acte produit. C'est par exemple l'objectif poursuivi par l'article 16 de la loi du 8 août 2016. Cet article a pour objet l'accord de méthode, l'obligation de rédiger un préambule et des règles de suivi de l'accord ainsi que l'obligation de loyauté.

59. La négociation suppose en premier lieu des obligations comportementales qui reposent sur la loyauté des négociateurs. Les règles procédurales visent à garantir la loyauté des négociations, qui est un élément essentiel pour assurer la confiance entre les parties³⁵¹ ou encore que le texte évolue, puisque par hypothèse le texte final ne saurait être identique au projet d'accord initial³⁵². La loyauté exige de négocier avec toutes les organisations syndicales. C'est un standard de loyauté qui se développe avec les obligations définies par le code³⁵³. Afin de garantir cela, les négociations bilatérales sont interdites. Mais bien qu'elles soient interdites, celles-ci sont un outil mobilisé par les dirigeants d'entreprise, considérant que dans les temps formels chacun joue un rôle, les temps informels permettent d'évaluer dans quelle mesure ils peuvent obtenir des concessions de telle ou telle organisation et

³⁴⁷ Soc., 13 janv. 2021, n° 19-23.533, Publié, *D.* 2021. 1160, obs. Y. Ferkane ; *Dr. soc.* 2021. 284, obs. F. Petit ; *ibid.* 348, chron. C. Mariano.

³⁴⁸ C. Radé, *op. cit.*, p. 371.

³⁴⁹ M. Puech, « L'obligation, au regard du droit pénal, d'engager une négociation annuelle dans les entreprises », *Dr. soc.*, 1984, p. 52.

³⁵⁰ B. Teyssié, *op. cit.*, p. 577.

³⁵¹ Etude d'impact du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 95.

³⁵² G. Lyon-Caen, « A propos d'une négociation sur la négociation », *op. cit.*, p. 1.

³⁵³ T. Pasquier, « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », *RDT*, 2018, p. 44.

éventuellement de valoriser l'attitude plus ouverte de certains négociateurs³⁵⁴. L'employeur ne peut pas plus prendre de décisions unilatérales pendant la négociation. Son pouvoir est en quelque sorte suspendu en ce qu'il nie la substance même de la négociation collective³⁵⁵. Une exception a toutefois été faite au motif de l'urgence caractérisée par les dispositions obsolètes de l'accord dénoncé unilatéralement et à condition de justifier de difficultés économiques³⁵⁶.

Cette loyauté, proche, si ce n'est synonyme, de l'obligation de bonne foi, est cependant questionnée par certains auteurs quand la négociation s'engage alors qu'à défaut d'accord, c'est l'employeur qui décide unilatéralement³⁵⁷. Dans ces cas, bien que l'employeur soit tenu d'engager loyalement la négociation, sa capacité d'autoréglementation patronale à défaut d'accord risque d'introduire une asymétrie dans la négociation. Asymétrie due à ce que si l'une des parties n'accepte pas les conditions de l'autre, elle sera alors totalement dessaisie de son pouvoir d'intervention dans la définition de la norme supposée négociée. Cela incite donc la partie syndicale à faire des concessions là où la partie patronale pourra, si la partie syndicale n'accepte pas de conclure l'accord, décider seule. Bien que l'obligation de loyauté se renforce au fur et à mesure que « la négociation se fait instrument d'adaptation du droit du travail à l'entreprise »³⁵⁸, des auteurs estiment qu'elle n'est pas encore suffisante à imposer une véritable négociation³⁵⁹.

60. Les négociateurs sont tout d'abord invités à négocier sur la négociation. Un accord ou une convention doit en effet prévoir le calendrier et les modalités de prise en compte des demandes des organisations syndicales d'après l'article L. 2222-3 du Code du travail. C'est l'article L. 2222-3-1 du même Code qui dispose de la possibilité de conclure un accord de méthode à strictement parler. Il énonce dans un premier temps son objectif qui est de permettre « à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance

³⁵⁴ G. Lyon-Caen, *Droit du travail : une technique réversible*, Dalloz, 1999, p. 41 ; B. Giraud, « Derrière la vitrine du « dialogue social » : les techniques managériales de domestication des conflits de travail », *Agone*, n° 50, 2013, p. 52.

³⁵⁵ C. Nicod, *op. cit.*, p. 110 ; S. Laulom, « Du régime de la recommandation patronale dans le système imposant l'agrément d'un accord collectif (Avis sous Soc., 10 nov. 2021, n° 21-17.717) », *Dr. soc.*, 2021, p. 1022.

³⁵⁶ Soc., 23 mars 2022, n° 20-21.726, Inédit, *Dr. soc.* 2022. 825, chron. L. Enjolras.

³⁵⁷ J. Déchoz, « De l'alibi au simulacre. Brèves réflexions sur l'articulation des comités sociaux et économiques et des commissions santé, sécurité et conditions de travail », *Dr. ouv.*, 2019, p. 288 ; C. Nicod, « La « tentative loyale de négociation », préalable incontournable à la détermination unilatérale par l'employeur du périmètre de la représentation par les élus du personnel », *RDT*, 2019, p. 592.

³⁵⁸ C. Nicod, *op. cit.*, p. 593.

³⁵⁹ E. Peskine et C. Wolmarck, *Droit du travail*, Dalloz, 2023, n° 987, p. 620 ; N. Moizard, *op. cit.*, p. 313.

mutuelle entre les parties ». Dans un second temps il énonce son contenu. On y apprend donc que la loyauté et la confiance reposent sur le partage d'informations, la définition des « principales étapes du déroulement de la négociation » et sur les moyens supplémentaires et spécifiques accordés aux organisations syndicales, notamment en matière d'expertise.

Institué par la loi du 13 novembre 1982³⁶⁰, son développement a été proposé par différents rapports, notamment le rapport Terra Nova³⁶¹ qui suggère de l'utiliser pour fixer les règles assurant l'équilibre des pouvoirs entre les parties, la loyauté du comportement et l'exécution de bonne foi. Il est un outil qui vise à assurer la qualité de la négociation, voire à assurer l'équilibre entre les parties qui décident ensemble du déroulé de la négociation³⁶². Il doit permettre d'améliorer les pratiques qui nuisent à la qualité de la négociation collective telles que les négociations qui se poursuivent la nuit, les suspensions de séance répétitives, etc. Cette négociation n'est cependant pas obligatoire, suivant ainsi les recommandations du rapport Combrexelle³⁶³. La loi vise ici simplement à indiquer une possibilité. Malgré elle, la négociation sur les « règles du jeu » laisse toujours, selon les mots de Marcel Merle, « subsister, à l'arrière-plan, la menace permanente d'un rebondissement du conflit entre des finalités contradictoires »³⁶⁴.

61. L'accord doit aussi contenir un préambule « présentant de manière succincte ses objectifs et son contenu » d'après l'article L. 2222-3-3 du Code du travail. C'est la loi du 8 août 2016 qui le rend obligatoire, sans la sanctionner³⁶⁵. Il a pour objet de permettre l'intelligibilité de l'accord en rendant plus lisible l'intention commune des parties signataires et l'articulation qu'ils entendent donner à ce texte vis-à-vis des autres textes conventionnels³⁶⁶. Il s'agit de garantir « qu'un accord présente de manière claire et intelligible

³⁶⁰ Art. 1^{er} de la loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail.

³⁶¹ J. Barthélémy et G. Cette, *Réformer le Droit du travail*, Rapport de Terra Nova, Odile Jacob, sept. 2015, pp. 77 à 80.

³⁶² Etude d'impact du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 95.

³⁶³ J.-D. Combrexelle, *op. cit.*, p. 58.

³⁶⁴ M. Merle, *op. cit.*, p. 13.

³⁶⁵ Art. 16 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

³⁶⁶ Etude d'impact du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 102.

son contenu » alors que jusqu'ici, les préambules qui pouvaient exister se limitaient à « un exposé des motifs » ou une « déclaration d'intention »³⁶⁷. Il peut notamment être l'outil correspondant à la proposition du rapport Combrexelle³⁶⁸ d'établir un texte expliquant au tiers l'économie générale de l'accord et les modalités d'interprétations que souhaitent les signataires, notamment pour orienter le travail du juge. Ceux-ci mettaient avant « l'accent (...) sur la solidarité des intérêts de l'employeur et des salariés au sein de l'entreprise »³⁶⁹. Par la suite ils signifient la nécessité de s'adapter à un cadre légal qui a évolué³⁷⁰. Il est aussi un espace discursif dans lequel les négociateurs rapportent, par exemple en matière d'égalité professionnelle, les valeurs et comment le traitement négocié de cette thématique peut être vecteur de performance économique³⁷¹.

Bien qu'il ne soit pas obligatoire, l'on a pu voir dans certaines situations de crise se développer l'obligation d'établir un diagnostic sur la situation économique et les perspectives d'activité de l'établissement signifié en préambule³⁷². Par son caractère négocié, il s'agit donc de tenter de parvenir à un diagnostic partagé. Cette obligation n'a pas été étendue à d'autres accords, et cette exigence se comprend au regard de l'impact du dispositif et de son coût, mais elle est significative d'une conception de la négociation collective. Elle nous informe d'une volonté d'inciter les négociateurs à énoncer en commun une conception de l'entreprise, de ses problèmes et des moyens d'y parvenir.

62. Sans le sanctionner non plus, la loi oblige aussi l'accord à définir « ses conditions de suivi » et dispose qu'il « comporte des clauses de rendez-vous » à l'article L. 2222-5-1 du Code du travail. La loi du 8 août 2016 crée une obligation de négocier les modalités de suivi afin de « faire régulièrement le point sur la mise en œuvre de ces accords »³⁷³. Cela complète,

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 102.

³⁶⁸ J.-D. Combrexelle, *op. cit.*, p. 67, proposition n° 14.

³⁶⁹ M. Despax, « Les paradoxes de la négociation d'entreprise », *op. cit.*, p. 268.

³⁷⁰ J. Durringer, « Etude juridique empirique de l'influence de la loi du 20 août 2008 – A propos de quelques accords collectifs de droit syndical », *Dr. ouv.*, 2014, p. 460 ; A. Gardin, « La « managérialisation » des accords d'entreprise relatifs à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », N. Moizard, « La négociation collective d'entreprise en distanciel », in M. Combet *et al.*, *op. cit.*, p. 135.

³⁷¹ N. Moizard, *op. cit.*, p. 138.

³⁷² V. art. 1^{er} du décret n° 2020-926 du 28 juillet 2020 relatif au dispositif spécifique d'activité partielle en cas de réduction d'activité durable.

³⁷³ Etude d'impact du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 97.

en termes de suivi, les obligations de négociation à intervalle régulier, en laissant plus de souplesse aux négociateurs dans l'évaluation des normes adoptées et la possibilité de rouvrir ou non les négociations. La loi incite par ailleurs à négocier la durée de vie des accords en prévoyant une durée de cinq ans, à défaut de stipulation à ce sujet. Il s'agissait là de trouver une solution d'équilibre³⁷⁴ entre des accords à durée à indéterminée qui conduirait à avoir des clauses sans objet dans le tissu conventionnel et la proposition du rapport Combrexelle³⁷⁵ de limiter à quatre ans la durée de vie des accords, ce qui aurait pu être source d'instabilité conventionnelle³⁷⁶.

D'autres mesures sont prises dans ce sens. Sans y accorder la même attention à ce stade, nous pouvons citer l'obligation de publication et la mise à disposition de l'accord sur internet qui a pour objectif de garantir l'accessibilité des accords et donc d'inciter à adopter des bonnes pratiques par accord. La publicité des accords pourrait même avoir de ce fait des vertus en matière d'égalité professionnelle en permettant une communication sur la situation des entreprises à ce sujet³⁷⁷. Les règles de révision et de dénonciation sont également révisées, notamment pour adapter les règles de la négociation collective aux révisions issues de la loi du 20 août 2008³⁷⁸ et permettre une évolution plus facile des règles conventionnelles³⁷⁹.

63. Afin de favoriser l'adoption de textes ayant la valeur d'accords collectifs dans les très petites entreprises, les réformes du dialogue social ont également institué les « accords-types de branche ». Issus de propositions des rapports Gateau-Simonpoli³⁸⁰ et Combrexelle³⁸¹, ils sont adoptés par la loi du 8 août 2016 et les ordonnances du 22 septembre 2022. Ces accords-types ont ainsi vocation à permettre aux très petites entreprises de pouvoir aussi bénéficier de la souplesse ouverte par ces mêmes réformes mais conditionnée à l'adoption d'un accord

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 100.

³⁷⁵ J.-D. Combrexelle, *op. cit.*, p. 60.

³⁷⁶ Etude d'impact du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 100.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 10.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 112.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 114.

³⁸⁰ G. Gateau et J.-D. Simonpoli, *Accompagner la dynamique du Dialogue social par la formation et la reconnaissance de ses acteurs et par la valorisation des meilleures pratiques*, fév. 2018, p. 11.

³⁸¹ J.-D. Combrexelle, *op. cit.*, p. 96, proposition n° 38.

collectif. Cela représente aussi un palliatif au risque d'avoir des textes de mauvaise qualité et peu ou pas négociés. L'accord-type a vocation à être négocié au niveau de la branche et à indiquer les options possibles pour le chef d'entreprise. L'employeur n'aurait plus alors qu'à déterminer « certains paramètres »³⁸². L'accord-type peut ne comporter que les clauses obligatoires et des clauses facultatives proposées par l'administration sous lesquelles on ne lira que la mention de ce que les négociateurs peuvent faire³⁸³. On oriente alors les négociateurs sur les sujets à aborder dans l'accord sans plus de détails. L'accord-type peut aussi être totalement rédigé avec seulement des options à sélectionner³⁸⁴, voire ne prévoir aucune option, ressemblant alors fort à un accord de branche³⁸⁵. A ceci s'ajoute la diversification des formes d'adoption d'actes ayant la valeur d'un accord collectif que nous développerons dans le chapitre suivant.

B. L'articulation légale des normes négociées

64. Ces réformes ont progressivement substitué aux règles de hiérarchisation des normes, des règles d'articulation³⁸⁶. La première technique d'articulation est celle du recours à la dérogation, à laquelle a succédé la technique de la supplétivité. Si ces techniques s'opposent à la règle de faveur qui prévalait jusqu'alors, cette dernière demeure dans tous les rapports que la loi n'articule pas par le recours aux deux précédentes techniques.

³⁸² *Ibid.*, p. 97.

³⁸³ V. l'accord-type gestion des emplois et des parcours professionnels que nous avons consulté le 26 déc. 2021 (https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/docx/modele_accord-type-gepp.docx).

³⁸⁴ https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/accord_charcuterie_de_detail.pdf.

³⁸⁵ https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/accord_apld_etsce-evenementiel.pdf.

³⁸⁶ J.-E. Ray, « De la hiérarchie à l'articulation des sources en droit du travail », *LSM*, mai 2004, p. 57 ; M.-A. Rotschild-Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », *op. cit.*, p. 580 ; G. Vachet, « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté ? », *Dr. soc.*, 2009, p. 896 ; V. Ilieva, « Articulation entre accord de groupe et accords d'entreprise sous l'empire de la règle de faveur », *Dalloz actualités*, 27 janv. 2020 ; F. Bergeron-Canut, « Articulation entre accord de groupe et accord d'entreprise : mode de comparaison des avantages », *op. cit.*, p. 25 ; I. Meftah, *op. cit.*, p. 191.

1. L'accord dérogatoire

65. Les réformes du dialogue social sont marquées par une constante lorsqu'elles modifient le régime de la négociation collective, elles procèdent à l'élargissement du champ de la négociation dérogatoire, ceci qu'importe l'orientation des majorités politiques qui les ont portées³⁸⁷. On trouve aussi un certain consensus du côté de groupes de réflexion réputés avoir des orientations divergentes³⁸⁸. Par dérogatoire, nous entendons ici la dérogation *in pejus*, c'est-à-dire dans un sens plus défavorable³⁸⁹.

66. Depuis 1982 cette technique s'étend avec l'objectif d'ouvrir une capacité d'adaptation. L'ouverture dans ce domaine est faite par l'ordonnance 82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés qui, au troisième alinéa du deuxième article³⁹⁰, permet de déroger « par convention ou accord collectif étendu ou par accord collectif d'entreprise ou d'établissement » aux dispositions relatives à l'aménagement et à la répartition des horaires ainsi qu'à la récupération des heures de travail perdues. Par cette ordonnance le Gouvernement devait « engager une grande réforme politique approuvée par le pays tout en restaurant un dialogue social intense et fécond »³⁹¹. La suite du rapport fait appel à « la diversité des situations des entreprises, la diversité des aspirations des salariés » qui imposerait « des solutions souples »³⁹² et aux « partenaires sociaux » à qui « appartient le soin de déroger, par voie d'accord »³⁹³.

³⁸⁷ J.-E. Ray, « Légalité et légitimité », *Dr. soc.*, 2020, p. 481.

³⁸⁸ V. G. Adam et F. Béharel, *Sauver le dialogue social. Priorité à la négociation d'entreprise*, Rapport de l'Institut Montaigne, septembre 2015. et J. Barthélémy et G. Cette, *op. cit.* ; Sur l'élaboration de ces rapports, v. A. Fretel, « La réforme du droit du travail : le nouvel impératif économique », *Revue française de socio-économie*, 2016/1, n° 16, p. 5.

³⁸⁹ Nous nous restreignons à ce sens car la définition d'un ordre public social ou relatif en droit du travail autorisait déjà les dérogations *in melius*, en ce sens la technique dérogatoire visée ici n'a d'intérêt que pour autant qu'elle ouvre des possibilités de déroger *in pejus* (F. Canut, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.*, 2017., p. 1033 ; N. Moizard, « La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise », *Dr. ouv.*, 2019, p. 410).

³⁹⁰ JORF, 17 janv. 1982, p. 296.

³⁹¹ *Ibid*, p. 295.

³⁹² *Ibid*.

³⁹³ *Ibid*, p. 296.

En cela, les réformes Auroux engagent pleinement le mouvement que nous étudions, voire en constitue l'acte fondateur³⁹⁴. Ces possibilités de déroger sont la contrepartie de la réduction du temps de travail par le passage à la semaine de 39 heures et l'instauration d'une cinquième semaine de congés payés³⁹⁵. Ainsi les effets de cette réduction du temps de travail sont compensés par le recours au contingent d'heures supplémentaires créé par cette même ordonnance qu'un décret ultérieur fixera à 130 heures³⁹⁶, et auquel il peut être dérogé. Mais au-delà, une fois cette technique ouverte, on a pu craindre son extension³⁹⁷. Ce que confirme les évolutions législatives ultérieures.

Les lois dites Aubry renforcent la technique dérogatoire en matière de repos quotidien³⁹⁸, de versement de la rémunération pour les contrats à temps partiels par la voie d'une convention ou d'un accord collectif étendu pour les salariés à temps partiel³⁹⁹, par la voie d'une convention ou un accord collectif étendu ou une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement pour les salariés intermittents⁴⁰⁰, au repos des salariés mineurs par la voie d'une convention ou d'un accord collectif et d'une autorisation de l'inspecteur du travail⁴⁰¹. Sur ces sujets le contrôle de l'Etat demeure par le recours à la technique de l'extension, voire la nécessité d'une autorisation administrative. Ces lois par l'élan donné à la conclusion d'accords contribuent à l'émergence de nouvelles pratiques de négociation collective⁴⁰². Elles ont notamment permis d'associer la négociation collective à

³⁹⁴ A. Jeammaud, « Droit du travail 1988 : des retournements plus qu'une crise », *op. cit.* ; G. Couturier, « L'intérêt de l'entreprise », in P. Couvrat, *Les Orientations sociales du droit contemporain*. Ecrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier, PUF, 1992, p. 148.

³⁹⁵ Soit 86 heures travaillées en moins chaque année à raison d'une semaine de 39 heures en congés payés et d'une heure de travail hebdomadaire en moins pour les 47 semaines restantes.

³⁹⁶ Décret n° 82-101 du 27 janvier 1982 relatif à la fixation du contingent d'heures supplémentaires prévu à l'ancien article L. 212-6 du Code du travail.

³⁹⁷ F. Gaudu, « Libéralisation des marchés et droit du travail », *Dr. soc.*, 2006, p. 510.

³⁹⁸ Art. 6 de la loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail ; XIII de l'art. 33 de la même loi pour les salariés du secteur agricole.

³⁹⁹ V. de l'art. 12 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

⁴⁰⁰ I. de l'art. 14 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

⁴⁰¹ Art. 18 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail ; XII. De l'art. 33 de la même loi pour les salariés du secteur agricole.

⁴⁰² J.-C. Javillier, « Les enseignements de l'analyse comparative et la pratique française », *Dr. soc.*, 1990, p. 668.

des gains de productivité par l'emploi de la flexibilisation du temps de travail permise, notamment, par l'annualisation⁴⁰³.

67. La loi du 4 mai 2004 procède à un élargissement de la technique dérogatoire. Le Législateur constate que le Droit d'alors « se caractérise par une architecture et une hiérarchie des normes rigides entre les différents niveaux de négociation »⁴⁰⁴. C'est pourquoi celle-ci « vise à ouvrir par dérogation de nouvelles marges d'autonomie aux accords d'entreprise par rapport à la branche » mais limite encore celle de l'accord de groupe pour lequel « une possibilité de dérogation aurait eu pour conséquence une instabilité pour la couverture conventionnelle des salariés et une fragilisation des relations sociales au sein de cette entité »⁴⁰⁵.

En modifiant quatorze dispositions légales pour permettre la conclusion d'un accord d'entreprise ou d'établissement, une partie de la doctrine y voit la généralisation de la dérogation *in pejus* malgré le maintien d'une possible clause de verrouillage dans les accords et conventions de branche⁴⁰⁶. Cette possible clause de verrouillage aurait limité « la désintégration du modèle conventionnel »⁴⁰⁷. Il faudrait donc y voir une « autonomie limitée »⁴⁰⁸ de l'accord d'entreprise tant dans ses domaines que dans ses conditions de mise en œuvre. D'autres auteurs y voient une « mise en jambes destinée à permettre aux partenaires sociaux de s'acclimater à la règle majoritaire »⁴⁰⁹ puisque cette loi ouvre le principe majoritaire institué postérieurement aux accords dérogatoires. Il est cependant notable que l'institution d'un droit d'opposition, donc d'une attention portée à la représentativité électorale, est concomitante à l'institution de la négociation dérogatoire.

⁴⁰³ G. Groux, « Europe centrale et de l'Est : une amplification de nouvelles pratiques de dialogue social de l'industrie ? », *Travail et emploi*, n° 123, 2010, p. 71.

⁴⁰⁴ Exposé des motifs 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 ; v. également J.-F. Poisson, *op. cit.*, p. 157.

⁴⁰⁵ Exposé des motifs 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.

⁴⁰⁶ F. Saramito, *op. cit.*, p.448.

⁴⁰⁷ M.-A. Rotschild-Souriac, *op. cit.*, p. 583.

⁴⁰⁸ G. Vachet, *op. cit.*, p. 896.

⁴⁰⁹ J.-E. Ray, « L'accord d'entreprise majoritaire », *Dr. soc.*, 2009, p. 887.

Le rapport Hadas-Label rapporte les résultats d'une enquête selon laquelle « sur 821 textes signés au niveau des branches, il ressort de l'enquête que :

- 50% portent sur des sujets auxquels les entreprises ne peuvent en tout état de cause pas déroger, comme les salaires minima ou les classifications ;

- 16% des textes comportent une clause expresse interdisant aux entreprises de déroger ;

- 25% des textes ne comportent pas de clause impérative, et, par ce silence ainsi que par les thèmes négociés, permettent aux entreprises de déroger aux accords de branche » et que du côté des entreprises « sur [l]es 7900 accords, 1282 soit 16% ont été repérés comme potentiellement dérogatoires à un accord de branche »⁴¹⁰. Il semblerait par ailleurs que la pratique dérogatoire se soit concentrée dans certaines branches d'activité.

La loi du 20 août 2008 a ensuite fait de l'accord d'entreprise le « droit commun »⁴¹¹. Cette loi vise notamment à étendre de manière expérimentale les dérogations dans le champ du temps de travail, particulièrement en matière de contingent d'heures supplémentaires⁴¹². Mais cette modification a fait l'objet d'une faible appropriation par les négociateurs⁴¹³. Ces changements étaient déjà appuyés par une remise en question des accords de branche comme « normes dont on attend une efficacité »⁴¹⁴. Face à une appropriation qui peut paraître lente et partielle de ces techniques, son élargissement s'est tout de même poursuivi.

La loi du 8 août 2016 semblerait s'éloigner, à en lire l'étude d'impact, de l'orientation des lois de 2004 et 2008. Elle entend définir clairement le champ de la loi et le champ de la négociation collective de sorte que « la négociation collective n'est plus un outil de dérogation à la loi »⁴¹⁵. C'est le sens donné à la nouvelle articulation proposée autour du

⁴¹⁰ R. Hadas-Label, *Pour un dialogue social efficace et légitime : Représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, Rapport au Premier Ministre, mai 2006, p. 47.

⁴¹¹ J. Barthélémy, « Vers de nouvelles évolutions du droit de la négociation collective », *Dr. soc.*, 2009, p. 908.

⁴¹² Exposé des motifs de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

⁴¹³ J.-D. Combrexelle, *op. cit.*, p. 29.

⁴¹⁴ J.-F. Poisson, *op. cit.*, p. 163.

⁴¹⁵ Etude d'impact du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 32.

triptyque comprenant « l'ordre public, auquel aucun accord ne peut déroger ; le champ de la négociation collective, définissant l'articulation la plus pertinente entre l'entreprise et la branche ; les dispositions supplétives, applicables en l'absence d'accord d'entreprise et de branche »⁴¹⁶ afin de rendre plus lisible ce qui ressort des attributions de l'Etat et des négociateurs⁴¹⁷.

Mais alors qu'une orientation différente est annoncée, la loi de 2016 ne revient pas sur les possibilités de déroger ouvertes par les réformes précédentes et permet même d'en généraliser l'usage, notamment en matière de temps et de durée du travail. Cela est justifié dans l'extrait de l'exposé des motifs que nous citons par la volonté de laisser les négociateurs définir « l'articulation la plus pertinente entre l'entreprise et la branche ». Cette réforme aurait ainsi organisé la supplétivité généralisée de l'accord de branche⁴¹⁸, voire du contrat de travail⁴¹⁹ et a ouvert la possibilité de déroger pour tout le domaine du temps de travail⁴²⁰.

Dans les travaux préparatoires aux ordonnances du 22 septembre 2017, le terme de dérogation apparaît assez peu. En tout cas pas dans le sens que nous signifions ici. L'exposé des motifs de la loi d'habilitation nous permet de déduire d'une formule proche de celle employée dans les travaux précédemment étudiés que le terme de dérogation fait place à celui, certainement connoté plus positivement, d'adaptation⁴²¹. Or l'accord collectif doit permettre de s'adapter. C'est ainsi que l'objectif est d'« encourager les acteurs de terrain à définir les normes garantissant la performance sociale et économique [ce qui] suppose de leur donner les leviers pour négocier et conclure des accords selon des règles simples et claires pour tous »⁴²².

⁴¹⁶ Exposé des motifs de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels ; v. également J.-D. Combrexelle, *op. cit.*, p. 81, proposition n° 26.

⁴¹⁷ Etude d'impact du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 32.

⁴¹⁸ H. Tissandier, « Les rapports entre accords collectifs », *RDT*, 2016, p. 795.

⁴¹⁹ F. Canut, « L'ordonnancement des normes étatiques et des normes conventionnelles - à propos du projet de loi travail », *Dr. soc.*, 2016, p. 522.

⁴²⁰ C. Didry et D. Giordano, *Entreprises en négociations. L'entreprise à la lumière des relations professionnelles*, *op. cit.*, p. 60.

⁴²¹ Nous lisons en effet un paragraphe qui fait référence au triptyque cité *supra* : « Si la loi doit fixer, de manière accessible et simplifiée, les règles d'ordre public auxquelles la négociation collective ne peut apporter d'adaptations (nous soulignons), ainsi que les dispositions supplétives à défaut d'accord collectif, il appartient aux acteurs locaux de déterminer conjointement les règles selon lesquelles ils entendent régir leurs relations de travail. ».

⁴²² Etude d'impact du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, 27 juin 2017, p. 20.

Avec ces ordonnances, « le principe de primauté sur l'accord de branche est désormais clairement posé »⁴²³. Celles-ci conservent la possibilité d'insérer dans l'accord des clauses de verrouillage. Elles déterminent aussi tout un champ, qu'une partie de la doctrine a pu qualifier de *sanctuaire*⁴²⁴, réservé à l'accord de branche. En apparence, la liste des domaines dans lesquels l'accord de branche prime est rallongé. Dans les faits, l'accord d'entreprise n'est tenu qu'à prévoir des « garanties aux moins équivalentes » afin de pouvoir lever le *verrou* ou pénétrer le *sanctuaire*. Il semblerait cependant que cette notion ne soit pas correctement appropriée par les négociateurs⁴²⁵. Une crainte est aussi émise par une partie de la doctrine qui redoute une « présomption d'équivalence »⁴²⁶ voire que cette notion ne généralise la supplétivité de l'accord de branche⁴²⁷. De manière générale, l'emploi de cette méthode ouvre la possibilité de s'affranchir des accords de branche⁴²⁸, ce que les textes adoptés font largement, en particulier en matière de temps de travail qui est la principale thématique traitée⁴²⁹.

Différents travaux de recherches sur ce sujet posent l'hypothèse que « la dérogation serait l'annonce d'une modification des fonctions du droit du travail »⁴³⁰, voire que son usage signifierait un « affadissement de la notion d'ordre public »⁴³¹. Un auteur considère qu'il y a dérogation « dès lors qu'une règle différente se substitue à une norme applicable en principe, sans égard à l'analyse de son contenu qui, au demeurant, ne peut se mesurer avec certitude dans l'échelle du plus ou moins favorable aux salariés »⁴³². Son institution est significative du

⁴²³ P.-E. Berthier, « Les rapports entre accords de branche et d'entreprise : « renforcement de la négociation collective » ou renforcement du pouvoir patronal ? », *CSB*, 2017, p. 42.

⁴²⁴ *Loc. cit.*

⁴²⁵ V. E. Filipetto, « La fonction heuristique des accords d'entreprise. *Essai de typologie et enseignements généraux* » in F. Géa et A. Stévenot, *Le dialogue social. L'avènement d'un modèle ?*, Bruylant, 2021, p. 519 ; F. Géa, « De l'usage de la référence aux « garanties au moins équivalentes », *RDT*, 2021, p. 37.

⁴²⁶ C. Nicod, « Convention de branche et d'entreprise : une nouvelle partition », *RDT*, 2017, p. 661.

⁴²⁷ F. Rosa, « La « négociation » dans les petites entreprises et les normes internationales », *Dr. ouv.*, 2018, p. 452.

⁴²⁸ C. Nicod, « Une déstructuration silencieuse », *Dr. soc.*, 2023, p. 428.

⁴²⁹ C. Giraudet et C. Nicod, *Analyse des accords obtenus par référendum dans les TPE de la région Auvergne-Rhône-Alpes*, CERCRID, Rapport pour France stratégie et le comité d'évaluation des ordonnances travail, fév. 2022, p. 35.

⁴³⁰ F. Bocquillon, *La dérogation en droit du travail*, Thèse dactylographiée, Strasbourg, 1999, n° 1, p. 1.

⁴³¹ F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, 2007, n° 859, p. 460.

⁴³² F. Bocquillon, *op. cit.*, n° 1074, p. 593.

modèle de négociation représenté dans l'emploi du syntagme dialogue social. Mais il n'est pas l'unique mécanisme des réformes qui y sont relatives. Elles ont aussi développé la supplétivité des règles étatiques.

2. La règle étatique supplétive

68. Les réformes du dialogue social ont aussi organisé la négociation autour de dispositions supplétives. Une autre technique a été développée par les réformes relatives au *dialogue social*, celle des dispositions supplétives. C'est la loi du 8 août 2016 qui fut envisagée pour poser les premières pierres d'une « refondation »⁴³³. Elle instaure à cette fin le triptyque ordre public – champ de la négociation – dispositions supplétives pour l'expérimenter sur les domaines du temps de travail et des congés. Elles sont le corollaire de l'élargissement du champ de la négociation collective afin qu'une norme légale soit appliquée à défaut de norme conventionnelle. L'étude d'impact précise cependant que celles-ci n'ont pas vocation à être un « plancher sur la base duquel les négociations doivent être entamées »⁴³⁴. Ces dernières ayant par ailleurs vocation à être adoptées à droit constant et devrait donc correspondre à ce qui existait avant les réformes. Cette loi s'inscrit dans la succession du rapport Combrexelle dont les propositions en la matière visaient à rationaliser le Droit⁴³⁵, à le rendre plus lisible, sans pour autant créer un « *big-bang* social qui peut être créateur d'insécurité juridique »⁴³⁶. Cette nouvelle architecture vise ainsi à réaliser cet équilibre.

Les ordonnances du 22 septembre 2017 ont ensuite procédé à l'élargissement du domaine des dispositions supplétives. Elle les ouvre notamment aux règles d'ordre procédural, celles-ci « ouvrent largement le champ de la négociation et donnent la possibilité

⁴³³ V. l'étude d'impact du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 3 ; et l'exposé des motifs de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels sur la commission de refondation.

⁴³⁴ Etude d'impact du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 48.

⁴³⁵ J.-D. Combrexelle, *op. cit.*, pp. 75 et p. 81, proposition n° 26.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 5.

à la branche et l'entreprise de définir, par un accord global d'une durée maximale de quatre ans, le calendrier, la périodicité, les thèmes et les modalités de négociation »⁴³⁷ ainsi que « la périodicité et le contenu des consultations des négociations obligatoires »⁴³⁸. Au-delà de ces sujets, ce triptyque structure aussi la composition, l'organisation, les attributions et les moyens de la représentation élue du personnel, ce qui contribue à changer le rôle même de la négociation.

La supplétivité n'est cependant pas tout à fait nouvelle. Elle avait déjà une existence lorsqu'à défaut d'accord sur certains thèmes, les accords de branche, la loi ou même les usages trouvaient à s'appliquer⁴³⁹. Le rapport de l'Institut Montaigne⁴⁴⁰ appelait à généraliser cela tandis que le rapport Terra Nova proposait que le Droit réglementaire devienne « supplétif du droit conventionnel »⁴⁴¹. Cette généralisation se serait opérée par la loi du 8 août 2016⁴⁴². La branche aurait ainsi toujours vocation à fixer des dispositions supplétives aux accords d'entreprise et la loi au droit conventionnel⁴⁴³.

69. Cette technique ressemble à la dérogation. Ces deux techniques sont liées, et pourraient s'analyser comme deux aspects d'une même technique. La supplétivité se rapporte à la règle légale qui est dite supplétive lorsqu'elle n'a vocation à s'appliquer qu'en l'absence d'accord. La dérogation se réfère quant à elle à l'accord collectif qui est dit dérogatoire lorsque celui-ci est habilité à stipuler une règle différente de la règle légale. Cette dernière est alors supplétive de l'accord collectif, tandis que l'accord qui stipule en lieu et place de la disposition supplétive lui déroge nécessairement. Dans une acception large de la notion de dérogation, l'accord pouvait largement déroger aux règles appartenant à l'ordre public social, par hypothèse supplétif puisqu'il n'a vocation à s'appliquer qu'en l'absence d'un accord collectif plus favorable. Ces deux termes sont employés comme équivalents dans différents

⁴³⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective.

⁴³⁸ *Loc. cit.*

⁴³⁹ S. Frossard, *op. cit.*, p. 83 ; L. Pécaut-Rivolier, « Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail », *RDT*, 2016, p. 791.

⁴⁴⁰ G. Adam et F. Béharel, *op. cit.*, pp. 29-32 .

⁴⁴¹ J. Barthélémy et G. Cette, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁴² F. Canut, « L'ordonnancement des normes infra-étatiques - à propos du projet de loi travail », *Dr. soc.*, 2016, p. 522.

⁴⁴³ J.-D. Combrexelle, *op. cit.*, p. 89.

travaux relatifs ou caractère supplétif ou impératif d'une règle civiliste⁴⁴⁴. Mais le Droit du travail, par le biais des réformes du dialogue social, procède à un raffinement de ces techniques qui doit nous conduire à les distinguer.

A l'inverse d'une norme dérogatoire, celle-ci s'applique à défaut d'un accord. Pour appliquer la norme dérogatoire il faut donc conclure quand il ne le faut pas pour bénéficier des dispositions supplétives. Cela peut donc impacter la négociation collective et jouer en faveur de la partie qui aurait intérêt ou non à conclure l'accord. Un accord qui mélangerait les thèmes soumis à des dérogations et les thèmes soumis à des dispositions supplétives pourrait quant à lui permettre de rechercher un équilibre afin d'inciter les deux parties à conclure. L'articulation de ces deux techniques permet l'engagement d'une négociation « donnant-donnant » et constitue un outil stratégique pour les négociateurs. Ces normes peuvent en outre avoir un caractère incitatif à conclure un accord lorsque celles-ci fixent un ensemble de dispositions peu favorables à l'une ou l'autre des parties, quitte à l'inciter elle-même à faire des concessions sur un autre sujet.

Elle fait également « disparaître toute idée de concours, la disposition conventionnelle devenant référence première »⁴⁴⁵. En effet là où la dérogation est d'interprétation stricte et où la loi bénéficie d'une primauté dans la définition de la norme substantielle, les dispositions supplétives font à l'inverse primer l'accord comme norme de référence.

⁴⁴⁴ Le rapport entre impérativité et supplétivité de la règle fait l'objet de deux thèses en droit civil, celles de la Professeure Cécile Pérès-Dourdou et de Monsieur Maxime Touchais.

La première soutient la relativité de l'opposition entre impérativité et supplétivité (C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, n° 577, p. 593). La règle supplétive vise à « compléter les formes manquantes » (*Ibid.*, n° 1, p. 1). Cependant, chaque fois que les conditions de sa validité sont réunies, celle-ci s'impose (*Ibid.*, n° 168, p. 153). Elle laisse seulement aux parties le choix de choisir leur régime (*Ibid.*, n° 168, p. 156) mais intervient faute d'expression de volonté de leur part (*Ibid.*, n° 436, p. 413). Cette règle a cependant une vocation incitative. Elle incite les parties à choisir afin que ne s'impose pas à eux une solution extérieure à leur volonté (*Ibid.*, n° 588, p. 571). Appliqué à la relation de travail, nous pourrions soulever les hypothèses dans lesquelles il peut s'agir d'un choix d'une partie en position de force dans cette expression et celles où le silence marque une volonté de se voir appliquer une règle supplétive, ou à tout le moins celle-ci aurait la préférence de l'une des parties. Elle a enfin une fonction de normativité idéale, c'est-à-dire qu'elle indique un « modèle à reproduire » (*Ibid.*, n° 595, p. 581 et n° 601, p. 584) sans toutefois le rendre impératif.

La seconde soutient que l'« on ne peut concevoir de dérogation qu'à la règle impérative » (M. Touchais, *La règle impérative, contribution à l'étude de la dérogation conventionnelle aux lois*, LGDJ, 2023, n° 5, p. 29). La dérogation permet de régler les conflits de compétence entre la règle étatique et le contrat (*Ibid.*, n° 111, p. 135). Ce dernier doit non seulement respecter la règle impérative, mais encore la compatibilité par rapport à la règle supplétive (*Ibid.*, n° 366, p. 375). Par rapport de compatibilité, l'auteur entend que la règle supplétive autorise la dérogation tant qu'une règle impérative au sens strict ferait « naître une interdiction absolue de déroger par convention, sans exception » (*Ibid.*, n° 367, p. 376).

⁴⁴⁵ G. Borenfreund, « Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail », *RDT*, 2016, p. 783.

La supplétivité peut aussi permettre de s'en remettre à la décision unilatérale de l'employeur lorsque l'accord conclu ouvre à cet exercice⁴⁴⁶. Nous trouvons donc là une technique juridique qui, privilégiant la négociation sur la disposition, élargit également le domaine d'exercice du pouvoir unilatéral de l'employeur. Pour d'autres auteurs, ces deux types de techniques seraient même dans un rapport d'antinomie, en ce sens que la règle supplétive est une règle obligatoire tandis que la dérogation vise à écarter la règle normalement applicable⁴⁴⁷.

70. Elles sont un outil d'adaptation du Droit du travail. Les règles couvertes par cette technique seraient même plus souples que les normes dérogatoires⁴⁴⁸. Elles offrent la sécurité juridique d'une norme légale en cas de défaut d'accord tout en incitant à négocier celle-ci au niveau de l'entreprise. On ne sera donc pas étonné de la voir se déployer dans les thèmes qui sont l'objet premier de la flexibilisation, à savoir celui de temps de travail et des congés. En comparaison avec la technique précédente, l'avantage des dispositions supplétives est de laisser une plus grande liberté aux négociateurs. En effet la dérogation suppose de déterminer la règle applicable et les bornes dans lesquelles il est possible de déroger. Ce qu'a ainsi rappelé le Conseil constitutionnel en décidant que « lorsque le Législateur autorise un accord collectif à déroger à une règle qu'il a lui-même édictée et à laquelle il a entendu conférer un caractère d'ordre public, il doit définir de façon précise l'objet et les conditions de cette dérogation »⁴⁴⁹. Tandis que les dispositions supplétives fixent seulement la règle qui s'appliquera à défaut d'accord, libre aux négociateurs de s'en saisir ou non. Cela n'exclut cependant pas de fixer des limites d'ordre public comme pour le contenu de la base de données économiques, sociales et environnementales par exemple⁴⁵⁰.

Si cela a pu conduire à considérer la règle supplétive comme un modèle doté d'une *fonction directrice*⁴⁵¹, comme une direction donnée aux négociateurs, d'autres soutiennent à

⁴⁴⁶ V. *infra* le paragraphe n° 141.

⁴⁴⁷ H. Tissandier, « Du sens des mots pour éclairer la réforme », in G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac, I. Vacarie, *op. cit.*, p. 109.

⁴⁴⁸ F. Canut, « L'ordonnancement des normes étatiques et des normes conventionnelles - à propos du projet de loi travail », *op. cit.*, p. 520 ; F. Canut, « Le recul de l'ordre public face à l'accord collectif », *Dr. ouv.*, 2017, p. 345.

⁴⁴⁹ Décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, considérant 8.

⁴⁵⁰ V. art. L. 2312-18 du Code du travail.

⁴⁵¹ C. Pérès-Dourdou, *op. cit.*, p. 534.

l'inverse qu'elle est une alternative de laquelle les négociateurs peuvent se détacher⁴⁵². Ces dispositions peuvent encore offrir plus de flexibilité en permettant, à défaut d'accord, à l'employeur de décider unilatéralement. Ce n'est alors plus tant la supplétivité de la norme étatique que celle de la norme patronale qui est organisée⁴⁵³.

3. La règle de faveur demeure

71. Là où les rapports entre normes ne sont pas réglés par une disposition spéciale d'articulation, la règle du plus favorable disposée à l'article L. 2252-1 du Code du travail trouve toujours à s'appliquer⁴⁵⁴. Quoique celle-ci voit son champ d'intervention diminuée par les différentes règles d'articulations qui organisent la primauté d'un niveau sur l'autre⁴⁵⁵. Il convient de rappeler qu'il s'agit là d'une règle dont l'objet est de régler les conflits de normes mais aussi d'assurer la validité et l'ordonnancement des règles de droit du travail. Encore faut-il préciser que cette règle ne concerne pas tous les conflits de norme. Elle ne concerne pas les conflits entre loi, pour lesquelles c'est la règle de spécialité qui permet de trancher le conflit, c'est-à-dire que c'est la règle du droit spécial qui s'applique face à la norme générale contraire⁴⁵⁶. Elle ne règle pas non plus le conflit entre les normes signifiées par plusieurs conventions collectives applicables aux personnels d'une même entreprise. Dans ce dernier cas, c'est la convention collective correspondant à l'activité principale qui s'applique.

Nous pouvons pour comprendre l'usage de cette règle, nous pouvons recourir à la distinction entre le mécanisme de prévalence, qui correspond à ce que nous avons précédemment décrit, et celui de concours dans lequel la règle de faveur trouve à s'appliquer.

⁴⁵² Y. Ferkane, *L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle*, Thèse dactylographiée, Paris Ouest Nanterre La Défense, 2015, p. 264.

⁴⁵³ F. Canut, « Le recul de l'ordre public face à l'accord collectif », *op. cit.*, p. 347.

⁴⁵⁴ A. Jeammaud, « Les principes dits « de faveur » ont-ils vécu ? », *op. cit.*, p. 177.

⁴⁵⁵ M.-A. Souriac et G. Borenfreund, « La négociation collective entre désillusions et illusions », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle*, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, LGDJ, 2001, p. 181.

⁴⁵⁶ C'est du moins la position développée par J. Péliissier, « existe-t-il un principe de faveur ? », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle*, *op. cit.*, p. 95 ; La question peut paraître plus compliquée lorsqu'il s'agit de deux règles spéciales du droit du travail qui doivent entre elles répondre à la règle de faveur, à ce sujet v. A. Jeammaud, « Les principes dits « de faveur » ont-ils vécu ? », *op. cit.*, p. 182.

Partie 1 : L'institution du dialogue social comme modèle de relations collectives

Un auteur définit le concours comme s'ensuit. Il écrit que « les conventions et accords collectifs de niveaux différents sont en concours lorsqu'ils peuvent régir une même relation de travail sans que la loi n'accorde de priorité, de primauté, à l'un d'eux. La règle d'articulation résout le concours en désignant alors l'accord applicable »⁴⁵⁷. Bien que ce domaine se réduise, il demeure et doit répondre à certaines règles, dont celle de non-cumul des avantages ayant le même objet ou la même cause⁴⁵⁸. C'est alors le seul avantage le plus favorable entre deux accords en concours qui s'applique. Ce sera notamment le cas, pensons-nous, des accords conclus au sein d'une même organisation économique en l'absence de clause de substitution des accords de niveau supérieur.

Paragraphe 2 : Un nouveau rapport au contrat de travail

72. Ces réformes donnent une primauté à l'accord sur le contrat de travail dans certaines conditions. Nous proposons de rappeler dans un premier temps les principales règles entre le contrat de travail et les sources conventionnelles⁴⁵⁹. Tout d'abord, le contrat en tant qu'expression de la volonté des parties ne saurait évoluer qu'avec leur accord. Ce qui exclut toute modification unilatérale du contrat ainsi que toute incorporation d'un accord collectif au contrat. Des tempéraments existent, en premier lieu par l'introduction en droit du travail d'une distinction entre contrat de travail et conditions de travail. Cette distinction autorise la modification d'éléments possiblement déterminés contractuellement qui ne correspondent qu'aux conditions de travail. La loi elle-même peut prévoir des exceptions permettant la modification unilatérale d'un élément pourtant bien contractuel. L'article L. 3121-43 du Code du travail dispose ainsi que la mise en place d'« un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine par accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail pour les salariés à temps complet ». Seules doivent

⁴⁵⁷ A. Lucchini, *Le concours entre conventions et accords collectifs de travail*, LexisNexis, 2022, n° 49, p. 31.

⁴⁵⁸ Ass. plén., 18 mars 1988, n° 84-40.083, Publié, *D.* 1989. 221, note J.-P. Chauchard ; GADT, 4^e éd., n° 179.

⁴⁵⁹ Pour une étude détaillée, v. A. Jeammaud, « De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail », *RDT*, 2016, p. 228.

s'appliquer au contrat de travail les dispositions plus favorables selon l'article L. 2254-1 du Code du travail.

Mais la relation entre les accords collectifs et le contrat de travail est liée à l'évolution du régime juridique de la modification du contrat de travail⁴⁶⁰. Or le « glissement vers un droit conventionnel »⁴⁶¹ a pu être analysé comme permettant à la convention de dégrader les droits des salariés dans le silence du contrat. A défaut, le salarié pouvait refuser la modification de son contrat de travail, pour autant que celle-ci rentre bien dans la catégorie de la modification du contrat de travail et non dans celle des conditions de travail. Des auteurs envisagent en sens inverse que ce mouvement d'individualisation pourrait conduire à une possibilité de déroger par le contrat à l'accord collectif⁴⁶², mais il ne s'agit là que d'une hypothèse.

Le rapport de l'Institut Montaigne proposait un principe de primauté de l'accord collectif sur le contrat de travail⁴⁶³. En cas de refus de la modification du contrat par le salarié « trois possibilités existent : considérer le refus du salarié comme une démission, considérer l'opposition du salarié comme un licenciement ou trouver une voie intermédiaire »⁴⁶⁴, cette dernière pouvant être un licenciement justifié avec des indemnités moindres ou un licenciement pour faute. Moins radical, le rapport Terra Nova propose un licenciement *sui generis* pour la mise en œuvre d'un accord dérogatoire qui procéderait à une novation du contrat de travail⁴⁶⁵. On retrouve également une proposition similaire dans le rapport Combrexelle qui circonscrit cette possibilité aux accords conclus « dans l'intérêt général et l'intérêt collectif des salariés pour l'emploi »⁴⁶⁶. Il est même parfois soutenu que l'accord collectif doit primer sur le contrat de travail⁴⁶⁷. Cela se justifierait parce qu'« au fond, la

⁴⁶⁰ F. Bergeron-Canut et M. Morand, « Accord collectif et contrat de travail », in G. Loiseau, *op. cit.*, p. 30.

⁴⁶¹ J. Péliissier, *op. cit.*, p. 95.

⁴⁶² J.-E. Ray, *op. cit.*, p. 895.

⁴⁶³ G. Adam et F. Béharel, *op. cit.*, p. 39, proposition 6.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 39.

⁴⁶⁵ J. Barthélémy et G. Cette, *op. cit.*, p. 68.

⁴⁶⁶ J.-D. Combrexelle, *op. cit.*, p. 103, proposition n° 42.

⁴⁶⁷ P.-H. Antonmattei, « Avantages catégoriels d'origine conventionnelle et principe d'égalité de traitement : l'avis de tempête est levé ! », *Dr. soc.*, 2015, p. 351.

convention collective est devenue un instrument d'adaptation de l'entreprise au marché »⁴⁶⁸, ce qui justifierait cette primauté de l'accord collectif sur le contrat individuel.

Ce nouveau rapport repose sur une certaine conception de la solidarité et de l'intérêt collectif exprimés par l'accord face à l'individualisme du contrat de travail, de la volonté du groupe face à celle de l'individu⁴⁶⁹. C'est ainsi que l'on peut lire dans le rapport Combrexelle que « lorsque l'emploi est en cause et que l'accord vise à le protéger, le maintenir, le préserver et le développer, l'accord et l'intérêt collectif qu'il incarne priment sur l'intérêt individuel concrétisé par le contrat de travail »⁴⁷⁰. Jean-Denis Combrexelle lui-même semble cependant convenir de la portée idéologique du propos puisque l'on pourra lire à la page précédente du même rapport que « la question des rapports entre l'accord collectif et le contrat de travail est d'abord politique et repose sur *une certaine idée des relations sociales avant d'être juridique* [nous soulignons] »⁴⁷¹. Nous avons déjà développé que la négociation se faisait sur la base d'intérêts antagonistes, en voici un nouvel exemple puisqu'il s'agit d'atteindre aux intérêts des salariés, intérêts normalement protégés par le contrat de travail, déjà censé garantir la rencontre des volontés et la protection par chacune des parties de ses intérêts⁴⁷².

73. Deux formes d'emprises de l'accord collectif sur le contrat sont possibles. La première est la dépendance⁴⁷³. La dépendance du contrat à l'accord collectif est le mécanisme par lequel certains contrats ou certaines clauses du contrat ne peuvent être stipulées que si un accord collectif le permet. Parmi ces mécanismes de dépendance, on trouvera le contrat de travail intermittent qui est soumis par l'article L. 3123-33 du Code du travail à la couverture de l'entreprise par une convention ou un accord d'entreprise ou de branche étendu. Parmi les clauses dépendantes de la préexistence d'un accord collectif, la forfaitisation du temps de

⁴⁶⁸ P.-Y. Verkindt et D. Simonneau, « Convention collective et loi professionnelle. Le regard de René Demogue », *Dr. soc.*, 2022, p. 939.

⁴⁶⁹ A. Fretel, *op. cit.*, p. 9 ; A. Jeammaud, *op. cit.*, p. 228 ; G. Borenfreund, « Le dévoiement de l'exigence de légitimité », *RDT*, 2016, p. 313 ; Y. Pagnerre, « Les accords de performance collective », *Dr. soc.*, 2018, p. 694 ; A. Cormier Le Goff, P. Lokiec et I. Taraud, « Juges et accords de performance collective », *Dr. soc.*, 2020, p. 513 ; G. François et C. Mariano, « L'accord de performance collective : trois questions en guise d'introduction », *BJT*, mai 2021, p. 41.

⁴⁷⁰ J.-D. Combrexelle, *op. cit.*, p. 102.

⁴⁷¹ J.-D. Combrexelle, *op. cit.*, p. 101.

⁴⁷² Postulat sur lequel repose l'article 1104 du Code civil.

⁴⁷³ F. Bergeron-Canut et M. Morand, « Accord collectif et contrat de travail », *op. cit.*, p. 41.

travail sur l'année, que ce soit en heures ou en jours, est aussi soumise à son autorisation par un accord ou une convention d'entreprise ou de branche par l'article L. 3121-63 du Code du travail.

74. L'accord peut encore avoir une emprise sur le contrat de travail par la soumission du second au premier⁴⁷⁴. On peut citer la substituabilité automatique envisagée par l'article L. 2254-2 du code du travail ; la suspension des clauses du contrat ou encore la non-modification expressément prévue par la loi à l'article L. 3121-43 du Code du travail relatif à l'aménagement du temps de travail ou à l'ancien article L. 1222-7 du même code relatif à la réduction du temps de travail. Dans ce dernier cas, l'absence de modification est une fiction, on considère que « le contrat reste intangible malgré le changement opéré »⁴⁷⁵ alors même qu'un élément essentiel a été modifié, en l'espèce c'est le temps de travail. Cette faculté a d'abord été ouverte par les lois Aubry⁴⁷⁶ en matière de réduction du temps de travail et la loi Warsmann⁴⁷⁷ qui ouvrait la possibilité de mettre en place par accord une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine sans que cela ne modifie le contrat de travail. C'est la première méthode possible. Le Législateur énonce expressément que l'accord ne modifie pas le contrat de travail. S'il l'admet, alors « il aménage les conséquences de cette qualification »⁴⁷⁸. C'est par la suite ce second choix qui a été fait.

Dans les accords de maintien dans l'emploi qui suivront, l'obligation était faite d'un engagement sur le maintien des emplois. Ce fut notamment le cas de plusieurs lois ultérieures instituant le régime des accords de maintien dans l'emploi⁴⁷⁹ et des accords de mobilité interne⁴⁸⁰ qui permettaient le licenciement du salarié refusant la modification de son contrat de travail sur un motif économique. Cette réglementation conventionnelle du contrat de travail ne supporte cependant pas d'habilitation générale, celle-ci doit être expresse⁴⁸¹.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 46.

⁴⁷⁵ F. Favennec-Héry, « Convention collective – contrat de travail : un mariage de raison », *RDT*, 2016, p. 315.

⁴⁷⁶ Art. 30 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

⁴⁷⁷ Art. 45 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives.

⁴⁷⁸ L. Pécaut-Rivolier, *op. cit.*, p. 792.

⁴⁷⁹ Art. 17 de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi et art. 287 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

⁴⁸⁰ Art. 15 de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

⁴⁸¹ J. Morin, « La réglementation conventionnelle du contrat de travail (Première partie) », *Dr. soc.*, 2020, p. 942.

L'habilitation vise soit des situations particulières dans un cadre légalement délimité comme l'accord de performance collective ou sur des thèmes précis comme les forfaits⁴⁸². Dans les deux cas la réglementation conventionnelle permet de faire évoluer des éléments essentiels du contrat de travail sans avoir à recueillir l'accord du salarié. On soulignera par ailleurs que l'initiative est laissée au salarié en ce sens que c'est à lui d'exprimer son refus et non à l'employeur de lui demander s'il accepte la modification.

75. L'accord de performance collective facilite le recours à la modification du contrat de travail tant par de larges conditions de recours que par un encadrement réduit⁴⁸³. Il généraliserait même la soumission du contrat à l'accord⁴⁸⁴. Dans le cadre de l'accord de performance collective, les règles de droit contractuel peuvent trouver à s'appliquer de nouveau. Le salarié doit en effet être informé non seulement du contenu de l'accord, mais encore de ces effets. Ce dernier élément est essentiel à l'expression de sa volonté libre et éclairée.

Certains auteurs se posent la question de l'incorporation ou de la substitution des clauses⁴⁸⁵. En cas d'incorporation le contrat est définitivement modifié tandis qu'en cas de substitution ses effets cessent avec l'accord. La formulation de l'article L. 2254-2 du code du travail semble aller dans ce second sens car le III énonce bien que « les stipulations de l'accord se *substituent* [nous soulignons] ». Alors que certains auteurs présentaient un accord « temporaire par nature »⁴⁸⁶, une situation de crise étant circonscrite dans le temps, soixante-quatorze pourcents d'entre eux sont des accords à durée indéterminée d'après une étude⁴⁸⁷ ce qui implique donc une capacité de modification permanente⁴⁸⁸. On est ici face à une fiction

⁴⁸² B. Gauriau, « L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 (A propos de l'article L. 2254-2 du Code du travail) », *Dr. soc.*, 2018, p. 506 ; J. Morin, « La réglementation conventionnelle du contrat de travail (Seconde partie) », *Dr. soc.*, 2020, p. 1026.

⁴⁸³ M. Passette, « Un mécanisme conventionnel de variation unilatérale du contrat de travail : l'accord de performance collective », *Dr. ouv.*, 2021, p. 575.

⁴⁸⁴ F. Bergeron-Canut et M. Morand, *op. cit.*, p. 52.

⁴⁸⁵ I. Meftah, « L'accord de performance collective », *RJS*, 10/20, p. 667 ; J.-L. Borie, « Accord de performance collective et contrat de travail », *BJT*, mai 2021, p. 57 ; P.-Y. Verkindt et D. Simonneau, *op. cit.*, p. 939 ; M. Morand, « L'APC, un accord né sous X », *SSL*, n° 1933, 14 décembre 2020 ; F. Bergeron-Canut et M. Morand, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁸⁶ B. Gauriau, *op. cit.*, p. 507.

⁴⁸⁷ H. Cavat, *op. cit.*, p. 165.

⁴⁸⁸ E. Guénot, « La négociation de l'accord de performance collective », *BJT*, mai 2021, p. 47.

qui répute le contrat intangible malgré le changement⁴⁸⁹. Cette fiction n'est opérante que pour autant qu'il s'agit d'un accord à durée déterminée.

Ce dispositif est conçu comme un outil de contrainte des salariés. Il a « été imaginé comme un outil pour les restructurations d'entreprise que l'employeur peut mobiliser afin que les salariés ne puissent pas empêcher les projets d'évolution d'entreprise »⁴⁹⁰. Avec ces réformes, « le contrat de travail est en quelque sorte pénétré par l'accord collectif »⁴⁹¹, la clause de ce dernier devenant un élément du contrat de travail au service de l'adaptation de l'entreprise. Cet accord a par conséquent la faculté de déroger à toutes les normes dans son domaine. Les quelques limitations légales, notamment le respect des *minima* hiérarchiques de la branche pouvant eux-mêmes faire l'objet, comme avec n'importe quel accord d'entreprise, d'une dérogation s'ils prévoient des garanties au moins équivalentes.

Si le salarié refuse la modification de son contrat de travail en application d'un accord de performance collectif, la capacité de résistance du contrat est neutralisée par la possibilité de la licencier pour un motif *sui generis*⁴⁹². C'est-à-dire qu'il ne s'agit ni d'un licenciement économique ni d'un licenciement personnel, mais d'un licenciement fondé sur un acte ou un fait juridique prédéterminé⁴⁹³. Cela permet en particulier de disqualifier l'application du régime du licenciement économique. Pour résister à cette modification, le salarié ne conserverait que le respect de sa vie personnelle et familiale, l'obligation de sécurité et la prohibition des discriminations⁴⁹⁴.

Le salarié peut cependant toujours contester son licenciement. Il peut notamment contester la qualification de l'accord de performance collective afin de priver l'employeur du régime dérogatoire sur lequel il s'est fondé pour le licencier, restaurant la capacité de résistance du contrat de travail⁴⁹⁵. Nous pouvons aussi envisager un contrôle du contenu de

⁴⁸⁹ F. Favennec-Héry, *op. cit.*, p. 315.

⁴⁹⁰ G. François et C. Mariano, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁹¹ M. Morand, « Rapports entre accord collectif et relation individuelle de travail », *Dr. soc.*, 2009, p. 900.

⁴⁹² Des auteurs interrogent la valeur du consentement des salariés à la modification de leur contrat lorsque ceux-ci le font sous la menace d'un licenciement qui dispose d'une justification préalable (F. Bergeron-Canut et M. Morand, *op. cit.*, p. 52).

⁴⁹³ S. Ranc, « Le licenciement pour motif *sui generis* », *RJS*, 4/23, p. 17.

⁴⁹⁴ I. Meftah, *op. cit.*, p. 667.

⁴⁹⁵ M. Passette, *op. cit.*, p.579.

l'accord⁴⁹⁶. Ainsi le licenciement ne pourrait répondre au régime dérogatoire si celui-ci est prononcé en raison du refus de la modification d'un élément n'appartenant pas à ceux ouverts à l'accord de performance collective⁴⁹⁷. Des auteurs plaident même pour la possibilité de contester la validité de l'accord, par la voie de l'exception, en se fondant sur l'irrégularité de la procédure⁴⁹⁸. La forme peut aussi faire l'objet d'un contentieux. Si l'absence de préambule enfreint la loi sans être sanctionné, dans le cadre d'un accord de performance collective, le préambule est la partie adaptée pour développer les justifications du recours à cette catégorie d'accord. Un auteur envisage donc que l'accord devrait alors être privé d'effet⁴⁹⁹. Cette idée peut notamment paraître justifiée au regard de craintes quant au déroulement des négociations avec des négociateurs salariés qui n'ont pas toujours une complète information tant de la nature de l'accord qu'ils négocient que de ses effets⁵⁰⁰.

Paragraphe 3 : Un nouveau rapport au juge

76. Le développement du dialogue social s'est construit en opposition à la norme étatique, devenue supplétive ou dérogeable. Cela impose un nouveau rapport au troisième pouvoir constituant qui forme l'Etat : le pouvoir judiciaire. Il fait face à de multiples critiques. La « profusion de règles » et le « contrôle tatillon du juge »⁵⁰¹ seraient le produit d'une défiance vis-à-vis du dialogue social et entre ses acteurs. La légitimité de la jurisprudence comme « source subsidiaire de droit »⁵⁰², en ce sens que l'interprétation du droit serait elle-même créatrice de droit, est ainsi questionnée. Le juge souffrirait plusieurs tares. Il ne serait « pas toujours suffisamment informé des incidences économiques et sociales de la décision à

⁴⁹⁶ S. Ranc, *op. cit.*, p. 21 ; L. Bento de Carvalho, « Le contrôle juridictionnel des usages de l'accord de performance collective », *RJS*, 6/23, p. 7.

⁴⁹⁷ Passette, *ibid.*

⁴⁹⁸ P. Vignal, *op. cit.*, p. 525.

⁴⁹⁹ M. Morand, « L'APC, un accord né sous X », *SSL*, n° 1933, 14 décembre 2020.

⁵⁰⁰ G. Meyer, « L'exigence de loyauté dans la négociation des APC », *SSL*, n° 1918, 31 août 2020.

⁵⁰¹ G. Adam et F. Béharel, *op. cit.*, p. 29.

⁵⁰² G. François, « La jurisprudence sociale en quête de légitimité », *Dr. soc.*, 2018, p. 127.

rendre »⁵⁰³. Cette critique doit être relativisée. Dans l'affaire qu'il juge, la procédure contradictoire lui garantit d'entendre tous les intérêts en présence, de pouvoir donc les évaluer et rechercher une solution équilibrée et conforme au droit.

La décision judiciaire serait aussi source d'insécurité car imprévisible⁵⁰⁴. Ce qui justifierait donc, si ce n'est de l'évincer⁵⁰⁵, à tout le moins de revoir son rôle. Son intervention doit dans la littérature grise être exceptionnelle⁵⁰⁶ pour assurer la sécurité juridique⁵⁰⁷ de l'accord. Sécuriser les accords passe donc par un encadrement des possibilités de contestation⁵⁰⁸, particulièrement la réduction des délais. La contestation de la validité de l'accord a ainsi été réduite à deux mois, ce qui peut rappeler tant le délai en matière de sanction disciplinaire⁵⁰⁹ qu'en matière administrative⁵¹⁰. Cette dernière solution n'est pourtant pas sans risque puisqu'elle porte la possibilité d'un accroissement des contestations par voie d'exception dans des litiges individuels⁵¹¹. Cependant celle-ci semble exclue dans certains litiges comme au sujet de l'accord de performance collective selon une avocate qui se fonde pour cela sur une analogie avec la jurisprudence administrative⁵¹². En effet, le contrôle de légalité des actes réglementaires ne peut être contesté par voie d'exception sur des motifs procéduraux ou formel une fois le délai de contestation de l'acte forclos. Par analogie, l'auteure envisage ainsi qu'une fois le délai de contestation de l'accord passé, les vices de forme ou de procédures ne pourraient fonder un recours par voie d'exception. Seul pourrait

⁵⁰³ *Ibid.*

⁵⁰⁴ *Loc. cit.*

⁵⁰⁵ A. Fretel, *op. cit.*, p. 8.

⁵⁰⁶ J.-D. Combrexelle, *op. cit.*, p. 72.

⁵⁰⁷ M. De Virville, *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, Paris, 15 janv. 2004, p. 64 ; D.-J. Chertier, *Pour une modernisation du dialogue social*, Rapport au Premier Ministre, Paris, 31 mars 2006, p. 11.

⁵⁰⁸ M. De Virville, *op. cit.*, p. 64 ; D.-J. Chertier, *op. cit.*, pp. 18-22, proposition n° 8 ; J.-D. Combrexelle, *op. cit.*, p. 73.

⁵⁰⁹ Y. Pagnerre, *op. cit.*, p. 701.

⁵¹⁰ J.-D. Combrexelle, *op. cit.*, p. 73.

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 73 ; L. Pécaut-Rivolier, « Regards du juge judiciaire sur l'accord collectif », *Dr. soc.*, 2020, p. 509.

⁵¹² Elle cite ainsi : « CE, ass. plén., 18 mai 2018, n° 414583, Lebon avec les conclusions ; *AJDA* 2018.1009 ; *ibid.* .1206, chron. S. Roussel et C. Nicolas ; *D.* 2019.2241, édito. T. Perroud ; *AJFP* 2018.278 ; *AJCT* 2018.528, obs. G. Le Chatelier ; *RFDA* 2018.649, concl. A. Bretonneau » (A. Cormier Le Goff *in* A. Cormier Le Goff, P. Lokiec et I. Taraud, *op. cit.*, p. 515).

être alors contesté le caractère illicite d'une stipulation dont l'application causerait un dommage au salarié. Son recul serait inévitable car lié à la place de l'ordre public⁵¹³.

77. Le rôle du juge est limité dans son pouvoir d'interprétation. Il est également proposé de limiter sa capacité d'interprétation en le contraignant à saisir une commission d'interprétation⁵¹⁴. Cette dernière solution se fonde sur l'idée que les acteurs ont une meilleure maîtrise du sens assigné à l'accord⁵¹⁵. Le juge devait donc « renoncer à un contrôle qui s'apparenterait à celui de l'opportunité des dispositions conventionnelles »⁵¹⁶. Le juge a pourtant accompagné ce mouvement⁵¹⁷. Le juge n'est en effet pas tenu de faire sienne l'interprétation de la commission. Mais outre une « volonté de ne pas s'immiscer dans le résultat de la négociation »⁵¹⁸, il est des hypothèses dans lesquelles il peut, par exception, être tenu à l'interprétation donnée par les négociateurs. C'est l'hypothèse d'un avenant⁵¹⁹ qui, s'il a une valeur interprétative et est adopté par l'ensemble des signataires de l'accord initial a un caractère rétroactif⁵²⁰.

Cette interprétation est d'autant plus contrainte par les présomptions de conformité au principe d'égalité de traitement. Reflux motivé par la liberté des négociateurs⁵²¹. Ceci alors même que le champ de l'égalité de traitement ne s'appliquait déjà plus à certains domaines telles que la prévoyance complémentaire ou les heures supplémentaires⁵²². Celle-ci est affirmée par la décision de la chambre sociale du 27 janvier 2015⁵²³, confortée par différents

⁵¹³ E. Filipetto, *Le juge et l'accord collectif*, LGDJ, 2022, n° 13, p. 9.

⁵¹⁴ M. De Virville, *op. cit.*, p. 25, proposition n° 11.

⁵¹⁵ F. Géa, « L'interprétation des conventions et accords », *RJS*, 11/20, p. 779.

⁵¹⁶ H. Mongon, « Négociation collective : un contrôle du juge à exercer avec discernement », *Dr. soc.*, 2020, p. 492.

⁵¹⁷ J.-D. Combrexelle, *op. cit.*, p. 24.

⁵¹⁸ E. Filipetto, *op. cit.*, n° 71, p. 96.

⁵¹⁹ Soc., 11 oct. 1994, n° 90-41.818, Publié, *D.* 1995. 369, obs. V. Soubise.

⁵²⁰ Soc., 1^{er} déc. 1998, n° 98-40.104, Publié, *Dr. soc.* 1999. 303, obs. J. Savatier.

⁵²¹ P.-H. Antonmattei, *op. cit.*, p. 352.

⁵²² A. Fabre, « Les négociateurs sociaux, « seuls juges » du principe d'égalité », *Dr. soc.*, 2015, p. 237.

⁵²³ Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, Publié, *D.* 2015. 270, obs. C. cass. ; *ibid.* 831, obs. J. Porta ; *ibid.* 2348, obs. P. Lokiec ; *Dr. soc.* 2015. 237, étude A. Fabre ; *ibid.* 351, étude P.- H. Antonmattei ; *RDT* 2015. 339, obs. E. Peskine ; *ibid.* 472, obs. G. Pignarre ; *Dr. ouv.* 2015. 283, obs. P. Masson.

arrêts ultérieurs⁵²⁴. L'étendue du contrôle du juge dépend de l'origine de l'acte, car si la différence de traitement provient d'un engagement unilatéral, alors la présomption de conformité ne s'applique pas. Cette présomption entraînait non seulement une inversion de la charge de la preuve mais aussi de son objet puisque le demandeur devait démontrer que la différence de traitement était « étrangère à toute considération professionnelle ». Ce qui rendrait cette présomption simple en apparence, presque irréfragable en fait⁵²⁵ ou créerait une « présomption intermédiaire »⁵²⁶. Elle nécessite plus qu'une simple preuve contraire. La mobilisation du principe de l'égalité de traitement serait par ailleurs « hasardeuse, voire, en un certain sens, inutile » du fait que s'il s'agit de considérations personnelles et non professionnelles, c'est alors sur le terrain de la discrimination qu'il conviendrait de s'engager⁵²⁷.

Si l'allègement de ce contrôle répond à une « hypothèse bien circonscrite »⁵²⁸, la Cour de cassation a dû intervenir pour mieux en préciser les contours. C'est tout l'enjeu de l'arrêt du 3 avril 2019⁵²⁹ par laquelle elle opère, si ce n'est un revirement, ou à tout le moins limiter le domaine de la présomption⁵³⁰. Dans cet arrêt, elle décide que la présomption ne saurait s'appliquer dans les domaines qui visent à mettre en œuvre le Droit de l'union européenne. Dans ce domaine, c'est au défendeur de démontrer qu'il ne s'agit pas d'une inégalité de traitement ou d'une discrimination, catégories que le Droit de l'union de distingue pas, et pas au demandeur de démontrer que les différences de traitement sont étrangères à toute considération de nature professionnelle. Dans le même mouvement, la Cour n'admet pas cette présomption lorsque l'accord contient des clauses discriminatoires⁵³¹. Cette restriction a pu

⁵²⁴ Soc., 8 juin 2016, n° 15-11.324 et n°s 15-11.478 à 15-12.021 concernant le versement d'une prime de résidence ; Soc. 3 nov. 2016, n° 15-18.444 concernant une prime spécifique dite « prime d'amélioration continue » ; Soc., 30 nov. 2017, n°s 16-20.532 à 16-20.549 concernant une prime de treizième mois.

⁵²⁵ E. Peskine, « La chambre sociale architecte imprudent de la négociation collective », *RDT*, 2015, p. 339.

⁵²⁶ A. Fabre, *op. cit.*, p. 241.

⁵²⁷ P.-E. Berthier, « La justification présumée des disparités de traitement suscitées par un accord collectif aux prises avec le Droit de l'Union européenne », *RDT*, 2019, p. 501.

⁵²⁸ L. Pécaut-Rivolier, « L'hommage de la chambre sociale à la négociation collective. Revirement sur la jurisprudence « égalité de traitement » », *SSL*, n° 1663, 9 fév. 2015.

⁵²⁹ Soc., 3 avr. 2019, n° 17-11.970, Publié, *D.* 2019. 1558, chron. A. David ; *Dr. soc.* 2019. 447, étude C. Radé ; *ibid.* 559, étude J.-E. Ray ; *RDT* 2019. 498, obs. P.-E. Berthier ; *ibid.* 578, obs. F. Rosa.

⁵³⁰ Cette dernière interprétation est soutenue par C. Nicod, « Egalité de traitement, accord collectif et difficultés économiques », *RDT*, 2022, p. 113.

⁵³¹ Soc., 9 oct. 2019, n° 17-16.642, Publié, *Dr. ouv.* 2020. 158, obs. S. Maillard ; *RJS* 12/19. 676 ; *JCP S* 2019. II. 1336, obs. J. Daniel.

s'étendre à des domaines pourtant non couverts par le Droit de l'union mais avec un contrôle allégé reposant sur les raisons objectives et pertinentes de la différence de traitement, raisons qui peuvent être des difficultés économiques⁵³².

L'étendue de la restriction dépend donc en premier lieu de la mise en œuvre du droit de l'union. L'interprétation de cette disposition pose cependant des difficultés au regard des différentes approches permises par l'idée de « mise en œuvre » et de la jurisprudence communautaire encore obscure quant à la définition du lien de rattachement⁵³³. Ce qui conduit plusieurs auteurs à soulever l'intérêt pour les négociateurs de justifier dans l'accord les raisons objectives d'une telle différenciation⁵³⁴.

Le rapport de l'Institut Montaigne⁵³⁵ appelait à étendre ce principe au-delà de l'égalité de traitement. Notamment en ce qui concerne le contrôle du respect de l'égalité de traitement au sujet duquel l'évolution de la jurisprudence semble reconnaître la légitimité des négociateurs à créer des différences de traitement, quitte à rendre le juge impuissant⁵³⁶ face à elles lorsqu'elles sont issues de normes conventionnelles. Ceci en particulier depuis la décision du 27 janvier 2015 précité. Madame Laurence Pécaut-Rivolier résume ainsi la philosophie de cette décision par laquelle « la chambre sociale a affirmé la légitimité de l'accord collectif comme norme et non plus comme contrat, et admis qu'il devait être regardé par le juge non plus comme un acte privé signé par deux personnes dans des conditions dont l'équilibre était à vérifier, mais comme un acte collectif signé par des partenaires sociaux habilités par le Législateur et légitimés par le vote des salariés »⁵³⁷.

78. Son contrôle est tout de même appelé à demeurer sur différents éléments. Cependant l'intervention du juge n'est pas exclue. En premier lieu car il garantit la force obligatoire des

⁵³² Soc., 23 juin 2021, n^{os} 19-25.623 à 19-25.642, Inédits, *RDT* 2022. 113, obs. C. Nicod.

⁵³³ I. Omarjee, « Présomption de justification des différences de traitement conventionnelles : une instrumentalisation maladroite du droit de l'Union européenne », *RDT*, 2019, p. 302 ; Y. Ferkane, « Présomption de justification des différences de traitement d'origine conventionnelle : touchée, mais pas coulée ! A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 avril 2019 », *Dr. ouv.*, 2019, p. 493.

⁵³⁴ Berthier, « La justification présumée des disparités de traitement suscitées par un accord collectif aux prises avec le Droit de l'Union européenne », *RDT*, 2019, p. 504 ; Y. Ferkane, « Présomption de justification des différences de traitement d'origine conventionnelle : touchée, mais pas coulée ! A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 avril 2019 », *Dr. ouv.*, 2019, p. 495.

⁵³⁵ G. Adam et F. Béharel, *op. cit.*, p. 42, proposition 8.

⁵³⁶ J.-G. Huglo, « Les partenaires sociaux, la négociation collective et le juge », *BICC*, 15 sept. 2018, p. 40.

⁵³⁷ L. Pécaut-Rivolier, « Regards du juge judiciaire sur l'accord collectif », *op. cit.*, p. 508.

conventions lorsque celles-ci ne sont pas respectées⁵³⁸. Ensuite car comme tout acte normatif, il est susceptible d'interprétation⁵³⁹. Le contrôle pourra porter sur les motifs de l'accord⁵⁴⁰ voire sur l'abus qui peut être fait de cet accord, comme son usage pour une refonte global du statut collectif⁵⁴¹. A ce sujet, il devra notamment contrôler au sein du préambule le caractère de nécessité lié au fonctionnement de l'entreprise lorsque c'est ce motif qui a été choisi par les parties. Ce qui concernerait soixante-seize pourcents des accords⁵⁴². Par cette formulation floue inspirée du droit international⁵⁴³, une importante latitude est laissée aux négociateurs qui devront tout de même décrire avec précision la situation⁵⁴⁴. Le juge ne pourra cependant substituer son appréciation à celle de l'employeur s'agissant de la gestion⁵⁴⁵, à plus forte raison que cette appréciation est partagée par les signataires représentant les salariés.

Il serait encore possible de contrôler en comparant le motif invoqué avec les objectifs poursuivis afin de s'assurer de la cohérence des deux⁵⁴⁶. En fonction des objectifs, ce ne sont pas les mêmes clauses qui seront négociés⁵⁴⁷. Il peut en outre apprécier la réalité des engagements, en particulier lorsqu'il existe des clauses claires et précises en matière d'emploi⁵⁴⁸.

Le juge pourra encore opérer ce contrôle lorsque les finalités apparaissent différentes de celles énoncées à l'accord, comme dans le cas d'un transfert d'entreprise où l'accord de performance collective serait utilisé pour harmoniser les statuts⁵⁴⁹. Sur le plan économique,

⁵³⁸ F. Guiomard, « L'intervention des juges dans la vie conventionnelle », in G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac, I. Vacarie, *op. cit.*, p. 34.

⁵³⁹ E. Filipetto, *op. cit.*, n° 71, p. 94.

⁵⁴⁰ A. Cormier Le Goff, P. Lokiec, I. Taraud, *op. cit.*, p. 516.

⁵⁴¹ *Ibid.*, pp. 518 à 520.

⁵⁴² H. Cavat, *op. cit.*, p. 170.

⁵⁴³ Art. 4 de la Convention n° 158 de l'OIT.

⁵⁴⁴ E. Guénot, *op. cit.*, p. 47.

⁵⁴⁵ Ass. Plén., 8 déc. 2000, n° 97-44.219, Publié, *D.* 2001. 1125, note J. Pélissier ; Dr. soc. 2001. 126, concl. P. de Caigny ; *ibid.* 417, note A. Jeammaud et M. Le Friant ; GADT, 4^e éd. n° 115.

⁵⁴⁶ Y. Pagnerre, *op. cit.*, p. 696.

⁵⁴⁷ I. Meftah, « La singularité de l'accord de performance collective », *BJT*, mai 2021, p. 53.

⁵⁴⁸ I. Meftah, « L'accord de performance collective », *op. cit.*, p. 667.

⁵⁴⁹ F. Géa, « Accord de performance collective et accord de substitution (en cas de transfert d'entreprise) », *RJS*, 5/20, p. 315.

cela assure cependant une sécurité juridique au profit de l'entreprise puisque l'accord demeurerait et ne serait contraint de se plier qu'en cas de recours formés par les salariés, ce qui limiterait l'impact financier par rapport à une annulation de l'accord dont les effets bénéficient à l'ensemble des salariés. Le juge par son « ingérence intempestive (...) risquerait de mettre à mal l'équilibre économique et social ainsi trouvé et de fragiliser la négociation collective »⁵⁵⁰. En d'autres termes, l'intervention du juge serait source de déséquilibre dont seuls sont garants les négociateurs, qui en tant que destinataires et émetteurs de la norme, auraient une meilleure appréhension des enjeux économiques et sociaux liés à leur application. Un auteur envisageait de contrôler également la cause de l'accord, s'inspirant de la théorie civiliste de la cause à l'époque où celle-ci était de Droit positif⁵⁵¹.

79. Le contrôle portera aussi sur la validité des accords⁵⁵². Son rôle va essentiellement porter sur le contrôle de la validité de l'acte conclu plus que sur son contenu⁵⁵³. Le repositionnement de la norme étatique implique également un contrôle accru du juge sur les thèmes ouverts à la négociation collective⁵⁵⁴. Son regard sera alors porté sur les obligations procédurales comme le respect de l'exigence de loyauté, notamment par le partage d'informations et l'acceptation de la discussion⁵⁵⁵. Ce qui permettrait « à la négociation collective d'être effectivement du dialogue social »⁵⁵⁶. Car l'accord demeure soumis au droit contractuel et le consentement des parties est protégé contre le vice⁵⁵⁷ qui pourrait résulter d'un manque de loyauté. Il n'est donc pas dit qu'il en soit fini du contrôle du juge. Un indice de la fraude pourrait également être que les salariés licenciés en raison de leur refus de se voir appliquer l'accord de performance collective ne soient pas remplacés⁵⁵⁸ alors qu'il ne s'agit *a priori* pas d'un accord ayant pour vocation de diminuer les effectifs quoiqu'il puisse être

⁵⁵⁰ H. Mongon, *op. cit.*, p. 492.

⁵⁵¹ F. Guiomard, *op. cit.*, p. 50.

⁵⁵² J.-D. Combrexelle, *op. cit.*, p. 24.

⁵⁵³ L. Pécaut-Rivolier, *op. cit.*, p. 508.

⁵⁵⁴ J.-D. Combrexelle, *op. cit.*, p. 35 ; P.-H. Antonmattei, « Le regard du juge sur la négociation collective », *BICC*, 15 sept. 2018, p. 39.

⁵⁵⁵ F. Guiomard, *op. cit.*, p. 48.

⁵⁵⁶ L. Pécaut-Rivolier, *op. cit.*, p. 509.

⁵⁵⁷ Y. Pagnerre, *op. cit.*, p. 696 ; A. Cormier Le Goff, P. Lokiec, I. Taraud, *op. cit.*, p. 516 ; P. Lokiec, « L'accord de performance collective ou le champ infini des possibles », *SSL*, n° 1918, 31 août 2020, p. 3.

⁵⁵⁸ P. Lokiec, *op. cit.*, p. 3 ; E. Guénot, *op. cit.*, p. 47.

employé à altérer l'emploi⁵⁵⁹. La protection contre les vices du consentement supposera un contrôle d'autant plus fort dans le cadre des accords de performance collective qu'ils sont ouverts à toutes les entreprises, soit à la ratification aux deux tiers. Dans ce dernier cas vont s'affronter la garantie du secret du vote au moment de la ratification du projet d'accord et la faculté offerte au salarié de refuser l'application de l'accord.

Soumis à l'obligation de loyauté, l'employeur devra informer préalablement au vote les salariés des conséquences de ce texte, donc les informer de la faculté qu'il aura de les licencier s'ils refusent l'application de l'accord, à condition que deux tiers l'acceptent. Le juge sera aussi amené à contrôler dans ce cas le caractère réel et sérieux du licenciement, quoique celui-ci soit présumé en cas de refus de l'application d'un accord et bénéficie d'une légitimité fondée sur l'acceptation de ces conditions par les organisations syndicales⁵⁶⁰.

80. L'élargissement du champ de la négociation collective implique en effet que la loi offre moins de précisions dans celui-ci. Une disposition claire, applicable à tous, à l'avantage de constituer une règle facile à appliquer et à interpréter. Elle diminue donc le besoin de faire intervenir le juge à moins d'enfreindre ladite règle. A l'inverse, une règle qui ne serait pas clairement définie, avant de déterminer si elle a été violée ou non supposera l'intervention du juge pour l'interpréter. Dans la perspective où l'accord collectif est le véhicule de normes relevantes, voire serait l'exécutant⁵⁶¹, celui-ci demeure sous le contrôle de la loi et donc du juge. C'est notamment parce que l'accord doit répondre à un certain formalisme et une certaine rigueur juridique dans son contenu que le contrôle du juge demeure nécessaire⁵⁶². Son intervention peut également permettre de contrôler que toutes les exigences légales soient respectées et le cas échéant demander aux négociateurs de compléter l'accord par les mesures qui n'ont pas été inscrites⁵⁶³. Mais en matière d'interprétation de la norme substantielle susceptible de litige, le juge doit alors se laisser guider par les préambules, ou à défaut, la recherche de la commune intention des parties, du contexte ou de la cohérence du texte⁵⁶⁴.

⁵⁵⁹ H. Cavat, « L'accord de performance collective ou le transfert du risque », *RDT*, 2020, p. 589.

⁵⁶⁰ B. Gauriau, *op. cit.*, p. 508.

⁵⁶¹ L. Pécaut-Rivolier, « Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail », *op. cit.*, p. 791.

⁵⁶² J.-D. Combrexelle, « Les responsabilités partagées des partenaires sociaux et des juges », *Dr. soc.*, 2020, p. 504.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 506.

⁵⁶⁴ H. Mongon, *op. cit.*, pp. 493 et 494.

Cette recherche d'une commune intention semble cependant bien vaine si l'interprétation du juge est sollicitée dans le cadre d'un litige sur celle-ci. Si le sens n'est pas suffisamment clair, on peut en effet supposer un problème de compréhension des parties entre elles. L'interprétation n'est pas une activité neutre, il sera dans ce cas d'autant plus nécessaire de faire des choix. L'interprétation dépend d'un contexte, qui peut être différent entre celui au moment de la conclusion de l'accord et celui au moment de la naissance du litige sur son interprétation. Cela demande donc une compréhension commune de ce contexte et, ce qui semble avoir échoué du fait même du litige : l'application de cette règle dans le contexte de mise en œuvre. Face à la divergence d'interprétation, la recherche du juge devra donc porter sur la volonté au moment de la conclusion⁵⁶⁵. Il lui faut comprendre les codes que les parties partagent et qui les ont conduits à cette formulation ainsi que les situations qu'ils ont voulu anticiper. Le recours à une commission d'interprétation souffrirait alors cette critique que ses membres interprèteraient vraisemblablement en fonction du contexte au moment où ils seraient saisis. Cette démarche serait le résultat de la théorie réaliste de l'interprétation. Pour le Professeur Antoine Jeammaud « ces opérations sont affaires de volonté, de choix, de l'interprète – notamment de l'« interprète authentique » (...) – plutôt que de connaissance, c'est-à-dire de recherche d'une vérité »⁵⁶⁶. Dans le cadre d'un litige individuel, le contrôle du contenu de l'accord pourrait cependant demeurer, voire s'accroître face à des accords ou des textes ayant la valeur d'accords collectifs qui n'ont pas toujours été négociés⁵⁶⁷.

81. Le rapport au juge est donc ambivalent. Son pouvoir semble restreint sur certains aspects mais s'étendre sur d'autres. Tantôt méprisé, tantôt glorifié selon les conséquences que l'on peut anticiper de ses décisions. Il y a en réalité une logique que l'on peut dégager de notre étude. Dans le cadre du dialogue social le juge n'a plus un rôle de contrôle de la norme substantielle. Il tenait la légitimité de contrôler ce domaine du fait de la définition de cette norme par l'Etat. En tant que l'un des pouvoirs constituants, il avait donc toute légitimité à intervenir dans ce domaine. Cette légitimité est renforcée par les négociations obligatoires qui fondent un contrôle du juge de la mise en œuvre de ces obligations légales⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ F. Géa, *op. cit.*, p. 775.

⁵⁶⁶ A. Jeammaud, *op. cit.*, p. 235.

⁵⁶⁷ A. Cormier Le Goff, P. Lokiec, I. Taraud, *op. cit.*, p. 514.

⁵⁶⁸ M.-F. Mazars, « Le juge qui s'invite à la négociation », *Dr. ouv.*, 2008, p. 282.

Le déplacement du rôle de l'Etat s'accompagne ainsi presque mécaniquement d'un déplacement du rôle du juge qui ne contrôle plus la norme substantielle, si ce n'est dans son intelligibilité, mais la norme procédurale. Ce n'est donc pas un rejet du juge mais « un autre regard du juge »⁵⁶⁹ qui est promu avec la négociation collective. Sa fonction change. Les débats portent ainsi sur le périmètre de son intervention. Dans le cadre du *dialogue social* et de l'emploi de langages différents, le litige a pu être appréhendé comme un simple conflit de logique, une incompréhension des parties, comme s'il n'existait pas d'intérêts matériellement divergents source de ce même litige.

La solution pourrait être alors celle de la médiation qui permettrait de rechercher l'intercompréhension et de parvenir à une solution adaptée aux deux parties. Cela aurait également une cohérence avec l'approche relationnelle adoptée dans le cadre des formations communes. On pourrait donc attendre du juge qu'il s'attache à évaluer la procédure et les aspects relationnel⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ P.-H. Antonmattei, « Enjeux et exigences d'un droit du travail plus conventionnel », *op. cit.*, p. 39.

⁵⁷⁰ F. Géa et L. Pécaut-Rivolier, « Le juge et le dialogue social », *in* F. Géa et A. Stévenot, *op. cit.*, p. 278.

Conclusion de chapitre

82. L'institution du dialogue social se caractérise en premier lieu par une décentralisation de la production des normes au moyen de la négociation collective. Cependant la décentralisation de la production normative par le développement de la négociation collective ne doit pas s'entendre comme le déplacement de la production de règles de l'Etat vers l'entreprise contrairement au discours largement répandu sur le sujet. *Cette décentralisation doit s'entendre en premier comme un déplacement de la production des règles au moyen de la négociation en dehors des organes de l'Etat. Mais en ce qui concerne le destinataire de l'habilitation à négocier les règles, il ne s'agit pas de l'entreprise signifiée par le Droit, mais d'organisations économiques plus vastes.* Au sein de ces organisations économiques, les négociateurs, avec un avantage particulier pour la partie patronale, disposent d'une option pour déterminer à quel niveau et dans quel périmètre sera élaboré la règle appelée à primer les autres. Cette option appartient au niveau le plus central de chaque organisation économique qui est habilité à stipuler que ses clauses se substituent à celles des accords conclus à un niveau inférieur.

Cette décentralisation s'accompagne d'un repositionnement des règles négociées. Nous avons en effet développé comment la loi, tout en organisant la négociation collective, permet à l'accord collectif de primer sur des règles supérieures du fait de la dérogation et de la supplétivité, de s'imposer au contrat de travail dans certains domaines et selon certaines conditions, et d'influencer, voire d'imposer, l'interprétation des négociateurs au juge. *L'institution du dialogue social se fait donc par une valorisation de la place des règles négociées dans l'ordonnement des sources de droit.*

Chapitre 2 : L'activité de négociation diversifiée

83. Les réformes du dialogue social ont fait évoluer les objets de négociation, les acteurs habilités à négocier et les modes de conclusion des accords collectifs ou des textes ayant la valeur d'un accord collectif. Nous avons développé en introduction que le niveau communautaire est marqué par la diversité des acteurs, des thèmes et des niveaux de dialogue. Même s'il ne s'agit pas d'une authentique négociation pouvant aboutir à un acte disposant d'une force obligatoire⁵⁷¹, on ne sera pas étonné de voir se développer, dans les réformes nationales qui saisissent le concept de dialogue social et dont nous avons développé l'influence communautaire, une semblable diversification.

La décentralisation que nous avons précédemment étudiée nous a fait entrevoir une diversification des niveaux de négociation et des techniques permettant aux normes négociées de primer. Dans cette section nous développerons la diversification des thèmes et des agents de négociation ainsi que des modalités d'adoption. Ceci nous permet d'identifier dans les réformes du dialogue social qui ont institué à ce changement une diversification des fonctions de la négociation collective et que nous étudierons dans une seconde section.

⁵⁷¹ J.-P. Lhernould, « La négociation collective communautaire. Petit manuel de la diversité », *Dr. soc.*, 2008, p. 34.

Section 1 : La diversification des thèmes et agents de négociation

84. L'espace de la négociation a considérablement été élargi par les réformes dites du dialogue social⁵⁷². La production de ces actes est accompagnée par différentes mesures qui ont permis la diversification des thèmes de négociation, et donc du nombre d'objets pouvant faire l'objet d'une négociation, ce que nous étudierons dans un premier paragraphe, et d'une diversification des modes d'adoption que nous développerons dans un second paragraphe.

Paragraphe 1 : La diversification des thèmes de négociation

85. Le développement de la négociation collective se fait par la diversification des thèmes de négociation qui étend le champ de ce qui est négociable. Mais si nous voyons se développer le champ de la négociation, il faut tout même observer, ce que nous verrons dans un second temps, que des bornes demeurent.

A. L'élargissement des thèmes de la négociation collective

86. Les réformes du dialogue social ont élargi les domaines de négociation. D'un domaine restreint aux « conditions de travail » selon les termes de la loi du 25 mars 1919⁵⁷³, l'accord collectif définit désormais les règles suivant lesquelles s'exerce le Droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales d'après l'article L. 2221-1 du

⁵⁷² P.-H. Antonmattei, « Enjeux et exigences d'un droit du travail plus conventionnel », *BJT*, déc. 2019, n° 112, p. 39.

⁵⁷³ Art. 1^{er} de la loi du 25 mars 1919 relative aux conventions collectives de travail.

code du travail⁵⁷⁴. Déjà à la fin des années 1980, Michel Despax cherchait « presque vainement, aujourd'hui, un domaine excluant toute négociation permettant d'adapter les normes légales réglementaires à la situation concrète de l'entreprise »⁵⁷⁵. Mais à partir de ces réformes, différents thèmes de négociation ont été progressivement institués. Les accords collectifs abordent aujourd'hui de larges champs du contrat de travail.

Le code du travail nous fournit une typologie aux articles L. 2253-1 à L. 2253-2, qui déterminent les blocs de compétence et l'articulation entre l'accord de branche et l'accord d'entreprise, entendu ici dans son sens le plus large.

Le premier bloc, c'est-à-dire les thèmes sur lesquelles l'accord d'entreprise ne peut déroger sauf garanties au moins équivalentes comprend 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 ; les mesures en matière d'équivalence, de modulation, de qualification de travailleur de nuit, de cumul d'activité à temps partiel, de majoration des heures complémentaires et les mesures relatives à la durée du travail, à la répartition et à l'aménagement des horaires ; certaines mesures relatives aux contrats de travail à durée déterminée et aux contrats de travail ; les conditions de recours au contrat à durée indéterminée de chantier ou d'opération ; l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ; les conditions et les durées de renouvellement de la période d'essai ; les modalités selon lesquelles la poursuite des contrats de travail est organisée entre deux entreprises en cas de changement dans la situation juridique de l'employeur ; les cas de mise à disposition d'un salarié temporaire auprès d'une entreprise ; la rémunération minimale du salarié porté, ainsi que le montant de l'indemnité d'apport d'affaire.

Le deuxième bloc, comprenant les thèmes sur lesquels l'accord de branche peut verrouiller par une stipulation expresse la possibilité de déroger, mentionne la prévention des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels ; l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés ; l'effectif à partir duquel les délégués

⁵⁷⁴ Pour une étude de ces thématiques, cf. Y. Ferkane, *L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle*, Thèse dactylographiée, Paris Ouest Nanterre la Défense, 2015, pp. 360 à 375.

⁵⁷⁵ M. Despax, « Les paradoxes de la négociation d'entreprise », in *Les transformations du droit du travail : études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 279.

syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leurs parcours syndical ; les primes pour travaux dangereux ou insalubres.

On peut encore se référer aux thèmes de négociation obligatoire pour appréhender les espaces de négociations, à savoir la négociation « sur les salaires effectifs, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise » et sur l'égalité professionnelle⁵⁷⁶ ; sur la gestion prévisionnelle des emplois et des parcours professionnels⁵⁷⁷ ; ainsi que toutes les obligations préalables de négociation signifiées par les locutions « à défaut » ou « en l'absence » d'accord. On trouvera parmi cette dernière catégorie d'autres matières de négociation encadrées légalement et non mentionnées ici tels qu'en matière de plan de sauvegarde de l'emploi ou d'élection, de mise en place et de fonctionnement du comité social et économique.

La direction générale du travail établit une autre typologie suivant les thèmes des accords enregistrés⁵⁷⁸. Elle identifie ainsi les accords relatifs aux salaires et primes ; aux classifications ; au temps de travail ; à l'emploi ; à la participation, à l'intéressement et à l'épargne salariale ; à la prévoyance collective et complémentaire ; à la santé et à la retraite supplémentaire ; à la formation ; à l'égalité professionnelle ; aux conditions de travail ; au droit syndical, aux institutions représentatives du personnel et à l'expression des salariés. On peut observer que dans la typologie élaborée, bien que la catégorie « salaires et primes » apparaisse en premier, plusieurs thèmes en sont distingués alors mêmes qu'ils traitent également du partage de la valeur sans pour autant rentrer dans cette catégorie. Ce thème quasiment consubstantiel de la négociation collective demeure ainsi, malgré la diversification des catégories statistiques pour le saisir, le principal thème abordé par les accords collectifs. Avec 19,9% de textes adoptés en 2020 sur les salaires et primes et 44,6% sur la participation, l'intéressement et l'épargne salariale, la majorité des textes portent sur le partage de la valeur. A cela il faut ajouter d'autres textes qui peuvent également porter plus ou moins directement sur le partage de la valeur comme les textes sur l'égalité professionnelle ou sur la prévoyance collective et les complémentaires.

⁵⁷⁶ Art. L. 2242-1 du Code du travail.

⁵⁷⁷ Art. L. 2242-2 du Code du travail.

⁵⁷⁸ N. Benmalek *et al.*, *La négociation collective en 2021*, Bilan et rapports, DARES, DGT et Min. du Travail, 2022, p. 23.

87. La diversification peut aussi s'opérer de manière ponctuelle et temporaire pour répondre aux difficultés liées à une situation de crise comme la crise sanitaire⁵⁷⁹. Entre mars et décembre 2020, 22,9% des textes enregistrés sont en lien avec cette crise ou avec des dispositifs adoptés pour lui faire face. Au cours de cette année et d'une partie de la suivante selon les dispositifs, il était en effet possible de déroger à un certain nombre de règles par accord en matière de congés payés⁵⁸⁰, de recours aux dispositifs d'activité partielle⁵⁸¹ ou encore de règles de fonctionnement du comité social et économique⁵⁸². C'est la fixation des congés qui a fait l'objet du plus d'accords collectifs dans cette catégorie⁵⁸³, au regard de la flexibilité que ces dispositions permettaient dans la gestion de l'emploi de la main d'œuvre pour favoriser la reprise d'activité qui était alors prévue au moment de la période estivale.

88. La diversification permet d'accroître les marges de manœuvre dans la gestion de l'entreprise. L'objectif de cette diversification a notamment été d'organiser une « marge sérieuse de liberté des dispositifs d'organisation aussi bien du travail que de la collectivité de travail »⁵⁸⁴. L'idée de « marge de manœuvre »⁵⁸⁵ est essentielle à la compréhension des objectifs poursuivis par le Législateur, car c'est dans l'espace laissé par la loi à la négociation collective que s'exprime la liberté des négociateurs. Le champ de la négociation est enclavé par celui de la loi. Lorsque l'on déplace une borne, l'un de ces champs s'étend ou se réduit au détriment ou au profit de l'autre. Ces bornes ont ainsi été déplacées sur différents champs : l'aménagement de la durée du travail, le temps de travail, la rémunération, les conditions d'embauche mais aussi les normes d'organisation, procédurales ou encore sur les droits et

⁵⁷⁹ P.-H. Antonmattei, L. Enjolras, C. Mariano, « Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective (Première partie) », *Dr. soc.*, 2020, p. 948.

⁵⁸⁰ Ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020 portant mesures d'urgence en matière de congés payés, de durée du travail.

⁵⁸¹ Art. 53 de la loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 ; Décret n° 2020-926 du 28 juillet 2020 relatif au dispositif spécifique d'activité partielle en cas de réduction d'activité durable.

⁵⁸² Une ordonnance n° 2020-507 du 2 mai 2020, modifiant l'ordonnance n° 2020-460 du 22 avril 2020, complétée par les décrets n° 2020-508 et n° 2020-509 du même jour, procédaient à des aménagements en matière d'information et de consultation du CSE et de jours de repos. L'ordonnance n° 2020-389 du 1er avril 2020 quant à elle suspendait les processus électoraux, prorogeait les mandats existants et fixait les modalités de réunion à distance, certaines de ces dernières pouvant être négociées comme les réunions par messagerie instantanée.

⁵⁸³ M. Pesenti, *Les accords d'entreprises liés à la crise sanitaire en 2020*, DARES, Focus, n° 48, sept. 2021 ; v. également G. François, « Le dialogue social d'entreprise en période de crise sanitaire », mai *BJT*, 2020, p. 73.

⁵⁸⁴ P.-H. Antonmattei, *op. cit.*, p. 39.

⁵⁸⁵ J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier Ministre, sept. 2015, pp. 75 et 93.

l'information des représentants du personnel et même sur la poursuite de leur carrière. La diversification se fait à tous les niveaux de négociation, en ne reposant plus sur leur complémentarité mais en articulant des normes concurrentes. Cette diversification correspondrait à une approche libérale selon laquelle « les interlocuteurs sociaux devraient être en mesure de conclure un accord collectif sur le thème de leur choix »⁵⁸⁶.

Cette diversification se fait encore dans l'accord lui-même en abordant plusieurs matières dans une logique transactionnelle. D'accords traitant un seul thème, l'essor des accords pluri thématiques⁵⁸⁷ change le contenu de la négociation devenue plus complexe et nécessitant des efforts tant en termes d'anticipations des effets que d'évaluation des dispositifs. L'emploi est, par exemple, le premier thème de négociation au niveau du groupe désormais puisqu'il concerne cinquante-trois pourcents des accords conclus à ce niveau⁵⁸⁸. Ce changement a contribué à « l'élargissement des fonctions de la négociation collective à des questions (l'emploi, l'égalité professionnelle, etc.) qui excèdent les termes traditionnels de l'échange salarial (montant des salaires, durée du travail) »⁵⁸⁹. Cependant, malgré la diversification des thèmes et les possibilités d'adaptation ouvertes aux négociateurs, des bornes demeurent.

B. Les bornes à la créativité conventionnelle

89. Le champ de la négociation, quoiqu'étendu au bénéfice de l'institution du dialogue social, reste borné par différentes règles. Celles-ci sont d'ordre *supra*-légal, légal et *infra*-légal. Nous les aborderons successivement dans cet ordre.

⁵⁸⁶ Y. Ferkane, *op. cit.*, p. 108.

⁵⁸⁷ A. Mias, « Quelles négociations collectives dans les entreprises », *RDT*, 2017, p. 32.

⁵⁸⁸ C. Daniel et M. Pesenti, *La négociation collective d'entreprise en 2018. Le taux d'aboutissement retrouve son niveau de 2016*, DARES Résultats, n° 08, mars 2021, p. 5.

⁵⁸⁹ L. Duclos, *Pour une prospective des règles de la négociation sociale, du diagnostic au projet du groupe* « Thomas », Les Quatres pages, commissariat général du plan, n° 1, mars 2004, p. 2.

1. Les bornes supra-légales

90. La première borne est contenue dans les normes *supra*-légales. L'espace de liberté laissé à la négociation est ouvert par le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. La négociation collective est un moyen de participer à la « détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». C'est du terme « détermination » que l'on déduit de la possibilité d'utiliser l'accord collectif comme outil de cette détermination. Gérard Lyon-Caen nous avertit cependant contre toute déduction hâtive car le « flou du préambule le rend compatible avec tout et n'importe quoi »⁵⁹⁰. Cette analyse peut être contredite au regard de ce que l'on a nommé la constitutionnalisation du droit du travail⁵⁹¹. C'est ainsi que les bornes ont progressivement été repoussées et le champ de la négociation élargi sur un fondement constitutionnel.

La Constitution définit tout d'abord la compétence du pouvoir législatif signifiée à l'article 34. Celle-ci comprend « les principes fondamentaux (...) du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ». Un texte *a priori* ouvert mais que la jurisprudence constitutionnelle a délimité. Il s'agit en effet d'interpréter, voire de concilier les différentes normes.

Le Conseil constitutionnel se prononce tout d'abord par un arrêt du 25 juillet 1989 qui reconnaît la source conventionnelle et les effets réglementaires de la convention collective. C'est dans cet arrêt que le Conseil constitutionnel interprète la Constitution en ce sens qu'« il est loisible au Législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations du travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte »⁵⁹². Le partage du pouvoir

⁵⁹⁰ G. Lyon-Caen, « La Constitution française et la négociation collective, commentaire de la décision 96-383 DC du Conseil constitutionnel par un esprit non prévenu », *Dr. ouv.*, 1996, p. 480.

⁵⁹¹ La thèse de la constitutionnalisation du droit de la négociation collective soutient que la négociation collective est relevante de la Constitution et que des normes constitutionnelles ont été intégrées dans l'ordonnement des rapports entre personnes privées (v. I. Odoul-Asorey, *Négociation collective et droit constitutionnel*, LGDJ, 2013, spéc. n° 988, p. 389).

⁵⁹² Cons. const., 25 juil. 1989, n° 89-257 DC, cons. 11.

normatif s'appuie alors sur le Droit à la participation qui garantit mais ne fonde pas directement le Droit constitutionnel à la négociation⁵⁹³.

La décision du 16 décembre 1993 va conforter ce droit en affirmant la réserve de loi signifiée à l'article 34 de la Constitution⁵⁹⁴ et la prévalence du Parlement sur les négociateurs, le premier n'étant pas lié par les stipulations des seconds⁵⁹⁵. Dans une décision du 29 avril 2004, le Conseil constitutionnel rappelle sa position de 1989 avant de préciser que « lorsque le Législateur autorise un accord collectif à déroger à une règle qu'il a lui-même édictée et à laquelle il a entendu conférer un caractère d'ordre public, il doit définir de façon précise l'objet et les conditions de cette dérogation »⁵⁹⁶. C'est avec la même formule que le Conseil constitutionnel a pu décider que certaines dispositions relatives à la contrepartie en repos des heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent annuel par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail⁵⁹⁷ étaient contraire à la constitution faite pour le Législateur « d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution ».

91. L'accord collectif ne peut pas plus déroger aux libertés et aux droits fondamentaux quand bien même la loi l'autoriserait. Ces droits constitutionnels et supranationaux constituent « la limite de fond à la technique de la dérogation »⁵⁹⁸ mais plus largement au développement du droit conventionnel. C'est aussi le Droit de l'Union a pu selon certaines interprétations porter un « coup d'arrêt »⁵⁹⁹ à l'extension de la jurisprudence relative à la présomption de justification des différences de traitements par accord collectif⁶⁰⁰. Celle-ci a été remise en cause au fondement du droit fondamental de n'être pas discriminé. A tout le moins peut-on reconnaître que la Cour de cassation a été conduite à préciser les contours de sa

⁵⁹³ I. Odoul-Asorey, *op. cit.*, n° 160, p. 58.

⁵⁹⁴ Cons. const., 16 déc. 1993, n° 93-328 DC, cons. 9.

⁵⁹⁵ Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC ; Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC.

⁵⁹⁶ Cons. const., 29 avr. 2004, n° 2004-494 DC, considérant 8.

⁵⁹⁷ Cons. const., 7 août 2008, n° 2008-568 DC, considérants 13 à 16.

⁵⁹⁸ J. Barthélémy et G. Cette, *Réformer le Droit du travail*, Rapport de Terra Nova, Odile Jacob, septembre 2015, p. 50.

⁵⁹⁹ E. Filipetto, *op. cit.*, p. 282.

⁶⁰⁰ Soc., 27 janv. 2015, n°s 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773, v. les commentaires *supra* en note n° 523.

jurisprudence et à la limiter aux hypothèses dans lesquelles le Droit de l'Union n'est pas mis en œuvre⁶⁰¹.

2. Les bornes légales

92. La deuxième borne est l'ordre public légal lui-même. La notion d'ordre public résulterait d'une suite d'approximations selon François Gaudu, cette notion n'apparaîtrait dans les ouvrages doctrinaux qu'à partir de 1958⁶⁰². Elle permettrait cependant de « répartir les compétences entre les différents producteurs de normes »⁶⁰³. L'ordre public, par son caractère ambivalent⁶⁰⁴ garantit la protection des droits des salariés et le pouvoir de l'employeur⁶⁰⁵. Le Droit du travail, au regard de ses particularités, conduit à distinguer deux formes d'ordre public. Celui-ci n'en définit pas moins « un noyau dur sur lequel la loi privée n'a pas de prise »⁶⁰⁶, l'un intangible, l'autre améliorable.

93. L'ordre public social définit des droits planchers. L'ordre public social a pu être envisagé comme représentatif du « caractère progressiste du droit du travail »⁶⁰⁷. Il faut entendre par là qu'il permet le règlement de conflits de normes. Il définit les normes de protection minimale, qui peuvent être améliorées par voie conventionnelle. Il a en effet cette particularité de permettre une réglementation conventionnelle d'un domaine légalement ordonné à condition de lui substituer une norme plus favorable⁶⁰⁸. Ce que le Conseil d'Etat, dans son avis du 22 mars 1973, formule ainsi en déclarant que « les dispositions législatives

⁶⁰¹ Soc., 3 avr. 2019, n° 17-11.970, v. *supra* en note n° 529.

⁶⁰² F. Gaudu, « L'ordre public en droit du travail », in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Etudes offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p. 366.

⁶⁰³ T. Sachs, « L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée », *RDT*, 2017, p. 586.

⁶⁰⁴ G. Lyon-Caen, « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Dr. ouv.*, 1951, p. 1 ; G. Lyon-Caen, « IV^e Partie : La crise actuelle du Droit du travail », in F. Collin *et al.*, *Le Droit capitaliste du travail*, PUG, 1980, p. 255.

⁶⁰⁵ G. Lyon-Caen, *Droit du travail : une technique réversible*, Dalloz, 1995, p. 38.

⁶⁰⁶ G. Lyon-Caen, « Négociation collective et législation d'ordre public », *Dr. soc.*, 1973, p. 88.

⁶⁰⁷ D. Baugard, « L'ordre public social », *APD*, LVIII, 2015, p. 131.

⁶⁰⁸ M. Bonnechère, « Les tendances à la déréglementation et leur incidence sur la théorie des sources en droit du travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 48.

ou réglementaires prises dans le domaine de ce droit présentent un caractère d'ordre public en tant qu'ils garantissent aux travailleurs des avantages minimaux, lesquels ne peuvent, en aucun cas, être supprimés ou réduits, mais ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus ou à ce que des garanties ou avantages non prévus par les dispositions législatives ou réglementaires soient institués par voie conventionnelle »⁶⁰⁹. En cela, une partie de la doctrine conteste le fait que l'amélioration de ces droits constituent une dérogation puisque des règles définissent « un plancher légal » mais « on n'y déroge pas »⁶¹⁰. En effet il n'est nul besoin que la loi autorise une dérogation comme elle le fait pour les dérogations *in pejus*. Ce qui le caractérise est sa relativité et son caractère unilatéral en ce sens que « les négociateurs sont appelés à améliorer le schéma de base du Législateur »⁶¹¹. C'est ainsi que des auteurs contestent la qualification d'ordre public, fût-il social ou relatif, pour désigner ces règles⁶¹².

Nous pourrions y adjoindre une autre catégorie, celle d'ordre public conventionnel. Pour oxymorique qu'elle puisse paraître, cette expression veut rendre compte de la définition d'un ordre public professionnel, déterminé par la branche. Des auteurs la qualifient de « législation privée »⁶¹³. Elle peut même recevoir *a posteriori* une validation étatique par le recours à la procédure d'extension. Elle serait un « référentiel de règles sur la base desquelles les partenaires sociaux sont libres d'élaborer leurs propres normes pour aller au-delà, en complétant ou en précisant ces règles »⁶¹⁴.

94. L'ordre public absolu nous rapproche quant à lui de la formulation de l'article 6 du code civil en ce que les règles appartenant à ces catégories sont insusceptibles de dérogations conventionnelles, même *in melius*. En cela il assure son « rôle traditionnel »⁶¹⁵. Esprit que l'on peut retrouver dans l'article L. 2251-1 du code du travail qui énonce qu'« une convention

⁶⁰⁹ Cons. d'Etat, 22 mars 1973, Avis n° 310-108.

⁶¹⁰ R. Vatinet, « L'ordre public », in Y. Flour *et al.*, *Droit du travail Emploi Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu*, IRJS, 2014, p. 98 ; v. également G. Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 89.

⁶¹¹ M. Bonnechère, « Sur l'ordre public en droit du travail », *Dr. ouv.*, 2008, p. 11.

⁶¹² Y. Chalaron, « L'application de la disposition la plus favorable », in *Les transformations du droit du travail : études offertes à Gérard Lyon-Caen*, *op. cit.*, p. 247 ; F. Gaudu, *op. cit.*

⁶¹³ F. Géa, « La dialectique du légal et du négocié. Sens et non-sens d'un paradoxe », *SSL*, n° 1508, 10 oct. 2011.

⁶¹⁴ G. Loiseau, L. Pécaut-Rivolier et G. Pignarre, « L'ordre public a-t-il un avenir ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 889.

⁶¹⁵ G. Loiseau, « Les mutations de l'ordre public et la liberté conventionnelle », *BJT*, avr. 2020, p. 52.

ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ». A lire strictement cet article, l'ordre public se limite aux règles auxquelles il n'est pas permis de déroger défavorablement aux intérêts des salariés.

Le Conseil d'Etat, dans son avis précité, après avoir reconnu la possibilité de déroger *in melius* définit ainsi un tempérament en considérant « qu'en revanche, une convention collective de travail ne saurait légalement déroger ni aux dispositions qui, par leurs termes mêmes, présentent un caractère impératif, ni aux principes fondamentaux énoncés dans la Constitution ou aux règles du droit interne ou — le cas échéant, international — lorsque ces principes ou règles débordent le domaine du droit du travail ou intéressent des avantages ou garanties échappant, par leur nature, aux rapports conventionnels »⁶¹⁶. Il pourrait s'identifier à la mission première de l'ordre public et à la forme première, tout du moins historiquement première, celle de règles de police⁶¹⁷.

Cet ordre comprend trois catégories de règles. La première comprend les règles ayant un caractère impératif du fait de leur formulation comme celles d'ordre public économique, notamment l'interdiction faite aux accords et conventions de créer des clauses d'indexation fondées sur l'indice des prix ou sur le Salaire Minimum Interprofessionnel de Croissance (SMIC) par l'article L. 3132-3 du code du travail. La deuxième comprend les règles qui débordent le Droit du travail, en particulier des règles relevant du droit civil ainsi que les libertés et principes fondamentaux comme les règles de concurrence. Ce sont enfin les principes essentiels qui échappent aux rapports conventionnels qui ne peuvent être aménagés tels que les règles relatives à la représentativité ou le principe de loyauté mais aussi les règles relatives aux conseils de prud'hommes ou à l'inspection du travail.

Elargir la liberté de négocier la norme, c'est aussi prévoir les modalités de contrôle des textes qui résultent de son usage. La décentralisation s'est en réalité opérée sous contrôle⁶¹⁸. Si l'Etat délègue la production de certaines normes, il délimite le champ dans lequel il est

⁶¹⁶ Cons. d'Etat, 22 mars 1973, Avis n° 310-108.

⁶¹⁷ R. Vatinet, *op. cit.*, p. 93.

⁶¹⁸ A. Supiot, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1989, p. 196.

possible de négocier. Il ne s'agit donc pas à proprement parler d'autonomie⁶¹⁹. Si l'on peut déroger, c'est parce que la loi l'autorise. Si l'on peut créer, c'est dans le champ laissé libre par l'Etat. Ainsi il n'est pas possible de créer une catégorie juridique nouvelle si celle-ci s'oppose au cadre existant. Un accord collectif de branche a voulu créer en 2013 le contrat à durée indéterminée intérimaire avant que la loi ne le crée, ce que n'admit pas la Cour de cassation⁶²⁰. Le contrôle de la liberté conventionnelle se fait également par le juge au moyen d'outils nouveaux. Au bénéfice d'une procéduralisation de la production des normes, le juge perd de son pouvoir de contrôle de la norme substantielle mais acquiert, ou du moins développe, un pouvoir de contrôle sur la validité de l'acte. Pour une partie de la doctrine, son pouvoir d'interprétation est toujours bien présent, notamment par ce biais⁶²¹.

3. Les bornes *infra*-légales

95. La troisième borne est d'ordre professionnel en ce qui concerne la négociation d'entreprise, de groupe et inter-entreprises. Des bornes professionnelles demeurent légalement déterminées. Il s'agit du premier bloc prévu à l'article L. 2253-1 du Code du travail définissant les treize matières dans lesquelles les accords d'entreprise ne peuvent déroger sauf garanties au moins équivalentes et le deuxième bloc prévu à l'article L. 2253-2 du Code du travail définissant les quatre matières pour lesquelles l'accord d'entreprise ne peut déroger sauf garanties au moins équivalentes lorsque l'accord de branche en dispose expressément.

Au-delà de l'ordre public légal et conventionnel, les normes supérieures semblent conserver une autorité de fait. L'applicabilité d'une convention collective de branche est encore en 2018 le premier critère justifiant de ne pas engager de négociation d'entreprise. C'est en tout cas ce qu'ont répondu 59% des directions d'entreprise n'ayant pas engagé de négociation collective dans le cadre de l'enquête ACEMO⁶²². Les branches laissant par

⁶¹⁹ V. S. Yannakourou, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur. Etude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale*, LGDJ, 1995.

⁶²⁰ Soc., 12 juill. 2018, n° 16-26.844, Publié, *BJT* 09/2018. 26, obs. L. Bento de Carvalho. ; v. également G. Loiseau, « La créativité conventionnelle », *BJT*, déc. 2018, p. 233.

⁶²¹ P.-H. Antonmattei, *op. cit.*, p. 39.

⁶²² C. Daniel et M. Pesenti, *op. cit.*, p. 4.

ailleurs des marges de manœuvres ne nécessitant pas forcément d'engager une nouvelle négociation⁶²³. Ceci peut aussi s'expliquer par un facteur sociologique, le recours à la négociation de branche s'avère plus fréquent pour les non-cadres que pour les cadres⁶²⁴. La proportion de ces statuts semble donc avoir une influence, mais il faut alors prendre en compte la progression de la part des cadres dans l'emploi qui impliquerait corrélativement une progression de la place de la négociation collective d'entreprise.

96. La quatrième borne est le contrat de travail. Nous avons déjà suggéré l'idée que les « conditions de travail » comme objet unique de la négociation correspondait opportunément à la dichotomie opérée entre contrat de travail et conditions de travail. L'un est négocié individuellement et exige l'accord des parties pour évoluer, l'autre relève du pouvoir de l'employeur mais peut aussi faire l'objet d'un accord collectif. Quoiqu'il en soit, ce qui relève du contrat de travail n'entre pas dans le champ de la négociation collective, et s'il y rentre, il ne modifiera le contrat qu'avec l'accord des parties. C'est le principe de non-incorporation qui permet au contrat de résister. Du moins tant qu'il ne s'agit pas des thèmes ouverts à la négociation d'un accord de performance collective⁶²⁵, dont les clauses « se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail »⁶²⁶. Mais alors, fictivement, le contrat n'est pas modifié. Les accords trouvent encore des obstacles dans leur application aux salariés. Ainsi, si un salarié mis à disposition peut bénéficier de l'accord d'entreprise, on ne peut lui imposer l'accord dérogatoire en ce qu'il n'a pas de lien juridique direct à l'entreprise utilisatrice signataire de l'accord⁶²⁷.

97. Une cinquième borne à la créativité conventionnelle est le pouvoir unilatéral de l'employeur. Celui-ci dispose en effet d'un domaine réservé dans lequel les syndicats, ni aucun autre négociateur, ne sont habilités à venir s'immiscer par la négociation. La formulation de l'arrêt Brinon selon laquelle l'employeur demeure « seul juge des

⁶²³ N. Delahaie et A. Fretel, *Vers un basculement de la branche vers l'entreprise ? Diversité des pratiques de négociations collectives et pluralité des formes d'articulation entre entreprise et branche*, IRES, ORSEU et Université de Lille, mai 2021, p. 30.

⁶²⁴ C. Daniel, *La négociation collective d'entreprise entre 2014 et 2016 : quelles caractéristiques, quelles pratiques ?*, DARES analyses, n° 011, fév. 2019, p. 7.

⁶²⁵ A savoir : la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ; la rémunération au sens de l'article L. 3221-3 dans le respect des salaires minima hiérarchiques mentionnés au 1° du I de l'article L. 2253-1 ; et les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

⁶²⁶ III. de l'art. L. 2254-2 du Code du travail.

⁶²⁷ F. Gaudu, « L'exécution de la convention d'entreprise », *Dr. soc.*, 1990, p. 608.

circonstances »⁶²⁸ doit cependant être nuancée, d'une part au regard des limitations à ce pouvoir et d'autre part au regard du pouvoir réel de l'employeur dans la gestion de l'entreprise dans une économie financiarisée. L'employeur est tout de même titulaire d'un pouvoir de gestion, il conserve une maîtrise des données de l'entreprise et dispose du pouvoir de les marquer du sceau de la confidentialité, même lorsqu'il doit les communiquer aux représentants du personnel dans le cadre d'un contrôle de sa décision. Dans les choix à réaliser, il conserve également au quotidien un pouvoir de gestion dont de larges pans échappent à la négociation. Dans les domaines liés à la gestion de l'entreprise pour lesquels il est possible de négocier, la possibilité de conclure un engagement pour l'employeur peut être limitée. C'est le cas des engagements sans terme ou trop flous relatifs à la préservation d'emplois.

L'employeur pourra invoquer un changement de situation pour tout de même procéder à des licenciements comme dans le cas de l'affaire Potain⁶²⁹. Ainsi l'employeur ne peut s'engager à simplement « éviter » les licenciements et par là se départir de son pouvoir de gestion de la masse salariale. La Cour de cassation avait relevé dans cette affaire que « que les circonstances économiques s'étaient, depuis lors, modifiées », ce qui devait permettre à l'employeur d'en tirer les conséquences. Mais alors on peut s'interroger sur n'importe quel engagement dès lors que la cause dudit engagement est la situation économique et que celle-ci se modifie en permanence, le marché étant ontologiquement mouvant. Même problème en cas de flou sur le maintien de l'activité qui pourrait conduire à de la mobilité professionnelle. Celui-ci pourra limiter la portée normative de l'accord, voire le priver de force obligatoire⁶³⁰, amenant à la restauration du pouvoir unilatéral de l'employeur. En matière de droit disciplinaire également, l'employeur peut décider seul. Même lorsqu'un thème est soumis à négociation, à défaut d'accord l'employeur pourra également décider seul à condition d'avoir engagé loyalement la négociation. C'est le cas notamment en matière de négociation sur le nombre et le périmètre des établissements distincts. Ce peut être le cas dans le cadre d'un plan

⁶²⁸ Soc., 31 mai 1956, n° 56-04.323, Publié, *Dr. ouv.* 1956. 340 ; *JCP* 1956. II. 9397, obs. P. Esmein ; *D.* 1958. 21, note G. Levasseur.

⁶²⁹ Soc., 13 déc. 1995, n° 94-13.867, Publié, *Dr. ouv.*, 1996, 245, note M.-F. Bied-Charreton.

⁶³⁰ G. Couturier, « La méconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi », *Dr. soc.*, 1998, p. 376 ; v. également F. Gaudu, « Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi », *Dr. soc.*, 1998, p. 367.

de sauvegarde de l'emploi, où l'on trouvera des îlots d'unilatéralisme. Les salariés ne disposent alors d'aucun recours contre les actes de réorganisation engagés par l'employeur⁶³¹.

Paragraphe 2 : La diversification des modalités de conclusion des accords

98. Diversifier les thèmes de négociation, c'est risquer de créer des déséquilibres dans la production normative. Le premier déséquilibre est entre les entreprises en capacité de recourir à la négociation et celles qui ne le sont pas. Le développement d'un *Droit conventionnel* suppose la possibilité de conclure des accords collectifs quelle que soit la taille de l'entreprise afin de ne pas risquer une distorsion⁶³². Or toutes ne disposent pas de délégués syndicaux. Bien qu'il s'agisse de la « figue anormale »⁶³³ en Droit, elle serait statistiquement la situation majoritaire. Il faut donc d'autres canaux de conclusion des textes⁶³⁴. Le renforcement d'un tel dispositif a pu s'appuyer sur une meilleure implantation de la représentation élue que de la représentation syndicale tout d'abord⁶³⁵. Ensuite elle a pu s'appuyer sur le mandatement qui permet une intervention syndicale dans l'adoption d'une norme négociée malgré l'absence d'organisation syndicale implantée dans le périmètre concerné. C'est enfin la consultation ou technique référendaire, qui n'était jusque-là permise que pour certains accords au contenu très spécifique ou pour valider des accords dont la négociation souffrirait d'une trop faible légitimité. Chacune de ces méthodes repose sur des normes d'habilitation subsidiaires à celle

⁶³¹ V. sur ce point : P.-E. Berthier, « De la sécurité à l'immunité du pouvoir patronal : le référé judiciaire écarté du contentieux relatif au PSE (à propos de l'arrêt *New Look France* du 30 septembre 2020) », *Dr. ouv.*, 2021, p. 193.

⁶³² P.-H. Antonmattei, « La primauté de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.*, 2016, p. 513 ; G. François, « Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises (Première partie) », *Dr. soc.*, 2019, p. 957.

⁶³³ C. Mariano, *La négociation substitutive*, Thèse dactylographiée, Université de Montpellier, 2018, p. 15.

⁶³⁴ Cela doit tout de même être tempéré. Selon les dernières données, 11,2% des entreprises et 57,5% des salariés sont couverts par des délégués syndicaux (M.-T. Pignoni, *Les instances de représentation des salariés dans les entreprises en 2021. Moins d'instances élues mais plus d'implantations syndicales*, DARES résultats, juin 2023, n° 32, p. 1). Selon que l'on se réfère à l'entreprise ou aux salariés, la normalité diffère en matière de couverture.

⁶³⁵ A. Naboulet, *Que recouvre la négociation collective en France ? Un panorama des acteurs, des textes et des thématiques entre 2005 et 2008*, Document d'études de la DARES, n° 163, août 2011, p. 51.

qui habilite les organisations syndicales représentatives⁶³⁶. Mais cela entraînerait un rapport d'infériorité vis-à-vis de ce dernier⁶³⁷.

99. Le second déséquilibre est entre les négociateurs eux-mêmes. Au-delà de la présence de délégués syndicaux, le Professeur Supiot avait souligné le rôle de la taille des unités dans lesquelles se déroule la négociation afin de garantir un équilibre entre les négociateurs⁶³⁸. En effet, le rapport entre les négociateurs ne sera pas le même dans une grande entreprise, qui dispose de marges de manœuvres, où l'employeur est représenté par d'autres personnes qui n'ont pas de relation quotidienne avec les négociateurs des délégations syndicales, et une petite entreprise sous-traitante ayant des marges amoindries et où la négociation se fera directement avec l'employeur personne physique que l'on côtoie tous les jours et qui est notre responsable direct. Cela impacte non seulement les marges de manœuvre dans la négociation, mais a des implications dans la relation interpersonnelle entre les négociateurs.

100. Plusieurs propositions ont ainsi pu émerger pour mieux encadrer ces pratiques et rendre le droit à la négociation universel. Afin de légitimer les textes conclus selon ces modes alternatifs, certains plaident pour conditionner leur conclusion à un accord de méthode et rendre obligatoire les garanties de l'article L. 2232-29 du code du travail dans les entreprises de moins de 11 salariés, c'est-à-dire garantir un processus minimal d'échange sur le texte soumis à approbation⁶³⁹. Le rapport Gateau-Simonpoli préconisait quant à lui la mise en place de binômes employeur-salarié au niveau des branches pour accompagner la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux⁶⁴⁰. Les observatoires départementaux d'analyse et d'appui du dialogue social⁶⁴¹ sont aussi une piste évoquée dans ce rapport. Nous étudierons donc ici successivement la diversification des modes d'élaboration et de conclusion par le recours à des agents palliatifs puis le recours à la consultation du personnel.

⁶³⁶ C. Mariano, *op. cit.*, n° 204, p. 160.

⁶³⁷ C. Mariano, *op. cit.*, n° 260, p. 327.

⁶³⁸ A. Supiot, *op. cit.*, p. 205.

⁶³⁹ G. François, « Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises (Seconde partie) », *Dr. soc.*, 2019, p. 1073.

⁶⁴⁰ G. Gateau et J.-D. Simonpoli, *Accompagner la dynamique du Dialogue social par la formation et la reconnaissance de ses acteurs et par la valorisation des meilleures pratiques*, fév. 2018, p. 11, proposition n° 14.

⁶⁴¹ Au cours d'un séminaire régional des observatoires départementaux d'analyse et d'appui du dialogue social d'Auvergne-Rhône-Alpes organisé par l'INTEFP nous avons pu constater que plusieurs participants envisageaient la constitution de binômes paritaires pour l'appui à la négociation.

A. Les agents palliatifs de négociation

101. Le développement du Droit conventionnel s'appuie sur le déploiement d'un ensemble de nouveaux acteurs de la négociation collective à défaut de délégués syndicaux afin de permettre aux entreprises qui n'en sont pas pourvues d'adopter des normes négociées. C'est l'objectif affiché par la loi du 4 mai 2004⁶⁴² qui institue de manière pérenne les modalités du mandatement proposé dans l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995⁶⁴³ repris dans une loi du 12 novembre 1996 puis dans les lois du 23 juin 1998 et du 19 janvier 2000 relatives à la réduction du temps de travail. Soit trois dispositifs circonscrits dans le temps avant l'adoption de cette loi.

Dans une décision du 6 novembre 1996, le Conseil constitutionnel reconnaît la possibilité d'ouvrir à d'autres représentants que les délégués syndicaux le Droit de négocier comme conforme à la Constitution⁶⁴⁴. La loi contestée ouvrait le Droit de conclure des accords collectifs avec les délégués du personnel afin de mettre en œuvre les mesures « dont l'application est légalement subordonnée à un accord collectif »⁶⁴⁵. Il fallait encore la validation de la commission paritaire de branche pour que ces textes acquièrent la qualité d'accord collectif. C'est au regard de ces mesures que le texte a été jugé de nature à assurer « aux organisations syndicales un rôle effectif dans la procédure de négociation »⁶⁴⁶. Au fil des réformes, ce rôle effectif a vu sa garantie s'éroder en ne limitant plus au mandatement les possibilités de conclure un accord sans délégué syndical et en supprimant la procédure de validation par la branche.

⁶⁴² Exposé des motifs 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.

⁶⁴³ Art. 2.3 de l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995.

⁶⁴⁴ Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC, Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective.

⁶⁴⁵ Art. 6 de la loi n° 96-985 du 12 novembre 1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective.

⁶⁴⁶ Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC, cons. 16.

102. La loi du 4 mai 2004 institue ce dispositif en l'inscrivant de façon pérenne dans la loi⁶⁴⁷. Elle permet la conclusion d'accords collectifs avec des élus, mandatés ou non, ou avec des salariés mandatés et l'associe à la possibilité de déroger aux accords de branche. Ce contrôle de la branche limite donc les possibilités de recours. Au 31 janvier 2006, seuls sept accords de ce type étaient recensés⁶⁴⁸, ce qui a ultérieurement conduit à ouvrir le mandatement dans des cas particuliers. Il s'agissait de la mise en place d'un compte épargne temps dans les entreprises de moins de vingt salariés⁶⁴⁹ et la mise en place négociée d'un bonus exceptionnel de mille euros par salarié exonéré de cotisations sociales⁶⁵⁰. Ces résultats tranchaient alors avec le succès du mandatement connu lors de la mise en place des trente-cinq heures, puisqu'un tiers des accords relatifs à ce sujet avaient été conclus par le biais du mandatement⁶⁵¹. Cela a conduit au rapport Hadas-Lebel dans lequel il est recommandé de lever l'autorisation préalable d'un accord de branche⁶⁵². Cette loi n'exige cependant pas qu'il s'agisse de dispositions légales dont l'application dépend d'un accord collectif. La loi du 20 août 2008 rétablit cette exigence⁶⁵³. Cette même loi institue le Droit pour les salariés mandatés de se concerter avec les salariés⁶⁵⁴, notamment par l'utilisation d'heures de délégation⁶⁵⁵, reprenant ainsi une recommandation du rapport Virville⁶⁵⁶.

Ces accords doivent ensuite faire l'objet d'une validation par les salariés, directe pour les salariés mandatés et indirecte pour les élus. La loi du 4 août 2004 subordonne la validité des accords collectifs négociés avec des salariés mandatés à son approbation par la majorité

⁶⁴⁷ Art. 47 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.

⁶⁴⁸ R. Hadas-Lebel, *Pour un dialogue social efficace et légitime : Représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, Rapport au Premier Ministre, mai 2006, p. 53.

⁶⁴⁹ Art. 4 de la loi n° 2005-296 du 31 mars 2005 portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise.

⁶⁵⁰ Art. 17 de la loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005 de financement de la sécurité sociale pour 2006.

⁶⁵¹ R. Hadas-Lebel, *op. cit.*, p. 105.

⁶⁵² R. Hadas-Lebel, *op. cit.*, p. 103.

⁶⁵³ Art. 9 de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

⁶⁵⁴ Art. 15 de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 préc.

⁶⁵⁵ Art. 9 de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 préc.

⁶⁵⁶ M. de Virville, *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 15 janv. 2004, p. 73.

des suffrages exprimés dans le cadre d'une consultation du personnel. La loi du 20 août 2008 dispose quant à elle que pour conclure valablement l'accord, les élus doivent représenter « la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles »⁶⁵⁷. Dans ces deux cas on recherche le caractère majoritaire des représentants non syndiqués des salariés. Pour les premiers, qui n'ont pas eu à se soumettre à l'épreuve du suffrage, l'accord doit recueillir une majorité par un vote des salariés, pour les seconds ils empruntent cette majorité à celle de leur propre élection. Comme en matière de représentativité, il s'agit en quelque sorte d'une « investiture »⁶⁵⁸ des agents.

Le mandatement fait cependant l'objet de peu d'accords comme le relevait la DARES en 2011⁶⁵⁹. Les dernières réformes ont donc eu pour objectif d'impulser un nouvel élan à ces mécanismes, quoique limité, au regard du bilan de la négociation collective 2020. En 2017 et 2018, on observe une progression des textes conclus par des élus ou des salariés mandatés. En 2019 et 2020, ces textes sont enregistrés de manière différente avec d'un côté les élus ou salariés mandatés et de l'autre les élus non mandatés. Cela empêche une réelle comparaison dans le temps en opérant la dichotomie entre élus et mandatés. Mais l'on observe en cumulant les chiffres des élus et mandatés⁶⁶⁰ une progression du nombre de textes ainsi négociés qui est de 185,4% entre 2017 et 2020 et qui progresse de 7,9 points en proportions du nombre de textes enregistrés⁶⁶¹.

103. La loi de 2015 tente de donner un second souffle à cette modalité. Cette progression est permise par l'élargissement de la technique du mandatement par le projet de loi du 17 août 2015⁶⁶² qui envisageait la possibilité de conclure des accords avec des élus mandatés en supprimant la validation par les commissions paritaires de branche, le Gouvernement estimant qu'elles fonctionnaient très mal⁶⁶³. Une partie de la doctrine avance également que celles-ci

⁶⁵⁷ Art. 4 et 8 de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 préc.

⁶⁵⁸ Y. Ferkane, *op. cit.*, p. 560.

⁶⁵⁹ A. Naboulet, *op. cit.*, p. 56.

⁶⁶⁰ On comprend désormais dans cette catégorie les élus mandatés, ce qui n'était pas le cas auparavant.

⁶⁶¹ C. Deffes *et al.*, *La négociation collective en 2020*, Bilan et rapports, DARES, DGT et Min. du Travail, 2021, p. 210.

⁶⁶² Art. 15 de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

⁶⁶³ Exposé des motifs de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

n'opéraient qu'un contrôle de légalité, ce qui « le réduit à un formalisme pur »⁶⁶⁴. Les commissions auraient même constitué un frein à la négociation dans ces conditions d'après l'étude d'impact⁶⁶⁵. Le contrôle de la commission paritaire de branche pour les accords négociés par des agents non mandatés est cependant restauré par amendements en première lecture⁶⁶⁶, validation par la branche que le rapporteur avait jugé « nécessaire »⁶⁶⁷. La commission ajoute que cette condition de validité doit être cumulative avec celle que les élus doivent représenter la majorité des suffrages exprimés lors des élections.

C'est finalement la loi du 8 août 2016 qui ouvre la possibilité de négocier des accords et des avenants avec des élus ou salariés mandatés dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux⁶⁶⁸. L'apport majeur de cette loi est d'ouvrir à ces agents palliatifs la possibilité de négocier sur tous les thèmes ouverts à la négociation collective sans qu'il s'agisse de mesures légales dont la mise en œuvre est subordonnée à un accord collectif. C'est encore elle qui supprime la validation par la commission paritaire de branche⁶⁶⁹ sans qu'il n'y ait eu de débat à ce sujet en raison de l'engagement de la responsabilité du Gouvernement sur le texte, alors que celui discuté en commission ne comprenait pas cette mesure et que l'étude d'impact ne portait que sur la question du rétablissement du délai d'approbation tacite de quatre mois dont la suppression était jugée bloquante⁶⁷⁰. Il s'agit bien là de lever de nouveaux des freins à la possibilité de conclure des accords collectifs en ne restreignant plus cette technique à la mise en œuvre de dispositions légales subordonnées à l'adoption d'un accord collectif et qui « n'est pas adaptée à la situation de nombreuses PME et TPE qui souhaitent bénéficier des souplesses ouvertes par la négociation »⁶⁷¹.

⁶⁶⁴ J. Barthélémy et G. Cette, *op. cit.*, p. 59.

⁶⁶⁵ Etude d'impact du Projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avril 2015, p. 124.

⁶⁶⁶ Amendements AS130, AS131 et AS152.

⁶⁶⁷ C. Sirugue, *Rapport sur le projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi*, Ass. nat., n° 2792, 2015, p. 309.

⁶⁶⁸ Art. 8 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

⁶⁶⁹ a) du 1° du IV. de l'art. 18 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 préc.

⁶⁷⁰ Etude d'impact relative au projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 132.

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 112.

Cette loi supprime donc des dispositions précédemment évoquées qui justifient la déclaration de conformité de la loi de 1996, à savoir que cette négociation n'était possible que « sous réserve que des accords de branche conclus selon le Droit commun de la négociation collective en prévoient expressément la possibilité ; que ces accords de branche doivent au surplus fixer les thèmes ouverts à ce mode de négociation ; que les textes négociés par les représentants élus du personnel « n'acquerront la qualité d'accords collectifs de travail qu'après leur validation par une commission paritaire de branche, prévue par l'accord de branche » ; que la commission paritaire « pourra se voir également confier le suivi de leur application » ; qu'enfin, en vertu du VI de l'article 6, l'entrée en vigueur des accords de branche sera subordonnée à l'absence d'opposition de la majorité des organisations syndicales représentatives de la branche dès lors qu'il s'agit d'organisations non signataires de ces accords »⁶⁷². Faute de saisine sur cette partie du texte, il est difficile de dire si le Conseil constitutionnel aurait ou non maintenu sa position sur le sujet.

104. Les ordonnances du 22 septembre 2017 et la loi de ratification de 2018 n'ont pas apporté de modifications importantes à ce régime si ce n'est une formulation peu explicite dans la désignation des agents palliatifs dans les entreprises de onze à cinquante salariés. L'article L. 2232-23-1 du code du travail dispose en effet que l'accord est négocié « soit par un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives (...) soit par un ou des membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et économique ». Le rapport fait au président de la République sur l'ordonnance 2017-1385 relative au renforcement de la négociation collective semble cependant indiquer qu'il faut toujours interpréter cette disposition dans le sens qui s'ensuit, à savoir que « les règles antérieures à la présente ordonnance perdurent, avec l'obligation de négocier avec un membre de la délégation du personnel du comité social et économique mandaté puis, si aucun de ces membres n'a souhaité se faire mandater, par un membre non mandaté, et si aucun membre de la délégation du personnel n'a souhaité négocier, avec un salarié mandaté »⁶⁷³. Dans les entreprises de onze à cinquante salariés, il y aurait donc toujours une hiérarchie à suivre dans le choix de l'agent palliatif selon une interprétation téléologique et non une alternative offerte au négociateur qui porterait l'initiative de la négociation selon une

⁶⁷² Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC, cons. n° 15.

⁶⁷³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective ; Cela fait partie des « zones d'ombre » dans le régime de négociation collective étudiées par C. Mariano, « Les zones d'ombre de la négociation collective en l'absence de délégué syndical », *BJT*, avr. 2020, p. 44.

interprétation littérale. Des auteurs suggèrent cependant qu'il s'agit d'une option qui permettrait même à l'employeur de privilégier l'interlocuteur dont la conception de l'intérêt collectif le rendrait le plus enclin à conclure un accord⁶⁷⁴.

Cette hiérarchie demeure expressément dans les entreprises d'au moins cinquante salariés dépourvues de délégués syndicaux⁶⁷⁵. Si la négociation est à l'initiative de l'employeur, il doit faire connaître sa volonté un mois avant l'engagement de la négociation. Ce délai d'un mois permettant aux élus, mandatés, ou aux salariés mandatés de se manifester. Il doit alors négocier avec des élus mandatés en priorité, à défaut d'élu mandaté avec les élus non mandatés, et à défaut d'élu avec des salariés mandatés. Les accords négociés ainsi répondent à des règles différentes en matière de champs de négociation possible et de règles de validité. Les accords ainsi négociés avec des élus ou salariés mandatés peuvent porter sur toutes les mesures qui peuvent être négociées par accord d'entreprise ou d'établissement et ne sont valides qu'après approbation par la majorité du personnel tandis que les accords négociés avec des élus non mandatés ne peuvent intervenir que sur des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif et sont valides après signature d'élus majoritaires.

Le mandatement ouvre donc la possibilité de négocier sur tous les sujets négociables dans le périmètre de l'entreprise mais qu'alors on recherche ce que le Législateur conçoit comme une plus forte légitimité de l'acte en renforçant ses conditions de validité par la consultation des salariés. Le taux d'aboutissement de la négociation calculé par la DARES montre cependant que les entreprises dépourvues de délégués syndicaux n'aboutissent pas aussi facilement que celles qui en sont pourvues à un accord⁶⁷⁶.

Les accords ainsi conclus étaient considérés comme des engagements unilatéraux⁶⁷⁷. Ce n'étaient donc pas des accords collectifs. En leur attribuant cette qualification, ils peuvent

⁶⁷⁴ C. Mariano, « L'échec des négociations : quel traitement juridique ? », *BJT*, juil.-août 2022, p. 43.

⁶⁷⁵ Art. L. 2232-24 à L. 2232-26 du Code du travail.

⁶⁷⁶ Ce taux est en effet de 71,3% en 2018 contre 86,2% dans les entreprises ayant des délégués syndicaux (C. Daniel et M. Pesenti, *op. cit.*, p. 2).

On retrouve un écart supérieur légèrement inférieur à 10 points entre ces deux taux l'année précédente d'après C. Daniel, *La négociation collective d'entreprise en 2017. Davantage de négociations, moins d'accords*, DARES résultats, n° 058, déc. 2019, p. 2.

⁶⁷⁷ G. Vachet, « Les accords atypiques », *Dr. soc.*, 1990, p. 620.

produire les mêmes effets. Là où l'engagement unilatéral n'avait pas le pouvoir de déroger ni de modifier le contrat, il l'acquiert par cette qualification.

B. L'adoption de l'acte sans les négociateurs : la consultation du personnel

105. Les réformes du dialogue social ont aussi permis de pallier l'absence de négociateurs, ou de signataires suffisamment représentatifs en organisant une expression directe du personnel⁶⁷⁸. L'objectif est de rendre le Droit à la négociation collective universel⁶⁷⁹. Toutes les entreprises sont habilitées à recourir aux dispositifs conventionnels, comme les accords de rupture conventionnelle collective ou de performance collective, ainsi que toutes les dérogations ouvertes par voie d'accord.

106. Cette méthode a été envisagée il y a plus d'un siècle par une proposition de loi de députés socialistes, afin d'imposer la grève à tous les salariés lorsque l'Assemblée générale du personnel en décidait⁶⁸⁰. Cette proposition n'a pas abouti mais a permis une première tentative d'expression directe des salariés. Avec cette particularité qu'elle est liée à l'Assemblée générale, donc à l'organisation d'un processus délibératif⁶⁸¹. Tout au long du XX^e siècle, les

⁶⁷⁸ Certains auteurs voient ici la capacité de personnifier la collectivité du personnel en créant un mode d'expression de sa volonté (J. Barthélémy, « Le référendum en droit social », *Dr. soc.*, 1993, p. 89 ; J. Barthélémy, « Vers de nouvelles évolutions du droit de la négociation collective », *Dr. soc.*, 2009, p. 907). Nous renvoyons le lecteur à des développements ultérieurs sur la définition de la personne morale au paragraphe n° 425.

⁶⁷⁹ F. Fouvet, « Une réforme destinée à rendre « le Droit à la négociation des petites entreprises universelle » », *Dr. soc.*, 2023, p. 384.

⁶⁸⁰ C. Teissier, *La place des représentants élus du personnel, des pratiques référendaires et des formes de médiation dans la négociation collective d'entreprise*, ASTREES, 2014, pp. 36 à 37.

⁶⁸¹ Le caractère délibératif réside dans le fait que les droits « ne doivent pas être exercés à la manière de sujets isolés du droit privé, mais plutôt dans l'attitude de participants d'une pratique intersubjective qui agissent dans le but de s'entendre » (J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel – Tome 2 Pour une critique de la raison fonctionnaliste*, 1981, trad. J.-L. Schlegel, Fayard, coll. L'espace du politique, Paris, 1987, p. 401, cité par D. Gaire-Simonneau, « La « loi travail » ou la fin d'un rêve : la démocratie délibérative sabotée », *RJS*, 7/17, p. 530). Un tel processus délibératif dans la pensée de Monsieur Jürgen Habermas suppose des relations intersubjectives afin de satisfaire les intérêts de tous dans l'objectif d'être acceptés par chacun. C'est l'un des fondements de son « éthique de la discussion » qu'il nomme universalisation. Mais elle suppose également l'absence de différence de pouvoir entre les individus délibérants, ce qui est incompatible avec l'organisation de la relation de travail du salariat. Une auteure se réfère pour cela à l'accord de méthode afin d'encadrer la procédure de négociation qui viserait à « mettre en œuvre une situation idéale de parole » et de prévoir, par le préambule, les modalités de mise en œuvre des principes d'*universalité* et de *discussion* (D. Gaire-Simonneau, « La « loi travail » ou la fin d'un rêve : la démocratie délibérative sabotée », *RJS*, 7/17, p. 533). Ce processus se rapprocherait du vote dans son sens originel en ce sens que le *votum* se définit comme l'« opération par laquelle

possibilités de recourir à la consultation du personnel ont été élargies. Il s'agissait d'abord de permettre à l'ensemble des salariés de voter sur les retraites complémentaires et les prévoyances⁶⁸² et à un collège de révoquer un élu du comité d'entreprise en 1946⁶⁸³, puis sur l'intéressement en 1959⁶⁸⁴, sur les horaires individualisés en 1982⁶⁸⁵, sur la participation en 1986⁶⁸⁶, sur la protection sociale complémentaire en 1994⁶⁸⁷, sur la réduction du temps de travail en 2000⁶⁸⁸ et sur la dérogation au repos dominical en 2009⁶⁸⁹.

La loi du 17 août 2015 crée ensuite une consultation destinée à approuver les accords conclus avec des agents palliatifs élus par la majorité des salariés, et donc adossée à une négociation⁶⁹⁰. La loi du 8 août 2016 et l'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017 viennent généraliser l'usage de cette technique « afin d'éviter des situations exceptionnelles de blocage »⁶⁹¹ ou conclure des actes ayant la valeur d'accords collectifs en l'absence de négociateurs dans les entreprises de moins de vingt salariés.

se forme l'opinion d'une assemblée » (A. Lyon-Caen, « vote et relations professionnelles », in O. Leclerc, A. Lyon-Caen, *L'essor du vote dans les relations professionnelles*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2011, p. 3). Ainsi il n'est pas la dernière étape du processus délibératif mais le processus délibératif lui-même. Cette universalisation suppose donc d'autres étapes de formation, notamment la négociation collective qui est un processus « de nature à faire véritablement émerger un intérêt collectif » (G. Auzero, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire », *Dr. soc.*, 2018, p. 158).

⁶⁸² Art. 51 du décret n° 46-1378 du 8 juin 1946, JORF, 9 juin 1946.

⁶⁸³ Art. 9 de la loi n° 46-1065 du 16 mai 1946 tendant à la modification de l'ordonnance du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprise.

⁶⁸⁴ Art. 1^{er} de l'ordonnance n° 59-126 du 7 janv. 1959, JORF, 9 janv. 1959.

⁶⁸⁵ Art. 4 de l'ordonnance n° 82-41 du 16 janv. 1982, JORF, 17 janv. 1982.

⁶⁸⁶ Art. 16 et 21 de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 oct. 1986, JORF, 23 oct. 1986.

⁶⁸⁷ Art. 7 de la loi n° 94-678 relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92-49 et n° 92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes.

⁶⁸⁸ Art. 19 de la loi n° 2000-37 du 19 janv. 2000.

⁶⁸⁹ Art. 2 de la loi n° 2009-974 du 10 août 2009 réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires.

⁶⁹⁰ Art. 21 de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

⁶⁹¹ Exposé des motifs de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels ; Une expression similaire est utilisée dans l'étude d'impact du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 151 ; il s'agit d'une proposition formulée dans le rapport de l'Institut Montaigne (G. Adam et F. Béharel, *Sauver le dialogue social. Priorité à la négociation d'entreprise*, Rapport de l'Institut Montaigne, septembre 2015, p. 40, proposition 7).

Dans ces lois et ordonnances, différentes expressions signifient cette technique. Il peut s'agir de la majorité des travailleurs intéressés ou du collège concerné par un vote à bulletins secrets dans le décret et la loi de 1946, ratification à la majorité des deux tiers dans les ordonnances de 1959, 1986 et 2017, accord du personnel constaté par l'administration dans l'ordonnance de 1986, référendum dans la loi de 2009 ou approbation majoritaire dans les lois de 2015 et 2016.

107. La consultation du personnel peut avoir plusieurs finalités. Ce peut être une consultation à but strictement consultatif, c'est-à-dire pour recueillir un avis sans être engagé, qui peut être organisé par l'employeur, par le comité d'entreprise⁶⁹² ou par les organisations syndicales pour recueillir l'avis des salariés. On peut aussi distinguer une consultation d'arbitrage en cas d'impossibilité de conclure l'accord⁶⁹³. L'objectif peut être pour l'une des deux parties de peser dans la négociation en essayant de s'adjoindre l'expression des salariés, soit par le « désaveu (...) de l'action collective d'une partie du personnel » soit pour trouver un soutien à l'action des représentants⁶⁹⁴. Enfin la consultation peut être décisionnelle « lorsque le résultat du vote décide de la solution adoptée »⁶⁹⁵. C'est cette dernière finalité que poursuivent les techniques dites référendaires ouvertes par la loi du 8 août 2016 et les ordonnances du 22 septembre 2017.

1. Une diversification de la technique consultative

108. Nous proposons de distinguer deux catégories de consultation qui ont été instituées. Une première incluant les actes dont la négociation a échoué et n'a pas abouti à sa signature par les organisations syndicales représentatives majoritaires. Dans ce cas « l'accord est valide s'il est *approuvé* [nous soulignons] par les salariés »⁶⁹⁶. Cette catégorie comprend aussi les

⁶⁹² Soc., 19 déc. 1990, n° 89-16.072, Publié.

⁶⁹³ J. Grimaldi d'Esdra, « Nature et régime juridiques du référendum en Droit social », *Dr. soc.*, 1994, p. 397.

⁶⁹⁴ A. Lyon-Caen, « Référendum », *RDT*, 2018, p. 337 ; V. également C. Teissier, *op. cit.*

⁶⁹⁵ F. Hénot, « Pratiques référendaires et gouvernabilité de l'entreprise », CURAPP, in *La gouvernabilité*, PUF, Paris, 1996, p. 135.

⁶⁹⁶ Art. L. 2232-12 du Code du travail.

actes négociés avec certains agents palliatifs qui doivent être approuvés par les salariés faute de pouvoir être signés par des organisations syndicales implantées dans l'entreprise⁶⁹⁷. C'est pourquoi nous proposons d'appeler cette catégorie *consultation d'approbation*. En ce qui concerne les projets d'accords soumis aux salariés, leur régime est déterminé par un paragraphe qui s'intitule « modalités de *ratification* des accords dans les entreprises dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés ». C'est pourquoi nous proposons d'appeler cette catégorie *consultation de ratification*.

a. La consultation d'approbation des accords inaboutis

109. Parmi les consultations d'approbation, nous devons encore distinguer deux sous-catégories, celle permettant de valider un accord imparfait et celle permettant de valider un accord négocié avec des agents palliatifs. La première est la consultation d'approbation prévue à l'article L. 2232-12 du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi du 8 août 2016 modifiée par l'ordonnance 2017-1385 du 22 septembre 2017. Celle-ci concerne les entreprises pourvues de délégués syndicaux. Cette consultation n'intervient qu'après la procédure suivante. Employeur et délégués syndicaux doivent au préalable avoir négocié, avec toutes les obligations qu'impose l'organisation d'une négociation loyale. A l'issue de cette négociation vient la phase de signatures. Si l'employeur a signé ainsi que des organisations syndicales représentant au moins trente pourcent des voix exprimées en faveur d'organisations syndicales représentatives mais moins de la moitié des voix exprimées selon cette même assiette, alors ces dernières disposent d'un délai d'un mois à compter de leur signature pour demander à l'employeur d'organiser une consultation d'approbation. Si les organisations minoritaires ne le font pas à l'issue de ce délai d'un mois, l'employeur dispose d'un délai de huit jours pour prendre l'initiative de cette consultation à condition que l'ensemble des syndicats signataires minoritaires ne s'y opposent pas. Si dans ce délai, d'autres organisations syndicales n'ont pas signé afin de valider l'accord, alors l'employeur dispose d'un délai de deux mois pour organiser la consultation. Les salariés bénéficient

⁶⁹⁷ Art. L. 2232-24 et L. 2232-26 du Code du travail.

ensuite d'un délai de deux semaines entre l'information de la tenue du scrutin et du contenu de l'acte et le scrutin lui-même⁶⁹⁸.

La seconde est la consultation d'approbation prévue aux articles L. 2232-24 à L. 2232-26 du Code du travail. Celle-ci concerne les entreprises dépourvues de délégués syndicaux. Il faut encore distinguer parmi ces entreprises celles dont l'effectif est compris entre onze et cinquante salariés et celles dont l'effectif est au moins égal à cinquante salariés. Dans les premières, la consultation est organisée seulement lorsque l'accord a été négocié avec des salariés mandatés, s'ils ne sont pas membre de la délégation du personnel du comité social et économique. Pour les secondes la consultation doit être organisée pour valider les accords conclus avec les élus mandatés ou les salariés mandatés.

110. Ce qu'il y a de commun à ces procédures est qu'elles reposent sur la validation d'un acte inabouti⁶⁹⁹. Elles ont toute en commun de valider un acte qui a certes été négocié, soit directement par des délégués syndicaux, soit indirectement par des élus ou salariés mandatés par des organisations syndicales. Mais ces actes demeurent inaboutis en ce sens qu'ils ne remplissent pas les conditions de validité d'un accord collectif, en particulier celle d'être signé par des organisations syndicales majoritaires. Dans le premier cas car les signataires sont minoritaires et donc pas suffisamment représentatifs pour engager à eux seuls la collectivité du personnel et dans le second cas car les organisations syndicales ne sont pas implantées dans l'entreprise et qu'elles ne disposent donc pas de délégués syndicaux ayant la représentativité et la capacité juridique de signer des accords collectifs.

Elles ont aussi en commun de concerner des actes qui peuvent porter sur l'ensemble des mesures qui peuvent être négociées par un accord d'entreprise ou d'établissement alors que les accords conclus avec des élus non mandatés dans les entreprises d'au moins cinquante salariés n'ont pour être valides qu'à être signés par des élus majoritaires mais ne peuvent

⁶⁹⁸ Art. D. 2232-4 du Code du travail.

⁶⁹⁹ Nous proposons d'appeler ces actes « actes inaboutis » en référence au taux d'aboutissement évalué par la DARES, c'est-à-dire le rapport entre les accords valablement conclus et les négociations engagées (C. Daniel et M. Pesenti, *op. cit.*). Or, comme nous le développons ici, les actes négociés soumis à consultation du personnel ne répondent pas au critère de validité qui est d'être signé par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de cinquante pourcents des suffrages exprimés en faveur d'organisations syndicales représentatives lors des dernières élections du comité social et économique, lui-même mis-en-place dans le périmètre de l'entreprise. Or si ces actes sont bien négociés directement ou indirectement avec des organisations syndicales représentatives, ils ne sont pas signés par les organisations syndicales représentatives majoritaires de l'entreprise, soit que les signataires ne sont pas majoritaires soit parce que le négociateur mandaté n'est, par hypothèse, pas le représentant d'une organisation syndicale dont la représentativité aurait été mesurée dans le périmètre de l'entreprise. C'est en cela qu'il s'agit bien d'un acte négocié, mais qui n'aboutit pas à un accord collectif valide au sens du premier alinéa de l'article L. 2232-12, il est donc un acte inabouti.

porter que sur des matières que la loi subordonne à un accord collectif pour leur mise en œuvre.

Elles ont enfin en commun un même seuil de validité de l'accord, à savoir que l'acte doit être approuvé par la majorité des voix exprimées.

C'est pourquoi nous proposons de qualifier de consultation d'approbation, celle qui concerne des actes inaboutis, c'est-à-dire négociés directement ou indirectement par des organisations syndicales sans que la condition majoritaire ne soit remplie, qui peuvent porter sur tous les domaines ouverts à la consultation d'entreprise et qui doivent être approuvés à la majorité des suffrages exprimés. Font cependant exception à ces critères, les actes négociés dans les entreprises de onze à cinquante salariés, où les élus, qu'ils soient mandatés ou non, peuvent aussi négocier dans le même champ sans que l'accord n'ait à être approuvé par le personnel. Ce qui s'entend ici au regard de la volonté de favoriser la conclusion de ces actes qui ouvrent plus de souplesse aux entreprises.

b. La consultation de ratification des actes projetés par l'employeur

111. Il faut ensuite distinguer les consultations de ratification qui, quant à elles, portent sur des projets d'accord de l'employeur et ne font pas obligatoirement l'objet d'une négociation. Ces consultations concernent deux catégories d'entreprise. Celles de moins de onze salariés et celles de onze à vingt salariés dépourvues de délégués syndicaux et de membres élus au comité économique et social. Toutes deux répondent au régime de consultation déterminé aux articles L. 2232-21 à L. 2232-22-1 du Code du travail. Dans ces entreprises, l'employeur peut donc proposer un projet d'accord ou un avenant de révision. Ce projet doit ensuite être ratifié par une majorité des deux tiers du personnel pour être « considéré comme un accord d'entreprise valide »⁷⁰⁰. La procédure étant commune aux deux fourchettes d'effectif mentionnées, ce qui nous permet de distinguer cette catégorie de consultation des consultations d'approbation par le mode d'élaboration d'une part.

⁷⁰⁰ Art. L. 2232-22 al. 1^{er} du Code du travail.

Il s'agit d'un simple projet, ce qui signifie que cet acte peut être élaboré unilatéralement sans aucune obligation de négociation, de concertation ou de consultation préalable à sa phase de validation. Dans cette hypothèse, aucun « support dialogal »⁷⁰¹, c'est-à-dire aucune obligation de mettre en dialogue l'élaboration de la norme, n'est institué.

La loi attribue l'initiative au seul employeur qui « peut proposer un projet ou un avenant de révision aux salariés » selon les termes de l'article L. 2232-21 du Code du travail⁷⁰². Ces derniers ne peuvent prendre qu'une seule initiative à ce sujet, celle de dénoncer un accord ou un avenant, dans des conditions plus limitées que celles de l'employeur puisqu'ils ne peuvent notifier celle-ci que dans le mois précédant la date anniversaire de l'acte contesté et par une notification collective écrite soutenue par deux tiers des salariés. D'autre part le seuil de validité pour la consultation est une majorité renforcée aux deux tiers.

Elle a cependant en commun avec les consultations d'approbation de pouvoir porter sur toutes les matières qui peuvent être négociées par accord d'entreprise. C'est aussi pourquoi nous proposons de nommer cette catégorie comme consultation de ratification des actes projetés par l'employeur.

2. Un changement dans la logique de la norme négociée par le recours à la consultation

112. Le recours à la négociation collective signifie une logique différente dans l'adoption d'actes assimilés à des accords. En premier lieu, la procédure d'adoption, qui ne correspond pas nécessairement à une négociation, ne repose pas non plus sur une tentative de rééquilibrer les rapports asymétriques entre l'employeur et les salariés consultés qui lui sont subordonnés. En second lieu, cela modifie la logique de l'acte lui-même, qui n'est pas à proprement parler un accord collectif.

⁷⁰¹ F. Géa, « Dialogue social ? Vous avez dit dialogue ? », in F. Géa et A. Stévenot, *Le dialogue social. L'avènement d'un modèle ?*, Bruylant, 2021, p. 203.

⁷⁰² F. Fouvet, *op. cit.*, p. 388 ; S. Frossard, « Regards sur les pratiques de rédaction et d'adoption : enjeux et rapports de force », *Dr. soc.*, 2023, p. 395.

Partie 1 : L'institution du dialogue social comme modèle de relations collectives

a. Du point de vue de la procédure : une asymétrie dans la représentation des intérêts

113. La négociation dans une entreprise pourvue de délégués syndicaux, s'appuie sur la représentation des intérêts matériels et moraux des salariés tant individuels que collectifs⁷⁰³. Il s'agit ici de la mission première des organisations syndicales qui jouent un rôle de médiation. L'accord collectif doit en ce sens permettre de concilier des intérêts matériellement divergents, s'ils ne sont antagonistes. Mais lorsque l'accord ou l'acte qui en produit les mêmes effets n'est pas le produit d'une négociation aboutie, voire d'aucune négociation, cela pose la question de la prise en compte des intérêts des salariés dans une procédure de consultation. La procédure de consultation de ratification apparaît sommaire à une partie de la doctrine, en ce qu'elle se limite à trois étapes que sont la proposition d'un projet, sa communication aux salariés et l'organisation d'un scrutin⁷⁰⁴. La procédure est semblable pour l'approbation des actes inaboutis, mais elle permet une représentation des intérêts dans la phase de négociation.

114. La consultation elle s'appuie sur une somme d'expressions individuelles plutôt qu'une expression collective⁷⁰⁵. La consultation s'inscrit dans une perspective individualiste des relations professionnelles en ce sens qu'elle ne saurait former l'expression collective⁷⁰⁶. Tout au plus, on pourrait y voir un « faisceau de manifestations de volonté (...) présentant entre elles un lien de connexité »⁷⁰⁷ duquel on extrapole un intérêt collectif. Dans une consultation, chaque salarié est consulté seul et s'exprime seul par son vote. Aucune obligation d'organiser un processus délibératif n'est prévu, à l'exception de la possibilité pour les organisations

⁷⁰³ Art. L. 2131-1 du Code du travail.

⁷⁰⁴ C. Giraudet et C. Nicod, *Analyse des accords obtenus par référendum dans les TPE de la région Auvergne-Rhône-Alpes*, CERCRID, Rapport pour France stratégie et le comité d'évaluation des ordonnances travail, fév. 2022, p. 18 ; S. Frossard, *op. cit.*, p. 394.

⁷⁰⁵ P. Lokiec, « Démocratie représentative et démocratie directe – La vogue du référendum », *Dr. soc.*, 2019, p. 201.

⁷⁰⁶ J. Barthélémy, *op. cit.* ; C. Wolmarck, « L'action dans l'intérêt collectif. Développements récents », *Dr. soc.*, 2017, p. 634 ; G. Auzero, *op. cit.*, p. 156 ; L. Pécaut-Rivolier, « Conventions et accords collectifs. La solidification des accords collectifs : les nouvelles conditions de conclusion et d'interprétation », *JCP S*, 2016, 1300.

⁷⁰⁷ F. Hénot, *op. cit.*, p. 134.

syndicales de faire campagne dans le cadre d'une consultation d'approbation⁷⁰⁸. Ce qui constitue une différence fondamentale avec les premiers projets de consultation qui étaient liés à la réunion d'assemblées générales des salariés.

Dans la phase de validation, il n'existe pas de garanties procédurales semblables à celles qui existent en matière de négociation avec n'importe quel agent qui doit être indépendant vis-à-vis de l'employeur, participer conjointement à l'élaboration du projet, pouvoir se concerter avec les salariés et prendre attache avec des organisations syndicales⁷⁰⁹. Ne pas avoir repris de telles modalités peut s'expliquer par le fait que l'entreprise n'a pas vocation, dans notre modèle économique, à être un lieu de démocratie⁷¹⁰, ouvrant le Droit à des délibérations collectives, mais est uniquement un lieu de production. Or c'est précisément cette absence de mise en discussion qui en fait un acte individuel, donc l'expression d'un intérêt individuel.

115. Le rapport à la représentation collective doit cependant être distingué selon que l'on se trouve face à une consultation d'approbation ou une consultation de ratification. Dans le premier, il y a une intervention syndicale qui assure la défense des intérêts collectifs. Toute proportion gardée puisque leur prise en compte n'a pas permis d'aboutir à la conclusion de l'accord avec les organisations syndicales représentatives majoritaires. L'acte s'appuie sur une légitimité électorale assise entre trente et cinquante pourcents des voix exprimées en faveur d'organisations syndicales représentatives lorsque le texte est signé par des syndicats minoritaires ou sur une représentativité calculée en dehors de l'entreprise lorsqu'il a été négocié avec des mandatés.

Cet intérêt collectif se caractérise par le fait qu'il ne peut concerner la défense d'un « droit exclusivement attaché à la personne du salarié »⁷¹¹. La Cour de cassation a aussi pu désigner des actes particuliers qui étaient de nature à porter atteinte à l'intérêt collectif de la profession tels que « la violation invoquée des dispositions relatives à l'interdiction de toute

⁷⁰⁸ A. Favre, « Regard constitutionnel sur la « négociation » dans les très petites entreprises », *Dr. ouv.*, 2018, p. 445 ; F. Fouvet, *op. cit.*, p. 388.

⁷⁰⁹ Art. L. 2232-29 du Code du travail.

⁷¹⁰ S. Schweitzer, « Le référendum d'entreprise démode-t-il le syndicalisme ? », *Dr. soc.*, 2018, p. 410.

⁷¹¹ Soc., 11 sept. 2012, n° 11-22.014, Publié, *D.* 2012. 2633, obs. P. Lokiec ; Soc., 14 déc. 2015, n° 14-17.152, Inédit, *RDT* 2016. 195, obs. C. Vigneau ; *SSL* 2016, n° 1710, obs. E. Boussard-Verrecchia et P. Masson ; Soc., 9 mars 2016, n° 14-11.837, Publié, *Dr. soc.* 2016. 650, étude S. Tournaux.

discrimination syndicale »⁷¹², « la violation des dispositions légales et conventionnelles impératives » telles que celles d'une convention de forfait⁷¹³, celles relatives au repos dominical⁷¹⁴ ou aux règles de recours au travail temporaire en ce qu'elles diminuent les capacités d'embauche de travailleurs permanents⁷¹⁵. L'intérêt collectif se formalise du reste dans les revendications communes et spécifiques d'une communauté de travail au sens de l'article L. 3143-3 du Code du travail.

La consultation d'approbation vise donc à y ajouter la légitimité de l'expression directe des salariés. Mais l'on en revient alors à la question de la prise en compte de l'intérêt collectif du salarié-électeur ou d'une simple expression de son intérêt individuel. Cette problématique est encore plus saillante dans le cadre d'une consultation de ratification puisque le projet soumis au vote n'est visé par aucune obligation de négociation garantissant la formation et l'expression de l'intérêt collectif et que par hypothèse, aucune campagne syndicale ne permettra aux salariés de former leur opinion sauf à solliciter une organisation extérieure à l'entreprise dans le délai de quinze jours prévus à cet effet. Mais là encore, cela repose sur une initiative individuelle. Dans l'emploi d'une telle technique, les « intérêts ne sont pas portés et exprimés par des acteurs reconnus légitimes pour cela et dotés d'un mandat pour les représenter, exprimer ou défendre leurs intérêts »⁷¹⁶.

116. L'expression individuelle peut aussi atteindre la solidarité du collectif en raison de l'évolution de la consultation de tout le personnel sur des sujets catégoriels alors que les premières consultations ne concernent que les « travailleurs intéressés »⁷¹⁷. Si cette formulation posait d'autres difficultés d'interprétation⁷¹⁸, elle ne permettait *a priori* pas d'inclure dans le scrutin des salariés non concernés par le dispositif. La consultation avait

⁷¹² Soc., 13 janv. 2021, n° 19-17.182, Publié, *Dr. soc.* 2021. 280, note F. Petit.

⁷¹³ Soc., 14 déc. 2016, n° 15-20.812, Publié, *JCP S* 2017. II. 1045, obs. B. Gauriau.

⁷¹⁴ Soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203, Publié ; *D.* 2017. 37, note G. Lardeux ; *Dr. soc.* 2017. 89, obs. J. Mouly ; *RDT* 2017. 134, obs. B. Géniaut ; *RTD civ.* 2017. 96, obs. J. Hauser.

⁷¹⁵ Soc., 23 mars 2016, n° 14-23.276, Publié, *RDT* 2016. 307 note A. Moulinier.

⁷¹⁶ C. Nicod, « Une déstructuration silencieuse », *Dr. soc.*, 2023, p. 428.

⁷¹⁷ Article 51 du Décret n° 46-1378 du 8 juin 1946 « portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale » ; Ancien article L. 731-1 du Code de la sécurité sociale abrogé par la Loi n° 94-678 du 8 août 1994 - art. 16, *JORF*, 10 août 1994.

⁷¹⁸ J. Barthélémy, « Le référendum en droit social », *op. cit.*, p. 93.

aussi une finalité différente en ce qu'elle ne pouvait qu'accroître les droits des salariés. Dans un arrêt du 9 octobre 2019, la Cour de cassation considère que le périmètre de la consultation est celui de l'établissement couvert par l'accord⁷¹⁹. Bien qu'il ne soit pas exclu qu'un accord catégoriel ne soit soumis qu'à l'approbation de la catégorie concernée, la Cour de cassation valide la possibilité pour les salariés qui ne sont pas concernés de participer à un vote qui concerne les salariés du même établissement. Si la solidarité d'un collectif peut s'exprimer par l'usage d'un vote sans distinction des collègues, formant une « expression collective, à la fois unique et indivisible »⁷²⁰, elle peut être remise en cause lorsqu'un collègue non concerné est appelé à s'exprimer sur une modification des conditions de travail des intéressés d'un autre collègue⁷²¹.

A l'inverse, en distinguant des catégories de personnels d'un même établissement qui ne seront pas soumises aux mêmes règles conventionnelles, on porte atteinte à l'unité de ce collectif et à sa solidarité. Il en va de même entre les salariés qui accepteraient et ceux qui refuseraient une modification de leur contrat de travail à la suite d'une consultation du personnel de l'entreprise par la diversification des droits de salariés placés dans une même situation⁷²². Il peut encore y avoir un « rôle anachronique »⁷²³ donné au vote des salariés, entre le moment de la conclusion de l'accord par les organisations syndicales représentatives issues des dernières élections professionnelles et le moment d'application de l'accord. En effet le collectif consulté n'est pas figé dans le temps et dans sa composition. En fonction de l'évolution de la composition du personnel, mais aussi de différents éléments conjoncturels, le collectif obligé n'est plus nécessairement celui qui a adhéré ni même toujours convaincu de son adhésion.

Le salarié est ainsi isolé dans la formation de son opinion et l'expression de son choix. Cela conduit à de vives critiques dans différentes disciplines, notamment du droit et de la

⁷¹⁹ C'est-à-dire les catégories du personnel consultées.

⁷²⁰ F. Petit, « La difficile mise en œuvre des référendums d'entreprise », *Dr. soc.*, 2017, p. 156.

⁷²¹ Ce fut le cas dans l'entreprise Novo Nordisk, où un texte a été validé par 64% du personnel. Le texte en question prévoyait l'allongement de la durée du travail pour 300 ouvriers, dans une entreprise comprenant 1.400 salariés. Une majorité de participants à ce scrutin a donc validé un allongement de la durée du travail qui ne les concernait pas puisque 64% de 1.400 représente 896 salariés, soit presque le triple du nombre d'ouvriers concernés par le texte. (V. G. Gourgues et K. Yon, « Référendums d'entreprise et conflictualité sociale. Éléments pour un bilan des réformes du droit du travail », *RDT*, 2018, p. 839).

⁷²² F. Hénot, *op. cit.*, p. 145.

⁷²³ A. Fabre, « Les négociateurs sociaux, « seuls juges » du principe d'égalité », *Dr. soc.*, 2015, p. 243.

sociologie, quant à la capacité réelle des salariés de refuser la proposition de l'employeur, qu'elle soit signée ou non par des organisations syndicales minoritaires. En ce qui concerne les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, c'est l'employeur qui a la maîtrise du processus en ce qu'il est à l'initiative du projet d'accord et qu'il organise la consultation. Ce que des auteurs ont pu ainsi traduire, considérant que la consultation du personnel sert à « enrôler les salariés pour qu'ils participent eux aussi à la dégradation de leurs conditions de travail, et d'autre part, éviter la discussion argumentée pour se contenter d'un binaire oui ou non. »⁷²⁴ qui conduirait les salariés à adhérer plus qu'à approuver⁷²⁵. Pour le Professeur Georges Borenfreund, ce serait même une « validation quasiment forcée (...) face au spectre de la perte d'emploi »⁷²⁶. Or les consultations ont souvent l'objectif de la sauvegarde de l'entreprise ou de réorganisation de celle-ci et se traduisent par des consultations abdicatives⁷²⁷.

Ce phénomène est renforcé par l'évolution des rapports économiques, en particulier le passage à ce que le professeur Charley Hannoun a nommé « l'entreprise-marchandise » qui est objet de valorisation. Or cette valorisation peut résulter ou inciter à procéder à des mesures défavorables aux salariés en termes de salaire, de temps de travail ou d'emploi pour améliorer, temporairement, la rentabilité de l'entreprise⁷²⁸. La pression sera d'autant plus forte que les salariés sont moins nombreux et que le secret de leur vote n'est, de ce fait, pas garanti. Une étude observe parfois un brouillage entre l'acte individuel et l'acte présumé collectif lorsque, cas régulièrement observé dans l'étude en question, il est mis en place une convention de forfait jour annuel par consultation de l'unique salarié de l'entreprise⁷²⁹.

117. Les salariés n'ont pas le même accès à l'information et à la formation pour former leur opinion⁷³⁰. Dans le cadre d'une consultation d'approbation, l'acte faisant l'objet d'une

⁷²⁴ G. Gourgues et K. Yon, « Référendum d'entreprise et conflictualité sociale. Elements pour un bilan des réformes du droit du travail. », *RDT*, 2018, p. 839.

⁷²⁵ F. Fouvet, « La sollicitation directe des salariés », colloque *Quelle place pour les salariés dans l'entreprise ?*, 2018, p. 133.

⁷²⁶ G. Borenfreund, « La volonté des salariés dans les relations collectives du travail », in T. Sachs, *La volonté du salarié*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2012, p. 23.

⁷²⁷ F. Hénot, *op. cit.*, p. 133 ; C. Teissier, *op. cit.*, p. 43.

⁷²⁸ C. Hannoun, « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le Droit du travail », *RDT*, 2008, p. 288.

⁷²⁹ S. Frossard, *op. cit.*, p. 396 à propos de C. Giraudet et C. Nicod, *op. cit.*, spéc. p. 72 et s.

⁷³⁰ P. Lokiec, *op. cit.*, p. 201 ; S. Frossard, *op. cit.*, p. 395.

négociation, l'employeur est tenu de fournir les informations nécessaires au sujet de cet accord. Dans ce cas, seuls les négociateurs ont accès à ces informations. Cependant, faute d'être valide, l'organisation du scrutin permettra aux organisations syndicales représentatives majoritaires qui n'ont pas signé l'accord ainsi qu'aux organisations syndicales représentatives minoritaires qui l'ont signé, d'expliquer leur position et de faire campagne. Ce faisant, si les salariés consultés n'accèdent pas à la totalité des informations, la présence d'organisations syndicales permet d'en diffuser une partie, pour autant qu'elles ne soient pas confidentielles, et de permettre l'expression de points de vue contradictoires permettant aux salariés de former leur opinion. Tel n'est pas le cas dans le cadre d'une consultation de ratification. Ici l'employeur n'a pour obligation que de transmettre aux salariés l'accord « quinze jours au moins avant la date de la consultation »⁷³¹ dont il « définit les modalités d'organisation »⁷³².

En matière d'information, le Conseil constitutionnel a jugé à plusieurs reprises que les instances représentatives du personnel devaient bénéficier d'une information suffisante pour rendre des avis utiles car c'est l'information qui permet « la prise en compte permanente de leurs [les salariés] intérêts dans les décisions relatives à la vie de l'entreprise »⁷³³. Si les élus doivent bénéficier d'une information suffisante pour une information-consultation, il paraît cohérent de garantir ce même droit à des salariés dont le vote va engager leur avenir et celui de l'entreprise.

Cet accès serait garanti par le délai de quinze jours entre la communication du texte et la consultation du personnel qui permet aux salariés de prendre contact avec les organisations syndicales⁷³⁴. Seulement l'employeur n'a pour obligation que de transmettre aux salariés l'accord « quinze jours au moins avant la date de la consultation »⁷³⁵. Cela suppose donc une démarche individuelle des salariés de demander des informations supplémentaires, qu'ils aient les moyens de contacter les organisations syndicales et que celles-ci aient eu le temps de produire une analyse de ces derniers dans un délai laissant suffisamment de temps de réflexion au salarié pour exprimer un choix éclairé. Tout repose donc dans ce délai sur

⁷³¹ Art. R. 2232-12 du Code du travail.

⁷³² Art. R. 2232-11 du Code du travail.

⁷³³ Cons. const., 16 déc. 1993, n° 93-328 DC ; Plus récemment, cette position a été renouvelée dans un arrêt Cons. const., 4 août 2017, n° 2017-652 DC.

⁷³⁴ Position avancée dans la *Semaine sociale Lamy* du 25 septembre 2017.

⁷³⁵ Art. R. 2232-12 du Code du travail.

l'initiative du salarié. Initiative individuelle qui ne garantit pas que les informations supplémentaires qu'il obtiendrait soient communiquées à tout le personnel. Dans la poursuite de notre analogie avec la consultation des représentants du personnel, une telle asymétrie n'est pas permise. Tous les élus doivent être également informés afin de rendre un avis utile sur ce qui relève, *in fine* d'une décision unilatérale de l'employeur.

A fortiori les salariés appelés à voter sur un acte qui produira sur eux les mêmes effets qu'un accord collectif devraient bénéficier d'une garantie équivalente. La première de ces garanties est l'accès à la base de données économiques sociales et environnementales qui doit regrouper un ensemble d'agrégats et d'informations nécessaires tant aux élus qu'aux délégués syndicaux pour analyser la situation et formuler leurs avis et revendications⁷³⁶. Ces données s'étendent à six ans à défaut d'accord, soit les deux années passées, l'année en cours et des données prévisionnelles pour les trois années à venir⁷³⁷. Ce qui permet donc d'avoir une vision plus globale de la situation de l'entreprise et des perspectives dans les domaines soumis à consultation.

Ces informations peuvent du reste être complétées selon les sujets par le recours à des expertises, des enquêtes, des visites, la demande de réunions extraordinaires ou à l'utilisation des heures de délégation pour procéder aux recherches et prises de contact nécessaires dans et hors de l'entreprise. Dans le cadre de la négociation, il est aussi possible de préciser par un accord de méthode « la nature des informations partagées entre les négociateurs, notamment, au niveau de l'entreprise, en s'appuyant sur la base de données »⁷³⁸ ainsi que de s'appuyer sur les expertises du comité en matière de négociation sur l'égalité professionnelle⁷³⁹ ou sur un plan de sauvegarde de l'emploi⁷⁴⁰. Les négociateurs doivent du reste disposer de toutes les informations nécessaires à l'exercice d'une négociation loyale⁷⁴¹. C'est ainsi que tous les syndicats invités à la négociation du protocole d'accord préélectoral, même s'ils ne sont pas implantés dans l'entreprise, doivent bénéficier des informations relatives à l'identité et au

⁷³⁶ Art. L. 2312-18 du Code du travail.

⁷³⁷ Al 4 de l'art. L. 2312-36 du Code du travail.

⁷³⁸ Art. L. 2222-3-1 du Code du travail.

⁷³⁹ 3° de l'art. L. 2315-94 du Code du travail ; Ce recours est réservé aux entreprises d'au moins trois cents salariés.

⁷⁴⁰ Art. L. 1233-34 du Code du travail.

⁷⁴¹ Soc., 9 oct. 2019, n° 19-10.780, Publié, *Jurisassociations* 2020, n° 612, p. 38, étude M. Julien et J.- F. Paulin.

niveau de classification des salariés. Cependant, l'obtention d'informations, déjà asymétrique en fonction des modalités de validation de l'acte, n'est utile que pour autant qu'elles soient intelligibles et que l'on ait la capacité de les analyser. Pour ce faire, élus et syndiqués disposent d'un accès plus favorable à la formation que les salariés.

118. Ils ne bénéficient pas non plus des mêmes droits en matière de formation. Les salariés qui ne bénéficient pas d'une représentation sont placés dans une situation d'asymétrie quant au droit à la formation dont bénéficient les représentants. Tous les salariés bénéficient certes de douze jours de formation économique, sociale, environnementale ou de formation syndicale⁷⁴². Cette durée est portée à dix-huit jours pour les salariés « appelés à exercer des fonctions syndicales »⁷⁴³ ou les animateurs de stages⁷⁴⁴. Les représentants élus au comité social et économique bénéficient quant à eux de cinq jours de formation économique qui s'imputent sur la durée du congé de formation économique, sociale, environnementale et syndicale⁷⁴⁵ et d'un congé de formation santé, sécurité et conditions de travail de cinq jours lors du premier mandat et de trois jours pour les mandats suivants ou de cinq jours dans les entreprises d'au moins trois cents salariés⁷⁴⁶. Ce dernier congé s'ajoute au délai de douze ou dix-huit jours de formation économique, sociale, environnementale et syndicale. Les élus bénéficient donc, outre de plus de jours de formation, d'une formation ciblée permettant non seulement d'assurer leurs attributions économiques et en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail, mais aussi d'avoir une expertise sur ces sujets qui peuvent faire l'objet de négociation. Ces formations sont tout de même accessibles à tous les salariés dans la limite de douze ou dix-huit jours.

Nous pourrions cependant poser l'hypothèse d'un moindre recours aux congés de formation de la part des salariés comparativement aux élus non syndiqués et des élus non syndiqués comparativement aux syndiqués, qu'ils soient élus ou non. Cette hypothèse s'étaye par le fait que les organisations syndicales mettent en place des parcours de formation et prennent l'initiative de la formation de leurs adhérents, mandatés et élus. Ce qui crée une asymétrie dans l'acquisition de compétences en matière de compréhension et d'analyses des

⁷⁴² Art. L. 2145-5 du Code du travail.

⁷⁴³ Art. L. 2145-1 du Code du travail.

⁷⁴⁴ Art. L. 2145-7 du Code du travail.

⁷⁴⁵ Art. L. 2315-63 du Code du travail.

⁷⁴⁶ Art. L. 2315-18 du Code du travail.

informations, elles-mêmes moins accessibles aux salariés, communiquées dans le cadre d'un processus de validation d'un acte normatif.

119. La consultation du personnel ne s'inscrit ensuite pas dans la même temporalité que la négociation collective avec des organisations syndicales représentatives ou des élus, mandatés ou non, ou des salariés mandatés et que la consultation des élus. La consultation du personnel représente la volonté des salariés à un instant donné, une majorité de circonstance façonnée par une conjoncture économique et un risque sur le maintien des emplois qui peuvent constituer une pression sur le choix des salariés, quand les organisations syndicales et les élus sont eux représentatifs durant un cycle et titulaires d'une protection couvrant une période plus importante, leur ôtant la pression que peut constituer le risque de perte d'emploi. Les titulaires de mandats sont ainsi dans une plus longue temporalité liée à leur représentativité ou leur mandat là où les salariés dans l'immédiateté de la situation qui conduit à l'organisation de la consultation. Associé à la différence d'accès à l'information et à la formation dont disposent les représentants, il est plus compliqué de prendre du recul sur l'acte proposé. Outre l'expérience que peuvent acquérir des délégués syndicaux ou des élus dans l'exercice de leur mandat, la base de données économiques, sociales et environnementales leur fournit des informations sur six ans, dont trois de données prévisionnelles. Ce qui est de nature à permettre de prendre du recul sur le choix fait et évaluer les marges de manœuvres. Le processus de production normative lui-même répond à des délais différents.

La négociation nécessite enfin le temps de négocier en lui-même, soit d'étudier les propositions de l'autre partie et d'y répliquer. L'obligation de loyauté assurant une garantie contre toute velléité de ne pas réellement négocier. En l'absence d'organisation syndicale représentative dans une entreprise d'au moins cinquante salarié, les agents palliatifs disposent d'un délai d'un mois pour se déclarer et c'est seulement à l'issue de ce délai que la négociation peut commencer⁷⁴⁷. La temporalité quant à l'élaboration de l'acte n'est donc pas la même puisqu'aucune règle ne dispose d'un quelconque délai ou temps de négociation du projet d'accord de l'employeur. Seule la révision ou la dénonciation de cet acte est encadrée par les délais en matière de révision et de dénonciation à l'initiative de l'employeur et par un délai d'un mois avant chaque date anniversaire s'il s'agit d'une initiative d'au moins deux

⁷⁴⁷ Art. L. 2232-25-1 du Code du travail.

tiers des salariés⁷⁴⁸. Cela pose la question du respect du principe d'égalité devant la loi⁷⁴⁹. Question d'autant plus importante que les conditions pour dénoncer sont strictes.

120. La temporalité quant à la validation de l'acte diffère elle aussi. Il en est ainsi de l'accord collectif négocié avec des délégués syndicaux. L'article L. 2232-12 du Code du travail dispose en effet d'un délai d'un mois pour que la ou les organisations syndicales représentant au moins trente pourcents des suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives au premier tour des élections professionnelles demandent à l'employeur l'organisation d'une consultation d'approbation et d'un délai de huit jours au terme du premier délai d'un mois pour que l'employeur en prenne l'initiative à condition que ces mêmes organisations syndicales ne s'y opposent pas. Il faudra ensuite négocier un protocole spécifique, impliquant une nouvelle phase de négociation et de signature, avec un seuil de validité réduit à trente pourcents. L'organisation du scrutin ne pourra alors avoir lieu qu'après un délai de quinze jours au moins après l'information des salariés⁷⁵⁰. Les salariés appelés à une consultation d'approbation disposent donc du même délai que ceux des entreprises concernées par les consultations de ratification mais ce délai n'intervient qu'après plusieurs phases de négociation et de délais de signatures qui n'ont pas aboutis à un accord majoritaire.

Quant aux accords conclus avec des agents palliatifs, là encore nous trouvons d'autres délais que celui de quinze jours pour sa validation. Il faut distinguer alors selon la taille de l'entreprise. Dans les entreprises de onze à cinquante salariés, en cas de négociation avec des élus, mandatés ou non, la validité de l'accord est soumise à sa signature par des élus représentant la majorité des suffrages exprimés⁷⁵¹. Il n'y a alors pas de délai expressément mentionné.

Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, en cas de négociation avec un ou des élus mandatés⁷⁵² ou avec un ou des salariés mandatés⁷⁵³, l'accord doit être approuvé par

⁷⁴⁸ Art. L. 2232-22 du Code du travail.

⁷⁴⁹ A. Favre, *op. cit.*, p. 447.

⁷⁵⁰ Art. D. 2232-4 du Code du travail.

⁷⁵¹ II. de l'art. L. 2232-23-1 du Code du travail.

⁷⁵² Art. L. 2232-24 du Code du travail.

⁷⁵³ Art. L. 2232-26 du Code du travail.

les salariés à la majorité des suffrages exprimés. Les modalités de consultation sont alors déterminées par l'employeur dans un délai de deux mois au cours duquel il doit consulter le ou les représentants élus du personnel mandatés ou le ou les salariés mandatés sur ses modalités. Cela fait, il peut organiser le scrutin en respectant le délai d'information de quinze jours⁷⁵⁴. Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, à défaut de négociateur mandaté, il demeure possible de négocier avec des élus non mandatés sur les mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord⁷⁵⁵. Dans cette hypothèse, sa validité est soumise à la signature par des élus majoritaires. Dans ces entreprises, il faut donc respecter le délai d'un mois pour identifier l'agent palliatif. Il s'agira en priorité des élus mandatés, à défaut des salariés mandatés, à défaut d'élus non mandatés. Dans cette dernière hypothèse, aucun délai supplémentaire n'est expressément déterminé pour recueillir les signatures, dans l'hypothèse d'une négociation avec des élus ou salariés mandatés, l'exigence d'approbation par les salariés entraînera l'organisation d'un scrutin et le respect du délai de quinze jours entre l'information et la consultation.

Ce panorama des différentes temporalités impliquées par les règles de négociation nous permet donc de constater un temps d'adoption des actes par consultation de ratification plus court que celui d'adoption d'actes négociés avec des agents palliatifs, lui-même plus court que le temps d'adoption d'un accord inabouti par la voie d'une consultation d'approbation.

On change donc de logique avec ces méthodes de validation d'un acte puisque là où la négociation est un « processus de production d'un compromis » formalisé dans l'accord collectif, la soumission à consultation du personnel d'un acte non négocié ou dont la négociation n'a pas abouti se limite à « un mécanisme de ratification d'un texte déjà établi »⁷⁵⁶. En ce sens, nous ne partageons pas l'opinion selon laquelle cette technique serait complémentaire de la négociation collective car elle ne serait que subsidiaire⁷⁵⁷. Elle est, dans tous ces aspects, antinomique.

⁷⁵⁴ Art. D. 2232-9 du Code du travail.

⁷⁵⁵ Art. L. 2232-25 du Code du travail.

⁷⁵⁶ A. Naboulet, *op. cit.*, p. 57 .

⁷⁵⁷ Opinion exprimée par P.-H. Antonmattei, « Syndicats représentatifs et référendum : la fausse concurrence », *Dr. soc.*, 2019, p. 198.

b. Du point de vue de l'acte : un problème de qualification du texte soumis à consultation

121. L'acte ratifié ou approuvé n'est ici pas le produit d'une négociation aboutie. Il faut ici distinguer les deux types d'actes. Les accords dits *imparfaits*⁷⁵⁸ sont des actes négociés mais inaboutis faute de répondre aux critères de validité d'un accord collectif, c'est-à-dire d'être signés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives majoritaires. En ce sens, l'acte soumis à approbation ne saurait être considéré comme le produit parfait de la négociation en ce que cette dernière a échoué. C'est en effet la signature des organisations syndicales représentatives majoritaires dans le périmètre de l'acte qui parfait celui-ci et lui ouvre la qualification d'accord. C'est parce qu'il s'agit d'un acte recevant un soutien minoritaire des organisations représentatives qu'il est soumis à la consultation afin d'obtenir directement la majorité qui n'a pas été trouvée indirectement par le truchement de la mesure de la représentativité. Quant aux actes négociés avec des mandats, quoiqu'ils soient indirectement négociés par des organisations syndicales représentatives au niveau de la branche ou au niveau national et interprofessionnel, ils ne font pas non plus l'objet d'une validité assise sur la représentativité majoritaire dans le périmètre de l'entreprise des négociateurs, faute d'implantation syndicale. Ce qu'il y a de commun à ces actes c'est qu'ils ne font pas l'objet d'une approbation par des organisations syndicales représentatives majoritaires ni d'une négociation aboutie avec ces mêmes organisations syndicales représentatives majoritaires. En cela la technique de consultation fait craindre que celle-ci n'affecte le Droit à la négociation⁷⁵⁹.

Il est aussi inabouti en ce qu'il ne porte aucun effet en lui-même. Il nécessite d'autres actes juridiques qui permettront sa mise en œuvre. Il faut en particulier son assimilation à un accord collectif par un acte législatif pour qu'il en produise les effets⁷⁶⁰. L'absence ou l'éviction de la négociation de l'acte interroge donc sa qualification et le régime qui en

⁷⁵⁸ V. Cohen-Donsimoni, « Le référendum comme mode de validation des accords collectifs », *Dr. soc.*, 2018, p. 422 ; F. Petit, « Le référendum en entreprise comme voie de secours », *Dr. soc.*, 2016, p. 903. ; F. Petit, « La légitimité des organisations syndicales, préalable à la légitimité de l'accord collectif », *Dr. soc.*, 2018, p. 141.

⁷⁵⁹ L. Masson et A. Naton, « Un objet d'intérêt pour les organisations syndicales et patronales », *Dr. soc.*, 2023, p. 391.

⁷⁶⁰ F. Hénot, *op. cit.*, p. 136.

découle. Du reste, l'acte issu d'une consultation d'approbation est « considéré comme »⁷⁶¹, donc il n'est pas. C'est le Législateur, qui par cette formule convertit un acte unilatéral en acte produisant les effets d'un accord collectif⁷⁶². La consultation a pu être analysée comme une condition suspensive d'une décision unilatérale de l'employeur. En effet, dans le cadre d'un projet d'accord c'est le texte de l'employeur lui-même et dans le cadre d'un accord « imparfait », c'est celui de l'employeur éventuellement amendé à la suite de la négociation inaboutie, mais il conserve une maîtrise du texte soumis au vote⁷⁶³. C'était du moins une analyse pertinente dans le cadre de la prévoyance qui était un projet de l'employeur ratifié par les salariés⁷⁶⁴. Pour un auteur, il serait « surréaliste de l'assimiler [le texte ratifié] à un accord collectif »⁷⁶⁵. Ceci pose, outre la question de la qualification qui n'a que peu d'enjeux puisque l'acte produit les mêmes effets, celui de sa conventionalité et de sa constitutionnalité.

122. Le recours à la consultation du personnel pose un problème de conventionalité et de constitutionnalité. Elle fait planer un doute sur sa conventionalité au regard de la Convention n° 98 de l'OIT, du point de vue de la représentation des salariés. C'est dans sa recommandation 91, soit un acte certes non contraignant, que l'OIT définit l'accord collectif comme « tout accord écrit relatif aux conditions de travail et d'emploi *conclu* [nous soulignons] entre, d'une part, un employeur, un groupe d'employeurs ou une ou plusieurs organisations d'employeurs, et, *d'autre part, une ou plusieurs organisations représentatives de travailleurs, ou, en l'absence de telles organisations, les représentants des travailleurs intéressés, dûment élus et mandatés* [souligné par nous] par ces derniers en conformité avec la législation nationale »⁷⁶⁶. Le texte se réfère, quant à la validité, à la conclusion plutôt qu'à sa négociation.

⁷⁶¹ Al 1^{er} de l'art. L. 2232-22 du Code du travail.

⁷⁶² A. Favre, *op. cit.*, p. 441.

⁷⁶³ On pense notamment aux revendications des organisations syndicales minoritaires qui auraient pu être satisfaites au cours de la négociation, mais surtout à celles des organisations syndicales majoritaires qui n'ont *a priori* pas été satisfaites, les conduisant à ne pas signer le texte.

⁷⁶⁴ Dans l'article précité, Maître Jacques Bathélémy rappelle que la loi Evin du 31 décembre 1989 et celle du 8 août 1994 font de la prévoyance un assureur concurrent des compagnies et des mutuelles qui se distingue par la non-lucrativité, contrairement aux compagnies, et la cogestion, contrairement aux mutuelles. Le référendum porte sur le projet de l'employeur d'accorder des garanties supplémentaires, mais pour lesquelles il intègre la gestion des organismes. Le vote permet de ratifier l'accès à une garantie, mais aussi d'obtenir un contrôle sur celle-ci.

⁷⁶⁵ J. Barthélémy, « A propos du référendum », *Cah. DRH*, 1^{er} nov. 2017, p. 52 et *Rev. fid.*, 14 déc. 2017, p. 42.

⁷⁶⁶ Recommandation n° 91, « *recommandation concernant les conventions collectives* », OIT, 29 juin 1951.

Cela questionne donc la validité de l'acte validé par consultation du personnel qui, par hypothèse, n'est pas conclue par des organisations syndicales, des élus ou mandatés, quand bien même l'acte aurait fait l'objet d'une négociation. S'agissant d'un acte imparfait, on pourrait tout au plus prétendre qu'il a été conclu par des organisations syndicales représentatives minoritaires, mais là encore, par hypothèse, la condition de validité n'est pas remplie puisqu'il n'est pas conclu avec les organisations syndicales suffisamment représentatives pour que l'acte soit valide au sens de la législation nationale, d'où le recours à la consultation du personnel. Dans le cadre d'une consultation de ratification, il n'y a alors aucune intervention syndicale, d'élu ou de mandaté – à l'exception de l'hypothèse dans laquelle un salarié prendrait attache avec une organisation syndicale dans le délai de quinze jours entre l'information et le scrutin. Il ne saurait donc être qualifié d'accord au sens de la recommandation et entraîner les effets attachés à tel acte.

Le doute est encore permis au regard du bloc de constitutionnalité et du huitième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, aux termes duquel c'est « par l'intermédiaire de leurs délégués » que les travailleurs participent « à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion de l'entreprise ». Bien que le Conseil constitutionnel se soit exprimé sur la conformité de ce dispositif à la Constitution⁷⁶⁷, force est de constater qu'il n'a pas répondu aux arguments fondés sur cet alinéa⁷⁶⁸. Il n'a donc pas motivé sa décision quant à la conformité du dispositif de consultation d'approbation. Ce texte n'envisage la participation des salariés qu'à travers la représentation. Or les textes adoptés par le biais de la consultation du personnel ont bien vocation à contribuer à la détermination collective des conditions de travail et la gestion de l'entreprise, et ce, sans intervention, ou alors limitée, des représentants du personnel. La négociation est une modalité de détermination des conditions de travail et est garantie comme droit des salariés au titre de cet alinéa⁷⁶⁹. Négociation qui ne saurait être réalisée directement avec les salariés sauf à leur reconnaître un statut protecteur qui garantit leur indépendance vis-à-vis de l'employeur⁷⁷⁰. C'est pourquoi un accord ne peut être négocié et conclu que pas des représentants des salariés bénéficiant d'une protection et que la participation de façon plus générale ne s'exerce que par

⁷⁶⁷ Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC.

⁷⁶⁸ F. Mehrez, « La consultation dans les petites entreprises : l'introuvable mandat », in *Liber amicorum en hommage à Pierre Rodière*, LGDJ, Paris, 2019, p. 287.

⁷⁶⁹ Cons. const. 6 nov. 1996, n° 96-383 DC, n° 8.

⁷⁷⁰ Cons. const. 6 nov. 1996, n° 96-383 DC, cons. n° 20.

l'intermédiaire de délégués. Si des organisations syndicales interviennent dans le cadre d'une consultation d'approbation, tel n'est pas le cas de la consultation de ratification.

123. L'usage de la consultation correspond à une représentation réductrice de la démocratie transposée à l'entreprise. Le recours à la consultation du personnel fait l'objet de vives critiques que nous avons en partie mentionnées. Une critique plus globale consiste à y voir une « conception frustrée de la démocratie » qui serait « réduite au seul acte de voter, alors même que la démocratie comporte une dimension délibérative essentielle »⁷⁷¹. On aurait par ce recours au vote un effacement de la délibération, qui permet d'appréhender la décision par le débat et qui nécessite le recours à des structures, syndicales ou institutions représentatives du personnel, dans leur rôle d'étude et de défense des intérêts collectifs. Ce dispositif répondrait cependant à une limite que connaît l'intervention syndicale face à des accords qui n'ont plus vocation à accorder des avantages supplémentaires mais à déroger *in pejus* à l'ordre public social⁷⁷². Dérogations qui sont désormais largement ouvertes par le recours à ce dispositif⁷⁷³. Cela nécessite une plus forte légitimité pour ces actes, possiblement adoptés par consultation du personnel⁷⁷⁴, qui repose de ce fait sur l'adhésion des salariés⁷⁷⁵.

L'objectif est bien celui-ci, donner une plus forte légitimité à la décision prise en l'absence de négociation aboutie⁷⁷⁶. Si dès la première réforme du dialogue social on institue la constatation par l'administration de l'accord du personnel sur les horaires individualisés, il n'est pas envisagé alors d'instituer une procédure générale de consultation qui serait « la mort du fait syndical » selon le ministre Auroux⁷⁷⁷. Il exprimait ainsi son rapport antagoniste avec la représentation du personnel. La consultation du personnel peut servir d'outil de contournement de l'action syndicale⁷⁷⁸. Ce peut aussi être un moyen de pression pour obtenir

⁷⁷¹ B. Dabosville, « Le référendum d'entreprise ou le spectre de la démocratie illibérale », *Dr. ouv.*, 2019, p. 437.

⁷⁷² J. Barthélémy, « Le référendum en droit social », *op. cit.*, p. 89.

⁷⁷³ C. Giraudet et C. Nicod, *op. cit.*, p. 16.

⁷⁷⁴ F. Petit, « Les conditions d'organisation du référendum dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2018, p. 417 ; F. Mehrez, *op. cit.*, p. 287.

⁷⁷⁵ V. *infra* aux paragraphes n° 132 et s.

⁷⁷⁶ B. Gauriau, « Le référendum, un préalable nécessaire ? », *Dr. soc.*, 1998, p. 338.

⁷⁷⁷ *JO* des débats, 2^e séance du 10 juin 1982, p. 3245.

⁷⁷⁸ N. Laffue, « Le référendum dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2018, p. 428 ; Quant à l'utilisation de cette méthode en Italie dans les usines Fiat, v. l'étude de G. Gourgues et J. Sainty, « La négociation d'entreprise au piège du référendum. Les enseignements des nouveaux accords d'entreprise des usines italiennes Fiat (2010-2011) »,

la signature d'un syndicat qui craindrait d'être désavoué. *A contrario* l'assise électorale peut aussi être confirmée par cette technique et conduire à désavouer les choix de la direction⁷⁷⁹. Ce peut encore être un outil de division des organisations syndicales, ou du moins cela peut contribuer à nourrir des conflits entre syndicats⁷⁸⁰. Ce peut encore être un outil qui permet à l'employeur de valoriser des attitudes plus consensuelles⁷⁸¹ en faisant des salariés les « arbitres »⁷⁸² des divisions syndicales., quand il ne s'agit pas plus radicalement de faire reculer le contrôle syndical sur la production normative.

Notons enfin qu'outre les vives critiques suscitées par ces méthodes de validation d'actes supposés négociés, des propositions alternatives sont formulées. Dans l'un de ses avis, le conseil économique, social et environnemental évoquait en ce sens la possibilité négocier avec des « élus de proximité, c'est-à-dire appartenant à des entreprises du même secteur d'activité dans un cadre local »⁷⁸³ pour permettre aux très petites entreprises, de conclure des accords collectifs. Or cette hypothèse a été écartée⁷⁸⁴. On peut encore souligner la négociation en l'absence d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise existe déjà pour la négociation du protocole d'accord préélectoral, ce qui aurait pu constituer un outil de développement de la négociation et un moyen pour les organisations syndicales de s'implanter dans ces entreprises.

Sociologie du travail, 2015, p. 344 et de T. Pasquier, « La négociation collective en temps de crise : l'exemple des accords Fiat », *Dr. ouv.*, 2012, p. 112.

⁷⁷⁹ A titre d'exemples, on peut citer différents usages de la technique référendaire en ce sens, comme l'exemple de son utilisation chez RTE où l'implantation de la CGT est forte et où le syndicat était opposé au texte soumis à validation, que les salariés ont rejeté à plus de 70% (G. Gourgues, K. Yon, « Référendum d'entreprise et conflictualité sociale. Eléments pour un bilan des réformes du droit du travail. », *RDT*, 2018, p. 838).

⁷⁸⁰ C. Teissier, *op. cit.*, p. 47.

⁷⁸¹ B. Giraud, « Derrière la vitrine du « dialogue social » : les techniques managériales de domestication des conflits de travail », *Agone*, n° 50, 2013, p. 54.

⁷⁸² F. Fouvet, *op. cit.*, p. 125.

⁷⁸³ P. Aurelli et J. Gautier, *Consolider le dialogue social*, CESE, avis du 29 novembre 2006, p. 21.

⁷⁸⁴ C. Mariano, *La négociation substitutive*, *op. cit.*, n° 632, p. 696.

Section 2 : La diversification des fonctions de la négociation collective

124. L'institution du dialogue social signifie une diversification des fonctions de la règle négociée. La négociation collective avant l'« ère du dialogue social »⁷⁸⁵ était une négociation de l'affrontement pour le progrès, d'addition, qu'on l'associe ou non à un contexte économique favorable⁷⁸⁶. L'institution du dialogue social, signifie non seulement une autre conception de la négociation collective, mais institue aussi de nouvelles fonctions que nous allons ici développer. La négociation d'entreprise a acquis une fonction d'adaptation aux normes juridiques supérieures et aux circonstances économiques que nous développerons dans un premier paragraphe, une fonction d'anticipation des conflits permettant d'accompagner ces adaptations que nous étudierons dans un deuxième paragraphe et de légitimation des règles qui en découlent qui fera l'objet d'un troisième paragraphe.

Paragraphe 1 : La fonction d'adaptation

125. L'idée d'adaptation du droit est au cœur de ce mouvement de réforme⁷⁸⁷. L'accord collectif et le texte qui y est assimilé sont l'outil qui permet de s'adapter, ce qui « est désormais une nécessité, une condition de survie ; la convention collective d'entreprise ne saurait ignorer ces contraintes économiques et les adaptations sociales que la mondialisation de l'économie rend inévitables »⁷⁸⁸. C'est l'un des objectifs poursuivis par les réformes relatives au dialogue social. Déjà le rapport Auroux donnait comme impératif aux réformes à

⁷⁸⁵ J. Durringer, « Bienvenue dans l'ère du dialogue social : de nouvelles règles pour une nouvelle logique », *Dr. ouv.*, 2016, p. 56.

⁷⁸⁶ J.-E. Ray, « De la hiérarchie à l'articulation des sources en droit du travail », *LSM*, mai 2004, p. 57 ; J.-E. Ray, « Les curieux accords dits « majoritaires » de la loi du 4 mai 2004 », *Dr. soc.*, 2004, p. 591.

⁷⁸⁷ A. Supiot, *op. cit.*, p. 196 ; P.-H. Antonmattei, « La primauté de l'accord d'entreprise », *op. cit.*, p. 513 ; A. Mias, *op. cit.*, p. 318 ; G. François, « Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises (Première partie) », *op. cit.*, p. 957 ; F. Géa, *Retour sur les ordonnances Macron. Un nouveau droit du travail ?*, *op. cit.*, p. 95.

⁷⁸⁸ J.-C. Javillier, « Les enseignements de l'analyse comparative et la pratique française », *Dr. soc.*, 1990, p. 667.

venir « de faire coexister la reconnaissance des droits nouveaux aux travailleurs et les divers équilibres de l'entreprise en libérant la capacité d'innovation et d'adaptation des travailleurs, indispensable dans les circonstances économiques difficiles que nous connaissons »⁷⁸⁹. Ces nouvelles possibilités offertes par l'évolution du droit de la négociation collective et de l'adoption d'actes normatifs ont été intégrées par les directions d'entreprise pour faire de la négociation un « outil de gestion au service de la stratégie industrielle »⁷⁹⁰. Ces évolutions ont ainsi permis d'après certaines organisations patronales « une meilleure adaptation des entreprises à leur marché ou à leur environnement économique »⁷⁹¹.

Est assignée aux négociateurs une mission d'adaptation des normes, en particulier des normes d'organisation, afin que celles-ci s'adaptent aux situations diverses et puissent concilier l'économique et le social⁷⁹². C'est l'idée qu'« à la négociation débouchant sur un toujours plus en faveur des salariés – se substitue peu à peu la fameuse négociation « donnant-donnant » »⁷⁹³. D'autres auteurs écriront que l'on passe d'une négociation d'addition à une négociation de substitution, voire d'adaptation⁷⁹⁴. Dans ce changement majeur, l'employeur n'est plus le seul à faire des concessions⁷⁹⁵.

Les réformes relatives au dialogue social ont engagé le déploiement d'une ingénierie juridique permettant à l'entreprise de développer la négociation de normes d'organisation en lien avec les mutations technologiques⁷⁹⁶. Les lois Auroux ont ainsi permis par la combinaison de la création de l'obligation annuelle de négocier⁷⁹⁷ et la possibilité de déroger

⁷⁸⁹ J. Auroux, *Les droits des travailleurs*, Rapport au Président de la République et au Premier Ministre, La documentation française, 1981, p. 31.

⁷⁹⁰ G. Groux, « Europe centrale et de l'Est : une amplification de nouvelles pratiques de dialogue social de l'industrie ? », *Travail et emploi*, n° 123, 2010, p. 71.

⁷⁹¹ H. Mongon, « Négociation collective : un contrôle du juge à exercer avec discernement », *Dr. soc.*, 2020, p. 491 ; v. également B. Gauriau, « L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 (A propos de l'article L. 2254-2 du Code du travail) », *Dr. soc.*, 2018, p. 505.

⁷⁹² P.-H. Antonmattei, « Enjeux et exigences d'un droit du travail plus conventionnel », *op. cit.*, p. 39.

⁷⁹³ M. Despax, « De l'accord à la loi », *Dr. soc.*, 1987, p. 187.

⁷⁹⁴ J. Barthélémy, « Négociation collective d'entreprise : dérogations ou concessions », *Dr. soc.*, 1988, p. 554 ; P. Soulier, « L'objet de la négociation », *Dr. soc.*, 1990, p. 596.

⁷⁹⁵ J. Péliissier, « Droit des conventions collectives. Evolution ou transformation », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, L.G.D.J., 2001, p. 95.

⁷⁹⁶ P.-H. Antonmattei, *op. cit.*, p. 39.

⁷⁹⁷ Art. 4 de la loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail.

par accord aux règles relatives à l'aménagement du temps de travail⁷⁹⁸, une première forme de négociation d'adaptation. Ce qu'a entendu développer la majorité suivante lorsque Philippe Séguin promeut la règle contractuelle au motif qu'elle « permet une adaptation progressive du droit aux évolutions techniques et économiques »⁷⁹⁹. Elle légitime la norme produite. Elle ouvre la possibilité à l'accord d'entreprise d'être un outil de gestion, d'en être même un instrument privilégié pour l'organisation sociale de l'entreprise⁸⁰⁰.

126. Une telle négociation menée au niveau de l'entreprise permet à l'employeur de conserver la maîtrise du processus. Là où la loi et la convention collective de branche ont vocation à être la même pour tous soit à l'échelle de la Nation, soit à l'échelle d'une profession, la négociation de l'accord et sa survie dépendent des parties. Elles peuvent en demander la révision ou le dénoncer à tout moment. Ainsi si une norme négociée paraît trop contraignante, elles peuvent s'en détacher puisque les potentiels avantages issus de celle-ci pour les salariés n'ont pas été incorporés au contrat de travail. La norme négociée a ce caractère non pérenne qui en fait un outil de gestion adapté⁸⁰¹.

Ainsi que le développe un auteur, « certains thèmes de négociation sont directement liés à la stratégie économique. Lorsqu'est élaboré l'objectif, sous forme de prévisions, la direction imagine un scénario à partir d'un chiffre d'affaires donc de volumes par produits. Elle détermine en même temps les moyens de réaliser cet objectif et évalue le coût. Parmi ces moyens, il y a nécessairement ceux qui se rapportent au personnel, tout spécialement la masse salariale donc le niveau des salaires effectifs et le nombre et la répartition des heures effectives de travail. Les prévisions étant établies pour la durée de l'exercice social, c'est-à-dire douze mois, il est logique que la négociation sur ces thèmes porte sur la même période »⁸⁰².

⁷⁹⁸ Art. 2 de l'ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés.

⁷⁹⁹ P. Séguin, « L'adaptation du droit du travail », *Dr. soc.*, 1986, p. 830.

⁸⁰⁰ B. Teyssié, « A propos de la négociation collective d'entreprise », *Dr. soc.*, 1990, p. 577 ; F. Bergeron-Canut et M. Morand, « Accord collectif et contrat de travail », in G. Loiseau, *Mélanges en l'honneur de Pierre-Yves Verkindt*, LGDJ, 2022, p. 30.

⁸⁰¹ P. Séguin, « L'adaptation du droit du travail », *Dr. soc.*, 1986, p. 830 ; J. Barthélémy, « La négociation, outil de gestion des entreprises », *Dr. soc.*, 1990, p. 582.

⁸⁰² J. Barthélémy, *op. cit.*, p. 582.

Et l'auteur de voir dans les obligations de négociation annuelle une volonté du Législateur de faire de l'accord collectif un outil de gestion. Analyse que l'on peut admettre. En effet, en fonction des objectifs stratégiques de l'entreprise, au moins pour l'année à venir, celle-ci pourra négocier l'aménagement du temps de travail adapté et anticiper l'évolution de sa masse salariale. Outre ces négociations annuelles, le délai de survie de l'accord correspond lui aussi opportunément à la durée d'un exercice budgétaire.

Cette hypothèse formulée en 1990 trouve un écho avec la situation actuelle. Parmi les outils de gestion de la masse salariale et d'adaptation du temps de travail se trouve l'accord de performance collective. D'après le bilan de la négociation collective 2020, les entreprises ont une plus forte tendance à conclure des accords de performance collective au dernier trimestre⁸⁰³ de l'année civile, or l'exercice comptable se clôture généralement en fin d'année civile. Il ne s'agit là que d'hypothèses, tout au plus de corrélations, mais l'on y trouve une cohérence. Il faut cependant préciser que cet accord est normalement tourné vers le règlement de situations de crise et non de gestion normale de l'entreprise⁸⁰⁴. L'initiative de la négociation peut pourtant en faire un outil de gestion de l'employeur afin de servir à valider ou aménager ses choix.

L'accord est alors un support à la décision de gestion⁸⁰⁵. Ce peut notamment être le cas pour égaliser les statuts conventionnels dans le cadre d'un transfert d'entreprise⁸⁰⁶ voire à l'utiliser pour « restructurer à bas coût »⁸⁰⁷. Ce qui amène une partie de la doctrine trouvant ce dispositif intéressant à proposer des mécanismes correcteurs⁸⁰⁸ tandis que d'autres pensent qu'un tel accord ne saurait avoir pour effet de réduire les effectifs ou contourner le régime des licenciements collectifs⁸⁰⁹ induisant une obligation de remplacer les salariés licenciés.

⁸⁰³ C. Deffes *et al.*, *La négociation collective en 2020*, Bilan et rapports, DARES, DGT et Min. du Travail, 2021, p. 386.

⁸⁰⁴ V. Y. Tarasewicz, « L'accord de performance collective entre risque et promesse », *RDT*, 2020, p. 584 et H. Cavat, « L'accord de performance collective ou le transfert du risque », *RDT*, 2020, p. 587.

⁸⁰⁵ I. Meftah, « La singularité de l'accord de performance collective », *BJT*, mai 2021, p. 53.

⁸⁰⁶ L. Aluome, « L'accord de substitution au sens de l'article L. 2261-14 du Code du travail », *Dr. soc.*, 2021, p. 527 ; pour une position opposée, v. F. Géa, « Accord de performance collective et accord de substitution (en cas de transfert d'entreprise) », *RJS*, 5/20, p. 315.

⁸⁰⁷ F. Champeaux, « L'APC, objet de tous les fantasmes », *SSL*, n° 1933, 14 déc. 2020.

⁸⁰⁸ Y. Tarasewicz, *op. cit.*, p. 586.

⁸⁰⁹ F. Morel, « Licenciement d'un accord de performance collective : quel contrôle du juge ? », *SSL*, n° 1933, 14 déc. 2020.

127. L'usage de la négociation comme outil de gestion se retrouve également dans les thèmes de négociation abordés⁸¹⁰. L'un des coûts faisant l'objet du plus d'attention dans l'entreprise est celui de la masse salariale, la négociation de gestion lie l'organisation de l'activité productive à une incidence sur le coût de la force de travail⁸¹¹, voire la réduit à cela. Sa valeur absolue peut évoluer, quel que soit le sens de cette évolution, de deux façons : soit par la variation du prix accordé à la force de travail, soit par la variation du temps d'usage de cette force de travail. Dans le premier cas, la réduction du salaire versé permettra une augmentation de la part de la rémunération du capital pour une même durée de travail donnée. Dans le second cas, l'augmentation du temps de travail permettra de bénéficier plus longtemps de la force de travail, donc d'augmenter proportionnellement la part de la rémunération revenant à l'entreprise. Nous voulons souligner que la négociation sur le partage de la valeur et le temps de travail sont les principaux leviers de gestion négociée de la masse salariale. Ce que l'on retrouve formulé dans certains rapports, notamment lorsqu'il est écrit que « la norme en matière de temps de travail est déterminante quant à la capacité des entreprises à être compétitives »⁸¹². Or ces thèmes sont très largement négociés, comme l'indiquent les bilans sur la négociation collective⁸¹³. La négociation sur les classifications et la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences répond quant à elle à une autre temporalité permettant d'anticiper, sur un temps plus long, l'évolution des métiers et les évolutions technologiques.

Les accords de durée précise fournissent à l'employeur une prévisibilité lui permettant d'anticiper, donc de gérer la négociation plutôt que de la subir à l'issue d'un conflit⁸¹⁴. La gestion de cette masse salariale peut notamment trouver support dans l'accord de performance collective. Celui-ci permet en effet d'aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ; d'aménager la rémunération au sens de l'article L. 3221-3 dans le respect des salaires minima hiérarchiques mentionnés au 1° du I de l'article L. 2253-1

⁸¹⁰ J. Barthélémy, *op. cit.*, p. 583 ; C. Nicod, « Négociation collective et management : des rencontres inédites ? », *SSL*, suppl. n° 1576, 18 mars 2013, p. 93 ; J. Porta, « Le Droit du travail en changement », *Travail et emploi*, n° 158, 2019, p. 116.

⁸¹¹ C. Nicod, « Les rapports entre accords collectifs », *RDT*, 2016, p. 802.

⁸¹² J.-D. Combrexelle, *op. cit.*, p. 85.

⁸¹³ Pour les dernières années : C. Deffes *et al.*, *La négociation collective en 2020*, Bilan et rapports, DARES, DGT et Min. du Travail, 2021, p. 222 ; N. Benmalek *et al.*, *La négociation collective en 2021*, Bilan et rapports, DARES, DGT et Min. du Travail, 2022, p. 226.

⁸¹⁴ J. Barthélémy, *op. cit.*, p. 583.

; et de déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise⁸¹⁵. En d'autres termes il permet une gestion négociée du coût de la masse salariale et de l'usage de celle-ci dans le temps, l'espace et la fonction. Il est l'expression même de ce pouvoir de conclure des accords de gestion avec un impératif d'adaptation qui justifie sa primauté sur le contrat individuel. Cela créant « une forme de sanction »⁸¹⁶ à l'encontre du salarié qui refuserait la modification de son contrat de travail.

128. La négociation collective de gestion est aussi un outil de gestion de crise. En témoigne le regain d'intérêt pour l'accord de performance collective en 2020⁸¹⁷. Le Droit commun contient déjà une certaine souplesse permettant de gérer une situation de crise, que ce soit par l'aménagement du temps de travail ou le recours à l'activité partielle. La crise économique de 2020 a conduit le Gouvernement à adopter des mesures d'exception permettant temporairement d'assouplir les dispositions relatives à la gestion du temps de travail et le recours à l'activité partielle qui devait alors être de longue durée. Cette gestion de crise s'est notamment appuyée sur l'ouverture de ces thèmes à la négociation collective afin d'instituer des dérogations supplémentaires⁸¹⁸.

La réaction à cette crise économique a conduit à une « hyper inflation » normative. D'une part du fait des textes produits par le pouvoir exécutif, qu'ils proviennent d'ordonnances, de décrets, d'arrêtés ou de « fiches métiers » et autres « questions-réponses », avec des normes changeantes ayant fait craindre que ce « flot normatif » ait pu « noyer employeurs et salariés dans une mer d'incertitude »⁸¹⁹. D'autre part du fait des accords collectifs qui étaient les actes-conditions nécessaires au bénéfice de certains dispositifs d'exception comme l'activité partielle de longue durée ou la possibilité d'imposer des congés aux salariés. Ces derniers ont majoritairement porté sur le temps de travail⁸²⁰.

⁸¹⁵ I. de l'art. L. 2254-2 du Code du travail.

⁸¹⁶ G. Bélier, « La centralité de l'accord d'entreprise : une croyance plus qu'une démonstration », *RDT*, 2015, p. 658 .

⁸¹⁷ M. Pesenti, *Les accords de performance collective : quels usages durant la crise sanitaire ?*, DARES analyses, n° 66, nov. 2021.

⁸¹⁸ V. *supra* aux paragraphes n° 86 et s.

⁸¹⁹ L. Malfettes, « Gestion de crise et droit social : vers un nouveau modèle normatif ? », *RJS*, 10/20, p. 677.

⁸²⁰ 63,1% des accords enregistrés en traitent en 2020 (C. Deffes *et al.*, *La négociation collective en 2020*, Bilan et rapports, DARES, DGT et Min. du Travail, 2021, p. 241) et 55,7% en 2021 (N. Benmalek *et al.*, *La négociation collective en 2021*, Bilan et rapports, DARES, DGT et Min. du Travail, 2022, p. 246).

Paragraphe 2 : La fonction de prévention des conflits

129. Le régime de la négociation collective modifié par les réformes du dialogue social tend à en faire un outil de résolution des conflits au sein d'une organisation économique. Nous avons développé précédemment l'importance du conflit dans la production conventionnelle⁸²¹. Nous écrivions que la négociation collective était jadis l'issue du conflit et qu'elle était l'outil permettant d'y mettre fin. Elle sert désormais à anticiper ces conflits par la définition de thèmes de négociation obligatoire qui interviennent à intervalle régulier sur des sujets conflictuels. Ce processus de négociation peut s'entendre pour trois raisons⁸²². Dans la négociation, chacune des parties a besoin de quelque chose que l'autre a la capacité de lui fournir ; la négociation peut offrir un avantage mutuel aux parties ; et elle est un mode légitime d'élaboration des normes. Dans cette optique, chacun aurait intérêt à la conclusion de l'accord. C'est la conception de l'accord « donnant-donnant », érigé en technique normative privilégiée⁸²³, qui postule qu'au-delà de la divergence d'intérêts qui existe entre les parties, il existe un espace commun dans lequel chacune des parties peut être appelée à faire des efforts afin d'atteindre une situation qui profite à tous.

L'article L. 2254-2 du code du travail nous offre un exemple formalisé par le Législateur de ces différents espaces et de comment ils peuvent interagir dans un tel accord. L'accord de performance collective doit tout d'abord avoir un objectif que l'on supposera commun aux parties, celui de « répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi ». Les parties, dans le cadre d'une telle négociation déterminent l'objectif qu'elles entendent poursuivre. Pour que l'accord soit « donnant-donnant », chaque partie a des intérêts propres auxquels elle est disposée à renoncer pour atteindre l'objectif énoncé comme commun. Pour la partie salariale, ces intérêts sont la durée du travail ainsi que ses modalités d'organisation et de répartition, la rémunération et la mobilité professionnelle ou géographique. Pour la partie patronale, c'est le préambule qui peut définir des efforts proportionnés fournis par les dirigeants salariés, les mandataires sociaux et les actionnaires. Cet article illustre donc une certaine vision de la

⁸²¹ V. *supra* au paragraphe n° 47.

⁸²² R. Bourque et C. Thuderoz, *Sociologie de la négociation*, La Découverte, 2002, pp. 11-12.

⁸²³ Y. Pagnerre, « Les accords de performance collective », *Dr. soc.*, 2018, p. 694.

négociation « donnant-donnant » car si l'objet de l'accord est de demander des efforts aux salariés pour atteindre un but appréhendé comme commun, pour la partie patronale ces efforts ne sont qu'une option⁸²⁴. Et comment pourrait-il en être autrement quand le négociateur de la partie patronale n'a pas nécessairement la capacité juridique d'engager les dirigeants salariés, mandataires sociaux et actionnaires. Ces derniers n'ont pas nécessairement de lien contractuel avec les salariés permettant de rendre effectif une telle clause⁸²⁵. Une étude sur ces accords établit même que seulement dix pourcents de ces accords contiennent des contreparties précises et trois pourcents des efforts de la part des dirigeants et actionnaires⁸²⁶.

130. Ces accords correspondent aussi à ce qui est désigné comme une fonction intégrative de la négociation. Ce qu'ont développés messieurs Richard Walton et Robert McKersie dans *A Behavioral Theory of Labor Negotiations*⁸²⁷. Cette négociation repose elle aussi sur la réalisation d'un objectif commun⁸²⁸ qui rend acceptable pour les parties certains efforts en contrepartie d'autres avantages. Pour y parvenir il faut donc définir communément le problème avant d'envisager les différentes solutions possibles et d'en évaluer l'impact pour chacune d'entre elle.

A la faveur d'une crise, cela s'est traduit dans la législation française par l'exigence d'établir un diagnostic partagé en préambule pour pouvoir bénéficier du dispositif d'activité partielle de longue durée⁸²⁹ ou de l'ancien accord de maintien de l'emploi⁸³⁰. Ce diagnostic participe de la volonté d'orienter, voire ici de contraindre puisque le bénéfice du dispositif en dépend, les négociateurs à définir l'objectif dans lequel ils négocient. Cette dimension était déjà présente, quoique moins affirmée, dans l'article L. 2222-3-3 du code du travail qui dispose que « la convention ou l'accord contient un préambule présentant de manière

⁸²⁴ G. François et C. Mariano, « L'accord de performance collective : trois questions en guise d'introduction », *BJT*, mai 2021, p. 41.

⁸²⁵ G. Duchange, « Accord de performance collective : conséquences sur le contrat de travail », *BJT*, mai 2021, p. 61.

⁸²⁶ H. Cavat, « Les accords de performance collective », *RDT*, 2020, p. 167.

⁸²⁷ A. Mias, *op. cit.*, p. 320.

⁸²⁸ R. Bourque et C. Thuderoz, *op. cit.*, p. 40.

⁸²⁹ Art. 1^{er} du décret n° 2020-926 du 28 juillet 2020 relatif au dispositif spécifique d'activité partielle en cas de réduction d'activité durable.

⁸³⁰ Anc. art. L. 5125-1 du Code du travail (v. également J. Dirringer et Y. Ferkane, « L'économie générale des « accords de compétitivité » mise sens dessus dessous », *Dr. ouv.*, 2017, p. 716).

succincte ses objectifs et son contenu ». Mais cet article précise aussitôt que son absence n'est pas sanctionnée de nullité. Cependant, par cette disposition, le Législateur invite les négociateurs à définir « [l]es objectifs » de l'accord. Nous trouvons également une règle similaire pour l'accord de performance collective qui doit préciser en préambule les objectifs poursuivis⁸³¹. Cela correspond aux éléments d'une démarche intégrative. En définissant un but commun aux négociateurs, ceux-ci sont supposés être plus aptes à chercher ensemble des solutions communes et à trouver un terrain d'entente. L'accord a une dimension de règlement des conflits en trouvant une solution qui satisfasse au mieux les parties⁸³².

131. A cette fonction intégrative ou de règlement de conflits, nous pouvons ajouter la dimension de prévention des conflits. La négociation annuelle dans l'entreprise a ainsi pu représenter un moyen d'anticipation des conflits en passant d'une *négociation à chaud*, c'est-à-dire faisant suite à un conflit, à une *négociation à froid*, c'est-à-dire avant que le conflit ne survienne⁸³³. Cette régularité des échanges est conçue comme un facteur d'apaisement des tensions permettant de débarrasser la négociation « de la passion ou de l'émotion suscitée par le conflit ou l'établissement manifeste d'une logique de rapports de force »⁸³⁴.

Philippe Séguin justifiait ainsi cette démarche en considérant que « par sa régularité, elle [la négociation d'entreprise] doit permettre de prévenir les difficultés, contribuer à un bon climat social et faciliter l'émergence de solutions liées à une nouvelle organisation du travail dans l'entreprise »⁸³⁵. Nous avons développé précédemment que l'entreprise est un lieu de conflit et qu'en cela il est générateur de production conventionnelle, soit comme résultat du conflit soit comme moyen de l'anticiper.

En somme, c'est parce que l'entreprise est un lieu de conflit qu'il faut y organiser un échange régulier entre le personnel et la direction. Ce qui amène certains sociologues à envisager l'institutionnalisation de la pratique de la négociation collective comme un élément qui permet aux directions de canaliser l'action syndicale, de limiter les risques de contentieux

⁸³¹ II. de l'article L. 2254-2 du Code du travail.

⁸³² M.-C. Rivier, « L'efficacité de la solution contractuelle », », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 219.

⁸³³ E. Peskine et C. Wolmark, *Droit du travail*, Dalloz, Hypercours, 2023, 16^e éd., n° 973, p. 615.

⁸³⁴ G. Groux, « L'entreprise : conflits et régulation(s) », *Droit et sociétés*, n° 41, 1999, p. 39.

⁸³⁵ P. Séguin, « Rôle et réalité de la négociation d'entreprise dans les relations sociales d'aujourd'hui », *Dr. soc.*, 1988, p. 7190 et s.

juridiques et de conflits collectifs⁸³⁶ voire d'un outil de contournement de l'action syndicale⁸³⁷ afin de « désamorcer le potentiel revendicatif lié à la question des salaires »⁸³⁸. La négociation d'entreprise offrirait pour d'autres un meilleur équilibre entre les contractants que le contrat individuel⁸³⁹. Cette négociation et la recherche de solutions consensuelles seraient également favorisées par le critère de l'audience électorale qui favoriserait une interaction permanente⁸⁴⁰. Le calcul se refaisant régulièrement, il aurait un caractère incitatif pour les organisations syndicales à prouver qu'elles sont constructives dans le cadre d'une campagne permanente pour la prochaine mesure de la représentativité.

L'intégration institutionnelle des thèmes les plus conflictuels favorisent donc une procédure de négociation régulière. C'est ainsi que le principal sujet de revendications lors des grèves qu'est la rémunération⁸⁴¹ est aussi le premier sujet soumis à des négociations annuelles obligatoires. Il n'est d'ailleurs pas anodin que dans les différentes lois et ordonnances publiées alors, l'instauration d'une obligation annuelle de négocier ait été associée aux mesures relatives au règlement des conflits⁸⁴². Sont depuis venus s'ajouter à ce thème celui de l'égalité professionnelle⁸⁴³ et de la gestion des emplois et des parcours professionnels. De la sorte, tout ce qui peut prêter à conflit fait l'objet d'une négociation régulière afin d'éviter qu'il ne survienne et en développant l'obligation pour les négociateurs de formaliser le but qu'ils poursuivent par l'accord et de dégager par là leur intérêt commun. Pour parfaire ces nouvelles fonctions de la négociation collective, les réformes du dialogue

⁸³⁶ B. Giraud et R. Ponge, « Des négociations entravées. Les ressorts ambivalents de l'institutionnalisation de la négociation collective en entreprise », *La NRT*, 2016, p. 3 et 14.

⁸³⁷ G. Groux, « Europe centrale et de l'Est : une amplification de nouvelles pratiques de dialogue social de l'industrie ? », *op. cit.*, p. 70.

⁸³⁸ C. Didry, « Présentation du rapport Entreprises en négociations : l'entreprise à la lumière des relations professionnelles », *Dr. ouv.*, 2021, p. 482.

⁸³⁹ J. Barthélémy, « La négociation collective d'entreprise, consensualisme ou formalisme ? », *Dr. soc.*, 1988, p. 402.

⁸⁴⁰ J.-E. Ray, « L'accord d'entreprise majoritaire », *Dr. soc.*, 2009, p. 890.

⁸⁴¹ N. Benmalek *et al.*, *La négociation collective en 2021*, Bilan et rapports, DARES, DGT et Min. du Travail, 2022, p. 470.

⁸⁴² Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, JORF, 14 nov. 1982, p. 3414.

⁸⁴³ V. art. L. 2242-1 du Code du travail.

social, instituent également une fonction légitimante. La négociation « tend à devenir l'instrument idéal de gestion des conflits dans tous les domaines de la vie sociale »⁸⁴⁴.

Paragraphe 3 : La fonction de légitimation

132. Les nouvelles règles d'adoption permettent de légitimer l'acte adopté, fonction rendue nécessaire en raison des fonctions précédemment développées. C'est en cela que nous considérons que la troisième fonction de la négociation collective saisie à travers le dialogue social est une fonction de légitimation. Ces règles visent non seulement à légitimer l'acte négocié, ou supposé l'être, mais, lorsqu'elle se superpose avec le pouvoir unilatéral de l'employeur, peut aussi légitimer celui-ci par la tentative préalable de négocier ou par la consultation du personnel.

A. Légitimation de la norme supposée négociée

133. La règle issue d'un accord collectif dispose d'une légitimité issue de son acceptation par les parties. Ce qui correspond à une approche contractualiste selon laquelle la légitimité résulte de la volonté des parties. A travers les signataires, il s'agit d'exprimer la volonté du personnel de sorte que « la règle d'origine collective a pour elle la volonté des parties de l'appliquer en droit et en opportunité »⁸⁴⁵. Elle viserait même à « traduire les aspirations des collectivités de salariés »⁸⁴⁶. La procédure d'adoption et l'acte lui-même visent à légitimer la règle, supposée acceptée par ses destinataires.

⁸⁴⁴ C. Nicod, *L'obligation de négocier dans les relations collectives de travail*, Thèse dactylographiée, Lyon 2, 1999, p. 5.

⁸⁴⁵ P. Séguin, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁴⁶ G. Borenfreund, « Le dévoiement de l'exigence de légitimité », *RDT*, 2016, p. 310.

1. Légitimité des producteurs de l'acte

134. La procédure de négociation a pour fonction de légitimer l'accord, en exprimant l'adhésion des collectivités de travailleurs qu'il couvre⁸⁴⁷. La fonction légitimante de l'accord tient alors à sa capacité à susciter l'adhésion des salariés. Le faire adhérer en mettant en avant l'intérêt du « sujet face au groupe, avec en arrière-plan un retour en force de l'intérêt de l'entreprise, de plus en plus confondu avec l'intérêt général »⁸⁴⁸. Il ne s'agit pas tant de contraindre le salarié que de lui faire admettre, par le biais d'une procédure d'élaboration conjointe de la norme, un intérêt supérieur fondé sur le meilleur équilibre. Il faut, pour que la règle soit légitime, que ses destinataires y consentent⁸⁴⁹. La procédure de négociation vise donc à organiser l'expression de son consentement de manière plus directe que la loi. Ce faisant, elle susciterait une meilleure application de la règle et éviterait « d'inextricables contentieux »⁸⁵⁰. Cette adhésion peut être recueillie de deux façons. Elle peut s'exprimer de manière directe par le recours à la consultation du personnel⁸⁵¹ mais aussi par l'engagement de leurs représentants⁸⁵². Ces derniers sont supposés légitimes par leur capacité « à traduire les aspirations des collectivités de salariés »⁸⁵³. Se pose alors la question de la légitimité de ces représentants. Il faut s'assurer que ceux-ci ont, outre la capacité légalement reconnue, la capacité réelle à exprimer la volonté des salariés et une représentativité suffisante pour que leur adhésion signifie l'adhésion du collectif représenté.

135. Pour garantir la légitimité des représentants, il a été institué une règle majoritaire. Leur légitimité est assise sur la représentativité des organisations syndicales qui est elle-même fondée sur l'audience électorale, ce que l'on appelle communément le principe ou la règle

⁸⁴⁷ *Ibid.*, p. 312 ; A. Villéger, « Pourquoi un droit du travail ? Libres propos sur la justification du point de vue des sciences de gestion », *Dr. soc.*, 2019, p. 348.

⁸⁴⁸ G. Borenfreund, *op. cit.*, p. 314.

⁸⁴⁹ J.-F. Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, Rapport au Premier Ministre, La Documentation française, 28 avr. 2009, p. 158 ; P.-H. Antonmattei, « A propos de la légitimité de la primauté de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.*, 2018, p. 160.

⁸⁵⁰ J.-E. Ray, « 4 mai 2004 – mai 2008 : le Droit de la négociation collective entre deux lois. A propos du rapport Chertier », *Dr. soc.*, 2006, p. 982.

⁸⁵¹ V. *supra* aux paragraphes n° 105 et s.

⁸⁵² J.-M. Verdier « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales », *Dr. soc.*, 1991, p. 5.

⁸⁵³ G. Borenfreund, *op. cit.*, p. 310.

majoritaire. Le vote en est la *clef de voûte*⁸⁵⁴. Ce qui n'allait pas de soi dans le système de relations collectives en France et ce qui n'a rien d'intemporel ou de naturel⁸⁵⁵. La vision essentialiste du syndicat selon laquelle le syndicat représente la classe ouvrière avait conduit à rejeter toute idée de règle majoritaire⁸⁵⁶. Cela était permis par la faible division syndicale qui existait un siècle auparavant. Le développement de la division syndicale⁸⁵⁷, à la suite de différentes scissions ou création de nouvelles confédérations a contribué à rendre nécessaire une mesure de la représentativité pour assurer la légitimité des textes consentis par des organisations ayant des orientations différentes pour une même collectivité représentée⁸⁵⁸. L'idée majoritaire permettrait dans un paysage syndical balkanisé de rapprocher la représentativité syndicale et la représentation, démontrant une capacité à engager les salariés⁸⁵⁹. Mais là encore pourra-t-on émettre un tempérament. A savoir que cette majorité peut n'être qu'« une majorité tronquée »⁸⁶⁰ relativement au taux de participation.

Il était également, et principalement selon nous, nécessaire de renforcer cette légitimité au regard des nouvelles possibilités ouvertes aux accords⁸⁶¹. L'usage de la technique dérogatoire ou supplétive permet en effet d'atteindre aux intérêts des salariés antérieurement protégés par l'ordre public. Un tel accord conclu avec des organisations bénéficiant d'une présomption irréfragable de représentativité est impensable car elle permettrait à un syndicat, même minoritaire, d'engager l'ensemble des salariés⁸⁶². Permettre une adoption par une organisation minoritaire d'un texte ayant un effet *erga omnes* n'était

⁸⁵⁴ G. Auzero, *op. cit.*, p. 155.

⁸⁵⁵ Y. Ferkane, *op. cit.*, p. 144.

⁸⁵⁶ M.-L. Morin, « Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé », *Dr. soc.*, 2000, p. 1082.

⁸⁵⁷ P. Rennes, « Représentativité syndicale et réalité des droits collectifs », *Dr. ouv.*, 2007, p. 22 ; J.-E. Ray, « L'accord d'entreprise majoritaire », *op. cit.*, p. 888.

⁸⁵⁸ P. Remy, « Représentation dans la négociation collective : les limites du principe majoritaire », *Dr. ouv.*, 1999, p. 269.

⁸⁵⁹ G. Borenfreund, « Propos sur la représentativité syndicale », *Dr. soc.*, 1988, p. 484.

⁸⁶⁰ P.-E. Berthier, « Les rapports entre accords de branche et d'entreprise : « renforcement de la négociation collective » ou renforcement du pouvoir patronal ? », *CSB*, 2017, p. 42 ; C. Nicod, « Convention de branche et d'entreprise : une nouvelle partition », *RDT*, 2017, p. 662.

⁸⁶¹ A. Mias, *op. cit.*, p. 317.

⁸⁶² J.-E. Ray, « Légalité et légitimité », *Dr. soc.*, 2020, p. 482 ; V. également R. Hadas-Lebel, *op. cit.*, pp. 45 et 143.

alors légitime que parce que la norme de niveau inférieur ne pouvait qu'améliorer celle du niveau supérieur puisqu'« au pire, c'était mieux »⁸⁶³.

136. L'introduction de la règle majoritaire se fait concomitamment à l'institution de l'accord dérogatoire d'entreprise sans conditions d'extension. Cela a été possible en 1982 en assortissant l'institution des accords dérogatoires de la possibilité pour les syndicats majoritaires de s'opposer à l'adoption de l'accord. Il s'agissait alors d'un garde-fou fondé sur l'introduction d'une règle majoritaire pour former l'opposition, assise sur la base de cinquante pourcents des inscrits⁸⁶⁴. La loi du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail institue un premier accord majoritaire en subordonnant le bénéfice des allègements de cotisations sociales à la signature d'un accord majoritaire basé sur les suffrages exprimés⁸⁶⁵. Avec la loi de 2004 certains auteurs voyaient dans l'accord majoritaire la possibilité de s'affranchir des normes supérieures⁸⁶⁶ tandis que d'autres voyaient dans cet « embryon de principe majoritaire » une concession accordée aux organisations syndicales « après avoir accordé au patronat l'extension de la possibilité de dérogation au détriment du principe de faveur »⁸⁶⁷. Cette loi constitue un élargissement de la règle majoritaire⁸⁶⁸ en ne la cantonnant plus au seul droit d'opposition et en abaissant le seuil par une assiette fondée sur les voix exprimées et non plus des inscrits.

C'est la loi de 2008 qui va sur ce point opérer le changement le plus radical en faisant de l'audience électorale le critère déterminant pour toute conclusion d'un accord⁸⁶⁹. Celle-ci visait explicitement à « fonder le dialogue social sur des organisations fortes et légitimes » au

⁸⁶³ J.-E. Ray, « Les curieux accords dits « majoritaires » de la loi du 4 mai 2004 », *op. cit.*, p. 591.

⁸⁶⁴ M.-L. Morin, *op. cit.*, p. 1083 ; J.-E. Ray, *op. cit.*, p.592 ; I. Odoul-Asorey et E. Peskine, « L'accord collectif majoritaire : déploiement ou morcellement », *RDT*, 2016, p. 803.

⁸⁶⁵ V. de l'art. 19 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

V. également Y. Struillou, « L'égalité en matière syndicale. Le concept politico-juridique de représentativité : clef de voûte de l'armature de l'égalité en matière syndicale », *Dr. ouv.*, 2013, p. 100.

⁸⁶⁶ J.-E. Ray, *op. cit.*, p. 590.

⁸⁶⁷ F. Saramito, « Le nouveau visage de la négociation collective », *Dr. ouv.*, 2004, p. 451.

⁸⁶⁸ J.-E. Ray, « L'accord d'entreprise majoritaire », *op. cit.*, p. 888.

⁸⁶⁹ *Ibid.*, p. 889.

moyen d'une « réforme de la représentativité syndicale (...) reposant notamment sur la prise en compte de l'audience électorale »⁸⁷⁰.

La fixation d'un seuil chiffré à la représentativité offre, au moins en apparence, une forme de critère communément admis comme objectif⁸⁷¹. L'idée majoritaire serait l'expression d'une adéquation entre la signature de l'accord et « la représentativité du terrain »⁸⁷².

Elle fait également le choix de fonder la représentativité sur les élections professionnelles alors que d'autres choix étaient possibles comme les élections prud'homales qui avaient l'avantage – car elles existaient toujours à l'époque – de concerner tous les salariés⁸⁷³ et de permettre un vote sur sigle, donc de choisir sur la base d'orientations syndicales. Avec ce scrutin, on préfère le vote pour une liste qui est élue pour d'autres fonctions et qui n'a pas pour objet premier la mesure de l'audience syndicale⁸⁷⁴. La rapport Hadas-Lebel indiquait en effet qu'« au niveau national interprofessionnel, seule l'élection prud'homale permet une mesure globale de l'influence des grandes confédérations »⁸⁷⁵ avant de la rejeter au motif d'une trop faible participation à celle-ci. Aujourd'hui les élections dans les très petites entreprises montrent que de ce point de vue, la confiance que les salariés expriment aux organisations syndicales n'est pas la même quand ils votent sur sigle et quand ils votent sur listes. En dehors de probables choix stratégiques qu'il ne nous est pas permis d'évaluer ici, le choix de ce scrutin pour mesurer la représentativité repose sur une logique, celle du développement de normes décentralisées.

Avec ce système, la légitimité de l'organisation est recherchée dans l'entreprise, là où l'on sera amené à négocier. Il s'agit donc de légitimer le négociateur d'entreprise afin qu'il prête celle-ci à la norme élaborée dans son périmètre. Sa légitimité est renforcée par

⁸⁷⁰ Exposé des motifs de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

⁸⁷¹ A. Hege, C. Dufour et M. Kahmane, « La loi du 20 août 2008 et les fondements de la représentation syndicale », *Revue de l'IRES*, 2015/4, n° 87, p. 95.

⁸⁷² C. Luquet de Saint Germain, « La place de la représentativité syndicale après l'adoption du principe majoritaire », *Dr. ouv.*, 2007, p. 16.

⁸⁷³ P. Rennes, « Représentativité : les principes de liberté et d'égalité syndicales appréciés avec raison », *Dr. ouv.*, 2008, p. 115.

⁸⁷⁴ J. Barthélémy, « Vers de nouvelles évolutions du droit de la négociation collective », *op. cit.*, p. 907.

⁸⁷⁵ R. Hadas-Lebel, *op. cit.*, p. 80.

l'exigence d'une audience minimale personnelle de dix pourcents. Au sujet de cette loi, le professeur Georges Borenfreund écrivait que « la réforme de la représentativité paraît bien avoir été pensée, réfléchi, essentiellement à l'aune d'une interrogation sur la légitimité des syndicats parties à un accord collectif »⁸⁷⁶, d'autres auteurs qualifiaient cette mesure de « référendum quadriennal »⁸⁷⁷.

137. Le critère d'audience a donc acquis une place centrale dans le système de représentation des salariés. C'est lui qui permettra notamment de faire le tri entre les syndicats autorisés à négocier ou non⁸⁷⁸. Il s'agit d'établir par ce biais « un lien fort entre un groupe de salariés et leurs représentants »⁸⁷⁹. Mais au sujet de l'appréciation de la légitimité d'une organisation syndicale à conclure un accord collectif assise sur son audience électorale, il faut souligner que contrairement à ce que le discours sur le renforcement de cette majorité peut induire, elle est en réalité plus facile à atteindre par la réduction du dénominateur. Le choix de ce dernier fait l'objet de débats⁸⁸⁰ quant à savoir s'il faut prendre en compte les inscrits, les voix valablement exprimées ou les seules voix exprimées en faveur d'organisations syndicales représentatives. Plus le dénominateur réduit, plus le seuil est facile à atteindre pour autant que l'on a acquis la représentativité.

Pour que l'accord soit valide, la partie syndicale doit en effet représenter « 50% des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives » selon le premier alinéa de l'article L. 2232-12 du code du travail modifié par la loi du 8 août 2016⁸⁸¹. Avant cela, il fallait avoir « recueilli au moins 30% des suffrages exprimés » selon le même article dans sa

⁸⁷⁶ G. Borenfreund, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *RDT*, 2008, p. 721.

⁸⁷⁷ J.-E. Ray, *op. cit.*, p. 890.

⁸⁷⁸ F. Petit, *op. cit.*, p. 144.

⁸⁷⁹ J.-F. Poisson, *op. cit.*, p. 158 ; Le rapport Poisson, contrairement à ce que nous développons ici n'en fait cependant pas un facteur de légitimation des organisations syndicales et de leur signature, il en fait simplement un élément de reconnaissance (v. p. 159). Nous faisons cependant peu de cas de cette distinction sémantique. Nous observons par ailleurs dans ce rapport que l'usage de certaines notions est souvent hasardeux, quand il n'est pas totalement erroné, qu'il s'agisse de l'assimilation faite entre l'entreprise et la collectivité de travail (v. pp.159 et 162) ou encore l'emploi de la notion d'établissement sans qu'il ne soit précisé s'il faut entendre là un établissement distinct ou une autre signification (p. 164).

⁸⁸⁰ F. Saramito, « A la recherche d'une majorité dans la négociation collective », *Dr. ouv.*, 2000, p. 433 ; J.-E. Ray, « Les curieux accords dits « majoritaires » de la loi du 4 mai 2004 », *op. cit.*, p. 590 ; I. Odoul-Asorey et E. Peskine, *op. cit.*, p. 803.

⁸⁸¹ Art. 21 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

rédaction issue de la loi du 20 août 2008⁸⁸². Celles-ci devaient assurer des « conditions de validité renforcées et donc plus légitimes »⁸⁸³ par le renforcement de la légitimité électorale des organisations syndicales signataires⁸⁸⁴.

Si bien sûr le seuil a été relevé de vingt points pour obtenir la majorité permettant de valider l'accord, ce pourcentage ne se calcule plus sur les « suffrages exprimés » mais sur les « suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives ». On a donc changé le dénominateur ou l'assiette. Dans une entreprise où toutes les organisations syndicales seraient représentatives, cela ne change rien, la représentativité électorale est la même que la représentativité comme signataire. Mais dans les entreprises où ce n'est pas le cas, cela signifie que le dénominateur est plus faible, partant il est plus facile à atteindre. Prenons un cas d'école, celui d'une entreprise où nous aurions neuf syndicats ayant recueilli neuf pourcents des suffrages et un syndicat ayant recueilli dix-neuf pourcents des suffrages. Avec la loi de 2008 l'unique syndicat représentatif n'atteignait pas le seuil lui permettant de signer valablement un accord. Tandis que depuis la loi de 2016, en tant qu'unique syndicat ayant atteint le score minimal de dix pourcents, il représente la totalité des suffrages exprimés en faveur d'organisations syndicales représentatives. Celui qui hier était incapable juridiquement de conclure un accord a aujourd'hui la capacité d'engager seul l'ensemble du personnel.

On pourrait y voir là une contradiction. Il n'en est rien. Certes cela est contradictoire au regard de l'argument de la légitimité assise sur une plus forte base électorale. Mais cela est tout à fait cohérent avec l'objectif de développer la norme conventionnelle. De ce fait, il importe peu que le seuil ne soit augmenté que par le changement de numérateur, il peut s'abaisser dès lors que des organisations syndicales n'ont pas acquis la représentativité. Cela va dans le sens de l'objectif principal qui est de faciliter la conclusion des accords en vue de favoriser la capacité d'adaptation des organisations économiques.

⁸⁸² Art. 8 de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

⁸⁸³ Exposé des motifs de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

⁸⁸⁴ V. Discours de Myriam El Khomri, Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social lors de la discussion après engagement de la procédure accélérée du projet de loi relatif aux nouvelles libertés et nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, Deuxième séance du 3 mai 2016.

2. Légitimité de l'acte lui-même

138. La norme négociée est légitime car sa finalité est de résoudre les problèmes de ses destinataires. Le contenu de l'accord justifierait sa primauté, en particulier du fait de la finalité⁸⁸⁵. C'est parce que l'accord collectif sert à adapter une norme générale au contexte particulier dans lequel il est adopté qu'il est légitime. Comme le dialogue social européen tire sa légitimité de sa participation à la « réalisation du Marché commun »⁸⁸⁶, l'accord d'entreprise ou de groupe tire la sienne de sa capacité à prendre en considération la situation de l'entité considérée et de s'adapter aux évolutions de son propre marché⁸⁸⁷. L'adoption de la règle par les destinataires permet de produire une règle adaptée à son contexte d'application là où la norme étatique, par sa généralité ne serait pas suffisamment efficace pour les organisations économiques, voire les entraverait⁸⁸⁸. Un tel mode d'élaboration normative tire donc aussi sa légitimité de sa capacité à répondre aux problématiques particulières posées à l'organisation et de la capacité d'adaptation qu'il lui ouvre.

Au-delà de la capacité juridique de négocier confiée aux syndicats représentatifs, cette légitimité tient de leur compétence à conclure un accord de qualité. Celle-ci est d'autant plus nécessaire dans le cadre d'une négociation qui peut s'avérer technique, notamment dans le cadre d'une négociation de gestion où vont se confronter enjeux économiques, technologiques et sociaux. L'accord tient donc sa légitimité du caractère gestionnaire des accords conclus car elle permet une adaptation, une meilleure gestion de l'entreprise⁸⁸⁹. C'est pourquoi certains auteurs défendent une professionnalisation des négociateurs, ce que le Législateur a commencé à faire⁸⁹⁰. Ces mêmes auteurs défendent donc le recours à la formation et à l'appui d'experts afin d'assurer la qualité du contenu de l'accord et d'éviter toute insécurité juridique

⁸⁸⁵ G. Borenfreund, « Le dévoiement de l'exigence de légitimité », *op. cit.*, p. 311.

⁸⁸⁶ H. Nasom-Tissandier, « La légitimité de la norme sociale en droit de l'Union européenne », *Dr. soc.*, 2018, p. 124.

⁸⁸⁷ J.-E. Ray, « Légalité et légitimité », *op. cit.*, p. 484.

⁸⁸⁸ P. Lokiec, « Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *op. cit.*, p. 100.

⁸⁸⁹ G. Borenfreund, *op. cit.*, p. 312 ; L. Pécaut-Rivolier, « Regards du juge judiciaire sur l'accord collectif », *Dr. soc.*, 2020, p. 508.

⁸⁹⁰ P.-H. Antonmattei, *op. cit.*, p. 161.

lié à une mauvaise formulation des règles⁸⁹¹. Ces pratiques sont donc encouragées, en témoigne la possibilité pour les comités sociaux et économiques de demander une expertise sur l'égalité professionnelle ou un grand licenciement collectif afin d'assister les syndicats dans la négociation⁸⁹². Ce qui va dans le sens de la pratique de la négociation puisque ce sont déjà un quart des entreprises qui font appel à des consultants extérieurs d'après les données de la DARES⁸⁹³. La légitimation se fonde aussi sur la qualité du texte.

139. La norme négociée est légitime car elle est adoptée au niveau et dans le périmètre des problèmes qu'elle doit régler. Cette norme tire sa légitimité de son niveau d'élaboration. Nous avons développé précédemment l'importance que revêt dans ce mouvement de réforme l'élaboration des normes *au plus près du terrain*. Promotion du *terrain* d'une part comme niveau pertinent et légitime d'élaboration de la norme et réaction au modèle de l'interventionnisme étatique. La légitimité de la norme conventionnelle est confortée par le manque de légitimité de la norme étatique. Si l'on peut présupposer le consentement à la loi qui repose sur sa légitimité démocratique, celle-ci peut n'être pas effective faute d'approbation réelle des citoyens qui ne l'appliquent pas⁸⁹⁴. Par opposition donc, la norme négociée aurait, elle, du fait de son adoption dans un contexte particulier et par ses destinataires, vocation à une plus grande effectivité, d'où elle tirerait sa légitimité. Parce qu'elle est adoptée au niveau pertinent par les destinataires de la norme, celle-ci trouverait donc plus facilement à s'appliquer et aurait une plus forte probabilité d'orienter leurs pratiques⁸⁹⁵. Elle souffrirait également moins de sa remise en cause par les destinataires puisqu'ils en sont également les auteurs⁸⁹⁶.

La légitimité de la norme négociée à un niveau décentralisé tient au fait qu'elle correspond au niveau des problèmes qu'elle doit régler et au périmètre d'information de ses négociateurs. Ces derniers seraient donc mieux à même d'évaluer et d'adopter le contenu le plus adapté au contexte dans lequel la norme devra s'appliquer. C'est parce que l'on négocie

⁸⁹¹ *Ibid.*, p. 161 ; J.-E. Ray, « Les sources de la loi du 31 janvier 2007 », *Dr. soc.*, 2010, p. 502.

⁸⁹² Respectivement les art. L. 2315-94 et L. 1233-34 du Code du travail.

⁸⁹³ C. Daniel, *op. cit.*, p. 9

⁸⁹⁴ R. Cabrillac, « la réception de la loi : consentement ou adhésion ? », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *op. cit.*, p. 154.

⁸⁹⁵ Y. Ferkane, *op. cit.*, p. 166.

⁸⁹⁶ Y. Ferkane, *op. cit.*, p. 564.

au niveau auquel s'organise la production, que la norme substantielle relative à l'aménagement du temps de travail par exemple sera plus adaptée. C'est encore parce que l'on négocie au niveau auquel on évalue les données comptables de l'organisation économique que la détermination du partage de la valeur sera mieux adaptée. C'est pourquoi ces réformes permettent de développer l'accord d'entreprise, mais aussi l'accord de groupe et l'accord interentreprises. L'étude d'impact du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs identifiait ainsi le groupe comme un « échelon de plus en plus légitime » au regard de la progression des accords de groupe⁸⁹⁷ et du caractère innovant de ceux-ci sur certains thèmes comme l'égalité professionnelle⁸⁹⁸.

140. La procédure de négociation enfin conforte la légitimité de l'accord⁸⁹⁹. C'est notamment le sens de l'accord de méthode qui permet d'assurer la qualité de la négociation et de créer les conditions de la loyauté et de la confiance mutuelle entre les négociateurs⁹⁰⁰. A mi-chemin entre une conception volontariste, où l'Etat s'abstient de toute intervention pour laisser les parties librement contracter, et une conception solidariste, dans laquelle l'Etat interventionniste détermine la règle substantielle, la conception procédurale permet à l'Etat de fixer les règles relatives à l'adoption de la norme.

La loyauté dans la négociation a ainsi été inscrite dans la loi par les ordonnances du 22 septembre 2017, créant une « loyauté en actes »⁹⁰¹ en ce sens que deux obligations y ont été associées. La première consiste dans la communication des informations partagées. Bien que cette obligation appartienne au régime de la négociation d'un accord de branche⁹⁰² et de la négociation obligatoire en entreprise⁹⁰³, la Cour de cassation a pu l'appliquer à la négociation du protocole d'accord préélectoral⁹⁰⁴. La seconde dans la rédaction d'un procès-verbal

⁸⁹⁷ Cette catégorie est passée de 440 accords enregistrés en 2010 à 781 en 2014 (Etude d'impact du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 159).

⁸⁹⁸ Etude d'impact du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 162.

⁸⁹⁹ Y. Ferkane, *op. cit.*, p. 146 ; P.-H. Antonmattei, *op. cit.*, p. 161.

⁹⁰⁰ P.-H. Antonmattei, *op. cit.*, p. 161.

⁹⁰¹ T. Pasquier, « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », *RDT*, 2018, p. 45.

⁹⁰² Art. L. 2241-3 du Code du travail .

⁹⁰³ Art. L. 2242-6 du Code du travail.

⁹⁰⁴ Soc., 9 oct. 2019, n° 19-10.780, v. *supra* en note n° 741.

d'ouverture des négociations⁹⁰⁵ attestant de l'engagement loyal de celles-ci, notamment par la convocation de toutes les organisations syndicales habilitées à négocier.

Elle s'appuie également sur la loi du 8 août 2016 qui incite les parties à négocier un accord de méthode garant des conditions d'une négociation loyale⁹⁰⁶. L'Etat demeure garant du respect de cette règle puisque s'il se retire de la définition de la règle substantielle au profit d'une négociation, il protège l'expression de la volonté libre et éclairée des parties par le biais de l'obligation de loyauté qu'il sanctionne de nullité.

B. Légitimation d'un acte unilatéral

141. Le champ de la négociation se superpose à celui de l'exercice unilatéral du pouvoir⁹⁰⁷ et ont crû concomitamment⁹⁰⁸. Plusieurs auteurs observant la « porosité des frontières entre acte unilatéral et acte négocié »⁹⁰⁹ ont ainsi pu qualifier la convention collective de « succédané »⁹¹⁰ de l'acte unilatéral de l'employeur. Certains l'ont analysé « au prisme du contrat d'adhésion »⁹¹¹ pour traduire le rapport de pouvoir qui peut conduire à l'adoption d'un projet patronal non modifié, avec cette réserve que les salariés ne peuvent être considérés comme des parties et que les organisations syndicales signataires ne souscrivent aucune obligation à l'égard de l'employeur. D'autres auteurs ont préféré valoriser l'obligation de justification que cette superposition imposait à l'employeur.

⁹⁰⁵ Art. L. 2242-6 du Code du travail sur la négociation relative à l'égalité salariale.

⁹⁰⁶ Art. L. 2222-3-2 du Code du travail.

⁹⁰⁷ A. Supiot, *op. cit.*, p. 199 ; M.-A. Souriac, « Pouvoir et convention collective », in Pélissier J., *Le pouvoir du chef d'entreprise*, Dalloz, 2002, p. 57.

⁹⁰⁸ L. Pécaut-Rivolier, « Il était une fois la représentation collective : l'employeur, les syndicats, la DIRECCTE et le juge », *Dr. ouv.*, 2020, p. 590.

⁹⁰⁹ Y. Ferkane, *op. cit.*, p. 90.

⁹¹⁰ C. Nicod, « L'accord collectif, succédané de l'acte unilatéral », *SSL*, n° 1340, 11 fév. 2008 ; E. Peskine, « La chambre sociale architecte imprudent de la négociation collective », *RDT*, 2015, p. 341.

⁹¹¹ L. Bento de Carvalho, « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion (Première partie) », *Dr. soc.*, 2019, p. 867 et « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion (Seconde partie) », *Dr. soc.*, 2019, p. 950.

A l'instar de l'obligation de consultation avant de prendre une décision unilatérale, la superposition des champs ouverts à la négociation et au pouvoir unilatéral engage l'employeur à justifier sa décision quand bien même il demeure seul maître de celle-ci⁹¹². Si l'acte final demeure une décision unilatérale, celle-ci résulte d'un processus de décision limitant l'arbitraire. En l'obligeant à mettre en discussion son projet, avec l'obligation de négocier loyalement donc de rechercher un accord, sa position doit pouvoir être infléchie. S'il refuse une proposition syndicale, il doit motiver son refus. Même si l'accord ne devait pas aboutir, la décision serait nourrie des échanges qui l'ont précédé et d'efforts de justification qui permettent d'exposer sa rationalité. L'extension des domaines de négociation, en légitimant l'acte supposé négocié, légitime ses normes de substitution. Dans ce cadre de production normative, « la décision se « consensualise » en ce sens qu'elle est de plus en plus concertée »⁹¹³.

142. Le domaine de l'acte unilatéral et de la négociation se recouvrent lorsque la négociation est un « préalable obligatoire à l'exercice unilatéral du pouvoir »⁹¹⁴, lorsqu'il lui faut avoir engagé une négociation loyale avant de pouvoir décider seul, faute d'être parvenu à un accord. Cela correspond à toutes les hypothèses de négociation obligatoire que nous avons envisagées précédemment et qui ouvrent la possibilité à l'employeur de décider unilatéralement *à défaut* ou *en l'absence* d'accord. Nous citerons comme illustrations l'obligation d'engager une négociation préalable à la définition du nombre et du périmètre des établissements distincts⁹¹⁵ ou encore la négociation d'un plan de sauvegarde l'emploi⁹¹⁶. La prise de décision unilatérale faisant suite à l'inaboutissement de l'accord collectif peut encore être assortie d'une obligation de consulter le comité social et économique. C'est le cas de notre second exemple.

Des auteurs mettent cependant en garde sur le caractère véritablement loyal d'une telle configuration. En effet, même s'il y a une obligation d'engager des négociations préalables, et que cet engagement soit loyal, « ces négociations vont se dérouler dans un contexte où

⁹¹² B. Teyssié, *op. cit.*, p. 577 ; C. Nicod, *op. cit.*

⁹¹³ P. Lokiec, « Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale », *in* S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *op. cit.*, p. 107.

⁹¹⁴ C. Nicod, *op. cit.*

⁹¹⁵ Art. L. 2313-4 du Code du travail.

⁹¹⁶ Art. L. 1233-24-4 du Code du travail.

planera finalement la possible décision unilatérale de l'employeur »⁹¹⁷ associée à la supplétivité de la norme légale qui pourrait acculer les syndicats et les conduire à « adopter une *approche défensive* »⁹¹⁸. Propos que corroborent les évaluations sur la mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017⁹¹⁹. D'autant que la liberté de négocier permet également de mettre fin à la négociation⁹²⁰. Il faut encore préciser qu'il dispose également de la possibilité de ne pas prendre de décision unilatérale et de s'en tenir à d'autres normes applicables à la situation visée⁹²¹.

143. L'accord peut à l'inverse être le véhicule juridique permettant d'adopter des mesures que l'employeur n'aurait pas pu adopter par un pur acte unilatéral tel que la modification du contrat de travail sur les thèmes entrant dans le champ d'application de l'accord de performance collective prévu à l'article L. 2254-2 du Code du travail. Dans ce cas, ce n'est pas l'échec des négociations qui restaure le pouvoir de l'employeur mais c'est au contraire sa réussite qui le conditionne. Sans accord de performance collective, l'employeur ne dispose pas de la faculté de modifier, ou à tout le moins de suspendre, des clauses du contrat de travail relative au salaire, à la durée du travail ou à la mobilité géographique et personnelle. C'est parce qu'il est habilité par voie conventionnelle à le faire, qu'il peut non seulement prendre ces décisions, dans les limites fixées par l'accord, et qu'il peut faire céder toute résistance du contrat en procédant au licenciement *sui generis* du salarié récalcitrant. On trouvera d'autres exemples en matière de temps de travail. L'exemple topique est alors celui des accords de modulation du temps de travail, qui une fois conclus, permettent à l'employeur d'imposer à ses salariés des heures supplémentaires qui ne seront rémunérées comme telles qu'à la condition de dépasser une moyenne de trente-cinq heures sur la période de référence conventionnellement stipulée.

⁹¹⁷ C. Nicod, « La « tentative loyale de négociation », préalable incontournable à la détermination par l'employeur du périmètre de la représentation par les élus du personnel », *RDT*, 2019, p. 592.

⁹¹⁸ F. Géa et A. Rouyer, « Les configurations du comité social et économique, in F. Géa, *Retour sur les ordonnances Macron. Un nouveau droit du travail ?*, *op. cit.*, p. 257.

⁹¹⁹ N. Farvaque, *Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le Droit du travail. Etude de terrain qualitative*, ORSEU, Amnyos, 23 sept. 2019, p. 32.

⁹²⁰ C. Mariano, « L'échec des négociations : quel traitement juridique ? *op. cit.*, p. 38.

⁹²¹ G. François, « Echec des négociations et décision unilatérale », *BJT*, juil.-août 2022, p. 51.

Conclusion de chapitre

144. La diversification des thèmes et des modes d'adoption permet à l'organisation économique de s'adapter en anticipant les difficultés et en légitimant l'acte support. La décentralisation de la production normative au moyen de la négociation collective s'est faite au profit, ou avec l'appui, du passage de la négociation d'addition, c'est-à-dire permettant d'améliorer la situation des salariés sur des éléments quantifiables comme le salaire ou le temps de travail, à la négociation de substitution puis d'adaptation⁹²². On observe dans ce mouvement une démarche réflexive en ce sens que les réformes du dialogue social corrigent les défauts des précédentes ou viennent apporter des précisions rendues nécessaires. On a ainsi instauré des obligations de négocier, mais face au manque de négociateurs, il a fallu des agents palliatifs. On a permis de déroger aux normes supérieures, mais face à ces effets, il a fallu de nouvelles règles pour justifier la légitimité de ces actes, de leur réordonnement⁹²³ et de certains effets comme la présomption de justification des différences de traitement⁹²⁴. Chaque réforme ouvre le cadre argumentatif de la suivante.

Dans ce mouvement, *la fonction d'adaptation est la fonction principale de l'accord collectif, ou du texte qui lui est assimilé. Les autres fonctions sont, en quelque sorte, des fonctions supports. La fonction de prévention et la fonction de légitimation viennent appuyer la capacité de l'accord collectif à adapter le cadre normatif en anticipant les changements et en sollicitant l'adhésion des destinataires pour correspondre aux contraintes gestionnaires, économiques et financières de l'organisation économique.* La négociation de gestion, en vue de l'adaptation, permettra au mieux de concilier ces deux objectifs, au pire de faire primer l'un de ces deux objectifs concurrents sur l'autre. C'est précisément dans cette optique de favoriser une adaptation négociée du cadre normatif qu'ont été diversifiés les thèmes de négociation qui permettent d'intervenir dans les champs ouverts à la négociation et les moyens d'adoption des actes permettant cette adaptation afin que chaque entreprise puisse en bénéficier.

⁹²² P. Soulier, *op. cit.*, p. 596.

⁹²³ I. Odoul-Asorey et E. Peskine, *op. cit.*, p. 808.

⁹²⁴ L. Pécaut-Rivolier, « L'hommage de la chambre sociale à la négociation collective. Revirement sur la jurisprudence « égalité de traitement » », *SSL*, n° 1663, 9 fév. 2015.

Conclusion de titre

145. Les réformes du *dialogue social* n'ont pas tant facilité la négociation qu'elles n'ont facilité la conclusion d'accords collectifs. L'objectif de ces réformes a été d'ouvrir la possibilité aux organisations économiques de se doter d'outils d'adaptation et de gestion. Pour permettre aux entreprises d'en bénéficier, il a fallu lever les freins à l'adoption de ces outils. L'employeur dispose ainsi de plusieurs outils lui permettant de surpasser la difficulté d'une absence de majorité des organisations syndicales, voire d'une absence d'organisations syndicales. Le principal outil qui lui est mis à disposition est la consultation du personnel.

En ouvrant ainsi la possibilité de conclure un texte, qu'il s'agisse d'un accord ou qu'il en ait la même valeur sans en avoir la qualification, on change également le titulaire du droit à la négociation collective qui « n'est plus celui des travailleurs, mais celui des entreprises »⁹²⁵. Il a donc pu être soutenu que la loi était plus centrée sur les accords que sur la négociation⁹²⁶, notamment les lois Auroux par lesquelles « le Législateur s'est essentiellement préoccupé du résultat »⁹²⁷. Les réformes du dialogue social ultérieures peuvent laisser penser que le Législateur a porté son attention sur la procédure et bien entendu il l'a développée. Mais concomitamment, il a ouvert de multiples façons d'adopter des textes ayant la valeur d'accords collectifs sans être tenu à une véritable négociation. Ceci nous conduit à soutenir que *l'orientation profonde de ces évolutions est de permettre la conclusion du texte*⁹²⁸ *qu'importe la qualification d'accord – axiologiquement méritée ou non, juridiquement accordée ou non - et la procédure d'adoption. L'important est que le texte soit adopté et produise les effets d'un accord collectif pour que l'entreprise puisse s'adapter à son environnement économique.*

⁹²⁵ F. Fouvet, « La sollicitation directe des salariés », colloque *Quelle place pour les salariés dans l'entreprise ?*, 2018, p. 136.

⁹²⁶ M. Despax, « 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 ; C. Nicod, *L'obligation de négocier dans les relations collectives de travail*, Thèse dactylographiée, Lyon 2, 1999, p. 248.

⁹²⁷ S. Laulom, « Du régime de la recommandation patronale dans le système imposant l'agrément d'un accord collectif (Avis sous Soc., 10 nov. 2021, n° 21-17.717) », *Dr. soc.*, 2021, p. 1008.

⁹²⁸ N. Moizard, « La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise », *Dr. ouv.*, 2019, p. 411 ; H. Viart, « Validation d'un accord collectif minoritaire par référendum : les premières précisions de la Cour de cassation sur la procédure de consultation des salariés », *Dr. ouv.*, 2020, p. 19.

146. Le modèle de négociation collective signifié par l'emploi du syntagme dialogue social implique un droit universel à la négociation collective au profit des directions. Ces réformes par la redéfinition des périmètres et niveaux de négociation ainsi que leur articulation et par la diversification des acteurs et des sujets ont renversé le rôle de la négociation, de droit des salariés à la négociation pour améliorer leur situation il est devenu un droit de l'employeur pour s'adapter aux circonstances économiques⁹²⁹. La négociation collective dans sa fonction d'adaptation permet d'organiser un dialogue de gestion favorable aux performances économiques. Des auteurs développent ainsi que « le dialogue social par la confrontation des points de vue qu'il organise ou l'exploration commune des réponses qu'il autorise, favorise une perception, voire une formulation, partagée des problèmes posés et des conséquences des diverses réponses possibles. Il s'agit donc d'une fonctionnalité d'appui et de développement »⁹³⁰. *L'institution du dialogue social s'appuie donc sur un régime qui favorise la gestion et l'adaptation, qui place l'employeur dans une position d'initiative et les organisations syndicales dans une position d'accompagnement.*

⁹²⁹ M.-A. Souriac et G. Borenfreund, « La négociation collective entre désillusions et illusions », *in Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, LGDJ, 2001, p. 205 et s.

⁹³⁰ F. Bruggeman et B. Gazier, « Dialogue social et dialogue social territorial au début du XXIe siècle. Un essai de théorisation », *Négociations*, 2016/2, n° 26, p. 66.

Titre 2 : L'institution d'un modèle de norme délibérée

147. Les réformes instituant le dialogue social se caractérisent ensuite par une évolution du régime de la production de normes délibérées. En effet, si certaines lois ont associé le dialogue social à un modèle de négociation collective, d'autres signifiant un modèle de représentation élue du personnel. L'objet de ce titre sera de systématiser les évolutions du régime de la négociation collective afin de comprendre la conception que le Législateur en a. Le rapport Combrexelle alertait sur la nécessité, face au dynamisme de la négociation, d'avoir « une vision équilibrée » de celle-ci, « qui n'a pas vocation à absorber d'autres formes de dialogue »⁹³¹. Le rapport visait ainsi la représentation élue du personnel et les formes de dialogue dites informelles, à tout le moins non instituées. On observe à ce sujet que la littérature grise relative au dialogue social abonde moins en analyses qu'au sujet de la négociation collective. Son régime juridique est pourtant le second pilier du mouvement de réforme auquel procède les lois relatives au dialogue social.

A ce sujet, la réforme majeure, celle qui procède à ce que nous considérons comme un changement qualitatif dans le régime de la représentation élue du personnel est l'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017 qui met en place le comité social et économique. Nous devons également citer la loi 93-1313 du 20 décembre 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle ainsi que la loi 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi. Ces deux dernières ont en effet procédé à des changements quantitatifs en instituant certains mécanismes permettant de regrouper les institutions représentatives du personnel existantes. Ensemble, ces réformes visent à « transformer les relations collectives du travail »⁹³².

Pour l'intelligibilité de la suite de nos développements, nous devons également faire une précision d'ordre terminologique. Afin de distinguer les comités sociaux et économiques

⁹³¹ J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier Ministre, sept. 2015, p. 74.

⁹³² S. Rioche, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, LexisNexis, 2019, p. 21.

Titre 2 : L'institution d'un modèle de norme délibérée

à attributions réduites dans les entreprises de moins de cinquante salariés et ceux disposant des pleines attributions dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, sans avoir à systématiquement rappeler la condition d'effectif qui alourdirait l'exposé, nous désignerons les premiers par l'expression « comités réduits » et les seconds par celle de « comités pléniers »⁹³³. Dans le même objectif de ne pas alourdir l'exposé, nous désignerons le comité social et économique par le seul terme de comité et ne distinguerons qu'entre le comité central, c'est-à-dire le comité économique et social central, et le comité d'établissement, c'est-à-dire le comité économique et social d'établissement.

À la suite de l'ordonnance 2017-1386, l'instance représentative devient un « objet largement négociable dans son organisation, son architecture, son contenu »⁹³⁴. Cependant, l'ordre public et les dispositions supplétives laissent encore matière à étudier le régime défini par le Législateur. Nous étudierons dans deux chapitres successifs comment l'institution du dialogue social a modifiée l'organisation de la représentation du personnel puis comment elle a modifié l'activité de représentation par laquelle des normes délibérées s'élaborent dans l'organisation économique, signifiant ainsi un modèle de représentation du personnel.

⁹³³ La distinction réduit ou plénier est notamment faite par P. Adam, « Entreprise de moins de 50 salariés, CSE d'établissement et CSE central », *Dr. soc.*, 2020, p. 956.

⁹³⁴ F. Géa, « L'accord sur le comité social et économique », *BJT*, sept. 2018, p. 50.

Chapitre 1 : L'organisation renouvelée de la représentation élue du personnel

148. Les réformes qui instituent le dialogue social procèdent en premier lieu à une réorganisation de la représentation du personnel. La représentation élue du personnel est le second canal de représentation dans les relations collectives après les organisations syndicales qui sont l'acteur privilégié de la négociation. Celle-ci s'est construite par des réformes successives qui ont institué des représentants dotés d'attributions spécifiques et de moyens dédiés à leur exercice. Les réformes du dialogue social ont profondément réorganisé cette représentation et en modifie la conception. Nous distinguons deux mouvements dans cette réorganisation qui feront l'objet de deux sections distinctes. La première analysera le premier mouvement que nous qualifions de fusion des institutions représentatives du personnel, c'est-à-dire le passage de trois institutions spécialisées à une seule institution transversale. La seconde analysera le mouvement de centralisation de la représentation du personnel, c'est-à-dire le passage d'institutions représentatives du personnel situées dans des périmètres de proximité vis-à-vis des salariés à une institution placée auprès de la direction de l'entreprise.

Section 1 : La fusion des institutions

149. Les réformes du dialogue social, lorsqu'elles modifient le régime juridique de la représentation du personnel se caractérisent en premier lieu par un mouvement de fusion des institutions représentatives du personnel. Celle-ci s'est faite en plusieurs temps que nous étudierons dans un premier paragraphe. Avant de procéder à une fusion des institutions, le Législateur a d'abord permis plusieurs modalités de regroupement. Nous développerons dans un second paragraphe que ce mouvement est le moyen de remplacer les institutions spécialisées par une institution transversale, lui permettant d'avoir une approche globale des problèmes de l'entreprise et de son personnel.

Paragraphe 1 : Du regroupement à la fusion

150. Nous rappellerons d'abord le contexte précédant la fusion des institutions représentatives du personnel. Les institutions représentatives du personnel seraient à certains égards un exemple de la stratification des lois sociales au fur et à mesure des réformes⁹³⁵. Sans retracer la longue et riche histoire des institutions représentatives du personnel, rappelons que les délégués du personnel sont institués par la loi du 24 juin 1936 sous le nom de délégués ouvriers, suivis par l'institution du comité d'entreprise par la loi du 16 mai 1946⁹³⁶ puis par celle du comité hygiène, sécurité et conditions de travail par la loi du 23 décembre 1982. Leurs créations correspondent à des périodes très particulières de l'histoire de France : le Front populaire, le Gouvernement provisoire de la République française issu des élections constituintes du 21 octobre 1945 et la mise en œuvre du programme commun de la gauche dans les premières années qui suivent les élections de 1981. Soit trois périodes

⁹³⁵ G. Adam et F. Béharel, *Sauver le dialogue social. Priorité à la négociation d'entreprise*, Rapport de l'Institut Montaigne, septembre 2015, p. 12.

⁹³⁶ Nous retenons la date de la loi du 16 mai 1946 plutôt que celle de l'ordonnance du 22 février 1945 car c'est elle qui institue le comité d'entreprise que nous avons connu jusqu'à la mise en place du comité social et économique. Nous entendons par là que c'est cette loi qui attribue au comité d'entreprise une prérogative en matière économique et son droit d'expression sur tout ce qui a trait à la marche générale de l'entreprise, ce que l'esprit et la lettre de l'ordonnance de 1945 rejetaient.

marquées par d'importantes mobilisations sociales et une forte influence des organisations syndicales et des partis de gauche, ces derniers étant majoritaires à chacune de ces périodes.

La fusion de ces institutions représentatives du personnel correspond quant à elle à une revendication du milieu patronal⁹³⁷. Ceux-ci formulaient, notamment à l'encontre du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et de son droit d'expertise, une critique des effets que ces institutions représentatives du personnel impliquaient dans la prise de décision et dans la capacité des entreprises à s'adapter rapidement. La fusion des comités d'entreprise et des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail avait notamment été l'un des points d'achoppement lors des négociations de janvier 2015, qui n'ont pas abouti à un accord national interprofessionnel préalablement à la future loi du 17 août 2015.

Cette revendication a cependant trouvé un relai institutionnel dans deux rapports au Premier ministre, l'un signé du secrétaire général de la société Renault et directeur des ressources humaines du groupe Renault, Monsieur Michel de Virville⁹³⁸, l'autre d'un président de section du Conseil d'Etat, Monsieur Raphaël Hadas-Lebel⁹³⁹. Plusieurs autres propositions envisageaient également différents regroupements comme créer un « conseil d'entreprise » au côté d'un « représentant syndical du personnel » produit de la fusion des délégués du personnel et du délégué syndical⁹⁴⁰, le regroupement du comité d'entreprise et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail par accord collectif⁹⁴¹, la fusion des trois institutions représentatives du personnel dans les entreprises de onze à cent salariés⁹⁴²,

⁹³⁷ B. Tilliette, *Vers un nouveau dialogue social territorial*, CJD, mai 2012, p. 6 ; S. Rioche, « Le conseil d'entreprise, la vraie révolution de l'ordonnance n° 2017-1386 ? », *Gaz. Pal.*, 2018, p. 77 ; C. Thuderoz, *Le conseil d'entreprise. Dispositif et pratiques sociales*, Rapport d'étude pour le compte de France Stratégie et de la co-présidence du comité d'évaluation des ordonnances sur le travail de 2017, 17 oct. 2021, p. 29.

⁹³⁸ M. De Virville, *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 15 janvier 2004, 177 p.

⁹³⁹ R. Hadas-Lebel, *Pour un dialogue social efficace et légitime : Représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, Rapport au Premier Ministre, mai 2006, 136 p.

⁹⁴⁰ F. Petit, « Pour la mise en place d'un « conseil d'entreprise », accompagnée de la fusion des délégués du personnel et des délégués syndicaux », *RDT*, 2010, p. 80.

⁹⁴¹ H. Lachmann, C. Larose, M. Pénicaud, *Bien-être et efficacité au travail*, Rapport au Premier Ministre, fév. 2010, p. 10.

⁹⁴² J. Barthélémy et G. Cette, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, CAE, 16 fév. 2010, p. 67.

ou celle d'expérimenter la fusion par voie d'accord des délégués du personnel et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail⁹⁴³.

Trois principales réformes vont ainsi mettre en place « des institutions représentatives du personnel à géométrie variable »⁹⁴⁴ avec une fusion qui a finalement été réalisée par l'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017 après plusieurs réformes qui visaient, à défaut de fusionner les institutions, à regrouper leurs membres, leurs moyens et leurs attributions au sein de délégations uniques. Ce rapprochement progressif s'est fait en trois actes que nous étudierons dans un premier temps. Dans un second temps nous verrons que si les premiers actes correspondent à de simples changements quantitatifs, le dernier, celui de la fusion à proprement parler, procède à un changement d'ordre qualitatif.

A. Les trois actes de la fusion

151. Le premier acte de ce mouvement a été la loi quinquennale du 20 décembre 1993 relative au travail qui crée la première possibilité de regroupement d'institutions représentatives au sein d'une délégation unique du personnel afin de « favoriser le dialogue social »⁹⁴⁵. Reprenant le discours du Gouvernement, des auteurs y voient même l'engagement d'un mouvement de rationalisation de la représentation du personnel⁹⁴⁶. Le Gouvernement considérait alors que ces institutions n'étaient pas adaptées aux petites et moyennes entreprises en raison du coût et de la complexité. Il s'appuie également sur le manque de candidats et l'augmentation des prérogatives données à ces institutions⁹⁴⁷. Il s'agissait alors d'ouvrir la possibilité d'attribuer aux délégués du personnel des entreprises de moins de deux cents salariés la qualité de « délégation du personnel au comité d'entreprise »⁹⁴⁸. Si l'effectif

⁹⁴³ Proposition n° 4 de P.-Y. Verkindt, *Le CHSCT au milieu du gué*, Rapport à Monsieur le Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, 28 fév. 2014, p. 56 et 136.

⁹⁴⁴ C. Nicod, « La réforme du dialogue social : une loi en manque d'inspiration », *RDT*, 2015, p. 550.

⁹⁴⁵ Discours de M. Giraud, cité par C. Nicod, *op. cit.*, p. 550.

⁹⁴⁶ S. Rioche, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁴⁷ Fiche d'impact de l'avant-projet de loi quinquennale de lutte pour l'emploi, Archives des ministères sociaux, cote DGT-2009-030-009-001 p. 7.

⁹⁴⁸ Anc. art. L. 2326-1 du Code du travail.

s'apprécie au niveau de l'entreprise, la délégation unique pourra elle être mise en place au niveau des établissements distincts. Le directeur de cabinet du Ministre du travail justifiait dans un courrier que « l'objectif du Législateur est d'adapter le système de représentation aux petites entreprises et non d'ouvrir cette possibilité aux établissements de moins de deux cents salariés appartenant à des grandes entreprises »⁹⁴⁹ avec celui de « maintenir une représentation aussi décentralisée que possible »⁹⁵⁰. Ils forment ainsi une institution collégiale, ce que les délégués réunis ne sont pas, qui exerce les attributions du comité d'entreprise.

Cette faculté de regroupement des attributions sur les seuls délégués du personnel formant la délégation unique est ouverte à l'employeur. Sa mise en place relève donc d'un acte unilatéral de celui-ci. Le Gouvernement avait alors estimé qu'une mise en place par accord réduirait la portée du texte en raison de la faible implantation syndicale dans les entreprises visées⁹⁵¹. Le regroupement doit être précédé d'une consultation des délégués du personnel et, s'il existe, du comité d'entreprise, mais le choix d'y procéder appartient à l'employeur⁹⁵². Ce sont soixante pourcents des entreprises concernées qui auraient ainsi fait le choix d'imposer le regroupement de ces deux institutions⁹⁵³. Celles-ci seraient satisfaites du dispositif et le conserverait après avoir passé le seuil de deux cents salariés, alors même qu'elles sortaient du champ d'application de la délégation unique du personnel. C'est pourquoi le Gouvernement a souhaité plus tard étendre le dispositif⁹⁵⁴.

C'est le premier changement quantitatif⁹⁵⁵, qui consiste donc à permettre le regroupement des délégués du personnel et du comité d'entreprise par un acte unilatéral dans les entreprises de moins de deux cents salariés. Dans cette première version, « il s'agissait

⁹⁴⁹ Courrier de H. Rouanet à R. Caillat, 7 fév. 1994, FB/LM B:/CAILLAT, Archives des Ministères sociaux, DGT/2009/030/009/001.

⁹⁵⁰ *Ibid*, version 3 II 94.

⁹⁵¹ Fiche d'impact de l'avant-projet de loi quinquennale de lutte pour l'emploi, *op. cit.*, p. 8.

⁹⁵² F. Petit, « Une représentation du personnel à la carte », *Dr. soc.*, 2016, p. 545.

⁹⁵³ Etude d'impact du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avr. 2015, p. 74 ; F. Rebsamen, Ass. nat., Première séance du mardi 26 mai 2015 ; Ce chiffre provient de l'enquête REPONSE de 2010-2011 menée par la DARES.

⁹⁵⁴ F. Rebsamen, Ass. nat., Première séance du mardi 26 mai 2015.

⁹⁵⁵ Nous parlons de changement quantitatif pour signifier que ces réformes ne visent pas à modifier la nature des instances regroupées. Nous parlerons ensuite de changement qualitatif lorsqu'il ne s'agira plus de modifier seulement des paramètres de ce regroupement (instances pouvant être regroupées, seuils de mise en place, nombre de titulaires et d'heures de délégation, etc.) mais du remplacement des anciennes instances par une nouvelle.

seulement d'organiser une seule et même élection pour les délégués du personnel et la délégation élue du comité d'entreprise sans entamer fonctionnement et attributions des deux institutions »⁹⁵⁶. Il s'agit de parvenir à un « allègement sensible des charges » qui passe par la diminution du nombre de représentants, d'heures de délégation, de réunion et de scrutins⁹⁵⁷. Le regroupement des institutions a permis une diminution de quarante pourcents des premiers et de quarante-cinq pourcents des secondes. Le Gouvernement entendait ainsi mettre en œuvre une « réforme souhaitée par le Centre des Jeunes Dirigeants » mais aussi demandée par le CNPF⁹⁵⁸.

Cette réforme visait aussi à « rationaliser l'information économique »⁹⁵⁹ selon les termes du Ministre par la mise en place d'une information à travers un document unique. Cela favoriserait une « cohérence d'ensemble de l'information sur l'entreprise ainsi présentée aux élus et contribuer à améliorer leur perception du milieu de travail et de l'environnement professionnel »⁹⁶⁰. Il ne s'agit donc pas de réduire l'information mais de la regrouper et de la rendre plus lisible⁹⁶¹.

152. La loi 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi a constitué le deuxième acte vers la fusion des institutions élues. Cette réforme adopte deux mesures principales en matière d'élargissement de la mise en place d'une délégation unique du personnel. Tout d'abord elle relève le seuil de deux cents à trois cents salariés pour la mise en place unilatérale de la délégation unique du personnel. La seconde ouvre la possibilité de regrouper les institutions représentatives du personnel par voie d'accord collectif dans les entreprises atteignant le seuil de trois cents salariés. Cet accord collectif doit être signé par « une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés, quel que soit le nombre de votants, en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections »⁹⁶². Outre que cet article augure

⁹⁵⁶ C. Giraudet, « Nécrologie juridique du comité d'entreprise : transformation et succession d'une institution juridique », *La Revue de l'IRÉS*, 2018, p. 44.

⁹⁵⁷ Fiche d'impact de l'avant-projet de loi quinquennale de lutte pour l'emploi, *op. cit.*, p. 3.

⁹⁵⁸ *Loc. cit.*

⁹⁵⁹ Discours de M. Giraud, Assemblée plénière du CES., 7 sept. 1993.

⁹⁶⁰ Fiche d'impact de l'avant-projet de loi quinquennale de lutte pour l'emploi, *op. cit.*, art. 21.

⁹⁶¹ Rapport au Premier Ministre sur le Projet de décret sur l'art. R. 432-19, Archives des ministères sociaux, cote DGT-2009-030-009-001.

⁹⁶² Anc. art. L. 2391-1 du Code du travail.

les futures règles de validité des accords collectifs⁹⁶³, il ouvre la possibilité de modérer l'institution par la voie de la négociation. Cette modification est opérée « pour favoriser un dialogue social de qualité et développer la représentation du personnel dans les entreprises d'au moins 300 salariés » au moyen d'un « regroupement à géométrie variable »⁹⁶⁴. Par cette dernière expression il faut comprendre une possibilité nouvelle qui est d'intégrer le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dans le regroupement. Ceci n'était pas possible auparavant. A compter de la mise en œuvre de cette loi, il est possible de « juxtaposer »⁹⁶⁵ deux ou trois institutions par accord dans les entreprises d'au moins trois cents salariés⁹⁶⁶.

Cette institution regroupée se voit également dotée de la personnalité civile par l'ancien article L. 2391-1 du code du travail. Ce dont on peut déduire que si les attributions du comité d'entreprise demeurent, l'accord de regroupement peut tout de même supprimer l'institution issue de la Libération⁹⁶⁷. La formulation de l'ancien article L. 2326-1 du code du travail⁹⁶⁸, applicable dans les entreprises de moins de trois-cents salariés, laisse quant à elle entendre qu'en cas de regroupement, les délégués du personnel composent une délégation unique regroupant les missions du comité d'entreprise et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail sans qu'il ne soit possible d'opérer le regroupement de seulement deux des trois institutions. Ces mesures sont ainsi sensées permettre « l'adaptation du cadre du dialogue social à la diversité des entreprises » et « d'organiser différemment les instances représentatives du personnel »⁹⁶⁹.

C'est le second changement quantitatif qui permet le regroupement des délégués du personnel, du comité d'entreprise et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail par un acte unilatéral dans les entreprises de moins de trois cents salariés et le

⁹⁶³ Rappelons qu'en 2015 la validité d'un accord collectif est soumise à sa signature par une ou des organisations syndicales ayant recueilli au moins 30% des suffrages exprimés et à l'absence d'opposition des organisations syndicales représentatives majoritaires.

⁹⁶⁴ Etude d'impact du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avr. 2015, p. 88.

⁹⁶⁵ Etude d'impact du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avr. 2015, p. 73.

⁹⁶⁶ Art. 14 de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

⁹⁶⁷ C. Giraudet, *op. cit.*, p. 45.

⁹⁶⁸ Art. 13 de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

⁹⁶⁹ Exposé des motifs de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

regroupement de deux ou trois de ces institutions par accord collectif majoritaire dans les entreprises d'au moins trois cents salariés. En principe les règles de fonctionnement de chaque institution regroupée dans la délégation unique étaient conservées. Certaines règles étaient cependant nécessairement modifiées. Il n'y avait plus qu'un seul secrétaire et un secrétaire adjoint pour l'ensemble des institutions regroupées qui disposaient auparavant de leur propre secrétaire, les réunions se tiennent tous les deux mois *minima* au lieu d'une réunion mensuelle, l'ordre du jour est commun, l'avis rendu et l'expertise éventuelle sont uniques et les délais applicables sont ceux du comité d'entreprise. Il y aurait pour une partie de la doctrine une « attraction vers le modèle du comité d'entreprise »⁹⁷⁰ puisque ce sont ses règles électorales qui s'appliquent. On pourrait voir dans la référence à l'institution placée au niveau le plus central les prémisses de la centralisation liée à la fusion des institutions représentatives du personnel⁹⁷¹. Possible autre prémisse de la réforme à venir, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail regroupé « se dilue dans l'instance conventionnelle et perd sa personnalité juridique propre pour ne devenir qu'une commission »⁹⁷². On pourrait encore citer les possibles aménagements conventionnels et la réduction du rôle des institutions placées au niveau des établissements aux seules mesures d'adaptation des projets décidés au niveau de l'entreprise. S'il s'agit toujours de regrouper les institutions représentatives du personnel, la base de leur fusion est tout de même posée.

153. Le troisième acte procède quant à lui à un changement d'ordre qualitatif. Il s'est fait au moyen de l'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la *nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise* [nous soulignons] et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales. Le Législateur poursuit ainsi deux objectifs. Le premier est un objectif de simplification du « dialogue social en réduisant le nombre des instances »⁹⁷³. Cette fusion des institutions vise à mettre fin à leur cloisonnement qui est identifié comme une source de complexité⁹⁷⁴. Le second objectif est un objectif d'adaptation afin de « rendre le dialogue social plus efficace dans l'entreprise et représenter de manière

⁹⁷⁰ En principe les règles de fonctionnement de chaque institution regroupée dans la délégation unique étaient conservées. Certaines règles étaient cependant nécessairement modifiées.

⁹⁷¹ V. dans la seconde section *infra*.

⁹⁷² C. Nicod, *op. cit.*, p. 552.

⁹⁷³ M. Pénicaut, Ass. nat., Première séance du lundi 10 juillet 2017 ; On retrouve une formulation similaire dans son discours lors de la première séance du mardi 21 novembre 2017.

⁹⁷⁴ Etude d'impact de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, pp. 21 et 33.

adéquate la collectivité de travail, de mieux articuler consultation et négociation, de donner les moyens pour que la stratégie de l'entreprise soit mise en œuvre avec l'ensemble des parties prenantes »⁹⁷⁵. Il s'agit tant d'adapter l'institution unique au cadre de représentation que d'adapter celle-ci aux impératifs économiques de l'organisation économique.

Cette fusion des institutions repose sur le succès de la délégation unique du personnel dans les entreprises où l'employeur peut l'imposer par une décision unilatérale et sur l'échec de cette même institution dans les entreprises où sa mise en place doit être négociée. L'étude d'impact relève ainsi que « si la DUP a connu un relatif succès et s'est majoritairement installée dans les entreprises de moins de deux cents salariés, la formule de regroupement des instances représentatives du personnel dans les entreprises de plus de trois cents salariés, conditionnée à un accord, ne s'est pas traduite par un mouvement massif de fusions. *Il est donc probable qu'aussi longtemps que l'instance fusionnée restera une possibilité, le processus de fusion des instances n'évolue qu'avec lenteur, privant les entreprises d'un outil de simplification et de dynamisation du dialogue social* [nous soulignons] »⁹⁷⁶. Il s'agit donc ici non pas de laisser les négociateurs déterminer le regroupement qu'ils jugent utile pour l'organisation des attributions réclamatoires et consultatives, mais d'imposer la fusion desdites institutions pour accorder un mécanisme plus souple aux entreprises.

Que cette formule fonctionne dans les entreprises où elle est décidée unilatéralement mais pas dans les entreprises où elle doit être négociée peut s'expliquer de plusieurs façons. La première est que la fusion est une réponse aux intérêts représentés par l'employeur puisque les regroupements n'ont été utilisés que là où ils pouvaient être décidés unilatéralement par eux. La différence de succès peut aussi s'expliquer par la taille de l'entreprise. Si la délégation unique du personnel est majoritaire dans les entreprises de moins de deux cents salariés mais très minoritaire dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, c'est que la formule n'est potentiellement adaptée qu'à des entreprises à petits ou moyens effectifs. Cela peut aussi s'expliquer par des raisons de temporalité en ce sens que les employeurs des entreprises de moins de deux cents salariés ont eu plus de temps pour s'approprier le dispositif que les négociateurs n'en ont eu pour s'approprier, à deux parties qui plus est, le dispositif pour les entreprises d'au moins trois cents salariés. Une dernière explication est que dans ces

⁹⁷⁵ Exposé des motifs de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

⁹⁷⁶ Etude d'impact de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, p. 32.

entreprises « la tendance est davantage à la fusion des CE en un CCE unique qu'à la mise en place de délégations uniques du personnel »⁹⁷⁷. Cet objectif a donc été poursuivi par « la fusion des instances d'information et de consultation en une seule, le comité social et économique (CSE), pour toutes les entreprises de plus de cinquante salariés »⁹⁷⁸. C'est donc une seule institution, et par conséquent une seule délégation, qui exerce les attributions en matière de réclamations ; d'économie ; d'activités sociales et culturelles ; et de santé, de sécurité et de conditions de travail ; et désormais d'environnement.

B. De changements quantitatifs à un changement qualitatif

154. Nous avons qualifié l'adoption de l'ordonnance 2017-1386 de changement qualitatif par opposition aux lois relatives à la délégation unique du personnel. Ces dernières « juxtaposaient » les institutions en mettant en place des ordres du jour et des réunions communes aux institutions regroupées. Elles attribuaient aux délégués du personnel la qualité de délégation, en faisant un organe collégial, mais le fonctionnement des institutions regroupées demeurait. La délégation unique faisait office de comité d'entreprise, voire de comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Le comité social et économique lui est une nouvelle institution qui se substitue pleinement aux anciennes. Elle permet tout de même d'instituer les bases d'une adaptation de la représentation du personnel, notamment par voie conventionnelle⁹⁷⁹.

Mais au-delà de la dimension de regroupement ou de fusion qui permet de répondre à toutes les missions des représentants élus avec une seule délégation, la fusion, contrairement au regroupement, vise également à instituer une approche globale, ou transversale, pour donner aux représentants du personnel une « vision d'ensemble »⁹⁸⁰. C'est en cela qu'il ne

⁹⁷⁷ N. Fleury *et al.*, « Dialogue social sur la stratégie de l'entreprise : éléments de bilan et perspectives », *Revue de l'IRE*, 2018/1, n° 94-95, p. 134.

⁹⁷⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, *JORF*, 23 sept. 2017.

⁹⁷⁹ G. Borenfreund, « La fusion des institutions représentatives du personnel. Appauvrissement et confusion dans la représentation », *RDT*, 2017, p. 608.

⁹⁸⁰ Etude d'impact du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avr. 2015, p. 108.

s'agit pas seulement d'un changement quantitatif qui regroupe des institutions au sein d'une même délégation mais bien d'un changement qualitatif avec une institution unique.

155. C'est ce passage d'une approche fonctionnelle ou spécialisée à une approche globale qui caractérise selon nous le mouvement de fusion des institutions représentatives du personnel. Dans une société fondée sur la division du travail, on peut s'étonner que « pour une fois donc, la spécialisation est honnie »⁹⁸¹. Ce qui est rationnel pour le travail productif ne le serait pas pour l'activité représentative, alors même que les directions d'entreprises peuvent elles-mêmes être structurées en fonction de ces domaines de spécialité ou connaître une forte mobilité des cadres chargés de représenter l'employeur⁹⁸². La spécialisation est en effet considérée comme un facteur d'efficacité, de rationalité économique. Pourtant, pour les institutions représentatives du personnel, la spécialisation est contestée. Certains auteurs y voient justement la remise en cause d'institutions spécialisées qui étaient efficaces et qui, par leur efficacité, entravaient les capacités d'adaptation de l'entreprise. C'est le cas notamment du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail qui aurait même la capacité d'être une « instance décisionnelle »⁹⁸³. Quant au comité d'entreprise, il serait « un instrument d'intervention, de formation et d'élaboration de contre-propositions dans le domaine de la gestion de l'entreprise »⁹⁸⁴. Supprimer les institutions spécialisées se ferait dès lors au détriment de la capacité d'intervention des représentants des salariés et, *a contrario*, au bénéfice de la capacité des employeurs à s'adapter plus rapidement mais au profit de l'unilatéralisme de la décision.

Pour le Législateur, ce système de spécialisation ne serait donc pas rationnel, ni pour les représentants qui n'ont que l'information correspondant à leurs attributions, ni pour les employeurs qui doivent consulter plusieurs fois sur le même projet⁹⁸⁵. Ce que l'exposé des motifs de la loi d'habilitation formulait ainsi : « notre pays se distingue par la représentation morcelée des salariés en quatre instances différentes dans l'entreprise [qui] ne favorise ni la

⁹⁸¹ J. Déchoz, « De l'alibi au simulacre. Brèves réflexions sur l'articulation des comités sociaux et économiques et des commissions santé, sécurité et conditions de travail », *Dr. ouv.*, 2019, p. 286.

⁹⁸² F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *Quel dialogue social dans l'entreprise après les ordonnances de 2017 ?*, IRES, 9 déc. 2021, p. 123.

⁹⁸³ J. Déchoz, *op. cit.*, p. 287.

⁹⁸⁴ C. Baumgarten *et al.*, « Représentation du personnel : la fusion des instances signe la fin de la concertation dans les entreprises », *Dr. ouv.*, 2017, p. 531.

⁹⁸⁵ *Ibid.*, p. 529.

qualité du dialogue social, qui est éclaté et alourdi, ni la capacité d'influence des représentants des salariés, qui se spécialisent sur certaines questions mais sont privés d'une vision d'ensemble ». A cela, les évaluations permettent d'apporter une nuance car les directions aussi spécialisent leurs services et ce n'est pas nécessairement le même représentant de l'employeur qui a la capacité de présider sur les consultations économiques, sociales ou de santé, de sécurité et de conditions de travail.

La fusion opérée par le comité social et économique a cette particularité qu'elle a un caractère d'ordre public. Alors que sa mise en place soumet la configuration de la représentation du personnel à un accord collectif, les négociateurs ont pu proroger les mandats, mais ne pouvaient faire le choix de maintenir conventionnellement les anciennes institutions représentatives du personnel⁹⁸⁶. Quoique la comparaison est souvent faite et qu'il faille reconnaître une inspiration dans les accords conclus à ces sujets⁹⁸⁷, le comité social et économique ne saurait être un comité d'entreprise, les représentants de proximité ne sauraient être des délégués du personnel et la commission santé, sécurité et conditions de travail ne saurait être un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Ce qui conduit certains auteurs à affirmer que le comité social et économique n'est « en aucun cas l'addition des institutions représentatives du personnel ancienne »⁹⁸⁸, tandis que d'autres n'y voient qu'une « métamorphose »⁹⁸⁹.

⁹⁸⁶ F. Champeaux, « La mise en place du CSE », *SSL*, n° 1798, 15 janvier 2018 ; N. Laffue, « La négociation de la transition entre les anciennes et les nouvelles institutions représentatives et le CSE », *Dr. soc.*, 2019, p. 373 ; Y. Ferkane, « La représentation du personnel comme objet de la négociation collective : le cas du CSE », *Dr. ouv.*, 2019, p. 448

⁹⁸⁷ R. Bourguignon, *Effet de la mise en place des CSE sur le dialogue social : étude longitudinale de 7 grandes entreprises*, IRG, déc. 2021, pp. 14 et 43

⁹⁸⁸ D. Boulmier, « La mise en place du comité social et économique ou l'art de l'évitement... », in F. Géa, *Retour sur les ordonnances Macron. Un nouveau droit du travail ?*, Dalloz, 2020, p. 203

⁹⁸⁹ S. Rioche, *op. cit.*, p. 107

Paragraphe 2 : Une fusion au service d'une institution transversale

156. Ce mouvement de réforme permet de mettre en place une institution transversale pour favoriser une approche globale des problématiques de l'entreprise. Nous développerons ici dans un premier temps que le regroupement de différentes institutions représentatives du personnel jette les bases d'une institution transversale. Cependant, la méthode du regroupement ne permet pas d'y parvenir. C'est seulement par la fusion que ce processus s'achève, ce que nous développons dans un second temps.

A. Le regroupement : une transversalité inachevée

157. Les réformes de 1993 et 2015 ne visent qu'à regrouper les institutions représentatives du personnel au sein de délégations uniques. Si la délégation unique du personnel permet de « rationaliser »⁹⁹⁰ par le regroupement des institutions, et par conséquent des réunions et des consultations, demeuraient des temps dédiés à chaque fonction avec le maintien de règles propres. Ces regroupements concourent à réaliser plusieurs objectifs que nous développerons ici, et qui permet d'asseoir les bases d'une institution transversale sans tout à fait achever ce processus de transformation des institutions représentatives du personnel.

Le regroupement des institutions a pour objectif de répondre à la complexité du fonctionnement des différentes institutions sans les modifier. Il s'agissait alors seulement de « réduire le nombre de réunions »⁹⁹¹ car « la multiplication d'instances au sein de l'entreprise n'est pas propice à la qualité du dialogue social et engendre la multiplication de réunions ayant le même objet sans réel bénéfice ni valeur ajoutée. Pour les employeurs, cette situation

⁹⁹⁰ Etude d'impact du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avr. 2015, p. 111.

⁹⁹¹ Discours de F. Rebsamen et de C. Lemorton, Ass. nat., Première séance du mardi 26 mai 2015.

implique lourdeur et complexité »⁹⁹². Cela permet également de formuler un avis commun et de recourir à une expertise commune.

Les travaux préparatoires indiquent également une volonté de poursuivre la réduction de différents coûts. Il est ainsi défendu que « la réduction du nombre de réunions obligatoires du comité d'entreprise induit une baisse du coût du travail »⁹⁹³ puisque les représentants du personnel sont dégagés moins longtemps de la production. Il semblerait cependant plus juste de parler d'économie plutôt que de réduction d'un quelconque coût, car si le temps passé en réunion et en délégation est considéré comme du temps de travail effectif⁹⁹⁴, ce temps qui n'était pas consacré à l'activité productive l'est désormais. Le coût n'est donc pas réduit mais le temps correspondant, temps rémunéré, est lui consacré à la production.

Le regroupement des institutions permet ensuite de réduire le nombre de consultations. Un avis du Conseil Economique Social et Environnemental relevait que « la question du « millefeuille » d'obligations d'information consultation et de négociations devenu complexe au fil des nombreuses réformes législatives, de leur recouvrement partiel et de leur articulation est régulièrement posée comme une difficulté par les employeurs qui nuit à la qualité du dialogue et à son efficacité »⁹⁹⁵. Une même entreprise pouvait ainsi être amenée à réaliser plusieurs consultations de plusieurs institutions sur un même projet. L'étude d'impact mentionne pour exemple qu'« une grande entreprise opérant un déménagement d'une partie de son siège au sein de la même ville, sans aucune remise en cause d'emplois a par exemple dû tenir 73 réunions IRP au total soit : 53 CHSCT, 12 Inter CHSCT, 5 CE, 3 CC »⁹⁹⁶. Se pose tant la question de la consultation de plusieurs institutions que l'articulation de ces consultations qui peut conduire à consulter plusieurs fois la même institution.

Ceci représente un frein à l'adaptation des entreprises. Ce sont donc les règles de fonctionnement même de ces institutions et la rationalité de la procédure de consultation qui

⁹⁹² Etude d'impact du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avr. 2015, p. 84.

⁹⁹³ *Ibid.*, p. 131.

⁹⁹⁴ Art. L. 2315-10 et L. 2315-11 du Code du travail ; anc. art. L. 2315-3 et L. 2315-11 du Code du travail pour les délégués du personnel, anc. art. L. 2325-7 à L. 2325-9 du Code du travail pour les membres du comité d'entreprise, anc. art. L. 4614-6 pour les membres du comité hygiène, sécurité et conditions de travail.

⁹⁹⁵ L. Bérille et J.-F. Pilliard, *Le développement de la culture du dialogue social en France*, CESE, avis du 24 mai 2016, p. 21.

⁹⁹⁶ Etude d'impact du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avr. 2015, p. 92.

était contestée. A l'assurance de temps d'échange censés garantir la prise en compte des intérêts des salariés et le temps qu'exige la formulation d'un avis utile, produit d'une information pertinente fournie par l'employeur et complétée par d'éventuelles expertises, des concertations nécessaires avec les salariés représentés ou tout autre personne pouvant éclairer leur choix et la maturation suffisante est préférée une adaptation rapide aux besoins de l'entreprise que l'employeur a identifiée.

L'étude d'impact relevait par ailleurs que les obligations de consultation se retrouvaient dans une cinquantaine d'articles⁹⁹⁷, « c'est pourquoi le texte prévoit de passer de dix-sept obligations d'information et de consultation à trois consultations annuelles. La première portera sur les orientations stratégiques et leurs conséquences, la seconde sur la situation économique et financière de l'entreprise et la troisième sur sa situation sociale, les conditions de travail et l'emploi »⁹⁹⁸ et désormais l'environnement. Le regroupement vise ainsi à réduire aussi la complexité de l'ordonnancement des différentes obligations de consultation additionnées au fil des réformes et au fur et à mesure de l'évolution des transformations économiques et sociales saisies par le Législateur. Le nombre de consultation peut encore être réduit conventionnellement en déterminant les modalités de consultation qui incluent le niveau de consultation et l'articulation entre les différents niveaux⁹⁹⁹.

158. Le regroupement des institutions poursuit enfin l'objectif de réduire le formalisme des attributions consultatives qui seraient source de conflits sur la forme et nuirait à l'étude des projets au fond¹⁰⁰⁰. D'après l'étude d'impact ce système « favorise également une vision formaliste du dialogue social qui se fait au détriment du fonds et de la qualité des échanges. L'accumulation des obligations peut ainsi être vécue comme insécurisant pour l'employeur qui s'expose au délit d'entrave s'il ne respecte pas les règles, tout en ne permettant pas aux représentants du personnel d'exprimer un avis qui reflète une vision d'ensemble sur les grands sujets qui touchent à la vie et à la stratégie de l'entreprise »¹⁰⁰¹. Il y aurait donc d'une

⁹⁹⁷ *Ibid.*, p. 107.

⁹⁹⁸ F. Rebsamen, Ass. nat., Première séance du mardi 26 mai 2015.

⁹⁹⁹ J. Icard, « Le niveau de consultation du comité social et économique (A propos de Soc., 19 janv. 2022, n° 20-18.806 ; Soc., 2 mars 2022, n° 20-16.002 ; Soc., 9 mars 2022, n° 20-19.974) », *Dr. soc.*, 2022, p. 540.

¹⁰⁰⁰ V. Etude d'impact du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avr. 2015, p. 110 et l'exposé des motifs de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

¹⁰⁰¹ Etude d'impact du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avr. 2015, p. 108.

part le risque que les procédures complexes incitent à des contentieux sur des questions formalistes.

L'étude d'impact développe en effet que cette mesure « devrait à terme permettre de réduire le risque de contentieux portant notamment sur les entraves au fonctionnement du comité d'entreprise »¹⁰⁰². D'autre part une insécurité juridique liée à des règles trop peu précises, notamment en matière d'articulation des différentes obligations de consultation. Critique que formule aussi l'Institut Montaigne en relevant une « autre difficulté pour les entreprises, le système de représentation, contradictoire et inadapté, multiplie les interlocuteurs. La coordination entre les consultations du CHSCT, du comité d'entreprise, voire des délégués du personnel, même si la mise en place de délais limités marque un progrès, demeure très complexe et sans véritable légitimation autre que due à l'empilement historique des différentes structures »¹⁰⁰³. La réduction du formalisme serait ainsi garante d'une plus grande célérité de la prise de décision et de la réduction du risque contentieux lié à l'encadrement du processus décisionnel.

B. La fusion : une transversalité achevée

159. Le processus d'institution d'une approche globale est achevé par la fusion de toutes les institutions représentatives du personnel. Cependant, si le comité économique et social représente, dans le cadre d'une dualité des canaux de représentation, l'achèvement du processus de fusion des institutions représentatives du personnel, celui-ci peut aller plus loin par la mise en place d'un conseil d'entreprise qui fusionne les deux canaux de représentation. Nous étudierons donc successivement ces deux étapes possibles dans l'achèvement du processus de fusion des institutions représentatives du personnel.

¹⁰⁰² *Ibid.*, p. 113.

¹⁰⁰³ G. Adam et F. Béharel, *op. cit.*, p. 27.

1. La première étape de la fusion : le comité social et économique

160. La fusion des institutions permet le passage d'institutions spécialisées, quoique pouvant être regroupées au sein de la délégation unique du personnel, à une institution transversale ou globale. Cette institution de regroupements a facilité le passage à une institution unique. La DARES relevait en 2021 que « les entreprises ayant une délégation unique du personnel élue en 2016 ont un taux de conversion supérieur aux autres »¹⁰⁰⁴ entreprises devant mettre en place le comité social et économique. Ce changement a même pu être vécu comme une formalité voire un simple changement de nom dans certaines entreprises¹⁰⁰⁵. Il poursuit néanmoins des objectifs plus poussés que le seul regroupement.

L'objectif de l'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017 est ainsi de « simplifier et renforcer le dialogue économique et social et ses acteurs, notamment au travers d'une refonte du paysage des IRP, plus en phase avec la réalité des entreprises et les enjeux de transformation dont elles ont à débattre »¹⁰⁰⁶. C'est une refonte qui est proposée par la « mise en place d'une instance fusionnée de représentation du personnel, se *substituant* [nous soulignons] aux délégués du personnel, au comité d'entreprise et au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail »¹⁰⁰⁷. Cette institution a donc bien vocation à se substituer et ne saurait en conséquence être un simple regroupement des anciennes institutions.

Ce changement est soutenu par une critique du « fonctionnement cloisonné d'institutions dont le respect des attributions et du fonctionnement est souvent plus vécu comme la satisfaction formelle d'obligations légales que comme un levier de concertation de nature à concilier les attentes respectives de l'employeur et des salariés »¹⁰⁰⁸. L'étude d'impact de la loi d'habilitation ajoute « le cloisonnement est au demeurant de moins en

¹⁰⁰⁴ D. Geleyn, S. Hallépée, C. Higounenc, *Les instances de représentation des salariés des entreprises en 2018 : une implantation très progressive du comité social et économique*, DARES Résultats, n° 02, janv. 2021, p. 5 ; V. également N. Farvaque, *Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le Droit du travail. Etude de terrain qualitative*, ORSEU, Amnyos, 23 sept. 2019, p. 27.

¹⁰⁰⁵ N. Farvaque, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰⁰⁶ Exposé des motifs de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁰⁸ Etude d'impact du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, p. 21.

moins pertinent au regard de la nature de plus en plus globale des enjeux à traiter »¹⁰⁰⁹. Cette réforme prend acte également du « relatif succès »¹⁰¹⁰ de la délégation unique du personnel qui est alors majoritaire là où elle peut être décidée unilatéralement par l'employeur, cependant qu'elle demeure très rare là où elle nécessite un accord collectif, puisqu'une vingtaine d'accord sont recensés à ce moment-là. L'ordonnance permet ici, par l'exercice de l'autorité du Gouvernement, d'imposer cette fusion à l'ensemble des entreprises dans lesquels il n'a pas été choisi de recourir à la délégation unique du personnel.

161. Cependant, le décloisonnement souhaité en fusionnant les institutions représentatives du personnel n'a pas toujours eu lieu. Les évaluations montrent en effet que la mise en place de commissions sert parfois à spécialiser les élus là où la fusion leur confie l'ensemble des attributions. Les antennes du comité pourraient ainsi reproduire « un certain nombre des incertitudes et des complications que l'on imputait au système de représentation des salariés que l'institution du CSE était précisément censée résorber »¹⁰¹¹. Ce choix peut s'inscrire dans une logique de professionnalisation pour des élus qui s'intéresseraient particulièrement à un sujet et ambitionneraient d'acquérir des compétences dans celui-ci et qui répond ainsi à des aspirations que l'approche globale ne satisfait pas¹⁰¹². Ce mouvement, quoiqu'il puisse paraître contradictoire avec la recherche d'une approche globale offre cependant la vertu de rendre moins conflictuel l'exercice des attributions et même de les dépolitiser. Ce serait notamment le cas lorsque les représentants de proximité¹⁰¹³ et les commissions¹⁰¹⁴ - en particulier la commission santé, de sécurité et de conditions de travail - qui s'inscrivent dans cette spécialisation.

Cette *respécialisation* des élus avait été anticipée par une partie de la doctrine dans ses commentaires de la loi de 2015¹⁰¹⁵ et qui semble se confirmer au regard des évaluations

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*, p. 33.

¹⁰¹⁰ *Ibid.*, p. 32.

¹⁰¹¹ F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 62.

¹⁰¹² N. Farvaque, *op. cit.*, p. 62.

¹⁰¹³ J. Péglise et C. Wolmark, *Le représentant de proximité : une figure au cœur des enjeux de la nouvelle représentation des salariés*, IRERP, 15 nov. 2021, p. 118.

¹⁰¹⁴ F. Lerais, K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 110 ; R. Bourguignon, *op. cit.*, p. 21.

¹⁰¹⁵ C. Nicod, *op. cit.*, p. 551.

concernant la mise en place des comités sociaux et économiques¹⁰¹⁶. Cela ne constitue cependant pas un retour à l'ancien puisque cette évolution est concomitante à une perte de capacité d'action que pouvaient avoir les délégués du personnel ou les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail¹⁰¹⁷. Nous entendons donc par l'expression *respécialisation* le fait que les élus, bien que titulaires de toutes les attributions confiées au comité et chargés de s'en saisir pour avoir une approche globale de l'entreprise, se spécialisent en fonction des commissions dans lesquelles ils siègent ou des mandats spécifiques auxquels ils sont désignés. LA *respécialisation* par le biais d'antennes ne saurait être comparable à l'organisation fonctionnelle des anciennes institutions représentatives du personnel et encore moins correspondre à une recréation de celles-ci dans un cadre légal nouveau car même si l'accord s'en inspirait, des dispositions d'ordre public l'en empêcheraient. Il peut également y avoir *respécialisation* par niveau de représentation, particulièrement en ce qui concerne les attributions d'ordre économique. Nous entendons par là que le partage des attributions entre les niveaux d'implantation du comité ou de ses antennes peut s'accompagner d'une spécialisation de chaque organe.

162. Cette refonte se fait par la réduction du nombre d'institutions et d'élus. Cette mesure vise la simplification et se fait en « réduisant le nombre d'instances »¹⁰¹⁸. L'objectif est que la fusion des institutions permette de traiter l'ensemble des sujets à aborder dans la même institution en les liant les uns aux autres. Il s'agit également de prendre en compte les interactions entre les différents sujets. C'est l'idée d'approche globale ou transversale. Nous avons vu précédemment la critique liée à des consultations jugées redondantes. Cette fusion doit, par la réduction du nombre de réunions incidentes de la réduction du nombre d'institutions, permettre cette approche globale des différentes problématiques traitées dans cette institution. Il s'agit de ne plus isoler le traitement des réclamations, des questions économiques, des questions sociales et culturelles et des questions de santé de sécurité et de conditions de travail. Selon le rapporteur de la loi d'habilitation, « l'instance fusionnée permettra aux représentants du personnel d'avoir une vision plus complète des enjeux stratégiques de l'entreprise et d'avoir plus de poids lorsqu'ils présentent des revendications à

¹⁰¹⁶ F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 110.

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, p. 97.

¹⁰¹⁸ M. Pénicaud, Ass. nat., Première séance du lundi 10 juillet 2017.

l'employeur »¹⁰¹⁹. Cela doit favoriser un « dialogue social à la fois plus stratégique et plus concret, moins formel »¹⁰²⁰. L'approche globale induite par la fusion des institutions doit donc permettre aux représentants du personnel d'adapter leurs revendications à la connaissance globale qu'ils acquerront de l'entreprise et de mieux influencer sur le choix de la direction.

La réduction du nombre d'élus est aussi un objectif assumé du Législateur afin de faciliter les échanges. Pour Monsieur Laurent Pietraszewski « le nombre de participants peut être très élevé [dans les comités d'entreprise], j'en ai moi-même souvenir¹⁰²¹. Or, très franchement, vous savez bien que lorsqu'il n'y a que vingt personnes autour de la table, les échanges sont plus construits, plus complets, que lorsqu'il y en a quarante. Du reste, lorsqu'il y a beaucoup de personnes, les niveaux d'information, de connaissance des dossiers, sont parfois inégaux »¹⁰²². Si l'évolution du nombre d'élus semble difficile à évaluer¹⁰²³, des données ont pourtant été établies à ce sujet montrant jusqu'à une diminution d'un tiers du nombre de représentants du personnel d'après le ministère du travail¹⁰²⁴. Dans un rapport d'évaluation, le nombre d'élus a été divisé par deux dans les entreprises étudiées, en particulier du fait de la suppression des délégués du personnel¹⁰²⁵. Cette diminution résulte de la réduction du nombre d'institutions, donc de nombre de sièges et de mandats à pouvoir, et de la réduction du nombre d'élus à effectif et périmètre constants comme permettent de l'établir les tableaux comparatifs à ce sujet. Outre la réduction du nombre d'élus en elle-même, c'est aussi le nombre d'élus en réunion qui est diminué par l'effet de la règle interdisant, sauf si l'accord le permet, la présence des suppléants en réunion¹⁰²⁶.

¹⁰¹⁹ L. Pietraszewski, Ass. nat., Première séance du lundi 10 juillet 2017.

¹⁰²⁰ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

¹⁰²¹ Monsieur Laurent Pietraszewski fait ici référence à son expérience de directeur des ressources humaines au sein du groupe Auchan.

¹⁰²² L. Pietraszewski, Ass. nat., Première séance du mercredi 22 novembre 2017.

¹⁰²³ A. Naboulet et E. Prouet, *Evaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail*, France Stratégie, déc. 2021, p. 48.

¹⁰²⁴ N. Farvaque, *op. cit.*, p. 33 ; A. Naboulet et E. Prouet, *op. cit.*, p. 30.

¹⁰²⁵ F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 87.

¹⁰²⁶ Art. L. 2314-1 du Code du travail.

163. Cependant certaines institutions n'ont pas fait l'objet de fusion. Il faut cependant apporter un tempérament à notre propos. L'ordonnance procède à une réforme sélective. Toutes les institutions représentatives du personnel n'ont pas été fusionnées. Le comité d'entreprise européen et le comité de groupe sont ainsi restés dans l'angle mort de la fusion. Seul le comité de groupe a été évoqué lors des débats parlementaires mais ce fut pour signifier une erreur dans un amendement qui ne concernait pas cette institution¹⁰²⁷. On ne trouve ainsi pas de motivation explicite à l'absence de mesure concernant la représentation du personnel au niveau des groupes et des entreprises de dimension européennes. Ces institutions représentatives du personnel se situent dans un périmètre plus large que celui des entreprises nationales naguère soumises à la mise en place des anciennes institutions représentatives du personnel. Leur fusion était donc sans effet puisqu'elles n'ont d'attributions qu'en matière d'information et de consultation et sont déjà des institutions uniques dans leur périmètre : le groupe ou l'entreprise européenne. Concernant les comités d'entreprise européens, ceux-ci connaissaient déjà, sans que cela soit présenté ainsi, une structuration composée d'un ordre public en son chapitre premier, d'un champ ouvert à la négociation collective en son deuxième chapitre et de dispositions supplétives en son troisième chapitre. En cela leur régime était déjà conforme à la logique qui motive la fusion.

Un autre mandat n'a pas été atteint par l'opération de fusion, c'est celui du délégué syndical. Il peut cependant être l'objet d'un regroupement, voire d'une fusion, par l'effet de la mise en place du conseil d'entreprise. Ce qui constituerait alors une seconde étape du mouvement de fusion.

2. La seconde étape de la fusion : le conseil d'entreprise

164. La fusion et l'approche globale peut en effet aller plus loin encore en cas d'accord collectif qui fusionne le comité social et économique et les délégués syndicaux au sein du conseil d'entreprise. L'approche globale prend ainsi en compte également les enjeux soumis à la négociation collective. On lit dans le rapport au Président de la République que « demain, grâce à la fusion des instances, qui conservent compétences et droits à expertise, une telle

¹⁰²⁷ V. l'intervention de Monsieur Alain Milon lors de la séance du 23 janvier 2018 au Sénat.

approche globale sera la norme. Pour les entreprises qui concluent un accord majoritaire sur le sujet, il sera possible d'aller plus loin, et de mettre en place une codécision à la française, *via* le conseil d'entreprise »¹⁰²⁸. Cette institution parferait l'approche globale en fusionnant l'ensemble des attributions représentatives au sein d'une même entité et « en permettant aux syndicats et aux élus de se réunir au sein d'une même instance, les ordonnances donnent aux représentants du personnel les moyens d'adapter les règles et les protections applicables aux salariés au plus près de la réalité de l'entreprise »¹⁰²⁹.

a. Création et suppression du conseil d'entreprise

165. Pour sa mise en place, le code du travail se réfère à l'entreprise. Il peut en effet être mis en place par accord d'entreprise ou dans les entreprises dépourvues de délégué syndical couvertes par un accord de branche étendu. En se fondant sur l'article L. 2232-33 du code du travail, qui permet de mener au niveau du groupe toutes les négociations pouvant être menées au niveau de l'entreprise, un auteur envisage la possibilité de le négocier au niveau du groupe¹⁰³⁰. Cela nous semble poser quelques difficultés. Dans l'hypothèse d'une mise en place du conseil d'entreprise au niveau du groupe, il faut rappeler qu'un groupe est soumis à l'obligation de mettre en place un comité de groupe. Or les règles d'ordre public prévoiraient dans cette hypothèse des attributions concurrentes en matière de consultation dans le même périmètre. Le comité de groupe est lui-même d'ordre public et sa fusion dans le conseil d'entreprise n'est pas envisagée par le chapitre unique qui lui est relatif. Cependant, on pourrait effectivement envisager un accord de groupe relatif à la mise en place et au fonctionnement de conseils d'entreprise dans les filiales comme cela est possible pour le comité social et économique. La primauté de l'accord de groupe laisse même ouverte la voie de l'obligation de mettre en place une telle institution dans tout ou partie des filiales. Cela pose alors le problème des entreprises dans lesquelles les organisations syndicales minoritaires au niveau du groupe mais majoritaires au niveau de certaines entreprises

¹⁰²⁸ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

¹⁰²⁹ L. Pietraszewski, Ass. nat., Première séance du lundi 10 juillet 2017.

¹⁰³⁰ C. Lecœur, « Le conseil d'entreprise », *Dr. ouv.*, 2020, p. 626.

refuseraient la mise en place du conseil d'entreprise. Celles-ci se retrouveraient alors privées de la possibilité de s'y opposer si les organisations syndicales représentatives majoritaires au niveau du groupe validaient un accord de groupe contenant une clause de primauté et couvrant ces entreprises.

En ce qui concerne les périmètres de mise en place et l'articulation avec d'autres institutions, le chapitre relatif au conseil d'entreprise ne prévoit rien qui laisse entendre qu'il s'agit uniquement d'une institution placée au niveau de l'entreprise. Sa compétence pour négocier est du reste exclusif en matière d'accords d'entreprise mais aussi d'établissement. Ce qui pose la question du rôle et de l'articulation des institutions représentatives du personnel dans des structures complexes. L'article L. 2321-1 du code du travail dispose également que dans l'entreprise, le conseil d'entreprise est seul pour négocier. Ce qui interroge la possible privation, pour les éventuels délégués syndicaux dans les établissements distincts, de leur compétence principale. On se demande donc s'il faut interpréter ce texte comme une compétence exclusive au niveau de l'entreprise ou dans tout le périmètre de l'entreprise. Dans la première hypothèse des accords d'établissements conclus avec les délégués syndicaux demeurent possibles tant dis que dans l'autre hypothèse ce ne le serait pas. A moins que cette assertion serve à signifier la possibilité de mettre en place des conseils d'établissement. Certains auteurs envisagent bien la possibilité d'une articulation entre un « conseil central » et des conseils ou « comités d'établissement »¹⁰³¹, mais le silence des textes à ce sujet associé aux éléments positifs que nous avons décrit nous conduisent à émettre une sérieuse réserve sur cette interprétation.

166. Ce dispositif concerne plusieurs types d'entreprise. Tout d'abord il concerne les entreprises couvertes par des délégués syndicaux sans possibilité de recourir à une consultation d'après l'article L. 2321-1 du code du travail qui renvoie au premier alinéa de l'article L. 2332-12 du code du travail en ce qui concerne la validité de l'accord. Il permet cependant aux entreprises dépourvues de délégués syndicaux d'en mettre un en place à la condition qu'il soit institué par accord de branche étendu. Ce qui confère un pouvoir de contrôle sur l'opportunité de sa mise en place par les organisations syndicales de la branche et par l'autorité administrative. Mais cela pose la question de sa mise en place. Dans cette dernière hypothèse, faute de précision dans l'article L. 2321-3 du code du travail, on peut

¹⁰³¹ S. Niel, « Pourquoi négocier un conseil d'entreprise ? », *SSL*, n° 1790, 13 nov. 2017 ; S. Rioche, « Le conseil d'entreprise, la vraie révolution de l'ordonnance n° 2017-1386 ? », *op. cit.*, p. 77.

supposer qu'il est créé par décision unilatérale de l'employeur sans obligation de consultation des institutions préexistantes lorsqu'elles existent comme c'était le cas pour la mise en place d'une délégation unique du personnel par décision unilatérale. Cela pose alors la question du maintien de ce Conseil d'entreprise si une organisation syndicale venait à désigner un délégué syndical dans ces entreprises. Une partie de la doctrine se demande si cela rendrait l'institution caduque¹⁰³². En effet dans cette hypothèse l'une des conditions de mise en place du conseil d'entreprise ne serait plus valable puisque cette institution ne peut être mise en place en application d'un accord de branche étendue qu'en l'absence de délégués syndicaux, au moins à la date de sa mise en place. Cette question est d'autant plus importante que n'étant pas mis en place par accord d'entreprise, le délégué syndical ou les membres du conseil d'entreprise ne peuvent dénoncer l'acte fondateur de l'institution.

D'après certains travaux d'évaluation, le dispositif viserait en particulier les très petites, petites et moyennes entreprises¹⁰³³. Si on peut le concevoir pour les petites et moyennes entreprises, cela est étonnant en ce qui concerne la référence aux très petites entreprises qui ne sont pas soumises à des obligations de négociation ou de consultation et n'ont donc, même lorsqu'elles sont assujetties à la mise en place d'un comité social et économique, pas d'intérêt du point de vue de leurs obligations légales à mettre en place une telle institution. Les premiers conseils d'entreprise mis en place concernent principalement des entreprises de vingt à deux-cents salariés avec des syndicats uniques au sein de l'entreprise¹⁰³⁴.

167. Cela pose aussi la question de la suppression du conseil d'entreprise. Le chapitre unique du code du travail relatif au conseil d'entreprise n'en dit rien. Ce qui représente un problème quant à la suppression d'un conseil d'entreprise mis en place dans une entreprise initialement dépourvue de délégué syndical comme nous avons pu le mentionner. Mais cela pose également le problème de la dénonciation de l'accord qui institue le conseil d'entreprise. On peut supposer qu'il faudrait alors appliquer les mêmes conditions que pour la validité de l'accord conclu avec le conseil d'entreprise, à savoir la majorité des élus titulaires ou les élus représentants au moins cinquante pourcents des suffrages exprimés. La question de sa

¹⁰³² B. Teyssié, « Le conseil d'entreprise », *JCP S*, 2018, 1011 ; J.-P. Lieutier, « Comité social et économique ou conseil d'entreprise : quel choix ? », *Dr. soc.*, 2019, p. 417 ; C. Lecœur, « Le conseil d'entreprise », *Dr. ouv.*, 2020, p. 629.

¹⁰³³ A. Naboulet et E. Prouet, *op. cit.*, p. 63.

¹⁰³⁴ C. Thuderoz, *op. cit.*, pp. 4 à 5.

dénonciation est d'autant plus importante que l'article L. 2321-2 énonce que sa durée est indéterminée quand les autres accords doivent contenir une clause le stipulant expressément¹⁰³⁵.

b. Les attributions distinctives du conseil d'entreprise

168. La mise en place d'un conseil d'entreprise transfère à cette institution la principale prérogative des organisations syndicales représentatives : négocier. Cette attribution est exclusivement réservée au conseil d'entreprise. L'ordonnance du 20 décembre 2017 a supprimé l'exception présente dans le texte initial concernant les plans de sauvegarde de l'emploi et divers objets de négociation liés aux élections professionnelles¹⁰³⁶. Ne reste au délégué syndical, qui demeure, que la mission de revendiquer. Or la revendication a pour objet principal de nourrir la négociation. La négociation est le moment de la confrontation des intérêts, de la présentation des revendications en vue d'en faire des règles conventionnelles et d'instituer des droits nouveaux dans le périmètre de l'accord. Ce que Gérard Lyon-Caen définissait comme le « processus par lequel les pouvoirs du patronat et du travail, ayant atteint le maximum de leur déploiement, atteignent leur équilibre et parviennent ainsi à la création de nouvelles règles de Droit »¹⁰³⁷.

Le conseil d'entreprise signifie aussi une perte de pouvoir des organisations syndicales sur le contenu des accords collectifs signés. Alors que le délégué syndical ou le salarié mandaté est contrôlé par l'organisation qui le mandate, avec le conseil d'entreprise il n'y a plus aucun contrôle syndical sur le contenu de la négociation¹⁰³⁸. Une organisation syndicale représentative minoritaire, donc incapable de dénoncer l'accord seule, pourrait par ailleurs être écartée des négociations en fonction des modalités prévues par l'accord. Par exemple en

¹⁰³⁵ Art. L. 2222-4 du Code du travail.

¹⁰³⁶ Art. 1^{er} -I de l'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

¹⁰³⁷ G. Lyon-Caen, « Critique de la négociation collective », *Dr. soc.*, 1979, p. 350.

¹⁰³⁸ A. Le Goff et J. Krivine, « De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seule habilité à négocier », *Dr. soc.*, 2019, p. 214.

mettant en place une commission de négociation¹⁰³⁹ ou un groupe de négociation désigné par le conseil d'entreprise. Le négociateur intervient en tant que membre d'une institution dont la légitimité repose non sur la désignation par son organisation syndicale mais sur son audience individuelle. D'où un risque de « fragmentation des positions »¹⁰⁴⁰ car ce ne sont plus des délégations représentant un positionnement syndical et des orientations issues de délibérations collectives mais des individus qui négocient.

Les conditions de validité de l'accord posent elles aussi question puisque l'accord peut être signé soit par la majorité des élus titulaires, soit par un ou plusieurs élus ayant recueilli plus de cinquante pourcents des suffrages exprimés lors du premier ou du second tour des élections professionnelles. Ce qui signifie qu'un accord collectif pourrait être valable malgré l'opposition du ou des organisations syndicales majoritaires en nombre de voix exprimées en faveur d'organisations syndicales représentatives. Il faudrait pour cela que des élus sans étiquettes, avec ou sans le soutien d'organisations syndicales minoritaires selon leurs audiences respectives, signent l'accord. La négociation et la conclusion de l'accord sont ainsi totalement détachées de l'appréciation syndicale qui n'intervient plus dans la négociation ni dans la signature de l'accord collectif. La condition de validité de cet accord, en particulier celle de majorité des élus titulaires, renforce la position de l'organisation ou des organisations majoritaires du fait de l'élection au plus fort reste¹⁰⁴¹.

Le conseil d'entreprise, comme le comité en tant qu'agent palliatif de négociation, ont également ceci de particulier que si le délégué syndical est nommé dans un périmètre choisi par les organisations syndicales représentatives, en fonction des communautés de travail qu'elles identifient et représentent, le conseil et le comité sont eux configurés par l'employeur via l'accord sur leur périmètre et sur leur mise en place¹⁰⁴². C'est donc un agent de négociation qui est en partie modelé par l'employeur lui-même en cas d'accord, soit uniquement par lui en cas de décision unilatérale. Tout ceci peut ainsi être de nature à susciter une méfiance des organisations syndicales représentative vis-à-vis de cette nouvelle institution. Du côté des employeurs peut aussi exister une réticence.

¹⁰³⁹ Près de la moitié des conseils d'entreprise existants auraient fait le choix de cette modalité de fonctionnement, en reprenant un accord-type produit par un cabinet d'avocat (C. Thuderoz, *op. cit.*, p. 8).

¹⁰⁴⁰ A. Le Goff, J. Krivine, *op. cit.*, p. 215.

¹⁰⁴¹ S. Niel, *op. cit.*

¹⁰⁴² C. Giraudet, *op. cit.*, p. 50.

169. Le conseil d'entreprise se distingue par l'attribution de consultations soumises à un avis conforme. Du moins par leur généralisation puisque celle-ci existait déjà en matière de refus de l'octroi du congé de formation économique, sociale et syndicale¹⁰⁴³ et d'individualisation des horaires¹⁰⁴⁴. En effet, afin d'encourager les organisations syndicales à conclure ces accords, c'est la loi qui détermine la contrepartie que l'employeur doit céder aux délégués syndicaux qui acceptent de perdre leur principale attribution à savoir, la définition de sujets nécessitant un « avis conforme » du conseil d'entreprise. L'employeur perd ainsi lui aussi une parcelle de son pouvoir en devant recueillir un avis positif pour mettre en œuvre sa décision, ce qui n'est pas le cas avec une consultation normale.

Un seul thème est cependant imposé, il s'agit de la formation professionnelle¹⁰⁴⁵. Pour les autres thèmes, l'employeur doit consentir à céder la perte de contrôle sur la prise de décision. La loi suggère aussi, mais sans l'imposer, le thème de l'égalité professionnelle.

Cela interroge la doctrine de voir ces thèmes qui « investissent de manière croissante la négociation collective » être désignés comme des thèmes pouvant faire l'objet d'une demande d'avis conforme¹⁰⁴⁶. Ce qui signifie tout de même que de thèmes de négociation, ils deviennent des thèmes de décision unilatérale. Certains voient en effet dans cette procédure une « manière d'acquiescement à ce qui demeure une décision unilatérale de l'employeur »¹⁰⁴⁷ ou à tout le moins une procédure pour « recueillir son adhésion »¹⁰⁴⁸. D'autres auteurs considèrent au contraire que cette procédure, en particulier sur des thèmes relevant de la négociation collective, est « peut-être plus facile [à] envisager (...) que de tenter une négociation avec des délégués syndicaux souvent campés sur des postures dogmatiques »¹⁰⁴⁹.

Que l'on conçoive cela négativement ou positivement, les auteurs cités expriment une position commune, cette procédure rendrait plus facile l'obtention d'un avis favorable aux

¹⁰⁴³ Art. L. 2145-11 du Code du travail.

¹⁰⁴⁴ Art. L. 3121-48 du Code du travail.

¹⁰⁴⁵ Art. L. 2321-3 du Code du travail.

¹⁰⁴⁶ A. Le Goff et J. Krivine, *op. cit.*, p. 215.

¹⁰⁴⁷ G. Borenfreund, *op. cit.*, p. 622.

¹⁰⁴⁸ C. Thuderoz, *op. cit.*, p. 8.

¹⁰⁴⁹ S. Niel, *op. cit.*

décisions de l'employeur. Ce qui n'est pas sans aller dans le sens de l'objectif d'adaptation poursuivi par les réformes du dialogue social. Cela serait néanmoins de nature à dissuader les employeurs de vouloir mettre en place cette institution. Certains auteurs, traduisant une certaine représentation de la procédure d'avis conforme, y voient un droit de *veto*¹⁰⁵⁰. L'expression est cependant inappropriée en ce sens qu'un tel droit s'appuie sur un pouvoir d'initiative et de blocage dans la mise en œuvre d'une décision de l'employeur par l'institution qui en dispose. Or, tel n'est pas le cas ici.

c. Entre association et confusion des rôles

170. L'idée de conseil d'entreprise est une ancienne revendication patronale. Elle est formulée en 1986 par le conseil des jeunes dirigeants d'entreprise et que l'organisation elle-même identifie comme ayant inspiré la création de la délégation unique du personnel¹⁰⁵¹. Proposition qui trouve alors son inspiration dans les comités sociaux d'entreprise institués par la charte du travail de 1941 conforme à l'orientation corporatiste historique de l'organisation née en réaction au Front populaire¹⁰⁵². L'idée de confier à une même institution élue l'ensemble des attributions représentatives, dont celle de négocier des accords qui pourraient déroger aux conventions collectives, a aussi été portée par le défenseur de la théorie institutionnaliste de l'entreprise Paul Durand¹⁰⁵³.

Cette proposition trouve ensuite des relais dans plusieurs rapports sur le dialogue social. La vingt-quatrième proposition du rapport Virville faisait déjà la proposition de « création, dans les entreprises de moins de 250 salariés, d'un Conseil d'entreprise, exerçant les attributions des délégués du personnel, du comité d'entreprise et des délégués syndicaux, permettrait de développer la représentation des salariés et la négociation collective, dans des structures qui sont encore trop souvent dépourvues d'institutions représentatives »¹⁰⁵⁴. Sans

¹⁰⁵⁰ C. Thuderoz, *op. cit.*, p. 7.

¹⁰⁵¹ B. Tilliette, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁵² F. Le Bot, « La naissance du centre des jeunes patrons (1938-1944) Entre réaction et relève », *Vingtième Siècle, revue d'histoire*, 2012/2, n° 144, p. 99 ; C. Thuderoz, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁵³ C. Giraudet, *op. cit.*, p. 49.

¹⁰⁵⁴ M. De Virville, *op. cit.*, p. 45.

nommer une telle institution, le rapport Hadas-Lebel vantait lui aussi les bases existantes à une possible fusion des institutions regroupant les fonctions réclamatoires, consultatives et de négociation considérant que « les nombreuses délégations uniques du personnel qui se sont mises en place fournissent une base solide en vue d'une instance unique, même si elles reposent sur une unicité d'interlocuteurs plus que sur une unicité de fonctions »¹⁰⁵⁵. Ce rapport relève encore que les organisations syndicales disposent de représentants au sein des comités d'entreprise qui, en dessous de trois cents salariés, sont les délégués syndicaux¹⁰⁵⁶.

La loi contient donc déjà les bases de cette confusion, et peut-être de leur fusion, que ce soit par la présence de représentants syndicaux, voire de délégués syndicaux, dans l'institution élue ou par la porosité des sujets sur lesquels ils peuvent intervenir. Ce système de représentation pourrait permettre, ou à tout le moins aurait l'objectif, de faciliter la mise en œuvre des décisions de l'employeur en concentrant l'ensemble des missions de représentation au sein de la même institution, donc de la même délégation avec laquelle l'employeur accepte de partager en partie la prise de décision¹⁰⁵⁷. Il aurait aussi vocation à permettre le développement d'une culture du compromis¹⁰⁵⁸.

171. Il est souvent fait un parallèle avec un système de codétermination que nous excluons ici. Ce parallèle avec un système de cogestion, de codétermination ou de codécision est fait par le Législateur¹⁰⁵⁹ comme par la doctrine¹⁰⁶⁰. Si nous mentionnons cela, nous n'approfondirons par le sujet faute d'avoir réalisé une véritable approche comparatiste dans cette thèse. Si notre Droit pourrait s'inspirer du droit allemand dans ce domaine¹⁰⁶¹, c'est au regard de la représentation que le Législateur s'en fait. S'il y a codécision, c'est alors une

¹⁰⁵⁵ R. Hadas-Lebel, *op. cit.*, p. 108.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, p. 107.

¹⁰⁵⁷ S. Niel, *op. cit.* ; C. Lecœur, *op. cit.*, p. 630.

¹⁰⁵⁸ C. Thuderoz, *op. cit.*, p. 26.

¹⁰⁵⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

¹⁰⁶⁰ S. Rioche, *op. cit.*, p. 77 ; F. Géa, « L'accord sur le comité social et économique », *BJT*, sept. 2018, p. 50 ; P. Lokiec, « Le CSE comme instance de codétermination, une occasion manquée », *BJT*, sept. 2018, p. 47 ; A. Le Goff et J. Krivine, *op. cit.*, p. 215 ; « Table ronde 2 : Le conseil d'entreprise. Vers une codétermination à la française ? », in F. Géa, *Retour sur les ordonnances Macron. Un nouveau droit du travail ?*, *op. cit.*, p. 310 ; V. également le panorama des promoteurs de la codécision établi par C. Thuderoz, *op. cit.*, p. 31.

¹⁰⁶¹ M. Le Friant, « Un conseil d'entreprise inspiré du droit allemand ? », *SSL*, n° 1651, 10 novembre 2014.

adaptation « à la française »¹⁰⁶². Pour un auteur comparatiste « le conseil d'entreprise ne peut être un premier pas (même en courant) vers le conseil d'établissement allemand »¹⁰⁶³. En l'état, le conseil d'entreprise n'est en tout cas pas un *Betriebsrat* à la française. Les périmètres sont différents, la composition est différente notamment en ce qui concerne la présence ou non de l'employeur, les attributions distinctives du conseil d'entreprise que sont la négociation collective et la procédure d'avis conforme ne sont pas les mêmes, le fonctionnement notamment en ce qui concerne le pouvoir d'initiative des salariés diverge aussi¹⁰⁶⁴. Par ailleurs l'un tient son pouvoir d'une règle constitutionnelle tandis que l'autre le tient d'une norme conventionnelle, quoique relevante. Tout ceci nous conduit à une émettre une sérieuse réserve, si ce n'est un rejet, quant à l'opportunité de reprendre un vocable issu d'une traduction pour le moins hasardeuse de *Mittbestimmung*.

172. Cela se fait également au bénéfice d'un « brouillage »¹⁰⁶⁵ entre les différents canaux de représentation. Le double canal a des raisons historiques, en particulier le refus de laisser les organisations syndicales s'implanter dans l'entreprise avant 1968 et la volonté d'assurer une représentation des salariés dans celle-ci qui ne concurrence pas l'activité syndicale¹⁰⁶⁶. Ce brouillage est d'abord la conséquence de l'institution du critère de l'audience électorale pour déterminer non seulement la représentativité des organisations syndicales mais encore l'ordre de priorité dans la désignation du délégué syndical. Si le critère d'audience peut aujourd'hui paraître d'une rationalité incontestable, cela n'a pas toujours été le cas.

Il faut tout d'abord le resituer historiquement, ce critère est institué par la loi du 20 août 2008. La notion de représentativité peut quant à elle être datée de 1919. C'est le traité de Versailles qui, créant l'organisation internationale du travail, institue le critère de

¹⁰⁶² Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales ; J.-P. Lieutier, *op. cit.*, p. 415 ; « Table ronde 2 : Le conseil d'entreprise. Vers une codétermination à la française ? », *op. cit.*, p. 310.

¹⁰⁶³ P. Rémy, « Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 1055.

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*, p. 1050 ; P. Rémy, « Contre toute instrumentalisation du droit d'ailleurs - d'où qu'elle vienne et dans quelque intérêt que ce soit », *RDT*, 2020, p. 706 ; S. Vernac, « Table ronde 2 : Le conseil d'entreprise. Vers une codétermination à la française ? », *op. cit.*, p. 315.

¹⁰⁶⁵ G. Borenfreund, *op. cit.*, p. 620 ; A. Le Goff et J. Krivine, *op. cit.*, p. 204.

¹⁰⁶⁶ F. Petit, « Pour la mise en place d'un « conseil d'entreprise », accompagnée de la fusion des délégués du personnel et des délégués syndicaux », *op. cit.*, p. 80.

représentativité pour la désignation des membres de la Conférence générale¹⁰⁶⁷. Pendant quatre-vingt-neuf ans, la représentativité des organisations syndicales était donc indépendante de ce critère et ce malgré la division syndicale déjà bien présente dans l'après-guerre. Précisons également que la représentativité fondée sur le critère d'audience électorale n'est pas non plus admise dans tous les pays. L'Allemagne par exemple, ne connaît pas ce critère de représentativité tandis qu'elle connaît celui de la capacité à faire pression pour négocier. Ce critère n'a donc rien d'universel ni dans le temps, ni dans l'espace. Le délégué syndical n'a d'ailleurs pas pour rôle de représenter les salariés¹⁰⁶⁸. Le syndicat professionnel, tel qu'inscrit dans le Droit positif actuel, a « exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux »¹⁰⁶⁹ des travailleurs. Le délégué syndical qu'il désigne le représente lui et non la collectivité dont il étudie et défend les droits et intérêts. La représentativité ne sert qu'à distinguer les syndicats aptes à négocier et conclure ou non des accords collectifs. Cela n'en fait pas une attribution de représentation du personnel.

Elle brouille ensuite les liens entre les représentants élus par les salariés et les représentants désignés par les syndicats. Alors que l'élection sert à déterminer les personnes les plus représentatives ou les plus aptes à défendre les intérêts du collège électoral, la désignation permet à une organisation de choisir la personne la plus apte à la représenter elle et les orientations collectivement délibérées en son sein. Il n'est pas un catalyseur d'une volonté du personnel qui se serait formalisée par un processus que le Droit ne saisit d'ailleurs pas, là où il reconnaît le fait syndical et le fonctionnement des organisations. En contraignant les organisations syndicales à choisir leur délégué syndical parmi les candidats ayant reçu au moins dix pourcents des suffrages en priorité, elle exige que le représentant du syndicat soit également représentatif du personnel. Elle contraint donc à présenter aux élections la personne qu'elle souhaite désigner comme délégué syndical. Si certains auteurs y voient une possibilité de renforcer la légitimité des organisations syndicales¹⁰⁷⁰, ces éléments nous conduisent à plutôt y voir une rupture entre les organisations syndicales et les élus.

¹⁰⁶⁷ Art. 389 du Traité de Versailles, 28 juin 1919.

¹⁰⁶⁸ C. Nicod, *op. cit.*, p. 554.

¹⁰⁶⁹ Art. 2131-1 du Code du travail.

¹⁰⁷⁰ C. Lecœur, *op. cit.*, p. 630.

Cette rupture est renforcée par l'absence de référence à l'article L. 2314-36 du code du travail qui permet à une organisation syndicale de demander l'organisation d'un scrutin pour révoquer un élu qu'elle a présenté. Une fois élu, le membre du conseil d'entreprise n'est donc plus tenu au respect des orientations syndicales sur la base desquelles il a été présenté et élu. Ce n'est plus qu'un « collectif d'individus »¹⁰⁷¹. C'est du reste l'un des objectifs identifiés de sa mise en place que d'étendre la capacité à négocier quitte à « ébrécher le monopole syndical »¹⁰⁷² déjà atteint par de précédentes réformes afin de faciliter la conclusion d'accords collectifs.

Le brouillage est aussi le produit de la superposition des attributions des différents canaux de représentation¹⁰⁷³. Nous entendons par là qu'il résulte de thèmes qui peuvent être à la fois objets de négociation collective et de consultation du comité, hier d'entreprise et aujourd'hui social et économique. Le brouillage provient ensuite de la qualité d'agent palliatif attribué aux élus en ce sens qu'une attribution dépendante de la présence d'un délégué syndical a progressivement été étendue à d'autres agents avec ou sans contrôle syndical de la négociation et de la conclusion des accords¹⁰⁷⁴.

Le brouillage résulte enfin de la définition conventionnelle des institutions représentatives du personnel. Alors que le champ de la négociation était limité aux périmètres des institutions et aux modalités d'organisation des élections, la loi du 17 août 2015 va dans un premier temps ouvrir la possibilité de négocier sur le regroupement des institutions représentatives du personnel dans les entreprises d'au moins 300 salariés. « Relevant historiquement de l'ordre public »¹⁰⁷⁵, les institutions représentatives du personnel deviennent elle-même objet de négociation. Par le conseil d'entreprise, il y a donc un double mouvement de brouillage dans les rôles des différentes institutions et de rupture dans le pouvoir de contrôle des organisations syndicales sur ses élus. Si cela a pu exiger pour certains une exigence de clarifier radicalement le rôle des différentes institutions¹⁰⁷⁶, il a pour d'autres été

¹⁰⁷¹ C. Thuderoz, *op. cit.*, p. 7.

¹⁰⁷² *Ibid.*, p. 22.

¹⁰⁷³ G. Bélier, « Un choix nécessaire entre clarification des rôles et confusion », *RDT*, 2010, p. 77.

¹⁰⁷⁴ V. *supra* les paragraphes n°s 101 et s.

¹⁰⁷⁵ A. Le Goff et J. Krivine, *op. cit.*, p. 204.

¹⁰⁷⁶ G. Bélier, *op. cit.*, p. 78.

un argument tendant vers la fusion des différentes institutions¹⁰⁷⁷. Le conseil d'entreprise s'inscrit lui, sans ambiguïté, dans la deuxième option.

Cependant le conseil d'entreprise n'a pas encore atteint sa cible puisque seulement une quinzaine de conseils d'entreprise ont été mis en place au mois de juillet 2020¹⁰⁷⁸. A l'instar de la délégation unique du personnel négociée, la fusion des institutions représentatives du personnel demeure marginale lorsqu'elle nécessite l'approbation d'organisations syndicales.

Section 2 : La centralisation des institutions

173. La « *centralisation* de la représentation du personnel »¹⁰⁷⁹ est un phénomène largement attendu et observé dans le cadre de la fusion des institutions représentatives du personnel¹⁰⁸⁰. Les évaluations sur la mise en place des comités montrent même, en tout cas dans les grandes entreprises¹⁰⁸¹ et dans les groupes¹⁰⁸², une volonté explicite de centraliser les institutions représentatives du personnel. Dans les groupes cette centralisation passe également par la duplication des clauses négociées au niveau du groupe dans les accords conclus aux niveaux inférieurs¹⁰⁸³. Nous verrons ainsi dans un premier paragraphe comment les réformes du dialogue social ont permis la centralisation interne aux organisations économiques de la représentation du personnel puis dans un second paragraphe comment celle-ci est compensée par la possibilité de déconcentrer l'activité représentative.

¹⁰⁷⁷ F. Petit, *op. cit.*, p. 80.

¹⁰⁷⁸ A. Naboulet et E. Prouet, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁷⁹ F. Géa et A. Rouyer, *op. cit.*, p. 242.

¹⁰⁸⁰ C. Giraudet, *op. cit.*, p. 86 ; N. Farvaque, *op. cit.*, pp. 6 et 66 ; J. Péglise et C. Wolmark, *op. cit.*, pp. 6 et 29 ; R. Bourguignon, *op. cit.*, pp. 12 et 42 ; A. Naboulet et E. Prouet, *op. cit.*, p. 7.

¹⁰⁸¹ R. Bourguignon, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰⁸² F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁸³ *Ibid.*, p. 33.

Paragraphe 1 : Une centralisation interne aux organisations économiques

174. La fusion des institutions s'est accompagnée de leur centralisation au sein des organisations économiques. Celle-ci n'a pas été désignée comme un objectif de la réforme, pourtant plusieurs mesures y contribuent. Elle peut se déduire d'autres objectifs énoncés tels que le regroupement des institutions pour réduire le nombre de réunions ou la recherche d'une « vision d'ensemble »¹⁰⁸⁴ qui trouveraient leur pleine réalisation dans la mise en place d'une institution unique placée au niveau central de l'organisation économique. Nous prendrions donc le risque de surinterpréter les intentions du Législateur en lui attribuant la poursuite d'un objectif qu'il n'énonce pas et qu'il ne motive pas. Comme au sujet de la négociation collective, il ne s'agit pas tant de centraliser que de permettre de centraliser là où certaines anciennes institutions reposaient sur la proximité vis-à-vis du collectif représenté¹⁰⁸⁵. La réforme des institutions représentatives du personnel n'est donc pas motivée par la recherche de centralisation des institutions quoiqu'elle soit une conséquence de l'institution de règles nouvelles dans la définition des périmètres mais aussi au regard des attributions et des moyens de l'institution unique. Nous étudierons donc les deux sens de cette centralisation : la « centralisation horizontale », c'est-à-dire la fusion des attributions réparties entre des institutions spécialisées au sein d'une institution unique, et la « centralisation verticale »¹⁰⁸⁶, c'est-à-dire la place prise par le niveau central de représentation. Nous verrons dans un premier temps comment cette centralisation s'opère par la redéfinition des périmètres, puis dans un second temps par les attributions confiées au comité.

¹⁰⁸⁴ Etude d'impact du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avr. 2015, p. 108.

¹⁰⁸⁵ V. *supra* les paragraphes n° 44 et s. ; D. Mellot, « De la décentralisation de la négociation collective à la concentration du pouvoir », *Dr. ouv.*, 2022, p. 49.

¹⁰⁸⁶ Pour la dichotomie entre centralisation horizontale et verticale, v. F. Favennec-Héry, « Le comité social et économique : une instance à construire », *SSL*, n° 1790, 13 nov. 2017.

A. La centralisation par les périmètres

175. La redéfinition du périmètre de l'établissement distinct favorise la centralisation. L'objectif affiché de la mise en place du comité social et économique était de « créer les conditions d'un dialogue social (...) plus décentralisé »¹⁰⁸⁷. Si la loi ne définit pas l'entreprise, alors même qu'elle est le périmètre d'implantation du comité social et économique, elle définit le périmètre inférieur, sa subdivision, l'établissement distinct. De la définition de ce périmètre dépend le découpage de l'entreprise en autant de périmètres intermédiaires entre la direction centrale de celle-ci, sans prendre en considération celles d'éventuels groupes ou réseaux, et les collectifs de travail qui concourent à la réalisation de l'activité économique. Certains auteurs y voient ainsi une oscillation « entre le critère du pouvoir (de l'employeur ou de son représentant) et celui de l'existence d'une communauté d'intérêts »¹⁰⁸⁸. C'est par conséquent de cette définition que nous pouvons déduire la capacité à centraliser l'institution et l'exercice de ses attributions. Après avoir rappelé la définition fonctionnelle et relative des périmètres d'implantation des anciennes institutions représentatives du personnel, nous étudierons les changements introduits en la matière par les réformes du dialogue social.

1. La fin de la définition fonctionnelle et relative

176. Antérieurement à l'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017, la jurisprudence avait distingué trois définitions de l'établissement distinct dans le silence de la loi. La première est l'établissement distinct pour l'implantation des délégués du personnel. La chambre sociale décide alors que « l'établissement distinct permettant l'élection de délégués du personnel se caractérise par le regroupement d'au moins onze salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptible de générer des réclamations communes et spécifiques et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur, peu

¹⁰⁸⁷ M. Pénicaud, Ass. nat., Première séance du mardi 21 novembre 2017.

¹⁰⁸⁸ G. Duchange, « Le périmètre du CSE », *BJT*, janv. 2022, p. 56.

important que celui-ci ait le pouvoir de se prononcer sur ces réclamations »¹⁰⁸⁹. Pour le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, celui-ci devait être mis en place dans un périmètre géographique et social qui pouvait être plus restreint que celui de l'établissement pour autant qu'il corresponde à des secteurs d'activités¹⁰⁹⁰ et que tous les salariés doivent être couverts même ceux appartenant à des sites de moins de cinquante salariés dès lors que l'entreprise est soumise à l'obligation de mettre en place une telle institution¹⁰⁹¹. L'établissement distinct pour l'implantation du comité d'entreprise se définissait quant à lui par une implantation géographique distincte, une certaine stabilité et un degré d'autonomie suffisant permettant le fonctionnement de l'institution représentative pour l'exécution du service et la gestion du personnel¹⁰⁹².

177. Ces définitions correspondaient à une approche fonctionnelle et relative. C'est-à-dire que la définition du périmètre variait en fonction des missions attribuées à l'institution. L'établissement distinct permettait ainsi de rechercher une adéquation entre un groupe de salariés et ses représentants¹⁰⁹³. Ces définitions ont aussi pu être qualifiées de sociologique¹⁰⁹⁴, car tournées vers le collectif représenté. Ces définitions souffraient pourtant déjà la critique d'un manque de proximité entre les élus et le terrain¹⁰⁹⁵. Si la loi procède à des modifications dans la définition des périmètres de représentation pour mettre en place la délégation unique du personnel, qui regroupera donc des institutions implantées dans des périmètres différents, c'est l'ordonnance 2017-1386 qui apporte une modification de la définition d'établissement distinct. Le critère de l'autonomie de gestion servant à définir le périmètre de l'établissement distinct à défaut d'accord signifierait un changement de logique non plus fonctionnelle et relative mais institutionnelle ou organisationnelle¹⁰⁹⁶. La fusion des

¹⁰⁸⁹ Soc., 29 janv. 2003, n° 01-60.628, Publié, *Dr. soc.* 2003. 453, obs. J. Savatier ; *JCP* 2003. II. 10099, obs. F. Duquesne ; *D.* 2004. 99, obs. I. Desbarats ; Soc., 13 juillet 2004, n° 03-60.173, Publié, *Dr. soc.* 2004. 1155, obs. J. Savatier.

¹⁰⁹⁰ Soc., 29 janv. 2003, n° 01-60.802, Publié, *Dr. soc.* 2003. 451, obs. J. Savatier .

¹⁰⁹¹ Soc., 17 déc. 2014, n° 14-60.165, Publié, *Dr. ouv.*, 2015. 190.

¹⁰⁹² Cons. d'Etat, 29 juin 1973, n° 10777, Wagons-lits ; Cons. d'Etat, 1er juin 1979, n° 10777, Société Siemens.

¹⁰⁹³ Sur l'évolution jurisprudentielle à ce sujet : V. G. Borenfreund, « L'établissement distinct, unité de représentation », *SSL*, n° 1140, oct. 2003, p. 44.

¹⁰⁹⁴ A. Cœuret et F. Duquesne, « Droit électoral, une année d'évolution jurisprudentielle », *SSL*, n° 1110, 17 fév. 2003 ; C. Vigneau, « La notion d'établissement au cœur des logiques de centralisation et de décentralisation de la représentation du personnel », *Dr. ouv.*, 2020, p. 413.

¹⁰⁹⁵ G. Bélier, *op. cit.*, p. 79.

¹⁰⁹⁶ C. Vigneau, *op. cit.*, p. 413.

institutions a eu pour effet de donner une définition unifiée de l'établissement distinct¹⁰⁹⁷. Cette définition unifiée s'est toutefois inspirée de l'établissement distinct pour la mise en place du comité d'établissement qui correspondait déjà au périmètre le plus large des trois.

2. L'institution d'un critère organisationnel à défaut d'accord

178. Malgré la négociabilité des périmètres, la redéfinition des établissements distincts par le Législateur favorise la centralisation du comité. Si les négociateurs ne sont pas tenus à un critère de définition des établissements distincts, l'employeur et l'administration, en cas l'absence d'accord ou en cas de désaccord, sont quant à eux tenus à un critère qui favorise la centralisation du comité.

a. L'absence de critère en cas d'accord

179. Les négociateurs sont peu encadrés dans la définition des établissements distincts. Le nombre et le périmètre des établissements distincts doivent d'abord faire l'objet d'une négociation. Dans cette première hypothèse, les négociateurs ne sont tenus à aucun « cadre définitionnel »¹⁰⁹⁸ de ce qu'est un établissement distinct. Pas plus qu'ils ne l'étaient auparavant. Le périmètre se négociait en effet déjà dans les protocoles d'accord préélectoraux auparavant et maintenant dans un accord de droit commun¹⁰⁹⁹. Etant entendu qu'il ne peut s'agir que d'un véritable accord, signé par les organisations syndicales majoritaires, puisque l'article L. 2313-2 du Code du travail se réfère seulement au premier alinéa de l'article L. 2232-12 pour désigner l'accord par lequel sont définis le nombre et le périmètre des établissements distincts. En l'absence de délégués syndicaux, cet accord peut être négocié et conclu avec les membres du comité économique et social d'après l'article L. 2313-3 du même

¹⁰⁹⁷ B. Dabosville, « Les représentants de proximité : à la recherche des traits caractéristiques d'une nouvelle figure de représentant du personnel », *RDT*, 2019, p. 388.

¹⁰⁹⁸ F. Géa, *op. cit.*, p. 50.

¹⁰⁹⁹ A. Cœuret, « La mise en place négociée du CSE », *Dr. soc.*, 2019, p. 379.

Code. Cet accord, par la liberté qu'il offre dans le découpage de l'entreprise, leur permet de configurer l'institution selon leurs besoins. C'est seulement lorsque l'employeur, après avoir engagé loyalement – et vainement – la négociation, détermine le nombre et le périmètre des établissements distincts que celui-ci est tenu de respecter la définition légale de l'établissement distinct fondé sur le critère de l'autonomie de gestion¹¹⁰⁰. Cette liberté est cependant bornée, puisque le découpage ne pourra en aucun cas exclure des salariés de l'entreprise de couverture quand bien même ils travailleraient dans des unités dispersées ou en dehors de l'entreprise¹¹⁰¹.

b. Le critère organisationnel de l'autonomie de gestion

180. Le critère s'applique à l'employeur. Désormais, à défaut d'accord, ce n'est plus l'autorité administrative qui établit le périmètre des établissements distincts comme c'était le cas pour les délégués du personnel mais l'employeur par une décision unilatérale¹¹⁰². Il doit le faire en fonction d'une définition, ou « ébauche de définition »¹¹⁰³, issue de la réforme de 2017 qui dispose d'un critère de qualification de l'établissement distinct. Celle-ci se fait en fonction de son autonomie de gestion, notamment en matière de gestion du personnel¹¹⁰⁴. Cela fournit également un standard au juge afin d'apprécier les litiges dans ce domaine, ce qui l'a conduit à préciser la notion d'établissement distinct. La Cour de cassation a d'abord décidé dans une affaire relative au découpage de l'EPIC SNCF que la concentration des pouvoirs au sein de la direction générale de l'EPIC « tant en matière de conduite de l'activité que pour les actes de gestion, justifiant un comité social et économique unique »¹¹⁰⁵. Ce qui a pu laisser

¹¹⁰⁰ Y. Ferkane, « Les places dévolues à la loi, à l'accord collectif et à la décision unilatérale de l'employeur dans la mise en place du CSE », *Dr. ouv.*, 2020, p. 411.

¹¹⁰¹ Art. L. 2315-1 du Code du travail.

¹¹⁰² Comp. anc. art. L. 2314-31 du Code du travail.

¹¹⁰³ F. Géa et A. Rouyer, *op. cit.*, p. 233.

¹¹⁰⁴ Art. L. 2313-4 du Code du travail.

¹¹⁰⁵ Soc., 19 déc. 2018, n° 18-23.655, Publié, *RDT* 2019. 119, obs. C. Wolmark ; *RJS* 3/19. 165 ; *JCP E* 2019. II. 1549, obs. E. Jeansen.

La Cour précise par ailleurs que « que les documents fournis par les organisations syndicales à l'appui de leur contestation, soit ne correspondaient plus à l'organisation actuelle des directions au sein des EPIC compte de la

croire que les délégations de pouvoirs justifiaient seules la reconnaissance, ou non, d'un établissement distinct. Le juge recourt cependant à la notion de délégations de compétences plutôt que de délégations de pouvoir.

Elle a ensuite précisé sa position en considérant que « la centralisation de fonctions support ou l'existence de procédures de gestion définies au niveau du siège n'étaient pas de nature à exclure en elles-mêmes l'autonomie de gestion des responsables d'établissement »¹¹⁰⁶. Il a ensuite été ajouté comme critère d'appréciation que cette autonomie doit être suffisante pour permettre un exercice effectif des attributions du comité¹¹⁰⁷. Ce faisant elle continue de se rapprocher de la définition de l'établissement distinct pour l'implantation du comité d'établissement¹¹⁰⁸.

Certains auteurs considèrent que « correctement configuré, chaque établissement distinct épouse les communautés de travail »¹¹⁰⁹. Il nous semble cependant contestable de présupposer une identité commune à l'établissement distinct, fût-il correctement configuré, et à la communauté de travail. Cette affirmation propose de définir comme équivalents, si ce n'est identiques, les définitions de l'établissement distinct et de la communauté de travail. Or ces définitions, si tant est que le flou des textes permette de désigner ces énoncés comme des définitions, reposent pour l'une sur « l'autonomie de gestion, notamment en matière de gestion du personnel »¹¹¹⁰ et pour l'autre sur des « intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques »¹¹¹¹. L'identité de ces énoncés, outre qu'elle n'est pas évidente, nous paraît contestable sauf à considérer que les intérêts propres de la

réorganisation des services autour des pôles d'activité, soit ne démontraient pas l'existence de pouvoirs effectifs des responsables en matière de gestion du personnel ou d'exécution du service ; qu'il a pu en déduire, sans violer les textes visés au moyen, l'existence de trente-trois établissements distincts au sein du groupe SNCF ».

¹¹⁰⁶ Soc., 11 déc. 2019, n° 19-17.298, Publié, *RDT* 2020. 133, obs. F. Signoretto.

Soc., 22 janv. 2020, n° 19-12.011, Publié, *Dr. soc.* 2020. 281, obs. F. Petit ; *RDT* 2020. 415, obs. F. Signoretto ; *ibid.* 555, obs. F. Signoretto.

¹¹⁰⁷ Soc., 9 juin 2021, n° 19-23.153 et n° 19-23.745, Publiés, *Dr. soc.* 2021. 762, obs. F. Petit ; *RDT* 2022. 50, obs. C. Wolmark ; *Rev. sociétés* 2022. 112, note F. Petit.

¹¹⁰⁸ V. notice au rapport des arrêts n° 722 et 723 du 9 juin 2021.

¹¹⁰⁹ E. Jeansen et Y. Pagnerre, « La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme », *RDT*, 2018, p. 358 ; un propos similaire est tenu par A. Cœuret, *op. cit.*, p. 379 et il est repris pour identifier la collectivité de travail à l'entreprise dans E. Jeansen et Y. Pagnerre, « Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise », *RJS*, 8-9/20, p. 571.

¹¹¹⁰ Art. L. 2313-4 du Code du travail.

¹¹¹¹ Art. L. 2143-3 du Code du travail.

communauté de travail dépendent uniquement de l'autonomie de gestion laissée à la personne qui la dirige.

L'article L. 2313-4 précise « notamment en matière de gestion du personnel », ce qui laisserait entendre que le critère déterminant de la définition des intérêts communs s'identifierait particulièrement à la gestion du personnel, ce qui peut comprendre des éléments assez divers allant du recrutement à la gestion des paies, en passant par la définition des horaires de travail et le pouvoir de directive. Autant d'éléments qui dépendent eux-mêmes de la délégation de pouvoir que l'employeur confie au chef d'établissement et qui peuvent varier d'une entreprise à une autre.

Cela nous conduit à contester l'identité entre pouvoir de gestion et intérêts propres. Par ailleurs, l'emploi du pluriel nous rend l'affirmation encore plus difficile à admettre. L'intérêt de désigner un représentant dans le périmètre d'une communauté de travail est d'assurer une proximité vis-à-vis de celle-ci et de représenter ses intérêts propres susceptibles de générer des revendications, ou des réclamations, communes. Outre qu'il ne nous semble pas évident qu'il y ait identité avec l'établissement distinct, même correctement configuré, l'on perdrait en proximité si celui-ci devait s'identifier à plusieurs communautés, donc à plusieurs groupes aux « intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques » et par conséquent divergents entre eux, ou à tout le moins non identiques.

181. Le critère d'autonomie de gestion a pour effet de définir l'établissement distinct en fonction de l'organisation de l'entreprise et non de la structuration des collectifs de travail. Partant, ce nouveau cadre pourrait « mieux coller à la réalité opérationnelle de l'entreprise »¹¹¹². Là où prévalait avant la recherche d'une communauté de travail aux intérêts propres pour les missions nécessitant de la proximité comme celles des délégués du personnel, c'est aujourd'hui l'étendue de la délégation de pouvoir qui est déterminante. L'approche fonctionnelle, orientée vers les missions, fait place à une approche institutionnelle, orientée vers la distribution des pouvoirs au sein de l'entreprise. Ce faisant, ce n'est plus le collectif représenté qui détermine l'espace de représentation, mais l'étendue des pouvoirs de direction du président putatif sur un espace différent. Les travaux d'évaluation montrent cependant que face au « tiraillement » entre centralisation et proximité, il y aurait une tendance à choisir des niveaux intermédiaires entre la direction de l'entreprise et les

¹¹¹² N. Farvaque, *op. cit.*, p. 29.

directions d'établissement qui correspondent « à des niveaux vides du point de vue des directions »¹¹¹³. Ces périmètres ne seraient cependant pour le moment pas stabilisés et les évaluations mettent en évidence une possible renégociation des cadres de représentation¹¹¹⁴.

Placer l'institution représentative dans un périmètre dépendant de l'organisation des pouvoirs de gestion au sein de l'entreprise apparaît rationnel pour certains auteurs¹¹¹⁵. Selon eux « rien ne sert en effet de dialoguer avec un représentant de l'employeur dépourvu de tout pouvoir et de toute initiative pour assurer le bon fonctionnement de l'entreprise »¹¹¹⁶. Il s'agirait donc de rendre les attributions consultatives efficaces en plaçant le comité au niveau de la prise de décision. C'est au regard de cette mission qu'un auteur pense pouvoir identifier les éléments caractérisant l'autonomie de gestion dans les thèmes de consultation énoncés à l'article L. 2312-26 du code du travail¹¹¹⁷. Cela serait rationnel au regard de l'autonomie décisionnel du chef d'établissement sur les thèmes de consultation du comité. La rationalité repose ici sur la capacité, relative à certaines attributions déterminées, d'influencer la prise de décision du représentant de l'employeur¹¹¹⁸.

Mais il y a alors une contradiction avec la volonté de vouloir assurer une expression collective des travailleurs en plaçant les représentants du personnel au niveau du collectif représenté. Le juge doit par ailleurs contrôler « si les responsables des établissements concernés avaient effectivement une autonomie de décision suffisante »¹¹¹⁹. C'est le caractère suffisant ou non de l'autonomie du chef d'établissement qui va alors influencer sur une plus ou moins forte centralisation des établissements. Il faut en particulier déterminer si la présidence par le chef d'établissement est utile ou non. S'il n'a pas la capacité de répondre utilement, faute d'autonomie suffisante, aux représentants du personnel, cette définition justifiera alors

¹¹¹³ F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 83.

¹¹¹⁴ C. Giraudet et C. Nicod, *Les comités sociaux et économiques dans les PME et ETI de la région Auvergne-Rhône-Alpes : une appropriation difficile*, CERCRID, déc. 2021, p. 24.

¹¹¹⁵ E. Jeansen et Y. Pagnerre, « La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme », *op. cit.*, p. 363.

¹¹¹⁶ F. Petit, « L'autonomie de gestion de l'établissement distinct accueillant le CSE et de son responsable », *Dr. soc.*, 2021, p. 763.

¹¹¹⁷ F. Signoretto, « Plaidoyer pour une évolution de la notion d'établissement distinct », *RDT*, 2018, p. 357.

¹¹¹⁸ C. Nicod, « La « tentative loyale de négociation », préalable incontournable à la détermination par l'employeur du périmètre de la représentation par les élus du personnel », *RDT*, 2019, p. 591.

¹¹¹⁹ Soc., 9 juin 2021, n° 19-23.153, v. note 1107.

d'élargir le périmètre de représentation au détriment de la proximité avec le collectif de travail.

182. Cette utilité est évaluée au regard de thèmes de consultation¹¹²⁰. Or les attributions consultatives, si elles sont déterminantes pour apprécier le caractère utile sont aussi plus propices à la centralisation que les autres attributions. Cette capacité à présider utilement le comité n'implique pourtant pas nécessairement une indépendance totale, donc un pouvoir décisionnel du chef d'établissement sur l'ensemble des thèmes soumis à consultation ou sur les réclamations¹¹²¹.

Cette rationalité doit encore être relativisée au regard d'autres attributions du comité d'établissement. Le comité exerce des missions exigeant une certaine proximité vis-à-vis des salariés représentés, en particulier en matière de réclamation et de santé, de sécurité et de conditions de travail, qui ne correspondent pas nécessairement à la distribution des compétences au sein de l'entreprise¹¹²². En concentrant les attributions au sein d'une institution centralisée, leur exercice est lui-même centralisé et s'éloigne du collectif représenté. La Cour de cassation avait par ailleurs fait le choix dans un arrêt du 18 décembre 2018 de parler de délégations de compétences plutôt que de délégations de pouvoir¹¹²³. Un auteur envisageait à ce propos la possibilité que le juge ait cherché à « ne pas se lier par les conditions précises qui président à la reconnaissance de cette dernière [la délégation de pouvoir] »¹¹²⁴. Par-là, elle a pu vouloir signifier une plus grande souplesse pour l'administration et le juge dans la reconnaissance d'un établissement distinct. La délégation de pouvoir demande en effet un certain degré de précision dans les pouvoirs effectivement confiés par le délégant à son délégué.

Cette rationalité doit enfin être relativisée au regard de la définition de l'établissement distinct pour la désignation du délégué syndical qui « n'implique pas la présence permanente

¹¹²⁰ A. Cœuret, *op. cit.*, p. 381 .

¹¹²¹ L. Milet, « L'établissement distinct au sens du comité social et économique : à nouvelle institution, nouvelles approches ? », *Dr. ouv.*, 2019, p. 306.

¹¹²² C. Wolmark, « Etablissement distinct au sens du CSE : pertinence de la continuité jurisprudentielle », *RDT*, 2019, p. 122.

¹¹²³ Soc., 19 déc. 2018, n° 18-23.655, v. note n° 1105.

¹¹²⁴ C. Wolmark, *op. cit.*, p. 120.

sur place d'un représentant de la direction »¹¹²⁵. Cette solution nous paraît encore valable en ce que la définition de l'établissement distinct pour la désignation du délégué syndical n'est pas soumise au respect des périmètres d'implantation des comités d'établissement. Il est donc toujours possible d'avoir des représentants, syndicaux en l'occurrence, désignés dans un périmètre correspondant à un critère sociologique ou fonctionnel. L'absence d'un représentant de l'employeur dans ce périmètre ne fait par ailleurs nullement obstacle à l'exercice de leurs attributions.

Définir le périmètre de représentation en fonction de l'organisation décidée par la direction de l'entreprise plutôt qu'en fonction du collectif représenté porte cependant un risque, celui de l'éloignement des représentants du personnel vis-à-vis des salariés¹¹²⁶ voire d'aboutir à une « hyper-centralisation de la représentation du personnel »¹¹²⁷. C'est ainsi que les négociations sur les périmètres peuvent être conflictuelles avec une volonté des directions de déterminer le périmètre du comité social et économique en référence à celui de l'ancien comité d'entreprise, voire des périmètres plus larges¹¹²⁸. La définition des établissements distincts, formulée par l'article L. 2313-4 du code du travail, est alors « largement tributaire de la manière dont l'employeur distribue son pouvoir d'organisation »¹¹²⁹. Cela lui confère un poids important dans la définition des établissements distincts puisque celle-ci sera placée « sous une double dépendance de l'employeur : l'assentiment de celui-ci à un accord, sa volonté de déléguer son pouvoir »¹¹³⁰.

183. Ce critère s'applique aussi à l'administration en cas de désaccord. La loi distinguerait tout de même l'absence d'accord et le désaccord selon une auteure¹¹³¹. L'absence d'accord induirait le pouvoir de l'employeur de décider unilatéralement et le désaccord la capacité de

¹¹²⁵ Soc., 8 juil. 2015, n° 14-60.737, *RJS* 10/15. 649.

¹¹²⁶ F. Signoretto, *op. cit.*, p. 352.

¹¹²⁷ L. Milet, *op. cit.*, p. 305.

¹¹²⁸ C. Didry et D. Giordano, *Entreprises en négociations. L'entreprise à la lumière des relations professionnelles*, Rapport d'études, DARES, n° 11, sept. 2021, p. 228.

¹¹²⁹ A. Cœuret et F. Duquesne, « un aspect de la représentation élue du personnel dans l'entreprise après l'ordonnance du 22 septembre 2017 : l'hypothèse du fractionnement en établissements distincts », *RJS*, 5/18, p. 363.

¹¹³⁰ C. Giraudet, *op. cit.*, p. 47.

¹¹³¹ L. Pécaut-Rivolier, « Il était une fois la représentation collective : l'employeur, les syndicats, la DIRECCTE et le juge », *Dr. ouv.*, 2020, p. 592.

saisine de l'administration. C'est en effet seulement à défaut d'accord que l'employeur pourra déterminer unilatéralement ce nombre et ces périmètres. La Cour de cassation interprète cette possibilité comme subsidiaire et non comme alternative à la tentative de négociation loyale de l'employeur¹¹³². Cela signifie que l'employeur n'a pas le choix entre la conclusion d'un accord ou la décision unilatérale, pas plus qu'il n'a le choix de négocier avec les délégués syndicaux ou avec les membres de la délégation du personnel au comité. Il doit nécessairement tenter loyalement cette négociation. On relèvera qui plus est que la loyauté n'a ici pas été associée à la négociation elle-même mais à la tentative de négociation¹¹³³.

Les premières évaluations montrent tout de même l'influence du texte sur les négociateurs puisque ces accords se réfèrent au même critère. Bien que les négociateurs ne soient pas tenus à cette définition, celle-ci semble disposer d'une force normative dépassant son obligatorité. En cas de désaccord, c'est-à-dire l'autorité administrative est saisie, celui-ci est relatif à la décision unilatérale de l'employeur d'après l'article L. 2313-5 du code du travail. Celle-ci doit alors apprécier l'autonomie de gestion des établissements à la date de sa décision. Si le juge est saisi d'un recours contre cette décision, il apprécie la légalité de la décision en prenant en compte les éléments connus à cette date, mais s'il annule la décision administrative, il devra se prononcer sur le nombre et le périmètre des établissements distincts compte tenu de leur autonomie de gestion en fonction des circonstances de faits à la date à laquelle il statue¹¹³⁴.

3. La centralisation dans les petites structures complexes

184. Dans les petites structures complexes, qui ne sont pas des unités économiques et sociales, le comité économique et social est nécessairement centralisé. Il nous faut d'abord préciser la terminologie. Par petite structure, nous entendons les entreprises ou unités économiques et sociales dont l'effectif est inférieur à cinquante salariés. Par complexe, nous

¹¹³² Soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948, v. note n° 346.

¹¹³³ C. Nicod, *op. cit.*, p. 592.

¹¹³⁴ Soc., 8 juil. 2020, n°s 19-11.918 et 19-60.107, Publiés, *BJS* 09/2020. 36, obs. G. Auzero.

entendons que les structures qui, malgré leur taille, sont composées de plusieurs établissements distincts.

185. Les textes révèlent à ce sujet une contradiction avec le discours. Dans les entreprises de moins de cinquante salariés susceptibles d'être composées de plusieurs établissements, la centralisation est la règle. Si ces dernières semblaient pouvoir procéder à un découpage en plusieurs établissements distincts au regard du texte de l'ordonnance, la loi de ratification modifie l'article L. 2313-1 du Code du travail. Alors que l'énoncé originel disposait que « des comités sociaux et économiques d'établissement et un comité social et économique central d'entreprise sont constitués dans les entreprises comportant au moins deux établissements distincts », la loi de ratification y a ajouté une condition d'effectif. Cette obligation ne porte désormais plus que pour les entreprises d'au moins cinquante salariés. Pareille modification n'a cependant pas été faite à l'article L. 2313-8 du code du travail relatif à la mise en place d'un comité central et de comités d'établissement dans les unités économiques et sociales composées d'au moins deux établissements distincts. Cela crée donc une disparité entre les entreprises et les unités économiques et sociales, les premières devant atteindre l'effectif de cinquante salariés et être composées d'au moins deux établissements distincts tandis que les secondes ne sont tenues qu'à la condition d'être composées d'au moins deux établissements distincts pour devoir mettre en place un comité central.

Si l'on peut y voir une contradiction, cela pourrait au contraire relever d'une volonté de faciliter le découpage de l'entreprise en établissements distincts afin de rapprocher les élus des salariés en ôtant la contrainte de la mise en place du comité central. En effet, l'obligation de mettre en place un comité central dans une entreprise de moins de cinquante salariés pourrait la dissuader, en raison des obligations supplémentaires que cela implique, de reconnaître des établissements distincts. Cette hypothèse est corroborée par les débats parlementaires autour de cette modification. En effet la ministre du travail indiquait alors qu'« un CSE central dans une entreprise de moins de 50 salariés comportant des établissements ne disposerait pas d'attributions »¹¹³⁵. Dès lors, une telle institution n'aurait pas d'objet dans ce périmètre. Mais si cela semble de bon sens, on peut s'interroger sur les raisons pour lesquelles une telle mesure n'a pas été prise pour les unités économiques et sociales qui demeurent soumises à cette obligation.

¹¹³⁵ M. Pénicaud, Sénat, Séance du 23 janv. 2018.

Du reste, une telle institution ne serait pas totalement sans attribution. La première raison est que l'accord collectif sur la mise en place et sur le fonctionnement des comités peut tout à fait répartir les attributions des comités d'établissement et du comité central de sorte que ce dernier en exerce certaines. D'autre part, le comité central dispose d'attributions légales relatives à des règles applicables aux entreprises de moins de cinquante salariés. Des auteurs interrogent ainsi cette exonération de mise en place d'un comité central dans le cadre de licenciements économiques¹¹³⁶. L'affirmation de la ministre est en effet quelque peu hâtive. Si les comités restreints n'ont certes pas d'attributions récurrentes, un accord collectif peut lui en confier. Il en a en matière de licenciements collectifs économiques. En effet si l'employeur envisage, au niveau de l'entreprise, de licencier au moins dix salariés sur une période de trente jours, celui-ci doit, lorsqu'il emploie moins de cinquante salariés, réunir et consulter le comité économique et social¹¹³⁷. Dans cette hypothèse, le niveau de consultation est celui du périmètre des licenciements envisagés et par conséquent celui de l'entreprise. Ce sont aussi les membres de ce comité central qui pourraient être des agents palliatifs pour la négociation d'entreprise.

Demeure la disparité entre la situation des entreprises de moins de cinquante salariés et celle des unités économiques et sociales de moins de cinquante salariés. Bien que l'unité économique et sociale soit assimilée à une structure complexe du fait de sa composition faite de plusieurs entités déclarées, elle n'atteint pas nécessairement le seuil de cinquante salariés, donc peut être soumise à l'obligation de mettre en place un comité central¹¹³⁸. Sauf à considérer que la volonté du Législateur a été de reconnaître la particularité de ce périmètre et que la modification de l'article L. 2313-1 doit servir à interpréter l'article L. 2313-8 du Code du travail.

S'il est difficile de comparer les anciens et nouveaux périmètres, notamment du fait des évolutions internes à l'entreprise elle-même, les évaluations de la mise en place du comité social et économique montrent tout de même que le choix majoritaire est celui du comité unique¹¹³⁹. Parmi les accords mettant en place un comité unique, ne reconnaissant donc pas

¹¹³⁶ P. Adam, *op. cit.*, p. 959.

¹¹³⁷ Art. L. 1233-28 du Code du travail.

¹¹³⁸ G. Auzero, « La division de l'unité économique et sociale en établissements distincts », *RJS*, 8-9/20, p. 579.

¹¹³⁹ Selon les études le chiffre varie de 70% des accords mettant en place un comité unique (P.-H. Antonmattei, Analyse de 450 accords relatifs au comité social et économique signés entre le 22 septembre 2017 et le 30 mars

d'établissements distincts, une majorité ne justifie pas ce choix¹¹⁴⁰. Cependant la réduction du nombre d'établissements distincts ne serait pas une conséquence des ordonnances, mais « une tendance plus ancienne, à l'œuvre depuis trois décennies, de restructurations de grande ampleur »¹¹⁴¹. Dans ce contexte l'ordonnance permet essentiellement aux organisations économiques d'adapter les institutions représentatives du personnel à leur nouvelle organisation, elle-même plus centralisée.

B. La centralisation par les attributions

186. La centralisation se fait aussi en matière d'attributions. Par l'expression de « centralisation des attributions » nous entendons donc la volonté de confier des attributions qui pouvaient être exercées par des institutions de proximité à une institution centrale. Cette centralisation par l'attribution des missions à un niveau central tel que l'entreprise, voire le groupe, peut s'accompagner d'une concentration des attributions par la fusion des institutions, dans le cadre de la mise en place du comité social et économique mais plus encore dans le cadre de la mise en place d'un conseil d'entreprise. Ceci n'est pas exclusif de la mise en place d'organes déconcentrés tels que des commissions ou des représentants de proximité, mais l'exercice déconcentré d'une attribution, notamment par le biais de la délégation, ne peut être que le produit de la concentration et de la centralisation de celle-ci.

L'objectif des réformes a aussi été de faire remonter à un niveau plus central, supposé être celui de la prise de décision, l'exercice des attributions des représentants du personnel avec la volonté de permettre aux élus d'influencer ces décisions. A ce titre, la consultation sur les orientations stratégiques offre un exemple particulièrement significatif de ce mouvement qui concerne l'ensemble des attributions consultatives. Les orientations stratégiques de l'entreprise sont un thème de consultation depuis la loi du 18 janvier 2005 de programmation

2018, EDSM, 28 juin 2019, p. 19 ; F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 16) à 80% (C. Giraudet, *op. cit.*, p. 86).

¹¹⁴⁰ 59,5% des accords mettent en place un comité unique dans l'étude de P.-H. Antonmattei, *op. cit.*, p. 21.

¹¹⁴¹ F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 79 ; v. également S. Bérout *et al.*, « Introduction « Les CE sont morts, vivent les CSE » ? Retour sur soixante-dix ans d'une institution centrale dans le système de relations professionnelles », *La Revue de l'IREs*, 2018/1, p. 15 ; A. Naboulet et E. Prouet, *op. cit.*, p. 46.

pour la cohésion sociale. L'article 72 crée un article disposant de l'obligation de négocier tous les trois ans sur « les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise »¹¹⁴². La référence à la stratégie de l'entreprise devient une référence aux orientations stratégiques par la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi. En 2015 il est introduit la possibilité de prévoir que la consultation sur les orientations stratégiques au niveau du groupe par accord à ce même niveau¹¹⁴³. Le texte original imputait l'obligation de négocier aux employeurs lorsque le groupe d'entreprises atteignait le seuil de trois cents salariés. La loi de 2015 crée la faculté de centraliser l'exercice de cette prérogative afin que les représentants soient consultés au niveau qui est supposé être celui de la prise de décision. Ceci s'inscrit également dans une volonté de « rationaliser »¹¹⁴⁴ et de mettre en place « un dialogue social plus stratégique dans les entreprises »¹¹⁴⁵ selon le titre qui a été donné à la partie de la loi modifiant le régime juridique relatif aux consultations sur les questions d'ordre économique. Or c'est le même chapitre qui institue les trois blocs de consultation récurrente que sont les orientations stratégiques de l'entreprise ; la situation économique et financière de l'entreprise ; et la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi¹¹⁴⁶.

187. Au sein des groupes cette centralisation est pourtant limitée puisque la consultation incombe aux filiales. Ce qui peut poser des difficultés puisque « la filiale étant juridiquement distincte de la société mère, elle ne peut se prévaloir d'un acte accompli par cette dernière pour se prétendre libérée d'une obligation qui lui incombe en tant qu'employeur »¹¹⁴⁷. Cela crée à la fois une contradiction avec l'objectif affiché de rapprocher les institutions de représentation du personnel des instances de prise de décision de l'organisation économique, et pose le problème de la pertinence d'une telle consultation au sein d'une entreprise qui n'a pas nécessairement d'autonomie réelle dans le choix de ses propres orientations. Ce qui entame la capacité des représentants du personnel à influencer les décisions d'une part et à représenter la communauté de travail d'autre part. La loi de 2015 institue la capacité de

¹¹⁴² Anc. art. L. 320-2 du Code du travail puis art. L. 2242-15 du même Code.

¹¹⁴³ Etude d'impact du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avr. 2015, p. 112.

¹¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 111.

¹¹⁴⁵ Chapitre IV de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

¹¹⁴⁶ Anc. art. L. 2323-3 du Code du travail.

¹¹⁴⁷ V. Armillei, « La consultation du comité social et économique sur les orientations stratégiques : un régime à parfaire ? », *Dr. soc.*, 2021, p. 49.

centraliser par l'ancien article L. 2323-11 du code du travail, signifiée aujourd'hui à l'article L. 2312-20 du même code, mais cela suppose la conclusion d'un accord de groupe. Il faut donc bien voir cela comme une simple faculté, une option laissée au groupe de pouvoir centraliser. Option dont les groupes semblent s'être saisis au regard des travaux d'évaluation¹¹⁴⁸. L'information communiquée peut présenter alors une « vision globale et peu détaillée de la stratégie »¹¹⁴⁹, ou à l'inverse elle peut être « cloisonnée par établissement »¹¹⁵⁰, rendant alors difficile la capacité à s'approprier la stratégie globale du groupe et son impact sur les différents établissements de l'entreprise ou les différentes filiales du groupe. A défaut la consultation demeure centralisée, au niveau du comité central s'il existe¹¹⁵¹, sans correspondre pour autant au niveau de la prise de décision.

188. La centralisation concerne également les attributions en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail. Le rapport du Sénat dans le cadre de la ratification de l'ordonnance 2017-1386 relève ainsi que « les seules modifications apportées aux modalités d'organisation et de fonctionnement des CCE dans le cadre de leur transformation en CSE centraux tiennent à l'élargissement de leur champ de compétence aux questions auparavant traitées par le CHSCT [nous soulignons] »¹¹⁵². L'emploi de l'attribut « seules » ne doit pas nous induire en erreur. Comme le précise le rapport lui-même, il s'agit bien de placer les attributions des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dans le périmètre dans lequel était mis en place l'institution de coordination des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et non dans l'espace des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail eux-mêmes. De ce point de vue, ce rapport nous informe bien d'une centralisation de cette attribution. Il s'agit de poursuivre le mouvement engagé par la réforme de 2015 qui permettait d'organiser une consultation unique au niveau central et de ne consulter les institutions placées dans les établissements que sur les mesures d'adaptation. Si cette centralisation peut être compensée par la mise en place d'institutions déconcentrées comme les commissions santé, sécurité et conditions de travail, celles-ci ne sauraient être assimilées ni dans leurs

¹¹⁴⁸ F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 66.

¹¹⁴⁹ N. Fleury *et al.*, *op. cit.*, p. 123.

¹¹⁵⁰ *Loc. cit.*

¹¹⁵¹ Art. L. 2316-1 du Code du travail.

¹¹⁵² A. Milon, *Rapport sur le projet de loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Sénat, n° 194, 20 déc. 2017, p. 71.

attributions ni dans leurs moyens à des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

La centralisation de ces attributions est en tension avec le besoin de proximité qui exige une représentation au niveau du lieu de travail concret¹¹⁵³. Il en est ainsi de l'évaluation des risques qui doit être pertinente. Or « la pertinence d'un critère ou d'un procédé suppose qu'il soit adéquat à la finalité qui lui est assignée »¹¹⁵⁴. On peut, sur les attributions nécessitant une conscience aigüe des conditions dans lesquelles est réalisé le travail, questionner la pertinence de la centralisation de son exercice. Au titre des attributions nécessitant une proximité qui se voient centralisées du fait de leur exercice par une institution unique placée au niveau de l'employeur ou de son représentant, on peut aussi citer les réclamations.

189. La définition des attributions du comité central et des comités d'établissement, ainsi que l'ordre des consultations, laissent également voir ce mouvement de centralisation interne à l'organisation économique. Nous pouvons distinguer deux étapes dans ce mouvement. La première par le biais de l'article 15 de la loi de 2015 et la seconde par celui de l'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017 tandis que ces règles étaient stables depuis leur institution par la deuxième loi Auroux¹¹⁵⁵. Les deux dernières réformes ont tout d'abord étendu les compétences du comité central, en le dotant de compétences exclusives. Il devait être consulté sur « la marche générale de l'entreprise et [les attributions] qui excèdent les limites des pouvoirs des chefs d'établissement » ainsi que des « projets économiques et financiers importants concernant l'entreprise »¹¹⁵⁶. La loi de 2015 y ajoute une compétence exclusive en disposant qu'« il est seul consulté sur les projets décidés au niveau de l'entreprise qui ne comportent pas de mesures d'adaptation spécifiques à un ou plusieurs établissements » et « sur les projets décidés au niveau de l'entreprise lorsque leurs éventuelles mesures de mise en œuvre, qui feront ultérieurement l'objet d'une consultation spécifique au niveau approprié, ne sont pas encore définies ».

¹¹⁵³ N. Fleury *et al.*, *op. cit.*, p. 140.

¹¹⁵⁴ P.-E. Berthier, « La participation des représentants du personnel à l'évaluation des risques professionnels : les enseignements de l'arrêt *Amazon France Logistique* », *RDT*, 2020, p. 483.

¹¹⁵⁵ Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel.

¹¹⁵⁶ Anc. Art. L. 2327-2 du Code du travail.

L'ordonnance 1386-2017 du 22 septembre 2017 y ajoute encore la compétence exclusive en matière de mesures d'adaptation commune à plusieurs établissements en cas d'introduction de nouvelles technologies et de tout aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail¹¹⁵⁷. L'ordonnance centralise sur ces sujets le recours à l'expert en énonçant le Droit du comité central d'y recourir et celui du comité d'établissement d'y recourir seulement sur son champ de compétence¹¹⁵⁸. A cela s'ajoute des compétences exclusives signifiées par les articles relatifs à certaines consultations. Pour ce qui concerne les orientations stratégiques de l'entreprise, c'est le comité central qui est consulté en l'absence d'accord¹¹⁵⁹. Ceci sous réserve qu'un accord de groupe ne centralise par cette consultation à son propre niveau¹¹⁶⁰. C'est également le comité central qui est seul compétent en ce qui concerne la consultation sur la situation économique et financière d'après le troisième alinéa de l'article L. 2312-22 du Code du travail. Ces divers ajouts et précisions, viennent non seulement clarifier, mais aussi restreindre les capacités d'intervention du comité d'établissement dans ces domaines, là où auparavant il pouvait rendre un avis et recourir à l'expertise. En attachant le Droit à expertise à la consultation, le niveau d'expertise est lui-même centralisé car confié au seul comité central¹¹⁶¹.

190. La même évolution s'observe, de façon presque symétrique, dans les attributions des comités d'établissements. Si ces dernières étaient déjà limitées aux pouvoirs confiés au chef d'établissement, la loi de 2015 précise qu'il « est consulté sur les mesures d'adaptation des projets décidés au niveau de l'entreprise spécifiques à l'établissement »¹¹⁶². Elles viennent encore préciser les règles en matière d'ordre des consultations. Alors que rien n'était signifié jusqu'alors par une disposition législative, la loi de 2015 ajoute à l'ancien article L. 2327-15 un alinéa qui dispose que « lorsqu'il y a lieu de consulter à la fois le comité central d'entreprise et un ou plusieurs comités d'établissement, l'avis rendu par chaque comité d'établissement est transmis au comité central d'entreprise ».

¹¹⁵⁷ Art. L. 2316-1 du Code du travail.

¹¹⁵⁸ Art. L. 2316-3 et L. 2316-21 du Code du travail.

¹¹⁵⁹ 3^e al. de l'art. L. 2312-22 du Code du travail.

¹¹⁶⁰ Art. L. 2312-20 du Code du travail.

¹¹⁶¹ J. Icard, *op. cit.*, p. 543.

¹¹⁶² Anc. art. L. 2327-15 du Code du travail ; art. L. 2316-20 du Code du travail.

L'ordonnance 2017-1386 va quant à elle rendre cette disposition supplétive en permettant à un accord de définir cet ordre¹¹⁶³. Le comité d'établissement n'est donc consulté que sur les mesures dans la limite où elles relèvent du pouvoir du chef d'établissement et qu'elles ne sont pas communes à plusieurs établissements s'agissant de l'introduction de nouvelles technologies ou d'aménagements importants. Il y avait à ce sujet une volonté de « clarification des compétences des institutions représentatives du personnel [qui] vise à simplifier l'articulation des informations et des consultations »¹¹⁶⁴. L'objectif étant d'avoir des dispositions « favorables à la performance économique »¹¹⁶⁵ en permettant un gain de temps pour l'employeur qui n'a plus à présenter plusieurs fois le même projet et pour les représentants qui seraient tous informés en même temps. Cela permet d'accélérer la prise de décision en limitant à la fois le nombre de réunions et les différents délais applicables aux diverses consultations, en particulier lorsqu'elles sont assorties d'expertises.

191. La centralisation peut enfin résulter de la mise en place du conseil d'entreprise. Dans cette hypothèse les deux canaux de représentation, élue et désignée, sont fusionnés afin qu'une seule et même institution exerce les attributions réclamatoires, consultatives et de négociation. Le délégué syndical demeure toutefois quoiqu'il soit privé de son attribution principale. Si ce mandat demeure, on peut penser que les règles relatives à sa désignation ne sont pas impactées par la définition du périmètre du conseil d'entreprise. Le Conseil d'entreprise achève enfin la centralisation de ces attributions en les plaçant *a priori* au niveau de l'entreprise. Si l'article L. 2321-9 du code du travail laisse entendre que le conseil d'entreprise peut conclure des accords d'établissement et l'article L. 2321-10 dispose de la possibilité de le mettre en place dans une entreprise appartenant à une unité économique et sociale, aucun indice plus tangible ne nous indique qu'il puisse être mis en place au niveau de l'établissement et s'articuler avec un éventuel conseil central d'entreprise que le texte n'envisage pas. A l'inverse, l'article L. 2321-2 du code du travail énonce que sa mise en place dépend d'un accord d'entreprise, laissant supposer qu'il ne saurait être question d'un conseil d'établissement. A ce titre, le conseil d'entreprise apparaît comme la forme aboutie de la centralisation des attributions à l'échelle de l'entreprise.

¹¹⁶³ Art. L. 2316-22 du Code du travail.

¹¹⁶⁴ Etude d'impact du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avr. 2015, p. 94.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 95.

La Cour de cassation a confirmé la distinction entre la notion d'établissement distinct relative à la désignation d'un délégué syndical et celle pour la définition du périmètre de mise en place des institutions représentatives du personnel. L'article L. 2143-3 du Code du travail est issu d'une codification partielle par la loi du 5 mars 2014¹¹⁶⁶ de l'arrêt du 24 avril 2003¹¹⁶⁷. Se posait cependant le problème de savoir si les syndicats représentatifs devaient respecter les périmètres définis pour l'élection de la délégation au comité d'établissement, en particulier lorsque ceux-ci sont définis par accord collectif. La Cour de cassation rejette cette solution par plusieurs arrêts¹¹⁶⁸. Son raisonnement est formulé tel que s'ensuit.

Les dispositions de l'article L. 2143-3 du Code du travail sont d'ordre public. Par conséquent, ni un accord collectif de droit commun, en matière de droit syndical par exemple, ni un accord relatif au nombre et au périmètre des établissements distincts ne peuvent priver un syndicat de désigner un délégué syndical dans le périmètre défini par la loi. Ce périmètre peut donc être plus restreint que celui des établissements distincts. Il appartient cependant au syndicat de démontrer qu'il s'agit bien d'un établissement distinct, notamment qu'il existe une communauté de travail. Pour ce faire, il ne peut se contenter de s'appuyer sur la définition de périmètres plus restreints comme ceux relatifs à l'implantation de représentants de proximité¹¹⁶⁹. Ce périmètre se définit aussi par la présence d'un représentant de l'employeur, le rendant dépendant de l'organisation du travail. L'absence d'exigence de capacité de ce représentant à répondre aux revendications n'a du reste pas été retenue dans la définition légale. De ce fait si le délégué syndical n'est pas préservé du mouvement de concentration des attributions représentatives, en particulier du fait l'institution du conseil d'entreprise, il le

¹¹⁶⁶ « Elle peut intervenir au sein de l'établissement regroupant des salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques. » (Art. 30 de la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale).

¹¹⁶⁷ « Caractérise un établissement distinct permettant la désignation de délégués syndicaux, le regroupement, sous la direction d'un représentant de l'employeur, d'au moins cinquante salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptible de générer des revendications communes et spécifiques, peu important que le représentant de l'employeur ait le pouvoir de se prononcer sur ces revendications. » (Soc., 24 avr. 2003, n° 01-60.876, Publié, *D.* 2004. 99, obs. I. Desbarats ; *Dr. soc.* 2003. 780, obs. J. Savatier ; *BJS* 07/2003. 780, obs. B. Saintourens).

¹¹⁶⁸ Soc., 8 déc. 2021, n° 20-60.257, Inédit ; Soc., 5 janv. 2022, n° 20-16.725, Inédit ; Soc., 9 juin 2021, n° 20-14.171, Inédit ; Soc., 29 sep. 2021, n° 20-15.870, Inédit ; Soc., 2 mars 2022, n° 20-18.442, Publié, *D.* 2022. 1286, obs. Y. Ferkane ; *Dr. soc.* 2022. 531, étude G. Auzero et L. Bento de Carvalho ; *ibid.* 562, obs. F. Petit ; *RDT* 2022. 395, obs. D. Baugard ; *BJT* 05/2022. 30, obs. F. Bergeron.

¹¹⁶⁹ Soc., 31 mars 2021, n° 19-26.234, Inédit, *RJS* 3/21. 396 ; Soc., 9 nov. 2022, n° 21-20.525, Publié, *BJT* 12/2022. 17, obs. F. Bergeron ; *Dr. soc.* 2023. 95, note F. Petit.

demeure du mouvement de centralisation des périmètres d'installation des institutions représentatives du personnel.

Paragraphe 2 : Une centralisation compensée par une représentation déconcentrée

192. La centralisation des institutions représentatives du personnel est le produit de la concentration des attributions dans un périmètre centralisé. Mais cette centralisation risque de créer un « vide représentatif au niveau du lieu de travail concret »¹¹⁷⁰. Si le Législateur ne justifie pas expressément cette centralisation, pourtant incidente de ses motivations, il semble en avoir conscience en ce qu'il crée des formes de représentation qui permettent de compenser cette centralisation. Nous parlerons à leur sujet de représentation « déconcentrée »¹¹⁷¹ et non de représentation décentralisée car les attributions qui leurs sont confiées ne sont que des délégations, elles demeurent la compétence de l'institution centrale. Ces formes de représentations ne sont que des « satellites » du comité social et économique¹¹⁷².

La centralisation des institutions est compensée par plusieurs mécanismes. Si la loi de 2015 n'avait pas pour vocation de supprimer les délégués du personnel, qui conservaient donc le périmètre d'exercice de leurs attributions, la mise en place du comité social et économique supprime les délégués du personnel et met en place une institution unique dans un périmètre qui sera plus étendu. Par la voie de l'accord collectif, il est cependant possible de créer d'autres espaces, d'autres périmètres de représentation. Qu'il s'agisse des périmètres des commissions du comité ou des périmètres des représentants de proximité.

¹¹⁷⁰ N. Fleury *et al.*, *op. cit.*, p. 148.

¹¹⁷¹ F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 35.

¹¹⁷² B. Dabosville, « Les outils de coordination entre le CSE et ses satellites (commissions, représentants de proximité) », *Dr. ouv.*, 2020, p. 600.

A. La déconcentration par la mise en place de commissions

193. La création de commissions par le comité permet dans certaines hypothèses de déconcentrer les périmètres de représentation et l'exercice des attributions. Certaines commissions sont créées au niveau du comité économique et social comme la commission des marchés¹¹⁷³, la commission de la formation¹¹⁷⁴, la commission d'information et d'aide au logement¹¹⁷⁵ et la commission de l'égalité professionnelle¹¹⁷⁶, pour certaines il est précisé qu'elles sont créées au sein du comité économique et social ou du comité central comme la commission économique¹¹⁷⁷, d'autres commissions peuvent être créées par accord avec les organisations syndicales majoritaires dont les rapports sont « soumis à la délibération du comité »¹¹⁷⁸. Seul l'accord collectif ouvre une possibilité de déconcentration dans ces cas. Nous proposons de nous attarder sur la commission santé, sécurité et conditions de travail qui repose sur un régime particulier et qui a fait l'objet d'une attention particulière, notamment eu égard à l'abrogation du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Nous verrons comment cette commission permet de déconcentrer l'activité de représentation par les attributions dans un premier temps et par les périmètres dans un second temps.

1. La déconcentration par les attributions

194. La centralisation peut donc être compensée par l'organisation conventionnelle des commissions¹¹⁷⁹. Nous traiterons plus particulièrement le cas de la commission santé, sécurité et conditions de travail. Celle-ci peut se voir confier « tout ou partie des attributions du comité

¹¹⁷³ Art. L. 2315-41 du Code du travail.

¹¹⁷⁴ Art. L. 2315-49 du Code du travail.

¹¹⁷⁵ Art. L. 2315-50 du Code du travail.

¹¹⁷⁶ Art. L. 2315-56 du Code du travail.

¹¹⁷⁷ Art. L. 2315-46 du Code du travail.

¹¹⁷⁸ Art. L. 2315-45 du Code du travail.

¹¹⁷⁹ R. Bourguignon, *op. cit.*, pp. 24 et 30.

relatives à la santé, à la sécurité et aux conditions de travail, à l'exception du recours à un expert (...) et des attributions consultatives du comité »¹¹⁸⁰. Il s'agit d'une disposition d'ordre public qui ne permet donc pas à l'accord collectif de déroger. Cette prohibition d'attribuer à cette commission une mission consultative et de recours à un expert rend toute comparaison avec l'ancien comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail¹¹⁸¹. Ce qui nous intéresse ici, c'est donc l'exercice d'attributions telles que les enquêtes, les visites à intervalle régulier ou encore l'exercice du droit d'alerte pour danger grave et imminent qui appartenaient au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et qui peuvent être attribuées à la commission par délégation du comité.

195. La commission doit cependant s'entendre comme une représentation déconcentrée. Ses membres tout d'abord, sont nécessairement désignés par le comité « parmi ses membres »¹¹⁸². Cette disposition signifie donc que si elle peut exercer dans un périmètre de proximité plus étroit que celui du comité, elle demeure un simple organe du comité lui-même. Cette position occupée par la commission est renforcée par son organisation. Outre que ses membres sont des membres du comité, elle est « présidée par l'employeur ou son représentant »¹¹⁸³. Ces dispositions d'ordre public ôtent toute possibilité d'accorder un quelconque degré d'autonomie à la commission. La composition de la commission se fait par ailleurs via une désignation et non une élection. Ce sont donc les élus majoritaires au comité qui contrôlent la composition de la commission, voire des attributions si la délégation est faite par la voie du règlement intérieur du comité. De sa composition à ses attributions, le rôle de la commission s'exerce sous contrôle du comité.

¹¹⁸⁰ Art. L. 2315-38 du Code du travail.

¹¹⁸¹ P.-Y. Verkindt, « La bête est morte. A propos de la commission santé sécurité et conditions de travail », *SSL*, n° 1790, 13 nov. 2017.

¹¹⁸² 2^e al. de l'art. L. 2315-39 du Code du travail.

¹¹⁸³ 1^{er} al. de l'art. L. 2315-39 du Code du travail.

2. La déconcentration par les périmètres

196. Ces attributions nécessitent une proximité vis-à-vis des salariés et peuvent justifier que la commission soit créée dans un périmètre semblable à ce qu'était celui du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. De cette proximité incidente du périmètre d'implantation dépend la pertinence de l'exercice de ces attributions, notamment pour évaluer et prendre les mesures utiles à la lutte contre les risques professionnels¹¹⁸⁴. Si aucun accord n'est conclu ou qu'il n'en traite pas, le périmètre par défaut des commissions est le périmètre du comité - sauf si le règlement intérieur en dispose autrement ou dans quelques cas touchant à l'implantation d'une commission santé, sécurité et conditions de travail - et les représentants de proximité n'existent pas. En ce qui concerne la commission santé, sécurité et conditions de travail, si son implantation se fait au sein d'entreprise et d'établissements distincts, qui sont aussi les périmètres d'implantation du comité, le 3° de l'article L. 2315-36 dispose que cette commission doit être créée « dans les établissements mentionnés à l'article L. 4521-1 et suivants du code du travail ». Alors que le 2° du même article et que l'article L. 2315-37 mentionnent bien la notion d'établissement distinct, le 3° mentionne seulement l'établissement. Cela semble marquer la volonté de détacher la définition du périmètre de ces établissements comportant des risques particuliers de celle des périmètres définis soit par voie d'accord soit par décision unilatérale de l'employeur. Hors ce cas particulier, le périmètre par défaut de la commission santé, sécurité et conditions de travail, est bien identifié au périmètre de mise en place du comité : l'entreprise ou l'établissement distinct. Il nous faut cependant distinguer les deux formes de déconcentration.

197. La possibilité de compenser la centralisation résultant de la mise en place du comité économique et social par la mise en place de commissions doit cependant être tempérée. Si la loi semble laisser une faculté de placer les commissions dans des périmètre différents, nous l'avons développé, le périmètre de mise en place de la commission demeure par défaut celui du comité lui-même. Cependant les accords conclus à ce sujet ne semblent pas recourir à cette possibilité¹¹⁸⁵. Les travaux préparatoires indiquent la volonté du Gouvernement de négocier de concert le nombre et le périmètre des établissements distincts et l'implantation des

¹¹⁸⁴ P.-E. Berthier, *op. cit.*

¹¹⁸⁵ P.-H. Antonmattei, *op. cit.*, p. 63.

commissions santé, sécurité et conditions de travail en leur sein¹¹⁸⁶. Le premier alinéa de l'article L. 2315-41 du code du travail dispose que « l'accord d'entreprise (...) fixe les modalités de mise en place de la ou des commissions santé, sécurité et conditions de travail ». A défaut d'accord, l'article L. 2315-44 du code du travail attribue cette faculté à l'employeur. C'est l'accord d'entreprise qui fixe les modalités de mise en place, ce qui interroge les capacités d'adaptation ouvertes aux établissements distincts. On peut supposer qu'en cas de conflit de normes entre l'accord d'entreprise et l'accord d'établissement, même si l'accord d'entreprise ne stipulait pas sa primauté c'est tout de même lui qui trouverait à s'appliquer.

L'emploi du pluriel signifie la possibilité pour l'accord d'entreprise de mettre en place plusieurs commissions santé, sécurité et conditions de travail. La question est alors de savoir s'il faut interpréter cet énoncé uniquement dans le sens de la mise en place des commissions au sein des établissements distincts, qui doivent nécessairement en mettre une en place s'ils atteignent le seuil de trois cents salariés¹¹⁸⁷, ou s'il ouvre la possibilité de créer plusieurs commissions santé, sécurité et conditions de travail au sein d'un comité unique ou de comités d'établissement. S'il nous semble que la seconde interprétation est à privilégier, les dispositions de la sous-section 6 relative à la commission santé, sécurité et conditions de travail font quant à elles référence aux seuls périmètres de l'entreprise et de l'établissement distinct. Aucune n'indique pour autant qu'il faut nécessairement respecter ces périmètres pour mettre en place la ou les commissions, ce qui nous conduit à considérer qu'il s'agit des périmètres à défaut d'accord, ou de décision unilatérale de l'employeur définissant des périmètres différents, mais qu'ils n'imposent pas pour autant le respect de ces périmètres.

Les commissions ont aussi pu être pensées pour compenser la perte des délégués du personnel en les plaçant à de meilleurs niveaux de proximité¹¹⁸⁸. Mais la figure qui pourrait s'en rapprocher le plus, sans toutefois y correspondre, est celle des représentants de proximité.

¹¹⁸⁶ L. Pietraszewski, *Rapport sur le projet de loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Ass. nat., n° 369, 9 nov. 2017, p. 239

¹¹⁸⁷ 2° de l'art. L. 2315-36 du Code du travail

¹¹⁸⁸ N. Farvaque, *op. cit.*, p. 49

B. La déconcentration par la mise en place de représentants de proximité

198. La centralisation a aussi, et surtout, été envisagée comme pouvant être compensée par la mise en place de représentants de proximité¹¹⁸⁹. C'est ainsi que Laurent Pietraszewski justifie que « l'institution de ces représentants de proximité s'inspire des anciens délégués du personnel, et vise à éviter que la fusion des instances de représentation du personnel ne se traduise, dans certains cas, par une centralisation trop importante des représentants des salariés »¹¹⁹⁰. Précisons ici que si le représentant de proximité s'inspire du délégué du personnel, les deux mandats sont pourtant très différents par le caractère obligatoire de l'un que l'autre n'a pas, par le mode de désignation, par la définition du périmètre, des attributions et des moyens correspondants¹¹⁹¹. Les représentants de proximité ne sont au mieux que des « succédanés des délégués du personnel »¹¹⁹². La centralisation a du reste été rapidement identifiée dans les évaluations de la mise en œuvre de l'ordonnance¹¹⁹³. Certains auteurs envisagent qu'il pourrait s'agir d'une autre conception de la représentation du personnel¹¹⁹⁴.

1. La déconcentration par les attributions

199. Le premier levier de déconcentration pour compenser la centralisation incidente à la mise en place du comité social et économique est la déconcentration de l'exercice des attributions par leur délégation aux représentants de proximité. L'article L. 2313-7 laisse aussi à ce sujet une grande liberté. Il mentionne comme objet de l'accord « les attributions des représentants de proximité, notamment en matière de santé, de sécurité et de conditions de

¹¹⁸⁹ N. Farvaque, *op. cit.*, p. 43 ; J. Péglise et C. Wolmark, *op. cit.*, p. 95.

¹¹⁹⁰ L. Pietraszewski, *op. cit.*, p. 200.

¹¹⁹¹ D. Simonneau, « Les représentants de proximité : substituts ou compléments ? », *Dr. ouv.*, 2020, p. 433.

¹¹⁹² J. Péglise et C. Wolmark, *op. cit.*, p. 72.

¹¹⁹³ A. Naboulet et E. Prouet, *op. cit.*, p. 22.

¹¹⁹⁴ J. Péglise et C. Wolmark, *op. cit.*, p. 204.

travail ». Si le Législateur semble ici signifier une certaine attention à l'exercice des attributions en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail dans un périmètre assurant la proximité, il n'oblige pas pour autant à attribuer des prérogatives en la matière. Les représentants de proximité peuvent se voir attribuer des missions assez diverses mais aucune attribution n'est obligatoire. Par conséquent, la mise en place des représentants de proximité ne conduit pas nécessairement à déconcentrer les attributions en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail, pas plus qu'il ne signifie nécessairement une déconcentration des réclamations. A ce sujet, les accords révèlent une diversité de pratiques bien que ces attributions semblent être majoritairement celles déléguées aux représentants de proximité.

Plusieurs tentatives de définitions de modèles-types des représentants de proximité ont été élaborées. Une première¹¹⁹⁵ distingue selon les attributions : en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail ; en matière de réclamations ; dans ces deux matières ; par transferts d'autres compétences du comité comme les activités sociales et culturelles ou certaines informations-consultations. Une autre distingue¹¹⁹⁶ selon les fonctions du représentant, que nous entendons ici plus largement que l'attribution d'un ensemble de missions dans un même domaine : le « substitut des anciens délégués du personnel »¹¹⁹⁷ ; le référent spécialisé qui se voit attribuer une mission dans un domaine précis ; les missions originales comme les auxiliaires spécialisés du comité dans des domaines comme les activités sociales et culturelles ou de gestion des ressources humaines ; les indéterminés qui n'ont pas d'attributions clairement définies. Cette seconde typologie nous semble être un raffinement de la première qui permet de mieux prendre en compte les différentes conceptions du rôle du représentant de proximité dans les accords collectifs. Il est notamment intéressant de constater que les négociateurs se sont saisis de l'imprécision du texte sur les attributions pour parfois aller au-delà de la simple délégation que peut lui faire le comité. C'est notamment le cas des deux derniers modèles-types dégagés.

¹¹⁹⁵ B. Dabosville, « Les représentants de proximité : à la recherche des traits caractéristiques d'une nouvelle figure de représentant du personnel », *op. cit.*, p. 394 et s.

¹¹⁹⁶ J. Péglise et C. Wolmark, *op. cit.*, p. 112 ; V. Ilieva, « Missions et moyens des représentants de proximité. Quelle continuité avec les délégués du personnel », *Dr. soc.*, 2022, p. 219.

¹¹⁹⁷ D. Simonneau, « Les représentants de proximité : substituts ou compléments ? », *Dr. ouv.*, 2020, p. 432 ; Cette expression reprise dans la typologie. V. également N. Farvaque, *op. cit.*, p. 44.

200. Ceux-ci interrogent cependant leur qualité de représentant du personnel. Nous avons développé que leur représentativité emprunte celle du comité puisqu'ils n'ont pas nécessairement été élus et ne sont, quoiqu'il en soit, pas élus mais désignés par le comité pour ce mandat. Ce qui interroge, et nous reprenons ici des interrogations des évaluateurs, c'est le rôle d'« intermédiaires ambigus de la direction »¹¹⁹⁸. Les représentants de proximité peuvent en effet se voir attribuer un rôle de relais de la direction ou de capteurs, bien différent de la conception qui prévalait pour les délégués du personnel. Porter les réclamations, ce n'est pas être un informateur mais assumer un potentiel conflit lorsque les droits des salariés ne sont pas respectés.

La Cour de cassation semble pourtant reconnaître, ou à tout le moins assimiler, les représentants de proximité à une institution représentative du personnel. Par cette qualification, elle peut en effet priver d'éligibilité à la fonction de représentant de proximité les représentants de l'employeur devant les institutions représentatives du personnel¹¹⁹⁹. De ce point de vue, « la qualité d'institution représentative du personnel s'arrime alors à la mise en œuvre du droit constitutionnel de participation des travailleurs »¹²⁰⁰. C'est alors l'investiture qui garantirait la « nature » d'institution représentative du personnel légale.

La question se pose également de savoir s'il s'agit ou non d'une délégation. Le texte ne le formule pas ainsi. Si s'en est une, se pose alors la question de l'étendue de la délégation confiée aux représentants de proximité. C'est-à-dire si les membres de comité sont dessaisis ou non de l'exercice de ces attributions. Il paraît cependant contestable, notamment en matière de réclamations, que les membres du comité puissent être dessaisis d'une telle attribution même lorsqu'elle est déléguée aux représentants de proximité¹²⁰¹. C'est en tout cas ce que l'on peut déduire des attributions qui, du fait de leur définition par des dispositions d'ordre public, les attribuent au comité ou à ses membres. De manière générale, les accords semblent maintenir la compétence du comité par des formules signifiant la possibilité pour les élus

¹¹⁹⁸ V. Ilieva, *op. cit.*, p. 223 ; v. également F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 129.

¹¹⁹⁹ Soc., 14 avr. 2021, n° 19-23.589, Publié, *RDT*, 2021. 527, chron. F. Signoretto ; *BJT* 06/2021. 38, obs. G. François ; *BJS*, 06/2021. 15, obs. G. Auzero.

¹²⁰⁰ I. Odoul-Asorey, « Les représentants de proximité, une institution représentative du personnel ? », *RDT*, 2021, p. 461.

¹²⁰¹ B. Dabosville, *op. cit.*, p. 395.

d'exercer les attributions déléguées¹²⁰². Face à des formules floues, une partie de la doctrine plaide pour une interprétation favorable au comité¹²⁰³. Du reste, le représentant de proximité demeure lié au comité qui le nomme et avec lequel il est conduit à échanger des informations. Il est par ailleurs souvent envisagé comme un « dispositif venant en appui »¹²⁰⁴ et non comme une institution en soi dotée d'une autonomie dans son fonctionnement et dans l'exercice de ses attributions.

2. La déconcentration par les périmètres

201. Le second levier pour compenser la centralisation des institutions représentatives du personnel réside dans la définition du périmètre de désignation des représentants de proximité. Ce choix pour l'implantation vise à déterminer « la composition du groupe d'individus »¹²⁰⁵ qui entre dans ce périmètre et qui sera ainsi représenté. C'est aussi une manière de déterminer les problématiques du groupe que le représentant incarne¹²⁰⁶. Leur définition contribue, dans une approche globale à devoir déterminer comment va s'organiser la représentation du personnel, le partage des attributions et les moyens de la rendre effective¹²⁰⁷. Nous avons fait état d'incertitudes quant à la possibilité de placer des commissions santé, sécurité et conditions de travail dans des périmètres moins larges que les comités eux-mêmes. En ce qui concerne les représentants de proximité, l'article L. 2313-7 du code du travail ne mentionne pas la question des périmètres, semblant laisser toute latitude aux négociateurs pour le déterminer.

¹²⁰² B. Dabosville, « Représentant de proximité et CSE : une relation protéiforme », *Dr. soc.*, 2022, p. 226 ; V. également S. Rioche, « CSE et représentants de proximité : un kaléidoscope conventionnel », *JCP S*, 2018, 1343.

¹²⁰³ J. Péglise et C. Wolmark, *op. cit.*, p. 132.

¹²⁰⁴ R. Bourguignon, *op. cit.*, p. 45.

¹²⁰⁵ C. Langaney, « L'implantation des représentants de proximité : « proximité » et « voisinage » », *Dr. soc.*, 2022, p. 208.

¹²⁰⁶ C. Langaney, « La désignation des représentants de proximité : « proximité » et « ressemblance » », *Dr. soc.*, 2022, p. 213.

¹²⁰⁷ F. Géa, *op. cit.*, p. 50.

202. Une large majorité des accords conclus choisissent des périmètres différents pour le comité et les représentants de proximité¹²⁰⁸. Cette majorité est encore plus large pour les accords conclus qui mettent en place un comité unique, qui eux-mêmes mettent plus souvent en place des représentants de proximité¹²⁰⁹. La taille de l'entreprise est aussi un facteur déterminant puisque ce sont les plus grandes entités qui mettent en place des représentants de proximité¹²¹⁰. La question du périmètre dans les accords est abordée de manière variée. Ce peut être un périmètre professionnel ou géographique. Si le périmètre professionnel peut avoir un intérêt en termes de connaissance des métiers et permettre d'avoir un regard plus aiguisé sur les problèmes qui s'y posent, il peut cependant poser un problème dans un établissement multisites¹²¹¹.

Cette proximité assurée par un périmètre adapté est à mettre en lien avec l'appartenance du représentant au dit périmètre. L'accord peut exiger, préférer ou être indifférent à l'appartenance du représentant de proximité au périmètre en question¹²¹². Il semblerait cependant que l'appartenance du représentant au périmètre soit le choix majoritaire dans les accords¹²¹³. La définition de ces périmètres peut avoir également pour objectif de mailler le périmètre du comité ou de compléter la représentation sur les périmètres au sein desquels aucun salarié n'a été élu membre du comité. Lorsqu'il s'agit de compléter la représentation, la couverture peut n'être que partielle, ce qui est le cas d'un peu plus qu'un tiers des accords conclus d'après les premières évaluations¹²¹⁴. Le périmètre d'implantation sera alors déterminé en fonction de l'effectif ou de l'isolement des salariés. Un auteur a pu

¹²⁰⁸ S. Rioche, *op. cit.* ; J. Péglise et C. Wolmark, *op. cit.*, p. 100 ; C. Langaney, « L'implantation des représentants de proximité : « proximité » et « voisinage » », *op. cit.*, p. 211.

¹²⁰⁹ 77,4% des accords sur les représentants de proximité concernent des entreprises ayant un comité unique dans l'étude de P.-H. Antonmattei, *op. cit.*, p. 10.

¹²¹⁰ J. Péglise et C. Wolmark, *op. cit.*, p. 14.

¹²¹¹ C. Langaney, *op. cit.*, p. 209.

¹²¹² A ce sujet, V. B. Dabosville, « Les représentants de proximité : à la recherche des traits caractéristiques d'une nouvelle figure de représentant du personnel », *op. cit.*, p. 388 ; J. Péglise et C. Wolmark, *op. cit.*, p. 106 ; C. Langaney, « La désignation des représentants de proximité : « proximité » et « ressemblance » », *op. cit.*, p. 217.

¹²¹³ J. Péglise et C. Wolmark, *op. cit.*, p. 108 ; C. Langaney, *op. cit.*, *Dr. soc.*, 2022, p. 213.

¹²¹⁴ J. Péglise et C. Wolmark, *op. cit.*, p. 103 ; C. Langaney, « L'implantation des représentants de proximité : « proximité » et « voisinage » », *op. cit.*, p. 211.

écrire que « le nombre de représentants de proximité témoigne de l'intérêt que les parties portent à cette institution »¹²¹⁵.

Le taux de couverture qui permet de rapporter le nombre de ces représentants au nombre de salariés représentés, nous semble à ce sujet plus intéressant. Dans une grande entreprise, le nombre de représentants de proximité pourrait être plus important que dans une petite ou moyenne entreprise sans que cela ne signifie pour autant une meilleure couverture. Il faut à cet égard apporter un tempérament à cette possibilité de mettre en place des représentants de proximité pour limiter la centralisation du comité. La couverture des salariés par cette institution de compensation dépend donc de la conclusion d'un accord à ce sujet. C'est ainsi que les travaux d'évaluation mettent en évidence que seulement un quart à trente pourcents des accords de mise en place du comité social et économique mettent aussi en place des représentants de proximité¹²¹⁶, ce qui aboutit à un taux de couverture inférieur à celui des anciens délégués du personnel¹²¹⁷. Notons que si la référence est faite aux délégués du personnel, comme le Législateur a pu lui-même la faire pour présenter ce mandat, son intérêt est uniquement comparatif par rapport à ce qui permettait cette proximité avant la réforme.

203. Ces périmètres demeurent larges malgré cela. Les périmètres de mise en place des représentants de proximité sont aussi plus larges que ne l'étaient ceux des délégués du personnel d'après les travaux d'évaluation¹²¹⁸. Le même phénomène a été observé entre les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et les commissions santé, sécurité et conditions de travail¹²¹⁹. Les travaux d'évaluation mettent également en évidence que les représentants de proximité sont mis en place dans les secteurs ayant déjà une forte activité conventionnelle¹²²⁰. Ce qui demeure cohérent avec nos développements précédents sur le développement relatif de l'activité conventionnelle.

¹²¹⁵ S. Rioche, *op. cit.*

¹²¹⁶ C. Giraudet, *op. cit.*, p. 95 ; J. Péglise et C. Wolmark, « Quelle représentation de proximité après la fusion des institutions représentatives du personnel », *Dr. soc.*, 2022, p. 200.

¹²¹⁷ En 2019 le taux de couverture des entreprises par des représentants de proximité n'était que de 1,1% et celui de couverture des salariés par cette même instance de 15,3% (A. Naboulet et E. Prouet, *op. cit.*, p. 39).

¹²¹⁸ F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 95.

¹²¹⁹ A. Naboulet et E. Prouet, *op. cit.*, p. 55.

¹²²⁰ J. Péglise et C. Wolmark, *op. cit.*, p. 16.

La faible couverture pourrait aussi être le résultat d'un mauvais taux d'aboutissement. Les négociations seraient sur ce sujet asymétrique quoiqu'inégalement conflictuelles¹²²¹. Ce qui n'est pas de nature à améliorer la couverture des salariés au moyen de cet organe. Leur mise en place dans des périmètres de proximité offre également l'avantage de la « réactivité et facilité d'accès » qui serait « loin du fonctionnement ritualisé du comité social et économique »¹²²². Elle pourrait ainsi répondre à une conception d'une représentation moins formelle et plus adaptée à une prise de décision rapide là où le comité lui-même nécessite toujours le respect de certains délais en termes de convocation, d'éventuelle expertise et de consultation. Ces périmètres permettent également de diminuer la distance spatiale entre les salariés et le comité ainsi qu'assurer la proximité sociale¹²²³.

Les périmètres plus larges à l'inverse créent un risque d'éloignement donc d'une réduction des échanges entre les représentants et les représentés¹²²⁴. Or, comme le souligne un rapport d'évaluation dédié à la question des représentants de proximité : « le lien entre représentant et représenté dépend pour une large part du périmètre dans lequel le représentant est amené à exercer son mandat »¹²²⁵. Ce périmètre doit s'entendre tant géographiquement, pour assurer une capacité du représentant à être au contact physique des représentés, que professionnellement, pour assurer une compréhension du représentant des problèmes que peuvent rencontrer les représentés car il les connaît lui-même. De ce point de vue « la création de représentants de proximité doit donc permettre d'éviter tant une dégradation du fonctionnement des institutions qu'un affaiblissement du lien de représentation »¹²²⁶.

Sa création révèle la volonté du Législateur de permettre aux entreprises d'adapter leur cadre normatif. Le représentant de proximité a en effet cette particularité d'être une « catégorie légale ayant besoin d'un accord collectif pour se réaliser »¹²²⁷ en ce sens que si

¹²²¹ *Ibid*, pp. 37 et 44 ; R. Bourguignon, *op. cit.*, p. 14.

¹²²² B. Dabosville, « Représentant de proximité et CSE : une relation protéiforme », *op. cit.*, p. 228.

¹²²³ J. Péglise et C. Wolmark, *op. cit.*, p. 55.

¹²²⁴ A. Michelon et A. Rémond, « Représentant de proximité et organisations syndicales », *Dr. soc.*, 2022, p. 241.

¹²²⁵ J. Péglise et C. Wolmark, *op. cit.*, p. 96.

¹²²⁶ B. Dabosville, « Les représentants de proximité : à la recherche des traits caractéristiques d'une nouvelle figure de représentant du personnel », *op. cit.*, p. 388.

¹²²⁷ S. Guedes Da Costa, « Les représentants de proximité », *BJT*, sept. 2018, p. 60.

son existence est bien prévue par l'article L. 2313-7 du code du travail, il ne peut réellement exister que par un accord collectif déterminant leur nombre, leurs attributions, les modalités de leur désignation et leurs modalités de fonctionnement. Aucune disposition supplétive ou d'ordre public ne fonde leur existence à défaut d'accord collectif. Cette disposition permet aux représentants de proximité de bénéficier du statut protecteur. Si un accord avait pu les créer sans qu'une disposition légale n'en énonce la possibilité, ces représentants n'auraient pas été protégés. En effet, une institution représentative du personnel conventionnelle qui n'a pas la même nature qu'une institution légale ne peut ouvrir le Droit au bénéfice du statut protecteur¹²²⁸. Cette disposition est aussi révélatrice d'une conception de la norme qui indique une possibilité mais ne détermine pas ses modalités d'exécution afin que les destinataires l'adaptent à leurs besoins, pourvu que le besoin soit ressenti par les deux parties au futur accord.

¹²²⁸ Soc., 22 janv. 2020, n° 18-21.206, Publié, *Jurisassociations* 2020, n° 622, p. 38, étude M. Julien et J.- F. Paulin ; *Dr. soc.* 2021. 86, obs. F. Petit.

Conclusion de chapitre

204. L'institution du dialogue social s'est faite par la fusion des institutions représentatives du personnel, afin de remplacer la logique fonctionnelle par une logique organisationnelle, conduisant à la centralisation de l'institution unique. Il s'agissait en effet par ces réformes de remplacer les anciennes institutions représentatives du personnel spécialisées, jugées trop inefficaces et trop coûteuses d'un point de vue gestionnaire. *Leur regroupement puis leur fusion a permis d'instituer progressivement une institution représentative du personnel unique. Celle-ci, parce qu'elle centralise toutes les informations et les attributions doit adopter une approche transversale, c'est-à-dire qu'elle doit prendre en compte tous les aspects de la vie de l'entreprise quelle que soit l'action des représentants du personnel.*

Si la centralisation interne aux organisations économiques n'est pas explicite, c'est pourtant bien une possibilité qui est la conséquence de ce mouvement de réforme. Le Législateur a cherché à placer l'organe de représentation des salariés au niveau supposé de la prise de décision¹²²⁹. Une auteure envisage que dès la loi du 28 octobre 1982, « le Législateur va organiser l'ascension du comité d'entreprise vers le pouvoir »¹²³⁰ en permettant de le placer au niveau du groupe. C'est ce qui résulte d'une approche institutionnelle ou organisationnelle, adaptée à une institution unique, au détriment d'une approche fonctionnelle, qui dans le cadre d'institutions spécialisées était adaptée à la variation des périmètres en fonction des attributions de celles-ci.

Cette approche concourt également à la volonté de réduire le coût que peut représenter une représentation du personnel trop dense. En effet la centralisation et, partant, la réduction du nombre d'institutions voulue par le Législateur permet des économies pour les entreprises car « qui dit davantage d'établissements dit davantage d'élections à organiser, de salariés élus, lesquels sont autant de salariés protégés dans l'entreprise, d'heures de délégations, de réunions à prévoir avec leur lot d'informations à transmettre, d'ordres du jour à établir et de

¹²²⁹ N. Farvaque, « La mise en place du comité social et économique : une grammaire de l'efficacité peu évaluée », in F. Géa et A. Stévenot, *Le dialogue social. L'avènement d'un modèle ?*, Bruylant, 2021, p. 409 ; F. Lerais et K. Guillas-Cavan (coord *op. cit.*, p. 35 et 80 ; A. Naboulet et E. Prouet, *op. cit.*, p. 46.

¹²³⁰ C. Giraudet, *op. cit.*, p. 36.

procès-verbaux à rédiger, diffuser, leur lot d'aléas également »¹²³¹. Quoique la centralisation interne des institutions représentatives du personnel ne soit pas motivée, toute l'ingénierie juridique relative à son organisation y concourt. Reste cependant à déterminer, au regard du reste du régime juridique de la représentation élue du personnel issue des réformes du dialogue social, ce qui permet une poursuite effective de cette rationalisation.

¹²³¹ C. Nicod, *op. cit.*, p. 589.

Chapitre 2 : L'activité de représentation concentrée

205. Les réformes qui instituent le dialogue social procèdent en second lieu à une réallocation des attributions et des moyens de la représentation du personnel. Par activité de représentation, nous entendons tous les éléments du régime juridique de la représentation du personnel qui tendent à définir l'activité que peut ou doit mener le comité. Cela concerne donc les attributions et les moyens alloués, qui ensemble définissent ce que peut être l'activité des représentants du personnel. Le régime juridique qui encadre les institutions représentatives du personnel par leurs moyens et leurs attributions traduit également un changement de conception de ce que devrait être l'activité de représentation au regard des objectifs du dialogue social. L'objet de ce chapitre est donc d'étudier la modification du cadre d'exercice des attributions représentatives à partir de la modification de la réglementation et de l'appropriation de celle-ci, en raison de l'extension du champ du négociable dans ce domaine, par les accords collectifs. Nous développerons dans une première section comment ces réformes ont concentré les attributions et les moyens du comité économique et social puis dans une seconde section les moyens des élus eux-mêmes. Nous verrons également dans chacune de ces sections ce que cela implique comme conception de l'activité représentative et comme contraintes dans sa réalisation.

Section 1 : La concentration des attributions et des moyens du comité

206. La concentration des attributions du comité économique et social est l'outil et le produit du décloisonnement, donc de l'approche transversale. Produit en ce que l'approche globale conduit à concentrer les moyens associés aux attributions elles-mêmes concentrées et outil en ce qu'elle est censée garantir la capacité de l'institution à adopter cette approche. Nous verrons comment la réorganisation des institutions représentatives du personnel s'est accompagnée de la concentration des attributions dans un premier paragraphe et des moyens dans un second paragraphe alloués au comité.

Paragraphe 1 : La concentration des attributions dans une instance unique

207. La mise en place du comité social et économique résulte d'une fusion des anciennes institutions représentatives du personnel. En fusionnant les anciennes institutions, les attributions et les moyens de ces dernières ont été concentrées dans la nouvelle institution. Le rapporteur de la commission des affaires sociales de l'Assemblée Nationale rappelle à ce sujet « que les attributions respectives des différentes instances (...) n'ont pas disparu, mais qu'elles ont été transférées à la nouvelle instance »¹²³². Cette argumentation trouve des relais dans la doctrine¹²³³ bien que des auteurs plus attentifs relèvent la perte de certaines attributions, notamment dans le domaine de l'hygiène, de la santé, de la sécurité et des conditions de travail¹²³⁴.

¹²³² L. Pietraszewski, Ass. nat., Première séance du mercredi 22 novembre 2017.

¹²³³ V. Roulet, « Le CSE ? Une victime qui se porte bien », *RDT*, 2020, p. 445.

¹²³⁴ A. Le Goff et J. Krivine, « De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seule habilité à négocier », *Dr. soc.*, 2019, p. 213 ; C. Barthel-Fuentes, « Des instances séparées à l'instance unique : quelle place pour la santé au travail ? », *Dr. ouv.*, 2020, p. 612.

La concentration des institutions représentatives du personnel est en premier lieu une concentration des individus qui les composent, c'est-à-dire les membres des différentes délégations. Délégués du personnel, membres du comité d'entreprise et membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail disparaissent au profit d'une seule et même délégation. La concentration des institutions représentatives du personnel est en second lieu une concentration des attributions et des moyens associés à leur exercice. Réclamations, informations et consultations sur les questions économiques, sociales, d'hygiène ou de santé, de sécurité et des conditions de travail, gestion des activités sociales et culturelles sont désormais attribuées à une même délégation.

Nous proposons ici de restituer l'évolution des quatre grandes attributions qui forment l'activité représentatives des élus du personnel. Pour cela nous les présenterons chronologiquement avec les réclamations, suivies des attributions en matière d'hygiène – mention remplacée par celle de santé –, de sécurité et de conditions de travail, puis des activités sociales et culturelles qui furent créées sous l'appellation d'œuvres sociales, et enfin les consultations, notamment en matières économique et sociale.

A. Les réclamations

208. Les réclamations étaient l'attribution principale des délégués du personnel. Ces derniers sont la première institution représentative du personnel imposée par la loi avec celle du 24 juin 1936 et après diverses expériences dans des branches particulières comme l'armement ou dans certaines entreprises. Le délégué du personnel était implanté dans un établissement distinct qui se caractérise « par le regroupement d'au moins onze salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptible de générer des réclamations communes et spécifiques et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur, peu important que celui-ci ait le pouvoir de se prononcer sur ces réclamations »¹²³⁵. C'est la première attribution à faire l'objet d'une concentration au sein d'une même délégation via la délégation unique du personnel puis au sein d'une même institution via le

¹²³⁵ V. *supra*, note n° 1089.

comité social et économique. La rédaction issue de l'ordonnance 2017-1386 pose cependant quelques interrogations quant à son exercice.

209. Si les réclamations ont été absorbées par le comité restreint, il n'est pas clairement énoncé que le comité plénier en dispose. Avant la fusion des institutions représentatives du personnel, il s'agissait d'une attribution des délégués du personnel¹²³⁶. Mais depuis la fusion, les attributions des institutions représentatives du personnel dépendent d'une tranche d'effectif, et non plus d'un seuil. Les entreprises qui atteignaient le seuil de onze salariés disposaient de délégués du personnel exerçant cette attribution. Il n'était alors nécessaire de préciser que dans celles atteignant le seuil de cinquante salariés, le délégué du personnel avait toujours cette attribution puisqu'elle dépendait de lui et non d'attributions par tranche d'effectif. L'article L. 2312-5 du code du travail qui attribue cette mission au comité social et économique appartient à la section relative aux « attributions du comité social et économique dans les entreprises d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés ». Or il n'existe aucune mention faite aux réclamations individuelles et collectives pour les entreprises atteignant le seuil de cinquante salariés. Cette prérogative n'est donc pas expressément attribuée aux comités pléniers.

Concernant les règles de fonctionnement, celles-ci demeurent pour les comités restreints qui doivent toujours transmettre les réclamations par écrit deux jours ouvrables avant la réunion et faire l'objet d'une réponse dans les six jours suivants¹²³⁷. Il s'agit cependant là d'une disposition spécifique aux comités restreints, le comité plénier semblant devoir fonctionner selon ses règles habituelles, tout du moins en ce qui concerne l'élaboration de l'ordre du jour, élaboré conjointement par le président et le secrétaire du comité alors qu'il s'agit d'une attribution exercée individuellement par les élus¹²³⁸. Mais le fonctionnement des comités pléniers est facteur de confusion, voire de possibles tensions entre élus, si les réclamations sont inscrites à l'ordre du jour mais que le président ou le secrétaire ou les deux refusaient d'inscrire une réclamation. Cette attribution qui nécessite de la proximité et une certaine réactivité souffre d'un éloignement des élus dû à la centralisation et à l'alourdissement des réunions eux-mêmes dus à la concentration de l'ensemble des

¹²³⁶ Anc. art. L. 2313-1 du Code du travail.

¹²³⁷ Art. L. 2315-22 et anc. art. L. 2315-12 du Code du travail.

¹²³⁸ Art. L. 2315-27 et s.

attributions dans une même institution et donc dans les mêmes réunions¹²³⁹. Elles peuvent même être facteurs de conflictualité dans les réunions voire les « phagocyter »¹²⁴⁰ au détriment des autres attributions.

B. Les attributions en matière d'hygiène, de santé, de sécurité et de conditions de travail

210. Les missions d'hygiène, santé, sécurité et conditions de travail sont aussi impactées par la concentration des attributions du fait du regroupement des institutions représentatives du personnel. Les attributions en matière d'hygiène et de sécurité sont l'autre pan des prérogatives des délégués du personnel et sont donc instituées avec eux. Dans les entreprises de onze à moins de cinquante salariés, le comité restreint promeut la santé, la sécurité et l'amélioration des conditions de travail¹²⁴¹. Il dispose d'autres attributions dans ce domaine telles qu'un droit d'enquête, un droit d'alerte et d'une information sur la liste des mesures d'actions et de prévention. Ces attributions sont plus développées dans les entreprises d'au moins cinquante salariés où elles sont confiées au comité plénier. Elles étaient jusqu'alors exercée par le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail institué par la quatrième loi Auroux¹²⁴² qui se substitue aux anciens comités d'hygiène et de sécurité et comité d'amélioration des conditions de travail.

Cette institution serait montée en puissance, accompagnée par la jurisprudence, avant de disparaître totalement¹²⁴³. Mais cette montée en puissance « incarnait le désordre » selon

¹²³⁹ R. Bourguignon, *Effet de la mise en place des CSE sur le dialogue social : étude longitudinale de 7 grandes entreprises*, IRG, déc. 2021, p. 43.

¹²⁴⁰ C. Giraudet et C. Nicod, *Les comités sociaux et économiques dans les PME et ETI de la région Auvergne-Rhône-Alpes : une appropriation difficile*, CERCRID, déc. 2021, p. 24 ; V. également F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *Quel dialogue social dans l'entreprise après les ordonnances de 2017 ?*, IRES, 9 déc. 2021, p. 106 ; A. Michelon, « Quelle mise à l'épreuve des comités sociaux et économiques en période de crise ? », *La Revue de l'IRES*, 2022/2, p. 103.

¹²⁴¹ Art. L. 2312-5 du Code du travail.

¹²⁴² Loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

¹²⁴³ L. Pécaut-Rivolier, « Vie et mort du CHSCT, retour sur une histoire à rebondissement, *A propos du rapport Verkindt* », in G. Loiseau, *Mélanges en l'honneur de Pierre-Yves Verkindt*, LGDJ, 2022, p. 341 ; L'auteure identifie trois arrêts qui ont permis cette montée en puissance. Le premier en 1989 qui affirme qu'il s'agit d'une institution élue (Soc., 3 oct.1989, n° 88-60.741, Publié), le deuxième 1991 qui reconnaît sa personnalité morale

un auteur¹²⁴⁴. C'est l'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017 qui procède à son abrogation. Ses attributions appartiennent au comité économique et social. Il existe seulement une commission, dépendante de la délégation d'attributions que lui fait le comité, peut être mise en place. Celle-ci n'est alors obligatoire qu'à partir du seuil de trois cents salariés au lieu de cinquante pour l'ancien comité d'hygiène, santé, sécurité et conditions de travail ou dans des circonstances particulières définies aux articles L. 2315-36 et L. 2315-37 du Code du travail. En dessous de ce seuil, il faut donc un accord collectif pour la mettre en place. Mais celle-ci ne peut pas disposer d'attributions consultatives ni du pouvoir de commander une expertise¹²⁴⁵. Cette prohibition est d'ordre public, ce qui empêche la tentative de reconstitution d'une institution spécialisée. Il s'agit d'éviter les avis et expertises multiples auxquels la réforme entend mettre fin et qui avaient pour effet d'augmenter le temps nécessaire à la prise de décision.

211. Ces missions sont désormais exercées par le comité social et économique ou une commission à laquelle est déléguée tout ou partie des attributions. Les dispositions légales comportent cependant un flou au sujet du déléguant. L'article L. 2315-38 du Code du travail dispose qu'elle reçoit ses attributions « par délégation du comité économique et social » et l'article L. 2315-41 énonce la possibilité pour l'accord collectif de définir « les missions déléguées par le comité social et économique ». Il pourrait ainsi y avoir un conflit de compétences positives si le comité social et économique et les négociateurs décidaient d'une délégation de missions différentes. L'article L. 2315-41 laisse pourtant entendre qu'en cas d'accord collectif, les délégués syndicaux pourraient se substituer au comité économique et social pour déléguer en son nom. C'est ce que nous déduisons de la formule « en l'absence de délégué syndical » qui signifie qu'en leur présence, c'est bien eux qui définissent ces missions par voie d'accord. Cela pose également un conflit dans l'articulation des différentes normes puisque nous aurions une délégation reposant sur une disposition d'ordre public, celle effectuée par le comité, et une délégation reposant sur une norme conventionnelle.

Les évaluations soulèvent par ailleurs des problèmes de clarté dans la définition des missions là où les attributions du comité hygiène, sécurité et conditions de travail étaient

(Soc. 7 avr. 1991, n^{os} 89-17.993, 89-43.767 et 89-43.770, Publié) et le troisième en 2002 qui fait de l'obligation de sécurité une obligation de résultat dont le comité serait le garant (Soc., 28 fév. 2002, n^o 00-13.172, Publié).

¹²⁴⁴ S. Rioche, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, LexisNexis, 2019, p. 50.

¹²⁴⁵ Art. L. 2315-38 du Code du travail.

claires¹²⁴⁶. Un rapport d'évaluation indique cependant que la création d'un espace privilégié pour traiter de ces questions, bien qu'il ne s'agisse que d'une commission, « ne crée pas nécessairement les conditions pour les élus s'en saisissent véritablement »¹²⁴⁷. Ce phénomène a été observé dans certaines entreprises où le comité d'hygiène, sécurité et conditions de travail était actif. D'autres auteurs pointent une perte de pouvoir de l'institution chargée de cette attribution du fait de la concentration¹²⁴⁸. L'approche de ces questions se feraient notamment sous l'angle de la protection en matière de sécurité et de respect des consignes¹²⁴⁹. Ce problème peut aussi provenir de ce que les élus des commissions sont de nouveaux élus et pas toujours d'anciens élus du comité hygiène, sécurité et conditions de travail, impliquant de fait une perte d'expérience et de savoirs sur ces sujets¹²⁵⁰. Derrière cette conception de la représentation du personnel, un rapport d'évaluation considère qu'« il est implicitement pensé que donner plus de prérogatives et de thématiques à aborder, réparties sur un nombre inférieur de personnes et à un niveau plus concentré, sera compatible avec un dialogue social de meilleure qualité »¹²⁵¹.

212. Certaines attributions ne sont plus mentionnées. Le comité d'hygiène, sécurité et conditions de travail avait pour attribution de « contribuer à la prévention et à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs »¹²⁵² et « de contribuer à l'amélioration des conditions de travail »¹²⁵³. Ces attributions n'ont pas été transférées au comité social et économique. On trouvera seulement une formulation signifiant la capacité du comité de « susciter toute initiative qu'il estime utile »¹²⁵⁴ dans ce champ d'attribution. On peut aussi relever la perte de l'attribution de « veiller à l'observation des prescriptions légales prises en ces matières »¹²⁵⁵, le pouvoir de convoquer le chef d'un établissement voisin « dont

¹²⁴⁶ N. Farvaque, *Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le Droit du travail. Etude de terrain qualitative*, ORSEU, Amnyos, 23 sept. 2019, p. 65.

¹²⁴⁷ C. Giraudet et C. Nicod, *op. cit.*, p. 39.

¹²⁴⁸ F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 114.

¹²⁴⁹ C. Giraudet et C. Nicod, *op. cit.*, p. 41.

¹²⁵⁰ F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 126.

¹²⁵¹ N. Farvaque, *op. cit.*, p. 56.

¹²⁵² 1° de l'anc. art. L. 4612-1 du Code du travail.

¹²⁵³ 2° de l'anc. art. L. 4612-1 du Code du travail.

¹²⁵⁴ Art. L. 2312-9 du Code du travail.

¹²⁵⁵ 3° de l'anc. art. L. 4612-1 du Code du travail.

l'activité expose les travailleurs de son ressort à des nuisances particulières »¹²⁵⁶, la disparition de la mention de l'hygiène et la suppression de différents facteurs de pénibilité à étudier¹²⁵⁷. On perd donc certaines attributions en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail sauf à chercher une parentalité éloignée dans la reformulation de certaines missions.

Au-delà de la perte d'attribution, la concentration s'est accompagnée d'une disparition de la notion de « mission » du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail¹²⁵⁸. La comité économique et social n'a conservé que la mission de transmettre les réclamations dans les entreprises dont l'effectif est d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés¹²⁵⁹ et d'assurer l'expression collective des salariés dans les entreprises d'au moins cinquante salariés¹²⁶⁰. Mais il n'existe plus de mission de contribuer à la prévention et à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs ; de contribuer à l'amélioration des conditions de travail ; de contribuer à l'adaptation et à l'aménagement des postes de travail afin de faciliter l'accès des personnes handicapées à tous les emplois et de favoriser leur maintien dans l'emploi au cours de leur vie professionnelle ; de veiller à l'observation des prescriptions légales prises en ces matières. Celles-ci, lorsqu'elles sont conservées ne sont pas des missions mais de simples attributions.

Quoiqu'il n'ait pas été donné de portée juridique particulière à ce terme à notre connaissance, dans le langage courant le terme de mission renvoie à la « tâche que l'on confie à une personne, charge dont on l'investit temporairement en lui donnant qualité ou autorité pour s'en acquitter »¹²⁶¹ quand l'attribution n'est que le « fait d'attribuer quelque chose à quelqu'un »¹²⁶². Toute la problématique réside alors dans le fait de déterminer si la personne,

¹²⁵⁶ Anc. art. L. 4612-6 du Code du travail.

¹²⁵⁷ Le décret n° 2017-1769 du 27 décembre 2017 relatif à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention retire de la liste des facteurs de pénibilités signifiés à l'ancien article D. 4161-2 et au nouvel article D. 4163-2 du Code du travail les manutentions manuelles de charges, les postures pénibles, les vibrations mécaniques et l'exposition à des agents chimiques dangereux.

¹²⁵⁸ Anc. art. L. 4612-1 du Code du travail.

¹²⁵⁹ Art. L. 2312-5 du Code du travail.

¹²⁶⁰ Art. L. 2312-8 du Code du travail.

¹²⁶¹ Dictionnaire de l'Académie française, neuvième édition.

¹²⁶² *Ibid.*

ici le comité, se voit muni de la qualité et de l'autorité nécessaire pour s'acquitter de ces différentes tâches. Chose dont on peut douter tant au regard de l'évolution des textes que nous étudions que des évaluations que nous recensons ici.

213. Cette concentration impacte également les moyens alloués à l'exercice de cette attribution. Pour certains auteurs, ce regroupement n'impactait *a priori* pas les moyens, notamment en ce qui concernait le financement des expertises en matière d'hygiène, sécurité et conditions de travail¹²⁶³. Son effet était essentiellement de permettre la remise d'un avis unique, mais il permettait aussi de recourir à une expertise unique. La mise en place du comité social et économique a pour effet d'entraîner la suppression du comité d'hygiène, sécurité et conditions de travail. Avec lui, c'est l'institution spécialisée avec une délégation, des attributions et des moyens propres qui disparaît. Cela a pu être présenté comme un transfert d'attributions au comité social et économique, cependant ce terme ne nous semble pas conforme à la réalité du changement qui s'est opéré.

Dans le cadre d'un transfert, l'institution fusionnée aurait été une addition des anciennes. Tel n'a pas été le cas car l'objectif de la réforme était aussi de permettre de réduire le « coût du travail »¹²⁶⁴ associé au fonctionnement des institutions représentatives du personnel par différentes moyens que nous avons précédemment développés¹²⁶⁵. Il y a donc une rationalité économique puisqu'il s'agissait d'« enrayer la croissance injustifiée du coût des expertises commandées par les institutions représentatives du personnel et payées par l'employeur »¹²⁶⁶. En concentrant le pouvoir de commander une expertise, on réduit ainsi le nombre d'expertises possibles et l'allongement des délais incident. Cela vise à ce que l'expertise elle-même donne une vision globale là où les expertises séparées du comité d'entreprise et du comité d'hygiène, sécurité et conditions de travail pouvaient conduire à séparer les questions économiques et sociales¹²⁶⁷. Cette fusion risquerait de marginaliser des

¹²⁶³ F. Petit, « Une représentation du personnel à la carte », *Dr. soc.*, 2016, p. 548.

¹²⁶⁴ Expression employée dans l'étude d'impact du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avr. 2015, p. 131.

¹²⁶⁵ V. aux paragraphes n° 150 et s.

¹²⁶⁶ A. Milon, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales (I) sur le projet de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Sénat, n° 663, 19 juil. 2017, p. 218.

¹²⁶⁷ V. la réponse de M. Pénicaud à plusieurs amendements du groupe GDR à l'Assemblée nationale lors de la première séance du 11 juil. 2017.

problématiques de santé et de sécurité¹²⁶⁸ et provoque une perte de moyens faute de budget propre qui s'impute désormais sur celui du comité social et économique qui n'a pas été augmenté pour prendre en compte ce qui était à la charge de l'employeur auparavant.

C. Les activités sociales et culturelles

214. Le comité plénier « assure, contrôle ou participe à la gestion de toutes les activités sociales et culturelles établies dans l'entreprise prioritairement au bénéfice des salariés, de leur famille et des stagiaires »¹²⁶⁹. Le comité bénéficie d'une réelle autonomie dans la gestion des activités sociales et culturelles grâce au monopole de gestion dont il bénéficie à ce sujet. Les attributions sociales et culturelles se définissent comme une activité facultative visant à améliorer les conditions de vie et de travail.

L'article R. 2312-35 du Code du travail en fournit une liste non exhaustive : des institutions sociales de prévoyance et d'entraide, telles que les institutions de retraites et les sociétés de secours mutuels ; les activités sociales et culturelles tendant à l'amélioration des conditions de bien-être, telles que les cantines, les coopératives de consommation, les logements, les jardins familiaux, les crèches, les colonies de vacances ; les activités sociales et culturelles ayant pour objet l'utilisation des loisirs et l'organisation sportive ; les institutions d'ordre professionnel ou éducatif attachées à l'entreprise ou dépendant d'elle, telles que les centres d'apprentissage et de formation professionnelle, les bibliothèques, les cercles d'études, les cours de culture générale ; les services sociaux chargés de veiller au bien-être du salarié dans l'entreprise, de faciliter son adaptation à son travail et de collaborer avec le service de prévention et de santé au travail de l'entreprise et de coordonner et de promouvoir les réalisations sociales décidées par le comité social et économique et par l'employeur ; le service de prévention et de santé au travail institué dans l'entreprise.

La formulation « les activités sociales et culturelles (...) comprennent » laisse entendre que les activités listées sont nécessairement des activités gérées par le comité mais qu'elles ne

¹²⁶⁸ G. Borenfreund, « La fusion des institutions représentatives du personnel », *RDT*, 2017, p. 618.

¹²⁶⁹ Art. L. 2312-78 du Code du travail.

se restreignent pas à cette liste. La définition de ces activités est essentielle car elle permet au comité d'en revendiquer la gestion, donc d'intégrer le budget accordé initialement par l'employeur à celle-ci dans le calcul de sa subvention.

Une activité sociale et culturelle a deux caractères permettant de l'identifier. Elle doit tout d'abord être facultative, c'est-à-dire ne pas relever d'une obligation de l'employeur, et ensuite ne pas être rémunératoire. Echappent donc à cette qualification les activités mises en place par l'employeur du fait d'une obligation légale ou conventionnelle¹²⁷⁰. Elle ne peut pas non plus être une contrepartie du travail¹²⁷¹. Ce monopole de gestion permet aux représentants des salariés plutôt qu'à l'employeur de déterminer l'utilisation du budget qui leur est dédié. Le comité peut ainsi créer, modifier ou supprimer une activité en fonction de son budget.

Cette attribution est placée à un certain niveau de proximité par le Législateur. Dans le cadre d'une structure complexe, c'est d'abord une attribution du comité d'établissement. Cette gestion ne peut être centralisée qu'à condition qu'il s'agisse d'activités communes et qu'un accord collectif conclu avec les seules organisations syndicales représentatives majoritaire le prévoit et soit suivi d'une convention entre le comité central et les comités d'établissement assurant la gestion des activités visées¹²⁷². On voit donc dans cette articulation une préférence donnée à l'établissement avec un contrôle relativement strict de la centralisation de cette attribution. Possibilité qui est ouverte depuis la première loi Auroux¹²⁷³.

215. La fonction de cette attribution repose sur diverses conceptions de son contenu et de son intérêt. La gestion des activités sociales et culturelles est la première mission confiée à un organe collectif de représentation du personnel. C'était l'attribution principale du comité social d'entreprise institué par la Charte du travail de 1941 puis attribuée au comité d'entreprise par l'ordonnance de 1945 sous l'appellation d'*œuvres sociales*. La gestion du budget fait dès lors débat avec des tensions entre le Ministère du travail et le Ministère de l'économie¹²⁷⁴. Elle s'est particulièrement développée au cours des années 1950 à 1970¹²⁷⁵.

¹²⁷⁰ Soc., 11 mai 1998, n° 84-10.617, Publié, *Dr. soc.* 1988. 502, obs. J.-J. Dupeyroux ; Soc., 22 juin 1993, n° 91-17.686, Publié, *Dr. soc.* 1993. 870, étude J. Savatier ; *D.* 1995. 14, note P. Langlois.

¹²⁷¹ Soc., 2 déc. 2008, n° 07-16.818, Publié, *RJS* 2/09. 184 ; Soc., 9 juil. 2017, n° 13-18.577, Publié.

¹²⁷² Art. L. 2316-23 du Code du travail.

¹²⁷³ Art. 36 de la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel.

¹²⁷⁴ J.-P. Le Crom, « La naissance des comités d'entreprise : une révolution par la loi ? », *Travail et emploi*, DARES, 1995, p. 63.

Dans les entreprises, le déploiement d'activités culturelles est un moyen d'« établir des liens avec les salariés dans des contextes de fragilisation et de dégradation des collectifs de travail »¹²⁷⁶ et est aussi envisagée comme un moyen d'émancipation.

Cette attribution serait cependant soumise à une « pression existante par rapport au niveau des salaires »¹²⁷⁷ qui aurait ainsi conduit à développer une activité redistributive qui tend à devenir plus importante que le développement d'une démarche d'éducation populaire qui pouvait primer suite à l'institution des comités d'entreprise par la loi de 1946. Cela conduit au développement d'une activité de billetterie, c'est-à-dire la fourniture de billets ou bons d'achats individualisés. Si les activités des comités sont diversifiées, une large majorité de comités ont cependant adopté cette pratique¹²⁷⁸. D'une conception émancipatrice des activités culturelles, ou militante, on serait passé à une conception consumériste ou marchande de ces activités¹²⁷⁹. De telle sorte que le financement de ces activités sert à compenser les gains de pouvoir d'achat qui ne sont pas obtenus lors des négociations collectives. Cette évolution des activités sociales et culturelles deviendrait aussi un outil pour « fidéliser des voix en prévision des élections professionnelles »¹²⁸⁰. Si ces activités ont pu se développer sur la base de choix militants, au profit de la formation des élus responsables de ces activités par leurs organisations syndicales et de la transmission par les précédents élus, elles se concentrent aujourd'hui sur une activité répondant aux demandes des salariés, influencés par leur condition économique, afin d'assurer leur réélection.

¹²⁷⁵ S. Bérout et F. Duchêne, « La fabrique des activités culturelles par les élus comités d'entreprise : des choix militants ? », *La revue de l'IREs*, 2018/1, n° 94-95, p. 91.

¹²⁷⁶ *Ibid.*, p. 93.

¹²⁷⁷ *Ibid.*, p. 108.

¹²⁷⁸ C. Savatier, « Les résultats de l'enquête nationale 2021 sur les CSE », *Les cahiers Lamy du CSE*, n° 219, 2021, p. 4.

¹²⁷⁹ S. Bérout *et al.*, « Introduction « Les CE sont morts, vivent les CSE » ? Retour sur soixante-dix ans d'une institution centrale dans le système de relations professionnelles », *La Revue de l'IREs*, 2018/1, p. 19.

¹²⁸⁰ S. Bérout et F. Duchêne, *op. cit.*, p. 92.

D. Les consultations en matière économique et sociale

216. A partir de l'obligation de consulter sur des thématiques économiques et sociales, ses objets se sont régulièrement diversifiés. Les premières missions consultatives attribuées à un organe collectif datent de l'ordonnance de 1945 qui institue le comité d'entreprise. Il n'est alors pas à proprement parler consulté mais exerce ses missions à titre consultatif. Celui-ci étudie les suggestions émises par le personnel dans le but d'accroître la production et d'améliorer le rendement de l'entreprise, propose toute récompense qui lui semble méritée en faveur des travailleurs ayant apporté une collaboration particulièrement utile¹²⁸¹, émet des vœux sur l'organisation générale de l'entreprise, est informé des questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, notamment au travers d'un exposé d'ensemble sur la situation et l'activité de l'entreprise ainsi que sur ses projets pour l'exercice suivant¹²⁸². Cela donnerait une « *finalité* équivoque »¹²⁸³ au comité d'entreprise qui est créé en période de guerre puis de reconstruction de la France avec l'objectif de préserver son indépendance vis-à-vis des grandes puissances alliées.

Pour les sujets sur lesquels il est informé, c'est la loi de 1946 qui crée l'obligation de consultation¹²⁸⁴. Elle ajoute également une information sur les bénéfices et un droit à suggérer l'affectation à leur donner pour toutes les sociétés et une obligation spéciale faite aux sociétés anonymes de communiquer certaines informations au comité préalablement à leur présentation devant l'assemblée générale des actionnaires et un droit à l'accès aux mêmes informations. Elle supprime aussi l'interdiction faite aux membres du comité de s'exprimer sur les salaires et de rendre un avis sur les prix pratiqués¹²⁸⁵. Il y a dans la loi de 1946 une

¹²⁸¹ Cette attribution peut surprendre, il faut donc recontextualiser sa création. Outre la conception dominante de la représentation du personnel des rédacteurs, au sortir de la guerre le comité est un moyen d'associer les travailleurs aux efforts de la reconstruction du pays mais aussi de poursuite de la guerre qui n'est pas terminée au moment de la publication de l'ordonnance. C'est en tout cas ce que le comité français de libération nationale fixe comme priorité (M. Cohen, *Le statut des délégués du personnel et des membres des comités d'entreprise*, LGDJ, 1964, p. 48 ; J.-P. Le Crom, *op. cit.*, p. 63).

¹²⁸² Art. 3 de l'ordonnance n° 45-280 du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprise.

¹²⁸³ R. Vatinet, « L'expression des salariés », in *Les transformations du droit du travail : études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 399.

¹²⁸⁴ Art. 3 de la loi n° 46-1065 du 16 mai 1946 tendant à la modification de l'ordonnance n° 45-280 du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprise.

¹²⁸⁵ Art. 2 de la loi n° 46-1065 du 16 mai 1946 tendant à la modification de l'ordonnance du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprise.

conception différente de celle de l'ordonnance. Alors que l'une viserait à favoriser l'association du personnel à la gestion, l'autre favoriserait un contrôle du personnel sur la gestion. Dès son institution on craint en effet que celui-ci n'ait trop de pouvoir en matière économique, qu'il puisse s'immiscer dans la gestion de l'entreprise et qu'il génère des conflits¹²⁸⁶. C'est pourquoi l'ordonnance de 1945 limite les pouvoirs du comité dans ce domaine. C'est la loi du 16 mai 1946 qui lui donne donc son régime moderne¹²⁸⁷, quitte à « renvers[er] l'esprit »¹²⁸⁸ de l'ordonnance selon les termes du président du CNPF d'alors.

217. C'est sur la base de ce régime que se sont développées les attributions consultatives en matières économique et sociale. Sans dresser un panorama exhaustif des évolutions des thèmes de négociation, nous relèverons un mouvement de diversification de ceux-ci. Des obligations de consulter ont ainsi été instituées en matière conditions de vie du personnel au sein de l'entreprise d'affectation de la contribution de un pour cent sur les salaires à l'effort de construction quel qu'en soit l'objet, les conditions de logement des travailleurs étrangers que l'entreprise se propose de recruter et les problèmes généraux relatifs à la formation et au perfectionnement professionnels ainsi qu'à leur adaptation à l'emploi, compte tenu de l'évolution des techniques¹²⁸⁹ ainsi que des projets de compression d'effectifs¹²⁹⁰ en 1966 ; « avant l'introduction de nouvelles méthodes d'organisation du travail, avant toute transformation importante de postes de travail découlant de la modification de l'outillage ou de l'organisation du travail, avant les modifications des cadences et des normes de productivité, liées ou non à la rémunération du travail, ainsi qu'avant la réalisation de tout aménagement important intéressant l'ambiance et la sécurité du travail »¹²⁹¹ en 1973 ; d'emploi des personnes handicapés en 1975¹²⁹² ; de formation professionnelle en 1978¹²⁹³ ;

¹²⁸⁶ J.-P. Le Crom *op. cit.*, p. 69.

¹²⁸⁷ M. Cohen, *op. cit.*, p. 51.

¹²⁸⁸ M. Meunier, Bulletin du CNPF, n° 2, 15 décembre 1946, p. 6 ; v. également M. Cohen, *op. cit.* ; J.-P. Le Crom, *op. cit.*, p. 58 ; D. Boulmier, « Les experts-comptables du comité d'entreprise : état des lieux », *Dr. soc.*, 2014, p. 745.

¹²⁸⁹ Art. 2 de la loi n° 66-427 du 18 juin 1966 modifiant certaines dispositions de l'ordonnance n° 45-280 du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprises.

¹²⁹⁰ Art. 4 de la loi n° 66-427 du 18 juin 1966 modifiant certaines dispositions de l'ordonnance n° 45-280 du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprises.

¹²⁹¹ Art. 1^{er} de la loi n° 73-1195 du 27 décembre 1973 relative à l'amélioration des conditions de travail.

¹²⁹² Art. 23 de la loi n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées.

¹²⁹³ Loi n° 78-754 du 17 juillet 1978 modifiant certaines dispositions du livre IX du Code du travail relatives à la promotion individuelle, au congé de formation et à la rémunération des stagiaires de la formation

sur les chèques vacances en 1982¹²⁹⁴ et l'expression des salariés en 1986¹²⁹⁵ ; sur le recours aux contrats à durée déterminée en 1990¹²⁹⁶ ; ou encore l'obligation triennale de négocier sur la stratégie globale de l'entreprise et la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences en 2005¹²⁹⁷.

Diverses lois développent donc les obligations de consultation jusqu'à parvenir aux dix-sept thèmes qui précèdent leur regroupement. Ces thèmes sont les orientations stratégiques de l'entreprise¹²⁹⁸ ; la politique de recherche et l'introduction de nouvelles technologies¹²⁹⁹ ; le crédit d'impôt compétitivité emploi¹³⁰⁰ ; la durée du travail¹³⁰¹ ; les conditions de travail¹³⁰² ; social¹³⁰³ ; l'orientation de la formation professionnelle¹³⁰⁴ ; le plan de formation professionnelle¹³⁰⁵ ; la mise en œuvre du plan de formation¹³⁰⁶ ; les conditions d'accueil en stage¹³⁰⁷ ; l'apprentissage¹³⁰⁸ ; la situation économique de l'entreprise¹³⁰⁹ ; l'emploi et la formation¹³¹⁰ ; l'égalité professionnelle¹³¹¹ ; le bilan social¹³¹² ; les modalités

professionnelle ; Décret n° 79-252 du 27 mars 1979 fixant la liste des documents d'information qui doivent être fournis au comité d'entreprise en application de l'article L. 432-1 (alinéa 6) du Code du travail.

¹²⁹⁴ Art. 3 de l'ordonnance n° 82-283 du 26 mars 1982 portant création de chèques-vacances.

¹²⁹⁵ Art. 2 de la loi n° 86-1 du 3 janvier 1986 relative au droit d'expression des salariés et portant modification du Code du travail.

¹²⁹⁶ Art. 3 de la loi n° 90-613 du 12 juillet 1990 favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires.

¹²⁹⁷ Art. 72 de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale.

¹²⁹⁸ Anc. art. L. 2323-7-1 du Code du travail.

¹²⁹⁹ Anc. art. L. 2323-12 du Code du travail.

¹³⁰⁰ Anc. art. L. 2323-26-1 du Code du travail.

¹³⁰¹ Anc. art. L. 2323-29 du Code du travail.

¹³⁰² Anc. art. L. 2323-30 du Code du travail.

¹³⁰³ Anc. art. L. 2323-31 du Code du travail.

¹³⁰⁴ Anc. art. L. 2323-33 du Code du travail.

¹³⁰⁵ Anc. art. L. 2323-34 à L. 2323-36 du Code du travail.

¹³⁰⁶ Anc. art. L. 2323-38 du Code du travail.

¹³⁰⁷ Anc. art. L. 2323-38 du Code du travail.

¹³⁰⁸ Anc. art. L. 2323-41 à L. 2323-43 du Code du travail.

¹³⁰⁹ Anc. art. L. 2323-47 du Code du travail.

¹³¹⁰ Anc. art. L. 2323-56 du Code du travail.

d'exercice du droit d'expression des salariés¹³¹³ ; et la durée du travail¹³¹⁴. La consultation sur les orientations stratégiques s'articulait déjà avec celle sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. Les grandes orientations reposent en effet sur « le volume d'emploi associé à cette stratégie de court ou de moyen terme, l'évolution des métiers et des compétences, les enjeux liés aux évolutions du contexte de l'entreprise et de son marché »¹³¹⁵. Celles-ci donneraient cependant lieu à peu d'échanges approfondis et s'apparenteraient plus à une information qu'à une véritable consultation¹³¹⁶.

218. Les réformes du dialogue social ont procédé au regroupement des objets de consultation après avoir elles-mêmes contribué à leur diversification. C'est la loi de 2015 qui a réduit les dix-sept obligations de consultation à trois blocs de consultation annuelle aujourd'hui énoncés à l'article L. 2312-17 du Code du travail. Ce regroupement en blocs poursuit l'objectif de simplifier le Droit. Dans son avis de 2016, le Conseil économique, social et environnemental considère que « la question du « millefeuille » d'obligations d'information-consultation et de négociations devenu complexe au fil des nombreuses réformes législatives, de leur recouvrement partiel et de leur articulation est régulièrement posée comme une difficulté par les employeurs qui nuit à la qualité du dialogue et à son efficacité »¹³¹⁷. L'intitulé de ces blocs sont d'ordre public mais la négociabilité du contenu laisse entendre pour certains auteurs que l'accord pourrait écarter certains thèmes et par conséquent les informations afférentes¹³¹⁸.

Avec ce regroupement, on concentre non seulement les objets mais aussi les temps dédiés à chaque consultation. Ce regroupement n'est pas contradictoire avec la diversification. Nous avons vu que les réformes du dialogue social ont contribué à cette diversification,

¹³¹¹ Anc. art. L. 2323-57 et L. 2323-58 du Code du travail.

¹³¹² Anc. art. L. 2323-68 à L. 2323-77 du Code du travail.

¹³¹³ Anc. art. L. 2281-11 et L. 2281-12 du Code du travail.

¹³¹⁴ Anc. art. L. 3121-11 du Code du travail.

¹³¹⁵ N. Fleury *et al.*, « Dialogue social sur la stratégie de l'entreprise : éléments de bilan et perspectives », *Revue de l'IREES*, 2018/1, n° 94-95, p. 122.

¹³¹⁶ *Ibid.*, p. 128.

¹³¹⁷ L. Bérille et J.-F. Pilliard, *Le développement de la culture du dialogue social en France*, CESE, avis du 24 mai 2016, p. 21.

¹³¹⁸ F. Géa, « L'accord sur le comité social et économique », *BJT*, sept. 2018, p. 50 ; G. François, « La conventionnalisation de la représentation du personnel », *BJT*, déc. 2019, p. 70.

notamment en matière d'orientations stratégiques, mais que chaque objet consultation peut se voir ajouter des aspects particuliers dont le dernier est l'ajout des conséquences environnementales¹³¹⁹ ou sa contribution au devoir de vigilance¹³²⁰.

La concentration des consultations peut être accentuée par voie conventionnelle. Un accord collectif peut en effet définir le contenu, la périodicité et les modalités des consultations récurrentes du comité social et économique ; le nombre de réunions annuelles du comité dans la limite d'un minimum de six réunions annuelles ; les niveaux auxquels les consultations sont conduites et, le cas échéant, leur articulation ; les délais dans lesquels les avis du comité sont rendus ; et sur la possibilité de rendre un avis unique portant sur tout ou partie des thèmes de consultation prévus à l'article L. 2312-17¹³²¹. La concentration se fait donc par la périodicité des consultations qui engage l'employeur à consulter sur une période plus longue mais moins régulière. Elle peut encore se faire par la possibilité de regrouper l'ensemble des consultations récurrentes afin de rendre un avis unique sur celles-ci et en déterminant les délais pour rendre l'avis.

Là où l'on avait dix-sept obligations de consultation récurrentes auparavant, il est désormais possible de n'en prévoir qu'une seule tous les trois ans, soit une seule par mandat pour la majorité des cycles. Mais alors la consultation sera plus dense¹³²². C'est ainsi que les évaluations mettent en avant que la majorité des accords aménagent la périodicité des consultations récurrentes, en particulier celle sur les orientations stratégiques, voire dans un tiers des accords traitant de ce sujet le contenu des consultations¹³²³.

219. Au-delà du regroupement des objets de consultation, il y a un objectif d'adaptation de la procédure de consultation aux entreprises. L'étude d'impact développait que le « cadre uniforme apparaît aujourd'hui en décalage avec l'intérêt que trouveraient les partenaires sociaux à pouvoir définir eux-mêmes certaines modalités de leur propre dialogue »¹³²⁴. Si ce

¹³¹⁹ Pour une première analyse de ces modifications issues de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, v. le dossier coordonné par A. Casado, « La mise en œuvre des attributions environnementales du CSE », *BJT*, fév. 2002, p. 33.

¹³²⁰ B. Masnou et A. Klahr, « CSE et devoir de vigilance : un acteur de premier plan », *BJT*, mars 2023, p. 33.

¹³²¹ Art. L. 2312-19 du Code du travail.

¹³²² S. Rioche, *op. cit.*, p. 220.

¹³²³ P.-H. Antonmattei, *Analyse de 450 accords relatifs au comité social et économique signés entre le 22 septembre 2017 et le 30 mars 2018*, EDSM, 28 juin 2019, pp. 13 et 105.

¹³²⁴ Etude d'impact du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avr. 2015, p. 109.

Partie 1 : L'institution du dialogue social comme modèle de relations collectives

texte permet quelques adaptations, l'ordonnance 2017-1386 accroît cette capacité en permettant de négocier sur la temporalité des consultations récurrentes. Le Gouvernement estimait alors « indispensable de laisser les acteurs qui connaissent la réalité de l'entreprise adapter ces modalités aux enjeux qui les concernent »¹³²⁵, notamment en termes de périodicité et de définition des informations à fournir. Celles-ci sont désormais annuelles à titre supplétif mais peuvent avoir une autre temporalité dans la limite de trois ans en cas d'accord à ce sujet¹³²⁶.

Paragraphe 2 : Les contraintes issues de la concentration des moyens

220. Avec les attributions, l'institution du dialogue social se fait aussi par la concentration des moyens. Mais au-delà de leur concentration, nous verrons que ces réformes diminuent les moyens et posent un certain nombre de contraintes supplémentaires. Nous verrons donc pour cela les contraintes en matière d'information, puis les contraintes en matière de temps et enfin les contraintes en termes de capacités d'action du comité.

A. Les contraintes en termes d'information

221. Les contraintes en termes d'information sont de deux ordres que nous analyserons successivement. Ces contraintes sont issues de l'accès à l'information dont disposent le comité et de la mise en place de la base de données économiques, sociales et environnementales.

¹³²⁵ L. Pietraszewski, Ass. nat., Deuxième séance du 22 novembre 2017.

¹³²⁶ 1° de l'art. L. 2312-19 du Code du travail.

1. L'accès à l'information

222. L'accès à l'information évolue avec les réformes du dialogue social. On assiste à une diversification des informations concomitante à la diversification des attributions. Leur communication, depuis la création d'attributions économiques notamment, a fait l'objet de réticences de la part des directions¹³²⁷. Cette information est cependant obligatoire chaque fois que la loi dispose d'une obligation d'information, d'une obligation de consultation qui repose sur les informations afférentes et pour toute attribution dont l'exercice utile nécessite certaines informations.

223. Cependant, il existe différentes contraintes dans l'accès à l'information pour les élus. Tout d'abord, elle est contrainte par la définition des périmètres d'exercice des attributions et les délégations de compétences aux chefs d'établissements qui définissent l'étendue des informations communiquées. Les informations communiquées dans le cadre des consultations peuvent aussi être négociées¹³²⁸. L'accès à l'information peut ainsi être restreint par l'accord. C'est notamment le cas dans les réseaux de sous-traitance où l'obligation faite à l'entreprise donneuse d'ordre d'informer ses sous-traitants du projet de restructuration et de compression des effectifs est supplétive. L'accord collectif peut donc dispenser l'entreprise donneuse d'ordre de la communication de ces informations, privant de fait les salariés des entreprises sous-traitantes de leur droit à être consultées dans ces situations¹³²⁹. Lorsque les élus accèdent à l'information, ils peuvent être contraints par la confidentialité des données qui leurs sont communiquées. Certaines consultations sont parfois affectées par cette confidentialité, voire par un partage restreint d'activité de la part des directions qui craignent leur transmission à la concurrence ou les réactions des salariés¹³³⁰. Cela peut placer les élus dans une posture différente, voire impliquer une tout autre représentation de l'activité de représentation, puisqu'ils sont placés « dans une posture de partage du savoir avec le seul employeur »¹³³¹

¹³²⁷ J.-P. Le Crom, *op. cit.*, p. 70 ; N. Fleury, *op. cit.*, p. 123.

¹³²⁸ 1^{er} al. de l'art. L. 23121-19 et 1^{er} al. de l'art. L. 2312-55 du Code du travail.

¹³²⁹ Art. L. 2312-58 du Code du travail.

¹³³⁰ N. Fleury *et al.*, *op. cit.*, p. 123.

¹³³¹ C. Giraudet, « Nécrologie juridique du comité d'entreprise : transformation et succession d'une institution juridique », *La Revue de l'IRÉS*, 2018, p. 52.

sans pouvoir donc communiquer ces informations aux salariés ni exprimer un avis collectif à ce sujet.

224. Les obstacles dans l'accès à l'information peuvent aussi provenir de difficultés d'accès au terrain. Outre l'éloignement des élus dû à la centralisation de l'institution et à la concentration des moyens sur un plus petit nombre d'élus, l'encadrement intermédiaire peut représenter un obstacle à l'accès aux terrains¹³³². Il faut entendre par là qu'une partie du personnel d'encadrement peut s'opposer à la circulation des représentants du personnel ou exercer des pressions. Problème pressenti puisque plusieurs rapports préconisaient des formations impliquant les élus et les « *managers* »¹³³³. Un rapport estime toutefois que cela crée « une possibilité d'accéder à des informations et de gagner en coordination »¹³³⁴. Mais les réticences peuvent venir de la direction même.

Une mauvaise information peut, d'après un rapport d'évaluation, avoir pour effet de paralyser l'action du comité car les mêmes questions reviennent ou par l'effet de renvois entre différents niveaux de représentation selon la redistribution des pouvoirs au sein même de l'entreprise¹³³⁵. Une partie de la doctrine estime que les représentants sont « privés progressivement de recours utiles et donc de moyens d'obtenir efficacement de l'information et de leviers pour négocier »¹³³⁶.

¹³³² C. Giraudet et C. Nicod, *op. cit.*, p. 43.

¹³³³ G. Adam et F. Béharel, *Sauver le dialogue social. Priorité à la négociation d'entreprise*, Rapport de l'Institut Montaigne, sept. 2015, p. 36 ; L. Bérille et J.-F. Pilliard, *op. cit.*, p. 41 ; J.-D. Simonpoli, *La valorisation et la reconnaissance de la compétence des représentants du personnel et des mandataires syndicaux*, Rapport au Ministre du travail, 2017, Proposition n° 12, p. 14 ; G. Gateau et J.-D. Simonpoli, *Accompagner la dynamique du Dialogue social par la formation et la reconnaissance de ses acteurs et par la valorisation des meilleures pratiques*, fév. 2018, recommandation n° 5, p. 7 ; C. Thuderoz, « Enjeux sociaux et pratiques des formations conjointes à la négociation collective », *Gérer et comprendre*, Annales des Mines, n° 134, 2018, p. 15.

¹³³⁴ A. Naboulet et E. Prouet, *Evaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail*, France Stratégie, déc. 2021, p. 51.

¹³³⁵ C. Giraudet et C. Nicod, *op. cit.*, p. 25.

¹³³⁶ A. Le Goff et J. Krivine, *op. cit.*, p. 205.

2. La base de données économiques, sociales et environnementales
(BDESE)

225. Le principal support d'information est la base de données économique, sociale et environnementale¹³³⁷. Son régime, quoique récent, a rapidement évolué. Elle est créée en 2013 en vue de servir d'« outil de diagnostic et de dialogue sur la situation objective de l'entreprise »¹³³⁸. Son régime est alors d'ordre public. Elle devait contenir des informations déterminées par décret et portant « sur les deux années précédentes et l'année en cours et intègrent des perspectives sur les trois années suivantes »¹³³⁹, reprenant ainsi la proposition de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013¹³⁴⁰. Ce dernier fixait comme objectif à cette base de données de permettre une présentation pédagogique par l'employeur des options stratégiques possibles et des conséquences anticipées de chaque option ; un débat entre l'employeur et les représentants du personnel sur les perspectives présentées ; un avis rédigé par les représentants du personnel, commentant les options proposées et formulant le cas échéant une option alternative ; une réponse argumentée de l'employeur à l'avis des élus.

Servant d'abord de support aux consultations, elle s'élargit ensuite à l'ensemble des données. Avec l'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017, son régime devient largement négociable. Alors que la base pouvait être enrichie auparavant¹³⁴¹, elle peut désormais être modulée¹³⁴². Des thèmes sont imposés mais les informations elles-mêmes sont négociables. Parmi les thèmes obligatoires on compte « les indicateurs relatifs à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, notamment les écarts de rémunération et les informations sur la méthodologie et le contenu des indicateurs prévus à l'article L. 1142-8 »¹³⁴³ et

¹³³⁷ Appellation instituée par l'article 41 de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

¹³³⁸ Etude d'impact du projet de loi relative à la sécurisation de l'emploi, 5 mars 2013, p. 82.

¹³³⁹ Anc. art. L. 2323-7-2 du Code du travail (art. 8 de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi) puis anc. art. L. 2323-8 du Code du travail (art. 18 de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi).

¹³⁴⁰ Art. 12 de l'ANI du 11 janvier 2013.

¹³⁴¹ Cet enrichissement se faisait particulièrement par l'ajout d'informations déjà communiquées auparavant qui n'étaient pas prévues par les dispositions relatives à la base de données économiques et sociales (N. Fleury *et al.*, *op. cit.*, p. 128).

¹³⁴² S. Sereno, « Les accords sur l'information-consultation », *Dr. soc.*, 2019, p. 406.

¹³⁴³ Art. L. 2312-18 du Code du travail.

« l'investissement social, l'investissement matériel et immatériel, l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes au sein de l'entreprise, les fonds propres, l'endettement, l'ensemble des éléments de la rémunération des salariés et dirigeants, les activités sociales et culturelles, la rémunération des financeurs, les flux financiers à destination de l'entreprise et les conséquences environnementales de l'activité de l'entreprise »¹³⁴⁴.

Bien que ces thèmes demeurent larges et que le contenu précis puisse être déterminé par la négociation collective, l'employeur devra tout de même y verser les informations nécessaires aux membres de la délégation du personnel pour rendre un avis utile. A défaut le comité dispose de la possibilité de former un recours en référé afin d'obtenir les éléments suffisants¹³⁴⁵. De ce fait, le juge demeure le « garant du droit à l'information »¹³⁴⁶. La possibilité *a priori* ouverte par le champ de la négociation d'exclure des informations listées à titre de dispositions supplétives dans les articles R. 2312-8 et R. 2312-9 du code du travail se trouve donc limitée par cette exigence.

226. Cette base doit servir aux élus pour exercer utilement leur compétence, à condition qu'elle soit disponible, à jour et intelligible. Ces informations doivent permettre aux représentants d'« exercer utilement leurs compétences »¹³⁴⁷, l'accessibilité et l'intelligibilité des informations contenues dans la base sont essentielles à la bonne information des représentants du personnel¹³⁴⁸. Cet élément est soulevé dans l'étude d'impact de la loi d'habilitation dans les termes qui s'ensuivent, « alors qu'il [le document servant de support à la base] pourrait utilement nourrir les consultations et négociations, [il] est souvent vécu comme un exercice formel et une obligation contraignante, lourde, dont les représentants du personnel eux-mêmes peinent à se saisir pour analyser et interpréter les données très volumineuses dont ils disposent »¹³⁴⁹.

¹³⁴⁴ Art. L. 2312-21 du Code du travail.

¹³⁴⁵ 4^e al. de l'art. L. 2312-15 du Code du travail.

¹³⁴⁶ L. Milet, « L'accès à l'information des représentants du personnel », *Dr. ouv.*, 2020, p. 442.

¹³⁴⁷ Art. L. 2312-21, al. 4, du Code du travail.

¹³⁴⁸ L. Milet, *op. cit.*, p. 437 ; S. Mraouahi, « L'expert du CSE », *Dr. ouv.*, 2020, p. 617.

¹³⁴⁹ Etude d'impact du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, p. 14.

L'enjeu de la compréhension des informations est en effet essentiel à la formulation d'un avis utile de la part des représentants du personnel. La négociabilité de la base de données économiques, sociales et environnementales ouvre des possibilités de l'adapter aux différents acteurs mais elle ne dispose plus d'une obligation d'intelligibilité. Un auteur relève un certain nombre d'éléments qui en sont absents comme l'obligation d'avoir des tableaux sur la répartition de la valeur ajoutée comme le font les analystes financiers mais aussi l'information sur des thèmes comme la sous-traitance ou encore les transferts au sein des entreprises et des groupes.

Une étude menée par le cercle Maurice Cohen indique une dégradation de l'information selon les représentants du personnel avec la création de cette base¹³⁵⁰. La qualité de cette information pourrait varier selon les types d'entreprises. Celles qui sont sur les marchés financiers, par ailleurs plus sujettes à des changements organisationnels, ou dont une partie du capital serait détenue par des organismes non-résidents fourniraient une information de moins bonne qualité à leurs représentants du personnel¹³⁵¹. A l'inverse « le degré d'autonomie de l'établissement en matière d'emploi est un déterminant de la qualité de l'information à destination des représentants du personnel »¹³⁵².

Cette information est conçue comme un « outil de diagnostic »¹³⁵³ par l'étude d'impact de la loi de 2013 qui permet « l'affirmation du dialogue social avec un rôle accru des salariés et de leurs représentants, tant dans les actions d'anticipation que d'adaptation, lorsque la situation de l'entreprise est objectivement difficile »¹³⁵⁴. Il s'agit de mieux informer pour accompagner les adaptations économiques de l'entreprise en limitant les risques contentieux nés, d'après l'étude d'impact, d'un mauvais dialogue social¹³⁵⁵. Cette base remplace des

¹³⁵⁰ Cercle Maurice Cohen, « La réalité de la BDES : résultats d'une enquête menée par le cercle Maurice Cohen », *RDT*, 2019, p. 430.

¹³⁵¹ A. Rebérioux, « Les marchés financiers et la participation des salariés aux décisions », *Travail et Emploi*, n° 93, 2003, pp. 33-34.

¹³⁵² *Ibid.*, p. 34.

¹³⁵³ Etude d'impact de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, 5 mars 2013, p. 82.

¹³⁵⁴ *Ibid.*

¹³⁵⁵ *Ibid.*, pp. 30 à 41, 137 et 144.

informations récurrentes qui existaient avant, voire se substituent aux dispositifs d'information qui existaient précédemment¹³⁵⁶.

Dans les évaluations, la base de données économiques, sociales et environnementales ferait l'objet de presque un tiers des accords sur le comité social et économique¹³⁵⁷. Un autre rapport nous informe quant à lui que les clauses à ce sujet abordent la plupart du temps l'architecture de la base mais assez peu le contenu. Lorsqu'il est abordé, c'est souvent pour restreindre temporellement les informations, notamment en ne donnant d'informations prévisionnelles que pour l'année à venir au lieu de trois comme le prévoit les dispositions supplétives et avant l'ordonnance les règles d'ordre public¹³⁵⁸. C'est aussi le problème de la mise à jour de la base qui est posé et des difficultés d'utilisation de celles-ci « quand elles sont disponibles et alimentées »¹³⁵⁹. Ceci s'inscrit dans les multiples difficultés que nous avons évoquées pour permettre aux représentants du personnel de s'approprier l'information économique sur l'entreprise¹³⁶⁰.

B. Les contraintes dans la gestion du temps

227. L'institution du dialogue social, en rationalisant la représentation du personnel, crée diverses contraintes de temps. Nous verrons dans un premier temps comment sont contraints les temps d'analyse, puis les temps pour rendre un avis et enfin les délais d'expertise, eux-mêmes soumis à de nouvelles contraintes.

¹³⁵⁶ F. Géa, « La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise. Bâtir une « culture de la confiance ? » », *Dr. soc.*, 2013, p. 721.

¹³⁵⁷ P.-H. Antonmattei, *op. cit.*, pp. 13 et 107.

¹³⁵⁸ C. Giraudet et C. Nicod, *op. cit.*, p. 92.

¹³⁵⁹ A. Naboulet et E. Prouet, *op. cit.*, p. 53.

¹³⁶⁰ P. Tainturier, « L'appropriation des questions économiques par les représentants du personnel », in F. Géa et A. Stévenot, *Le dialogue social. L'avènement d'un modèle ?*, Bruylant, 2021, p. 533.

1. Le temps d'analyse

228. La concentration des attributions au sein d'une même instance a d'abord un impact sur le temps d'analyse. Par temps d'analyse, nous entendons tous les temps compris entre la communication d'une information et l'action réalisée par le représentant du personnel. C'est donc le temps qui lui permet de s'approprier le sujet, de compléter son information et de se former un avis éclairé lui permettant d'agir rationnellement. Il s'agit tant du temps de préparation des réunions, que de la lecture des documents, de la demande d'une expertise ou de la réalisation d'une enquête.

Les réformes ont marqué l'activité de représentation par des temps plus contraints, dès la loi de 2015, réduisant le temps d'analyse des représentants du personnel¹³⁶¹. Cette question du temps est centrale dans la rationalisation, dans la réponse au besoin des entreprises de s'adapter rapidement tout en ménageant les temps de dialogue.

Le régime issu des ordonnances révèle par ailleurs une volonté plus affirmée de parvenir à des dispositifs négociés de réduction des délais. Si en présence de délégués syndicaux on ne permet pas de tenter le « sauvetage » de l'accord par un recours à une consultation d'approbation, en leur absence il est possible de conclure un accord dont la validité est soumise à son approbation par la majorité des membres titulaires du comité ou à la négociation avec des agents palliatifs. Les thèmes sur lesquels de tels accords sont possibles sont ceux qui sont parmi les plus essentiels à la rationalisation : la définition des établissements distincts¹³⁶², les différents éléments des procédures pour les consultations récurrentes¹³⁶³ ou ponctuelles¹³⁶⁴ ou les éléments négociables de la base de données économiques, sociales et environnementales¹³⁶⁵. Dans ces domaines qui appartenaient à

¹³⁶¹ C. Baumgarten *et al.*, « Représentation du personnel : la fusion des instances signe la fin de la concertation dans les entreprises », *Dr. ouv.*, 2017, p. 532.

¹³⁶² Art. L. 2313-3 du Code du travail.

¹³⁶³ Art. L. 2313-12 du Code du travail.

¹³⁶⁴ Art. L. 2312-55 du Code du travail.

¹³⁶⁵ Art. L. 2312-21 du Code du travail.

l'ordre public social, un accord collectif était déjà possible si ses stipulations étaient favorables aux représentants du personnel, donc à l'intérêt collectif des salariés¹³⁶⁶.

Avoir un temps raisonnable supplémentaire pour formuler un avis utile ou améliorer le niveau d'information n'avait pas besoin d'élargir ou de définir plus précisément le champ du négociable, sauf à vouloir indiquer une possibilité peu utilisée. De telles dispositions ne déploient pleinement leurs effets que dans une réduction négociée des délais et du niveau d'information pour des motifs que partageraient les parties à l'accord, notamment en raison des effets bénéfiques supposés au niveau de l'emploi ou sur un plan économique.

229. Ce temps est aussi impacté par le temps passé en réunion. Les évaluations indiquent que la concentration des missions posent le problème des réunions qui sont rallongées contrairement à l'objectif initial et qui s'interrompent avant épuisement de l'ordre du jour qui a lui-même tendance à s'allonger¹³⁶⁷ d'où une nécessité de le bien rédiger pour assurer l'efficacité réelle de la réunion¹³⁶⁸. Un autre rapport indique que « la concentration des échanges dans une unique instance, à périmètre de compétences inchangé, induit un important travail de préparation et de coordination qui, s'il n'est pas nouveau, s'en trouve renforcé »¹³⁶⁹.

Cela pose de manière incidente la question de la qualité des échanges qui reposent « tout entier sur une éthique de la discussion, c'est-à-dire sur cette idée que la décision patronale, pour être juste, doit avoir été préalablement discutée avec ceux à qui elle va s'appliquer, ou leurs représentants »¹³⁷⁰. Mais cet énoncé n'est vrai que si l'on admet comme axiome la capacité d'influence des représentants sur la prise de décision¹³⁷¹. Or des « représentants du personnel peuvent avoir le sentiment que, faute d'authentique délibération, le dialogue social s'assèche »¹³⁷². La question de la rationalisation des échanges, en termes

¹³⁶⁶ J. Diringier, *Les sources de la représentation des salariés. Contribution à l'étude des sources du droit*, Thèse dactylographiée, Paris Ouest Nanterre la Défense, 2012, p. 430.

¹³⁶⁷ N. Farvaque, *op. cit.*, p. 71 ; J. Péglise et C. Wolmark, *Le représentant de proximité : une figure au cœur des enjeux de la nouvelle représentation des salariés*, IRERP, 15 nov. 2021, p. 176 ; F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 106 ; C. Giraudet et C. Nicod, *op. cit.*, p. 30.

¹³⁶⁸ D. Julien-Paturle, « Un ordre du jour bien rédigé facilite le déroulement des réunions de CSE », *Les cahiers Lamy du CSE*, n° 222, 2022, p. 9.

¹³⁶⁹ R. Bourguignon, *op. cit.*, p. 52.

¹³⁷⁰ P. Lokiec, « Le CSE comme instance de codétermination, une occasion manquée », *BJT*, sept. 2018, p. 47.

¹³⁷¹ C. Giraudet, *op. cit.*, p. 42.

¹³⁷² R. Bourguignon, *op. cit.*, p. 61.

d'efficacité des réunions, demeure posée au regard des évaluations¹³⁷³. Car si le nombre de réunions a été réduit, le temps qui y est consacré n'a pas nécessairement augmenté pour compenser cette réduction, et la qualité des échanges n'en a pas nécessairement été améliorée.

C'est aussi le temps d'exercice des prérogatives qui est impacté par la concentration des attributions et des moyens. Cela conduit les élus à devoir hiérarchiser leurs missions et à reléguer celles qui peuvent ne pas apparaître comme prioritaires¹³⁷⁴.

2. Les délais pour rendre l'avis

230. Les réformes ont permis de réduire les délais de consultation. Le délai pour rendre un avis est fixé, à titre supplétif à un mois à compter de la communication des informations relatives à la consultation¹³⁷⁵. Il s'agit d'un délai minimum qui visent à permettre aux élus d'avoir un délai suffisant¹³⁷⁶. L'institution de ces délais permet de préciser ce qu'est le *délai suffisant* qui était jusqu'alors la seule référence. Cependant, l'accord peut le réduire. Le délai pour rendre un avis a été rendu plus flexible par la loi de sécurisation de l'emploi de 2013. Un accord permet ainsi de déterminer des délais variables afin qu'ils soient adaptés à chaque type de consultation. Il s'agit alors de permettre aux négociateurs de trouver l'équilibre entre des « délais trop longs, quand cela ne se justifie pas, car on a intérêt à aller le plus vite possible pour régler des problèmes » et « des délais trop courts, lesquels priveraient les salariés de leurs droits »¹³⁷⁷.

La mise en place du comité social et économique, en instituant une institution unique, institue également un avis unique. Ce qui a pour effet de raccourcir le temps dont l'employeur avait besoin pour recueillir l'ensemble des avis sur son projet et donc de pouvoir le mettre en œuvre rapidement.

¹³⁷³ *Ibid.*, p. 53.

¹³⁷⁴ S. Bérout et F. Duchêne, *op. cit.*, p. 111.

¹³⁷⁵ Art. R. 2312-5 et R. 2312-6 du Code du travail.

¹³⁷⁶ Art. L. 2312-15 du Code du travail.

¹³⁷⁷ J.-M. Germain, Ass. nat., Deuxième séance du vendredi 5 avril 2013.

Ces délais sont encore contraints par l'encadrement de l'ordre des consultations en cas de consultation du comité central et des comités d'établissements là où auparavant se posait la question de leur articulation, auxquels s'ajoutaient les potentielles expertises du comité d'hygiène, santé et conditions de travail lorsque le projet avait des incidences rentrant dans les attributions de cette institution.

Ces temps pouvaient s'appréhender comme des temps de réflexion pour les élus mais aussi, afin d'assurer l'expression collective des salariés, un temps de « communication entre représentants et représentés sur les objets de consultation avant de délivrer un avis »¹³⁷⁸. Pour un auteur « l'accélération des délais consultatifs [pour répondre à la crise sanitaire] a pour conséquence de restreindre considérablement la faculté qu'avait auparavant le comité d'entreprise de peser sur les décisions de l'entreprise »¹³⁷⁹. Cette analyse est valable lorsque les délais sont déjà réduits, dans des proportions différentes, du fait de la mise en place du comité social et économique et de la possibilité de négocier des délais inférieurs aux dispositions supplétives.

231. Ces délais sont par ailleurs aménagés dans plus d'un accord sur cinq avec « une préférence pour un délai de 15 jours »¹³⁸⁰ d'après un rapport d'évaluation, soit une réduction de moitié du délai prévu à titre supplétif. Un autre rapport fait lui état d'un tiers d'accords abordant ce sujet mais renvoyant la plupart du temps aux dispositions supplétives¹³⁸¹. Il faut tout de même préciser que cette dernière situation concerne la majorité des comités sociaux et économiques qui ne font l'objet d'aucun accord collectif quant à leur fonctionnement. Cependant les évaluations révèlent de potentiels effets pervers dans les nouvelles institutions représentatives du personnel. Par effets pervers, nous entendons que le dispositif mis en place aboutit à un résultat contraire à l'objectif poursuivi. C'est le cas des délais pour rendre un avis en présence d'une commission santé, sécurité et conditions de travail. La navette avec le comité pourrait ainsi avoir pour effet, faute pour la commission de pouvoir rendre elle-même l'avis ou de recourir à l'expertise, d'allonger le délai de consultation¹³⁸². Là où l'avis du

¹³⁷⁸ C. Giraudet, *op. cit.*, p. 52.

¹³⁷⁹ F. Guiomard, « L'ineffectivité de la garantie du droit à consultation en période de crise sanitaire », *RDT*, 2020, p. 487.

¹³⁸⁰ P.-H. Antonmattei, *op. cit.*, pp. 13 et 105.

¹³⁸¹ C. Giraudet et C. Nicod, *op. cit.*, p. 90.

¹³⁸² F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 115.

comité d'hygiène, sécurité et conditions de travail suffisait, il faut désormais consulter le comité social et économique dont les travaux sont préparés par la commission santé, sécurité et conditions de travail, ce qui serait de nature à pénaliser la réactivité de l'institution et à accroître le formalisme.

3. Délais d'expertise

232. Dans un premier temps, il y eu une diversification des cas de recours à l'expertise. La rationalisation passe par les délais et le financement de l'expertise. Le Droit à expertise est créé par la loi du 16 mai 1946¹³⁸³ et se développe particulièrement dans les années 1970 au profit du contexte d'augmentation du chômage et de réorganisation du travail¹³⁸⁴. C'est sur la base de cet essor que ce droit est développé par la loi 82-915 du 28 octobre 1982 pour l'examen annuel des comptes et pour l'examen des comptes prévisionnels, les licenciements collectifs, l'introduction de nouvelles technologies ou pour une expertise libre ; par la loi 82-1097 du 23 décembre 1982 pour les risques graves et les projets importants modifiant les conditions d'hygiène, de sécurité ou les conditions de travail ; et par la loi 84-148 du 1^{er} mars 1984 pour appuyer le Droit d'alerte. C'est ensuite la loi 2001-420 du 15 mai 2001 qui crée un droit d'expertise sur les opérations de concentration. La loi 2013-504 du 14 juin de 2013 l'ouvre pour les orientations stratégiques et l'appui aux négociations sur les plans de licenciement.

Cette loi va cependant apporter des limites au développement de l'expertise. Elle la contraint au moyen d'une restriction de son usage aux seules institutions représentatives du personnel, en créant un financement partagé pour l'expertise relative aux orientations stratégiques, et par l'encadrement des délais de consultation qui se répercutent sur ceux de l'expertise. Bien que la loi 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets introduise l'obligation d'informer les représentants du personnel de certaines données environnementales sur lesquelles il devra

¹³⁸³ Art. 3 de la loi n° 46-1065 du 16 mai 1946 tendant à la modification de l'ordonnance n° 45-280 du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprise.

¹³⁸⁴ K. Guillas-Cavan et M. Kahmann, « L'expert auprès des comités d'entreprise, acteur oublié des relations professionnelles », *La Revue de l'IREES*, 2018/1, n° 94-95, p. 158.

rendre un avis, des auteurs soulignent qu'il n'a pas pour autant été reconnu de droit au recours à un expert environnemental¹³⁸⁵. Avec le risque que cette consultation ne soit qu'une « figure de style »¹³⁸⁶ supplémentaire alors que les élus sont déjà très pris par d'autres attributions.

Mais la multiplication des cas de recours à l'expertise a pu être jugée « nécessaire compte tenu de la complexité des nombreuses consultations que le [comité d'entreprise] doit gérer »¹³⁸⁷. Cependant, en énumérant des cas de recours, notamment à l'expert-comptable, la loi en fait une énumération limitative¹³⁸⁸. Ce caractère limitatif est en partie compensé par une interprétation extensive de certains thèmes ouverts à l'expertise par la Cour de cassation, notamment pour l'expertise en cas de droit d'alerte¹³⁸⁹ ou d'opération de concentration¹³⁹⁰.

233. Les réformes permettent de raccourcir les délais d'expertise. L'intervention de l'expert est encadrée par différents délais. Une fois désignée, il dispose d'un délai de trois jours pour demander à l'employeur les informations complémentaires qu'il juge nécessaires à la réalisation de sa mission¹³⁹¹ et de dix jours pour notifier le coût prévisionnel, l'étendue et la durée d'expertise¹³⁹². L'employeur dispose alors de cinq jours pour lui transmettre les informations demandées. La durée d'expertise peut être déterminée par accord collectif ou par accord entre l'employeur et la majorité des élus, à défaut l'expert doit remettre son rapport dans les deux mois à compter de sa désignation et au moins quinze jours avant l'expiration du délai de consultation du comité ou huit jours dans le cadre d'une consultation relative à une opération de concentration¹³⁹³.

¹³⁸⁵ A. Casado, « Focus sur la consultation du CSE en matière de licenciement pour motif économique après la loi *Climat et résilience* », *BJT*, fév. 2022, p. 41 ; N. Gssime, « Les experts environnementaux du CSE », *BJT*, fév. 2022, p. 59.

¹³⁸⁶ F. Legras, « Les attributions environnementales du CSE : une figure de style », *Les Cahiers Lamy du CSE*, n° 222, 2022, p. 13.

¹³⁸⁷ D. Boulmier, *op. cit.*, p. 745.

¹³⁸⁸ N. Bouffier et P. Lagesse, « La montée en puissance de l'expertise du comité d'entreprise », *Dr. soc.*, 2013, p. 128.

¹³⁸⁹ Soc., 18 janv. 2011, n° 10-30.126, Publié, *D.* 2012. 2627, obs. P. Lokiec ; *Dr. soc.* 2011. 342, obs. G. Couturier.

¹³⁹⁰ Soc., 26 oct. 2010, n° 09-65.565, Publié, *D.* 2011. 1246, obs. I. Odoul Asorey ; *RDT* 2011. 123, obs. E. Lafuma ; *JCP S* 2010. II. 1543, note J.-S. Lipski.

¹³⁹¹ Art. R. 2315-45 du Code du travail.

¹³⁹² Art. R. 2315-46 du Code du travail.

¹³⁹³ Art. R. 2315-47 du Code du travail.

Les différentes réformes visent à favoriser la célérité dans la prise de décision des entreprises. Cela passe par une compression du nombre et des délais d'expertises, les premiers jugés trop nombreux et les seconds trop longs. L'ordonnance du 22 septembre 2017 relative à la mise en place du comité social et économique réduit globalement les délais. Ces délais peuvent être soumis à plusieurs types d'accord, soit un accord collectif le déterminant, soit un accord entre l'employeur et la délégation du personnel. Se pose alors la question de fixer lequel des deux délais doit s'appliquer. Celui passé avec le comité devrait être subsidiaire pour certains auteurs¹³⁹⁴. L'ordonnance supprime le délai minimum de quinze jours accordé à l'expert pour faire son rapport et permet de fixer un délai maximal de tel sorte que celui-ci ouvre aux négociateurs la possibilité d'accélérer les procédures de consultation. Autre changement majeur dans l'ordonnance c'est la capacité de négocier sur le cycle de recours à l'expertise et le nombre d'expertises¹³⁹⁵.

234. L'expertise est encore contrainte par son attachement à la consultation. En termes de temps tout d'abord car ces délais sont eux-mêmes contraints par les délais de consultation, qui sont portés à deux mois en cas de recours à l'expertise¹³⁹⁶. Sauf à être désigné deux semaines avant la communication des informations faisant courir le délai de consultation, l'expert ne dispose pas de deux mois en l'état actuel des textes. En termes budgétaire ensuite car les expertises sont attachées à des thèmes de consultation auxquels sont liés des règles de financement. On compte ainsi douze thèmes de consultation dont l'expertise est financée en partie par l'employeur. Son articulation avec les différents niveaux de consultation ne permet pas en outre aux comités d'établissements de pouvoir faire des expertises¹³⁹⁷. Comme nous avons pu le développer précédemment au sujet de la centralisation des attributions, cela impacte le Droit à expertise qui est lui-même contraint par les attributions des comités central et d'établissements. Le comité d'établissement ne peut commander une expertise que pour les domaines relevant de sa compétence, à défaut ce droit n'appartient qu'au comité central¹³⁹⁸. Ce qui est aussi de nature à contraindre les délais d'expertise, et éviter la multiplication de celles-ci, pour favoriser la célérité de la prise de décision.

¹³⁹⁴ F. Géa, « L'accord sur le comité social et économique », *op. cit.*, p. 50.

¹³⁹⁵ S. Mraouahi, « L'expert du CSE », *Dr. ouv.*, 2020, p. 621.

¹³⁹⁶ Art. R. 2312-6 du Code du travail.

¹³⁹⁷ J. Icard, « Le niveau de consultation du comité social et économique (A propos de Soc., 19 janv. 2022, n° 20-18.806 ; Soc., 2 mars 2022, n° 20-16.002 ; Soc., 9 mars 2022, n° 20-19.974) », *Dr. soc.*, 2022, p. 543.

¹³⁹⁸ Art. L. 2316-3 et L. 2316-21 du Code du travail.

235. Si la fonction de l'expert peut susciter la crainte des directions, elle a également un caractère ambivalent. Elle peut avoir pour rôle de « dissiper la « méfiance instinctive » que les élus éprouvent à l'égard des employeurs »¹³⁹⁹. En éclairant les projets de l'employeur, l'expertise peut permettre aux élus de le comprendre et de l'accepter. Cela dépendra en partie de l'attitude des experts et de l'usage du recours à l'expertise par les élus. Par leur expertise et leur rôle de conseil aux élus, les experts peuvent « contribuer à l'instauration d'un « climat psychologique » de coopération au sein des entreprises »¹⁴⁰⁰. Si les experts ont dans un premier temps été principalement des militants syndicaux et avaient une expertise idéologiquement marquée, leur institutionnalisation a conduit à la professionnalisation de l'expertise et à la recherche d'une certaine neutralité axiologique. Ce phénomène s'accroît avec le contrôle établi à partir de 1984 par l'Ordre des experts-comptables¹⁴⁰¹. La neutralisation axiologique se renforcerait avec la diversification des missions d'expertise et le développement d'attributions plus techniques qui favorisent une dépolitisation de celles-ci¹⁴⁰². Jean Auroux déclarait notamment que l'information économique avait pour objet « la création d'un langage commun et d'une perspective clarifiée sur les comptes »¹⁴⁰³. On retrouve donc ici cette idée de compréhension commune. Il s'agirait non seulement de mieux comprendre, mais aussi de mieux se comprendre.

Du point de vue des représentants du personnel, l'expert permet « la production des savoirs scientifiques et techniques utiles au processus de décision »¹⁴⁰⁴. C'est pour eux un important support à l'information des représentants du personnel par leur capacité à aller chercher les informations pertinentes, les analyser et les synthétiser pour permettre aux élus de rendre des avis éclairés. Elle fournit des informations « plus adapté[e]s car les données sont mises en perspective et commentées, ce qui en facilite l'appropriation »¹⁴⁰⁵. Elle peut aussi permettre de faire tomber certains voiles dans l'organisation des sociétés pour des

¹³⁹⁹ P. Cristofalo, « L'institutionnalisation d'une fonction d'expertise et de conseil auprès des élus du personnel », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2009/1, n° 126, p. 84.

¹⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 86.

¹⁴⁰¹ Pour de plus amples développements au sujet de la normalisation comptable, nous renvoyons au premier chapitre du premier titre de la seconde partie *infra*.

¹⁴⁰² P. Cristofalo, *op. cit.*, p. 93.

¹⁴⁰³ J. Auroux, Ass. nat., Séance du 7 juin 1982.

¹⁴⁰⁴ P. Cristofalo, *op. cit.*, p. 81.

¹⁴⁰⁵ N. Fleury *et al. op. cit.*, p. 129 ; v. également D. Boulmier, *op. cit.*, p. 745 ; K. Guillas-Cavan et M. Kahmann, *op. cit.*, p. 155.

institutions représentatives du personnel « handicapée[s] par les frontières juridiques des sociétés »¹⁴⁰⁶, ou encore d'accéder à la compréhension de la disjonction « entre l'employeur et l'unité de production » et celle « entre l'employeur et le centre de décision du capital »¹⁴⁰⁷. En identifiant ainsi les niveaux de prise de décision, les élus peuvent rendre utilement leur avis et éventuellement adapter leur action. On ne pourra notamment pas lui opposer la confidentialité des données pour mener son expertise.

L'expertise, en repoussant le délai de consultation, permet aussi aux représentants du personnel une maîtrise sur le temps¹⁴⁰⁸. Un député défendait ainsi cet intérêt de l'expertise car elle « est également utile pour l'employeur car l'expert vient le « challenger » – pour employer la novlangue à la mode. Être questionné sur ses choix par un interlocuteur crédible lui permet de faire la transparence qu'attendent légitimement les salariés »¹⁴⁰⁹. Cela assurerait une plus grande pertinence, ou pour filer la métaphore, une plus grande solidité de la proposition. Si celle-ci résiste aux arguments contraires, elle n'en serait donc que plus rationnelle et fondée sur un choix plus réfléchi et nourri des échanges auxquelles elle a donné lieu. Des auteurs¹⁴¹⁰ identifient quatre éléments qui dérangerait les directions dans l'expertise : c'est un regard extérieur à l'entreprise, elle contraint la direction à justifier ses choix, son coût, et son détournement dans un « but dilatoire »¹⁴¹¹.

L'expert bénéficie en effet d'une autonomie dans l'exercice de ces missions. Outre l'aspect relationnel, afin d'obtenir les informations de la part de l'employeur, et commercial, afin d'obtenir des missions de la part des comités, son autonomie est tout de même assurée dans le cadre de la mission qui lui est confiée. Il a notamment une indépendance vis-à-vis de l'employeur avec lequel il n'est tenu à aucune relation contractuelle du fait que le commanditaire soit le comité¹⁴¹². Qu'elle serve à mieux comprendre, au risque d'être

¹⁴⁰⁶ I. Taraud, « Expliquer l'information : la montée en puissance de l'expertise », *Dr. soc.*, 2013, p. 123.

¹⁴⁰⁷ J. Freyssinet, « Quels acteurs et quels niveaux pertinents de représentation dans un système productif en restructuration ? », *Revue de l'IREC*, 2005/1, n° 47, p. 321.

¹⁴⁰⁸ N. Bouffier et P. Lagesse, *op. cit.*, p. 134.

¹⁴⁰⁹ V. la question de J.-P. Dufrène lors de la deuxième séance de l'Assemblée nationale du 22 novembre 2017.

¹⁴¹⁰ I. Taraud, *op. cit.*, p. 121 ; N. Bouffier et P. Lagesse, *op. cit.*, p. 126 ; D. Boulmier, *op. cit.*, p. 745 ; K. Guillas-Cavan et M. Kahmann, *op. cit.*, p. 162.

¹⁴¹¹ N. Bouffier et P. Lagesse, *op. cit.*, p. 134.

¹⁴¹² I. Taraud *op. cit.*, p. 124.

génératrice de conflits ou au contraire de convaincre les élus du bienfondé d'une proposition patronale, l'expertise a une vocation pédagogique¹⁴¹³ essentielle à l'effet utile de la consultation¹⁴¹⁴. En particulier face aux contraintes touchant à l'information des représentants du personnel.

C. Les contraintes en termes de capacité à agir

236. Deux éléments qui permettent au comité d'agir ont été contraints par l'institution du dialogue social. La première c'est la contrainte des capacités budgétaires du comité. La seconde c'est la contrainte de la capacité juridique d'action par la reconnaissance de la personnalité civile.

1. La contrainte des capacités budgétaires

237. Le comité social et économique plénier dispose de deux budgets. L'un pour son fonctionnement, l'autre pour financer les activités sociales et culturelles. L'employeur doit verser chaque année une subvention pour le fonctionnement du comité qui s'élève à 0,2% de la masse salariale brute dans les entreprises de cinquante à moins de deux mille salariés et à 0,22% de la masse salariale brute dans les entreprises d'au moins deux mille salariés¹⁴¹⁵. La subvention pour les activités sociales et culturelles dépend quant à elle d'un accord collectif, à défaut duquel elle s'établit par rapport à la masse salariale brute qui ne peut être inférieur au même rapport existant pour l'année précédente¹⁴¹⁶. L'ordonnance 2017-1386, outre les modifications que nous développerons ici, met fin à l'étanchéité de ces budgets en permettant

¹⁴¹³ J.-E. Ray, *Droit du travail, droit vivant*, 31^e éd., 2023, n° 985, p. 686.

¹⁴¹⁴ I. Taraud, *op. cit.*, p. 125.

¹⁴¹⁵ 1^{er} al. de l'art. 2315-61 du Code du travail.

¹⁴¹⁶ Art. L. 2312-81 du Code du travail.

de verser le reliquat de l'un vers l'autre à chaque fin d'exercice budgétaire dans la limite de dix pourcents du budget¹⁴¹⁷.

238. Les capacités budgétaires sont contraintes par le partage du financement des expertises qui impose une participation du comité. L'ordonnance du 22 septembre 2017 instituant le comité social et économique crée une nouvelle répartition du financement des expertises commandées par le comité, déterminée à l'article L. 2315-80 du code du travail. Ce sont désormais douze thèmes de consultations qui sont soumis à cette répartition : en cas d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail¹⁴¹⁸ ; en cas de droit d'alerte économique¹⁴¹⁹ ; l'introduction de nouvelles technologies¹⁴²⁰ ; le projet de licenciement collectif pour motif économique¹⁴²¹ ; la mise en œuvre des moyens de contrôle de l'activité des salariés¹⁴²² ; en cas d'offre publique d'acquisition¹⁴²³ ; ou d'opération de concentration¹⁴²⁴ ; sur les orientations stratégiques¹⁴²⁵ ; la préparation des négociations dans le cadre d'un PSE¹⁴²⁶ ou relatives à un accord de préservation ou de développement de l'emploi¹⁴²⁷ ou sur l'égalité professionnelles dans les entreprises d'au moins trois cents salariés¹⁴²⁸ ; ou en cas de procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire¹⁴²⁹.

¹⁴¹⁷ Ce sont les articles L. 2312-84 du Code du travail pour le transfert du reliquat du budget des activités sociales et culturelles vers le budget de fonctionnement et L. 2315-61 du même Code pour le transfert d'une partie de l'excédent du budget de fonctionnement vers le budget des activités sociales et culturelles qui l'organisent.

¹⁴¹⁸ Art. L. 2315-94 du Code du travail.

¹⁴¹⁹ Art. L. 2312-64 du Code du travail.

¹⁴²⁰ Art. L. 2315-94 du Code du travail.

¹⁴²¹ 3° de l'art. L. 2312-37 du Code du travail.

¹⁴²² 1° de l'art. L. 2312-37 du Code du travail.

¹⁴²³ 4° de l'art. L. 2312-37 du Code du travail.

¹⁴²⁴ Art. L. 2312-41 du Code du travail.

¹⁴²⁵ Art. L. 2315-87 du Code du travail.

¹⁴²⁶ Art. L. 2315-92 du Code du travail.

¹⁴²⁷ Art. L. 2315-92 du Code du travail.

¹⁴²⁸ Art. L. 2315-94 du Code du travail.

¹⁴²⁹ 5° de l'art. L. 2312-37 du Code du travail.

Il n'est plus fait référence à la limite d'un tiers du budget annuel du comité, ce qui signifie que désormais le comité peut devoir utiliser la totalité de son budget annuel pour financer les vingt pourcents du coût d'une expertise. Si toutefois son budget était insuffisant, c'est alors l'employeur qui prend en charge la part que le comité ne peut assumer. Cette nouvelle répartition a vocation à susciter un partage dans le choix de l'expert et à ainsi limiter le risque contentieux¹⁴³⁰.

Cette ressource est la principale ressource externe au côté des agents de contrôle de l'inspection du travail et des agents de la caisse d'assurance retraite et de santé au travail, ou encore des organisations syndicales elles-mêmes. Les évaluations tendent cependant à montrer que ces ressources sont peu mobilisées et que les élus non syndiqués en sont, dans l'étude menée, systématiquement ignorants¹⁴³¹. Ce qui induit pour les élus sans étiquettes, isolés de tout support syndical, un éloignement des autres ressources externes disponibles.

239. Cette mesure est principalement justifiée par une rationalité économique. Il s'agit ainsi de « responsabiliser toutes les parties »¹⁴³² en mettant à la charge du comité une part du financement de celle-ci. Le partage du coût recherche un équilibre entre ne pas dissuader de recourir aux expertises qui seraient nécessaires mais ne commander que celles qui sont nécessaires, ou tout du moins lorsque c'est utile¹⁴³³.

Cette responsabilisation ne serait cependant pas totale d'après un rapport du Sénat qui indique que lorsque le budget du comité serait insuffisant pour assumer sa part dans le financement de l'expertise, celle-ci serait compensée par l'employeur. Cela encouragerait des stratégies de contournement qui pourrait inciter les comités à verser leurs reliquats de budgets de fonctionnement sur le budget des activités sociales et culturelles ou à faire d'autres dépenses dans le but de « se mettre dans l'impossibilité de financer leur part d'une expertise

¹⁴³⁰ V. la discussion entre B. Vallaud et L. Pietraszewski in L. Pietraszewski, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Ass. nat., n° 369, 9 nov. 2017, p. 420.

¹⁴³¹ C. Giraudet et C. Nicod, *op. cit.*, p. 43.

¹⁴³² V. l'audition du M. Pénicaud in L. Pietraszewski, *op. cit.*, p. 21 ; L'expression est reprise dans son discours lors de la première séance de l'Assemblée nationale du 21 novembre 2017 et à la séance du Sénat du 23 janvier 2018 et par A. Milon, *Compte rendu intégral du 46^e jour de la séance du Sénat*, JORF, 25 janv. 2018, p. 232.

¹⁴³³ V. l'intervention de Monsieur Laurent Pietraszewski lors de la deuxième séance de l'Assemblée nationale du 22 novembre 2017.

ponctuelle, transférant l'intégralité de cette charge à l'employeur »¹⁴³⁴. Le Gouvernement a essayé d'empêcher ces attitudes en limitant la fongibilité des budgets par l'interdiction de financer ainsi l'expertise lorsqu'un reliquat a été versé sur le budget des activités sociales et culturelles¹⁴³⁵. Cette suppression de l'étanchéité des budgets a aussi été justifiée par les budgets de fonctionnement inutilisés dans les grandes entreprises et ne pouvant, faute de fongibilité, bénéficier aux salariés. Il s'agissait alors de « libérer ces sommes »¹⁴³⁶ d'après la Ministre du travail.

Le partage du financement serait également plus logique d'après la Ministre chargée de la réforme car en dehors de l'expertise, « il n'existe aucun domaine dans lequel le payeur et le commanditaire sont différents »¹⁴³⁷, ce qui ne serait « pas sain » du point de vue du marché de l'expertise soumis de ce fait à une inflation. La mesure permettrait ainsi de réguler le marché de l'expertise par la régulation du recours à celle-ci. Lors des auditions devant le Sénat à l'occasion de la loi de ratification des ordonnances, le représentant de la Confédération Générale du Travail - Force ouvrière (CGT-FO) indiquait déjà une baisse du nombre d'expertises liée à la généralisation du cofinancement¹⁴³⁸. Le choix de l'expert est aussi encadré plus strictement. L'article L. 2315-81-1 du code du travail issu de l'ordonnance dispose ainsi qu'« à compter de la désignation de l'expert par le comité social et économique, les membres du comité établissent au besoin et notifient à l'employeur un cahier des charges. L'expert notifie à l'employeur le coût prévisionnel, l'étendue et la durée d'expertise ». Cependant le Gouvernement n'avait pas retenu la proposition de procéder à une mise en concurrence des expertises afin de permettre au comité de choisir l'expertise la moins coûteuse car une telle mesure aurait été « incompatible avec les délais contraints dans lesquels l'expertise doit de dérouler »¹⁴³⁹.

¹⁴³⁴ A. Milon, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales (1) sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Sénat, n° 194, 20 déc. 2017, p. 153 ; ; v. également M. Pénicaud et L. Pietraszewski, deuxième séance de l'Assemblée nationale du 22 novembre 2017.

¹⁴³⁵ 3° de l'art. L. 2315-80 du Code du travail.

¹⁴³⁶ M. Pénicaud, Séance du 24 janvier 2018, *Compte rendu intégral du Sénat*, p. 230 ; v. également M. Pénicaud et L. Pietraszewski, deuxième séance de l'Assemblée nationale du 22 novembre 2017.

¹⁴³⁷ V. l'audition du M. Pénicaud in L. Pietraszewski, *op. cit.*, p. 21 ; v. également l'intervention de Madame Muriel Pénicaud lors de la séance du Sénat du 23 janv. 2018, *Compte rendu intégral*, p. 184.

¹⁴³⁸ D. Porte in A. Milon, *op. cit.*, p. 201.

¹⁴³⁹ A. Milon, *op. cit.*, p. 19.

240. C'est aussi le budget des activités sociales et culturelles qui est impacté par l'ordonnance. Sa règle de calcul paraissait obsolète pour certains auteurs¹⁴⁴⁰. Pour le comité d'entreprise la subvention « ne peut, en aucun cas, être inférieure au total le plus élevé des sommes affectées aux dépenses sociales de l'entreprise atteint au cours des trois dernières années précédant la prise en charge des activités sociales et culturelles par le comité d'entreprise »¹⁴⁴¹. Si cette modalité de calcul a été conservée à titre de disposition supplétive, la loi de ratification la modifie pour ne prendre en compte que l'année précédente et non la meilleure des trois dernières années¹⁴⁴². Cela réduit donc le budget du comité dès lors que la dernière année n'a pas été la mieux financée. La nouvelle formulation ferait cependant naître un effet cliquet en rapport, c'est-à-dire que si une somme supplémentaire est versée au cours d'une année sur ce budget, celle-ci augmente ainsi le rapport à prendre en compte pour les années suivantes¹⁴⁴³.

L'assiette de calcul a été modifiée, ce qui contraint le budget. La référence au rapport « au montant global des salaires payés » est remplacée par celle à la « masse salariale ». Or la masse salariale est définie comme étant « l'ensemble des gains et rémunérations soumis à cotisations de sécurité sociale en application des dispositions de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale ou de l'article L. 741-10 du code rural et de la pêche maritime, à l'exception des indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée »¹⁴⁴⁴. Ce changement signifie l'exclusion des indemnités de rupture et de l'épargne salariale de l'assiette de calcul du budget des activités sociales et culturelles. En ce qui concerne l'exclusion de l'épargne salariale, ce choix serait justifié par le besoin de prévisibilité des entreprises, écartant ainsi un élément aléatoire de l'assiette¹⁴⁴⁵. Les travaux préparatoires mettent en avant que la « fluctuation de l'intéressement et de la participation pourrait déstabiliser de façon sensible le financement des activités sociales et culturelles »¹⁴⁴⁶

¹⁴⁴⁰ A. Martinon, « Sur la contribution aux activités sociales et culturelles du comité social et économique », *BJT*, sept. 2018, p. 70.

¹⁴⁴¹ Anc. art. L. 2323-86 du Code du travail.

¹⁴⁴² Art. L. 2312-81 du Code du travail.

¹⁴⁴³ A. Martinon, *op. cit.*, p. 70.

¹⁴⁴⁴ Art. L. 2312-83 du Code du travail.

¹⁴⁴⁵ A. Martinon, *op. cit.*, p. 70.

¹⁴⁴⁶ M. Pénicaud, Séance du 23 janvier 2018, Compte rend intégral du Sénat, p. 203.

et qu'une telle mesure pourrait avoir un « caractère désincitatif »¹⁴⁴⁷ à la mise en place de systèmes d'intéressement et de participation dans les entreprises. Il s'agit par-là, en réduisant l'assiette, de diminuer le coût que cela représenterait pour les entreprises. Il y a, du fait de ces règles de calcul, une grande diversité dans l'attribution des budgets. Ce ne serait cependant pas tant le niveau du budget, pourvu qu'il existe, que la taille des établissements qui favorise l'animation d'activités sociales et culturelles diversifiées¹⁴⁴⁸.

Il y aurait un « affaiblissement de la capacité d'intervention »¹⁴⁴⁹ notamment du fait de la perte de budget et des risques d'effets dissuasifs sur le recours à une expertise. Le premier d'entre eux est le partage du coût des expertises. Ce mécanisme est introduit par la loi de sécurisation de l'emploi qui en crée la consultation sur les orientations stratégiques et permet une expertise à ce sujet qui sera financée, à défaut d'accord stipulant la prise en charge totale par l'employeur, à hauteur de vingt pourcents, dans la limite d'un tiers de son budget annuel sur le budget du comité d'entreprise¹⁴⁵⁰. Il n'existe alors que ce thème qui ouvre la possibilité d'une prise en charge du coût de l'expertise par l'employeur et ce poids sur le budget du comité est limité dans la mesure où la dépense ne doit pas impacter son budget au-delà d'une certaine mesure.

2. L'attribution de la capacité juridique

241. La capacité d'agir est encore contrainte par la capacité à agir attachée à la reconnaissance de la personnalité civile. Les institutions représentatives du personnel sont contraintes par la reconnaissance de la personnalité civile ou non pour défendre leurs intérêts. Les dispositions relatives au comité social et économique n'attribuent expressément la personnalité civile qu'au comité plénier¹⁴⁵¹. Le silence de la loi n'entraîne cependant pas l'absence de personnalité civile pour d'autres organes car elle peut aussi être reconnue par le

¹⁴⁴⁷ A. Milon, Séance du 23 janvier 2018, Compte rend intégral du Sénat, p. 203.

¹⁴⁴⁸ S. Bérout et F. Duchêne, *op. cit.*, p. 99.

¹⁴⁴⁹ G. Borenfreund, *op. cit.*, p. 616.

¹⁴⁵⁰ 4^e al. de l'anc. art. L. 2323-7 du Code du travail.

¹⁴⁵¹ Art. L. 2315-23 du Code du travail.

juge. La Cour de cassation développe dans un attendu que « la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout *groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites* [nous soulignons], dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés ;

Que, si le Législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement, l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice »¹⁴⁵².

C'est sur ce fondement qu'elle a reconnu la personnalité civile du comité de groupe¹⁴⁵³, du comité d'hygiène, sécurité et conditions de travail¹⁴⁵⁴ et celle du comité d'établissement qui est désormais codifiée¹⁴⁵⁵.

242. L'activité des représentants du personnel est contrainte par la perte d'une institution spécialisée dotée de la personnalité civile. Avec la fusion des institutions représentatives du personnel dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, les travailleurs au sein d'une entreprise perdent une institution chargée des missions d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail qui s'était vu reconnaître la personnalité civile¹⁴⁵⁶. C'est donc cette institution unique qui est également l'unique institution représentative du personnel titulaire de la personnalité civile. Ce que le rapporteur de la loi d'habilitation à l'Assemblée nationale justifie face aux questions de l'opposition comme un simple transfert vers le comité social et économique¹⁴⁵⁷.

¹⁴⁵² Civ 2, 28 janv. 1954, n° 54-07.081, Bull. civ. II, n° 32 ; D. 1954. 217, note G. Levasseur ; *Dr. soc.* 1954. 161, obs. P. Durand.

¹⁴⁵³ Soc., 23 janv. 1990, n° 86-14.947, Publié, *Rev. sociétés* 1990. 444, note R. Vatinet ; *Dr. soc.* 1990. 322, note J. Savatier.

¹⁴⁵⁴ Soc., 17 avr. 1991, n°s 89-17.993, 89-43.767 et 89-43.770, Publiés, *Rev. sociétés* 1992. 53, obs. Y. Guyon ; *JCP* 1992. II. 21856, note H. Blaise.

¹⁴⁵⁵ Art. L. 2316-25 du Code du travail.

¹⁴⁵⁶ Soc., 17 avr. 1991, n° 89-17.993, n° 89-43.767, n° 89-43.770, préc.

¹⁴⁵⁷ V. l'intervention de Monsieur Laurent Pietraszewski lors de la deuxième séance du 11 juillet 2017 et les discours de Madame Muriel Pénicaud lors de la première séance de l'Assemblée nationale du 21 novembre 2017 et de la séance du Sénat du 23 janvier 2018.

La commission santé, sécurité et conditions de travail, en tant que simple commission et non institution spécialisée, n'en est ainsi pas titulaire. Avec la concentration il n'y a plus qu'une institution dotée de la capacité d'ester en justice au lieu de deux précédemment, dont l'une était spécialisée. Le Gouvernement avait alors considéré qu'« il serait complètement contradictoire de recréer une sous-commission avec une personnalité morale alors que, justement, nous avons décidé la fusion pour créer une seule personnalité morale disposant d'une vue d'ensemble de l'entreprise »¹⁴⁵⁸. On retrouve dans cette justification l'approche globale de l'institution fusionnée qui motive l'attribution de la personne civile au seul comité.

243. Les comités restreints peuvent être contraint dans leur capacité à agir par l'absence de reconnaissance expresse de la personnalité civile. L'attribution de la personnalité civile au comité plénier est signifiée à l'article L. 2315-23 du Code du travail dans une section relative aux « dispositions particulières des entreprises d'au moins cinquante salarié ». Seul un raisonnement *a contrario* permettrait de l'exclure selon nous. Si le Législateur fait de cette personnalité civile une attribution particulière aux entreprises d'au moins cinquante salarié, il faudrait en déduire qu'il a entendu ne pas la reconnaître pour les entreprises qui n'atteignent pas ce seuil.

S'il a volontairement choisi de ne pas attribuer la personnalité civile au comité restreint, le Législateur n'a pourtant pas motivé ce choix. Dans les travaux préparatoires, un rapport de l'Assemblée nationale contient un tableau comparatif des moyens de fonctionnement des comités qui indique que le comité restreint ne se voit pas attribué la personnalité civile¹⁴⁵⁹. Ce choix est motivé dans un rapport de la commission des affaires sociales du Sénat qui considère que, comme pour les anciens délégués du personnel, ce sont les élus qui exercent les droits qui leurs sont reconnus et non le comité lui-même¹⁴⁶⁰. Lors des débats parlementaires, la question de la personnalité civile des institutions représentatives du personnel a été exclusivement tournée du côté de la disparition de celle du comité d'hygiène,

¹⁴⁵⁸ M. Pénicaud, Sénat, Séance du 24 janvier 2018.

¹⁴⁵⁹ L. Pietraszewski, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Ass. nat., n° 19, 6 juil. 2017, p. 146 ; L. Pietraszewski, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Ass. nat., n° 369, 9 nov. 2017, p. 194.

¹⁴⁶⁰ A. Milon, *op. cit.*, p. 64.

sécurité et conditions de travail¹⁴⁶¹. Force est d'admettre que la réponse à cette question n'est pas clairement établie¹⁴⁶².

244. Ce sujet fait l'objet d'un débat doctrinal. Un auteur s'oppose ainsi à cette reconnaissance en se fondant principalement sur la théorie de la « réalité technique »¹⁴⁶³, tandis qu'un autre, sur le fondement de la même théorie considère que si elle est pour l'instant exclue¹⁴⁶⁴, elle le pourrait en admettant un degré d'organisation suffisant¹⁴⁶⁵.

La personnalité civile reposerait sur l'existence d'une organisation capable de dégager et de défendre cet intérêt, ce que n'aurait pas le comité restreint. Un autre auteur oppose à cela que le comité, même restreint, est une entité composée d'au moins deux personnes, l'employeur ou son représentant et au minimum un élu. Ceci alors que le Droit, notamment le Droit des sociétés, connaît déjà des entités composées d'une seule personne mais dotées de la personnalité civile¹⁴⁶⁶. Il y a donc bien une organisation matériellement capable de se réunir et de délibérer.

Cette organisation ne serait cependant pas en capacité de désigner un représentant par un acte constitutif du groupement comme des statuts. Si le comité restreint n'est en effet pas tenu d'établir un règlement intérieur¹⁴⁶⁷, il n'est pas interdit d'en faire un. Ce n'est d'ailleurs pas un acte constitutif du comité plénier qui permet la désignation de son représentant pour effectuer les actes que la personnalité civile lui permet d'accomplir mais une délibération du comité¹⁴⁶⁸. Là aussi rien n'empêche matériellement un comité restreint de désigner un représentant comme peut le faire un comité plénier.

¹⁴⁶¹ V. les interventions des députés GDR, LFI et MODEM lors de la deuxième séance de l'Assemblée nationale du 11 juillet 2017 et du sénateur J.-L. Tourenne aux séances du Sénat des 24 et 26 juillet 2017 ; V. le compte rendu de l'audition, en table ronde, des organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel in A. Milon, *op. cit.*, pp. 204, 206 et 221.

¹⁴⁶² G. Loiseau, « La personnalité juridique du comité social et économique des entreprises de moins de cinquante salariés », *BJT*, janv. 2019, p. 23.

¹⁴⁶³ G. François, « Pas de personnalité morale pour le « petit » CSE », *RDT*, 2021, p. 294.

¹⁴⁶⁴ S. Rioche, *op. cit.*, p. 202.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 152.

¹⁴⁶⁶ G. Auzero, « Les raisons d'une personnification », *RDT*, 2021 p. 290.

¹⁴⁶⁷ L'article L. 2315-24 du Code du travail est une disposition spécifique aux comités pléniers.

¹⁴⁶⁸ Soc., 31 mars 2021, n° 19-23.654, Inédit.

Autre frein technique, le comité restreint n'a ni budget ni patrimoine lui permettant de financer son fonctionnement et d'assurer l'exécution de certains actes. Il n'aurait donc pas les moyens d'agir. C'est oublier que le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail n'avait lui non plus aucun budget et que ses actions, permises par la reconnaissance prétorienne de la personnalité civile, étaient à la charge de l'employeur. Ce qui a par ailleurs été source de contentieux, motivant la fusion des institutions. Il pourrait donc, sur le modèle du comité d'hygiène, sécurité et conditions de travail avoir les moyens matériels d'user des droits ouverts aux titulaires de la personnalité civile.

Enfin, il ne pourrait en bénéficier car il n'aurait pas d'intérêt distinct de celui de ses membres à défendre. C'est donc à l' élu que serait assignée la défense de ses intérêts d' élu et non une capacité à agir collectivement en tant que délégation lorsque ce sont pourtant ses prérogatives qui sont atteintes¹⁴⁶⁹. Si les attributions du comité restreint s'exercent individuellement¹⁴⁷⁰, il peut être amené à agir en tant que délégation dans deux hypothèses. La première est celle de la consultation en vue d'un licenciement collectif¹⁴⁷¹. Le code ne distingue pas pour l'obligation de consultation selon la taille de l'entreprise, il ne distingue qu'en ce qui concerne le calendrier des consultations qui est expressément déterminé pour les comités restreints¹⁴⁷², ce dont nous devons conclure qu'il rend bien un avis en tant que comité. Il en est de même pour la consultation relative au reclassement des salariés déclarés inaptes¹⁴⁷³. Le comité peut aussi être amené à conclure des accords collectifs¹⁴⁷⁴. Un auteur relève que c'est le comité qui est signataire et non les élus individuellement¹⁴⁷⁵.

Un dernier argument réside dans la condition d'effectif. Si le comité plénier en dispose expressément aucune condition d'effectif n'est posée pour le comité d'établissement qui en dispose également¹⁴⁷⁶. On aurait alors une différence de traitement si celle-ci ne devait pas

¹⁴⁶⁹ A. Milon, *op. cit.*, p. 64.

¹⁴⁷⁰ Art. L. 2315-19 du Code du travail.

¹⁴⁷¹ Art. L. 1233-28 du Code du travail.

¹⁴⁷² Art. L. 1233-29 du Code du travail.

¹⁴⁷³ Art. L. 1226-2 et L. 1226-10 du Code du travail.

¹⁴⁷⁴ 2° du I. de l'art. L. 2232-23-1 du Code du travail.

¹⁴⁷⁵ N. Anciaux, « La personnalité juridique du CSE dans les entreprises de moins de 50 salariés. Plaidoyer en faveur d'une personnification finalisée », *JCP S*, 2020, 1072.

¹⁴⁷⁶ Art. L. 2316-25 du Code du travail.

être reconnue aux comités restreints alors même que, nous l'avons mentionné, il possède des attributions consultatives quoique réduites à certaines hypothèses¹⁴⁷⁷.

Section 2 : La concentration des moyens des élus à l'appui d'une autre conception de l'activité représentative

245. Le régime de l'activité représentative n'est pas seulement modifié par la concentration des attributions et des moyens du comité, il l'est aussi par une concentration des moyens des élus eux-mêmes. Ce qui indique une certaine représentation de l'activité représentative, que le nouveau régime juridique tend à faire advenir en orientant cette activité. Ce que nous analyserons dans deux paragraphes successifs.

Paragraphe 1 : La concentration des moyens des élus pour l'activité représentative

246. Le regroupement puis la fusion des institutions représentatives du personnel a entraîné la concentration des moyens et donc la réduction du nombre d'heures dégagées de la production pour les activités représentatives, représentant une économie pour les entreprises. En comparant les moyens accordés aux différentes institutions dans les entreprises de cinquante à mille-sept-cent-quarante-neuf salariés¹⁴⁷⁸, on observe que le montant total du crédit en heures par mois est ainsi diminué en moyenne de 158,5 heures en cas de regroupement des délégués du personnel et du comité d'entreprise ; de 108,6 heures en cas de regroupement du comité d'entreprise et du comité d'hygiène, sécurité et conditions de travail ; de 99,1 heures en cas de regroupement des délégués du personnel et du comité d'hygiène, sécurité et conditions de travail ; et de 142,7 heures en cas de regroupement de toutes les

¹⁴⁷⁷ G. Auzero, *op. cit.*, p. 290.

¹⁴⁷⁸ v. le tableau comparatif de *Liaisons sociales - Les Thématiques*, n° 6, 1er juillet 2016 et l'article R. 2314-1 du Code du travail ; Nous reproduisons l'intégralité des chiffres dans un tableau en annexe.

institutions représentatives du personnel. Le passage au comité social et économique a, quant à lui, représenté une diminution du crédit global de 8,6 heures par mois.

Si l'on prend l'ensemble des seuils d'effectifs, toute chose égale par ailleurs, la fusion a cependant augmenté le montant global du crédit mensuel de 4,9 heures avec de fortes variations selon les seuils allant d'une perte de quarante-neuf heures de délégations pour les entreprises de cent à cent-vingt-quatre salariés à un gain de quarante-et-une heures de délégation dans les entreprises de neuf-mille-sept-cent-cinquante à neuf-mille-neuf-cent-quatre-vingt-dix-neuf salariés. Ce sont essentiellement les grandes entreprises qui voient leur crédit progresser du fait de la fusion. Il s'agissait pour le Législateur de permettre aux élus d'assurer « davantage de responsabilités (...) dans de bonnes conditions »¹⁴⁷⁹. La concentration des heures sur certains élus plus impliqués peut aussi se faire au moyen des mécanismes de l'annualisation ou de la mutualisation des heures de délégation. Un élu peut en effet transférer la moitié de son crédit mensuel sur un autre mois, c'est l'annualisation, ou à un autre élu, c'est la mutualisation. Cela permettrait ainsi d'éviter d'une part qu'un quart des heures de délégations ne soient pas utilisées et d'autre part de donner plus de temps au fonctionnement de l'institution pour les élus qui y sont le plus impliqués¹⁴⁸⁰.

Les moyens ont été le principal enjeu des négociations sur le comité¹⁴⁸¹. Les commissions ont notamment été un point d'appui pour maintenir, voire augmenter le nombre d'heures de délégation des élus¹⁴⁸² avec une logique donnant-donnant dans la configuration de certains paramètres, dont le crédit d'heures de délégation¹⁴⁸³. Une évaluation relève une tendance au « durcissement des positions des employeurs et la recherche d'économies sur les moyens des [institutions représentatives du personnel] et des [organisations syndicales] en entreprise (...) datant d'au moins 2008 »¹⁴⁸⁴. Cependant, les heures de délégation ont pu être

¹⁴⁷⁹ L. Pietraszewski, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Ass. nat., n° 19, 6 juil. 2017, p. 151.

¹⁴⁸⁰ V. l'intervention de M. Pénicaud in L. Pietraszewski, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Ass. nat., n° 369, 9 nov. 2017, p. 271.

¹⁴⁸¹ N. Farvaque, *op. cit.*, p. 35.

¹⁴⁸² R. Bourguignon, *op. cit.*, p. 41.

¹⁴⁸³ F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 48.

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 86.

augmentées par voie conventionnelle, le plus souvent au profit de mandats spéciaux comme les membres du secrétariat, les représentants de proximité, les membres des commissions ou les référents harcèlement, voire pour les suppléants¹⁴⁸⁵. C'est-à-dire que le crédit n'a pas été augmenté pour tous les élus mais qu'il a été attribué comme moyen dédié à des tâches spécifiques. Ceux-ci apparaissent donc insuffisants pour assurer toutes les missions tout en conservant suffisamment de temps pour mener une activité représentative tournée vers les salariés alors même que « les tournées d'ateliers ou de bureaux et les assemblées générales du personnel demeurent les moyens privilégiés pour échanger avec les salariés sur leurs problèmes »¹⁴⁸⁶. C'est ainsi le principal moyen d'assurer les fonctions représentatives auprès des salariés.

247. Cette concentration est le produit de la réduction du nombre d'institutions et celle de la réduction du nombre d'élus. Ce qui a pour effet de concentrer le travail sur quelques-uns d'entre eux. A périmètres constants, le nombre d'élus dans les entreprises de cinquante à mille-sept-cent-quarante-neuf salariés diminue en moyenne de 7,5 titulaires en cas de regroupement des délégués du personnel et du comité d'entreprise ; de 5,2 titulaires en cas de regroupement du comité d'entreprise et du comité d'hygiène, sécurité et conditions de travail ; de 6,5 titulaires en cas de regroupement des délégués du personnel et du comité d'hygiène, sécurité et conditions de travail ; et de 9,1 titulaires en cas de regroupement de toutes les institutions représentatives du personnel. La mise en place du comité social et économique représente quant à elle une diminution de six élus titulaires en moyenne dans cette tranche d'effectifs et de 15,5 élus toute chose égale par ailleurs pour l'ensemble des seuils supérieurs à quarante-neuf salariés.

Au regard de l'évolution des heures de délégation, on observe donc que pour les grandes entreprises, le nombre d'élus titulaires décroît fortement à seuil constant avec la mise en place du comité social et économique, mais que cela est globalement compensé par un maintien voire une augmentation du crédit d'heures de délégation que les évaluations permettent d'observer¹⁴⁸⁷. Cependant, si la diminution du nombre d'élus présents en réunion

¹⁴⁸⁵ C. Giraudet et C. Nicod, *op. cit.*, p. 99.

¹⁴⁸⁶ M. Pak et M.-T. Pignoni, *Les représentants du personnel. Quelles ressources pour quelles actions ?*, DARES Analyses, nov. 2014, n° 084, p. 6.

¹⁴⁸⁷ F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 87.

était un objectif¹⁴⁸⁸, cela ne se vérifie pas nécessairement. Les changements de périmètres et la centralisation, en particulier dans les grandes entreprises, font que les effectifs en réunion ne décroissent pas¹⁴⁸⁹.

248. L'exercice du mandat se resserre alors sur quelques élus et « accroît l'intensité des missions »¹⁴⁹⁰ pour les élus restants. On soulèvera cependant une contradiction puisque si l'ont réduit le nombre d'élus au motif qu'il n'y aurait pas assez de candidats, le régime issu de l'ordonnance 2017-1386 restreint les possibilités d'impliquer de nouveaux élus et de conserver les anciens. En ce qui concerne l'implication de nouveaux élus, il faut tout d'abord rappeler que les suppléants ne siègent qu'en remplacement des titulaires d'après l'article L. 2314-1 du Code du travail. D'où l'on déduit, par un raisonnement *a contrario*, qu'en leur présence, ils ne siègent pas. L'étude d'impact de la loi d'habilitation justifie cette évolution, puisqu'ils siégeaient auparavant, en considérant que « si la présence des suppléants en l'absence des titulaires est pleinement justifiée, leur présence systématique aux côtés des titulaires apparaît redondante. Leur apport au fonctionnement de l'instance est d'ailleurs limité, dans la mesure où ils ne disposent pas d'heures de délégation pour préparer ces réunions. Au sein du [comité d'entreprise], ils n'ont pas non plus de voix délibérative »¹⁴⁹¹.

A ce sujet, on observe deux tendances. La première est la confirmation de l'exclusion des suppléants dans les accords par référence à la disposition légale. La seconde est que lorsque cette présence est admise, elle l'est selon des modalités complexes¹⁴⁹². C'est-à-dire que les suppléants ne sont pas tous invités à toutes les réunions, mais selon diverses modalités comme la présence tournante ou l'invitation ponctuelle. L'accord collectif peut cependant autoriser leur présence en réunion et permet de les impliquer par le recours à la mutualisation des heures de délégation. Bien que l'on soit obligé de constater la portée limitée de ces compensations face à l'ampleur de l'interdiction de siéger en dehors des cas de remplacement qui demeure la règle à défaut de stipulation plus favorable.

¹⁴⁸⁸ V. note n° 1022.

¹⁴⁸⁹ F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 91 ; R. Bourguignon, *op. cit.*, p. 53.

¹⁴⁹⁰ N. Farvaque, *op. cit.*, p. 69.

¹⁴⁹¹ Etude d'impact du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, p. 101.

¹⁴⁹² C. Giraudet et C. Nicod, *op. cit.*, p. 87.

Les évaluations indiquent un risque quant aux renouvellements futurs des élus car la présence des suppléants permettait de former les prochains titulaires¹⁴⁹³, risque accru par la limitation du nombre de mandats successifs¹⁴⁹⁴ et le respect des règles de proportionnalité qui posent des difficultés dans la constitution des listes¹⁴⁹⁵. Certaines évaluations indiquent même « des pressions pour réduire le rôle et les ressources attribuées aux suppléants lorsque ceux-ci étaient important »¹⁴⁹⁶ alors même que leur présence était un enjeu majeur de la négociation pour les organisations syndicales.

249. Les élus disposent d'un droit à la formation spécifique. Les membres de la délégation du personnel au comité social et économique disposent de plusieurs droits spécifiques à la formation. Le premier est le Droit à la formation économique qui s'impute sur le nombre de jours de formation économique, sociale, environnementale et syndicale. Elle est de cinq jours maximum, financée par le comité et peut être suivie lors de la première élection en tant que titulaire¹⁴⁹⁷. Les membres de la délégation et le référent en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes du comité bénéficient ensuite d'une formation en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail d'au moins cinq jours durant leur premier mandat et de trois jours pour l'ensemble des membres ou de cinq jours s'ils sont membres d'une commission santé, sécurité et conditions de travail dans une entreprise d'au moins trois cent salariés après chaque renouvellement de mandat¹⁴⁹⁸. Cette formation ne s'impute pas sur le nombre de jours de formation autorisés et est financée par l'employeur. Le régime de ces formations a peu évolué depuis leur institution par les deuxièmes¹⁴⁹⁹ et quatrième¹⁵⁰⁰ lois Auroux. Le Droit à la formation en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail a connu quelques évolutions seulement en ce qui concerne ses bénéficiaires, notamment en fonction de la taille de l'entreprise.

¹⁴⁹³ N. Farvaque, *op. cit.*, p. 73.

¹⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 76.

¹⁴⁹⁵ *Loc. cit.* ; R. Bourguignon, *op. cit.*, p. 77.

¹⁴⁹⁶ R. Bourguignon, *op. cit.*, p. 73.

¹⁴⁹⁷ Art. L. 2315-63 du Code du travail.

¹⁴⁹⁸ Art. L. 2315-18 du Code du travail.

¹⁴⁹⁹ Art. 35 de la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel.

¹⁵⁰⁰ Art. 6 de la loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

En fusionnant les institutions représentatives du personnel, le rapporteur de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale y a vu une « occasion idéale d'harmoniser et de renforcer l'offre de formation »¹⁵⁰¹. La formation est d'abord un moyen pour les élus de faire face à l'évolution de leur mandat¹⁵⁰². Enjeu qui est d'autant plus important que les institutions ne sont plus spécialisées, ce qui implique que chaque élu bénéficie de ces formations mais aussi qu'il acquiert les connaissances utiles à l'exercice de ses missions. Or ils peuvent être confrontés à des difficultés dans l'exercice de certaines attributions, notamment avoir le « sentiment de ne pas savoir comment faire pour mener des entretiens, observer ou analyser une situation particulière »¹⁵⁰³ et donc éprouver des difficultés dans l'activité représentative de terrain. La formation est donc un enjeu majeur de l'appropriation des attributions et de la mise en œuvre d'une approche globale. Pourtant ce sujet est peu négocié. Lorsqu'il l'est, les clauses indiquent une volonté de contrôle des employeurs, en particulier sur le contenu¹⁵⁰⁴. L'acquisition des savoirs pour les élus se ferait surtout « au contact d'élus plus âgés et plus expérimentés »¹⁵⁰⁵. La formation se fait donc aussi au contact des élus et des anciens, de manière plus empirique et pragmatique. La présence des suppléants au côté des titulaires pour les former, en particulier du point de vue des représentants du personnel, était donc un enjeu majeur pour former les prochains titulaires.

¹⁵⁰¹ L. Pietraszewski, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Ass. nat., n° 19, 6 juil. 2017, p. 162.

¹⁵⁰² R. Bourguignon, *op. cit.*, p. 71.

¹⁵⁰³ C. Giraudet et C. Nicod, *op. cit.*, p. 45.

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 101.

¹⁵⁰⁵ J. Mischi, « Gérer la distance à la « base ». Les permanents CGT d'un atelier SNCF », *Sciences contemporaines*, 2011/4, n° 84, p. 61 ; v. également N. Farvaque, *op. cit.*, p. 73.

Paragraphe 2 : Les conceptions induites de l'activité représentative

250. Le risque que la nouvelle institution éloigne les représentants des salariés avait été anticipé par la doctrine¹⁵⁰⁶ et a été vérifié par les évaluations¹⁵⁰⁷. Cela est la conséquence de l'institutionnalisation et de la professionnalisation des représentants¹⁵⁰⁸ au motif de la rationalisation que certains ont pu qualifier comme étant « faire le même travail avec moins d'élus »¹⁵⁰⁹. C'est une rationalisation en termes de coût, en particulier par les économies de temps passé en réunion ou à l'activité de représentation¹⁵¹⁰. Ceci au profit d'un renouvellement du rôle de l' élu vu comme un expert et un conseiller en lieu et place d'une conception de l' élu expert du travail concret et porteur de l'expression du collectif de travail auquel il est intégré. Ce changement de rôle et de conception est le produit d'une institutionnalisation et d'une professionnalisation du mandat. Par institutionnalisation, il faut entendre que les représentants sont plus tournés vers les activités institutionnelles que représentatives, impliquant donc un autre rôle et une autre finalité à leur activité.

251. Ces réformes instituent la représentation d'un élu-expert. Ce modèle comprend deux termes correspondant à des savoirs différents. L' élu dispose de connaissances spécifiques que le Professeur Verkindt propose d'appeler des savoirs d'expérience¹⁵¹¹. Par *savoirs*, il faut entendre une organisation des connaissances, et par *connaissances*, il faut comprendre un élément du savoir obtenu empiriquement et relativement à la dimension matérielle, technique et relationnelle de l'entreprise¹⁵¹². L'expert est quant à lui détenteur d'un savoir spécialisé¹⁵¹³.

¹⁵⁰⁶ C. Baumgarten *et al.*, *op. cit.*, p. 532 ; G. Borenfreund, *op. cit.*, p. 615.

¹⁵⁰⁷ R. Bourguignon, *op. cit.*, p. 10.

¹⁵⁰⁸ G. Borenfreund, *op. cit.*, p. 615.

¹⁵⁰⁹ R. Bourguignon, *op. cit.*, p. 10.

¹⁵¹⁰ F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 12.

¹⁵¹¹ P.-Y Verkindt, « Le rôle des instances de représentations du personnel en matière de sécurité », *Dr. soc.*, 2007, p. 701.

¹⁵¹² P.-Y Verkindt, *op. cit.*, p. 699 ; M. Caron et P.-Y. Verkindt, « Laisser sa chance à l'intelligence collective dans l'entreprise. Regards sur les rapports entre l'expertise et les instances de représentation du personnel », *Dr. soc.*, 2009, p. 435.

¹⁵¹³ V. M. Caron, « De quelques aspects du partage du savoir en droit social », in G. Loiseau, *Mélanges en l'honneur de Pierre-Yves Verkindt*, LGDJ, 2022, p. 69.

Sa fonction est de parfaire l'information de la personne qui recourt à son expertise, c'est un rôle qui peut être pédagogique mais qui peut aussi appuyer une activité de conseil de la personne qui doit prendre une décision¹⁵¹⁴. Ce que nous proposons d'appeler un *élu-expert* est donc un élu qui acquiert un savoir spécialisé dans l'un des domaines d'exercice de son activité représentative. Cette conception repose donc sur une spécialisation de l'élu, ou, comme nous l'avons précédemment développé, une *respécialisation*¹⁵¹⁵.

D'après le rapporteur, « l'ordonnance tendant à professionnaliser les membres de ces instances, ceux-ci seront conduits à donner des éclairages au CSE sans passer par des expertises externes »¹⁵¹⁶. Cette logique de professionnalisation semble confirmée par les évaluations¹⁵¹⁷. L'institution d'un élu-expert se fait au moyen de la *respécialisation* par le biais des commissions ou de mandats spécifiques. La *respécialisation* contribue à la professionnalisation des élus en leur permettant de concentrer l'exercice de leur mandat sur des attributions particulières en préparant la prise de décision qui se fera, elle, en réunion plénière.

Cette professionnalisation serait du reste, rendue nécessaire par « un alourdissement de la charge de travail, une intensification du rythme des réunions ou de négociation, une complexification des tâches et une élévation sensible tant du nombre que du niveau de compétences attendues »¹⁵¹⁸. Il y a une masse d'information à traiter du fait de la concentration des moyens et des attributions qui demande aux représentants une capacité à les sélectionner, les analyser et les mobiliser pour exprimer un avis, formuler des propositions, voire agir¹⁵¹⁹. De ce fait le mandat gagne en technicité et en transversalité ce qu'il pourrait perdre en formalisation de la parole collective des salariés par la voix de leurs représentants¹⁵²⁰.

¹⁵¹⁴ M. Caron et P.-Y. Verkindt, *op. cit.*, p. 425.

¹⁵¹⁵ V. *supra* le paragraphe n° 161.

¹⁵¹⁶ L. Pietraszewski, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Ass. nat., n° 369, 9 nov. 2017, p. 283.

¹⁵¹⁷ N. Farvaque, *op. cit.*, p. 62 ; F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 73.

¹⁵¹⁸ R. Bourguignon, *op. cit.*, p. 64.

¹⁵¹⁹ N. Fleury *et al.*, *op. cit.*, p. 131.

¹⁵²⁰ F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 125.

L'élu est aussi encouragé par le dispositif à se spécialiser du fait de la concentration des moyens. Le référent harcèlement par exemple ne dispose que des moyens qu'il a en tant que membre de la délégation du personnel pour exercer l'ensemble des attributions afférentes. Alors même que cette fonction propre est largement négociable dans son contenu, son fonctionnement et ses éventuels moyens supplémentaires¹⁵²¹. C'est aussi le cas des membres des commissions ou des représentants de proximité qui, si l'accord ne stipule pas de moyens correspondants aux attributions qui leur sont affectées, doivent exercer l'intégralité des attributions avec les seuls moyens des membres du comité déjà réduits au fil des réformes. Le représentant de proximité pourrait répondre à deux conceptions de la représentation. Il peut être conçu comme un « travail nécessitant des compétences », dans une conception que l'on pourrait qualifier de technocratique, ou d'être « à l'écoute des salariés »¹⁵²².

Cette conception s'appuie également sur la maîtrise de connaissances. La dimension de maîtrise des connaissances, notamment des informations économiques, et de l'expression est essentielle dans l'exercice du mandat. Une étude montre à ce sujet une asymétrie dans le dialogue entre l'employeur et les représentants du personnel, notamment les nouveaux élus¹⁵²³. Cette asymétrie dépend de plusieurs facteurs tels que le modèle socio-productif. Dans les entreprises paternalistes, où l'on trouve des dirigeants charismatiques voire autoritaires, cette asymétrie est plus forte que dans les petites et moyennes entreprises innovantes et dynamiques dans lesquelles il y a une proximité culturelle et professionnelle entre la direction et les élus¹⁵²⁴. Le partage des connaissances facilite les échanges et revêt un caractère essentiel dans la qualité du dialogue social. De cette conception de l'élu devant aussi bien maîtriser les questions de santé, de sécurité et de conditions de travail que la comptabilité d'entreprise et la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences se dégage une autre figure, celle de l'élu-conseiller.

252. Ce cadre permet d'instituer la représentation d'un élu-conseiller. L'activité des élus s'oriente vers cette conception du fait de la concentration des attributions et des moyens¹⁵²⁵.

¹⁵²¹ N. Moizard, « Le référent harcèlement sexuel et agissements sexistes, un premier regard », in G. Loiseau, Mélanges en l'honneur de Pierre-Yves Verkindt, LGDJ, 2022, p. 314.

¹⁵²² J. Péglise et C. Wolmark, *op. cit.*, p. 57.

¹⁵²³ C. Giraudet et C. Nicod, *op. cit.*, p. 26.

¹⁵²⁴ *Ibid.*, pp. 27 et 28.

¹⁵²⁵ R. Bourguignon, *op. cit.*, p. 68.

Ils consacrent donc plus de temps aux activités « institutionnelles », c'est-à-dire au fonctionnement de l'institution elle-même et en particulier aux réunions présidées par l'employeur ou son représentant, qu'à l'activité auprès des salariés¹⁵²⁶. C'est la question de la répartition du temps passé avec la direction ou avec les salariés qui est donc posée dans cette conception de la représentation du personnel véhiculée par le cadre institutionnel nouveau. Or les évaluations évoquent les difficultés pour les élus à se consacrer à l'activité représentative, c'est-à-dire auprès des salariés pour former leur expression collective au sein de l'institution dans une logique « ascendante »¹⁵²⁷. Ce nouveau cadre instituerait une « disponibilité quasi permanente »¹⁵²⁸ des élus, notamment du fait de l'augmentation du nombre de réunions et de leurs durées. Or ce sont bien ces activités, le temps passé en réunion ou auprès de la hiérarchie, qui occupent le plus les représentants du personnel¹⁵²⁹. De ce fait, « le rôle des élus est davantage d'éclairer les décisions de l'entreprise par leur délibération que de les éclairer par leur connaissance des réalités de la production vécues par les salariés »¹⁵³⁰. Les élus sont par ailleurs confrontés à des « tensions entre la nécessité d'assurer au mieux [leur] mandat de représentation et la nécessité d'assurer son travail dans des conditions acceptables par sa hiérarchie, par ses collègues et par soi-même »¹⁵³¹.

Dans ce mouvement d'institutionnalisation la répartition et la maîtrise du temps est un enjeu essentiel. Un sociologue explique que « la contradiction s'exprime ainsi : il faut être à la chaîne pour pouvoir en parler (« Pour arriver à parler le langage d'[ouvrier-spécialisé], faut peut-être avoir un certain langage, mais faut aussi vivre comme un [ouvrier-spécialisé] ») mais le travail à la chaîne ne permet pas au militant d'effectuer correctement son travail de représentant, faute de temps disponible et de récupération physique »¹⁵³². Cela met en exergue deux difficultés pour les représentants du personnel et la qualité de leur activité représentative : la répartition entre le temps passé à son poste ou avec ses collègues pour former une véritable expression collective qui prend en compte la réalisation du travail et les

¹⁵²⁶ C. Giraudet et C. Nicod, *op. cit.*, p. 43.

¹⁵²⁷ F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 73.

¹⁵²⁸ *Ibid.*, p. 88.

¹⁵²⁹ M. Pak et M.-T. Pignoni, *op. cit.*, p. 7.

¹⁵³⁰ F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 89.

¹⁵³¹ C. Giraudet et C. Nicod, *op. cit.*, p. 44.

¹⁵³² J. Mischi, *op. cit.*, p. 56.

aspirations du collectif représenté d'une part ; et le temps passé auprès de l'employeur afin que cette expression soit prise en compte.

L'expression collective, porter la parole du collectif, suppose en effet de connaître la réalité du travail fait pour pouvoir le décrire, mais cela suppose aussi d'avoir des conditions communes avec les salariés qui le font et qui peut faire émerger des réclamations et des revendications communes. C'est du reste un critère pour définir la communauté de travail dans le périmètre de laquelle on peut désigner un délégué syndical. La représentation n'est parfaite que pour autant que le représentant partage un monde commun avec le représenté, fait d'une activité commune et d'un langage commun pour en parler. Cependant, pour que cette expression soit efficace, cela demande au représentant les moyens et le temps de porter cette parole. Or le temps passé à cela prend soit sur le temps passé à son poste ou avec ses collègues, soit sur son temps personnel. D'où la contradiction évoquée. Ce qui peut mettre en difficulté les représentants du personnel vis-à-vis des salariés qu'ils doivent représenter. Il y a en effet une différence de perception de leur rôle et de leur utilité selon l'éloignement, en particulier du fait du regroupement des institutions représentatives du personnel qui centralise et complexifie le mandat¹⁵³³. L'institutionnalisation est aussi marquée par la répartition du temps passé auprès de l'employeur ou auprès des salariés. Or un rapport relève que le temps passé en réunion « est finalement plus important que le temps dédié aux analyses de terrain et à la rencontre des salariés »¹⁵³⁴.

253. La restriction des moyens de la représentation du personnel, constatée par l'étude comparative des anciennes et nouvelles dispositions, pourrait signifier pour une partie de la doctrine une vision instrumentale¹⁵³⁵, c'est-à-dire servant à légitimer le pouvoir au sein de l'entreprise sur un fondement economiciste. Serait considéré comme légitime, ce qui est « jugé plus efficace économiquement »¹⁵³⁶. Le Droit définit un cadre institutionnel nouveau pour lequel il détermine des attributions auxquelles il associe des moyens, encadre également l'activité du comité social et économique lui-même. Il fixe un certain nombre d'obligations dont l'exécution est, pour les élus, dépendante des moyens de leur réalisation. De tel sorte que

¹⁵³³ M.-T. Pignoni, *Les représentants du personnel dans l'entreprise : des salariés comme les autres ?*, DARES Analyses, janv. 2019, n° 002, p. 1.

¹⁵³⁴ C. Giraudet et C. Nicod, *op. cit.*, p. 43.

¹⁵³⁵ C. Giraudet, *op. cit.*, p. 53 ; F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 5.

¹⁵³⁶ F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 13.

l'activité des élus est en partie organisée par le Droit. Leur calendrier de travail est partiellement défini avec une marge d'autonomie dans leur organisation plus ou moins faible selon les moyens réellement à leur disposition. Cela demande aussi de la part des élus, afin d'être efficaces, « un important travail de préparation et de coordination »¹⁵³⁷ pour se partager la préparation des points à l'ordre du jour, la rédaction des avis, l'anticipation du temps accordé à chaque point, etc. Cela passe aussi par une répartition des tâches en intersyndicale pour « compenser le manque de temps dont disposent les élus pour se rendre au contact des salariés »¹⁵³⁸. Pourtant les évaluations indiquent que « le temps de fonctionnement du comité social et économique n'est pas toujours moindre que la somme du temps de fonctionnement des anciennes instances et peut même être supérieur »¹⁵³⁹. Des études montrent que les organisations syndicales peuvent aussi se sentir accaparées par la multiplicité des rencontres avec la direction et ne plus avoir la maîtrise de l'agenda¹⁵⁴⁰ et conduit le lien à se distendre d'avec la base représentée¹⁵⁴¹. Nous pouvons poser l'hypothèse de conséquences similaires avec l'évolution du régime juridique de la représentation du personnel.

¹⁵³⁷ R. Bourguignon, *op. cit.*, p. 52.

¹⁵³⁸ *Ibid.*, p. 57.

¹⁵³⁹ F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 105.

¹⁵⁴⁰ B. Giraud, « Négociateur sous contrainte : les modalités d'appropriation du rôle de « partenaire social » par les représentants de la CGT », *Relations industrielles*, 2015, p. 307 ; A. Hege, C. Dufour et M. Kahmane, « La loi du 20 août 2008 et les fondements de la représentation syndicale », *Revue de l'IRE*, 2015/4, n° 87, p. 101.

¹⁵⁴¹ Dirringer, « Etude juridique empirique de l'influence de la loi du 20 août 2008 – A propos de quelques accords collectifs de droit syndical », *Dr. ouv.*, 2014, p. 464 ; A. Hege, C. Dufour et M. Kahmane, *op. cit.*, p. 107.

Conclusion de chapitre

254. L'institution du dialogue social procède à la mise en place d'une institution qui concentre l'ensemble des activités de représentation. Cela participe de l'instauration d'une approche transversale des problématiques de l'entreprise qui bénéficie à son adaptation à l'environnement économique et financier. Nous avons développé que les attributions en matière de consultation se sont diversifiées avant d'être concentrées, sans que celles-ci ne se voient attribuées de moyens correspondant¹⁵⁴². Inversement, ces réformes sont marquées par une « tendance lourde » à la diminution des coûts provenant de la représentation du personnel¹⁵⁴³. Autrement dit, *l'institution unique se voit confier la plupart des attributions des anciennes institutions représentatives du personnel, ainsi que de nouvelles attributions, sans qu'y soient associés les moyens correspondants auparavant ni que soient créées de moyens supplémentaires pour les nouvelles attributions*. Ces moyens sont mêmes parfois réduits du fait du double mouvement de centralisation et de concentration et du fait de la prise en charge partielle du coût de l'expertise par le comité, voire de la limitation du nombre de celles-ci.

¹⁵⁴² D. Boulmier, *op. cit.*, p. 753.

¹⁵⁴³ F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 86.

Conclusion de titre

255. Le régime de la représentation du personnel signifié par l'emploi du syntagme dialogue social met en place une institution unique censée avoir une approche transversale de l'entreprise. Nous avons développé deux changements significatifs dans l'évolution de régime. En ce sens nous ne pouvons partager l'idée que le comité social et économique ne se démarquerait « que partiellement du comité d'entreprise »¹⁵⁴⁴, voire que le comité social et économique serait une absorption des autres institutions par le comité d'entreprise. Le régime a radicalement évolué. L'étude des changements opérés signifie une conception renouvelée de la représentation du personnel et l'institution d'un régime juridique permettant de produire une autre organisation et un autre fonctionnement des institutions représentatives du personnel, voire une « mutation de la figure de l'élu »¹⁵⁴⁵. Quoique les anciennes institutions représentatives du personnel puissent constituer pour les premiers mandats une référence dans le fonctionnement¹⁵⁴⁶, les nouvelles dispositions encadrant le processus décisionnel ne le permettent pas.

Deux ordres d'arguments justifient cette évolution du droit vers l'institution d'une instance unique. Le premier d'ordre économique en ce sens qu'il s'agit de mettre la représentation élue du personnel au profit de la performance économique¹⁵⁴⁷ en permettant une meilleure adaptation de l'entreprise au marché et aux mutations économiques¹⁵⁴⁸ et en supprimant des normes jugées dissuasives pour l'investissement étranger¹⁵⁴⁹. Le second est

¹⁵⁴⁴ S. Rioche, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, LexisNexis, 2019, p. 103.

¹⁵⁴⁵ F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *Quel dialogue social dans l'entreprise après les ordonnances de 2017 ?*, IRES, 9 déc. 2021, p. 133.

¹⁵⁴⁶ R. Bourguignon, *Effet de la mise en place des CSE sur le dialogue social : étude longitudinale de 7 grandes entreprises*, IRG, déc. 2021, p. 43 ; A. Naboulet et E. Prouet, *Evaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail*, France Stratégie, déc. 2021, p. 46.

¹⁵⁴⁷ F. Rebsamen, Ass. nat., Première séance du mardi 26 mai 2015 ; Exposé des motifs du projet de loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social ; M. Pénicaud, Ass. nat., Première séance du mardi 21 novembre 2017.

¹⁵⁴⁸ M. Pénicaud, Ass. nat., Première séance du lundi 10 juillet 2017.

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*

d'ordre juridique afin de « desserrer l'étau de la norme détaillée »¹⁵⁵⁰ en vue de permettre aux entreprises d'adopter leurs propres règles d'organisation et de fonctionnement de la représentation du personnel et améliorer la couverture des entreprises et des salariés par des institutions représentatives du personnel¹⁵⁵¹. Il s'agissait également de mettre fin à une insécurité juridique liée à des normes jugées peu lisibles et sources de conflit¹⁵⁵². L'entreprise serait en effet soumise à des « pesanteurs » qui ne « seraient pas seulement financières mais également structurelles »¹⁵⁵³. C'est à celle-ci que la réforme des institutions représentatives du personnel entend répondre en rationalisant l'information, notamment économique, et les conditions de la représentation du personnel.

256. L'institution du dialogue social signifie également une rationalisation de la représentation du personnel afin de favoriser la célérité de la délibération sur la décision de l'employeur. L'institution du dialogue social s'est traduite en matière de représentation du personnel par sa rationalisation. Cette rationalisation, c'est d'abord une réduction des coûts liées à la multiplicité des institutions et à l'activité des représentants du personnel. Diverses évaluations de la mise en œuvre de ces réformes montrent ainsi que « la diminution du coût de la représentation du personnel (au regard des moyens) semble être actée dans les accords »¹⁵⁵⁴. Cette rationalisation signifie également une réorganisation de l'institution représentative du personnel et une concentration des attributions et des moyens qui définissent une activité représentative tournée vers la direction de l'entreprise. *L'institution unique doit ainsi adopter une approche transversale de l'entreprise. Elle permet la production d'un savoir sur toute l'entreprise. Les représentants du personnel jouent ainsi un rôle d'expert et de conseil auprès de l'employeur sans l'entraver dans sa capacité à décider rapidement pour s'adapter à son environnement économique.* A ce niveau, l'accumulation ou la confrontation des connaissances issues de l'expérience de l'élu, de la documentation de l'employeur et des

¹⁵⁵⁰ Discours de Madame Muriel Pénicaud lors de la première séance du lundi 10 juillet 2017.

¹⁵⁵¹ Etude d'impact du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avr. 2015, p. 70.

¹⁵⁵² Etude d'impact du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avr. 2015, p. 103 ; Discours de Madame Muriel Pénicaud lors de la première séance du lundi 10 juillet 2017.

¹⁵⁵³ Discours de M. Giraud, Assemblée plénière du CES, 7 sept. 1993.

¹⁵⁵⁴ C. Giraudet et C. Nicod, *Les comités sociaux et économiques dans les PME et ETI de la région Auvergne-Rhône-Alpes : une appropriation difficile*, CERCRID, déc. 2021, p. 65 ; v. également A. Naboulet et E. Prouet, *op. cit.*, p. 51 ; F. Lerais et K. Guillas-Cavan, *op. cit.*, p. 88.

savoirs spécialisés de l'expert permet la production d'un nouveau savoir censé favoriser un agir rationnel¹⁵⁵⁵.

L'intérêt de favoriser l'adaptation à la situation de chaque entreprise peut cependant être interrogé au regard de l'usage qui est fait des accords. Deux études, l'une sur les textes obtenus à la suite de la consultation du personnel dans les très petites entreprises et l'autre sur la mise en place des comités sociaux et économiques, tendent à démontrer que les accords se singularisent peu, quand on ne retrouve pas purement et simplement des séries d'accords identiques dans des entreprises juridiquement indépendantes¹⁵⁵⁶.

¹⁵⁵⁵ M. Caron, « De quelques aspects du partage du savoir en droit social », in G. Loiseau, *Mélanges en l'honneur de Pierre-Yves Verkindt*, LGDJ, 2022, p. 73.

¹⁵⁵⁶ V. C. Giraudet et C. Nicod, *op. cit.* ; C. Giraudet et C. Nicod, *Analyse des accords obtenus par référendum dans les TPE de la région Auvergne-Rhône-Alpes*, CERCRID, Rapport pour France stratégie et le comité d'évaluation des ordonnances travail, fév. 2022 ; Cette tendance à l'isomorphisme, c'est-à-dire l'adoption de règles identiques, est également développée par d'autres auteurs (A. Stévenot, « Dialogue ou monologue en sciences de gestion ? Un dilemme récurrent », in F. Géa et A. Stévenot, *Le dialogue social. L'avènement d'un modèle ?*, Bruylant, 2021, pp. 91 à 93) et analysée comme une faible capacité d'innovation et un recours à des modèles préexistants, c'est-à-dire inspirés des anciennes institutions représentatives du personnel (A. Rouyer, « Le comité social et économique au prisme de la négociation collective », in F. Géa et A. Stévenot, *op. cit.*, pp. 426 et s.).

Conclusion de partie

257. Dans cette partie, nous avons développé dans un premier temps l'évolution du régime de la négociation collective. Nous avons ainsi vu que ces réformes ont modifié l'organisation de la production des normes négociées. Cette évolution peut être qualifiée de décentralisation en ce que l'Etat habilite les organisations économiques à produire leurs propres règles par voie d'accord collectif, mais qu'au sein de ces dernières, elle permet une centralisation interne à ces organisations. Ce nouvel ordonnancement des règles de Droit se traduit par une diversification des niveaux et des thèmes de négociation, des acteurs habilités à négocier ou à valider des textes ayant la valeur d'un accord collectif et des fonctions de la négociation collective. Nous avons développé dans un second temps l'évolution du régime de la représentation du personnel, permettant la production de normes délibérées. Nous avons ainsi vu que ces réformes ont modifié l'organisation de la représentation du personnel en fusionnant les anciennes institutions représentatives du personnel et en centralisant la nouvelle institution au sein de l'organisation économique dans laquelle elle est implantée. La fusion des institutions représentatives du personnel s'est accompagnée d'une concentration des moyens et des attributions de l'institution unique et de ses élus. Ceci vise à instituer une instance transversale dans laquelle les élus ont une approche globale de l'entreprise qui permet une délibération considérée comme rationalisée.

Nous observons des points communs à l'évolution de ces deux régimes. Le premier est la tendance à la décentralisation de la production normative et à la centralisation interne aux organisations économiques. Nous avons alors pu dégager une fonction principale à cette production normative qui est la fonction d'adaptation de l'organisation économique. *L'institution du dialogue social est concomitante à l'élaboration des normes au niveau de la direction des organisations économiques, ou tout du moins à la recherche de celle-ci. Placé à ce niveau, le dialogue social peut reposer sur un échange d'information permettant d'approcher la situation globale de l'entreprise et favoriser, soit par la négociation soit par la consultation soit par les autres attributions, une prise de décision rapide et l'adoption de règles adaptées à la situation de l'entreprise.* Négociation de gestion et institution transversale, permettent toutes deux une production de normes favorisant un dialogue social, mais aussi gestionnaire et économique, apte à développer les performances de l'entreprise.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

258. A partir de ce que nous avons développé en première partie, nous pouvons poser l'hypothèse que l'institution du dialogue social signifie la décentralisation de la production normative en droit du travail. Pour étudier cette hypothèse, nous définirons la décentralisation comme passage de la production normative d'un ordre central, ou centralisé ou centralisateur, vers des ordres ou des organisations soumises à cet ordre. Nous posons une hypothèse préliminaire qui est que la décentralisation constitue le passage de la production normative d'un ordre juridique central vers une ou des organisations qui peuvent constituer des ordres juridiques. Il nous faut donc au préalable définir cette notion d'ordre juridique. Nous nous appuyons pour cela sur la définition kelsenienne du Droit. Le Droit se présente comme un ordre normatif¹⁵⁵⁷. Autrement dit, c'est un ensemble ordonné de comportements attendus des êtres humains appartenant à une même société. Ce qui caractérise un ordre juridique, c'est l'organisation « au sens le plus étroit et plus spécifique de ce mot, c'est-à-dire qu'il institue pour la création et pour l'application des normes qui le constituent des organes spécialisés » et qu'il a un « certain degré de centralisation »¹⁵⁵⁸. L'Etat est en ce sens une *organisation politique* qui constitue donc un *ordre juridique*. Il dispose à cet effet d'organes législatifs ayant pour fonction d'édicter les normes et d'organes administratifs et judiciaires chargés de les faire appliquer et sanctionner leur inapplication. Il qualifie l'Etat d'ordre normatif, et de contraintes, relativement centralisé.

Cet ordre juridique repose selon Kelsen sur une norme fondamentale¹⁵⁵⁹ qui assure son unité¹⁵⁶⁰. Cette norme fondamentale n'a pour rôle que d'instituer un ou plusieurs faits

¹⁵⁵⁷ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, LGDJ, 1962, 2^e éd., p. 39.

¹⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 281.

¹⁵⁵⁹ La nature de cette norme fondamentale fait l'objet d'un débat qu'il nous faut signaler sans le trancher et sans le développer dans notre exposé principal qui s'en trouverait alourdi sans que cela ne soit nécessaire à notre démonstration. Si pour Hans Kelsen il s'agit d'une norme supposée, pour Hart c'est au contraire une « question

créateurs de normes¹⁵⁶¹. L'ordre juridique doit donc avoir été créé « conformément à la norme fondamentale » qui l'institue¹⁵⁶². Cet ordre s'identifie à la société en tant qu'il vise à régler la conduite de ses membres, ceci peu importe que cette communauté¹⁵⁶³ soit composée de « groupes d'intérêts hostiles les uns aux autres (...) dans la mesure où leur conduite mutuelle est réglée par un seul et même ordre juridique »¹⁵⁶⁴. L'ordre est alors juridique parce qu'il est système de création, « c'est-à-dire qu'il règle lui-même sa propre création »¹⁵⁶⁵. C'est ce dernier point qui peut faire débat quant à la qualification des organisations économiques comme ordres juridiques. Nous y reviendrons.

259. La décentralisation repose selon nous sur la reconnaissance de plusieurs organisations ou ordres juridiques. Si Kelsen admet l'hypothèse pluraliste, c'est le juriste italien Santi Romano qui développe le plus complètement la théorie du pluralisme des ordres juridiques. Pour lui aussi l'Etat est un ordre juridique mais il en identifie et reconnaît qui sont *infra* étatiques, et qu'il tient pour équivalents d'ordres¹⁵⁶⁶. Tous ces ordres sont liés lorsqu'ils appartiennent à un ordre plus vaste comme peut l'être l'Etat. Ce dernier peut avoir plusieurs rapports vis-à-vis des ordres qui lui sont inférieurs. Il peut les regarder comme illicites ou les ignorer ou il peut les réglementer. A partir de ces différents rapports, on peut envisager leur relevance ou leur irrelevance. L'auteur développe que « ce qui est relevant pour le Droit étatique prend la signification que celui-ci choisit de lui donner ; ce qui est irrelevant pour ce même droit n'a d'efficacité qu'à l'intérieur de ces entités »¹⁵⁶⁷.

de fait » (H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. Van de Kerchove, Publication des facultés universitaires de Saint-Louis, 2^e éd., 2005, p. 129).

¹⁵⁶⁰ H. Kelsen, *op. cit.*, p. 195.

¹⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 197.

¹⁵⁶² *Ibid.*, p. 199.

¹⁵⁶³ Pour la traduction de l'ouvrage de Kelsen, si le terme de « collectivité » a été employé dans les pages auxquelles nous nous référons, on trouve bien dans l'index une entrée par le terme « communauté ». Or c'est ce terme que retient Nikitas Aliprantis comme traduction correcte de l'idée exprimée par Hans Kelsen (N. Aliprantis, « L'entreprise en tant qu'ordre juridique », in N. Aliprantis et F. Kessler, *Le Droit collectif du travail : questions fondamentales, évolutions récentes : études en hommage à Madame le Professeur Hélène Sinay*, Frankfurt am Main, 1994, p. 190). Dans ce même article, l'auteur appelle à s'en tenir comme Kelsen à une conception stricte de la communauté comme communauté exclusivement juridique, c'est-à-dire une pluralité de personnes régies par les normes d'un même ordre juridique (*ibid.*, p. 206).

¹⁵⁶⁴ H. Kelsen, *op. cit.*, p. 95.

¹⁵⁶⁵ N. Aliprantis, *op. cit.*, p. 194.

¹⁵⁶⁶ S. Romano, *L'ordre juridique*, trad. L. François, P. Gothot, Dalloz, 2002, § 25, p. 77.

¹⁵⁶⁷ *Ibid.*, §31, p. 95.

Il développe ainsi que « pour qu'il y ait relevance juridique, il faut que l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre ordre : cet ordre ne vaut pour cet autre ordre juridique à un titre défini par ce dernier »¹⁵⁶⁸. L'auteur distingue deux formes de relevance. Dans un rapport de relevance, les deux ordres agissent dans le même champ. Cela signifie selon une autre auteure qu'« ils doivent exercer leur pouvoir sur les mêmes personnes, les mêmes choses et avoir la même finalité »¹⁵⁶⁹. Mais l'ordre étatique n'a pas vocation à réglementer tous les aspects de la vie et des rapports individuels, c'est pourquoi il peut y avoir des cas d'irrelevance partielle. L'entreprise en est un selon lui, en ce sens que son pouvoir n'est pas reconnu comme tel par l'Etat¹⁵⁷⁰. Un auteur développe pour le cas de la France à notre époque que « les normes d'entreprise sont l'expression la plus manifeste d'un ordre juridique de l'entreprise lorsqu'elles sont édictées sans que la loi y fasse référence, c'est-à-dire sans qu'elle donne d'indication sur leur éventuelle réception »¹⁵⁷¹. On pourrait cependant le discuter au regard de la réglementation du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Il y a cependant relevance en ce qui concerne « les droits et devoirs que ces personnes prétendent voir protégés par l'Etat ou exécutés avec son concours » car ils « ne seront jamais que ceux qui dérivent des lois étatiques ou des actes juridiques que ces lois autorisent »¹⁵⁷².

260. En toute hypothèse, la technique juridique permettant la décentralisation est celle de l'habilitation dans un champ relevant de l'ordre étatique. L'habilitation est l'une des fonctions normatives d'après Kelsen. Le juriste autrichien définit l'habilitation comme le fait de « conférer le pouvoir à un individu de poser et d'appliquer des normes »¹⁵⁷³. Dans le cadre de la décentralisation, c'est l'Etat en tant qu'ordre centralisé, qui confère à d'autres individus ou personnes, physiques ou morales, de produire des normes. Cette habilitation implique le commandement. Donc si une personne est habilitée à énoncer des normes, les personnes qui sont visées par ce commandement doivent s'y conformer¹⁵⁷⁴. Les normes d'habilitation sont

¹⁵⁶⁸ S *Ibid.*, § 34, p. 106.

¹⁵⁶⁹ C. Giraudet, *Théorie de l'institution et droit du travail*, Thèse dactylographiée ; Paris Ouest Nanterre La Défense, 2014, p. 69.

¹⁵⁷⁰ S. Romano, *op. cit.*, § 45, p. 147.

¹⁵⁷¹ A. Lyon-Caen, « Le contentieux du droit souple en droit du travail », *RDT*, 2022, p. 695.

¹⁵⁷² S. Romano, *op. cit.*, § 45, p. 146.

¹⁵⁷³ H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, PUF, 1996, p. 133.

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 135.

celles qui « déterminent les conditions valables de production de normes ou de décisions juridiques »¹⁵⁷⁵. Ces normes constituent une technique d'articulation¹⁵⁷⁶. Elles ne portent pas, en droit social, sur le champ d'application, qui exclurait les conflits de normes et les interventions concurrentes, mais sur des rapports de prévalence. Le rapport de prévalence indique une « priorité accordée aux normes produites »¹⁵⁷⁷. En termes kelsenien, on pourrait dire que la norme de structure, Hart la qualifierait de norme secondaire et d'autres auteurs diraient d'organisation, autorise une norme de conduite, ou norme primaire ou substantielle, à déroger.

La décentralisation est, pensons-nous, le déplacement de la production normative d'un ordre juridique central, ou centralisé ou centralisateur, vers une organisation appartenant à ce premier ordre, qui peut ou non être qualifiée d'ordre juridique elle-même ou simplement d'organisation. Ce déplacement se ferait de l'Etat vers l'entreprise à s'en tenir à la formule communément répandue mais dont nous avons vue l'insuffisance tout au long de notre première partie. C'est pourquoi nous proposons d'analyser ce mouvement en deux temps. Dans un premier temps, nous étudierons la décentralisation dans son rapport à l'ordre juridique central qu'est l'Etat. Dans un second temps, nous étudierons la décentralisation dans son rapport à l'organisation habilitée à produire ses propres normes. Chacune de ces parties se composera d'une proposition de définition des organisations productrices de normes et de l'étude de modèles explicatifs de leurs rôles et fonctions respectives, que nous soumettrons à l'épreuve d'une vérification positive.

¹⁵⁷⁵ M. Sweeney, « Les normes d'habilitation et le Droit du travail », in M. Combet *et al.*, *Itinéraires d'un juriste*, Mélanges en l'honneur de Marc Véricel, Mare et martin, 2023, p. 375.

¹⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 388.

¹⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 393.

Titre 1 : L'institution d'un modèle de norme étatique

261. Nous avons défini la décentralisation de la production normative par l'institution du dialogue social comme le déplacement de la production normative de l'Etat vers des acteurs privés habilités à adapter le cadre normatif. Pour étudier ce mouvement, nous proposons de distinguer les deux pôles de ce déplacement. Le premier est l'ordre central, qui est ici l'Etat. Cela nous permet de définir le modèle de décentralisation signifié par l'institution du dialogue social par rapport au pôle émetteur de l'habilitation à produire des normes décentralisées.

Nous entendons dans ce titre démontrer que la décentralisation ne signifie, comme on l'admet communément en première analyse, pas un retrait de l'Etat dans la production normative. Celui-ci conserve selon nous, non seulement un rôle d'encadrement de la procédure d'élaboration des normes décentralisées, mais aussi un rôle de définition des normes substantielles. La décentralisation ne signifie pas l'indifférence de l'Etat mais son habilitation à adapter le cadre déterminé par lui, dans les limites déterminées par lui, selon les modes déterminés par lui.

Pour le démontrer, nous étudierons dans un premier chapitre le positionnement et l'action de l'Etat, c'est-à-dire que nous chercherons à déterminer quel est son rôle dans la décentralisation de la production normative. Nous développerons dans un second chapitre une étude de certains aspects du droit du travail modifiés dans cette logique, le plus souvent par des réformes concomitantes à celles instituant le dialogue social, qui forment ensemble un modèle de norme étatique particulier.

Chapitre 1 : L'Etat émetteur de l'habilitation

« Nous préférons un droit qui encadre et qui incite à un droit qui régleme »¹⁵⁷⁸

262. Nous avons défini la décentralisation comme le déplacement de la production normative d'un ordre juridique central vers des organisations qui se situent dans son périmètre. Cet ordre central c'est l'Etat. Il nous faut donc déterminer sa place dans ce mouvement de décentralisation. Il est commun de poser l'hypothèse selon laquelle il se retirerait de la production normative au profit d'acteurs privés. C'est-à-dire d'envisager la décentralisation comme l'opposition à une « conception strictement étatiste et centralisée des sources [du Droit] »¹⁵⁷⁹. Mais cela ne correspond pas à l'observation de l'évolution du Droit du travail, notamment au moyen des réformes du dialogue social, dans laquelle l'Etat occupe une place centrale.

Nous entendons démontrer dans ce chapitre que c'est l'Etat qui maîtrise ce processus de décentralisation et que, loin de s'effacer, il demeure bien présent. Suivant les positions d'autres auteurs, nous développerons comment « au sein de l'ordre juridique étatique, l'intervention des interlocuteurs sociaux est concédée par la loi »¹⁵⁸⁰ et comment la référence à l'ordre public « vise à donner l'impression que l'orchestration de la décentralisation normative demeure maîtrisée, que les instigateurs de ce mouvement le dominant, le contiennent »¹⁵⁸¹. Nous porterons notre attention sur la redistribution des pouvoirs normatifs organisée par l'Etat lui-même.

Pour cela nous étudierons dans une première section le positionnement de l'Etat dans la production normative, c'est-à-dire la place qu'il doit occuper selon divers modèles

¹⁵⁷⁸ J. Auroux, « Un nouveau droit du travail », *Dr. soc.*, 1983, p. 2.

¹⁵⁷⁹ C. Thibierge, « Sources du droit, source de droit : une cartographie », in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 526.

¹⁵⁸⁰ J. Diringier, *Les sources de la représentation des salariés. Contribution à l'étude des sources du droit*, Thèse dactylographiée, Paris Ouest Nanterre la Défense, 2012, n° 488, p. 253.

¹⁵⁸¹ T. Sachs, « L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée », *RDT*, 2017, p. 588.

explicatifs. Nous verrons à cette occasion la thèse radicale du retrait de l'Etat avant d'étudier celle de son repositionnement. Dans une seconde section, nous développerons les fondements et les modalités d'action de l'Etat en matière sociale pour déterminer lequel des modèles explicatifs proposés dans la première section est le plus adapté à l'analyse de ce mouvement.

Section 1 : Le positionnement de l'Etat

263. Avec l'institution du dialogue social, apparaît l'idée d'un « recul du modèle d'une norme légale pour tous »¹⁵⁸² voire d'une « alternative au « Tout Etat » »¹⁵⁸³. Si ce modèle recule, c'est qu'il fait l'objet de vives critiques qui conduisent à un changement dans le positionnement de l'Etat. Ces critiques émanent principalement d'analyses liées à sa crise et à la production, en réaction, de modèles de recul de la place de l'Etat que nous étudierons dans un premier paragraphe. Cependant, ces modèles explicatifs, s'ils permettent de comprendre certains choix faits dans l'évolution de ce positionnement, ne sont pas les plus aptes selon nous à l'expliquer. C'est pourquoi nous développerons dans un second paragraphe les modèles qui signifient un repositionnement de l'Etat dans la production normative.

Paragraphe 1 : L'hypothèse du retrait de l'Etat

264. L'hypothèse du retrait de l'Etat se fonde tout d'abord sur une critique de l'Etat social et l'hypothèse de sa crise. Considérant la trop grande place que l'Etat occuperait dans la réglementation des rapports sociaux, celui-ci devrait s'abstenir d'agir dans certains domaines ou avec une intensité moindre. Des critiques radicales se sont développées, défendant des modèles particularistes. Ces modèles fournissent au Législateur des modèles d'action ou un

¹⁵⁸² P.-H. Antonmattei, « Enjeux et exigences d'un droit du travail plus conventionnel », *BJT*, déc. 2019, p. 39.

¹⁵⁸³ P.-Y. Verkindt, « Derrière le contrat, le lien... », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, 2007, p. 7.

cadre argumentatif qui justifie l'institution du dialogue social pour répondre aux différentes problématiques posées.

A. Une critique de l'Etat social

265. La critique de l'Etat social provient du constat, réel ou supposé, de sa crise. Plusieurs auteurs développent que l'Etat-Providence ou social est en crise. Le Professeur Pierre Rosanvallon considère qu'il existe trois éléments qui expliquent cette crise : l'impasse financière dans laquelle serait l'Etat, son efficacité économique qui serait remise en cause et des mutations culturelles. C'est le second élément qui nous offre les éléments d'explications de la critique du rôle de l'Etat en matière sociale.

266. L'historien analyse l'Etat-Providence comme une radicalisation de l'Etat protecteur, c'est-à-dire comme un approfondissement et une extension de cette fonction de l'Etat¹⁵⁸⁴. On retrouve chez cet auteur, la même idée que chez Durkheim, à savoir que l'Etat produit ou « fait exister l'individu comme sujet »¹⁵⁸⁵. Parce que l'Etat reconnaît à l'individu des droits et libertés, il est chargé de leur protection. En cela, l'Etat moderne est d'abord un Etat protecteur. Par protection, il faut entendre qu'il réduit les incertitudes et assure la sécurité. Or les premiers droits qu'il reconnaît sont le Droit à la vie, ou à la sûreté, et le Droit de propriété, en assurant la conservation de l'individu et la reproduction de ses conditions d'existence, participent de sa sécurité.

Le passage de l'Etat protecteur à l'Etat providence « traduit au niveau des représentations de l'Etat, le mouvement dans lequel la société cesse de se penser comme un corps pour se concevoir comme un marché »¹⁵⁸⁶. Il observe différents mouvements qui conduisent à ce passage. La laïcisation conduirait ainsi à ce que l'Etat prenne la place de l'Eglise pour assurer les individus en lieu et place de la charité¹⁵⁸⁷. Les progrès

¹⁵⁸⁴ P. Rosanvallon, *La crise de l'Etat-providence*, Seuil, 1992, p. 23.

¹⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 21.

¹⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 25.

¹⁵⁸⁷ *Loc. cit.*

mathématiques ensuite, en particulier en matière de probabilités, rend les risques calculables, ce qui permet de réduire les incertitudes, de maîtriser les aléas et de mieux assurer les individus¹⁵⁸⁸. L'extension du marché enfin accroît la solidarité qui en est un « produit automatique »¹⁵⁸⁹. L'intervention de l'Etat sert à protéger l'ordre contractuel contre ses propres dérivées¹⁵⁹⁰. Il développe que « l'Etat moderne ne peut exister, en un mot, sans économie et société de marché, c'est-à-dire sans affirmation de l'individu comme catégorie économique centrale »¹⁵⁹¹. La crise de l'Etat providence est alors l'expression des limites de la solidarité qui naît de ces évolutions économiques, sociales et historiques. Cela entraîne deux principales critiques.

267. La première critique est celle de l'inflation législative et réglementaire. Il y aurait d'une part trop de normes. D'autre part ces normes seraient trop détaillées, d'où les réformes du dialogue social afin d'en « desserrer l'étoupe »¹⁵⁹². Le Droit a une fonction de normalisation des activités humaines ou d'encadrement des rapports sociaux qui conduit à corriger les dysfonctionnements par l'adoption de règles nouvelles qui comblent l'insuffisance des précédentes. De correction en correction, il y a donc un accroissement des règles d'encadrement des activités humaines. Ces corrections se font par addition aux règles qui viennent prendre en compte, en même temps qu'elles les rendent possibles, la diversification des besoins économiques et sociaux. Parmi eux, il est possible de citer la diversification des formes d'emploi comme exemple. Qu'il s'agisse du travail sur les plateformes numériques ou du télétravail, mais aussi du développement des contrats courts ou à temps partiels, ou de l'autonomisation de la gestion des emplois du temps, toutes ces évolutions en matière d'organisation du travail appellent un cadre juridique pour les définir et les encadrer. Ce qui est ici reproché à l'Etat, et par extension au Droit que ses organes produisent, c'est de vouloir anticiper un trop grand nombre de comportements, ce qui aurait un effet inhibant.

Cela amène à une critique d'un point de vue économique en ce sens qu'elle « risque de faire oublier le pendant du droit comme textes, à savoir le Droit comme impact sur la

¹⁵⁸⁸ F. Ewald, *L'Etat providence*, Grasset, 1986, p. 16 ; P. Rosanvallon, *op. cit.*, p. 25.

¹⁵⁸⁹ P. Rosanvallon, *op. cit.*, p. 32.

¹⁵⁹⁰ F. Ewald, *L'Etat providence*, Grasset, 1986, p. 450.

¹⁵⁹¹ P. Rosanvallon, *op. cit.*, p. 44.

¹⁵⁹² M. Pénicaut, Ass. nat., Première séance du lundi 10 juil. 2017.

société »¹⁵⁹³. Le Droit du travail serait en effet trop rigide, ce qui serait préjudiciable à la performance et à la compétitivité¹⁵⁹⁴. La loi entrave la compétitivité car elle descend « dans le moindre détail », ce qui ferait de la loi un « pachyderme paralysant »¹⁵⁹⁵. La quantité de texte progresse au fil de l'évolution des rapports de force et des changements de gouvernement qui « tient compte tantôt de la peine des hommes, tantôt de la nécessité d'équilibrer la concurrence »¹⁵⁹⁶. Ce qui conduit au développement de règles, parfois de manière contradictoire, notamment en matière de rémunération et de temps de travail, quitte à complexifier le Droit.

Gérard Lyon-Caen écrivait à propos du code du travail qu'il « n'est qu'une compilation maladroite : chaque article est fait de sédiments législatifs qui se substituent ou s'ajoutent à des sédiments antérieurs avec une cohérence approximative. A chaque changement de majorité politique des mesures sont adoptées conformes au programme sur lequel elle a été élue : sensibilité politique du Droit (laquelle n'est pas vraiment une surprise). La conjoncture économique dicte telle ou telle mesure temporaire qui sera ultérieurement amendée ou supprimée : influence de l'économie sur le Droit (laquelle n'est pas sérieusement niable) »¹⁵⁹⁷.

268. La seconde critique est celle de « la complexité du code du travail »¹⁵⁹⁸ pourtant reconnue comme le produit de la « complexité du monde du travail »¹⁵⁹⁹ qu'elle encadre. Que les règles rentrent ainsi dans le détail de certaines actions s'explique par la sophistication de l'organisation sociale¹⁶⁰⁰. Il existe également des phénomènes de compensations lorsque la loi

¹⁵⁹³ E. Maackay, « Droit et économie – autonomie et fertilisation », in S. Schweitzer et L. Flour, *Droit et économie - Des divergences aux convergences*, Dalloz, 2019 p. 22.

¹⁵⁹⁴ H. de Castries et N. Molfessis, *Sécurité juridique et initiative économique*, Mare et Martin, 2015 ; J. Barthélémy, « Le Droit du travail peut être aussi une technique d'organisation de l'entreprise », in *Aspects organisationnels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Jean Paillusseau*, Dalloz, 2003, p. 32 ; J. Barthélémy et G. Cette, « Améliorer le fonctionnement du marché du travail par une refondation du droit social : quelles priorités ? », Commissariat général à la stratégie et à la prospective, 2013.

¹⁵⁹⁵ J.-E. Ray, « Du tout-Etat au tout-contrat ? De l'entreprise citoyenne à l'entreprise Législateur ? », *Dr. soc.*, 2000, p. 574.

¹⁵⁹⁶ G. Lyon-Caen, « La bataille truquée de la flexibilité », *Dr. soc.*, 1985, p. 807.

¹⁵⁹⁷ G. Lyon-Caen, *Droit du travail : une technique réversible*, Dalloz, 1995, p. 5.

¹⁵⁹⁸ M. Pénicaud, Ass. nat., Première séance du lundi 10 juil. 2017.

¹⁵⁹⁹ F. Fillon, Ass. nat., Deuxième séance du jeudi 11 décembre 2003.

¹⁶⁰⁰ J.-P. Henry, « Vers la fin de l'état de droit », *Rev. du D. Public*, 1977, p. 1230.

ouvre des espaces de flexibilisation¹⁶⁰¹. C'est ainsi que la réduction du temps de travail a donné lieu à la création de régimes dérogatoires qu'il a fallu définir et pour lesquels il a fallu déterminer les limites de la dérogation et les conditions du régime dérogatoire.

Ces critiques sont développées dans certains courants de pensée qui proposent des modèles alternatifs à la teneur prescriptive. Ceux-ci peuvent ainsi avoir une influence sur le Législateur ou à tout le moins fonder un cadre argumentatif pour son action.

B. Différents modèles fondés sur une critique relativiste de l'Etat

269. Plusieurs critiques relativistes de l'Etat se sont développées. Nous en étudierons deux qui sont la critique néoclassique et la critique postmoderne de l'Etat. Nous excluons de cette analyse la critique marxiste de l'Etat. Outre qu'il ne s'agit pas d'une critique relativiste, celle-ci vise à la fois le contenu de la loi, compris comme un droit de classe qui permet à la classe dominante de défendre ses intérêts, et la forme de la loi, c'est-à-dire des conditions de production du Droit afin d'occulter les rapports sociaux de production tout en organisant leur reproduction¹⁶⁰². Dans une opération de comparaison, le Professeur Supiot identifie des points communs aux critiques marxistes et néoclassiques de la loi mais admet que « sans doute n'est-ce pas exactement la même chose d'aspirer au dépérissement du droit et de rêver de « délégalisation » »¹⁶⁰³. Nous ne développerons pas plus avant sur la critique marxiste en ce que rien dans les réformes du dialogue social, même celles menées par des majorités de gauche, ne correspond à la recherche d'abolition des rapports sociaux de production

¹⁶⁰¹ R. Vatinet, « L'ordre public », in Y. Flour et al., *Droit du travail Emploi Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu*, IRJS, 2014, p. 95.

¹⁶⁰² Pour une synthèse de cette critique, v. M. Miaille, « Critique marxiste de la loi dans l'Etat bourgeois », *APD*, XXV, 1981, p. 264 ; Pour de plus amples détails, il est possible de se rapporter aux ouvrages du même auteur M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, Maspero, 1976, 388 p. et M. Miaille, *L'Etat du droit*, PUG/François Maspero, 1978, 267 p. ; On pourra également utilement se référer aux ouvrages collectifs de M. Bourjol et al., *Pour une critique du droit*, PUG./Maspero, coll. Critique du droit, 1978, 146 p. et F. Collin, *Le Droit capitaliste du travail*, PUG., 1980, 280 p.

¹⁶⁰³ A. Supiot, « Délégalisation, normalisation et droit du travail », *Dr. soc.*, 1984, p. 296 ; Plus loin dans son article l'auteur développe qu'« au-delà de leurs oppositions manifestes, les projets de dépérissement du droit et de délégalisation ont en commun le rêve d'un monde du travail pacifié où chacun accepterait sans regimber la place qui lui est assignée par la main invisible du marché ou la main visible d'une planification intégrale » (A. Supiot, *op. cit.*, p. 304).

capitalistes quand la critique néoclassique vise au contraire leur préservation. Il nous paraît cependant intéressant d'étudier la critique post-moderne de l'Etat et de la loi, en ce qu'elle partage des points communs avec la critique néoclassique mais aussi des différences qui rendent intelligibles le fait que les réformes du dialogue social puissent avoir une orientation commune malgré les majorités politiques différentes qui les portent.

1. La critique néoclassique de l'Etat

270. La critique néoclassique est en premier lieu une critique d'ordre philosophique et économique. Nous étudierons plus particulièrement à ce sujet la critique formulée par Friedrich Hayek. Nous pourrions la résumer comme un primat donné à ce qu'il nomme ordre spontané, notamment celui du marché, sur les organisations, notamment l'Etat. Cette critique trouve des développements dans la théorie juridique que nous développerons ensuite.

a. Le primat de l'ordre spontané sur l'organisation

271. La critique néoclassique de l'Etat part d'une nécessité de réviser la théorie classique, qui est parfois qualifiée de théorie du « laisser faire laisser passer » ou libéralisme manchestérien, voire tout simplement libéralisme. Cette révision devient nécessaire en réaction à la crise économique qui aboutit au krach boursier de 1929 et en réaction au modèle des Etats planistes, en particulier ceux du bloc soviétique. Pour notre développement, nous nous concentrerons sur la théorie de Friedrich Hayek, notamment pour son travail d'analyse de concepts juridiques et pour son influence sur la pensée juridique voire pour l'influence que l'on prête à ce courant sur certaines réformes¹⁶⁰⁴.

272. Friedrich Hayek distingue deux ordres, l'ordre spontané qu'il nomme *Kosmos*, et l'organisation qu'il nomme *Taxis*. Le premier est un ordre mûri quand le second est ordre

¹⁶⁰⁴ M.-F. Bied-Charreton, « Un projet de réfection du droit du travail néo-libéral : grille d'analyse », *Dr. ouv.*, 2004, p. 161.

construit, fabriqué. Dans ces ordres, on peut retrouver le marché pour le premier, où les agents cherchent à répondre à leurs besoins selon des objectifs individuels, et l'économie pour le second qu'il définit comme « combinaison d'activités par laquelle un ensemble donné de moyens se trouve affecté selon un plan unitaire et réparti entre les diverses tâches d'après leur importance respective. L'ordre de marché ne sert nullement un tel agencement unitaire d'objectifs »¹⁶⁰⁵. L'organisation a donc un but unitaire, commun aux membres de l'organisation, qu'un ordre spontané n'a pas. Une entreprise s'identifie peu ou prou à ce que Hayek nomme une économie, car elle a un objectif unitaire qu'est la production d'un bien ou d'un service. Pour cela elle associe un ensemble de moyens matériels et humains dédiés à cette production. Le marché est en perpétuel mouvement et les agents doivent s'adapter en prenant en compte l'évolution continue des circonstances de temps et de lieux pour faire leur choix. Il évolue ainsi car les agents n'ont pas de but unitaire mais poursuivent leurs buts particuliers, il « sert la multitude des objectifs distincts et incommensurables de tous les membres individuels »¹⁶⁰⁶. Faute d'objectif unitaire à poursuivre, le marché ne pourrait donc être organisé car l'on ne peut ni anticiper ni dicter les motivations particulières des individus.

L'Etat est lui aussi une organisation qui, ainsi que le résume des auteurs se référant à l'analyse de Hayek, dispose d'une « administration censée trouver dans la science la règle d'objectivité de son jugement »¹⁶⁰⁷. L'Etat moderne s'est en effet construit dans une période de développement de la science qui fut un terreau favorable à l'émergence du rationalisme. L'Etat et le Droit légiféré apparaissent dans ce contexte comme le produit politique du rationalisme. Sa forme la plus poussée se retrouve dans les Etats planistes qui entendent encadrer scientifiquement la production et la distribution des biens. La planification repose selon ses détracteurs sur l'idée que l'on peut connaître les lois du fonctionnement de la société et de l'économie, comme l'on connaît les lois naturelles¹⁶⁰⁸, et que l'on peut par conséquent

¹⁶⁰⁵ F. A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, trad. R. Audouin, PUF, 2007, p. 530.

¹⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 531.

¹⁶⁰⁷ P. Coppens et J. Lenoble, « Les enjeux d'une question : théorie du droit et de l'Etat, théorie de la norme et procéduralisation contextuelle », in P. Coppens et J. Lenoble, *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruylant, 2000, p. 5.

¹⁶⁰⁸ Les théoriciens néoclassiques développent souvent une théorie de la connaissance avant de développer une théorie de l'Etat et de l'économie. Ces théories de la connaissance reposent alors sur la difficulté, voire l'impossibilité, de connaître le monde qui nous entoure, donc de l'organiser rationnellement. Faute de pouvoir organiser le monde dans lequel nous vivons, nous devons le laisser se développer selon des mécanismes spontanés qui, dans une société, sont le produit de la liberté individuelle. La théorie de la connaissance hayekienne distingue ainsi la connaissance scientifique de la connaissance des circonstances particulières de temps et de lieux. Le rationalisme promeut la première alors qu'elle ne permet pas de comprendre les choix qui sont faits par les individus. L'action suppose une connaissance non scientifique qui ne répond pas à des lois

les encadrer, les normer par une autorité extérieure. Dans une moindre mesure l'Etat social, qui peut pratiquer la planification également, se serait construit sur un « modèle de « l'ingénieur social » »¹⁶⁰⁹ en intervenant sur les actions des individus. La législation sociale selon Hayek conduirait à privilégier ou à modérer l'influence de certains groupes sur d'autres. Ainsi elle dirigerait l'activité privée en imposant une règle générale qui impose la poursuite d'un objectif d'organisation à tous les individus¹⁶¹⁰. Cependant « les tentatives de « corriger » l'ordre de marché conduisent à sa destruction »¹⁶¹¹.

273. Cette critique repose sur l'individualisme méthodologique qu'un commentateur résume ainsi : « un agent n'est rationnel que si son action est rationnelle. Et celle-ci n'est rationnelle que si elle constitue la *meilleure* réponse aux croyances de l'agent en satisfaisant ses objectifs dans un contexte de contrainte »¹⁶¹². Il s'agit de faire correspondre la rationalité de l'action avec son optimisation. Un individu va sur un marché pour répondre à un besoin et fera le choix le plus optimal pour lui, ce qui lui rapporte le plus et lui coûte le moins. Il faut cependant prendre en compte que cette action est « fondée sur la rationalité optimisatrice non coopérative »¹⁶¹³. Dans « cette ignorance nécessaire et irrémédiable où se trouve tout le monde »¹⁶¹⁴, l'agent doit s'adapter et prendre ses décisions avec les connaissances qu'il a à sa disposition dans des circonstances qui évoluent et auxquelles il doit s'adapter. Ces connaissances il les acquièrent par un processus d'apprentissage pragmatique. Les individus apprennent les règles de juste conduite par imitation et sélection des gestes qui leurs permettent d'atteindre de façon optimale leur objectif. L'apprentissage ne passe pas par un discours abstrait mais par la perception de son environnement sans connaître l'ensemble des informations qui le composent. L'abstraction, dont fait partie la formulation d'une règle générale, n'est pas apte à déterminer la conduite optimale dans des circonstances de temps et

accessibles à notre intelligence. Ni un individu, ni une autorité centrale ne saurait acquérir toutes ces connaissances afin de faire les choix les plus efficaces.

¹⁶⁰⁹ P. Coppens et J. Lenoble, *op. cit.*, p. 10.

¹⁶¹⁰ F. A. Hayek, *op. cit.*, p. 316.

¹⁶¹¹ *Ibid.*, p. 593.

¹⁶¹² P. Coppens et J. Lenoble, *op. cit.*, p. 12.

¹⁶¹³ O. Favereau, « La procéduralisation du droit et la théorie économique », in P. Coppens et J. Lenoble, *op. cit.*, p. 161.

¹⁶¹⁴ F. A. Hayek, *op. cit.*, p. 76.

de lieux qu'il n'est pas possible d'anticiper. Son respect peut donc entraver une telle adaptation.

Le marché permet ainsi de coordonner l'action des agents grâce à la fonction signalisatrice du prix. Un auteur résume ainsi la coordination possible dans une économie de marché : « la solution du problème de la coordination, dans une économie de marché, ne requiert pas la notion de règle ; la notion de prix suffit ou peut suffire »¹⁶¹⁵. Faute de posséder toutes les connaissances, nous pouvons sur les marchés utiliser un agrégat qui cristallise une somme de connaissances que nous n'avons pas. Cet agrégat c'est le prix, qui a une « fonction signalisatrice »¹⁶¹⁶. Par son évolution, en nous informant du cours du marché, il nous signale des changements de circonstances à prendre en compte pour agir de manière optimale. Ce serait donc l'outil de coordination optimal pour les auteurs néoclassiques. Mais il existe d'autres outils de coordination, comprenant autant d'informations à prendre en compte pour les agents, que le même auteur regroupe comme s'ensuit. Les règles peuvent être intériorisées, comme les valeurs et normes éthiques, imposées¹⁶¹⁷, comme les lois et règlements, et négociées, comme les contrats¹⁶¹⁸. Tout ceci va influencer sur les prix, ce sont autant de connaissances auxquelles l'agent n'a pas accès mais qui lui sont signalées par le prix. Pour faire leur choix ou adopter le comportement optimal, les agents bénéficient de la concurrence. Celle-ci leur permet de faire le choix le plus efficace et « oblige les gens à agir rationnellement pour pouvoir subsister »¹⁶¹⁹. Ce régulateur est donc nécessaire à la reproduction des conditions d'existence du marché.

274. Les néoclassiques n'excluent cependant pas toute intervention de l'Etat contrairement aux théories classiques. Il a alors un rôle de « réparateur de marché »¹⁶²⁰. Les théories néoclassiques prennent en effet en compte la crise boursière de 1929 et révisent la théorie libérale. Le libéralisme aurait conduit à cette crise car la concurrence conduirait à la constitution de monopoles ou d'oligopoles qui annihilent la concurrence. Il faut préciser que

¹⁶¹⁵ O. Favereau, *op. cit.*, p. 157.

¹⁶¹⁶ F. A. Hayek, *op. cit.*, p. 913.

¹⁶¹⁷ On relèvera à nouveau la grammaire de la rigidité associée aux normes étatiques.

¹⁶¹⁸ O. Favereau, *op. cit.*, p. 158.

¹⁶¹⁹ F. A. Hayek, *op. cit.*, p. 751.

¹⁶²⁰ O. Favereau, *op. cit.*, p. 164.

Hayek ne partage pas ce postulat quoiqu'il soit répandu dans le courant néoclassique¹⁶²¹. La constitution d'un monopole se fait selon lui car l'économie devenue monopole a été plus efficace que ses concurrents et ont su produire à moindre coût. Ils sont donc légitimes, du fait de leur efficacité, pour autant qu'ils n'empêchent pas la constitution de nouvelles économies qui fassent aussi bien ou mieux. Le monopole est donc légitime tant qu'il ne cherche pas à conserver sa position¹⁶²².

Si l'Etat doit bien réguler ce phénomène chez les néoclassiques en général, chez Hayek en particulier le problème est celui de l'égoïsme des groupes qui demandent l'intervention de l'Etat. Il traite en particulier des organisations syndicales. Il établit à ce sujet une sévère critique de la liberté d'association en raison de ses effets sur la formation des prix et la contrainte qu'elles permettent, par leur action organisée comme le recours à la grève, d'imposer aux agents sur le marché¹⁶²³. L'Etat doit donc veiller à conserver la « flexibilité décentralisée propre au marché concurrentiel »¹⁶²⁴ qui permet à cet ordre spontané de se réguler. Il peut donc intervenir pour autant que son intervention n'impacte pas la formation des prix et le libre jeu de la concurrence, mais au contraire serve à les préserver.

La proposition de Hayek est ainsi résumée par un commentateur. Il s'agirait d'une part de « resserrer le Droit autour de principes fondamentaux » et d'autre part de « restituer au juge sa place centrale dans l'ordre juridique »¹⁶²⁵. Les principes fondamentaux visés doivent être « des abstractions pratiques, et non des construits juridiques »¹⁶²⁶ qui permettent au juge d'adapter et de perfectionner la législation. Le juge joue en effet un rôle central dans la philosophie hayekienne pour laquelle il s'agit d'une institution propre à l'ordre spontané. Ce qui doit guider le juge « n'est pas la connaissance de ce dont la société entière a besoin à un moment donné, mais seulement ce que requièrent les principes généraux sur lesquels repose le fonctionnement de l'ordre de la société »¹⁶²⁷. Hayek ajoute que la règle ne doit pas chercher à

¹⁶²¹ V. par ex. le philosophe lyonnais Louis Rougier *infra* en note 2255.

¹⁶²² F. A. Hayek, *op. cit.*, p. 759.

¹⁶²³ F. A. Hayek, *op. cit.*, p. 771.

¹⁶²⁴ L. Thévenot, « Actions et acteurs de la procéduralisation », in P. Coppens et J. Lenoble, *op. cit.*, p. 174.

¹⁶²⁵ D. Terré, « Chapitre III Procéduralisation et société », in D. Terré, *Les questions morales du droit*, PUF, 2007, p. 297.

¹⁶²⁶ D. Terré, *op. cit.*, p. 297.

¹⁶²⁷ F. A. Hayek, *op. cit.*, p. 218.

anticiper des situations que l'autorité centrale qui la définit ne peut connaître mais seulement la « concordance entre des actions de personnes différentes »¹⁶²⁸ et qu'en cas de litige le juge contribue au « processus d'adaptation de la société aux circonstances »¹⁶²⁹. Il serait en effet plus à même de considérer les circonstances qui ont conduit les agents à adopter tel ou tel comportement et ainsi adapter la règle à ces circonstances. Or c'est tout le rôle attribué aux abstractions juridiques qui visent à intégrer des comportements divers pour anticiper les litiges et les solutions à y apporter. Mais pour ces théories « l'abstraction disqualifie d'avance les processus d'intercompréhension herméneutiques et pragmatique des participants »¹⁶³⁰, ce qui signifie que « lorsque les règles de droit sont sélectionnées par la pratique, et non par la politique, l'interrogation sur leur fécondité est vaine »¹⁶³¹. Il y a donc une opposition entre l'abstraction de la règle étatique, c'est-à-dire l'acte de législation comme produit politique et rationnel, et la définition pragmatique d'une règle jugée plus efficace car choisie par les acteurs qui la mobilisent. Dans les rapports humains, l'approche pragmatique privilégie donc la règle spontanée sur l'abstraction.

b. Influences et relais doctrinaux

275. Le principal relai doctrinal est le courant dit de l'analyse économique du Droit. Fondé sur la thèse du Professeur de droit de l'Université de Chicago Richard Posner, ce courant se développe particulièrement dans les pays anglo-saxons. Certains auteurs estiment que « les juristes français restent dans une large mesure insensibles »¹⁶³² à cette théorie. Cela peut s'entendre du fait du poids du positivisme dans le discours des juristes français, que l'analyse économique du droit critique en ces termes pour définir son rôle qui est « de ranimer la doctrine, qui a eu tendance à sombrer dans un positivisme sans avenir et de le rappeler à sa

¹⁶²⁸ *Ibid.*, p. 264.

¹⁶²⁹ *Ibid.*, p. 274.

¹⁶³⁰ D. Terré, *op. cit.*, 2007, p. 273.

¹⁶³¹ S. Schweitzer, « Droit et économie : du divorce à la réconciliation », in S. Schweitzer et L. Flour, *op. cit.*, 2019 p. 45.

¹⁶³² A. Lyon-Caen, « A propos de l'adjectif « économique » dans la langue du droit », in A. Jeammaud, *Le Droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, 2005, p. 137.

mission noble, qui est de mettre en lumière les fondements du Code et de montrer la voie des adaptations aux réalités nouvelles »¹⁶³³. Quoiqu'il puisse y avoir une opposition au positivisme dominant de la doctrine, des éléments discursifs de ce courant se retrouvent dans le discours des juristes et en particulier dans la littérature grise qui vise à influencer le sens des réformes menées en droit du travail.

Un auteur la définit encore comme s'ensuit, « elle part de la prémisse que les instruments d'analyse auxquels on fait appel pour comprendre le « droit économique » sont également applicables à d'autres branches du droit. Elle propose donc, à partir d'une conception de l'être humain et de ses rapports avec les autres, une relecture de l'ensemble du droit (...). Cherche à remonter à la raison d'être des institutions juridiques. Elle postule qu'elles exhibent une rationalité sous-jacente uniforme et propose les outils conceptuels pour la mettre au jour »¹⁶³⁴.

Si des auteurs appartenant à ce courant se défendent de pouvoir être identifiés aux thèses néoclassiques¹⁶³⁵, leurs principaux développements font de nombreuses références aux travaux de Friedrich Hayek que nous évoquions précédemment et s'approprient une part substantielle de concepts et d'éléments discursifs de ses travaux¹⁶³⁶. Nous en voulons pour preuve l'analyse faite d'une thématique comme l'impact de la définition par l'Etat d'un salaire minimum garanti sur l'établissement des prix du marché. Rappelons-nous l'importance de la fonction signalisatrice du prix dans la théorie hayekienne avant de lire ces mots d'Ejan Mackaay qui développait qu'« une intervention dans les prix, telle la fixation du salaire minimum garanti, réoriente les décisions de ceux qui se fient à eux en tant que signaux »¹⁶³⁷. Cela démontre pour cet auteur que l'Etat, en particulier l'Etat social, se caractérise par l'attention portée à la satisfaction des intérêts particuliers de quelques groupes¹⁶³⁸. Ce faisant,

¹⁶³³ E. Mackaay, « L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes », in B. Deffains, *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, p. 31.

¹⁶³⁴ E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2^e éd., 2008, p. 6.

¹⁶³⁵ S. Schweitzer et L. Floury, *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, PUAM, 2015, p. 162.

¹⁶³⁶ *Ibid.* ; v. également E. Mackaay et S. Rousseau, *op. cit.*, p. 40.

¹⁶³⁷ E. Mackaay et S. Rousseau, *op. cit.*, p. 5 ; On retrouve la même idée sous la plume de la Professeure Frison-Roche lorsqu'elle écrit que « la seule information qui doit être disponible pour les agents est l'information sur les prix » pour développer le rôle de l'ordre public économique (M.-A. Frison-Roche, « Les différentes natures de l'ordre public économique », *APD*, LVIII, 2015, p. 110).

¹⁶³⁸ « Si certains groupes gagnent et d'autres perdent par suite d'une mesure législative, il s'agit de savoir qui a l'oreille de la gent politique (...). On voit, en tout cas, qu'une « cause » d'intérêt général est utilisée comme couverture de la poursuite d'intérêts particuliers. » (E. Mackaay et S. Rousseau, *op. cit.*, p. 4).

l'Etat trouble la procédure de découverte des règles de juste conduite permise par la concurrence notamment pour définir le prix¹⁶³⁹. Sur le plan des concepts et des analyses, on pourrait encore citer la conception de la concurrence comme procédure de découverte des règles de juste comportement ou encore les distinctions entre ordre spontané et organisation ou entre droit et législation.

On retrouve également la posture épistémologique, celle de l'individualisme méthodologique. Cette théorie postule que la fixation des prix repose sur la rareté ou l'abondance d'un bien. La rareté susciterait la création d'institutions pour y faire face ainsi que l'entreprise pour faire de nouvelles découvertes et dépasser cette rareté d'un bien. La rareté est conçue comme un élément subjectif, en ce sens que la chose est rare selon l'usage qu'en a l'utilisateur. Ce qui permet donc le commerce. Cette rareté se révélerait par le conflit car celle-ci devient rare quand il n'y en a plus assez, provoquant une concurrence dans les usages. L'Etat et le Droit sont donc une réponse à cette rareté.

Elle postule ensuite des modèles de choix rationnels qui permettent une adaptation aux changements de circonstances. Ces modèles fournissent des généralisations, des conduites prévisibles que les règles servent à orienter et qui permettent aux autres individus d'anticiper ces choix. Elle postule ensuite l'incertitude. Face à cette dernière, les institutions permettent de gérer les risques, voire de les transférer. L'individualisme méthodologique en est la conclusion, c'est-à-dire que cette gestion de la rareté suppose l'étude des interactions des individus qui agissent selon des intérêts particuliers indépendants de ceux des groupes qu'ils composent.

276. L'analyse économique du droit vise trois *applications*¹⁶⁴⁰ ou trois *niveaux d'analyse*¹⁶⁴¹. La première est de « déterminer les principales conséquences d'un changement législatif »¹⁶⁴², c'est-à-dire de définir les effets de la règle nouvelle. La deuxième est de « mettre au jour la raison d'être des institutions du droit privé et, par là même, montrer leur unité profonde »¹⁶⁴³, c'est-à-dire son fondement qui est, selon ce courant, la maximisation des

¹⁶³⁹ E. Mackaay et S. Rousseau, *op. cit.*, p. 115.

¹⁶⁴⁰ Terme employé dans E. Mackaay, « L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes », *op. cit.*

¹⁶⁴¹ Terme employé dans E. Mackaay et S. Rousseau, *op. cit.*

¹⁶⁴² E. Mackaay, « L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes », *op. cit.*, p. 13.

¹⁶⁴³ *Loc. cit.*

gains obtenus par des règles efficaces économiquement. La troisième application est normative, il s'agit de « former un jugement éclairé sur le caractère souhaitable d'un changement proposé du droit ou sur le choix entre des conclusions juridiques opposées dans un cas précis »¹⁶⁴⁴, ceci afin de définir la règle souhaitable.

Celle-ci postule que les juristes ont une approche rétrospective, tournée vers la prévisibilité du dommage, tandis que les économistes auraient une approche prospective, tournée vers la comparaison des effets incitatifs. Ejan Mackaay résume les deux conceptions en écrivant que « le propre du droit est de fournir des règles pour éviter ou résoudre des conflits pouvant intervenir entre individus et ainsi de leur permettre de coordonner leurs actions. Pour que les règles puissent jouer ce rôle, elles doivent être accessibles et compréhensibles, sans contradiction (cohérence) et sans lacune, et relativement stables (certitude du droit) (...). La science économique, par contraste, s'affaire à expliquer et à prédire les choix que feront les individus lorsque la rareté des objets, du temps de chacun ou des informations disponibles les oblige à choisir. Les règles interdisant ou imposant certaines conduites modifient les avantages et les coûts auxquels font face les individus voulant s'engager dans de telles conduites et cela pourra changer l'option qui leur paraîtra la meilleure. La modification des règles entraînera une modification du comportement des individus qui sont assujettis »¹⁶⁴⁵. L'une et l'autre discipline se fondent donc sur la praxéologie, c'est-à-dire l'étude de l'*agir humain*¹⁶⁴⁶, mais l'économie étudie le médium du marché pour réguler les relations entre individus, ce que Hayek nomme catallaxie, tandis que le Droit s'intéresse à celui des règles. Autrement dit « l'économiste explique pourquoi il se produit et le juriste comment il se produit »¹⁶⁴⁷. L'analyse économique du droit vise à comprendre leurs interactions et comment un changement du droit peut influencer un changement sur les marchés, le cadre du « comment » pouvant influencer sur le « pourquoi » en incitant ou, à l'inverse, en décourageant l'action.

277. L'analyse économique du droit correspond également à une méthode. Celle-ci se résume dans quatre verbes : dégager, identifier, introduire et effectuer. Dégager la structure incitative en ce sens que « l'analyse économique du droit part de l'idée que les règles

¹⁶⁴⁴ *Loc. cit.*

¹⁶⁴⁵ E. Maackay, « Droit et économie – autonomie et fertilisation », *op. cit.*, p. 11.

¹⁶⁴⁶ S. Schweitzer, *op. cit.*, p. 40.

¹⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. 39.

entraînent des coûts pour les intéressés et qu'un changement de règle les incitera à modifier leur comportement de manière à réduire l'incidence de ces coûts »¹⁶⁴⁸. Il faut pour cela connaître la théorie micro-économique, la théorie des jeux et la théorie des choix collectifs afin de se fonder sur les modèles de comportements établis par les économistes. Identifier la raison d'être des institutions, pour pouvoir la mettre au jour comme y prétend sa deuxième application. En déterminant les objectifs sous-jacents, l'on peut identifier la règle qui permettra d'agir au meilleur coût, en réduisant les risques de perte. Introduire les coûts de transaction et autres sources de friction¹⁶⁴⁹, notamment dans la comparaison des institutions, ce qui permettrait d'analyser les correctifs adoptés et de savoir s'ils atteignent leurs buts. Cela permet de répondre à la question de la réduction réelle ou non du coût par l'adoption d'une nouvelle règle. Effectuer des analyses empiriques, celles-ci peuvent se faire sur la base d'observations ou de statistiques.

Cette théorie ramène le Droit à des impératifs économiques, la plupart du temps supposés et sans fondement scientifique, là où le Droit vise à civiliser les rapports sociaux, comme il peut le faire en particulier en matière de conditions de travail en énonçant la primauté de l'« adaptation du travail à l'homme »¹⁶⁵⁰ et non l'inverse. Un auteur résume ainsi le postulat de ce courant, « tant que l'essentiel du droit du travail est d'origine légale, il constitue un obstacle à l'efficacité économique »¹⁶⁵¹ et ce serait la raison pour laquelle « en droit du travail, la loi peut encore moins tout décider parce que les situations sont terriblement diverses, terriblement mouvantes, terriblement factuelles »¹⁶⁵².

¹⁶⁴⁸ E. Mackaay, « L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes », *op. cit.*, p. 27.

¹⁶⁴⁹ Les frictions sont ici définies sur le modèle de la physique comme une influence disproportionnée des groupes organisés dans l'adoption de la règle (E. Mackaay et S. Rousseau, *op. cit.*, p. 598.

¹⁶⁵⁰ Art. L. 4121-1 du Code du travail.

¹⁶⁵¹ Y. Leroy, « La négociation collective sans négociation : coup de maître ou hérésie ? », *Dr. soc.*, 2020, p. 854.

¹⁶⁵² L. Pécaut-Rivolier, « Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail », *RDT*, 2016, p. 791

2. La critique postmoderne de l'Etat

278. L'Etat et le Droit post-moderne se conçoivent en opposition à l'Etat et au droit moderne, quand bien même ces derniers comprennent les conditions d'émergence des premiers. Dans ces théories, la modernité se caractérise par la rationalité qui provient de la conjonction de trois éléments : le développement scientifique et technique, la concentration des moyens de production et la bureaucratisation. La *Raison* est appelée à produire un droit caractérisé par la systématité, la généralité et la stabilité¹⁶⁵³. Ces caractéristiques font de la *Raison* un modèle de référence, qui permet l'universalisme, et du droit moderne un véhicule de la rationalité, notamment par son mode de raisonnement déductif. Mais face à la mondialisation et au déclin de l'Etat-Providence, la conception moderne de l'Etat et du droit, ainsi que le primat de la *Raison* sont remis en cause. La *Raison* comme source d'efficacité aurait conduit à la perte d'identité et à la dissolution des liens communautaires dans une « société contemporaine [qui] est caractérisée par la complexité, le désordre, l'indétermination, l'incertitude »¹⁶⁵⁴. Concomitamment à ce phénomène, le paradigme du réseau deviendrait dominant face aux conceptions pyramidales qui présidaient jusqu'alors. Notamment en matière juridique avec la théorie kelsenienne.

279. Deux éléments permettent d'expliquer la crise de l'Etat dans la théorie post-moderne. Le premier est le déclin de l'Etat-Providence car « l'interventionnisme économique provoquerait le dérèglement des mécanismes délicats de l'économie de marché »¹⁶⁵⁵. La mondialisation est le second élément permettant d'expliquer la crise de l'Etat moderne. L'internationalisation des échanges après la Seconde Guerre mondiale a permis le développement des échanges internationaux et l'homogénéisation des modes de vie. Cette mondialisation s'accompagne de la globalisation financière caractérisée par les trois « D » : déréglementation, décloisonnement et désintermédiation. Les Etats se retrouvent concurrencés dans l'ordre international par différents acteurs : les firmes multinationales, les organisations non gouvernementales et les réseaux transnationaux. Les Etats sont dans ce nouvel ordre contraints de s'intégrer dans des espaces régionaux comme le marché commun européen ou le

¹⁶⁵³ J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, coll. Droit et société, 2017, p. 127 ; V. également S. Goyard-Fabre, « Les craquements de l'édifice étatique », *APD*, LVIII, 2015, p. 339.

¹⁶⁵⁴ J. Chevallier, *op. cit.*, p. 15.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 28.

MERCOSUR en Amérique latine. Le Professeur Supiot écrit à ce sujet que « le projet de globalisation est celui d'un Marché total, peuplé de particules contractantes n'ayant entre elles de relations que fondées sur le calcul d'intérêt. Ce calcul, sous l'égide duquel on contracte, tend ainsi à occuper la place jadis dévolue à la Loi comme référence normative »¹⁶⁵⁶.

280. Du rôle d'organisateur attribué à l'Etat moderne, ou « Etat producteur »¹⁶⁵⁷, en particulier à l'époque de l'Etat-Providence, on passe dans l'Etat post-moderne à un rôle de superviseur, ou « Etat régulateur »¹⁶⁵⁸. Il abandonne la planification ou encore les outils monétaires au profit de mécanismes d'autorégulation des acteurs ou de corégulation entre les acteurs et l'Etat. La régulation « présuppose l'existence de marchés ouverts, dans lesquels des opérateurs, disposant d'une capacité d'action autonome, déploient des stratégies concurrentielles ; la régulation vise seulement à assurer le maintien d'un équilibre d'ensemble par l'établissement de certaines règles (...). L'Etat ne se pose plus en acteur mais en arbitre du jeu économique »¹⁶⁵⁹.

De là, on peut développer la crise du Droit, entendu ici comme un produit de l'Etat, comme un « instrument d'action »¹⁶⁶⁰. La crise de la modernité juridique a deux sources d'après un auteur. La première est la rationalisation du droit permise par la laïcisation qui a autonomisé le Droit de l'Eglise et de ses conceptions jusnaturalistes et l'unification du droit progressive par la substitution des ordonnances royales à la diversité du droit coutumier. La rationalisation dans le Droit procède de la remise en cause du subjectivisme par la doctrine positiviste selon laquelle le Droit dépend du groupe social et non de droits naturels rattachés à l'essence de l'Homme. Cette rationalisation du Droit est caractérisée par sa systématité, c'est-à-dire qu'il est « totalité cohérente, « ordre » unitaire »¹⁶⁶¹, sa généralité, permise par le recours à des concepts abstraits, et la stabilité, permise par la permanence des normes. La seconde est le règne de l'individu postulé par la modernité. L'individu préexiste à l'Etat, ce

¹⁶⁵⁶ A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, 2015, p. 15.

¹⁶⁵⁷ J. Chevallier, *op. cit.*, p. 829.

¹⁶⁵⁸ *Loc. cit.*

¹⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 78.

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 131.

¹⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 127.

dernier étant le produit du contrat social. Mais face à la constitution de cet Etat, l'individu doit disposer de droits face au pouvoir de cette entité qui le surplombe.

Avec la post-modernité « un nouveau modèle tend à émerger, celui d'un « droit en réseau », dans lequel le champ juridique se présente sous la forme d'une multitude de points en interrelations (...) ; ouvert, flexible, labile, le Droit tend à devenir le produit aléatoire d'un ensemble de systèmes en interaction »¹⁶⁶². Le Droit post-moderne est assis sur une « relativité généralisée ». Celle-ci est liée à l'explosion de la technique juridique et au phénomène de juridicisation. L'inflation normative crée plus de sources de contentieux et accroît le rôle du juge qui, par son interprétation, développe le Droit. Mais le juge est aussi un dispositif de régulation qui permet d'éliminer les contradictions éventuelles. Il joue un rôle d'agent d'unification avec la doctrine¹⁶⁶³.

Le Droit post-moderne procède également d'un éclatement de la régulation juridique qui trouve sa source dans la multiplicité des foyers de droit, là où la conception moniste du droit moderne n'admet qu'un seul foyer : l'Etat¹⁶⁶⁴. On trouve ainsi le Droit extra-étatique, conçu de manière différente par rapport à la conception moderne du droit international qui conserve l'Etat comme émetteur unique de règles de droit, qui peut être le produit d'opérateurs économiques établissant des règles sans recourir à la médiation étatique comme l'arbitrage, « devenu le procédé normal de règlement des différends commerciaux internationaux »¹⁶⁶⁵. On trouve également dans ces foyers le Droit supra-étatique, produit d'un ordre international, qu'il soit conventionnel ou non. On trouve également le Droit paraétatique qui se traduit par une régulation par les organismes professionnels eux-mêmes en matière économique ou par les normes d'origine conventionnelle en matière de relations sociales. On trouve enfin le Droit infra-étatique, celui des autorités locales permis par la décentralisation. Parmi ces espaces de réglementation, l'entreprise apparaît comme un « domaine d'élection du droit souple »¹⁶⁶⁶.

¹⁶⁶² *Ibid.*, p. 135.

¹⁶⁶³ *Ibid.*, p. 835.

¹⁶⁶⁴ *Loc cit.*

¹⁶⁶⁵ *Ibid.*, p. 159.

¹⁶⁶⁶ L. Cytermann et J. Richard, « Le Droit souple dans la vie de l'entreprise et de la fonction publique : une tension féconde avec le Droit dur », *Dr. soc.*, 2014, p. 402.

281. Le rôle de l'Etat est alors d'ordonner ce pluralisme. Demeure une hiérarchisation des différents niveaux. L'Etat conserve une place en matière d'incorporation des autres normes par l'Etat lui-même via les politiques d'harmonisation comme dans le cadre de l'Union européenne. Cette harmonisation s'obtient « par rapprochement allant jusqu'à l'émergence de « principes communs » »¹⁶⁶⁷ mais procède également d'une mise en concurrence des normes pour déterminer laquelle est la plus efficace économiquement. Il y a donc une démarche pragmatique par la volonté d'actions sur le réel. En cela elle oppose l'efficacité de la post-modernité à la rigidité de la modernité. Cela passe en droit par la contractualisation qui permet de s'émanciper des contraintes institutionnelles. C'est un « moyen de coopération d'un ensemble d'acteurs »¹⁶⁶⁸ permis par « la reconnaissance de la marge d'autonomie dont disposent les divers acteurs sociaux »¹⁶⁶⁹. L'auteur écrit ainsi qu'« emblématique de la post-modernité juridique : le contrat illustre en effet l'existence de relations fondées, non sur l'autorité et la contrainte, mais sur l'accord des volontés »¹⁶⁷⁰.

Cette théorie trouve des prolongements chez les juristes. L'éclatement ou le pluralisme dans les sociétés conduirait au relativisme de la règle de droit¹⁶⁷¹. Pour répondre à l'éclatement des sociétés, à leur hyperindividualisation, la norme doit être plus accessible. L'Etat libéral et l'Etat social n'étant plus aptes à orienter efficacement les faits sociaux, la règle générale, en ce qu'elle est « contestée au nom de son incapacité à rendre compte de la complexité du réel et donc à le façonner »¹⁶⁷², doit pouvoir s'adapter par des dispositions particulières. L'individu est considéré comme un « réseau de subjectivités toujours plus complexe »¹⁶⁷³ dans lesquelles ce n'est pas le modèle étatique qui norme le comportement des individus mais la répétition qui permet de réguler les interactions¹⁶⁷⁴.

¹⁶⁶⁷ J. Chevallier, *op. cit.*, p. 174.

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*, p. 177.

¹⁶⁶⁹ *Ibid.*, p. 178.

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 175.

¹⁶⁷¹ P. Maisani et F. Wiener, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit et société*, n° 27, 1994, p. 444 ; v. également en introduction générale l'hypothèse du Droit construit au paragraphe n° 17.

¹⁶⁷² *Ibid.*, p. 447.

¹⁶⁷³ B. de Sousa Santos, « La transition post-moderne : droit et politique », *RIEJ*, 1990/1, p. 104.

¹⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 111.

282. Le contrat est la principale figure de la régulation ou de la gouvernance¹⁶⁷⁵, il permet en effet d'avoir des « procédés formels de coordination »¹⁶⁷⁶. La contractualisation, notamment lorsqu'elle se fait avec l'Etat lui-même, permet de mener une politique d'harmonisation tout en laissant une part d'autonomie aux acteurs. Cette démarche pragmatique se traduit par la production d'un droit négocié, c'est-à-dire « fruit d'une délibération collective »¹⁶⁷⁷, qui aboutirait à un droit souple. Le Droit post-moderne n'est plus caractérisé par la contrainte, qui « n'est plus la seule marque de la juridicité »¹⁶⁷⁸ d'après l'étude de 2013 du Conseil d'Etat. Ce droit, qualifié de *soft law*, est ainsi traduit en France de trois façons qui désignent les trois caractéristiques que le terme *soft* peut signifier. C'est un droit flou, en ce qu'il manque de précision, un droit doux, en ce qu'il ne comporte pas d'obligation, et un droit mou, en ce qu'il n'est pas sanctionné¹⁶⁷⁹. Plusieurs éléments auraient conduit à son développement, à « une métamorphose du rapport à l'autorité (...) caractérisée par la soumission et la contrainte, s'est en partie substituée une autorité soucieuse de légitimer son action, ouverte au dialogue, et en quête de l'adhésion de ses destinataires »¹⁶⁸⁰ et la généralisation de « certains concepts, tels que ceux de flexibilité et de complexité »¹⁶⁸¹.

Contrairement à la construction du Droit qualifié de dur, celui de l'Etat moderne, est spontané ou délibéré¹⁶⁸². Quant à sa valeur normative, c'est-à-dire la force qu'y accorde l'émetteur, et à sa portée normative, c'est-à-dire la force qu'y accorde le destinataire, et sa garantie normative, c'est-à-dire les dispositifs permettant l'application effective, elles sont évolutives, en raison de sa forte codétermination par le juge et par ses destinataires¹⁶⁸³. En cela il est adaptable et permet de prendre en compte l'évolution des circonstances. Des membres du Conseil d'Etat considèrent ce droit « plus aisément modifiable que le Droit dur et

¹⁶⁷⁵ V. L. Rouban, « Les paradoxes de l'Etat postmoderne », *Cités*, 2004, p. 13.

¹⁶⁷⁶ J. Chevallier, *op. cit.*, p. 843.

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 834.

¹⁶⁷⁸ J.-M. Sauvé, *Le Droit souple*, Rapport du Conseil d'Etat, 2013, p. 5.

¹⁶⁷⁹ C. Thibierge, « Le Droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 599.

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 600.

¹⁶⁸¹ *Loc. cit.*

¹⁶⁸² *Ibid.*, p. 608.

¹⁶⁸³ *Ibid.*, p. 611.

plus apte à épouser les situations pratiques »¹⁶⁸⁴. Sa souplesse, ou sa flexibilité, serait ainsi plus apte à assurer la fonction d'adaptation du droit. Mais cette juridicité suppose la médiation étatique¹⁶⁸⁵.

Si la source première de la post-modernité est une remise en cause profonde de la *Raison*, elle n'est pas irrationnelle pour autant. Le Droit post-moderne est donc caractérisé par des procédures rationalisées afin de corriger les incohérences. La rationalisation du dispositif est caractérisée par un effort de systématisation, c'est-à-dire par une remise en ordre ou une mise en cohérence des différentes normes. En cela « le Droit post-moderne tend donc à la reconstruction d'un nouvel ordre, à partir d'un pluralisme et d'une diversité assumée »¹⁶⁸⁶. La rationalisation des processus passe également par la recherche de « légiférer à bon escient »¹⁶⁸⁷, ce qui est marqué par le développement des études d'impact dans le processus législatif. Il s'agit également d'améliorer la qualité des textes afin de les rendre plus intelligibles et plus clairs, permettant ainsi une meilleure sécurité juridique. La production de normes doit être également guidée par la « contrainte nouvelle d'efficacité »¹⁶⁸⁸. Le processus de rationalisation s'appuie sur une démarche qui doit être méthodique, c'est-à-dire s'appuyer sur l'exploitation de nouveaux outils, incrémentale, c'est-à-dire rechercher le consensus et l'harmonisation progressive, et réflexive, c'est-à-dire fondée sur l'évaluation et l'expérimentation, avec notamment l'appui d'experts.

Si l'on voit des prémisses communes à la critique post-moderne et néoclassique de l'Etat social et que certains éléments convergent¹⁶⁸⁹, voire qu'un lien est établi¹⁶⁹⁰, leurs propositions de nouvelles régulations divergent. Du moins si l'on s'en tient à la théorie néoclassique de Hayek. Là où la première accorde un primat à la contractualisation ou procéduralisation, le second accorde ce primat au juge pour fonder une nouvelle régulation.

¹⁶⁸⁴ L. Cytermann et J. Richard, *op. cit.*, p. 401.

¹⁶⁸⁵ J. Chevallier, « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 2001, p. 835.

¹⁶⁸⁶ J. Chevallier, *L'Etat post-moderne, op. cit.*, p. 190.

¹⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 194.

¹⁶⁸⁸ *Loc. cit.*

¹⁶⁸⁹ A.-J. Arnaud, « Du jeu fini ou jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le Droit post-moderne », *Droit et société*, n° 17-18, 1991, p. 39.

¹⁶⁹⁰ A. Szahaj, « Le libéralisme post-moderne comme un nouvel humanisme », *Diogène*, 2004/2, n° 206, p. 79.

Paragraphe 2 : L'hypothèse du repositionnement de l'Etat

283. Ce que nous nommons repositionnement de l'Etat correspond, par opposition à notre paragraphe précédent, à un maintien de son rôle, plutôt que son recul, mais d'une manière différente. Il s'agit pour nous d'étudier dans ce paragraphe divers modèles proposés pour analyser l'évolution générale de la production normative étatique dans le cadre de sa décentralisation.

A. Le repositionnement par la procéduralisation du Droit

284. Diverses théories procéduralistes existent. On retrouve dans les différents discours une opposition entre la rigidité de la norme étatique et la souplesse de la norme décentralisée¹⁶⁹¹. Il y aurait donc un intérêt à réduire sa part face à « l'extension du domaine d'intervention des règles par rapport à l'autonomie privée »¹⁶⁹². Les organisations économiques soumises à la nécessité d'adapter leur comportement à l'évolution des prix doivent pouvoir aussi adapter le cadre normatif dans lequel ils évoluent. C'est ainsi qu'a pu être formulée l'idée d'une procéduralisation du droit, fondée en particulier sur les travaux de deux auteurs : Jürgen Habermas et Friedrich Hayek¹⁶⁹³. Quoiqu'appartenant à des écoles bien différentes, l'un développant l'intersubjectivité quand le second se fonde sur l'individualisme méthodologique, tous deux voient leur critique de l'Etat social et leurs théories de l'action mobilisées dans le développement de ce concept. C'est-à-dire que l'Etat ne définirait pas la norme substantielle, le comportement à adopter pour les acteurs, mais la procédure permettant de déterminer cette

¹⁶⁹¹ Présente de façon plus ou moins explicite dans les différents discours, cette opposition est clairement faite par M. Pénicaud, Ass. nat., Première séance du lundi 10 juil. 2017.

¹⁶⁹² J. Lenoble, « La procéduralisation contextuelle du droit », in P. Coppens et J. Lenoble, *op. cit.*, p. 97.

¹⁶⁹³ D'autres auteurs sont cités, nous pouvons notamment penser aux travaux de Niklas Luhmann sur la régulation systémique mais nous ne le développons pas en ce qu'il est principalement cité pour comparer sa théorie à celle de Habermas, présentée comme une autre théorie formaliste.

norme. Il ne définirait pas ce qu'il faut faire mais comment il faut le faire¹⁶⁹⁴. Il a pu être soutenu qu'il s'agit d'une « procéduralisation contextuelle »¹⁶⁹⁵ en ce sens qu'elle permettrait « l'adaptation de la règle à son contexte »¹⁶⁹⁶. Ce qu'un autre auteur formule comme « la norme d'action issue d'une délibération de la raison pratique doit s'ancrer dans un contexte particulier pour pouvoir s'insérer dans une forme de vie »¹⁶⁹⁷. Ce faisant, elle permet de faire coïncider le périmètre d'édiction de la norme substantielle avec son périmètre d'application.

285. La réflexion sur la procéduralisation est en effet posée à partir de la problématique de « l'application », si ce n'est l'applicabilité, des règles et de l'efficacité d'un système de régulation extérieur aux organisations devant les appliquer. La procéduralisation permettrait la légitimation de la norme, ou à tout le moins une meilleure acceptabilité. Selon certains auteurs elle conduirait « à étendre l'effet de légitimation que produit le consentement donné à une décision, de ses formes et de la procédure suivie, à sa substance et au contenu de la décision finalement produite – et par là, de ses prémisses à ses conséquences »¹⁶⁹⁸.

Cette conception serait fondatrice d'un Etat procédural qui succéderait à l'Etat libéral et à l'Etat-Providence. Celle-ci peut s'opérer de trois façons : soit par le recours au juge qui sera chargé d'appliquer de grands principes aux situations concrètes dont il est saisi ; transformer la fonction administrative par le recours à des tests coût-bénéfice et aux politiques incitatives plutôt qu'aux techniques de réglementation et de contrôle¹⁶⁹⁹ ; par l'amélioration du procès délibératif¹⁷⁰⁰.

¹⁶⁹⁴ P. Lokiec, « Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 97.

¹⁶⁹⁵ V. J. Lenoble, *op. cit.*

¹⁶⁹⁶ P. Lokiec, *op. cit.*, p. 101.

¹⁶⁹⁷ D. Terré, *op. cit.*, p. 282.

¹⁶⁹⁸ G. Timsit, « L'invention de la légitimité procédurale », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 635.

¹⁶⁹⁹ Il est généralement recouru à l'emploi de la théorie de « *command and control regulation* » que nous faisons le choix de simplement traduire afin de ne pas complexifier inutilement notre exposé.

¹⁷⁰⁰ P. Coppens et J. Lenoble, « Les enjeux d'une question : théorie du droit et de l'Etat, théorie de la norme et procéduralisation contextuelle », *op. cit.*, p. 8 ; v. une formulation proche par J. De Munck, « Procéduralisation du droit et négociation collective », in P. Coppens et J. Lenoble, *op. cit.*, p. 272 ; D. Terré, *op. cit.*, p. 281.

Ces propositions sont toutes liées à une théorie de l'action¹⁷⁰¹, c'est-à-dire que la théorisation de la procéduralisation se fonde sur l'action des agents, en particulier des agents économiques. Ces trois réponses remettent en cause la centralité, si ce n'est la centralisation, du contrôle de l'édiction et de l'application de la norme par l'Etat¹⁷⁰².

Il s'agit d'une approche pragmatique qui considère qu'« évaluer la rationalité des actions et, en conséquence, leur degré d'efficience, ne peut s'opérer *a priori*, c'est-à-dire indépendamment des contextes dans lesquels elles s'inscrivent »¹⁷⁰³. Cette approche se veut pragmatique, par opposition au formalisme, en ce qu'elle « se caractérise alors par le souci d'évaluation continue des effets de la norme sur les contextes qu'elle entend régir »¹⁷⁰⁴, d'où une nécessaire souplesse dans l'adoption et la modification de la norme favorisée par une élaboration décentralisée, là où ces effets peuvent s'observer. Dans sa conception économique, « seul compte le degré d'optimalité des procédures qui règlent les transactions »¹⁷⁰⁵.

286. Les auteurs insistent sur l'idée que « toute application d'une norme présuppose non seulement un moment formel de choix des contraintes normatives jugées acceptables, mais aussi une opération de sélection des possibles effectifs en fonction d'une perception de la forme de vie effectivement acceptée au sein de la communauté concernée »¹⁷⁰⁶. Pour cela, « une régulation efficiente exige le recours aux acteurs concernés par l'application des normes envisagées »¹⁷⁰⁷. Cet apprentissage doit intégrer « l'objectif fixé par la norme »¹⁷⁰⁸ et les formes de connaissances locales et pratiques, voire valoriser le « savoir profane » pourvu qu'il intègre « des personnes concernées à l'élaboration des normes qui les concernent

¹⁷⁰¹ P. Coppens et J. Lenoble, « Les enjeux d'une question : théorie du droit et de l'Etat, théorie de la norme et procéduralisation contextuelle », *op. cit.*, p. 9.

¹⁷⁰² L. Thévenot, « Actions et acteurs de la procéduralisation », *in* P. Coppens et J. Lenoble, *op. cit.*, p. 172.

¹⁷⁰³ P. Coppens et J. Lenoble, « Les enjeux d'une question : théorie du droit et de l'Etat, théorie de la norme et procéduralisation contextuelle », *op. cit.*, p. 17.

¹⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 18.

¹⁷⁰⁵ S. Frossard, « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT*, 2009, p. 90.

¹⁷⁰⁶ P. Coppens et J. Lenoble, « Les enjeux d'une question : théorie du droit et de l'Etat, théorie de la norme et procéduralisation contextuelle », *op. cit.*, p. 19.

¹⁷⁰⁷ J. Lenoble, *op. cit.*, p. 103.

¹⁷⁰⁸ L. Thévenot, *op. cit.*, p. 188.

directement »¹⁷⁰⁹. Ces formes de connaissance et leur apprentissage s'oppose à une conception rationnelle, ou rationaliste, des connaissances qui par leur niveau d'abstraction seraient inadaptées aux situations concrètes de la même manière que la norme étatique serait inadaptée aux actions concrètes des agents. La norme substantielle étatique serait la « formalisation du droit par la rationalité, la systématisation des codes et la technicisation des procédures »¹⁷¹⁰. Alors qu'il y aurait dans la procéduralisation une « dimension importante d'apprentissage dans le contenu même des normes »¹⁷¹¹.

La procédure d'adoption est aussi celle qui permet son appropriation et sa diffusion. Elle implique enfin « une confiance inhabituelle à l'égard des comportements qu'adopteront les agents privés »¹⁷¹². La procéduralisation permettrait de « dépasser l'opposition entre laisser-faire économique et dirigisme politique »¹⁷¹³. Ce dépassement pourrait se faire par une autre voie ouverte par la procéduralisation, qualifiée d'« institutionnaliste et réaliste »¹⁷¹⁴ par un auteur, qui se fonde sur la négociation collective. Celle-ci permettrait en effet d'instituer « simultanément un marché du travail et un espace public »¹⁷¹⁵. En effet cette institutionnalisation permettrait « la mise-en-discours contradictoire et négociée des savoirs tacites des acteurs économiques, dont le résultat est la production de règles communes du marché du travail »¹⁷¹⁶. Cette mise-en-discours est bien procédurale en ce qu'elle articule des savoirs tacites et explicites et qu'elle est un dispositif d'apprentissage. Elle permet la découverte et la validation de nouvelles normes. Un auteur considère cependant que « le seul devenir procédural du droit social, c'est finalement sa dissolution : le contrat de travail doit réintégrer l'ordre général du droit civil »¹⁷¹⁷. D'un point de vue aussi radical, le mouvement de décentralisation en France ne saurait donc s'inscrire complètement dans celui de la procéduralisation.

¹⁷⁰⁹ J. De Munck, *op. cit.*, p. 290.

¹⁷¹⁰ L. Thévenot, *op. cit.*, p. 201.

¹⁷¹¹ O. Favereau, *op. cit.*, p. 155.

¹⁷¹² *Ibid.*, p. 168.

¹⁷¹³ D. Terré, *op. cit.*, p. 292.

¹⁷¹⁴ *Ibid.*, p. 293.

¹⁷¹⁵ J. De Munck *op. cit.*, p. 303.

¹⁷¹⁶ *Ibid.*, p. 304.

¹⁷¹⁷ *Ibid.*, p. 274.

287. On trouve également le recours au concept de contractualisation ou de conventionnalisation du droit du travail ou de la production normative pour décrire cette évolution. Ce concept signifie une utilisation du contrat ou de la technique contractuelle pour élaborer des normes. Il signifie un passage du prescrit de la loi, au consenti du contrat, donc de l'hétéronomie à l'autonomie¹⁷¹⁸.

Dans un premier temps, nous voulons souligner qu'il s'agit d'une terminologie incertaine¹⁷¹⁹. La contractualisation peut en effet renvoyer à la détermination des règles par le contrat au sens strict, c'est-à-dire le contrat de travail, ou au sens étendu, c'est-à-dire les conventions et accords collectifs ainsi que leurs avatars. La contractualisation peut aussi renvoyer à l'emploi de la technique contractuelle avec l'Etat lui-même, soit qu'il soit partie soit qu'il fonde son action sur un outil contractuel préalablement négocié. Dans ce cadre qui est qualifié en matière de droit du travail de *dialogue social tripartite*, l'Etat joue un rôle de « partenaire contractuel »¹⁷²⁰. Dans toutes ces hypothèses, l'expression semble signifier une « relativisation de la place du Législateur »¹⁷²¹ si ce n'est le passage de la réglementation à la régulation. Cette terminologie permet également de rapprocher les réflexions juridiques à ce sujet aux théories économiques, en particulier celle de l'économie des contrats « qui se situe dans la filiation de la théorie dite « néoclassique » »¹⁷²².

Il nous semble en second lieu que cela recouvre peu ou prou la problématique de la procéduralisation. Elle entretient au moins des relations avec¹⁷²³. Si le premier s'axe sur les règles de procédures qui mènent à la production d'une norme, la seconde s'axe sur l'instrument qui signifie cette norme. Mais la place grandissante de ce dernier suppose l'encadrement de son mode d'adoption. Cet instrument nécessite une procédure qui assoit sa

¹⁷¹⁸ P. Ancel, « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007, p. 15.

¹⁷¹⁹ P. Auvergnon, « L'hypothèse d'une contractualisation du droit social dans différents systèmes juridiques », in A. Auvergnon, *La contractualisation du droit social, Actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale*, Univ. Montesquieu Bordeaux IV, 2003, p. 8.

¹⁷²⁰ L. Rouban, *op. cit.*, p. 18.

¹⁷²¹ P. Auvergnon, *op. cit.*, p. 9.

¹⁷²² N. Postel, « Contrat, Coercition et Institution : un regard d'économiste », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche critique de la contractualisation*, *op. cit.*, p. 69.

¹⁷²³ P. Auvergnon, *op. cit.*, p. 13 ; A. Donnette, *La contractualisation en droit du travail*, Thèse dactylographiée, Montpellier, 2010, n° 21, p 26.

légitimité¹⁷²⁴. Une auteure considère cependant à ce sujet que la contractualisation n'a pas nécessairement besoin de règles procédurales pour se développer¹⁷²⁵. Le contrat s'oppose, comme dans la théorie de la procéduralisation, à une régulation étatique, c'est-à-dire à la définition des normes substantielles par une autorité extérieure à l'organisation économique. Le modèle de contractualisation privilégie une régulation contractuelle, c'est-à-dire une « régulation « horizontale » résultant d'un accord de volonté »¹⁷²⁶. Ce serait alors l'expression de la volonté des destinataires au processus décisionnel qui assurerait sa légitimité¹⁷²⁷. L'Etat a alors principalement pour rôle de s'assurer de la protection du consentement des parties en créant des mécanismes, tels que les vices du consentement ou les règles de négociations, qui assurent un consentement libre et éclairé des parties.

Une auteure propose cependant une définition de ce phénomène. Elle le décrit comme un mouvement d'extension de la place accordée au contrat dans l'élaboration et dans la réalisation des normes et comme une technique de création d'une norme qui a vocation à conférer à un élément d'une relation ou d'une situation juridique une nature ou une origine contractuelle¹⁷²⁸.

B. Le repositionnement par un Droit normalisateur

288. Le Professeur Supiot développe l'hypothèse de la délégalisation ou de la déréglementation du Droit. Avant d'étudier la délégalisation ou la déréglementation, l'auteur nous invite à étudier en premier lieu le phénomène de légalisation. Le Droit du travail se singularise par son caractère sociologique contrairement au droit civil qui a vocation à être une œuvre de la Raison. Pour illustrer cette idée, tandis que ce dernier a un caractère abstrait, il règle des rapports entre créancier et débiteur, entre des cocontractants saisis abstraitement

¹⁷²⁴ V. P. Lokiec, *op. cit.*, p. 95.

¹⁷²⁵ A. Donnette, *op. cit.*, n° 21, p 27.

¹⁷²⁶ J. Chevallier, « Contractualisation et régulation », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *La contractualisation de la production normative*, *op. cit.*, pp. 84-85.

¹⁷²⁷ S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche renouvelée de la contractualisation*, *op. cit.*, pp. 11 et 12 ; P. Lokiec, *op. cit.*, p. 97.

¹⁷²⁸ A. Donnette, *op. cit.*, n° 11, pp. 16 à 17.

comme des égaux, le Droit du travail a lui un caractère concret, il règle les rapports entre un travailleur ou un groupe de travailleurs et celui qui l'emploie, rapport fondé sur l'inégalité malgré un caractère contractuel. Il comporte aussi une part d'abstraction en organisant les rapports entre le salarié et l'employeur. Les catégories juridiques du droit du travail seraient même « perçues comme de purs décalques des catégories sociologiques »¹⁷²⁹, elles sont la « systématisation de notions concrètes »¹⁷³⁰. Le Droit du travail se développe en effet à partir de constats sociologiques de la situation ouvrière¹⁷³¹. Il possède un caractère dual, en ce qu'il a une part d'inspiration libérale par son articulation avec les concepts de propriété et de contrat, et une part d'inspiration interventionniste par la reconnaissance de droits collectifs et de normes de protection individuelle¹⁷³².

La délégalisation tiendrait son succès de ce qu'elle répond à l'inflation du phénomène de légalisation et d'inflation législative¹⁷³³. Alors que le Droit légiféré est « né de l'irruption du travail dans la sphère du contrat », introduisant une part de statut dans une relation contractuelle alors régie par les seules dispositions du code civil, la délégalisation signifierait « un retour aux origines du droit du travail : le contrat regagnerait le terrain conquis depuis un siècle par la loi »¹⁷³⁴.

289. Il observe ensuite que la législation ne diminue pas mais que l'on assiste à une évolution contradictoire. D'une part, une baisse de la souveraineté du Législateur, d'autre part une canalisation de la liberté contractuelle. Il exprime dans les termes qui s'ensuivent cette contradiction dans un article ultérieur, « d'un côté la loi devient une norme relative, dont le sens dépend des conventions qui la prépare ou la mettent en œuvre ; de l'autre, le contrat se mue en instrument d'asservissement de la volonté des parties à des impératifs qui les dépassent »¹⁷³⁵. Mais ce qui n'est pas réglé par une norme étatique est réglé par d'autres

¹⁷²⁹ A. Supiot, « Délégalisation, normalisation et droit du travail », *op. cit.*, p. 299.

¹⁷³⁰ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 3^e éd., 2015, p. 195.

¹⁷³¹ A. Supiot, « Délégalisation, normalisation et droit du travail », *op. cit.*, p. 298 ; A. Supiot, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, p. 193.

¹⁷³² A. Supiot, « Délégalisation, normalisation et droit du travail », *op. cit.*, p. 296.

¹⁷³³ *Ibid.*, p. 304.

¹⁷³⁴ A. Supiot, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.*, 2003, p. 59.

¹⁷³⁵ *Ibid.*, p. 61 ; On retrouve cette idée au sujet de la négociation légiférante lorsque le Professeur Supiot écrit que les syndicats « perdent en liberté contractuelle ce qu'ils gagnent en responsabilité politique » (A. Supiot, « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *Dr. soc.*, 2010, p. 531).

normes. La déréglementation se fait par le développement d'une politique d'autoréglementation conventionnelle¹⁷³⁶. L'outil privilégié serait l'accord dérogatoire, bien qu'ils ne soient qu'un genre de l'espèce accords « donnant-donnant »¹⁷³⁷. Mais cette autoréglementation peut être collective, par le recours à la négociation, mais aussi patronale, par la décision unilatérale.

Il propose enfin de distinguer la règle de droit et la règle de normalisation¹⁷³⁸. Tandis que la première a un caractère abstrait, l'autre a un caractère concret. La première règle les rapports entre catégories juridiques, entre sujets de droits. La seconde rentre dans le détail des actions concrètes. Il développe que « là où l'auteur de la règle de droit renonce à saisir les individus concrets et ne s'occupe que de sujets abstraits, l'auteur de la règle de normalisation brise l'abstraction du sujet pour se saisir des individus comme de ses objets »¹⁷³⁹. Mais en renonçant à l'abstraction, la règle de normalisation rentre dans le détail des actions. En voulant « enserrer la complexité du social dans des règles », le Droit prend le risque d'« une logorrhée normative qui rend progressivement ces règles indéchiffrables »¹⁷⁴⁰. Ces règles ne sont cependant pas exclusives l'une de l'autre mais sont dans un rapport de complémentarité. Ainsi le Droit à la négociation constitue une règle de droit, tandis que les règles relatives à la négociation collective correspondraient à des règles de normalisation. De la même façon que le Droit à la consultation s'accompagne de diverses règles relatives à sa réalisation concrète.

290. La résolution de l'opposition se ferait donc dans l'émergence et le développement d'un Droit normalisateur. Cette idée repose sur une distinction du légal, qui renvoie à l'abstraction et à l'autorité, et du normal, qui renvoie au concret et au constat d'une régularité observée du comportement¹⁷⁴¹. La normalisation vient à la fois d'un renvoi croissant par le

¹⁷³⁶ A. Supiot, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1989, p. 196.

¹⁷³⁷ A. Supiot, *op. cit.*, p. 201.

¹⁷³⁸ A. Supiot, « Délégation, normalisation et droit du travail », *op. cit.*, p. 305.

¹⁷³⁹ *Ibid.*, p. 305 ; A l'inverse, une politique contractuelle fondée sur des rapports abstraits abolie toutes les différences qui existent dans le monde concret (v. A. Supiot, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche critique de la contractualisation*, *op. cit.*, p. 19), un droit conventionnel permettrait même de faire de l'identité des sujets qui contracte une « affaire de convention » (A. Supiot, « La loi dévorée par la convention ? », in P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove, *Droit négocié, droit imposé ?*, FUSL, 1996 p. 641).

¹⁷⁴⁰ A. Supiot, « Délégation, normalisation et droit du travail », *op. cit.*, pp. 305 à 306 ; A. Supiot, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, p. 218.

¹⁷⁴¹ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, pp. 86, 212 et s., 230.

légal à des normes – ici entendues comme normes d'entreprises et favorisant une autoréglementation de ces dernières¹⁷⁴² - et par l'« incorporation croissante dans l'ordre juridique d'un nombre toujours croissants de normes ou de concepts issus de la technologie ou des sciences économiques et sociales »¹⁷⁴³.

La délégalisation ou déréglementation se ferait au profit d'une progression de la normalisation et de l'objectivation du droit. La règle juridique assure alors une « mise en forme » de normes dont la légitimité provient d'un « savoir objectif sur la nature et la société »¹⁷⁴⁴. La normalisation viserait ainsi à objectiver les comportements¹⁷⁴⁵. Pour le salarié il s'agirait d'atteindre les objectifs fixés par l'employeur, pour lesquels il dispose d'une plus grande liberté que dans un modèle hiérarchique traditionnel. Pour l'employeur il s'agit d'atteindre les objectifs fixés par les actionnaires. Ces objectifs reposent sur des normes comptables, sur des données chiffrées, plutôt que des ordres.

Le sujet de droit est celui qui est habilité à faire valoir des effets juridiques¹⁷⁴⁶. Les rapports juridiques dépendant de l'étendue de ces droits. Les règles de droit se rapportent à des sujets de droit et les règles de normalisation aux objets de droit.

Alors que les termes de délégalisation et de déréglementation pourraient faire croire à une réduction des lois et règlements, ce postulat ne résiste pas à l'examen de l'évolution législative, en particulier de la quantité de texte¹⁷⁴⁷. L'auteur soutient que « déréglementer, ce n'est donc pas cesser de réglementer, mais c'est choisir de réglementer autrement »¹⁷⁴⁸. Il émet l'hypothèse que la délégalisation correspondrait à un effacement de la règle de droit, mais que cela impliquerait « nécessairement l'inflation des règles de normalisation, que ces dernières soient l'œuvre de l'Etat ou celle des employeurs »¹⁷⁴⁹.

¹⁷⁴² *Ibid.*, p. 233.

¹⁷⁴³ *Ibid.*, p. 184.

¹⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 184.

¹⁷⁴⁵ A. Supiot, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *op. cit.*, p. 67.

¹⁷⁴⁶ A. Supiot, « Délégalisation, normalisation et droit du travail », *op. cit.*, p. 305.

¹⁷⁴⁷ A. Supiot, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *op. cit.*, p. 61.

¹⁷⁴⁸ A. Supiot, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *op. cit.*, p. 195.

¹⁷⁴⁹ A. Supiot, « Délégalisation, normalisation et droit du travail », *op. cit.*, p. 307.

Section 2 : L'action de l'Etat

291. Le positionnement de l'Etat dans la production normative s'observe également dans son action. Par le mouvement de décentralisation, celui-ci affirme une action fondée sur le réalisme, c'est-à-dire sur la prise en compte de ce qui est conçu comme étant conforme à la réalité économique et sociale. Nous verrons ainsi dans un premier paragraphe comme ce s'exprime dans l'action de l'Etat. L'action elle-même peut ensuite se dérouler selon diverses modalités que nous développerons dans un second paragraphe. Nous verrons alors que si l'Etat associe, en amont et en aval de sa propre production normative, les destinataires de la norme, il peut aussi agir unilatéralement.

Paragraphe 1 : Une action fondée sur le réalisme

292. Le réalisme fonderait l'action de l'Etat dans le cadre de la décentralisation de la production normative. Ce réalisme s'exprime à travers la recherche de la réalité économique et sociale. Cela prend différentes formes. D'une part, l'action de l'Etat et sa production normative font l'objet de diverses évaluations et divers discours dans le cadre de son évaluation et de son évolution. D'autre part, les choix faits par l'Etat s'appuient sur ces discours et, ce faisant, sur l'institution de certaines conceptions.

A. Le réalisme des discours externes

293. Le discours sur le dialogue social s'accompagne d'un discours sur le réalisme, c'est-à-dire la prise en compte par l'Etat de ce que les membres de l'organe produisant la règle se représentent être la réalité économique et sociale. L'adaptabilité est en premier lieu une adaptation de l'Etat lui-même aux réalités économiques nouvelles, en particulier la financiarisation et la mondialisation. C'est ce qui fonde le discours de l'inadaptation du Code

du travail fait pour une économie industrielle. Adapter le cadre réglementaire aux réalités nouvelles exige de déterminer la méthode et les données qui permettent de saisir cette réalité.

L'exigence de réalisme « suppose que les données de l'élaboration législative soient susceptibles de constatation objective, scientifique par le Législateur ou le juge »¹⁷⁵⁰. L'un et l'autre seront dans ce processus confrontés à la difficulté d'établir ces données, pour définir l'opinion publique ou évaluer l'inapplication ou l'ineffectivité d'une règle. Cet attrait pour la dimension scientifique repose sur une conception sociologique du droit, entendue comme la constatation d'une régularité dans le comportement fondant la norme, plutôt que sur une conception volontariste du droit.

L'adaptabilité est ensuite l'habilitation des destinataires à modifier la norme étatique dans un domaine qui leur est applicable. Les données privilégiées pour étudier cela, et que nous verrons successivement, sont des données issues du discours économique et du discours comptable, en ce qu'ils exprimeraient le mieux la réalité économique et sociale à réguler.

1. Le réalisme économique

294. La recherche de réalisme du droit par le recours au discours externe de l'économie repose sur l'admission de certaines théories économiques que le Législateur se représente comme conformes à la réalité. Pour prétendre à la scientificité de l'économie politique. Ce discours s'exprime à travers des formules mathématiques permettant de concevoir des modèles d'action des agents et des données chiffrées garantant d'une information objective. En cela, il se veut réaliste.

Ce qui est observé par l'économie, à tout le moins le courant orthodoxe, c'est l'échange marchand, et uniquement cet aspect. Ce faisant il adopte notamment la « fiction économique du *travail-marchandise* »¹⁷⁵¹. Il faut entendre par là que le travail est conçu comme une marchandise et que par conséquent il fait l'objet d'un échange, sur le marché du

¹⁷⁵⁰ C. Atias et D. Linotte, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.*, 1977, Chron. XXXIV, p. 254.

¹⁷⁵¹ S. Jubé, *Droit social et normalisation comptable*, LGDJ, 2011, n° 8, p. 1.

travail, qui suppose la définition d'une valeur comptable de la force physique et intellectuelle que le travailleur met à disposition.

Ce réalisme s'appuie donc sur une rationalité marchande, aux besoins de l'échange sur le marché du travail. De cette conception naît la « nécessité d'une justification de [la fonction économique des droits sociaux et des libertés économiques] relativement au marché »¹⁷⁵². Le Droit du travail permet l'organisation et la gestion de la force du travail. Il sert ainsi à favoriser un usage optimal de cette ressource. Cette normativité économique, étudiée dans le rapport marchand, érige « une certaine représentation du marché, où les incitations économiques guident les comportements, en critère d'application de la règle de droit »¹⁷⁵³. Cette représentation repose sur des critères de gestion en termes de compétitivité coûts et de taux de rentabilité qui incitent les agents à adopter un comportement plutôt qu'un autre.

295. Cette réalité économique supposée fonde la cause et la justification des catégories et raisonnements en droit du travail, qui permet de médiatiser, de saisir le fait économique à travers ses problématiques propres. On passe alors à un discours juridique sur l'économie. La représentation économique instituée est un outil de justification des décisions de l'employeur. C'est le cas notamment du licenciement pour motif économique. Avec la cause économique, la « décision patronale s'efface derrière la causalité économique »¹⁷⁵⁴ car celui-ci subirait une contrainte extérieure, indépendante de ses propres choix. Il s'agit de déterminer qui du salarié ou de l'employeur supporte l'aléa économique.

Une auteure note cependant que cette justification ne repose pas nécessairement sur une démonstration scientifique mais sur un sens commun du juge, qui n'a de ce fait, pas besoin d'explicitier sa décision car les postulats sont réputés partagés¹⁷⁵⁵. Cela peut se concevoir comme un « procédé juridique de reconnaissance du réel »¹⁷⁵⁶.

¹⁷⁵² G. Bargain, *Normativité économique et droit du travail*, 2012, Thèse dactylographiée, Nantes, 2012, n° 540, p. 309.

¹⁷⁵³ *Ibid.*, n° 909, p. 572.

¹⁷⁵⁴ T. Sachs, *La raison économique en droit du travail*, LGDJ, 2013, n° 165, p. 88.

¹⁷⁵⁵ *Ibid.*, n° 133, p. 86.

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*, n° 292, p. 180.

Le réalisme économique se retrouve également dans le discours du Droit lui-même. Le Code du travail use de termes économiques¹⁷⁵⁷, il est contaminé par un lexique spécialisé, comme la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, ou emprunté, comme la marche générale de l'entreprise ou la mise sur le marché, au lexique économique. Par-là, l'Etat permet de justifier l'application de la règle par des nécessités économiques. Mais ce discours a un certain niveau de généralité qui ne fonde pas nécessairement l'action des agents. Une expression plus détaillée peut être trouvée dans la recherche du réalisme comptable.

2. Le réalisme comptable

296. Le réalisme du droit se retrouve aussi dans la recherche, par le Législateur, d'une réalité comptable. Cette recherche s'exprime dans la statistique publique, qui est l'expression de la quantification d'un usage normatif¹⁷⁵⁸. L'Etat s'appuie alors sur la normalisation comptable, sur le discours de la comptabilité sur l'entreprise.

La normalisation comptable a une *fonction de rappel de l'ordre social*¹⁷⁵⁹ et de référencement du *jeu des échanges* selon la thèse de Monsieur Samuel Jubé¹⁷⁶⁰. Cela signifie qu'elle rend compte de l'activité de l'entreprise. Il soutient que la normalisation comptable concomitante à l'institution des comités d'entreprise exerce une fonction de rappel aux membres élus de l'ordre social, de la raison d'être de l'entreprise et de l'institution dans laquelle ils siègent. C'est tout d'abord un rappel de leur fonction et ensuite un moyen de les associer et de faire converger les intérêts des différentes parties. A travers la procédure d'information-consultation, l'ordre social est rappelé aux représentants du personnel et la vérité comptable leur est exposée¹⁷⁶¹.

¹⁷⁵⁷ *Ibid.*, n° 27, p. 20-21.

¹⁷⁵⁸ A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, *op. cit.*, p. 119.

¹⁷⁵⁹ S. Jubé, *op. cit.*, n° 49, p. 40.

¹⁷⁶⁰ *Ibid.*, n° 49, p. 41.

¹⁷⁶¹ « Cette fonction de rappel dans la mise en œuvre d'un dispositif d'information/consultation est rendue possible par les travaux de normalisation qui sont menés parallèlement et promettent à tous une vérité comptable. Les comptes établis selon le Plan comptable général ne seront ni le relais du discours trompeur du patron, ni celui du discours revendicatif des syndicats. Ils fourniront une information objective, à laquelle il sera possible de référer les diverses parties.

Retraçant l'histoire de la normalisation comptable, l'auteur met en évidence les aspirations de chacune des parties dans cet œuvre. Il est un moyen de révéler la part du surtravail ou d'exprimer la place du travail dans l'entreprise pour les uns, outil d'association à l'intérêt de l'entreprise pour les autres. Jusque dans le Gouvernement d'union nationale, des oppositions entre les différentes conceptions de ceux à quoi doit servir la normalisation comptable se font jour. Ces contradictions traversent donc l'Etat et les règles qu'il institue dans l'appréciation de cette norme, par les intérêts qui s'y opposent au sein de ses organes délibératifs.

297. La comptabilité peut être définie comme un outil de régulation en vue de « garantir la pérennité du marché »¹⁷⁶². La comptabilité permet de rappeler les obligations du contrat aux actionnaires et aux administrateurs de la société. En reflétant l'activité de la société, elle oblige également à retracer les différentes obligations de la société. L'Etat est dans son rôle de tiers garant de la force obligatoire. Il garantit aussi la stabilité et la crédibilité de la société sur les marchés et auprès de ses cocontractants. C'est notamment le cas lorsqu'il l'oblige à amortir ou à constituer un fonds de réserve. Il reste bien appuyé sur l'économie de marché, dont il est le garant¹⁷⁶³.

L'Etat se fonde sur une raison comptable tenue pour rationnelle. La normalisation comptable se réfère à une multitude de normes d'après la thèse de l'auteur. Il observe ce que l'on pourrait rapporter à une rationalité de type réaliste sur le plan procédural en ce que la composition de l'organisme en charge de la normalisation comptable représente, dans des parts variables selon les années, outre l'Etat, des experts, des professions comptables et le monde économique et social. Dans ce dernier collège sont représentés le patronat, les chefs-directeurs de comptabilités et les syndicats¹⁷⁶⁴. On observera également une rationalité matérielle et formelle en ce que cette normalisation se fonde sur un vocabulaire et des

La communication des données comptables, de la mesure que celles-ci donnent de la production, doit être comprise comme le moyen de rappeler les membres du comité d'entreprise à la raison de leur réunion. Elle doit intervenir de façon régulière pour entretenir la conscience des acteurs. » (*Ibid.*, n° 280, p. 207).

¹⁷⁶² *Ibid.*, n° 142, p. 103.

¹⁷⁶³ A ce sujet, v. notamment J.-E. Ray, « Mutation économique et droit du travail », in *Les transformations du droit du travail : études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 17 ; M.-A. Frison-Roche, « Définition du droit de la régulation économique », *D.*, 2004, Chron., p. 126.

¹⁷⁶⁴ S. Jubé, *op. cit.*, n° 183, p. 133.

documents appartenant déjà aux pratiques de gestion. Il s'agit par la normalisation de « saisir directement le processus de production interne à l'entreprise pour l'influencer »¹⁷⁶⁵.

En se référant à la norme comptable, on se réfère à une *normalité économique*, source de légitimité et produit de leur mise en application¹⁷⁶⁶. C'est le conseil national de la comptabilité qui normalise ces pratiques. Il s'agit de généraliser des pratiques et non de donner compétence au Législateur pour le faire. Cette rationalisation s'appuie sur la doctrine de la direction scientifique de l'entreprise, c'est-à-dire la mesure des coûts *normaux* de production ou de l'emploi *normal* des ressources¹⁷⁶⁷.

298. Cette normalisation a aussi une fonction de communication aux entreprises à destination des marchés. L'auteur lie cela à l'intégration d'une conception cybernétique du marché et des entreprises. Entendons par là la capacité de l'entreprise à intégrer les évolutions de son environnement et à s'y adapter. Ce sont les comptes qui permettent d'organiser le flux d'informations sur la base desquels les acteurs agissent. Mais « les normes comptables ne se contentent jamais d'organiser une simple description de l'entreprise, elles instituent aussi le moule dans lequel se forment les décisions. Or ce moule vise tout autant à soumettre certains paramètres à l'exercice du jugement dans l'entreprise, qu'à soustraire d'autres »¹⁷⁶⁸. Ce faisant, par la définition donnée à l'actif ou au passif, la normalisation comptable « préforme la décision qui sera adoptée à l'appui de ses représentations »¹⁷⁶⁹, tant pour le chef d'entreprise que pour les représentants du personnel.

Pour assurer ces diverses fonctions, la comptabilité, comme l'économie, donne une représentation de l'entreprise. Cette représentation a aussi une fonction d'« accès à la vérité et à la connaissance » de cette entreprise pour les différents acteurs qui y sont liés. Mais au-delà, cette fonction a dès les débuts de la normalisation comptable été saisie comme une « possible réconciliation des intérêts des chefs d'entreprises, des salariés, des actionnaires et de l'Etat, par l'élaboration d'un instrument de coordination objective »¹⁷⁷⁰. Rôle qui peut aussi être

¹⁷⁶⁵ *Ibid.*, n° 193, p. 141.

¹⁷⁶⁶ *Ibid.*, n° 196, p. 145.

¹⁷⁶⁷ *Ibid.*, n° 209, p. 149.

¹⁷⁶⁸ *Ibid.*, n° 263, p. 190.

¹⁷⁶⁹ *Ibid.*, n° 264, p. 192.

¹⁷⁷⁰ *Ibid.*, n° 267, p. 197.

prêté à l'expert¹⁷⁷¹, tant par la temporisation que sa mission permet que par l'énonciation d'une lecture des données qui devient commune aux parties car ceinte d'une certaine scientificité.

B. Le réalisme du discours interne

299. Le Droit fait l'objet de différentes évaluations en vue de son évolution. Celles-ci marquent la recherche de réalisme dans le discours du Législateur. Se mêlent dans des textes de différentes natures, certaines externes et d'autres internes au discours juridique. Nous les présenterons ici comme discours internes en ce qu'ils associent des juristes ou visent spécialement l'évolution du Droit avec une forte dimension prescriptive.

1. Le réalisme des évaluations récurrentes

300. Le Droit fait l'objet d'évaluations par les experts. Dans une perspective réaliste, le Droit est soumis à l'évaluation de différents experts sur lesquels le Législateur fonde son cadre argumentatif. Le Droit est évalué et comparé par différentes organisations. On citera à ce titre les deux évaluations principales : le rapport *Doing business* de la banque mondiale et l'indicateur sur les législations protectrices de l'emploi, dit LPE, de l'Organisation de coopération et de développement économiques. Ces indicateurs visent à comparer ou classer les différents pays selon leur réglementation sociale, voire au-delà. Une certaine littérature économique et juridique régulièrement citée accable les rigidités prétendues du Code du travail comme source du chômage sur la base de données empiriques¹⁷⁷². Pourtant certains

¹⁷⁷¹ A. Supiot, « Le progrès des Lumières dans l'entreprise (à propos d'une floraison d'experts) », in *Les transformations du droit du travail : études offertes à Gérard Lyon-Caen*, op. cit., p. 464 ; Dans cet article, l'auteur parle de l'expertise judiciaire comme des différents experts auxquels peut faire appel le comité d'entreprise. On trouvera d'autres développements dans A. Supiot, *Critique du droit du travail*, op. cit., p. 253.

¹⁷⁷² O. Blanchard et J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La documentation française, 2003 ; P. Cahuc et F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle*, Rapport au Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et au Ministre de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale, La Documentation française, 2004, spéc. pp. 125 et s. ; P. Artus, P. Cahuc et A. Zylberberg, *Réglementation du temps de travail, revenu et emploi*, Rapport du Conseil d'analyse économique, La Documentation française, 2007 ; P. Aghion, et al., *Les leviers de la croissance française*, Rapport du Conseil

auteurs voient dans ces évaluation un lien causal qui serait « suggéré mais non impliqué »¹⁷⁷³, entre d'une part la protection de l'emploi et d'autre part le flux de salarié et le taux de chômage.

Ce lien qui serait établi par « l'évidence empirique »¹⁷⁷⁴ est nié par l'OCDE elle-même qui rappelle de manière constante qu'il n'y a pas même de corrélation entre ces différents phénomènes¹⁷⁷⁵. Il faut du reste noter des limites substantielles quant à ces évaluations du fait de critères insuffisants qui ne permettent pas réellement de comparer mais seulement de classer les pays¹⁷⁷⁶. Ces évaluations comportent du reste un certain nombre de biais qui doit conduire à relativiser la réalité exprimée par ces indicateurs¹⁷⁷⁷.

301. Ces évaluations posent cependant divers problèmes méthodologiques. Elle pose des problèmes pour l'évaluation juridique. Mesurer l'effectivité d'une règle, c'est-à-dire mesurer quantitativement la conformité des situations concrètes à la référence légale, et l'efficacité, c'est-à-dire mesurer qualitativement l'aptitude de la règle à produire le résultat en vue duquel elle a été conçue posent trois problèmes selon les Professeurs Jeammaud et Serverin¹⁷⁷⁸. Le premier réside dans l'observation empirique du phénomène visé, alors que celui-ci porte sur une reconstruction du phénomène lui-même par le texte évalué lui-même. Ensuite les auteurs critiquent le fait que l'évaluation de l'effectivité repose sur une conception réductrice de la règle comme prescription ou prohibition de conduite non comme référence pour l'action.

Il faut du reste, pour évaluer les règles, « comprendre l'ordre juridique en vigueur comme *un cadre d'action ou pour les actions*, c'est-à-dire *un réseau de motifs* pour des choix

d'analyse économique, La Documentation française, 2007 ; P. Aghion *et al.*, « Distance à la frontière technologique, rigidités de marché, éducation et croissance », *Economie et statistique*, n° 419-420, 2008, p. 11 ; J. Barthélémy et G. Cette, « Refonder le Droit social par la négociation collective : que faire ? », *Regards croisés sur l'économie*, 2013/1, p. 194 ; O. Blanchard et J. Tirole, *Les grands défis économiques*, France Stratégie, 2021, spéc. pp. 265 et s.

¹⁷⁷³ O. Blanchard et J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 13.

¹⁷⁷⁵ OCDE, *Perspectives de l'emploi de l'OCDE*, Publications de l'OCDE, 1999, p. 50 et s. ; OCDE, *Perspectives de l'emploi de l'OCDE*, Publications de l'OCDE, 2013, p. 67 et s.

¹⁷⁷⁶ R. Dalmaso et T. Kirat, « Comparer, mesurer, classer : l'art périlleux de la lexicométrie du licenciement », *Travail et emploi*, n° 120, 2009, p. 33 ; R. Dalmaso, « Les indicateurs de législation protectrice de l'emploi au crible de l'analyse juridique », *La revue de l'IRES*, 2014/3, p. 37.

¹⁷⁷⁷ T. Kirat, « Les indicateurs de protection de l'emploi : la mesure du droit du travail en question ? », *Economie et Institutions*, n° 9, 2007, p. 116.

¹⁷⁷⁸ A. Jeammaud et E. Serverin, « Evaluer le Droit », *D.*, Chron. LII, 1992, p. 265.

d'action (qui ne sont pas nécessairement de se conformer aux règles) *et de références* pour l'interprétation ou l'évaluation des actes (dans des perspectives pratiques fort variées, et par exemple pour le règlement de différends) »¹⁷⁷⁹. Ne prendre en compte que les textes législatifs constituent du reste un biais dès lors que certaines règles peuvent ne pas être énoncées dans cette catégorie de normes. Il faudrait en effet prendre en compte, outre le texte lui-même, ses adaptations conventionnelles et ses interprétations jurisprudentielles¹⁷⁸⁰. L'évaluation elle-même pose le problème des représentations sur lesquelles elles reposent et du comportement idéal ou idéal que les acteurs devraient adopter¹⁷⁸¹.

2. Le réalisme des évaluations ponctuelles en vue d'une réforme

302. Le réalisme se retrouve dans les rapports commandés en vue d'une réforme. Dès le rapport Auroux est postulé qu'« il est nécessaire que les entreprises disposent d'une certaine flexibilité dans la gestion de leur personnel »¹⁷⁸², en s'appuyant sur le constat d'un mouvement d'externalisation qui suit la crise économique. Cette flexibilité passe déjà par deux leviers qui sont régulièrement mobilisés dans les politiques de l'emploi : l'aménagement du temps de travail et la mobilité des salariés¹⁷⁸³. Dans les différents rapports préalables aux réformes du dialogue social, la souplesse est référée aux périmètres de représentation¹⁷⁸⁴, à la médiation¹⁷⁸⁵, au temps de travail¹⁷⁸⁶, aux différentes formes d'embauche¹⁷⁸⁷, au financement

¹⁷⁷⁹ *Ibid.*, p. 268.

¹⁷⁸⁰ T. Kirat, *op. cit.*, p. 119 et s.

¹⁷⁸¹ B. Géniaut, « La flexibilité dans le discours des juristes du travail. Flexibilité du droit, droit de la flexibilité et « nouvel esprit du capitalisme », *SSL*, 8 juin 2015, n° 1680, p. 30.

¹⁷⁸² J. Auroux, *Les droits des travailleurs*, Rapport au Président de la République et au Premier Ministre, La documentation française, 1981, p. 12.

¹⁷⁸³ *Ibid.*, p. 34.

¹⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 18.

¹⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 32.

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*, p. 29 ; J. Barthélémy et G. Cette, *Réformer le Droit du travail*, Rapport de Terra Nova, Odile Jacob, septembre 2015, p. 117.

¹⁷⁸⁷ J. Auroux, *op. cit.*, p. 36 ; M. De Virville, *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, Paris, 15 janv. 2004, p. 36.

des organisations syndicales¹⁷⁸⁸, à la négociation avec des agents palliatifs¹⁷⁸⁹, au licenciement et à la modification du contrat de travail¹⁷⁹⁰. La flexibilité est quant à elle référée à l'emploi de la main d'œuvre¹⁷⁹¹ ou à l'adaptation aux évolutions technologiques¹⁷⁹². Ce discours sur la capacité d'adaptation, associée à celle d'innover ou d'anticiper, est un élément discursif récurrent de la littérature grise pour justifier la nécessité de réformer¹⁷⁹³. On y retrouve un discours sur l'inadaptation du droit à l'évolution économique d'une part et un besoin d'adaptation des entreprises à leur environnement d'autre part. C'est un discours que l'on retrouve dans les travaux préparatoires et motivations des réformes elles-mêmes.

303. Le réalisme se retrouve dans les travaux préparatoires. La loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution institue une obligation de produire des études d'impact relatives aux projets de loi. Cette étude doit notamment contenir « l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, ainsi que des coûts et bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées pour chaque catégorie d'administrations publiques et de personnes physiques et morales intéressées, en indiquant la méthode de calcul retenue »¹⁷⁹⁴. Elle rend également compte des consultations menées. On retrouve ici à la fois l'idée d'exprimer scientifiquement, mathématiquement les modes d'évaluation ainsi que la prise en compte des avis d'experts et de destinataires des normes. L'exposé des motifs précise par ailleurs que cette étude concourt « à mettre en œuvre l'objectif poursuivi par le pouvoir constituant de maîtrise de l'inflation législative et de qualité du processus normatif ». Ces études renseignent en partie des données sur lesquelles s'appuie le Législateur pour prendre ses décisions.

¹⁷⁸⁸ R. Hadas-Lebel, *Pour un dialogue social efficace et légitime : Représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, Rapport au Premier Ministre, mai 2006, p. 75.

¹⁷⁸⁹ *Ibid.*, p. 103.

¹⁷⁹⁰ J. Barthélémy et G. Cette, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, *op. cit.*, p. 95 ; J. Barthélémy et G. Cette, *Réformer le Droit du travail*, *op. cit.*, p. 67.

¹⁷⁹¹ M. De Virville, *op. cit.*, p. 28 .

¹⁷⁹² J. Barthélémy et G. Cette, *Réformer le Droit du travail*, *op. cit.*, p. 32 .

¹⁷⁹³ M. De Virville, *op. cit.* ; R. Hadas-Lebel, *op. cit.* ; J.-F. Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, Rapport au Premier Ministre, La Documentation française, 28 avr. 2009 ; J. Barthélémy et G. Cette, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, *op. cit.* ; J. Barthélémy et G. Cette, *Réformer le Droit du travail*, *op. cit.* ; J.-D. Combexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier Ministre, Paris, Septembre 2015 ; G. Gateau et J.-D. Simonpoli, *Accompagner la dynamique du Dialogue social par la formation et la reconnaissance de ses acteurs et par la valorisation des meilleures pratiques*, Rapport à la Ministre du travail, février 2018.

¹⁷⁹⁴ Art. 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

Antérieurement à cela existaient tout de même des rapports, mais pas de façon systématique. On retrouve ainsi la recherche de réalisme dans le rapport Auroux selon lequel les institutions représentatives du personnel doivent bénéficier d'une meilleure information économique qui « soit produite aux niveaux où se prennent les décisions »¹⁷⁹⁵ et qui soit « suffisamment précise et complète »¹⁷⁹⁶ pour favoriser la compréhension et l'influence des représentants du personnel. Ce qui se traduit pour le premier objectif par la proposition de créer des comités de groupe et pour le second par la définition d'informations à transmettre au comité d'entreprise, l'assistance d'experts-comptables et la formation des représentants du personnel. Le rapport développe également la nécessité de déployer la négociation collective au niveau de l'entreprise pour libérer la « capacité d'innovation et d'adaptation des travailleurs, indispensable dans les circonstances économiques difficiles que nous connaissons »¹⁷⁹⁷.

304. Le réalisme se retrouve dans les motivations des différentes réformes du dialogue social. Le rapport sur l'ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés affirme les différents aspects du réalisme. Un réalisme quant à la prise en compte des destinataires de la norme tout d'abord en ce que « la présente ordonnance a ainsi été élaborée en tenant compte très largement des conclusions retenues par les partenaires sociaux eux-mêmes ». Réalisme économique puisque cette « nouvelle avancée sociale » se veut « favorable au développement économique », mais aussi à la « compétitivité de nos produits sur les marchés extérieurs » en « restaurant un dialogue social intense et fécond ».

C'est le même réalisme qui préside à la loi n° 93-1313 quinquennale du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle qui est élaborée « après avoir longuement échangé avec [la section travail du comité économique et social] » et « après avoir reçu l'ensemble des partenaires sociaux »¹⁷⁹⁸. Le moyen pour cela est l'ouverture aux accords d'entreprise dérogatoires offrant « des souplesses d'organisation » en vue d'adapter la structure du travail. Avec comme objectif de « rationaliser l'information économique » et de « rationaliser les conditions de la représentation du personnel ». Le décret n° 94-494 du 20 juin 1994 vise ainsi à « rationaliser l'information économique et

¹⁷⁹⁵ J. Auroux, *op. cit.*, p. 20.

¹⁷⁹⁶ *Ibid.*, p. 21.

¹⁷⁹⁷ *Ibid.*, p. 31.

¹⁷⁹⁸ M. Giraud, Discours devant l'Assemblée plénière du C.E.S., 7 sept. 1993.

sociale des comités d'entreprise dans les petites et moyennes entreprises » par la définition d'un « document synthétique sur la vie de l'entreprise qui ne peut que renforcer le dialogue social »¹⁷⁹⁹.

On retrouve la même logique dans la loi n° 2004-391 qui transpose deux accords. Il s'agit là encore selon l'exposé des motifs de lutter contre les rigidités du droit, en particulier de la hiérarchie des normes et une volonté d'avoir un droit mieux « adapté aux évolutions de l'emploi ». Il s'agit par-là d'« accompagner, et même anticiper les évolutions de notre temps »¹⁸⁰⁰.

Ce sont encore les « profondes mutations » de l'économie et la globalisation qui motivent la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social d'après le discours prononcé par Monsieur Gérard Larcher lors de la deuxième séance du 5 décembre 2006. Dans la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, le Législateur indique vouloir « inciter [les entreprises] à adopter une démarche d'anticipation et à traiter en amont, par le dialogue social, les évolutions de l'emploi »¹⁸⁰¹. Cette incitation passe dans l'article 37-5 du projet de loi par l'obligation triennale de négocier sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise et ses effets prévisibles sur l'emploi ainsi que sur les salaires d'une part ; et sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences d'autre part.

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail est quant à elle issue d'une position commune des organisations syndicales et patronales. Cette réforme vise non seulement à « promouvoir une régulation négociée des rapports sociaux au plus près du niveau où les décisions s'appliquent » mais affirme aussi que « le temps de travail doit constituer en effet un champ d'intervention privilégié pour un dialogue social rénové permettant aux accords collectifs de déterminer l'organisation du travail la mieux adaptée au développement de l'entreprise »¹⁸⁰².

¹⁷⁹⁹ Rapport au Premier Ministre sur le décret n° 94-494 du 20 juin 1994 relatif au rapport annuel d'information du comité d'entreprise dans les entreprises de moins de trois cents salariés et modifiant le Code du travail.

¹⁸⁰⁰ F. Fillon, Discours, Ass. nat., Deuxième séance du jeudi 11 déc. 2003.

¹⁸⁰¹ Exposé des motifs de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale.

¹⁸⁰² Exposé des motifs de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

L'exposé des motifs de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi contient quant à lui tous les éléments du dialogue social. Il se fonde sur des « constats partagés avec tous les partenaires sociaux » formalisés dans un accord national interprofessionnel et la définition d'un objectif commun que sont le développement de l'emploi, la lutte contre le chômage et le dépassement des divergences d'intérêts par la négociation. Dans cette loi, l'anticipation passe encore par le partage de l'information sur la stratégie de l'entreprise. La négociation doit ici servir à « faire face aux aléas conjoncturels ». Ces objectifs se traduisent par la création d'une consultation du comité d'entreprise sur les orientations stratégiques et de la base de données unique. Elle enrichit à ce titre la négociation triennale sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences d'un volet relatif à la mobilité des salariés. En cas de graves difficultés conjoncturelles enfin, elle permet d'aménager temporairement par accord « l'équilibre global travail-salaire-emploi ».

La loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi se fait dans le cadre d'une politique d'emploi dont le dialogue social doit être la méthode. Il s'agit également d'adapter « le cadre du dialogue social à la diversité des entreprises qui forment le tissu économique »¹⁸⁰³ et de favoriser la « capacité à s'adapter aux changements » et bénéficier d'un « levier de performance économique et sociale »¹⁸⁰⁴ par l'élargissement de la délégation unique du personnel.

C'est à nouveau la rhétorique de la « capacité des entreprises à s'adapter »¹⁸⁰⁵ dans un contexte de mondialisation et de croissance de la part du tertiaire dans l'économie qui motive la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels. Cette analyse est développée dans l'étude d'impact qui précise que « la clé de la compétitivité des entreprises » est « un droit du travail répondant à leurs besoins de souplesse, de réactivité et de proximité »¹⁸⁰⁶, notamment en matière de temps de travail.

¹⁸⁰³ Exposé des motifs de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

¹⁸⁰⁴ F. Rebsamen, Ass. nat., Première séance du mardi 26 mai 2015.

¹⁸⁰⁵ Exposé des motifs de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

¹⁸⁰⁶ Etude d'impact du projet de loi visant à instaurer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 23.

La loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnance les mesures pour le renforcement du dialogue social est quant à elle motivée par de fréquentes références à la performance et à l'efficacité, conduisant à élargir les moyens de « s'adapter aux mutations de l'économie »¹⁸⁰⁷. Les ordonnances qui en découlent visent à favoriser la « capacité d'anticiper et de s'adapter de façon plus simple, rapide et efficace, grâce à la négociation collective »¹⁸⁰⁸ mais aussi de « s'adapter et anticiper grâce à un dialogue social simplifié et opérationnel (...) à la fois plus stratégique et plus concret, moins formel »¹⁸⁰⁹ par la fusion des instances représentatives du personnel.

305. Toutes ces réformes sont ainsi guidées par certaines idées communes. Tout d'abord le postulat que le Droit est inadapté à la conjoncture économique au regard de laquelle il est trop rigide. Ce faisant, il doit s'assouplir pour permettre aux entreprises de s'adapter à leur environnement particulier. Ces environnements évoluant vite et étant trop nombreux pour être accessibles à une intelligence centrale, ce sont les destinataires de la norme, qui évoluent dans l'environnement concerné, qui sont les plus aptes à définir le cadre qui garantisse le meilleur équilibre entre performance économique et droit des travailleurs. Ces représentations intégrées par le Législateur produisent la réglementation adéquate.

C'est en conclusion, le discours du Législateur lui-même que son auteur veut réaliste. Le Droit entendu comme acte de législation l'a toujours été¹⁸¹⁰. Parce qu'il peut être considéré comme un droit du quotidien, il s'exprime dans un langage du quotidien, courant. Ce qui est considéré comme un procédé sociologique. Le Professeur Supiot développe à ce sujet que « les concepts propres à cette législation industrielle sont en effet directement issus de la pratique des relations de travail. Ce sont d'abord des *faits* [souligné par l'auteur] observés et dénoncés par les enquêtes sur la condition ouvrière qui font irruption dans l'ordre juridique (...). Le Droit du travail va ainsi se constituer progressivement par la systématisation de notions concrètes directement empruntées à la pratique sociale et qui vont devoir s'imposer – en tant que notion juridique – *contre* les catégories abstraites du droit civil. La grève contre le

¹⁸⁰⁷ M. Pénicaud, Discours, AN, Première séance du lundi 10 juil. 2017.

¹⁸⁰⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective.

¹⁸⁰⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

¹⁸¹⁰ V. la thèse de L. Willocx, *Réalisme et rationalités dans la législation relative aux ouvriers et à ceux qui les emploient 1791 - 1841*, Thèse dactylographiée, Lyon 2, 2019.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

concept d'inexécution fautive de la relation contractuelle ; la convention collective contre le principe de l'effet relatif des contrats ; la réintégration contre la notion de résolution monétaire des obligations de faire, etc. (...) Le Droit du travail est par essence vulgaire en ce qu'il s'adresse au vulgaire, au commun des hommes, mais encore à son faible degré d'abstraction par rapport au social »¹⁸¹¹. Gérard Lyon-Caen écrivait quant à lui que le Droit du travail « organise la vie des hommes dans ce qu'elle a de plus quotidien, de plus éloigné de toute spéculation intellectuelle »¹⁸¹². C'est ce même réalisme qui s'exprimerait dans la sensibilité du juge à l'argumentation économique¹⁸¹³.

Paragraphe 2 : Une diversité de modalités d'action de l'Etat

306. L'Etat peut adopter différents modes d'action. Le dialogue social est dans ce cadre un moyen pour l'Etat d'adapter ses propres normes et de permettre aux organisations économiques d'adapter celles qui s'y appliquent. Dans le cadre d'une décentralisation de sa production normative, motivée par un discours réaliste et fondé sur sa recherche, il apparaît en premier lieu nécessaire d'étudier comment il associe les destinataires de la norme à sa production dans un premier temps. Mais dans un second temps, nous verrons que celui-ci demeure maître de la décision prise et qu'il conserve une capacité à agir unilatéralement.

¹⁸¹¹ A. Supiot, « Délégation, normalisation et droit du travail », *op. cit.*, p. 298 ; Pour une posture radicalement opposée, v. C. Atias et D. Linotte, *op. cit.*, p. 257 ; C. Atias, « Coûteuse insécurité juridique », *D.*, 2015, p. 167.

¹⁸¹² G. Lyon-Caen, « Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée », *Dr. ouv.*, 2004, p. 50.

¹⁸¹³ J. Laroque, « Réflexions sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », in *Tendances du droit du travail français contemporains, Études offertes à Guillaume-Henri Camerlynck*, 1978, p. 28 ; Y. Saint-Jours, « Les options économiques de la jurisprudence sociale », *D.*, 1987, Chron. XXXIII, p. 178 ; J.-E. Ray, *op. cit.*, p. 16 ; v. également les thèses de G. Bargain, *op. cit.*

A. L'action de l'Etat associant des destinataires de la norme

307. L'action de l'Etat peut associer les destinataires de la norme. Cette association participe du réalisme de la production normative de l'Etat. Elle serait rendue nécessaire car l'autorité de la volonté générale exprimée par le Législateur ne serait plus suffisante¹⁸¹⁴. Cette association peut concerner deux catégories de destinataires. Les premiers, ce sont les interlocuteurs sociaux, qui sont appelés à mettre en œuvre concrètement la norme et éventuellement à l'adapter à leur environnement propre. Les seconds, ce sont les experts, qui s'ils ne sont pas les destinataires directs de la norme, sont intéressés à celle-ci dans le cadre de leurs missions.

1. Le réalisme par l'association des *destinataires de la norme* à son élaboration et à sa mise en œuvre

308. En ce qui concerne les destinataires directs de la norme, ceux-ci peuvent être associés dans deux temps différents. Dans un premier temps, ils peuvent être associés en amont de la production normative de l'Etat afin que la règle corresponde à leurs besoins. Dans un second temps, ils peuvent être associés postérieurement à son élaboration en étant chargés de sa mise en œuvre par divers moyens que nous développerons. Parfois, ces deux temps peuvent se succéder, permettant une association permanente des destinataires de la norme à la production normative étatique.

a. L'association *ex ante*

309. La décentralisation n'est pas seulement un déplacement de la production normative, mais aussi une volonté affichée de consulter, voire de s'appuyer, sur des normes

¹⁸¹⁴ A. Supiot, « La loi dévorée par la convention ? », *op. cit.*, p. 633.

conventionnelles et des techniques contractuelles pour faire la loi. Ce mouvement s'illustre par la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social. Par cette réforme, le Législateur engage le Gouvernement à soumettre tout projet de loi « qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi, la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle » à « une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation »¹⁸¹⁵. Ce « changement en profondeur [des] pratiques dans les relations qui se sont nouées depuis des décennies entre les partenaires sociaux et l'Etat »¹⁸¹⁶ doit être relativisé à plusieurs égards.

L'idée que la loi, en particulier la loi sociale, n'est pas un produit qui émane uniquement du Législateur est déjà soutenue en doctrine¹⁸¹⁷. Des travaux récents mettent en lumière que dès les premières lois *relatives aux ouvriers et à ceux qui les emploient*, on trouve ce que l'auteur nomme du réalisme procédural, c'est-à-dire la consultation d'acteurs économiques préalablement à l'élaboration de la loi¹⁸¹⁸. Dans cette thèse l'auteur démontre que déjà pour la période courant de 1791 à 1841, les réformes touchant aux relations de travail se sont toujours accompagnées de la consultation, *a minima*, des représentants des organisations patronales. Ce qui permet à l'auteur de soutenir la thèse selon laquelle le Droit du travail a toujours été réaliste, en ce sens que le Législateur a toujours cherché à adopter des normes adaptées à la réalité économique et sociale, en adoptant une démarche de consultation des représentants des destinataires de la norme.

310. Le texte doit cependant être relativisé quant à ses effets car toutes les lois ultérieures n'ont pas été précédées d'une concertation. Une auteure recense dans sa thèse une dizaine d'actes de législation qui, depuis 2007, n'ont pas fait l'objet d'une procédure d'information, de consultation, de concertation, ou qui n'ont pas été précédées de négociations¹⁸¹⁹. Parmi ceux-ci, nous relevons tout particulièrement certaines lois relatives au dialogue social,

¹⁸¹⁵ Art. 1^{er} de la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social.

¹⁸¹⁶ G. Larcher, Ass. nat., Dexuième séance du 5 déc. 2006, JORF, p. 8532.

¹⁸¹⁷ G. Lyon-Caen, « Le Droit conventionnel du travail », *D.*, 1963, Chron. III, p. 15 ; J.-M. Verdier et P. Langlois, « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *D.*, 1972, Chron. XXXIX, p. 253.

¹⁸¹⁸ L. Willocx, *op. cit.*, p. 87 et s.

¹⁸¹⁹ V. M. Leguicheux, *La loi négociée en droit du travail*, Thèse dactylographiée, Lyon 2, 2018, pp. 31 à 44.

notamment la loi du 8 août 2016. Nous pouvons aussi mentionner le fait que la loi du 17 août 2015 a été précédée de négociations, mais que celles-ci ont échoué à parvenir à un accord.

Elle porte du reste divers risques. Le premier est lié à la recherche d'un accord. Afin que celui-ci soit le plus large possible, il y a le risque d'adopter des formules floues qui contentent le plus de signataires possibles mais au risque de porter des difficultés d'interprétation¹⁸²⁰. Il y a également un risque de renvoi à d'autres véhicules normatifs qui provoqueraient des conflits de normes¹⁸²¹. Les négociations sont précédées d'un document d'orientation du Gouvernement qui présente « des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options » selon l'article L. 1 du Code du travail. L'action des négociateurs serait aussi trop enserrée dans ce document¹⁸²². C'est par ailleurs le Législateur qui conserve la maîtrise de l'« agenda » et du produit fini¹⁸²³.

Si la loi de 2007 a bien « entériné une vieille pratique »¹⁸²⁴, elle institue la complémentarité de l'action de négocier ou de se concerter préalablement à une réforme, mais aussi une « concurrence entre l'action de négocier et l'action de légiférer »¹⁸²⁵. En particulier face à un accord national interprofessionnel. Tandis que l'acte produit bénéficie de la légitimité due à leur connaissance des réalités économiques et sociales, celui produit par le Législateur bénéficie de la légitimité démocratique. Il y aurait là un lien dialectique entre démocratie politique et démocratie sociale¹⁸²⁶. Elles s'opposent dans leur légitimité et se complètent pour obtenir un produit normatif réaliste. Leurs échanges favoriseraient la cohésion des règles de droit social¹⁸²⁷. A ce titre, les Parlementaires conservent – dans la limite où aucune procédure de limitation des débats, de vote bloqué ou d'engagement de la responsabilité du Gouvernement n'est utilisée – de leur droit d'amender.

¹⁸²⁰ J.-E. Ray, « Les sources de la loi du 31 janvier 2007 », *Dr. soc.*, 2010, p. 502.

¹⁸²¹ *Ibid.*, pp. 502 à 503.

¹⁸²² M. Dumas, « Nier les contradictions ne permet ni les bons compromis, ni la réduction des conflits », *Dr. soc.*, 2010, p. 513 ; M. Grignard, « Articuler démocratie sociale et démocratie politique », *Dr. soc.*, 2010, p. 515.

¹⁸²³ A. Supiot, « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *op. cit.*, p. 525.

¹⁸²⁴ J.-E. Ray, *op. cit.*, p. 498.

¹⁸²⁵ M. Leguicheux, *op. cit.*, n° 156, p. 145.

¹⁸²⁶ P.-Y. Verkindt, « L'article L.1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale », *Dr. soc.*, 2010, p. 519.

¹⁸²⁷ J.-M. Sauvé, « La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes », *Dr. soc.*, 2010, p. 489.

Il nous semble juste de devoir préciser par ailleurs que les Parlementaires, sauf à adhérer abusivement à la fiction selon laquelle ils ne seraient que des cellules des organes de l'Etat s'étant complètement dégagés de la société civile, demeurent des individus concrets, qui ont généralement une profession. Dans une perspective individualiste, Léon Duguit écrivait à ce sujet que « la loi est tout simplement l'expression de la volonté individuelle des hommes qui la font, chefs d'Etat, membres du Parlement »¹⁸²⁸. Dans une perspective moins individualiste, l'on pourrait défendre selon la célèbre formule de Marx que ce sont les conditions de vie qui déterminent la conscience, et qu'à ce titre, ils ont tous une conscience des réalités sociales qu'ils perçoivent dépendamment de leur classe sociale ou groupe social¹⁸²⁹.

311. Cette association antérieurement à la production législative peut encore se faire en deux temps. Une première loi détermine le cadre général et les objectifs à atteindre, suivie d'une période de mise en œuvre par voie d'accords, elle-même suivie d'une seconde loi. Les lois sur la réduction du temps de travail illustrent ce phénomène. La seconde loi Aubry est en effet venue corriger l'orientation prise dans certains accords qui ne correspondaient pas à la première loi¹⁸³⁰.

Dans le rapport de concurrence précédemment décrit, il faut encore préciser que malgré cela, le Législateur conserve l'initiative et la réserve de compétence qui est la sienne en matière d'élaboration législative. Ce qui amène des auteurs à soutenir que cette association permet d'instrumentaliser les procédures d'association des organisations syndicales à l'élaboration de la loi¹⁸³¹.

¹⁸²⁸ L. Duguit, *Les transformations du droit public*, rééd. La mémoire du droit, 1999, p. 75.

¹⁸²⁹ K. Marx, *L'idéologie allemande*, éd. sociales, 1972, p. 51 ; Dans ce passage, l'auteur développe que la production des idées, des représentations et de la conscience sont intimement liées à l'activité et au commerce matériels des hommes (*ibid.*, p. 50).

¹⁸³⁰ A. Supiot, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *op. cit.*, p. 63.

¹⁸³¹ *Ibid.*, p. 70 ; P.-Y. Verkindt, « L'article L.1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale », *Dr. soc.*, 2010, p. 522 ; J. Diringier, *op. cit.*, n° 1279, p. 626 ; M. Leguicheux, *op. cit.*, n° 409, p. 337.

b. L'association *ex post*

312. Les négociateurs peuvent aussi être appelés à mettre en œuvre une politique publique. C'est ce que l'on appelle la négociation administrée, voire le dialogue social administré. L'accroissement de l'enregistrement d'accords collectifs d'entreprise est ainsi dû à des politiques publiques qui incitent à la négociation, par des dispositifs d'allègements de cotisations sociales ou d'impôts.

Plusieurs types de lois y recourent¹⁸³². Les premières sont les lois supplétives, pour lesquelles le Législateur prévoit des dispositions qui n'ont vocation à s'appliquer qu'en l'absence d'accord. Les négociateurs sont donc incités à négocier dans ces champs pour mettre en œuvre les obligations contenus dans les dispositions d'ordre public. Un exemple paroxystique de cette technique est l'élection, l'organisation et le fonctionnement du comité social et économique. Les deuxièmes sont les lois dispositives. Dans ce cas, le Législateur ouvre une faculté d'adaptation du droit qui ne peut être mobilisée qu'à la condition de conclure un accord collectif le permettant. Les troisièmes sont les lois dont les modalités de mise en œuvre doivent être précisées par accord. Les normes contenues dans ces lois ne peuvent alors être effectives que si un accord le prévoit. C'est par exemple le cas du droit d'expression directe et collective des salariés institué par la loi du 4 août 1982 et aujourd'hui signifié aux articles L. 2281-1 et suivants du Code du travail.

On en trouve des exemples dans la jurisprudence constitutionnelle relative à cette question. Dans sa décision du 25 juillet 1989, le Conseil constitutionnel admet que « les notions de « salariés âgés » ou de salariés présentant « des caractéristiques sociales » particulières » dans le cadre d'une politique de l'emploi, peuvent « être précisées par les partenaires sociaux »¹⁸³³ pour la mise en œuvre de ladite politique. Alors que dans la première catégorie, les négociateurs exercent une partie du pouvoir législatif, dans la troisième, ils exercent une partie du pouvoir réglementaire¹⁸³⁴. Dans cette hypothèse, c'est la loi qui, par

¹⁸³² A. Supiot, *op. cit.*, p. 63.

¹⁸³³ Cons. const., 25 juil. 1989, n° 89-257 DC, cons. 12.

¹⁸³⁴ A. Supiot, *op. cit.*, p. 63.

son habilitation, détermine la possibilité et l'étendue, du pouvoir normatif des négociateurs. Ce qui établit entre l'Etat et les négociateurs un « rapport hiérarchique de délégation »¹⁸³⁵.

313. Enfin l'Etat peut intervenir en rendant obligatoire pour une catégorie de salariés et d'employeurs des normes décentralisées. Il s'agit de la procédure d'extension. Celle-ci se déroule selon trois temps. En premier lieu, il faut une convention collective, donc le produit d'une négociation entre organisations syndicales et patronales d'une même branche. Il faut encore qu'elle ait été négociée et conclue au sein d'une commission mixte paritaire de branche. Pour pouvoir être étendu, cet accord doit comporter un ensemble de clauses obligatoires déterminées légalement¹⁸³⁶. En deuxième lieu, la commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle doit émettre un avis sur l'extension de la convention collective. En troisième lieu c'est le Ministre du travail qui procède à l'extension. C'est alors l'Etat qui décide ou non de l'extension. Il peut aussi prendre l'initiative de l'extension si aucune organisation ne le sollicite voire celle de la négociation d'un accord en vue d'une extension lorsque les organisations appelées à négocier sont défaillantes¹⁸³⁷.

A l'occasion de cette procédure, le Ministre est encore susceptible de devoir recueillir ou de pouvoir demander des avis. Il y a tout d'abord une procédure d'opposition qui est ouverte aux organisations patronales employant la majorité des salariés couverts par la convention visée¹⁸³⁸ ou par deux organisations syndicales ou patronales appartenant à la commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle¹⁸³⁹. Le Ministre peut également saisir un groupe d'expert pour évaluer les effets économiques et sociaux susceptibles de résulter de leur extension¹⁸⁴⁰. Là encore, il n'est pas tenu d'étendre l'intégralité de l'accord, seulement d'en maintenir l'économie. Il peut

¹⁸³⁵ J. Dirringer, *op. cit.*, n° 511, p. 263.

¹⁸³⁶ V. art. L. 2261-22 du Code du travail.

¹⁸³⁷ Art. L. 2261-17 et L. 2261-20 du Code du travail.

¹⁸³⁸ Art. L. 2261-19 du Code du travail.

¹⁸³⁹ Art. L. 2261-27 du Code du travail.

¹⁸⁴⁰ Art. L. 2261-27-1 du Code du travail.

exclure certaines clauses, « notamment pour atteinte excessive à la libre concurrence ou au regard des objectifs de la politique de l'emploi »¹⁸⁴¹.

2. Le réalisme par l'association d'experts : la normalisation

314. Une fois saisie, le Droit institue une représentation de la réalité économique. Ainsi que l'écrit une auteure, « de ses emprunts au lexique économique, le Droit du travail appose sa grille de lecture sur le monde économique »¹⁸⁴². Il donne son propre sens, sa propre conception de l'adjectif économique. Cette conception provient d'une sélection des faits par le Législateur ou le juge, qui ont un intérêt dans les fins poursuivies par le Droit¹⁸⁴³. Cela transparaît dans le fait que chaque branche du Droit, selon ses fonctions, peut donner une qualification, partant une représentation, différente à un même fait¹⁸⁴⁴. Ainsi dans un examen de justification, en matière de licenciement économique par exemple, l'Etat ne contrôle pas la gestion mais seulement la justification, la normalité au regard de la conception qu'il institue. Il fixe un standard de justification.

315. Par une action en retour, l'Etat définit lui-même les critères de bonne gestion selon la représentation économique et comptable qu'il adopte. Cette représentation apparaît dans l'ordre public économique qui est « l'expression par le Droit de sa propre rationalité qui s'imprime sur les mécanismes économiques »¹⁸⁴⁵. Celle-ci apparaît le plus nettement en matière comptable au moyen du plan comptable général. La définition étatique des règles comptables permet d'orienter les acteurs économiques sur les choix de gestion. En s'appuyant sur des données chiffrées, on leur donne un caractère indiscutable, objectif, révélant une *vérité comptable*¹⁸⁴⁶. L'idée est que les chiffres ne se discutent pas, ils expriment une réalité.

¹⁸⁴¹ Art. L. 2261-25 du Code du travail.

¹⁸⁴² T. Sachs, *op. cit.*, n° 102, p. 66.

¹⁸⁴³ T. Sachs, *op. cit.*, n° 58, p. 41.

¹⁸⁴⁴ A titre d'exemple, nous renvoyons à nos développements dans le premier chapitre du second titre de la seconde partie *infra* au sujet de la définition du groupe.

¹⁸⁴⁵ M.-A. Frison-Roche, « Les différentes natures de l'ordre public économique », *op. cit.*, p. 117.

¹⁸⁴⁶ V. l'expression est de S. Jubé, *op. cit.*, n° 42, p. 36.

Cette réalité constatée, saisie presque mathématiquement, permet de donner une vision commune à tous les acteurs de l'entreprise : associées, chefs d'entreprise, salariés et leurs représentants. En ce sens, un auteur écrit que la normalisation comptable « substituerait à la lutte des classes une coopération fondée sur une commune certitude »¹⁸⁴⁷. On retrouve ici cette recherche de consensualisme propre au dialogue social.

Cette normalisation date de la Libération et peut être mise en relation avec l'institution des comités d'entreprise¹⁸⁴⁸ pour leur fournir les données nécessaires à l'exercice de leurs missions. Elle connaît un nouveau développement dans les années 1980. Un décret 84-74 du 26 janvier 1984 définit ainsi le but de la normalisation comme ayant « pour objet de fournir des documents de référence comportant des solutions à des problèmes techniques et commerciaux concernant les produits, biens et services qui se posent de façon répétée dans des relations entre *partenaires* économiques, scientifiques, techniques et *sociaux* [nous soulignons] ».

316. La normalisation comptable répond à plusieurs fonctions. Une première fonction de la normalisation comptable est donc de fournir des documents de référence aux interlocuteurs sociaux en vue de la résolution de problèmes techniques et commerciaux. Le plan comptable général actuellement en vigueur contient quant à lui les principes de la comptabilité dont le premier est une définition de la comptabilité comme « système d'organisation de l'*information financière* [nous soulignons] permettant de saisir, classer, enregistrer des données de base chiffrées et présenter des états reflétant une *image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entité* à la date de clôture ». Au fil des évolutions économiques et du rapport de force inhérent à la définition de la règle de droit¹⁸⁴⁹, la fonction de la comptabilité change. D'outil de contrôle, elle devient un outil d'anticipation et de justification des restructurations. Elle sert à légitimer les décisions du chef d'entreprise, fondée sur une

¹⁸⁴⁷ *Ibid.*, n° 2, p. 1.

¹⁸⁴⁸ *Ibid.*, n° 266, p. 195 ; L'auteur développe qu'avec des objectifs différents, les organisations syndicales et patronales souhaitent une objectivation des comptes de l'entreprise pour associer les salariés ou leur permettre de contrôler la gestion de l'entreprise. L'Etat y est favorable car dans le contexte de reconstruction du pays, cela permet de faire concourir les salariés au contrôle de la gestion des entreprises et à la défense de l'intérêt général que l'Etat n'est pas en mesure d'assurer seul (*ibid.*, n° 337, p. 329).

¹⁸⁴⁹ A. Roudil, « Flexibilité de l'emploi et droit du travail : « la beauté du diable » », *Dr. soc.*, 1985, p. 92.

rationalité comptable incontestable. C'est ainsi qu'un auteur écrit que « c'est d'abord dans les comptes que se dessine et que s'arbitre l'évolution de l'entreprise »¹⁸⁵⁰.

Elle a ensuite une fonction de *communication* qui permettrait de fonder le dialogue social en reflétant la situation objective de l'entreprise¹⁸⁵¹. Pour communiquer, l'employeur est tout d'abord obligé de produire des données comptables au premier rang desquels se trouvent le bilan, le compte de résultat et une annexe. Ensuite les articles R. 2312-8 et R. 2312-9 du code du travail l'obligent à produire et publier des données chiffrées dans la base de données économiques, sociales et environnementales. Celle-ci permet de saisir les « manifestations quantifiables » de la politique patronale¹⁸⁵².

Elle a enfin une fonction de *justification* pour motiver les décisions de l'employeur¹⁸⁵³. Il faut entendre par justification le fait d'énoncer les raisons d'agir¹⁸⁵⁴. Cette exigence s'est développée avec le Droit du licenciement avant de s'étendre à d'autres domaines. Elle permet en ce sens d'évaluer ce qui a conduit à opérer un choix, en particulier un choix qui porte atteinte aux droits et libertés des personnes¹⁸⁵⁵. L'évaluation de ces comportements repose sur des standards désignés par la loi sans que celle-ci n'en définisse la substance. Ainsi s'il faut une cause réelle et sérieuse pour justifier un licenciement, ce n'est pas le code du travail qui contient le contenu de ce qu'est la cause et réelle et sérieuse. Ces standards dogmatiques, prescriptifs, laissent au juge le soin de définir ce qui doit être fait¹⁸⁵⁶. Le standard ne prédétermine pas les raisons d'agir des particuliers mais définissent le cadre d'argumentation pour apprécier les raisons et la légitimité de la décision. Lorsque le juge les évalue, il « sélectionne, isole pour les intégrer dans son lexique »¹⁸⁵⁷.

¹⁸⁵⁰ S. Jubé, *op. cit.*, n° 413, p. 29.

¹⁸⁵¹ *Ibid.*, n° 9, p. 7.

¹⁸⁵² C. Wolmark, « Les politiques d'entreprises », *RDT*, 2023, p. 241.

¹⁸⁵³ S. Jubé, *op. cit.*, n° 9, p. 7.

¹⁸⁵⁴ F. Guiomard, *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, Thèse, Paris Ouest Nanterre La Défense, 2000, n° 20, p. 23.

¹⁸⁵⁵ *Ibid.*, n° 235, p. 216.

¹⁸⁵⁶ *Ibid.*, n° 352, p. 335.

¹⁸⁵⁷ A. Lyon-Caen, « Juger la gestion », in A. Lyon-Caen et Q. Urban, *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, p. 20.

317. Mais l'apparente neutralité axiologique du chiffre doit être critiquée. En effet, ce qui compte n'est pas tant le chiffre que ce qu'il mesure et comment il le mesure. Les normes comptables ne sont pas exemptes de choix politiques, et ne peuvent, ce faisant, prétendre à la neutralité technique ou axiomatique¹⁸⁵⁸.

Un auteur relève ainsi que la normalisation comptable ne prend pas un compte dans l'actif la force de travail disponible au sein de l'entreprise puisque l'actif repose sur la patrimonialité. Or le salarié ne saurait être propriété de l'employeur ou de la société et la force de travail consommée serait déjà pris en compte dans le résultat¹⁸⁵⁹. Les salariés sont comptabilisés dans le passif, au regard des revenus qui leurs sont dus, ce qui explique pourquoi les licenciements collectifs expriment comptablement une amélioration de la situation de l'entreprise¹⁸⁶⁰. Cela diminue le passif de la société et améliore les ratios relatifs à la capacité de l'entreprise à verser des revenus financiers.

A l'inverse du mécanisme précédemment évoqué le passif social est lui surreprésenté comme avec les engagements de retraite et avantages similaires qui représentent des sommes conséquentes qui affectent directement le résultat et la rentabilité des entreprises, enregistrés comme des obligations actuelles et des engagements dépourvus de contrepartie alors même qu'il ne s'agit que d'un provisionnement, donc d'un versement futur, faisant l'objet d'une contrepartie future en travail pour acquérir le Droit visé¹⁸⁶¹.

Plusieurs auteurs développent dans un rapport que « la comptabilité n'est pas une science exacte. Elle repose sur des conventions touchant aux méthodes de valorisation, au périmètre de consolidation, etc. »¹⁸⁶². Parce qu'elle est langage, celui de la vie économique et des échanges, de la circulation des capitaux, elle est « inévitablement au centre de conflits d'intérêts ; elle est un enjeu de pouvoir »¹⁸⁶³. Elle constitue une représentation et non une

¹⁸⁵⁸ A. Supiot, *op. cit.*, p. 70 ; C. Godowski, E. Nègre et M.-A. Verdier, « Rendre la comptabilité dialogique pour servir le dialogue social : un défi majeur pour la démocratie dans les entreprises », in F. Géa et A. Stévenot, *Le dialogue social. L'avènement d'un modèle ?*, Bruylant, 2021, p. 585.

¹⁸⁵⁹ S. Jubé, *op. cit.*, n° 542, p. 379.

¹⁸⁶⁰ A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, *op. cit.*, p. 128.

¹⁸⁶¹ S. Jubé, *op. cit.*, n° 643, p. 453.

¹⁸⁶² C. De Boissieu, *Les normes comptables et le monde post-Enron*, Rapport du CAE, La Documentation française, 2003, p. 5.

¹⁸⁶³ J. Mistral, *Rendre compte fidèlement de la réalité de l'entreprise. Remarques sur la réforme comptable et la qualité de l'information financière*, in *Les normes comptables et le monde post-Enron*, *op. cit.*, pp. 7-8.

vérité¹⁸⁶⁴. Les auteurs ajoutent qu'« elle n'est pas neutre sur son destinataire ni sur son émetteur. L'information oriente et manipule. Elle s'associe toujours à une idée, car les gens ne s'échangent pas des informations brutes, mais des informations utiles à leurs desseins »¹⁸⁶⁵.

318. Cela crée un cadre qui vise à favoriser la gestion et l'adaptation. L'ensemble de ces mesures permet à l'organisation économique de s'adapter en recourant aux diverses méthodes instituées. Un auteur résume ainsi qu'« en faisant de la norme légale, réglementaire ou de celle conventionnelle d'un rang supérieur, une solution supplétive (...) elle en fait un outil de gestion »¹⁸⁶⁶. Ce lien entre la qualité des rapports sociaux et des performances est du reste, largement admise dans le cadre de ces réformes¹⁸⁶⁷.

Certaines règles visent à s'adapter à des situations précises pour favoriser les gains de productivité¹⁸⁶⁸. Cela fait du reste partie de la politique économique¹⁸⁶⁹. Il y a en ce sens une forme d'instrumentalisation des relations collectives par l'Etat pour sa politique économique et sociale.

B. L'action unilatérale de l'Etat

319. L'Etat peut agir unilatéralement dans deux buts complémentaires. Le premier est de stimuler la production normative décentralisée par l'incitation et la reconnaissance de ces normes. Le second est de sécuriser cette production.

¹⁸⁶⁴ *Ibid.*, p. 10 ; C. De Boissieu et J.-H. Lorenzi, *Normes comptables et régulation de la filière du chiffre*, in *Les normes comptables et le monde post-Enron*, *op. cit.*, p. 69.

¹⁸⁶⁵ C. De Boissieu et J.-H. Lorenzi, *op. cit.*, p. 69.

¹⁸⁶⁶ J. Barthélémy, *op. cit.*, p. 37.

¹⁸⁶⁷ V. R. Barre, « Une nouvelle règle du jeu de l'entreprise : quelques réflexions », *Dr. soc.*, 1983, p. 81.

¹⁸⁶⁸ J. Barthélémy, *op. cit.*, p. 37.

¹⁸⁶⁹ J. Delors, « La dynamique du droit social et de la négociation collective comme donnée majeure de la politique économique », *Dr. soc.*, 1983, p. 85.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

1. Stimuler la production normative

320. La stimulation de la production normative peut prendre différentes formes. La première forme est celle de l'incitation. Dans cette hypothèse, l'Etat développe des mécanismes non pour contraindre mais pour inciter les destinataires à adapter la norme qui leur est applicable. La seconde forme passe par la reconnaissance des normes en question, assurant leur protection par l'Etat et la possibilité de recourir à sa force pour les faire respecter.

a. L'incitation à élaborer des normes décentralisées

321. L'Etat oblige à organiser des procédures de production normative décentralisée. Il le fait tout d'abord avec les obligations de négocier qui, si elles ne sont pas une obligation de conclure un accord collectif, constituent bien une obligation de résultat en ce sens que le résultat à atteindre est le déroulement d'une négociation¹⁸⁷⁰. C'est bien l'Etat ici qui encadre le pouvoir de l'employeur en déterminant ce qui relève de son pouvoir unilatéral et ce qui doit au préalable être négocié¹⁸⁷¹. *Via* ces obligations de négocier, l'Etat délègue certes le pouvoir de déterminer la norme applicable mais il dirige la production normative conventionnelle en définissant des thèmes obligatoires, les informations à communiquer relativement à ces thèmes, en incitant à adopter certaines normes. Il détermine également un « série d'obligations procédurales et comportementales »¹⁸⁷², notamment au travers du respect de l'obligation de loyauté et des divers éléments pouvant faire l'objet d'un accord de méthode. Au-delà, l'ensemble des réformes du dialogue social visent à inciter les acteurs à négocier¹⁸⁷³.

¹⁸⁷⁰ C. Nicod, *L'obligation de négocier dans les relations collectives de travail*, Thèse dactylographiée, Lyon 2, 1999, p. 445.

¹⁸⁷¹ *Ibid.*, p. 104.

¹⁸⁷² *Ibid.*, p. 475.

¹⁸⁷³ J. Delors, *op. cit.*, p. 85.

L'évolution de la place des normes étatiques accrédirait selon certains auteurs la théorie de la procéduralisation en ce sens que « le Législateur devrait se contenter d'assigner des objectifs aux intérêts en présence »¹⁸⁷⁴. Il n'y aurait donc pas une action prescrite mais des objectifs à poursuivre avec des procédures d'élaboration des normes qui permettront de définir les actes nécessaires à l'atteinte de ces objectifs. Il s'agit plutôt d'encourager un comportement en s'appuyant sur la rationalité supposée des destinataires de la norme¹⁸⁷⁵. Un auteur distingue plusieurs formes d'incitations que nous synthétiserons ici.

322. L'incitation est « une norme qui laisse à un acteur la liberté de se conduire de telle ou telle façon mais qui tend à orienter ses choix par un encouragement (incitation positive) ou un découragement (incitation négative) appuyé par un bien ou un mal »¹⁸⁷⁶. Il faut alors distinguer les incitations positives et négatives. Chacune de ces catégories pouvant intervenir antérieurement ou postérieurement à l'action.

La première catégorie est celle des « facilitations »¹⁸⁷⁷, qui concerne les normes positives antérieures à l'action. Cette incitation vise à supprimer les contraintes qui peuvent exister dans la réalisation d'une action. Ce sont donc des normes qui facilitent l'action en levant des contraintes. C'est le cas notamment des crédits d'heures de délégation dédiés à la préparation de la négociation collective afin d'inciter les négociateurs à y participer et à se préparer en investissant des « salariés appelés à négocier »¹⁸⁷⁸, l'élaboration d'accords types ou le recours aux formations communes destinées à « améliorer les pratiques du dialogue social dans les entreprises »¹⁸⁷⁹. Si les négociateurs n'ont pas, outre certaines obligations formelles, d'obligations de conclure l'accord ou d'adopter certaines attitudes, ces mesures visent à le favoriser. On peut également citer dans cette catégorie les mesures issues des ordonnances du 22 septembre 2017 visant à l'adoption de mesures concernant l'égalité professionnelle. Des mesures doivent être adoptées pour lutter contre les inégalités entre les

¹⁸⁷⁴ F. Canut, « L'ordonnancement des normes étatiques et des normes conventionnelles - à propos du projet de loi travail », *Dr. soc.*, 2016, p. 521.

¹⁸⁷⁵ P.-E. Berthier, « Les incitations légales », *SSL*, n° 1680, 8 juin 2015 ; O. Leclerc et T. Sachs, « Gouverner par les incitations. La diffusion d'une logique incitative dans le Droit du travail », *Revue française de socio-économie*, 2015, p. 179.

¹⁸⁷⁶ P.-E. Berthier, *Les normes incitatives en droit du travail*, mémoire d'habilitation à diriger des recherches, 2022, p. 49.

¹⁸⁷⁷ *Ibid.*, p. 61.

¹⁸⁷⁸ Art. L. 2143-16 du Code du travail.

¹⁸⁷⁹ Art. L. 2212-1 du Code du travail.

femmes et les hommes. Le régime juridique applicable est plus souple concernant l'adoption d'un plan d'action par voie d'accord collectif. Il y a là une facilitation ouverte par le recours à la négociation d'un accord collectif. A défaut, il y aura une complexification.

La deuxième catégorie est celle des « rétributions par le gain »¹⁸⁸⁰, qui concerne les normes positives postérieures à l'action. Il s'agit alors d'encourager une pratique en permettant d'accéder à un gain si on l'adopte. Ce gain peut être économique ou juridique. Economique par le bénéfice de certains avantages, comme l'accès privilégié à la formation professionnelle lorsqu'un accord collectif réduit l'indemnité de fin de contrat due au salarié au terme de son contrat à durée déterminée¹⁸⁸¹. C'est encore le bénéfice de différentes exonérations fiscales ou de cotisations sociales, ou encore d'aides octroyées dans le cadre de certaines politiques de l'emploi notamment. Juridique lorsqu'il permet à l'employeur de bénéficier d'un régime plus souple. Ce sont notamment les avantages qu'il peut retirer des mécanismes dérogatoires ou de supplétivités. Les négociateurs sont incités à conclure des accords collectifs pour définir leur cadre d'action plutôt que d'être soumis aux prescriptions légales. Les dispositions supplétives, par leur rôle de modèle ou de repoussoir, tendent à inciter à régler les situations couvertes dans un champ déterminé par un accord collectif¹⁸⁸².

La troisième catégorie est celle des « complexifications »¹⁸⁸³, c'est-à-dire une incitation négative antérieure à l'action. Il s'agit alors de dissuader l'action en rendant complexe sa réalisation. L'idée est que « les contraintes procédurales sont proportionnelles aux effets de la décision sur le sort de ses destinataires »¹⁸⁸⁴. Plus la décision peut avoir d'impacts négatifs sur ses destinataires, plus complexe sera la procédure permettant de recourir à cette prise de décision. C'est par exemple le cas en matière disciplinaire où la procédure se complexifie lorsqu'il s'agit d'une sanction, donc d'une action ayant un impact sur la rémunération, la carrière ou la présence du salarié dans l'entreprise contrairement à un simple avertissement par exemple¹⁸⁸⁵. Ces complexifications peuvent restreindre l'usage de

¹⁸⁸⁰ P.-E. Berthier, *op. cit.*, p. 73.

¹⁸⁸¹ Art. L. 1243-9 du Code du travail.

¹⁸⁸² R. Vatinet, *op. cit.*, p. 110 ; F. Canut, « Le recul de l'ordre public face à l'accord collectif », *Dr. ouv.*, 2017, p. 346.

¹⁸⁸³ P.-E. Berthier, *op. cit.*, p. 89.

¹⁸⁸⁴ *Ibid.*, p. 90.

¹⁸⁸⁵ Art. L. 1332-1 et s. du Code du travail.

certains droits, c'est ainsi le cas de la procédure pour recourir au droit de grève dans les services publics¹⁸⁸⁶ ou de l'usage du droit d'alerte¹⁸⁸⁷. En matière de relations collectives de travail, les ordonnances du 22 septembre 2017 prévoient des complexifications si le plan d'action en faveur de l'égalité professionnelle est adopté, à défaut d'accord, par un acte unilatéral de l'employeur. Dans ce cas le plan devra être annuel¹⁸⁸⁸ quand son adoption par voie négociée peut n'être que tous les quatre ans¹⁸⁸⁹ et il devra comporter un contenu minimal défini par l'article L. 2242-3 du Code du travail tels qu'une évaluation des « objectifs fixés et [d]es mesures prises au cours de l'année écoulée », se fonder « sur des critères clairs, précis et opérationnels »¹⁸⁹⁰ ou encore définir des objectifs de progression annuels, des évaluations quantitatives et qualitatives ainsi qu'une évaluation des coûts. Autant de mesures non imposées dans le contenu du plan adopté par voie conventionnelle, bien que ce contenu supplétif puisse constituer un modèle pour négocier.

La quatrième catégorie est celle des « rétributions par la perte »¹⁸⁹¹, c'est-à-dire une incitation négative qui intervient après l'action que l'on cherche à décourager. Ce n'est pas une sanction pour autant car celle-ci est plus prévisible et n'est pas le résultat d'une condamnation civile ou pénale d'un comportement prohibé. A nouveau, cette rétribution peut être économique ou juridique. Economique lorsqu'elle passe par des mécanismes de taxation ou d'alourdissement du coût de certaines actions. C'est notamment le cas des surcoûts liés aux contrats courts pour inciter à conclure des contrats à durée indéterminée, mais c'est aussi le cas ou encore du barème d'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse pour désinciter à saisir le juge¹⁸⁹². Un autre auteur y voit une capacité de violation d'une norme contraignante compensée par un dédommagement économique, selon la thèse de la « rupture efficace du contrat de travail »¹⁸⁹³. Juridique lorsqu'elle passe par des pertes de

¹⁸⁸⁶ Art. L. 2512-1 et s. du Code du travail.

¹⁸⁸⁷ V. les articles L. 2312-59 du Code du travail en cas d'atteinte aux droits des personnes ; L. 2312-60 du Code du travail en cas de danger grave et imminent ; L. 2312-63 à L. 2312-69 et R. 2312-29 et R. 2312-30 du Code du travail en cas d'alerte économique ; L. 2312-70 et L. 2312-71 du Code du travail en cas d'alerte sociale ; et L. 4133-1 à L. 4133-4 du Code du travail en cas d'alerte en matière de santé publique et d'environnement.

¹⁸⁸⁸ 1^{er} al. de l'art. L. 2242-3 du Code du travail.

¹⁸⁸⁹ Art. L. 2242-1 du Code du travail.

¹⁸⁹⁰ 1^{er} al. de l'art. L. 2242-3 du Code du travail.

¹⁸⁹¹ P.-E. Berthier, *op. cit.*, p. 105.

¹⁸⁹² *Ibid.*, p. 109.

¹⁸⁹³ A. Perulli, « Un nouveau paradigme pour le Droit du travail », *RDT*, 2015, p. 739.

pouvoirs ou de compétences. L'employeur peut par exemple être dépossédé de son pouvoir de licencier s'il ne respecte pas les injonctions de l'administration du travail dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi¹⁸⁹⁴. Il peut aussi s'agir de dépossession de compétences. Ce sera notamment le cas des organisations syndicales majoritaires lorsqu'un référendum de rattrapage est organisé en vue de faire ratifier par les salariés le texte n'ayant pas été signé par les organisations majoritaires. Dans cette hypothèse, il s'agit d'une incitation à conclure l'accord pour ne pas être ultérieurement dépossédé de cette compétence.

323. Par ce biais, l'Etat demeure présent, et influent, dans la définition des normes substantielles. Par l'incitation, il élabore donc des normes qui visent à orienter les comportements sans les contraindre. Cela suppose tout de même qu'il définisse un comportement jugé souhaitable ou non souhaitable et qu'il développe en fonction des normes incitatives ou désincitatives. Ces normes reposent en effet sur la poursuite d'un « objectif extra-juridique »¹⁸⁹⁵ mais déterminé par l'Etat dans le cadre de politiques publiques. Cette poursuite d'un objectif qui n'est pas ambivalent serait l'une des caractéristiques du mécanisme d'incitation par rapport à un mécanisme de sanction¹⁸⁹⁶.

Deux méthodes employées dans le cadre de la négociation collective, qualifiée à ce titre de « négociation administrée »¹⁸⁹⁷, peuvent être qualifiées d'incitations. Avec les dispositions supplétives, si l'Etat laisse aux négociateurs la possibilité de déterminer leurs rapports, il définit une règle qui s'appliquera à défaut d'accord et qui représente un modèle. Ce mécanisme s'inscrit dans une « conception procéduraliste au moins sur un point : tout est axé sur la détermination négociée des règles matérielles [ce qui] implique quand même une présence et une action du Législateur dans la fixation des règles »¹⁸⁹⁸. Avec les règles auxquelles il est possible de déroger, l'Etat permet certes encore aux négociateurs d'adapter leurs rapports, mais par cette méthode il détermine non pas une norme substantielle mais deux voire trois normes substantielles. En effet, il doit déterminer la règle applicable, mais en

¹⁸⁹⁴ Soc., 30 sept. 2020, n° 19-13.714, Publié, *Dr. soc.* 2021. 327, étude M. Galy, *BJT* 02/2021. 40, obs. V. Orif ; v. également P.-E. Berthier, « De la sécurité à l'immunité du pouvoir patronal : le référé judiciaire écarté du contentieux relatif au PSE (à propos de l'arrêt *New Look France* du 30 septembre 2020) », *Dr. ouv.*, 2021, p. 193.

¹⁸⁹⁵ O. Leclerc et T. Sachs, *op. cit.*, p. 125 ; A.-L. Mazaud, « Les mécanismes d'incitation à conclure des accords collectifs dans les ordonnances de septembre 2017 », *JCP S*, 2018, 1232.

¹⁸⁹⁶ O. Leclerc et T. Sachs, *op. cit.*, p. 126.

¹⁸⁹⁷ A.-L. Mazaud, *op. cit.*

¹⁸⁹⁸ S. Frossard, *op. cit.*, p. 90.

ouvrant la possibilité d'y déroger, il doit définir les bornes dans lesquelles il est possible d'y déroger. Autant de normes substantielles à prendre en considération par les acteurs. Une partie de la doctrine voit dans les incitations positives, la possibilité de développer une nouvelle représentation du droit du travail. Associées aux techniques de la dérogation et de la supplétivité, ainsi qu'à la mesure de la représentativité sur la base de l'audience électorale, elles ouvriraient la voie à une plus grande autonomie¹⁸⁹⁹.

b. La reconnaissance des normes décentralisées

324. Il nous paraît incorrect d'affirmer un recul ou un retrait de l'Etat¹⁹⁰⁰. Pour contradictoires qu'ils puissent paraître, il nous semble qu'il y a une unité, entre le Droit étatique et le Droit négocié et délibéré. L'ordre public lui-même « est l'ordre que rend nécessaire une économie de marché »¹⁹⁰¹. Les marchés reposent quant à eux sur l'Etat moderne pour son organisation et son efficacité. Nous partageons ici le postulat que l'Etat n'abandonne pas « la réglementation de l'action humaine à la volonté souveraine de pouvoirs privés mais [délègue] un certain nombre de déterminations, tout en les encadrant et en assurant le contrôle »¹⁹⁰².

325. L'opposition entre la loi et le contrat, entre la norme étatique et celle produite par des individus, doit du reste être relativisée en ce sens qu'il y a de la loi dans le contrat et du contrat dans la loi¹⁹⁰³. Cette idée est particulièrement développée par Emile Durkheim. En préface de la seconde édition de son emblématique *De la division du travail social*, il

¹⁸⁹⁹ J. Barthélémy, « Réflexion sur la promotion de la sanction positive en droit du travail », *RDT*, 2021, p. 442 ; Nous ne partageons cependant pas cette analyse pour la raison que l'autonomie supposerait une indifférence de l'Etat vis-à-vis des actions concernées. Or le propre de l'incitation, qu'elle soit positive ou négative, est que l'Etat détermine un comportement à adopter ou à rejeter, et crée des mécanismes pour les acteurs s'y conformer. Nous pensons donc que cela est tout à fait antinomique avec l'idée d'autonomie.

¹⁹⁰⁰ J.-P. Henry, « Vers la fin de l'état de droit », *RDP*, 1977, p. 1207 ; F. Géa, « La dialectique du légal et du négocié. Sens et non-sens d'un paradoxe », *SSL*, n° 1508, 10 oct. 2011 ; F. Canut, « L'ordonnement des normes étatiques et des normes conventionnelles - à propos du projet de loi travail », *op. cit.*, p. 519 ; F. Canut, « Le recul de l'ordre public face à l'accord collectif », *op. cit.*, p. 343.

¹⁹⁰¹ G. Lyon-Caen, « La bataille truquée de la flexibilité », *Dr. soc.*, 1985, p. 801.

¹⁹⁰² S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, « Introduction », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *op. cit.*, p. 15.

¹⁹⁰³ G. Groux, « L'entreprise : conflits et régulation(s) », *Droit et sociétés*, 1999, p. 36 ; E. Filipetto, *Le juge et l'accord collectif*, LGDJ, 2022, n° 162, p. 233.

affirmait déjà que « rien n'est plus faux que cet antagonisme qu'on a trop souvent voulu établir entre l'autorité de la règle et la liberté de l'individu »¹⁹⁰⁴. La diversification des formes de travail liées à la révolution industrielle à son époque, et à la révolution informationnelle et au développement du numérique aujourd'hui, est reflétée dans le Droit¹⁹⁰⁵. Le contrat est un moyen d'exercer cette liberté. Il est tout à la fois « l'expression juridique de la coopération »¹⁹⁰⁶, coopération par l'échange rendue nécessaire par la division du travail¹⁹⁰⁷. Mais alors, « il ne faut pas oublier que, si le contrat a le pouvoir de lier, c'est la société qui le lui communique »¹⁹⁰⁸ et plus précisément par la voie de son organe central qu'est l'Etat. Il développe que « tout n'est pas contractuel dans le contrat (...). Or partout où le contrat existe, il est soumis à une réglementation qui l'œuvre de la société et non celle des particuliers, et qui devient toujours plus volumineuse et plus compliquée »¹⁹⁰⁹.

Précisons que dans la pensée durkheimienne, la vie individuelle naît de la vie collective, l'Etat produit l'individu¹⁹¹⁰. En tant que sujet de droit, il faut en effet un Etat pour créer, organiser et les faire advenir comme réalités. Or le contrat ne pouvant exister que dans une forme de vie collective et cette dernière impliquant nécessairement une réglementation, les deux ne sauraient se dissocier¹⁹¹¹. Réglementation et contrat ont la même origine, la vie sociale. Or à mesure que le travail se divise, les échanges se développent et prennent juridiquement la forme du contrat¹⁹¹². Mais à mesure aussi que le travail se divise, la société se concentre, c'en est même une condition¹⁹¹³. L'Etat veille donc à son développement et à son efficacité.

¹⁹⁰⁴ E. Durkheim, *De la division du travail social*, PUF, 8^e éd., 2021, p. III.

¹⁹⁰⁵ *Ibid.*, p. 29.

¹⁹⁰⁶ *Ibid.*, p. 93.

¹⁹⁰⁷ *Ibid.*, p. 94.

¹⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 82.

¹⁹⁰⁹ *Ibid.*, p. 189.

¹⁹¹⁰ E. Durkheim, *Leçons de sociologie*, PUF, 8^e éd., 2015, p. 153.

¹⁹¹¹ E. Durkheim, *De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 264.

¹⁹¹² *Ibid.*, p. 374.

¹⁹¹³ *Ibid.*, p. 237.

L'auteur développe encore que « la liberté elle-même est le produit d'une réglementation. Loin d'être une sorte d'antagonisme de l'action sociale, elle en résulte. Elle est si peu une propriété inhérente de l'état de nature qu'elle est au contraire une conquête de la société sur la nature »¹⁹¹⁴. C'est la société qui assure en effet cette liberté en émancipant les individus des contraintes extérieures. C'est en s'organisant socialement que l'on domine la nature et que l'on acquiert la liberté.

Nous soutenons ce propos et l'appuyons en rappelant diverses règles issues du droit commun des contrats. Quant à sa forme, les parties choisissent librement la forme dans les limites fixées par la loi¹⁹¹⁵. Quant à la procédure, celle-ci a été développée par l'ordonnance de 2016 qui codifie l'obligation de négocier de bonne foi¹⁹¹⁶. Quant à son contenu, le contrat ne saurait déroger aux règles d'ordre public, entendons dans le code civil qu'il s'agit du seul ordre public absolu¹⁹¹⁷. Une fois légalement formé, le contenu devient la loi des parties¹⁹¹⁸. Son effet obligatoire est lui-même énoncé par la loi. Nous rappellerons la formule de l'article 1194 du Code civil qui énonce que « les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou *la loi* [nous soulignons] ». En contractant, les individus s'obligent nécessairement à certaines obligations légales donc. La loi prévoit encore les sanctions – punitives ou restitutives dirait Durkheim – afin d'assurer l'efficacité des contrats.

Cette contestation de l'opposition radicale entre la norme étatique, chargée de la valeur négative de la contrainte, et la norme conventionnelle, chargée de la valeur positive de la liberté des sujets, est aussi critiquée par les juristes¹⁹¹⁹. C'est toujours l'Etat, en dernière instance, qui détermine les conditions dans lesquelles les normes décentralisées relèvent de

¹⁹¹⁴ *Ibid.*, p. 380.

¹⁹¹⁵ Art. 1102 du Code civil.

¹⁹¹⁶ Art. 1112 du Code civil dans sa version issue de l'art. 2 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁹¹⁷ Art. 6, 1102 et 1162 du Code civil.

¹⁹¹⁸ Art. 1103 du Code civil.

¹⁹¹⁹ A. Supiot, « La loi dévorée par la convention ? », *op. cit.*, p. 631.

son propre ordre juridique¹⁹²⁰. Si le contrat est un « vecteur privilégié du pluralisme juridique »¹⁹²¹, la loi l'ordonne, l'organise.

326. De vastes domaines de la relation de travail sont du reste relevantes de l'ordre étatique. On dit d'une norme qu'elle est relevante du droit étatique lorsqu'elle est accueillie par celui-ci. Il s'agit d'une règle qui n'a pas été élaborée par un organe de l'Etat mais par un organe de la société civile. Une telle norme ne tient alors pas sa juridicité de l'Etat lui-même en ce qu'elle n'en émane pas mais est tout de même reconnue par lui au travers de règles qui s'y réfèrent. L'Etat peut en effet rendre obligatoire l'adoption de règles, comme dans le cadre du règlement intérieur dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, ou encourager l'adoption de règles qu'il cite lui-même comme dans le cadre des accords collectifs. Le contrat est ainsi un ensemble de règles, générateur d'obligations, qui est relevant.

En effet la loi cite le contrat et définit ses règles de validité. Si l'accord de volonté entre les parties respectent les règles de validité prescrites par la loi, il demeure un corps de règles privées, mais bénéficie d'une reconnaissance légale. C'est cette reconnaissance légale, cette relevance de l'ordre étatique, qui permet de mobiliser la puissance étatique. Alors qu'un contrat valide permet par exemple d'agir en exécution forcée ou en nullité, un contrat qui ne serait pas valide ne permettrait pas d'user des mêmes voies de droit faute de relever de l'ordre étatique, faute d'être reconnu par l'Etat.

Dans cette perspective, l'Etat permet aux parties de régler leurs rapports par voie contractuelle. La décentralisation sert alors à « réduire le domaine des sources du droit d'origine étatique, la loi et le règlement, pour y substituer le libre jeu de la volonté autonome des parties »¹⁹²². Loi et règlement n'ont plus ici pour rôle que de protéger la volonté des parties en déterminant des garanties procédurales. Il s'agit de passer « du « faire » au « faire faire » par voie de contrats et de décentralisation »¹⁹²³.

¹⁹²⁰ M.-A. Moreau, « Droit imposé et droit négocié : regards à partir du droit des salariés à la négociation collective en France », in P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, *op. cit.*, p. 675.

¹⁹²¹ J.-G. Belley, « Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique », in P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, *op. cit.*, p. 391.

¹⁹²² F. Saramito, « Le Droit du travail en question », *Dr. ouv.*, 1986, p. 39.

¹⁹²³ L. Rouban, *op. cit.*, p. 15.

Le contrat devient par ce biais un « outil de réception du droit souple par le Droit dur »¹⁹²⁴ en permettant de formaliser les règles dont les parties se dotent. Mais il implique le respect de certaines formes et d'un certain contenu pour avoir cette reconnaissance qui permettra la mobilisation de corps de l'Etat afin de le faire respecter telles que l'administration du travail et la justice. C'est enfin un outil d'appropriation de la norme par les parties. Le Droit parfois qualifié de souple est ainsi reconnu et encadré par le Droit dur¹⁹²⁵. Par cette relevance, assurée par le recours à un outil juridique, il devient droit effectif, doté d'obligatorité, car d'outils contractuels naissent des obligations reconnus et protégées par la loi.

327. L'Etat prête sa force pour la mise en œuvre des normes qui sont relevantes. C'est ainsi qu'une norme décentralisée dérogatoire est punie comme la violation de la règle à laquelle il a été dérogé aux termes de l'article L. 2263-1 du Code du travail. Cette règle de sanction date de 1982 et est cantonnée aux accords dérogatoires¹⁹²⁶. Elle ne permet cependant de sanctions pénales que dans l'hypothèse de la violation d'une règle légale¹⁹²⁷.

Les règles conventionnelles ne sont pas indépendantes de l'ordre juridique étatique. Si nous avons vu comment les réformes du dialogue social ont modifié le rapport au juge, ce dernier est toujours interprète de l'accord et garant de son application. En ce sens, les négociateurs ne « sont pas les seuls maîtres du sens de l'accord collectif »¹⁹²⁸. Il y a jusque dans les normes décentralisées une part irréductible d'hétéronomie qui la fonde et la garantie¹⁹²⁹.

¹⁹²⁴ L. Cytermann et J. Richard, *op. cit.*, p. 402.

¹⁹²⁵ *Ibid.*, p. 404.

¹⁹²⁶ Un auteur doute que ce transfert soit également opéré au profit des accords adoptés dans les domaines couverts par des dispositions supplétives (F. Bocquillon, « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : les enjeux de la distinction en droit du travail », *D.*, 2005, p. 807).

¹⁹²⁷ F. Canut, « La dérogation, une technique de flexibilité éprouvée », *SSL*, 8 juin 2015, n° 1680, p. 54 ; L. Gamet, « Le Droit pénal conventionnel », *Dr. soc.*, 2023, p. 239.

¹⁹²⁸ E. Peskine, « Quelques observations sur l'interprétation judiciaire des accords collectifs », *RDT*, 2021, p. 118.

¹⁹²⁹ A. Supiot, *op. cit.*, p. 639.

2. Sécuriser la norme décentralisée

328. L'Etat intervient pour sécuriser les normes décentralisées. La revendication de sécurité peut se référer à différents aspects du contrat de travail, qu'il s'agisse de la prise de décision de l'employeur ou de la carrière du salarié. Plus globalement, c'est un discours sur la sécurité juridique qui se développe autour de cette idée. Cette notion fait l'objet d'une littérature ancienne et abondante qui traverse toutes les branches du droit. Nous nous limiterons donc à une étude des discours récents et spécifiques au droit du travail, cible privilégiée du reste lorsqu'il s'agit de vilipender ses effets sur l'initiative économique des entreprises du fait, entre autres arguments, de la diversité de ses sources, de sa forte politisation source d'instabilité ou de son instrumentalisation judiciaire par les organisations syndicales¹⁹³⁰. Cette revendication a traversé les réformes du dialogue social, en particulier celles de 2016 et de 2017¹⁹³¹. La revendication de sécurité juridique ou la critique de l'insécurité juridique vise autant l'inflation normative et son instabilité¹⁹³², sa complexité¹⁹³³ ou sa judiciarisation tant du point de vue du risque contentieux que des délais et des incertitudes quant à la décision rendue¹⁹³⁴. Discours que l'on retrouve dans les justifications des réformes du dialogue social dans l'exposé des motifs¹⁹³⁵ ou dans les études d'impact¹⁹³⁶.

¹⁹³⁰ V. J. Barthélémy et G. Cette, « Réforme du droit social et efficacité économique », *op. cit.*, p. 55 et le rapport du président directeur général d'Axa Henri de Castries et du Professeur Nicolas Molfessis, *Sécurité juridique et initiative économique*, *op. cit.*, p. 310.

¹⁹³¹ V. la première impression du Professeur Antonmattei à la lecture du projet d'ordonnances qui offre un panorama des mesures de sécurisation dans les différents domaines abordés par ces deux réformes, P.-H. Antonmattei, « Réforme du droit du travail : en avant, marche ! », *SSL*, n° 1781, 11 sept. 2017.

¹⁹³² M. De Virville, *op. cit.*, p. 8 ; J. Barthélémy et G. Cette, *Réformer le Droit du travail*, *op. cit.*, p. 136.

¹⁹³³ M. De Virville, *op. cit.*, p. 3 ; J. Barthélémy et G. Cette, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, *op. cit.*, p. 32 ; J. Barthélémy et G. Cette, *Réformer le Droit du travail*, *op. cit.*, pp. 21, 103 et 105 ; J.-D. Combrexelle, *op. cit.*, p. 34.

¹⁹³⁴ M. De Virville, *op. cit.*, p. 13 ; J. Barthélémy et G. Cette, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, *op. cit.*, p. 34 et 90 ; J.-D. Combrexelle, *op. cit.*, p. 39.

¹⁹³⁵ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social ; Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale ; Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail ; Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective et n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales ; Loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

¹⁹³⁶ Etude d'impact du Projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, 5 mars 2013, p. 30 ; Etude d'impact du Projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avril 2015, pp. 79, 98, 113 et 136 ; Etude d'impact du

a. Sécuriser la norme produite

329. La sécurité juridique est une exigence des acteurs, reprise par le Gouvernement, pour lesquels l'anticipation est un enjeu central¹⁹³⁷. Postulant le comportement optimisateur des agents, en particulier ici de l'entreprise, ceux-ci doivent pouvoir prévoir les conséquences de leur comportement et les adapter en fonction de leurs anticipations¹⁹³⁸. La sécurité juridique entendue comme la prévisibilité de la conformité du comportement adopté à la règle de droit assure donc ces derniers de ne pas être sanctionnés et de ne pas subir les coûts afférents. Ou à l'inverse, sécuriser permet de prévoir les coûts liés à la violation de la règle. Sécuriser, c'est donc réduire les incertitudes quant au comportement à adopter et aux conséquences des choix opérés. Le Législateur mobilise ce discours pour justifier l'évolution des différents régimes, en particulier ceux du licenciement¹⁹³⁹, du contentieux en général¹⁹⁴⁰ et celui des accords collectifs en particulier¹⁹⁴¹, ou encore du fonctionnement des institutions représentatives du personnel et de l'articulation des consultations¹⁹⁴².

330. Avec le changement des fonctions de la négociation collective que nous avons précédemment développé, les règles de validation des accords ont profondément évoluées. Parmi ces évolutions, certaines visent à sécuriser l'adoption du texte. Cette sécurité résulte notamment de la clarté du texte quant à sa validité, mais aussi quant à la possibilité d'adopter

Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, pp. 99, 103, 122, 136, 137, 210 et 256 ; Etude d'impact du Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, 27 juin 2017, pp. 21 et 49.

¹⁹³⁷ Exposé des motifs de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

¹⁹³⁸ J. Affichard, A. Lyon-Caen et S. Vernac, « De l'analyse économique à l'évaluation du droit du travail. Quelques leçons d'un programme de recherche », *RDT*, 2009, p. 631.

¹⁹³⁹ Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale ; Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi ; Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

¹⁹⁴⁰ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social ; Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale ; Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

¹⁹⁴¹ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi ; Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels ; Loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

¹⁹⁴² Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi ; Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

un texte ayant la valeur d'un accord collectif sans que celui-ci n'ait réuni de majorité. Ce faisant, ce n'est pas tant l'acte qui est sécurisé, que la capacité de l'entreprise à s'adapter par le biais de cet acte. La sécurisation, on le voit dans les motivations précédemment énoncées, est partie liée à la volonté de sécuriser les procédures permettant à l'entreprise de s'adapter. L'employeur est ainsi sécurisé dans sa capacité d'adaptation en ce qu'il peut, à défaut de majorité, mobiliser d'autres voies pour que le texte produise les effets d'un accord collectif, en particulier en le soumettant à une consultation d'approbation. L'adoption d'un accord fait ainsi partie des supports permettant l'adaptation normative. Au détriment parfois de la légitimité de l'acte, pourvu que l'employeur puisse conserver une souplesse dans la gestion de l'entreprise au moyen d'actes supposés négociés¹⁹⁴³.

Cela implique de sécuriser les règles d'adoption, mais aussi les règles de révision et de dénonciation qui permettent de nouvelles adaptations lorsque le précédent accord devient obsolète. La règle relative à l'opposition ou l'absence d'approbation est quant à elle, fixée à l'article L. 2141-9 du Code du travail qui dispose que « les conventions et accords frappés d'opposition majoritaire ainsi que ceux qui n'ont pas obtenu l'approbation de la majorité des salariés, en application des dispositions du chapitre II, sont réputés non écrits ». Cette règle est rappelée au septième alinéa de l'article L. 2232-12 du même Code. Il est à noter que l'opposition n'est désormais possible qu'au niveau de la branche ou au niveau interprofessionnel, puisqu'au niveau du groupe, interentreprises, de l'entreprise ou de l'établissement, l'accord doit être majoritaire pour être valide.

Sécuriser l'adoption de l'accord est aussi un enjeu économique. L'échec des négociations peut avoir des effets négatifs sur l'emploi. Un avocat rappelle que « le climat social étant un ratio économique, il faut tout mettre en œuvre pour augmenter les chances de conclure »¹⁹⁴⁴. Tant le bon déroulé des négociations que le résultat, son adoption et les possibilités d'adaptation qu'il offre, font que le Droit doit être tourné vers la conclusion du texte. Le Droit doit inciter à conclure.

331. L'accord est sécurisé dans son évolution par les règles de révision et de dénonciation, donc dans son évolution et sa disparition. En ce qui concerne la révision, sous l'empire de dispositions peu précises à ce sujet, l'arrêt Basirico de la chambre sociale ne reconnaissait

¹⁹⁴³ J. Porta, « Le Droit du travail en changement », *Travail et emploi*, n° 158, 2019, p. 117.

¹⁹⁴⁴ J. Barthélémy, *op. cit.*, p. 41.

qu'aux organisations syndicales signataires initiales unanimes le Droit de réviser l'accord¹⁹⁴⁵. La loi de 2004 précise cette règle et permet aux organisations syndicales qui ont adhéré ultérieurement à l'accord de participer à sa révision¹⁹⁴⁶.

A la suite de la révision des règles de représentativité syndicales, se posait le problème des signataires ayant perdu leur représentativité ou qui ne serait plus assez représentatif pour permettre la validité de l'avenant¹⁹⁴⁷. C'est la loi de 2016 qui arrête la solution actuelle à l'article L. 2261-7-1 du Code du travail qui distingue la période allant jusqu'à la fin du cycle électoral au cours duquel l'accord a été conclu, au cours duquel seuls les signataires ou adhérents peuvent signer un avenant de révision, et la période à l'issue du cycle électoral au cours duquel l'accord a été conclu, période pendant laquelle ce sont les organisations syndicales représentatives qui peuvent le réviser indifféremment de leur signature ou adhésion au dit accord.

La révision est également possible avec les agents palliatifs ou en l'absence d'agents. Dans le premier cas la validité est soumise à la signature de l'avenant par des élus représentants la majorité des voix, qu'ils soient mandatés ou non, et à son approbation par la majorité des salariés si l'avenant a été négocié par un salarié mandaté¹⁹⁴⁸. Dans la seconde hypothèse, l'avenant de révision proposé par l'employeur doit être ratifié par les deux tiers du personnel¹⁹⁴⁹.

Quant à la dénonciation il s'est agi de sécuriser les conséquences de la disparition de l'accord. Cette sécurisation s'est faite en substituant à la notion d'avantage individuel acquis qui posait des difficultés d'interprétation sources d'insécurité juridique, celle de garantie de la rémunération pendant douze mois réalisés par la loi de 2016¹⁹⁵⁰.

¹⁹⁴⁵ Soc., 9 mars 1989, n° 86-44.025, Publié, *D.* 1990. 165, obs. A. Lyon- Caen ; *Dr. soc.* 1989. 631, note M. Despax ; *Dr. ouv.* 1989. 359, note P. Bouaziz.

¹⁹⁴⁶ Art. 40 de la loi n° 2004-391 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

¹⁹⁴⁷ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

¹⁹⁴⁸ II. de l'art. L. 2232-23-1 et L. 2232-24 et s. du Code du travail.

¹⁹⁴⁹ Art. L. 2232-22 du Code du travail.

¹⁹⁵⁰ Art. 17 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

332. La sécurisation passe ensuite par la sécurisation de l'acte adopté. La méthode employée est alors celle de la restriction du délai de contestation. C'est ainsi dans un « souci de sécurité juridique, [que] le délai pendant lequel ces accords peuvent être contestés est désormais clairement fixé par le code du travail »¹⁹⁵¹ dans la loi de 2005. La règle est alors que toute action en contestation doit être formée avant l'expiration d'un délai de trois mois. Cependant une exception était admise dans le cadre des accords relatifs à des plans de sauvegarde de l'emploi pour lesquels le délai de contestation était porté à douze mois¹⁹⁵².

Ce délai a finalement été unifié et réduit à deux mois par l'une des ordonnances de 2017¹⁹⁵³. Il est cependant prévu à l'article L. 2262-14 du Code du travail des points de départ différents à ce délai de contestation en fonction de la personne qui a intérêt à agir puisque les organisations syndicales disposant d'une section syndicale dans l'entreprise doivent agir dans les deux mois à compter du dépôt, tandis que les autres personnes qui pourrait avoir intérêt à agir doivent le faire dans les deux mois à compter de la publication de l'accord. Le juge disposera alors d'un délai de six mois pour se prononcer selon l'article suivant. Ce qui permet d'assurer rapidement la stabilité de l'accord.

Il peut encore être sécurisé par des présomptions de conformité. C'est le cas des accords relatifs au travail de nuit d'après l'article L. 3122-15 du code du travail. Au-delà du maintien de l'accord en lui-même, l'exigence de sécurité porte sur la sanction de celui-ci et sur le coût de la nullité pour l'entreprise en raison de la rétroactivité¹⁹⁵⁴. Cependant, il pourra toujours être contesté par la voie de l'exception pour toute personne qui aurait intérêt à agir. Mais alors ce ne sera qu'un litige individuel, l'accord demeurera, et seule la disposition illicite sera inopposable à la personne qui en aura fait la preuve¹⁹⁵⁵. La sécurisation de la norme pourra encore être assurée par des présomptions de justification liées à la nature négociée de

¹⁹⁵¹ Exposé des motifs de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale.

¹⁹⁵² Art. 72 de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale ; Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurité de l'emploi.

¹⁹⁵³ Art. 4 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective.

¹⁹⁵⁴ P.-H. Antonmattei, « A propos du temps et de la sécurité juridique en droit du travail », *SSL*, n° 1671, 7 avr. 2015.

¹⁹⁵⁵ Soc., 2 mars 2022, n°s 20-16.002 et 20-20.077, Publiés, *D.* 2022. 1286, obs. Y. Ferkane ; *Dr. soc.* 2022. 531, étude G. Auzero et L. Bento de Carvalho ; *SSL*, n° 1995, note P.- H. Antonmattei ; *BJT* 02/2022. 30, F. Bergeron.

la règle. C'est le cas des différences de traitements dans les limites que nous avons déjà pu évoquer *supra* dans le second chapitre du premier titre de la première partie.

En prenant en compte des objectifs économiques, il est encore permis de moduler les effets de la nullité, et notamment les restitutions qu'elle implique¹⁹⁵⁶. Il demeure possible pour les salariés de contester l'accord dans le cadre d'un litige individuel. Cette possibilité est aussi ouverte aux organisations syndicales non-signataires¹⁹⁵⁷ et au comité social et économique¹⁹⁵⁸ pour les dispositions de l'accord qui s'applique à eux. Dans cette hypothèse, le salarié obtiendra une réparation de son préjudice, mais l'accord demeure et continue de produire des effets pour les autres salariés. Il s'agit d'un recours spécifique qui ne peut s'assimiler à l'exception d'illégalité du droit administratif ou à l'exception de nullité des contrats qui n'ont pas encore reçu application de l'article 1185 du Code civil¹⁹⁵⁹. Ainsi, cette exception est enserrée dans les délais de prescription de la créance qui fait l'objet de la demande. L'acte pourra aussi être rendu inopposable aux tiers qui ont soulevé l'exception¹⁹⁶⁰. Les arrêts précédemment cités ont cependant pour effet d'exclure l'exception de procédure¹⁹⁶¹. Il n'est donc possible de contester que l'illégalité d'une stipulation et non de l'acte lui-même s'il a été irrégulièrement formé.

333. La sécurisation peut encore viser les réunions du comité social et économique. C'est ainsi que face à l'usage de la visioconférence, le Législateur est intervenu pour sécuriser cette pratique en en définissant le cadre. C'est la loi de 2015 qui est intervenue pour la permettre. Cette pratique est autorisée mais conditionnée à un accord entre le président et les élus, à défaut elle est limitée à trois réunions par an¹⁹⁶². Celle-ci ne mentionne cependant pas cette

¹⁹⁵⁶ Y. Ferkane, « Prudence est mère de... sécurité juridique : un discours sur le méthode », *RDT*, 2021, p. 223.

¹⁹⁵⁷ Soc., 2 mars 2022, n° 20-18.442, Publié ; Des auteurs suggèrent que les organisations syndicales signataires conservent la capacité d'agir contre des dispositions illicites (G. Auzero et L. Bento De Carvalho, « L'exception d'illégalité appliquée aux conventions et accords collectifs de travail », *Dr. soc.*, 2022, p. 535) cependant que sa limitation est gage de sécurité juridique (D. Baugard, « Pas d'exception d'illégalité pour les signataires d'un accord collectif », *RDT*, 2023, p. 51).

¹⁹⁵⁸ Soc., 2 mars 2022, n° 20-16.002, préc.

¹⁹⁵⁹ D. Baugard, « L'exception d'illégalité d'un accord collectif aux CSE et aux syndicats non-signataires », *RDT*, 2022, p. 396 ; G. Auzero et L. Bento De Carvalho, *op. cit.*, p. 531.

¹⁹⁶⁰ Soc., 2 mars 2022, n° 20-20.077, v. note n° 1955.

¹⁹⁶¹ C. Pernot, « L'avènement possible d'une nouvelle catégorie juridique : l'exception d'illégalité d'un accord collectif », *Dr. ouv.*, 2022, p. 165.

¹⁹⁶² Art. 17 de la loi n° 2004-391 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

possibilité pour la délégation unique du personnel, ce qui sera fait dans la loi de 2016¹⁹⁶³. Les articles D. 2315-1 et D. 2315-2 du Code du travail précisent que la visioconférence doit permettre l'identification des membres du comité et retransmettre de manière continue et simultanée le son et l'image des délibérations. Ces mêmes articles prévoient la possibilité de procéder à un vote à bulletin secret. Le système retenu à cette fin doit assurer la confidentialité des données transmises ainsi que la sécurité de l'adressage des moyens d'authentification, de l'émargement, de l'enregistrement et du dépouillement des votes. Une durée identique de vote doit être laissée aux membres entre l'ouverture et la clôture de l'opération de vote. Les membres élus du comité social et économique doivent en outre disposer des moyens techniques satisfaisants pour effectuer ces opérations. Il s'agit ainsi de sécuriser une pratique favorisée par l'évolution de la structuration des entreprises et, notamment, l'éloignement des sites, donc des représentants du personnel qui en proviennent.

Ils s'agit encore de sécuriser l'employeur quant à ses missions. Cela fait partie de l'esprit du regroupement des thèmes de consultation¹⁹⁶⁴. Face au développement des thèmes de consultation et à un certain éparpillement dans le code, cela aurait développé un risque de ne pas respecter les obligations de consultation. Le regroupement des thèmes, la définition des thématiques à aborder, la référence à des documents normalisés à communiquer aux élus, tout ceci contribue à sécuriser le président du comité dans l'exercice de ses missions. C'est aussi un moyen de sécuriser les décisions prises dans ces domaines, qui par la clarté de l'énoncé, permettent à l'employeur de suivre plus facilement la procédure d'adoption sans risquer d'enfreindre une obligation qui pourrait conduire à le sanctionner et à devoir reprendre la procédure.

C'est le même esprit que l'on retrouvera dans la clarification des règles d'articulation des différents niveaux de consultation et de recours à l'expertise. On retrouve ici la logique d'ensemble de la sécurité juridique qui serait assurée par des règles claires, peu susceptibles de marges d'interprétation. On sécurise aussi ce domaine en encadrant les délais¹⁹⁶⁵ afin

¹⁹⁶³ Art. 18 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

¹⁹⁶⁴ V. le second chapitre du second titre de la première partie *supra*.

¹⁹⁶⁵ *Ibid.*

d'assurer dans la prise de décision une gestion raisonnable du temps assurant la capacité d'adaptation de l'entreprise¹⁹⁶⁶.

b. Sécuriser la production normative : la professionnalisation des agents

334. La négociation collective repose sur la capacité de ses agents à négocier et à défendre les intérêts matériels et moraux du groupe représenté. Outre la représentativité, qui est une composante de la capacité à défendre ces intérêts, cela suppose aussi la capacité à construire un rapport de force afin de garantir l'aptitude matérielle des organisations syndicales à pouvoir réellement négocier. Marcel Merle écrivait que « le Droit de négocier n'est reconnu qu'à ceux qui disposent déjà de la force et qui sont capables de s'en servir »¹⁹⁶⁷. Si l'autre partie ne dispose pas de la force nécessaire à la défense de ses intérêts, il ne s'agit pas de négociation, tout au plus ce sera une consultation ou une concertation qui précède une décision unilatérale.

Cela s'illustre aussi dans l'exigence d'indépendance sans laquelle l'organisation syndicale n'est pas en mesure de défendre réellement les intérêts des salariés. Le Droit, en tant qu'outil de civilisation des rapports sociaux, garantie des droits permettant de corriger l'asymétrie de ce rapport de force entre un contractant titulaire du pouvoir de direction, de contrôle et de sanction et le collectif de ses cocontractants qui y sont subordonnés.

Si le Droit français ne garantit pas d'égalité des armes, il offre certaines garanties dans la procédure de négociation collective avec pour objectif d'en assurer la qualité. Parmi elle, l'accès à l'information. Pour négocier, il faut disposer des informations suffisantes qui permettront dans l'échange, la formulation de propositions et de contre-propositions ainsi que la capacité à discuter rationnellement de celles-ci. C'est également une nécessité pour rendre un avis utile dans le cadre d'une consultation. Or il existe une asymétrie dans cet accès et dans

¹⁹⁶⁶ P.-H. Antonmattei, *op. cit.*

¹⁹⁶⁷ M. Merle, « De la négociation », *Pouvoirs*, 1980, p. 25.

la maîtrise de l'information qui ne favorise pas un véritable processus dialogique, voire une véritable éthique de la discussion¹⁹⁶⁸.

Nous avons développé que le choix du critère d'audience électoral avait une fonction de légitimation des productions du dialogue social¹⁹⁶⁹. Certains auteurs ont pu voir dans ce choix un risque de dérive technocratique¹⁹⁷⁰ car l'élection n'a pas pour premier objet de déterminer les organisations syndicales représentatives mais l'élection de la délégation du personnel au comité. Ce risque est accentué par la création de mandats d'experts ou de référents dans les instances élues. L'aspect technocratique dans l'évolution des moyens et des attributions des négociateurs se traduit principalement par la professionnalisation de leurs missions.

335. La professionnalisation répond à la complexification des attributions. La négociation collective et la représentation du personnel se sont complexifiées dans ses enjeux. Citons pour exemple la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences n'a pas le même degré de complexité et de technicité qu'une négociation sur les salaires ou sur le temps de travail ou que la consultation sur la politique sociale. La « qualité des interlocuteurs et leur capacité à appréhender les enjeux se nourrissent d'un lien avec la réalité de l'emploi dans l'entreprise »¹⁹⁷¹, il leur faut donc une capacité à appréhender et analyser les situations concrètes de travail dont ils ont connaissance. Parce que l'accord peut porter sur plus de sujets, notamment des sujets techniques et complexes, il « suppose des connaissances et une pratique »¹⁹⁷² différentes. Cette maîtrise peut s'acquérir par le recours à la formation, à des expertises et à l'information nécessaire à la négociation collective. Trois moyens qui ont fait l'objet de réformes par les lois relatives au dialogue social. En ce qui concerne la formation des délégués syndicaux, celle-ci peut être financée en partie par le budget de fonctionnement du comité social et économique si une délibération le permet¹⁹⁷³.

¹⁹⁶⁸ A. Stévenot, « Dialogue ou monologue en sciences de gestion ? Un dilemme récurrent », in F. Géa et A. Stévenot, *op. cit.*, p. 88.

¹⁹⁶⁹ V. *supra* le paragraphe n° 136.

¹⁹⁷⁰ J. Barthélémy, « Vers de nouvelles évolutions du droit de la négociation collective », *Dr. soc.*, 2009, p. 907.

¹⁹⁷¹ F. Morel, « Le renouveau du dialogue social passe par l'entreprise », *Dr. soc.*, 2016, p. 408.

¹⁹⁷² J.-D. Combrexelle, *op. cit.*, p. 63.

¹⁹⁷³ 3^e al. de l'art. L. 2315-61 du Code du travail, créé par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

Le recours à l'expertise est aussi ouvert à la préparation de négociations, notamment sur l'égalité professionnelle dans les entreprises d'au moins trois-cents salariés¹⁹⁷⁴ même lorsque ce n'est pas le comité social et économique, titulaire du droit d'expertise, qui négocie¹⁹⁷⁵. Le comité social et économique dispose d'autres possibilités d'engager des expertises dont les rapports et les avis qui en découlent seront mis à disposition des organisations syndicales représentatives. Elle peut ainsi être un « outil de négociation »¹⁹⁷⁶ comme elle peut l'être pour la négociation d'un plan de sauvegarde de l'emploi ou d'un accord de performance collective¹⁹⁷⁷.

Enfin l'information est assurée au travers de la base de données économique, sociale et environnementale¹⁹⁷⁸. Notons ici que ces moyens sont empruntés au comité social et économique, même lorsqu'ils viennent appuyer l'action des délégués syndicaux. En ce qui concerne l'expertise sur l'égalité professionnelle, il s'agit même d'un thème dont le coût s'impute à hauteur de vingt pourcents sur le budget de fonctionnement du comité social et économique. L'on pourrait penser qu'il y avait derrière cet appui à la négociation collective des moyens nouveaux, il n'en est rien, ceux-ci dépendent principalement de dépenses engagées par le comité social et économique. Dépenses qui ne seront donc pas alloués à son activité propre. La réduction des moyens des institutions représentatives du personnel constatée avec la mise en place des comités sociaux et économiques contribue également à la professionnalisation des mandats. Avec moins de représentants, les moyens dont les heures de délégation, sont concentrées dans les mains de quelques élus, qui sont donc plus détachés de leur poste de travail et professionnalisés du fait du temps passé à l'exercice du mandat lui-même.

336. La professionnalisation est une conséquence, si ce n'est une condition, de la capacité à énoncer la règle. Nous avons déjà signalé le risque d'insécurité juridique lié au

¹⁹⁷⁴ 3° de l'art. L. 2315-94 et art. L. 2315-95 du Code du travail, créés par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

¹⁹⁷⁵ Soc., 14 avril 2021, n° 19-23.589, v. note n° 1199.

¹⁹⁷⁶ S. Mraouahi, « L'expert du CSE », *Dr. ouv.*, 2020, p. 621.

¹⁹⁷⁷ Art. L. 2315-92 du Code du travail.

¹⁹⁷⁸ Art. L. 2312-18 du Code du travail, créé par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

développement d'un droit conventionnel¹⁹⁷⁹. Le prévenir passe en premier lieu par une maîtrise des outils destinés à la négociation collective. Elle suppose une maîtrise des règles d'articulation des différentes normes applicables et de savoir identifier en fonction du thème négocié quelle règle prime. On pourrait à ce sujet interroger la responsabilité particulière de l'employeur qui, afin de respecter l'obligation de loyauté, ne pourra engager une négociation à un échelon en sachant qu'une autre règle prime et rendra ineffectif ce qu'il présentait comme une concession.

Assurer cette sécurité juridique passe aussi, et essentiellement, par la capacité à élaborer une règle intelligible. Il ne faut pas laisser de doute quant à l'interprétation de la règle élaborée si l'on veut assurer son efficacité et sa stabilité. Cela suppose donc que les négociateurs se soient entendus non seulement sur la lettre, mais aussi sur l'esprit. Plus encore, cela suppose que l'esprit transparaît nettement dans la lettre et que celle-ci ne soit pas sujette à interprétation. Le cas échéant qu'une instance d'interprétation soit créée par les parties. La norme étatique, quels que soient les défauts qu'on puisse lui prêter, a l'avantage d'être la même pour tous et de ne connaître d'interprètes que les juges. La norme conventionnelle elle ouvre une multitude de formulations et d'applications diverses en fonction des niveaux d'élaboration de celle-ci de ses auteurs ou du contexte d'application de celle-ci. Au-delà de la problématique d'une règle claire et intelligible, la règle négociée ou délibérée, porte en elle le risque d'une formulation floue masquant les divergences¹⁹⁸⁰. Or en matière d'énonciation des règles, la généralité de la formulation signifie l'incertitude de son application¹⁹⁸¹.

La centralisation de la négociation collective dans les structures économiques et la complexification de son contenu sont des facteurs tendant à la professionnalisation des négociateurs¹⁹⁸². La professionnalisation des acteurs est donc liée à la nécessité d'avoir une

¹⁹⁷⁹ P.-H. Antonmattei, « Propos sur la promotion de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.*, 2009, p. 884 ; J. Barthélémy et G. Cette, *Réformer le Droit du travail*, *op. cit.*, p. 73 ; P.-H. Antonmattei, *op. cit.* ; P.-H. Antonmattei, « A propos de la légitimité de la primauté de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.*, 2018, p. 161.

¹⁹⁸⁰ A. Supiot, « Les syndicats et la négociation collective », *Dr. soc.*, 1983, p. 72 ; J.-E. Ray, *op. cit.*, p. 502.

¹⁹⁸¹ A. Jeammaud, « Un Code allégé ? », *Dr. soc.*, 1993, p. 638.

¹⁹⁸² P. Aurelli et J. Gautier, *Consolider le dialogue social*, CESE, avis du 29 novembre 2006, p. 21 ; G. Adam et F. Béharel, *Sauver le dialogue social. Priorité à la négociation d'entreprise*, Rapport de l'Institut Montaigne, septembre 2015 ; P.-H. Antonmattei et L. Enjolras, « Chronique d'actualité du droit de la négociation : commentaire de la loi du 8 août 2016 », *Dr. soc.*, 2016, p. 933 ; N. Delahaie et A. Fretel, *Vers un basculement de la branche vers l'entreprise ? Diversité des pratiques de négociations collectives et pluralité des formes d'articulation entre entreprise et branche*, IRES, ORSEU et Université de Lille, mai 2021, p. 37.

maîtrise technique des enjeux sur lesquels ils négocient mais aussi une maîtrise des outils juridiques qu'ils élaborent pour développer le cadre adapté. Tout ceci en prenant en compte les intérêts des salariés qu'ils représentent, ce qui demeure leur fonction première. La professionnalisation des représentants du personnel est ainsi envisagée positivement par une partie de la doctrine¹⁹⁸³, qui y voit même une condition nécessaire pour assurer la sécurité juridique des entreprises dans un système de droit conventionnel. Celle-ci sera d'autant plus facilement assurée que représentants de la direction et du personnel partagent un langage, voire une culture, qui leur soit commune. Partant de ce constat, le rapport Combrexelle a lui aussi suggéré la professionnalisation des acteurs, rapportant cela à leur formation¹⁹⁸⁴.

¹⁹⁸³ P.-H. Antonmattei, « A propos de la légitimité de la primauté de l'accord d'entreprise », *op. cit.*, p. 161.

¹⁹⁸⁴ J.-D. Combrexelle, *op. cit.*, p. 40.

Conclusion de chapitre

337. Nous avons vu dans ce chapitre que loin des hypothèses de retrait de l'Etat issues d'une critique radicale de son action, l'Etat demeure bien présent dans la production normative. *Nous soutenons quant à nous qu'il s'est repositionné pour mieux réguler les rapports sociaux en fondant son action sur le réalisme de son appréhension des évolutions économiques et sociales et de ses arbitrages qui associent en amont et en aval de sa production les destinataires de la norme.* Force est alors de constater que l'Etat demeure bien présent et que les réformes qui instituent le dialogue social signifient bien plus un « mouvement général de redistribution des rapports de pouvoir sur le plan économique et social au profit de l'entreprise et du marché »¹⁹⁸⁵, voire une « recherche d'efficacité « par l'adaptation aux réalités ou au marché »¹⁹⁸⁶, qu'un quelconque retrait.

Si la décentralisation tend à signifier un passage d'une régulation publique à une régulation privée¹⁹⁸⁷, autrement dit de la réglementation à la régulation¹⁹⁸⁸, ce mouvement s'appuie sur une combinaison des deux modèles qui assure un rôle régulateur de l'Etat. Il nous faut ici préciser l'emploi du terme régulation qui « consiste en un choix de l'Etat de confier certaines fonctions de surveillance et/ou de réglementation de certains secteurs d'activité, notamment économiques, à des organismes séparés de l'appareil étatique central »¹⁹⁸⁹. Ce rôle ne se restreint pas à la définition des règles de procédure et d'adoption des normes privées mais demeure dans la détermination des normes substantielles.

En ce sens, l'opposition entre loi et contrat, l'idée selon laquelle il y aurait un effet de vase communicant, c'est-à-dire que ce que l'Etat ne régulerait plus deviendrait un espace de régulation privée, nous paraît trompeuse¹⁹⁹⁰. L'une et l'autre interviennent dans de mêmes

¹⁹⁸⁵ A. Perulli, *op. cit.*, p. 733

¹⁹⁸⁶ P. Auvergnon, *op. cit.*, p. 10

¹⁹⁸⁷ V. J. Chevallier, *op. cit.*, p. 83.

¹⁹⁸⁸ G. Loiseau, « La norme en droit du travail », in G. Loiseau, *Mélanges en l'honneur de Pierre-Yves Verkindt*, LGDJ, 2022, p. 291.

¹⁹⁸⁹ S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, « Introduction », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche critique de la contractualisation*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁹⁹⁰ J. Chevallier, *op. cit.*, pp. 92 et 93.

espaces et interagissent par différents mécanismes. La décentralisation ne saurait s'entendre comme « un reflux de la loi face au contrat ni en un recul du dirigisme face au laissez-faire [mais] comme l'apparition de nouveaux concepts et de nouvelles techniques juridiques qui visent à dépasser l'opposition de l'hétéronomie et de l'autonomie »¹⁹⁹¹.

Si les critiques relativistes n'expliquent pas le positionnement de l'Etat, leur influence par différents relais doctrinaux et de nombreux rapports et évaluations fournissent un cadre argumentatif à l'action du Législateur. Mais l'Etat ne se retire pas comme le proposent les critiques relativistes les plus radicales. Il habilite les acteurs privés à adapter les règles qu'il énonce. Celles-ci dépendent de conceptions économiques, comptables et sociologiques. Au-delà de ces habilitations, il intervient pour inciter, encadrer et sécuriser l'action des acteurs privés. Ce faisant il développe un modèle de norme adaptable.

¹⁹⁹¹ A. Supiot, « La contractualisation des relations de travail en droit français », in A. Auvergnon, *op. cit.*, p. 27.

Chapitre 2 : La norme étatique adaptable

338. L'exigence d'adaptabilité est un élément significatif dans le discours sur le Droit sous l'influence des revendications patronales qui progressent notamment au bénéfice de la crise économique¹⁹⁹². Celle-ci est relayée par divers économistes¹⁹⁹³ ainsi que des juristes. Ce souci est pris en considération par la doctrine qui produit des manuels destinés à favoriser l'usage du Droit du travail comme outil de gestion. Ces ouvrages saisissent l'*adaptabilité des entreprises* comme « le souci de leurs dirigeants de prendre toutes mesures permettant d'adapter leur organisation et leur fonctionnement aux évolutions économiques et technologiques »¹⁹⁹⁴. Ils reposent sur le postulat que les outils d'adaptation institués par le Droit ne seraient pas encore rentrés « dans les mœurs des dirigeants d'entreprise »¹⁹⁹⁵. Dans ce cadre qui vise à favoriser l'adaptation permanente, le dialogue social, par la conception de la négociation et de la délibération qu'il signifie, est un modèle institué pour favoriser l'action. Nous l'avons précédemment développé, l'Etat reconnaît et protège différents droits, dont celui de propriété et d'entreprendre. On ne s'étonnera donc pas d'une intervention étatique qui vise à permettre d'améliorer les performances économiques et financières de l'entreprise. C'est une fonction de l'Etat moderne. Le Droit du travail peut sous cet angle constituer un « actif stratégique de premier plan »¹⁹⁹⁶.

¹⁹⁹² J.-C. Javillier, « Le patronat et les transformations du droit du travail », in *Les transformations du droit du travail : études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 207 ; V. également le colloque du CRDS, *Flexibilité du droit du travail : objectif ou réalité ?*, Ed. Législatives et administratives, 1986 et le dossier de la *SSL*, 8 juin 2015, n° 1680.

¹⁹⁹³ O. Blanchard et J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La documentation française, 2003 ; v. également *supra* note n° 1772.

On citera quelques passages à titre d'exemple : « la protection de l'emploi réduit les flux et donc la réallocation entre emplois nécessaire à l'efficacité. De plus, en augmentant la durée du chômage, non seulement elle ne le fait pas baisser, mais elle le rend particulièrement insupportable pour ceux qui y sont exposées » (O. Blanchard et J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La documentation française, 2003, p. 14) et « chacun s'accorde sur le fait que les entreprises doivent bénéficier d'une flexibilité en matière d'emploi afin de pouvoir réagir aux fluctuations de la demande et aux changements technologiques » (O. Blanchard et J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La documentation française, 2003, p. 21).

¹⁹⁹⁴ M. Véricel, *Adaptabilité des entreprises. Utiliser au mieux le Droit du travail*, Lamy, 2011, p. 11.

¹⁹⁹⁵ *Loc. cit.*

¹⁹⁹⁶ M. d'Allende, *Stratégie d'entreprise et droit du travail*, Lamy, 2016, p. 18.

Quoique l'adaptabilité ne soit « pas l'objectif d'une nouvelle politique, c'est un acquis de l'histoire »¹⁹⁹⁷, elle motive les réformes du dialogue social. Dans ce chapitre, nous chercherons donc à vérifier l'hypothèse d'une adaptabilité du Droit de l'Etat. Pour cela nous concentrerons notre analyse sur des dispositifs liés à l'emploi et à la gestion de la force de travail pour ce qui concerne les relations individuelles de travail dans une première section. Dans une seconde section, nous nous concentrerons sur le comité social et économique pour mettre notre hypothèse à l'épreuve des relations collectives. Nous ne procéderons donc pas à une analyse exhaustive de l'ensemble des dispositions du Code du travail. Les mécanismes que nous étudions ici sont institués ou modifiés concomitamment à des réformes du dialogue social. L'évolution des règles en matière de relations collectives sont, dans certains de ces cas, instrumentalisées au profit de mécanismes d'adaptabilité en ce sens qu'ils sont modifiés pour permettre l'évolution souhaitée et y associer les organisations syndicales et les élus. Ces procédures peuvent du reste s'effectuer dans des conditions étroitement encadrées et surveillées par l'Etat.

Section 1 : Adaptabilité dans les relations individuelles

339. L'adaptabilité des règles étatiques vise en premier lieu celles relatives à l'emploi et à la gestion de la force de travail. Dans une perspective économique, il s'agit de gérer efficacement les coûts et de modérer ce qui est couramment appelé coût du travail¹⁹⁹⁸. Nous distinguons ici dans deux paragraphes successifs l'adaptation des règles relatives à l'emploi et à la gestion de la force de travail. Par emploi de la force de travail nous entendons les règles relatives à l'allocation et à la réallocation des moyens humains au sein de l'organisation économique. Cela concerne donc le recrutement du salarié et son évolution en termes de compétences, d'emploi et d'affectation géographique. Par gestion de la force de travail, nous entendons les règles relatives à l'usage de moyens alloués, en particulier la gestion par le temps de travail.

¹⁹⁹⁷ G. Lyon-Caen, « La bataille truquée de la flexibilité », *Dr. soc.*, 1985, p. 801.

¹⁹⁹⁸ V. Forest et M. Julien, « Analyse du discours patronal sur la flexibilité. Une lecture juridique et économique », *SSL*, 8 juin 2015, n° 1680, p. 19.

Paragraphe 1 : Adaptabilité de l'emploi de la force de travail

340. Différents mécanismes entrent en jeu pour employer la force de travail et adapter son allocation aux besoins exprimés par (ou anticipés sur) le marché. Nous distinguerons dans un premier temps les règles permettant de faire évoluer la masse salariale, c'est-à-dire le nombre de personnes employées, et dans un second temps les règles qui permettent de faire évoluer l'allocation de la force de travail employée, soit en réallouant les moyens humains disponibles. L'institution du dialogue social permet de développer un cadre adaptable en associant les organisations syndicales et les représentants élus, en tant que représentants des destinataires de la norme, à son évolution.

A. L'adaptation de la masse salariale

341. L'adaptation de la masse salariale peut se faire de deux façons. Soit par son augmentation, soit par sa réduction. Son augmentation est possible sans recourir au contrat à durée indéterminée qui n'aurait pas la souplesse requise pour gérer un besoin temporaire d'adaptation de la masse salariale. La diminution de la masse salariale permet quant à elle de répondre à une inadaptation des moyens alloués à une activité qui ne répondrait plus aux besoins du marché. Nous envisagerons donc successivement l'adaptation de la masse salariale par son accroissement temporaire puis par sa réduction.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

1. L'adaptation de la masse salariale par son accroissement temporaire

342. Plusieurs techniques peuvent être mobilisées pour accroître temporairement la masse salariale. Toutes sont des dérogations au deuxième alinéa de l'article L. 1221-2 du Code du travail qui dispose que « le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail ». Chronologiquement, la première est le contrat de travail à durée déterminée. Régie de manière prétorienne jusqu'à la loi du 3 janvier 1979, elle permet de favoriser la mobilité des salariés face aux évolutions du marché du travail et des organisations économiques¹⁹⁹⁹. C'est la forme d'emploi privilégiée en flux puisque quatre-vingt-sept pourcents des embauches hors intérim se font en contrat à durée déterminée²⁰⁰⁰. L'intérim est la deuxième forme d'emploi temporaire. La légalité de cette dernière posait question jusqu'à la loi du 3 janvier 1972 qui l'institue²⁰⁰¹. Il s'agit encore d'une forme d'emploi largement utilisée²⁰⁰². Ces formes ont été diversifiées ces dernières années avec la création du contrat de mission à l'exportation par la loi de programmation de la cohésion sociale du 18 janvier 2005 et le contrat de chantier ou d'opération par l'ordonnance 2017-1387 du 22 septembre 2017.

343. Le premier est le contrat de travail à durée déterminée. Le contrat de travail à durée déterminée ne peut pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise selon la formule de l'article L. 1242-1 du Code du travail. La règle étatique prévoit des motifs pour lesquels il est possible de déroger à l'obligation de conclure le contrat pour une durée indéterminée. Ces cas de recours sont le remplacement d'un salarié dans divers cas d'absence ; d'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise ; d'emplois à caractère saisonnier ; de remplacement d'un chef d'entreprise ; de remplacement du chef d'une exploitation agricole ou de recrutement d'ingénieurs et de cadres en vue de la réalisation d'un objet défini ; au titre de dispositions légales destinées à favoriser le recrutement de certaines

¹⁹⁹⁹ V. G. Lyon-Caen, « Plasticité du capital et nouvelles formes d'emploi », *Dr. soc.*, n° spé. sept.-oct. 1980, spéc 8.

²⁰⁰⁰ V. K. Millin, *CDD, CDI : comment évoluent les embauches et les ruptures depuis 25 ans ?*, 21 juin 2018, DARES Analyses, n° 026.

²⁰⁰¹ G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 36^e éd., 2023, n° 294, p. 415.

²⁰⁰² V. les données compilées in P.-H. Antonmattei, *Droit du travail*, Précis, Domat, 2^e édition, 2022, n° 549, p. 521.

catégories de personnes sans emploi ; lorsque l'employeur s'engage à assurer un complément de formation professionnelle au salarié ; lorsque l'employeur confie des activités de recherche au salarié et participe à sa formation à la recherche et par la recherche ; lorsque l'employeur confie au salarié des activités de recherche en vue de la réalisation d'un objet défini et qu'il s'engage à fournir au salarié une expérience professionnelle complémentaire au diplôme de doctorat²⁰⁰³. Même en présence d'un tel motif, le contrat à durée déterminée ne peut servir à remplacer un salarié gréviste ou à confier des travaux dangereux sauf autorisation administrative²⁰⁰⁴.

344. Ce contrat est encadré par des règles de temps souffrants diverses exceptions. Il ne peut être conclu dans les six mois qui suivent le licenciement pour motif économique d'un salarié, à moins qu'il ne s'agisse d'un contrat inférieur à une durée de trois mois et non renouvelable ou qu'il soit conclu pour répondre à une commande exceptionnelle à l'exportation après consultation du comité social et économique²⁰⁰⁵. Ce contrat doit fixer un terme à certaines exceptions qui ne sont valables que pour autant qu'une durée minimale soit déterminée²⁰⁰⁶. Si ces règles sont des règles de source légale, qui autorise des dérogations, la durée totale du contrat appartient au champ de la négociation collective, mais seulement par une convention ou un accord de branche étendu. A défaut d'un tel accord, qui doit donc être étendu par la plus haute autorité administrative, le délai maximum est de dix-huit mois. Diverses exceptions sont cependant prévues dans ce qui appartient à la catégorie des dispositions supplétives. Ce délai est réduit à neuf mois si le contrat à durée déterminée a été conclu en attente d'un recrutement à durée indéterminée. Il peut être porté à vingt-quatre mois s'il est exécuté à l'étranger, en cas de départ définitif d'un salarié dont le poste sera supprimé ou en cas de commande exceptionnelle à l'exportation²⁰⁰⁷. Ces délais ne sont pas non plus appliqués lorsqu'il est fait recours au recrutement temporaire d'un ingénieur ou d'un cadre pour une mission puisque la durée de ce contrat devra être d'au moins dix-huit mois et au maximum de trente-six mois²⁰⁰⁸.

²⁰⁰³ Art. L. 1243- 2 et L. 1242-3 du Code du travail.

²⁰⁰⁴ Art. L. 1242-6 et L. 1242-7 du Code du travail.

²⁰⁰⁵ Art. L. 1242-5 du Code du travail.

²⁰⁰⁶ Art. L. 1242-7 du Code du travail.

²⁰⁰⁷ Art. L. 1242-8 du Code du travail.

²⁰⁰⁸ Art. L. 1242-8-1 du Code du travail.

A titre supplétif, il n'est pas non plus possible de renouveler plus de deux fois un contrat à durée déterminée, dans les limites de la durée maximale applicable²⁰⁰⁹. Sa durée est enfin limitée par les règles concernant la succession des contrats. Si la poursuite de l'activité après le terme du contrat à durée déterminée doit donner lieu à un contrat à durée indéterminée. Divers cas de recours permettent la succession de contrats à durée déterminée. Il s'agit du remplacement d'un salarié absent, du chef d'entreprise ou d'exploitation et du contrat saisonnier²⁰¹⁰. Une convention ou un accord étendu peut déterminer les règles en matière de reconduction, de période d'essai et les modalités de calcul du délai de carence, voire « les cas dans lesquels le délai de carence prévu à l'article L. 1244-3 n'est pas applicable »²⁰¹¹. Dans cette dernière hypothèse, si l'accord ne prévoit rien, la loi énonce sept cas d'inapplication du délai de carence à l'article L. 1244-4-1 du Code du travail et le fixe à sera à un tiers de la durée du contrat si celle-ci est d'au moins quatorze jours ou à la moitié de la durée du contrat si celle-ci est inférieure à quatorze jours à l'article L. 1244-3-1 du même code.

345. Le deuxième est le contrat de travail temporaire. Le contrat de travail temporaire emprunte au régime du contrat à durée déterminée avec quelques singularités. La première différence est que le contrat à durée déterminée est conclu entre un employeur et un salarié tandis qu'avec le contrat de travail temporaire il s'agit d'une relation triangulaire. D'une part, l'entreprise de travail temporaire, qui emploie le salarié, et l'entreprise utilisatrice, celle pour laquelle le salarié travaille effectivement, concluent un contrat de mise à disposition par lequel la première s'engage à fournir de la main d'œuvre à la seconde contre rémunération. D'autre part, le travailleur temporaire et l'entreprise de travail temporaire concluent un contrat de mission par lequel le salarié s'engage à travailler au sein de l'entreprise utilisatrice contre rémunération par l'entreprise de travail temporaire. L'entreprise utilisatrice et le travailleur temporaire ne concluent pas de contrat, à tout le moins pas de contrat comme *instrumentum*. Le travailleur temporaire est donc salarié de l'entreprise de travail temporaire et non de l'entreprise utilisatrice. Comme le contrat à durée déterminée, il ne peut pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise²⁰¹².

²⁰⁰⁹ Art. L. 1243-13-1 du Code du travail.

²⁰¹⁰ Art. L. 1244-1 du Code du travail.

²⁰¹¹ Art. L. 1243-13, L. 1244-3 et L. 1244-4 du Code du travail.

²⁰¹² Art. L. 1251-5 du Code du travail.

Il faut là aussi un cas de recours. Le contrat de travail temporaire peut être conclu pour le remplacement d'un salarié, l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise ; des emplois à caractère saisonnier ; le remplacement d'un chef d'entreprise ; le remplacement du chef d'une exploitation ; lorsque la mission de travail temporaire vise à favoriser le recrutement de personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières ; lorsque l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice s'engagent à assurer un complément de formation professionnelle au salarié ; lorsque l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice s'engagent à assurer une formation professionnelle au salarié par la voie de l'apprentissage²⁰¹³.

A la différence du contrat à durée déterminée, il n'est pas possible de recruter un ingénieur ou un cadre pour un objet défini. Il s'agirait alors plutôt d'un cas de recours au portage salarial²⁰¹⁴. Il n'est pas non plus possible d'y recourir pour confier des missions de recherche au salarié. Il est cependant possible d'y recourir dans le cadre de l'apprentissage. Même en présence de l'un des motifs énoncés, le contrat de travail temporaire ne peut servir à remplacer un salarié gréviste ou à confier des travaux dangereux sauf autorisation administrative²⁰¹⁵.

346. Il répond aussi à des règles de temps aménageables. Le contrat de travail temporaire ne peut pas non plus être conclu dans les six mois qui suivent le licenciement pour motif économique d'un salarié, à moins qu'il ne s'agisse d'un contrat inférieur à une durée de trois mois et non renouvelable ou qu'il soit conclu pour répondre à une commande exceptionnelle à l'exportation après consultation du comité social et économique²⁰¹⁶. Ce contrat doit fixer un terme à certaines exceptions qui ne sont valables que pour autant qu'une durée minimale soit déterminée²⁰¹⁷. La durée totale du contrat appartient aussi au champ de la négociation collective au moyen d'une convention ou un accord de branche étendu²⁰¹⁸. A défaut d'un tel accord, le délai est de dix-huit mois maximum. Diverses exceptions sont cependant prévues

²⁰¹³ Art. L. 1251-6 et L. 1251-7 du Code du travail.

²⁰¹⁴ V. art. L. 1254-1 et s. du Code du travail.

²⁰¹⁵ Art. L. 1251-10 du Code du travail.

²⁰¹⁶ Art. L. 1251-9 du Code du travail.

²⁰¹⁷ Art. L. 1251-11 du Code du travail.

²⁰¹⁸ Art. L. 1251-12 du Code du travail.

dans ces mêmes dispositions supplétives. Ce délai est réduit à neuf mois si le contrat à durée déterminée a été conclu en attente d'un recrutement à durée déterminée. Il peut être porté à vingt-quatre mois s'il est exécuté à l'étranger, en cas de départ définitif d'un salarié dont le poste sera supprimé ou en cas de commande exceptionnelle à l'exportation. Il peut encore être porté à trente-six mois pour correspondre à la durée du contrat d'apprentissage²⁰¹⁹.

347. Il est encore possible de conclure un contrat de mission à l'exportation ou un contrat de chantier ou d'exportation. Le contrat de mission à l'exportation est un contrat qui vise l'exécution d'une mission « accomplie en majeure partie hors du territoire national »²⁰²⁰. Sa conclusion est soumise à la conclusion à l'existence d'un accord collectif de branche ou d'entreprise. Il s'agit donc de réaliser une mission à l'exportation, c'est-à-dire à l'étranger principalement. Il permet pour l'employeur d'exclure le régime du licenciement pour motif économique en cas de rupture à l'initiative de l'employeur et à la fin de la mission. L'accord doit tout de même déterminer les contreparties en matière d'indemnité de licenciement et les mesures « indispensables au reclassement des salariés »²⁰²¹.

Le contrat de chantier ou d'opération doit quant à lui être prévu par une convention ou accord collectif étendu, ou à défaut dans les secteurs « où son usage est habituel et conforme à l'exercice régulier de la profession qui y recourt au 1^{er} janvier 2017 »²⁰²². Bien qu'il soit réputé être conclu pour une durée indéterminée d'après le troisième alinéa de l'article L. 1223-8 du Code du travail, son objet est la réalisation d'un chantier ou d'une opération. Pour ce faire, il dure la durée du chantier ou de l'opération visé. Ce contrat présente donc l'avantage du contrat à durée déterminée, c'est-à-dire l'automaticité du terme qui est fixé au terme du chantier ou de l'opération, sans avoir ni ses exigences en termes de fixation du terme ou d'une durée minimum, ni celles du contrat à durée indéterminée en matière de justification du licenciement. L'accord doit déterminer les contreparties en termes d'indemnité de licenciement et les « modalités adaptées de rupture de ce contrat dans l'hypothèse où le

²⁰¹⁹ Art. L. 1251-12-1 du Code du travail.

²⁰²⁰ Art. L. 1233-5 du Code du travail.

²⁰²¹ Art. L. 1233-6 du Code du travail.

²⁰²² 2^e al. de l'art. L. 1223-8 du Code du travail.

chantier ou l'opération pour lequel ce contrat a été conclu ne peut pas de réaliser ou se termine de manière anticipée »²⁰²³.

La convention ou l'accord collectif peut encore déterminer le nombre maximal de renouvellement, qui sera sinon limité à deux, et les modalités de calcul du délai de carence, qui sera à défaut d'un tiers de la durée du contrat si celle-ci est d'au moins quatorze jours ou de la moitié de la durée du contrat si celle-ci est inférieure à quatorze jours²⁰²⁴. Cette convention ou cet accord peut encore déterminer les cas dans lesquels le délai de carence ne s'applique pas, à défaut les dispositions supplétives énoncent six cas d'inapplicabilité de ce délai²⁰²⁵.

348. Ces modes de gestion font appel à différents mécanismes collectifs. Ces différents contrats dérogatoires sont particulièrement réglementés. Il demeure cependant des possibilités de déroger dans diverses conditions. La technique privilégiée est celle de l'accord collectif étendu pour définir différentes modalités de mise en œuvre de ces contrats. On note une possibilité de conclure l'un de ces contrats dérogatoires en négociant préalablement un accord d'entreprise, c'est pour le contrat de mission à l'exportation.

Il est aussi possible de demander une autorisation administrative à titre dérogatoire pour recourir à des contrats à durée déterminée ou de travail temporaire pour des travaux dangereux. Ces dérogations aux dérogations se font donc sous contrôle de l'administration. L'Etat organise et contrôle de ce fait le recours aux « souplesses » qu'il autorise en matière d'augmentation temporaire de la masse salariale.

L'employeur est tenu de recueillir l'avis du comité social et économique lorsqu'il entend recruter sous contrat à durée déterminée ou contrat de travail temporaire des salariés pour répondre à une commande exceptionnelle à l'exportation, comme il doit le consulter avant la suppression d'un poste qui pourrait conduire à un recrutement en contrat à durée déterminée. L'employeur doit tout de même consulter régulièrement sur le recours à ces

²⁰²³ Art. L. 1223-9 du Code du travail.

²⁰²⁴ Art. L. 1251-35 à L. 1251-36-1 du Code du travail.

²⁰²⁵ Art. L. 1251-37 et L. 1251-37-1 du Code du travail.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

contrats²⁰²⁶ et les représentants du personnel disposent d'un droit d'alerte en cas d'accroissement important du recours à des emplois précaires²⁰²⁷.

2. L'adaptation de la masse salariale par sa réduction

349. En ce qui concerne l'adaptation de la masse salariale par sa réduction, nous envisagerons deux hypothèses. La première est celle de la réduction unilatérale, c'est-à-dire par le recours à des licenciements collectifs. La seconde est celle de la réduction consensuelle, c'est-à-dire par des mécanismes qui reposent sur l'accord de des parties à la rupture du contrat de travail.

a. La réduction par des moyens unilatéraux : les licenciements collectifs

350. Dans l'hypothèse des licenciements collectifs, il nous faut encore distinguer deux situations. Celle des « petits » licenciements collectifs, c'est-à-dire moins de dix licenciements sur une période de trente jours, et celle des « grands » licenciements collectifs, c'est-à-dire au moins dix licenciements sur une période de trente jours. Nous étudierons successivement ces deux situations.

i. Les « petits » licenciements collectifs

351. L'employeur peut procéder à des « petits » licenciements collectifs. Les petits licenciements collectifs ne font appel qu'aux représentants élus. Lorsqu'un employeur

²⁰²⁶ Art. L. 2312-26 du Code du travail.

²⁰²⁷ Art. L. 2312-70 du Code du travail.

envisage moins de dix licenciements pour motif économique sur une même période de trente jours, celui-ci doit consulter le comité social et économique. Ce dernier rend son avis dans un délai d'un mois à compter de la date de la première réunion relative à ce projet d'après l'article L. 1233-8 du Code du travail. Le délai est ici déterminé par une disposition d'ordre public, ce qui ne nous semble pas permettre de recourir à une dérogation par voie conventionnelle. Dans le cadre de cette attribution, les membres de la délégation du personnel au comité s'expriment en délégation et non individuellement, même dans les entreprises de moins de cinquante salariés. Il est également prévu de réunir le comité central lorsque cette mesure excède le pouvoir des chefs d'établissement. Ce qui interroge la capacité et l'opportunité de mettre en place un comité central dans les entreprises de moins de cinquante salariés²⁰²⁸.

L'employeur doit aussi informer l'autorité administrative du ou des licenciements prononcés²⁰²⁹. Elle est également informée de l'avis rendu par le comité social et économique.

ii. Les « grands » licenciements collectifs

352. L'employeur peut procéder à de « grands » licenciements collectifs. Nous appelons « grands » licenciements collectifs, le fait pour l'employeur de projeter au moins dix licenciements pour motif économique sur une même période de trente jours. Peu importe que ces licenciements soient consécutifs à des refus de modification du contrat de travail par des salariés²⁰³⁰. Ce régime est applicable lorsque l'employeur envisage un licenciement pour motif économique dans les trois mois qui suivent une première période de trois mois au cours de laquelle l'employeur a déjà procédé à dix licenciements pour motif économique²⁰³¹ ou dans les trois premiers mois qui suivent une année civile au cours de laquelle l'employeur a

²⁰²⁸ Sur l'opportunité de mettre en place un comité social et économique central et des comités économiques et sociaux d'établissement dans les entreprises dont l'effectif est d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés, voir nos développements *supra* au paragraphe n° 185.

²⁰²⁹ Art. L. 1233-19 du Code du travail.

²⁰³⁰ Art. L. 1233-25 du Code du travail.

²⁰³¹ Art. L. 1233-26 du Code du travail.

procédé à dix-huit licenciements pour motif économique²⁰³². La procédure à suivre demande de distinguer selon que l'entreprise emploie plus ou moins de cinquante salariés.

353. Les entreprises de moins de cinquante salariés bénéficient d'un régime allégé en matière de « grands » licenciements collectifs. Le comité, lorsqu'il existe, est réuni deux fois dans une période qui ne peut excéder quatorze jours²⁰³³. L'employeur qui envisage au moins dix licenciements pour motif économique sur une même période de trente jours doit respecter les règles générales en matière d'information et de consultation des représentants du personnel. L'article L. 1233-23 du Code du travail renvoie à ce sujet à des articles abrogés relatifs à la dérogation à l'obligation de consulter avant le lancement d'une offre publique d'acquisition ; à l'absence de consultation sur les projets d'accord, de révision et de dénonciation ; à la précision des informations nécessaires à la remise d'un avis utile ; à la possibilité de saisir le juge pour obtenir des informations supplémentaires ; à l'accès aux informations détenues par l'administration²⁰³⁴. Il ne peut non plus être dérogé aux obligations relatives à la communication des informations prévues aux articles L. 1233-31 à L. 1233-33 du Code du travail²⁰³⁵ et aux règles applicables en cas de redressement ou de liquidation judiciaire.

²⁰³² Art. L. 1233-27 du Code du travail.

²⁰³³ Art. L. 1233-29 du Code du travail.

²⁰³⁴ Ces obligations demeurent signifiées aux articles L. 2312-14 et L. 2312-15 du Code du travail.

²⁰³⁵ A savoir :

Article L. 1233-31

« L'employeur adresse aux représentants du personnel, avec la convocation à la première réunion, tous renseignements utiles sur le projet de licenciement collectif.

Il indique :

1° La ou les raisons économiques, financières ou techniques du projet de licenciement ;

2° Le nombre de licenciements envisagé ;

3° Les catégories professionnelles concernées et les critères proposés pour l'ordre des licenciements ;

4° Le nombre de salariés, permanents ou non, employés dans l'établissement ;

5° Le calendrier prévisionnel des licenciements ;

6° Les mesures de nature économique envisagées ;

7° Le cas échéant, les conséquences de la réorganisation en matière de santé, de sécurité ou de conditions de travail.

Certaines modalités sont adaptables par un accord collectif d'entreprise, de groupe ou de branche. Les modalités d'information et de consultation que nous n'avons pas citées peuvent être modifiées par cet accord, notamment en ce qui concerne le recours à une expertise²⁰³⁶. Il est également possible d'adapter par accord les modalités d'information sur la situation économique et financière, la formulation de propositions alternatives et des réponses motivées de l'employeur, ainsi que du recours à l'expertise²⁰³⁷.

L'autorité administrative contrôle encore la réalisation des obligations en matière d'information et de consultation du comité social et économique, celles relatives à l'élaboration des mesures sociales « pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre et pour faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité »²⁰³⁸ et leur mise en œuvre²⁰³⁹.

354. Les entreprises d'au moins cinquante salariés sont soumises à un régime plus développé. Lorsque l'employeur d'une telle entreprise ou établissement entreprend le licenciement d'au moins dix salariés pour motif économique, il doit consulter le comité économique et social. Pour cela, le comité est réuni au moins deux fois au cours de réunions espacées d'au moins quinze jours²⁰⁴⁰. Cette consultation porte sur le projet et les modalités de sa mise en œuvre. L'employeur est tenu aux mêmes obligations que l'employeur d'une

Article L. 1233-32

Outre les renseignements prévus à l'article L. 1233-31, dans les entreprises de moins de cinquante salariés, l'employeur adresse aux représentants du personnel les mesures qu'il envisage de mettre en œuvre pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre et pour faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité.

Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, l'employeur adresse le plan de sauvegarde de l'emploi concourant aux mêmes objectifs.

Article L. 1233-33

L'employeur met à l'étude, dans le délai prévu à l'article L. 1233-30, les suggestions relatives aux mesures sociales envisagées et les propositions alternatives au projet de restructuration mentionné à l'article L. 2323-31 formulées par le comité social et économique. Il leur donne une réponse motivée. ».

²⁰³⁶ Art. L. 1233-21 du Code du travail.

²⁰³⁷ Art. L. 1233-22 du Code du travail.

²⁰³⁸ Art. L. 1233-32 du Code du travail.

²⁰³⁹ Art. L. 1233-53 du Code du travail.

²⁰⁴⁰ 3^e al. du I. de l'art. L. 1233-30 du Code du travail.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

entreprise de moins de cinquante salariés, auxquelles s'ajoute l'obligation de consulter sur les efforts prévus en matière de formation, d'adaptation et de reclassement des salariés ; et celle de proposer un contrat de sécurisation professionnelle ou un congé de reclassement²⁰⁴¹. Il est cependant possible de déroger en ce qui concerne les modalités générales d'information et de consultation signifiées aux articles abrogés que nous avons précédemment indiqué, à condition que l'accord soit conclu avec le conseil d'entreprise.

Il est possible de déroger aux autres règles par un accord collectif conclu avec les organisations syndicales représentatives majoritaires ou avec le conseil national²⁰⁴². Cet accord porte sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. Il peut aussi, de façon optionnelle, porter sur les modalités d'information et de consultation, notamment les délais en matière de remise de l'avis²⁰⁴³, la pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements, le calendrier des licenciements, les suppressions d'emplois, les modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement²⁰⁴⁴. Cet accord est soumis à validation de l'autorité administrative²⁰⁴⁵. A défaut de validation, l'employeur peut déposer une nouvelle demande après modification du projet²⁰⁴⁶.

Cette procédure s'accompagne de l'obligation de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi dont l'objectif est d'éviter ou de limiter le nombre des licenciements²⁰⁴⁷. Ce plan doit contenir un plan de reclassement qui comprend lui-même des actions en vue du reclassement interne sur le territoire national ; des actions favorisant la reprise de tout ou partie des activités en vue d'éviter la fermeture d'un ou de plusieurs établissements ; des créations d'activités nouvelles par l'entreprise ; des actions favorisant le reclassement externe à l'entreprise, notamment par le soutien à la réactivation du bassin d'emploi ; des actions de soutien à la création d'activités nouvelles ou à la reprise d'activités existantes par les salariés ; des actions de formation, de validation des acquis de l'expérience

²⁰⁴¹ Art. L. 1233-24-1 du Code du travail.

²⁰⁴² Art. L. 1233-24-1 du Code du travail.

²⁰⁴³ II. de l'art. L. 1233-30 du Code du travail.

²⁰⁴⁴ Art. L. 1233-24-1 du Code du travail.

²⁰⁴⁵ Art. L. 1233-57-1 du Code du travail.

²⁰⁴⁶ Art. L. 1233-57-8 du Code du travail.

²⁰⁴⁷ Art. L. 1233-61 du Code du travail.

ou de reconversion ; des mesures de réduction ou d'aménagement du temps de travail²⁰⁴⁸. Il doit encore définir les modalités de suivi de sa mise en œuvre, dont la consultation « régulière et détaillée du comité social et économique dont l'avis est transmis à l'autorité administrative »²⁰⁴⁹.

L'employeur est encore tenu de diverses obligations afin de permettre le reclassement des salariés. Les employeurs des entreprises d'au moins mille salariés, les entreprises dominantes soumises à l'obligation de mettre en place un comité de groupe et les entreprises de dimension communautaire dès lors qu'elles emploient au moins mille salariés doivent proposer aux salariés dont le licenciement est envisagé un congé de reclassement²⁰⁵⁰. L'objet de ce congé est de permettre au salarié de bénéficier d'actions de formation et des prestations d'une cellule d'accompagnement des démarches de recherche d'emploi, dont le financement est à la charge de l'employeur. Ces entreprises sont aussi tenues de contribuer à la revitalisation des bassins d'emploi en participant au financement d'actions en faveur de la création d'activité, au développement des emplois et d'atténuer les effets du licenciement envisagé sur les autres entreprises²⁰⁵¹. Ne font exception à cette procédure que les entreprises en redressement ou en liquidation judiciaire²⁰⁵². Pour les entreprises qui ne sont pas soumises à l'obligation de proposer un congé de reclassement, elles doivent proposer un contrat de sécurisation professionnelle aux salariés dont le licenciement est envisagé lors de l'entretien préalable au licenciement ou à l'issue de la dernière réunion du comité²⁰⁵³. Son acceptation par le salarié a pour effet de rompre le contrat de travail sans préavis²⁰⁵⁴. En compensation, il bénéficie de diverses mesures d'accompagnement dans le cadre d'un parcours de retour à l'emploi défini aux articles L. 1233-65 du Code du travail. Les modalités de ce dispositif sont largement soumises à la négociation de la convention d'assurance chômage²⁰⁵⁵.

²⁰⁴⁸ Art. L. 1233-62 du Code du travail.

²⁰⁴⁹ Art. L. 1233-63 du Code du travail.

²⁰⁵⁰ Art. L. 1233-71 du Code du travail.

²⁰⁵¹ Art. L. 1233-84 du Code du travail.

²⁰⁵² Art. L. 1233-75 et L. 1233-84 du Code du travail.

²⁰⁵³ Art. L. 1233-66 du Code du travail.

²⁰⁵⁴ Art. L. 1233-67 du Code du travail.

²⁰⁵⁵ Art. L. 1233-68 du Code du travail.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

A défaut d'accord, l'employeur peut établir un document unilatéral après la dernière réunion du comité. Ce document fixe le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et précise les modalités d'information et de consultation ; la pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements ; le calendrier des licenciements ; les suppressions d'emploi ; les modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement²⁰⁵⁶. Ce qui est optionnel dans l'accord est donc obligatoire dans le document unilatéral. Ce dernier doit ensuite être homologué par l'autorité administrative, à défaut l'employeur peut déposer une nouvelle demande après modification de son document sur les mêmes fondements que pour l'accord ayant le même objet.

L'administration est informée de l'engagement des négociations²⁰⁵⁷. Elle contrôle la procédure et le contenu. Le seul élément de la procédure qui n'est pas soumis à communication à l'administration est le rapport d'expertise lorsque celle-ci a été commandée par le comité central²⁰⁵⁸. Le contrôle se fait également par un pouvoir de proposition à tout moment de la procédure²⁰⁵⁹, de validation des accords et d'homologation des documents unilatéraux. Ces dernières procédures peuvent du reste s'analyser en une incitation à prendre en compte les propositions de l'administration afin de ne pas risquer le refus de validation ou d'homologation. Elle est ensuite chargée de suivre la mise en œuvre de ces mesures, dont celle du plan de sauvegarde de l'emploi²⁰⁶⁰.

b. La réduction par des moyens consensuels

355. Les moyens que nous nommons consensuels sont ceux qui reposent sur l'acceptation du salarié à la rupture du contrat de travail. Deux moyens sont envisageables à cette fin, le recours à un accord portant rupture conventionnelle collective ou le recours au congé de mobilité, que nous examinerons successivement.

²⁰⁵⁶ Art. L. 1233-24-4 du Code du travail.

²⁰⁵⁷ Art. L. 1233-24-2 du Code du travail.

²⁰⁵⁸ Art. L. 1233-37 du Code du travail.

²⁰⁵⁹ Art. L. 1233-57-6 du Code du travail.

²⁰⁶⁰ Art. L. 1233-63 du Code du travail.

i. La réduction par les ruptures conventionnelles collectives

356. Il est possible de réduire la masse salariale par accord collectif portant rupture conventionnelle collective. Cette méthode se distingue de la précédente car elle exclue tout licenciement pour atteindre les objectifs de suppression d'emploi d'après l'article L. 1237-19 du Code du travail. L'accord doit comporter plusieurs clauses obligatoires relatives aux modalités et conditions d'information du comité social et économique ; au nombre maximal de départs envisagés, de suppressions d'emplois associées, et la durée pendant laquelle des ruptures de contrat de travail peuvent être engagées sur le fondement de l'accord ; aux conditions que doit remplir le salarié pour en bénéficier ; aux modalités de présentation et d'examen des candidatures au départ des salariés et de conclusion d'une convention individuelle de rupture entre l'employeur et le salarié ; aux modalités de calcul des indemnités de rupture garanties au salarié, qui ne peuvent être inférieures aux indemnités légales dues en cas de licenciement ; aux critères de départage entre les potentiels candidats au départ ; aux mesures visant à faciliter l'accompagnement et le reclassement externe des salariés sur des emplois équivalents, notamment par le recours au congé de mobilité ; et aux modalités de suivi de la mise en œuvre effective de l'accord²⁰⁶¹. Cet accord est ensuite soumis à une procédure de validation administrative²⁰⁶². L'autorité administrative contrôle alors le respect des conditions et des mentions légales précitées, le caractère précis et concret des mesures d'accompagnement et de reclassement, ainsi que la régularité de la procédure d'information et de consultation. A défaut de validation, il est possible de négocier un nouvel accord qui devra alors tenir compte des éléments avancés par l'administration pour motiver son refus²⁰⁶³.

357. Le comité social et économique, à condition qu'il existe, suit la mise en œuvre de ce dispositif²⁰⁶⁴. Le régime de ce suivi est assez peu développé. C'est l'accord qui en détermine les modalités. L'employeur est seulement tenu par des règles d'ordre public à une consultation régulière et détaillée et à la transmission des avis du comité à l'autorité

²⁰⁶¹ Art. L. 1237-19-1 du Code du travail.

²⁰⁶² Art. L. 1237-19-3 du Code du travail.

²⁰⁶³ Art. L. 1237-19-6 du Code du travail.

²⁰⁶⁴ Art. L. 1237-19-7 du Code du travail.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

administrative. C'est un arrêté du 8 octobre 2018 qui précise le contenu des bilans des ruptures d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif détermine les éléments à communiquer²⁰⁶⁵. Le comité doit donc être informé du nombre de départs volontaires, d'embauches en remplacement des départs volontaires, les mesures d'accompagnement dont les périodes de travail dans et hors de l'entreprise et les formations qualifiantes et diplômantes et la situation des salariés à la date de rupture. Ces informations précisent les catégories d'âge et de contrat des salariés.

358. Cette procédure, à l'instar de celle relative aux licenciements collectifs est donc contrôlée par l'autorité administrative. De la même manière que les employeurs des entreprises d'au moins mille salariés, les entreprises dominantes soumises à l'obligation de mettre en place un comité de groupe et les entreprises de dimension communautaire dès lors qu'elles emploient au moins mille salariés doivent contribuer à la revitalisation des bassins d'emploi en participant au financement d'actions en faveur de la création d'activité, au développement des emplois et d'atténuer les effets du licenciement envisagé sur les autres entreprises²⁰⁶⁶.

ii. La réduction par le congé de mobilité

359. Ou de recourir à des congés de mobilité. Le congé de mobilité permet l'adaptation par la réduction de la masse salariale en ce qu'il a pour effet de rompre le contrat de travail²⁰⁶⁷ tout en cherchant à favoriser un retour à l'emploi²⁰⁶⁸. Il s'agit d'un moyen d'adaptation négocié puisque son utilisation est conditionnée par l'existence préalable d'un accord collectif portant rupture conventionnelle collective ou sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences²⁰⁶⁹. Ce congé sert à suivre des actions de formation et d'accompagnement ou

²⁰⁶⁵ JORF n° 0237 du 13 octobre 2018.

²⁰⁶⁶ Art. L. 1237-19-9 du Code du travail.

²⁰⁶⁷ Art. L. 1237-18-4 du Code du travail.

²⁰⁶⁸ Art. L. 1237-18 du Code du travail.

²⁰⁶⁹ Art. L. 1237-18 du Code du travail ; Pour les conditions relatives à ces deux types d'accord, nous renvoyons le lecteur à ce même chapitre *supra* en ce qui concerne l'accord collectif portant rupture conventionnelle collective et *infra* en ce qui concerne l'accord collectif portant sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.

d'avoir des périodes de travail. Dans cette dernière hypothèse, il est possible de les réaliser à l'intérieur ou à l'extérieur de l'entreprise qui propose le congé. Il est également possible de les réaliser par le recours au contrat à durée indéterminée ou au contrat à durée déterminée conclu pour le motif prévu au 1° de l'article L. 1242-3 du Code du travail, c'est-à-dire sur le fondement de dispositions légales destinées à favoriser le recrutement de certaines catégories de personnes sans emploi, ce qu'est le salarié qui a accepté le congé de mobilité du fait de la rupture de son contrat²⁰⁷⁰.

360. La mise en œuvre de ce dispositif fait l'objet d'un suivi par l'autorité administrative lorsqu'il est utilisé dans le cadre de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences d'après l'article L. 1237-18-5 du Code du travail. Malgré l'absence de dispositions expresses dans cette sous-section du code, le même suivi est fait lorsque ce congé repose sur un accord portant rupture conventionnelle collective. Comme nous l'avons développé précédemment, l'autorité administrative suit également la mise en œuvre de l'accord portant rupture conventionnelle collective. De la même façon, l'autorité administrative est informée des avis rendus par le comité social et économique lorsqu'il existe, conformément aux dispositions relatives aux dispositifs de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et de rupture conventionnelle collective.

361. Ces deux dispositifs font, comme nous le développons dans ce chapitre, l'objet d'un suivi du comité social et économique. Ce dernier rend donc un avis sur le recours au congé de mobilité lorsqu'il est utilisé. Avis qui est ensuite transmis à l'autorité administrative.

B. L'adaptation de la force de travail employée

362. L'employeur peut adopter la masse salariale de l'entreprise en l'augmentant temporairement par des mécanismes souples ou en la réduisant, mais il peut aussi réallouer les moyens sur la base de la masse salariale existante. Pour cela il dispose de différents moyens. Nous développerons ici l'adaptation de la force de travail employée par la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences puis par la mobilité interne à l'entreprise.

²⁰⁷⁰ Art. L. 1237-18-1 du Code du travail.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

1. L'adaptation par la gestion prévisionnelle

363. Différents projets de loi associent le dialogue social à une démarche d'anticipation et d'adaptation de l'entreprise à son environnement²⁰⁷¹. La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ou gestion des emplois et des parcours professionnels s'inscrit dans cette volonté d'accompagner l'adaptation des entreprises et des salariés à la conjoncture économique. La gestion prévisionnelle fait l'objet de diverses obligations légales. Elle fait en premier l'objet d'une négociation triennale obligatoire de branche²⁰⁷² et d'une négociation obligatoire au moins quadriennale dans les entreprises et les groupes d'entreprises d'au moins trois cents salariés, ainsi que dans les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire comportant au moins un établissement ou une entreprise d'au moins cent cinquante salariés en France²⁰⁷³. Pour les entreprises d'au moins cinquante salariés non soumises à l'obligation de négocier ce thème, celles-ci sont obligées de consulter annuellement le comité social et économique à ce sujet au cours de la consultation sur les orientations stratégiques²⁰⁷⁴. Elles sont cependant exonérées de cette obligation si elles concluent un accord à ce sujet²⁰⁷⁵.

364. La règle est tout de même aménageable conventionnellement²⁰⁷⁶. Un accord peut en effet moduler la périodicité de la négociation jusqu'à quatre ans, à défaut il s'agira d'une négociation triennale²⁰⁷⁷. Cet accord peut aussi aménager le contenu de la négociation. A défaut, les dispositions supplétives prévoient des sujets obligatoires et d'autres optionnels²⁰⁷⁸. Au titre des sujets devant être déterminés par l'accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, on trouve les mesures d'accompagnement des salariés quant à la formation,

²⁰⁷¹ Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale ; Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurité de l'emploi.

²⁰⁷² Art. L. 2241-1 3° et L. 2241-12 du Code du travail.

²⁰⁷³ Art. L. 2242-2 du Code du travail.

²⁰⁷⁴ Art. L. 2312-24 du Code du travail.

²⁰⁷⁵ Art. L. 2312-14 du Code du travail.

²⁰⁷⁶ Art. L. 2342-10 à L. 2242-12 du Code du travail.

²⁰⁷⁷ 3° de l'art. L. 2312-13 du Code du travail.

²⁰⁷⁸ Respectivement les articles L. 2242-20 et L. 2242-21 du Code du travail.

à l'abondement du compte personnel de formation, à la validation des acquis de l'expérience, au bilan de compétences et à la mobilité interne si elle s'organise dans des conditions différentes que celles des accords de performance collective ; à défaut, sur ce dernier sujet, il conviendra de faire un chapitre spécifique sur la mobilité interne dans les conditions de l'article L. 2254-2 du code du travail ; sur les grandes orientations à trois ans de la formation professionnelle et du plan de développement des compétences ; sur les perspectives de recours aux temps partiels, stages et emplois précaires ; sur l'information des sous-traitants ; sur le déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales.

L'accord devra par ailleurs faire l'objet d'un bilan à son échéance.

Quant aux thèmes indicatifs, il s'agit des modalités d'information et de consultation du comité social et économique et des conditions dans lesquels il peut recourir à une expertise dans le cadre d'un projet de licenciement économique d'au moins dix salariés dans une même période de trente jours ; sur la qualification des catégories d'emplois menacés par les évolutions économiques ou technologiques ; sur les modalités de l'association des entreprises sous-traitantes au dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences de l'entreprise ; sur les conditions dans lesquelles l'entreprise participe aux actions de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences mises en œuvre à l'échelle des territoires où elle est implantée ; sur la mise en place de congés de mobilités ; sur la formation et l'insertion durable des jeunes dans l'emploi, l'emploi des salariés âgés et la transmission des savoirs et des compétences, les perspectives de développement de l'alternance, ainsi que les modalités d'accueil des alternants et des stagiaires et l'amélioration des conditions de travail des salariés âgés.

365. Relativement à nos précédents développements, nous observons assez aisément dans le choix des termes, la rationalité économique. L'appellation du thème de négociation ainsi que les sujets à aborder sont largement issus d'un discours gestionnaire. Le Législateur, en s'appropriant ce langage, peut ainsi créer un cadre adapté à cette activité. On observe encore l'influence de phénomènes économiques, sociaux et politiques, notamment au travers de la prise en compte des relations de sous-traitance et de leur impact dans le domaine de la gestion de l'emploi et de l'inscription des entreprises dans des bassins de vie, au travers des conventions qu'elle peut passer avec l'Etat et des collectivités territoriales afin de développer les compétences mais aussi de préserver l'emploi en adaptant les salariés.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

Si l'Etat prend manifestement en compte le contexte d'application de la règle, ce que l'on perçoit à travers la représentation qu'il signifie de ce sujet et de son rapport à l'emploi ainsi que par l'adoption du langage du destinataire de la norme, il rétroagit en posant des obligations relativement à cette pratique qui préexistait et en posant un cadre normatif et des incitations. Nous avons présenté les obligations. Précisons que nous considérons comme normatif les règles qui sans avoir d'effet obligatoire, peuvent influencer le contenu de la négociation. Les sujets facultatifs énumérés à l'article L. 2242-21 du Code du travail en font partie. Si les négociateurs n'ont aucune obligation de traiter ces sujets, en ce sens la règle ne prescrit ni ne prohibe ce comportement, elle fournit un modèle de ce que pourrait être le contenu de l'accord si les négociateurs décidaient de s'emparer de ces sujets.

De façon plus générale, on trouvera dans le Code du travail, diverses incitations à négocier sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences pour les entreprises qui n'y sont pas obligées. Parmi elles, il y a principalement des incitations par facilitation. L'accord sur ce thème ouvre diverses possibilités qui facilitent d'autres procédures, comme la possibilité d'aménager par cet acte la rupture d'un commun accord²⁰⁷⁹, de recourir au congé de mobilité²⁰⁸⁰ notamment en aménageant les conditions de consultation du comité économique et social sur ce sujet²⁰⁸¹, d'adapter les conditions de mobilité interne d'un salarié qui sera lui-même incité à accepter cette mobilité du fait de l'application du régime de l'accord de performance collective²⁰⁸². Les négociateurs sont en outre incités à négocier sur les thèmes facultatifs, notamment en ce que le premier ouvre une facilitation en permettant d'aménager les règles relatives à la consultation des institutions représentatives du personnel et de son recours à l'expertise dans le cadre d'un projet de licenciement d'au moins dix salariés sur une période de trente jours²⁰⁸³. On trouvera encore une facilitation en ce que l'existence d'un tel accord peut favoriser l'autorisation de recourir au dispositif d'activité

²⁰⁷⁹ Art. L. 1237-17 du Code du travail.

²⁰⁸⁰ Art. L. 1237-18 du Code du travail.

²⁰⁸¹ 6° de l'art. L. 1237-18-2 du Code du travail.

²⁰⁸² 2° de l'art. L. 2242-20 du Code du travail ; Cet article permet d'intégrer un accord de performance collective au sein d'un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, à condition de lui dédier un chapitre et que celui-ci porte sur la mobilité interne. Dans ce cas, il nous semble que cet article signifie la possibilité d'appliquer le régime de l'accord de performance collective et par conséquent de fonder la rupture du contrat de travail sur le refus de la modification du contrat de travail par le salarié qui se verrait proposer une telle mobilité.

²⁰⁸³ 1° de l'art. L. 2242-21 et art. L. 1233-21 et L. 1233-22 du Code du travail.

partielle²⁰⁸⁴. On trouvera enfin une incitation par rétribution lorsque cet accord permet d'obtenir la prise en charge par l'Etat de l'allocation pour cessation anticipée d'activité d'un salarié qui y serait éligible²⁰⁸⁵.

366. L'employeur est du reste invité à établir un plan de développement des compétences²⁰⁸⁶. Son objectif est de déterminer les « actions de formation destinées à assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois »²⁰⁸⁷. Si aucune règle ne semble contraindre explicitement à élaborer ce plan, l'employeur y est incité par les règles qui s'y réfèrent. Celui-ci sert notamment de support à la négociation ou à la consultation sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, il peut en ce sens apparaître *a minima* comme une information à fournir aux négociateurs ou aux élus. Comme information à transmettre, il est une condition d'une négociation loyale ou d'une consultation conforme aux exigences légales. C'est pourquoi nous pensons pouvoir affirmer qu'il s'agit bien d'une obligation. Il vise aussi à permettre aux salariés d'accéder à la formation professionnelle, il est donc aussi une information qui leur est destinée.

L'employeur est encore incité à élaborer ce plan, en particulier celui qui ne serait pas obligé par une négociation ou une consultation, par plusieurs dispositifs. Tout d'abord, les opérateurs de compétences peuvent financer les coûts des actions de formation du plan de développement des compétences des entreprises de moins de cinquante salariés, ce qui implique d'en élaborer un pour bénéficier de cette prise en charge²⁰⁸⁸. Il peut encore bénéficier d'une aide à l'élaboration de ce plan par l'Etat jusqu'à cinquante pourcents du coût de celle-ci²⁰⁸⁹. Pour obtenir cette aide, la demande doit comporter des précisions sur les motifs de sa démarche de gestion prévisionnelle au regard, notamment de son organisation du travail ; de l'évolution des compétences des salariés et du maintien de leur emploi ; de sa gestion des âges ; du développement du dialogue social ; de la prise en compte du principe d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ; des perspectives d'amélioration de

²⁰⁸⁴ 3° du II de l'art. R. 5122-9 du Code du travail.

²⁰⁸⁵ Art. R. 5123-24 du Code du travail.

²⁰⁸⁶ Art. L. 6312-1 du Code du travail.

²⁰⁸⁷ Art. D. 5121-4 du Code du travail.

²⁰⁸⁸ 1° de l'art. L. 6332-17 du Code du travail.

²⁰⁸⁹ Art. L. 5121-3 et D. 5121-6 du Code du travail.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale de ses salariés ; et de la promotion de la diversité²⁰⁹⁰. A travers cette démarche, l'employeur est donc incité à d'autres démarches pour bénéficier d'une prise en charge. Le salarié est quant à lui incité à participer aux actions prévues par ce plan par l'assimilation du temps passé aux actions de validation des acquis de l'expérience à du temps de travail effectif²⁰⁹¹ et par l'acquisition de compétences nouvelles d'une éventuelle mobilité à laquelle il peut accéder.

367. Ce faisant, l'Etat incite les entreprises à « anticiper les conséquences des évolutions liées à ses environnements interne et externe et à ses choix stratégiques. Il [le plan de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences] a pour finalité de déterminer les actions à mettre en œuvre à court et à moyen terme, pour faire face aux évolutions d'effectifs, tout en répondant aux besoins de l'entreprise »²⁰⁹². Il s'agit d'organiser un processus réflexif au cours duquel l'employeur est obligé, ou au moins incité, à réfléchir ses orientations stratégiques et à anticiper ses besoins, pour notre sujet en termes d'emplois et de compétences, afin d'y répondre. Par les procédures de mise en discussion par la négociation ou la consultation, il est obligé de justifier ses choix, voire peut être amené à les faire évoluer. L'Etat oblige ou incite *in fine* les entreprises à rationaliser leur gestion du personnel à partir d'un cadre ou de pratiques existantes.

2. L'adaptation par la mobilité interne

368. Nous envisageons ici les moyens d'adaptation ouverts par la mobilité interne des salariés. Interne car nous ne traiterons que de la mobilité d'un salarié qui reste dans l'entreprise. Cela permet à cette dernière de réallouer la force de travail disponible afin de l'adapter à ses nouveaux besoins. En ce qui concerne cette mobilité, elle peut être géographique ou professionnelle. Ce qui permet à l'employeur de réaffecter dans ses

²⁰⁹⁰ Art. D. 5121-8 du Code du travail.

²⁰⁹¹ Art. R. 6422-8-1 du Code du travail.

²⁰⁹² <https://travail-emploi.gouv.fr/emploi-et-insertion/accompagnement-des-mutations-economiques/appui-aux-mutations-economiques/article/gestion-previsionnelle-de-l-emploi-et-des-competences-gpec>, consulté le 17 mai 2023.

différents établissements ou sites, un ou plusieurs salariés. Cela lui permet aussi de changer le poste, la qualification ou l'emploi d'un salarié en fonction de ses besoins.

369. La mobilité géographique peut être prévue dès le début du contrat en y intégrant une clause de mobilité. Fondée sur l'article L. 1221-1 du Code du travail, son régime est essentiellement prétorien. Cette clause doit alors définir de façon précise la zone géographique dans laquelle le salarié peut être muté et ne doit pas non plus conférer à l'employeur le pouvoir de l'étendre unilatéralement²⁰⁹³. Le fait de stipuler cette possibilité dans le contrat de travail fait de la décision de l'employeur une simple modification des conditions de travail et non du contrat de travail²⁰⁹⁴. Le refus par le salarié de l'appliquer, en ne se rendant pas à sa nouvelle affectation, peut constituer une faute grave²⁰⁹⁵. Cette clause peut être mise en œuvre à condition de l'être dans l'intérêt de l'entreprise²⁰⁹⁶ et de ne pas l'être de manière abusive²⁰⁹⁷.

A défaut d'une telle clause, la mobilité géographique hors zone constitue, comme la mobilité professionnelle, une modification du contrat de travail. Elle doit faire l'objet de l'acceptation du salarié. Conformément à la jurisprudence *Raquin*, l'acceptation du salarié doit être expresse pour permettre la novation du contrat de travail²⁰⁹⁸. Les parties peuvent faire évoluer le contrat d'un commun accord. Mais pour favoriser l'adaptation de l'entreprise, la loi aménage les conditions dans lesquelles le contrat peut être modifié dans certaines hypothèses. Le salarié est incité à accepter la mobilité proposée par l'employeur soit par une acceptation présumée du fait de son silence, soit par la possibilité de rompre le contrat à défaut de l'avoir modifié.

370. Le premier aménagement est la présomption d'acceptation de la modification déduite du silence du salarié. Cette règle est signifiée à l'article L. 1222-6 du Code du travail et a été

²⁰⁹³ Soc., 7 juin 2006, n° 04-45.846, Publié.

²⁰⁹⁴ Soc., 31 oct. 1995, n° 93-43.779, Publié.

²⁰⁹⁵ Soc., 12 janv. 2016, n° 14-23.290, Publié, *Cah. soc.*, 02/2016. 80, obs. J. Icard.

²⁰⁹⁶ Soc., 23 janv. 2002, n° 99-44.845, Inédit.

²⁰⁹⁷ Soc., 9 mai 1990, n° 87-40.261, Publié.

²⁰⁹⁸ Soc., 8 oct. 1987, n°s 84-41.902 et 84-41.903, Publiés, *D.* 1988. 57, note Y. Saint-Jours, *Dr. soc.* 1988. 135, note J. Savatier ; GADT, 4^e éd., n° 49.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

introduite par la loi quinquennale de 1993²⁰⁹⁹. Lorsque l'employeur constate des difficultés économiques telles que définies à l'article L. 1233-3 du Code du travail²¹⁰⁰, celui-ci peut proposer au salarié une « modification d'un élément essentiel du contrat de travail ». Le salarié a alors un mois, ou quinze jours en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de la société, à compter de la réception de la lettre signifiant cette demande pour refuser. Son silence s'analyse en acceptation. Son refus ne peut cependant être la cause d'une rupture du contrat de travail. L'employeur devra donc justifier du motif économique pour éventuellement rompre le contrat du salarié récalcitrant à la modification. Il est cependant une hypothèse dans laquelle le refus d'une modification du contrat de travail peut constituer un motif *sui generis* de licenciement.

371. Le second aménagement est celui permis par l'accord de performance collective. Cette règle est signifiée à l'article L. 2254-2 du Code du travail. Il a été introduit par la loi du 8 août 2016²¹⁰¹. L'accord de performance collective permet en effet de modifier le contrat de travail,

²⁰⁹⁹ Art. 43 de la loi n° 93-1313 du 21 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle.

²¹⁰⁰ A savoir :

Art. L. 1233-3 (extrait)

Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment :

1° A des difficultés économiques caractérisées soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés.

Une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires est constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à :

- a) Un trimestre pour une entreprise de moins de onze salariés ;
- b) Deux trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés ;
- c) Trois trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins cinquante salariés et de moins de trois cents salariés ;
- d) Quatre trimestres consécutifs pour une entreprise de trois cents salariés et plus ;

2° A des mutations technologiques ;

3° A une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ;

4° A la cessation d'activité de l'entreprise. (...) ».

²¹⁰¹ Art. 22 de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

notamment en organisant la mobilité du salarié. Rappelons qu'un tel accord peut être conclu pour « répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi »²¹⁰². Il n'est donc pas nécessaire de justifier de difficultés économiques pour recourir à ce dispositif. Cet accord a ensuite trois objets possibles, dont celui qui nous intéresse ici, « la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise ». L'effet de cet accord est la substitution de ses clauses aux stipulations contraire dans le contrat de travail. Ce dispositif permet donc, sur la base d'un accord collectif, de modifier avec une certaine automaticité le lieu de travail ou l'emploi du salarié. Ce dernier dispose cependant d'un délai d'un mois pour notifier expressément son refus de cette modification. Il n'est pourtant pas incité à le faire puisque dans ce cas, l'employeur dispose d'un motif *sui generis* de licenciement qui repose sur une cause réelle et sérieuse, avec une procédure allégée. Il pourra, si ce n'est devra, ensuite procéder à un recrutement aux nouvelles conditions.

Paragraphe 2 : Adaptabilité dans la gestion de la force de travail par son temps d'utilisation

372. La durée normale du travail est de trente-cinq heures de travail effectif hebdomadaire. Cette règle souffre de multiples dérogations qui favorisent l'adaptabilité de la gestion de la force de travail. La règle est signifiée à l'article L. 3121-27 du Code du travail qui dispose que « la durée légale de travail effectif des salariés à temps complet est fixée à trente-cinq heures par semaine ». Cette règle comprend trois moyens permettant de qualifier la durée légale à temps complet. Nous examinerons donc successivement ces trois moyens selon leur qualification et les possibilités d'y déroger. Il conviendra donc en premier lieu d'examiner la notion de travail effectif, puis la période de référence et enfin la quotité. Nous verrons également comment ces différentes adaptations reposent sur le dialogue social au sein de l'organisation économique habilitée à modifier le cadre légal.

²¹⁰² Pour de plus amples développements au sujet de l'accord de performance collective, v. spéc. *supra* n^{os} 75 et 126 et s.

A. Le temps de travail effectif

373. La définition étatique de la durée du travail se réfère au travail effectif. Le temps de travail effectif, qui permet de quantifier le travail et l'acquisition des droits afférents, est défini par la loi comme « le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles »²¹⁰³. Par les moyens posés dans cette qualification, celle-ci ne mesure donc pas l'intégralité du *temps contraint par le travail*²¹⁰⁴. Mais cette règle d'ordre public souffre pourtant diverses dérogations.

374. En premier lieu le régime de l'astreinte²¹⁰⁵ et celui de l'équivalence²¹⁰⁶ permettent de déconnecter la mise à disposition de la force de travail et son usage. Le salarié se tient disponible, pas nécessairement sur son lieu de travail du reste, mais n'est pas forcément employé. Ce faisant il ne peut pas vaquer librement à ses occupations, mais il se tient bien à disposition de l'employeur pour pouvoir intervenir.

D'autres règles dérogent à celle-ci en second lieu. Le temps de travail peut aussi, de façon dérogatoire, se comptabiliser autrement, en assimilant certaines périodes à du temps de travail effectif alors qu'elles ne répondent pas à sa définition, comme pour le calcul de l'acquisition des droits à congé²¹⁰⁷. On lui trouve aussi des régimes dérogatoires pour les enfants appartenant à une manécanterie²¹⁰⁸, les marins²¹⁰⁹ ou les mineurs²¹¹⁰.

Certains temps, qui peuvent se situer dans des zones grises quant à l'interprétation de la définition légale font l'objet d'une prise en compte particulière par la loi elle-même. C'est

²¹⁰³ Art. L. 3121-1 du Code du travail.

²¹⁰⁴ A. Supiot, « Temps de travail : pour une concordance des temps », *Dr. soc.*, 1995, p. 948 ; V. également l'analyse du Professeur A. Jeammaud, « La notion de durée légale du travail », *Dr. soc.*, 1981, p. 441.

²¹⁰⁵ Art. L. 3121-9 et s. du Code du travail.

²¹⁰⁶ Art. L. 3121-13 et s. du Code du travail.

²¹⁰⁷ Art. L. 3141-5 du Code du travail.

²¹⁰⁸ Art. R. 7124-30-2 du Code du travail.

²¹⁰⁹ Art. L. 5541-1 du Code des transports.

²¹¹⁰ 2^e al. de l'art. L. 191-1 du Code minier.

ainsi que le temps passé à prendre une douche pour un salarié effectuant des travaux insalubres ou salissants sera rémunéré mais non comptabilisé comme temps de travail effectif²¹¹¹. Le Code du travail liste encore trois temps à la périphérie du travail effectif. Le temps de pause est effectif s'il réunit les critères mentionnés à l'article L. 3121-1 du Code du travail qu'un accord ou une convention peuvent prendre en compte pour la rémunération même lorsqu'il ne s'agit pas de temps de travail effectif²¹¹². Le temps d'habillage peut quant à lui faire l'objet de contreparties sous certaines conditions ; un accord ou une convention pouvant les définir voire l'assimiler à du temps de travail effectif²¹¹³. Le temps de trajet lorsqu'il excède la durée normale entre le domicile et le lieu de travail enfin peut lui aussi faire l'objet de contreparties sans pouvoir être assimilé à du temps de travail effectif²¹¹⁴.

Certains temps sont ainsi exclus de toute possibilité de reconnaissance conventionnelle comme du temps de travail effectif. Ainsi en est-il du temps de déplacement professionnel pour se rendre sur le lieu d'exécution du contrat de travail²¹¹⁵. Le temps d'habillage peut soit faire l'objet de contreparties soit l'objet d'une assimilation à du temps de travail effectif par voie conventionnelle. La formulation est exclusive, s'il fait l'objet de contreparties, il ne pourra être en plus assimilé à du temps de travail effectif²¹¹⁶. Quant à l'astreinte, seule la période d'intervention est qualifiée ainsi ce qui interroge la possibilité d'assimiler conventionnellement le temps hors intervention comme du temps de travail effectif²¹¹⁷.

375. Il existe diverses méthodes pour déroger. La plupart de ces dérogations peuvent être mises en place par accord collectif. C'est le cas des astreintes, des équivalences, des temps de pause, d'habillage et de trajet excédentaire qui peuvent, selon les circonstances précédemment évoquées assimiler certains de ces temps à du temps de travail effectif, prévoir des contreparties et les aménager. A défaut d'accord, le code renvoie pour certaines de ces

²¹¹¹ Art. R. 3121-1 du Code du travail.

²¹¹² Art. L. 3121-6 du Code du travail.

²¹¹³ 1^{er} al. de l'art. L. 3121-7 du Code du travail.

²¹¹⁴ 2^e al. de l'art. L. 3121-7 du Code du travail.

²¹¹⁵ C'est une disposition d'ordre public qui exclut cette qualification (art. L. 3121-4 du Code du travail) sauf « lorsque les temps de déplacements accomplis par un salarié itinérant entre son domicile et les sites des premier et dernier clients répondent à la définition du temps de travail effectif telle qu'elle est fixée par l'article L. 3121-1 du Code du travail » (Soc., 23 nov. 2022, n° 20-21.924, Publié, *BJT* 02/2023. 5, obs. S. Ranc).

²¹¹⁶ 1^{er} al. de l'art. L. 3121-7 du Code du travail.

²¹¹⁷ 2^e al. de l'art. L. 3121-9 du Code du travail.

dispositions à une décision unilatérale de l'employeur après avis du comité social et économique pour déroger. Ainsi en est-il de l'astreinte²¹¹⁸ et de la prise en compte des temps de trajet excédentaires²¹¹⁹. En ce qui concerne les temps de pause et d'habillage, les dispositions supplétives renvoient au contrat de travail²¹²⁰.

B. La période de référence

376. La période de référence est la semaine. L'article L. 3121-27 du Code du travail pose comme période de référence pour le calcul du temps de travail effectif la semaine. La semaine est nécessairement de sept jours mais peut être modulée quant à son début et sa fin par accord ou convention, à défaut elle commence le lundi à zéro heure et finit le dimanche à vingt-quatre heures²¹²¹. Cette période de référence permet, une fois la quotité déterminée, de déclencher la comptabilisation des heures supplémentaires qui elles aussi se décomptent en semaine²¹²².

377. Mais il existe diverses dérogations à la période de référence. La première dérogation possible concerne donc la période de sept jours. Il est ainsi possible de mettre en place des conventions de forfait qui permettent de calculer le temps de travail en heures ou en jours sans référence à la semaine²¹²³. C'est ainsi que le forfait heures, s'il peut être hebdomadaire, peut aussi être mensuel ou annuel. Quant au forfait en jours il est annuel. Il est encore possible de déroger à la référence hebdomadaire par des accords de modulation. Il faut alors distinguer selon la taille de l'entreprise et selon l'acte qui déroge. Un accord d'entreprise peut ainsi prévoir une période de référence allant jusqu'à un an, voire trois ans si un accord de branche l'y autorise²¹²⁴. Dans ce cas, c'est seulement à l'issue de cette période que les heures

²¹¹⁸ Art. L. 3121-12 du Code du travail.

²¹¹⁹ 2° de l'art. L. 3121-8 du Code du travail.

²¹²⁰ 1° et 2° de l'art. L. 3121-8 du Code du travail.

²¹²¹ Art. L. 3121-32 et L. 3121-35 du Code du travail.

²¹²² Art. L. 3121-29 du Code du travail.

²¹²³ Art. L. 3121-54 du Code du travail.

²¹²⁴ 1° de l'art. L. 3121-44 du Code du travail.

supplémentaires seront calculées. A défaut d'accord, l'employeur peut moduler par une décision unilatérale. Dans ce cas, la période de référence est limitée à neuf semaines dans les entreprises de moins de cinquante salariés et à quatre semaines dans les entreprises d'au moins cinquante salarié²¹²⁵. Il est cependant possible de déroger à cette mesure dérogatoire pour les entreprises qui fonctionnent en continu²¹²⁶.

Dans le cadre de ces aménagements, la référence à la semaine ne disparaît pas totalement puisque si l'on décompte les heures supplémentaires à l'issue d'une période plus longue que la semaine, le calcul de la réalisation d'heures supplémentaires repose quant à lui sur une moyenne qui se réfère au temps de travail effectif hebdomadaire. En effet, en cas de période de référence fixée à un an, les heures supplémentaires sont celles effectuées au-delà de 1607 heures, soit une moyenne de trente-cinq heures hebdomadaires, et sur la base d'une moyenne de trente-cinq heures sur la période de référence en cas d'autre période de référence. Cependant, du fait d'un d'une période de référence plus étendue pour le calcul, la moyenne des heures travaillées peut s'équilibrer d'une semaine sur l'autre pour ne pas atteindre le seuil de déclenchement de cette comptabilisation. C'est encore une période annuelle qui sert de référence à la définition du contingent d'heures supplémentaires de l'article L. 3121-30 du Code du travail. Ce contingent permet de déterminer les compensations dues au salarié. Dans le contingent, ces heures peuvent être rémunérées, au-delà elles doivent ouvrir droit à un repos compensateur²¹²⁷.

378. On peut employer différents actes dérogatoires. Pour chaque dérogation à la période de référence identifiée, celle-ci repose soit sur une décision unilatérale de l'employeur soit sur un accord collectif. Mais dans la première hypothèse, la période sera alors limitée, l'incitant à privilégier une modulation négociée. C'est le cas de l'aménagement du temps de travail par la définition d'une période supérieure à la semaine pour la comptabilisation des heures supplémentaires et des conventions de forfait qui sont annuelles. Toutes les conventions de forfait, quelle que soit la période de référence doivent en outre faire l'objet d'un accord du salarié et d'une convention individuelle²¹²⁸.

²¹²⁵ Art. L. 3121-45 du Code du travail.

²¹²⁶ Art. L. 3121-46 du Code du travail.

²¹²⁷ 1^{er} al. de l'art. L. 3121-30 du Code du travail.

²¹²⁸ Art. L. 3121-55 du Code du travail.

C. La quotité de travail

379. La quotité de travail effectif hebdomadaire est fixée à trente-cinq heures. Cette règle souffre elle-même diverses exceptions que nous allons étudier ici. Tout d'abord, la semaine se découpe en jours de travail qui ne peuvent excéder dix heures²¹²⁹ et qui doivent ménager au moins onze heures consécutives de repos quotidien²¹³⁰. Ces deux règles, qui contribuent à la mise en œuvre de la règle relative à la quotité hebdomadaire, peuvent faire l'objet de dérogations. Il est possible de déroger à la durée maximale quotidienne par accord collectif dans la limite de douze heures quotidiennes. De même qu'il est possible de déroger au repos quotidien conventionnellement dans la limite de neuf heures²¹³¹.

La semaine est elle-même encadrée par différentes quotités déterminées légalement. Il est possible de faire des heures supplémentaires, c'est-à-dire au-delà de la durée hebdomadaire légale, dans la limite de quarante-huit heures hebdomadaire²¹³² et de quarante-quatre heures sur une période de douze semaines²¹³³. A ces durées maximales de travail s'ajoutent des repos hebdomadaires minimum de vingt-quatre heures auxquels s'ajoutent les onze heures de repos quotidien²¹³⁴ donné au moins tous les six jours²¹³⁵ et de préférence le dimanche²¹³⁶. Les salariés bénéficient au-delà de diverses formes de repos qui permettent d'encadrer le temps de travail et limiter dans une certaine mesure les dérogations que nous développerons ci-après. Ainsi, la loi définit les jours fériés²¹³⁷, les congés payés, fixés à deux jours et demi acquis pour chaque mois de travail²¹³⁸, et divers autres congés.

²¹²⁹ Art. L. 3121-18 du Code du travail.

²¹³⁰ Art. L. 3131-1 du Code du travail.

²¹³¹ Art. D. 3131-6 du Code du travail.

²¹³² Art. L. 3121-20 du Code du travail.

²¹³³ Art. L. 3121-22 du Code du travail.

²¹³⁴ Art. L. 3132-2 du Code du travail.

²¹³⁵ Art. L. 3132-1 du Code du travail.

²¹³⁶ Art. L. 3132-3 du Code du travail.

²¹³⁷ Art. L. 3133-1 et s. du Code du travail.

²¹³⁸ Art. L. 3141-3 du Code du travail.

380. Mais des dérogations sont encore possibles pour chacun de ces temps. Il est ainsi possible de bénéficier en cas de circonstances exceptionnelles d'une autorisation administrative de déroger à la durée maximale dans la limite de soixante heures²¹³⁹.

La forfaitisation, outre le changement de période de référence que nous avons développé, permet aussi de déroger à la durée légale du travail dans le respect des temps de repos réglementaires²¹⁴⁰.

La durée maximale peut aussi faire l'objet de durées dérogatoires dans certaines activités comme la durée maximale hebdomadaire dans les mines qui est limitée à trente-huit heures et quarante minutes²¹⁴¹.

Les durées de repos sont elles aussi susceptibles de dérogations. Le code liste ainsi aux articles L. 3132-4 et suivants activités justifiant de telles dérogations²¹⁴².

Le repos dominical fait l'objet d'une dérogation permanente pour certains établissements dont le fonctionnement ou l'ouverture est rendu nécessaire par les « contraintes de la production, de l'activité ou les besoins du public »²¹⁴³, ainsi que pour les commerces de détail alimentaire²¹⁴⁴. C'est aussi le cas pour les entreprises industrielles ou industries qui peuvent par voie conventionnelle « prévoir la possibilité d'organiser le travail de façon continue pour des raisons économiques »²¹⁴⁵ ou être accordée par l'inspecteur du travail après consultation des délégués syndicaux et avis du comité social et économique dans

²¹³⁹ Art. L. 3121-21 du Code du travail.

²¹⁴⁰ Art. L. 3121-53 et s. du Code du travail.

²¹⁴¹ 1^{er} al. de l'art. L. 191-1 du Code minier.

²¹⁴² Il s'agit des travaux urgents (art. L. 3132-4 du Code du travail), des industries traitant des matières périssables dans la limite de deux fois par mois et de six jours par an (art. L. 3132-5 du Code du travail), du chargement et du déchargement dans les ports, débarcadères et stations (art. L. 3132-6 du travail), des activités saisonnières dans la limite de deux jours de repos par mois (art. L. 3132-7 du Code du travail), de la réduction à une demi-journée pour les salariés affectés aux travaux de nettoyage des locaux industriels et de maintenance qui doivent être réalisés nécessairement le jour de repos collectif et qui sont indispensables pour éviter un retard dans la reprise normale du travail (art. L. 3132-8 du Code du travail), de sa suspension par le Ministre pour les travaux pour le compte de l'Etat et dans l'intérêt de la défense nationale (art. L. 3132-9 du Code du travail), des établissements industriels fonctionnant en continu (art. L. 3132-10 du Code du travail), des gardiens et concierges des établissements industriels et commerciaux auxquels le repos hebdomadaire ne peut être donné (art. L. 3132-11 du Code du travail).

²¹⁴³ Art. L. 3132-12 du Code du travail.

²¹⁴⁴ Art. L. 3132-13 du Code du travail.

²¹⁴⁵ Art. L. 3132-14 du Code du travail.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

le respect d'une limite de trente-cinq heures hebdomadaires de travail effectif en moyenne par an. C'est toujours au titre des dérogations au repos dominical que peuvent être organisées des équipes de suppléance mise en place par accord ou sur autorisation administrative après consultation des délégués syndicaux et avis du comité social et économique²¹⁴⁶. On en trouvera encore qui sont accordées sur un fondement géographique dans les zones de tourisme international²¹⁴⁷ pour dérogation de l'autorité déconcentrée ou décentralisée de l'Etat, c'est-à-dire par le préfet²¹⁴⁸ ou le conseil municipal²¹⁴⁹.

L'accord peut aussi aménager les repos liés aux jours fériés en déterminant lesquels sont chômés²¹⁵⁰. Si le premier mai est normalement férié et chômé²¹⁵¹, des dérogations sont possibles « dans les établissements et services qui, en raison de la nature de leur activité, ne peuvent interrompre le travail »²¹⁵².

La durée moyenne maximale du travail sur une période quelconque de douze semaines consécutives peut être portée à quarante-six heures par accord sans condition particulière²¹⁵³. A défaut d'accord, il est possible de demander une dérogation à l'autorité administrative après consultation du comité social et économique²¹⁵⁴. Celle-ci peut l'autoriser dans la limite de quarante-six heures, mais à titre exceptionnel elle peut être dépassée sans qu'une limite n'ait été déterminée par le Législateur.

381. Sans déroger aux durées maximales, il est possible de déroger à la règle des trente-cinq heures. Ce sont les heures supplémentaires qui le permettent en ouvrant droit à une majoration de salaire ou à des repos compensateurs.

²¹⁴⁶ Art. L. 3132-17 et L. 3132-18 du Code du travail.

²¹⁴⁷ Art. L. 3132-4 du Code du travail.

²¹⁴⁸ Art. L. 3132-20 et s. du Code du travail.

²¹⁴⁹ Art. L. 3132-26 et s. du Code du travail.

²¹⁵⁰ Art. L. 3133-3-1 du Code du travail.

²¹⁵¹ Art. L. 3133-4 du Code du travail.

²¹⁵² Art. L. 3133-6 du Code du travail.

²¹⁵³ Art. L. 3121-23 du Code du travail.

²¹⁵⁴ Art. L. 3121-24 à L. 3121-26 du Code du travail.

Un accord peut cependant déroger aux paramètres, déjà dérogatoires, relatifs aux heures supplémentaires. Il est ainsi possible de réduire la majoration jusqu'à dix pourcents alors que les huit premières heures sont majorées de vingt-cinq pourcents et les suivantes de cinquante pourcents. Il peut encore prévoir de remplacer le paiement de ces heures par des repos compensateurs et à défaut de délégué syndical désigné dans l'entreprise, par décision unilatérale si le comité social et économique ne s'y oppose pas et après sa consultation pour en adapter les modalités.

Les heures supplémentaires sont, du reste, encadrées par un contingent d'heures qui est fixé à titre supplétif à deux-cent-vingt heures par an²¹⁵⁵. Les heures supplémentaires accomplies dans le cadre de ce contingent sont rémunérées, au-delà l'employeur doit donner des repos compensateurs. Il existe cependant des dérogations à ces règles dérogatoires. Une dérogation légale n'impute pas certaines heures supplémentaires sur le contingent²¹⁵⁶ et une possible dérogation conventionnelle permet de déterminer un contingent différent modulant le seuil de déclenchement de l'obligation d'attribuer des repos compensateurs²¹⁵⁷. Il est encore possible de déroger au décompte des heures supplémentaires par le recours à des horaires individualisés si le salarié en fait la demande et que le comité social et économique émet un avis favorable ou que l'autorité administrative l'autorise en l'absence de comité. Cela permet de reporter des heures d'une semaine sur l'autre et de ne pas comptabiliser les heures reportées effectuées au-delà de la durée légale comme des heures supplémentaires²¹⁵⁸.

382. Toutes ces dérogations permettent d'augmenter la durée du travail des salariés. Il est aussi possible de l'abaisser. Il s'agit du temps partiel et de l'intermittence. Le temps partiel se définit comme une durée inférieure à la durée légale du travail ou, si elle est inférieure, à la durée fixée conventionnellement. Elle est mise en place par accord, à défaut elle l'est par décision unilatérale de l'employeur après avis du comité économique et social ou à défaut après information de l'agent de contrôle de l'inspection du travail²¹⁵⁹. La durée minimale de travail est alors déterminée conventionnellement, à défaut elle sera de vingt-quatre heures

²¹⁵⁵ Art. L. 3121-39 et art. D. 3121-24 du Code du travail.

²¹⁵⁶ 3^e al. de l'art. L. 3121-30 (Il s'agit des heures supplémentaires ouvrant droit à un repos compensateur équivalent et des heures effectuées dans le cadre de travaux urgents.).

²¹⁵⁷ 3^o du I. de l'art. L. 3121-33 du Code du travail.

²¹⁵⁸ Art. L. 3121-48 et L. 3121-51 du Code du travail.

²¹⁵⁹ Art. L. 3123-26 du Code du travail.

hebdomadaires²¹⁶⁰, avec des possibilités de déroger en deçà pour permettre l'insertion de certains salariés dans l'emploi²¹⁶¹. Il est cependant possible d'y déroger, les heures effectuées au-delà sont alors appelées heures complémentaires. L'employeur est tenu, dans le cadre du recours à ce régime d'informer régulièrement le comité économique et social. Il est encore possible de déroger au temps de travail par le temps de travail intermittent dont la possibilité d'y recourir doit être ouverte par accord²¹⁶². Il déroge aux règles relatives au temps de travail en ce qu'il permet, sur des emplois qui le justifient « par nature », une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées.

383. Nous avons vu qu'il est possible d'adapter par accord. Le régime du temps de travail et les dérogations possibles à la durée légale, voire à des mesures elles-mêmes dérogatoires, sont largement ouvertes par la loi au moyen d'un acte supposé conventionnel. C'est ainsi qu'un accord collectif permet de déroger à la durée quotidienne et hebdomadaire moyenne de travail et au repos quotidien, d'instituer la forfaitisation au sein d'une entreprise, de déroger au repos dominical pour des raisons économiques dans les entreprises industrielles et industries et en mettant en place des équipes de suppléance. C'est encore l'accord qui peut encadrer les heures supplémentaires, dans ses modalités, ses contreparties, la définition de son contingent et qui ouvre le recours au temps partiel et au travail intermittent. Mais à défaut d'accord ou en l'absence de délégués syndicaux, la loi ouvre d'autres voies de dérogation, par décision unilatérale, appelant le contrôle des représentants du personnel ou de l'autorité administrative.

384. Nous avons aussi vu qu'il est possible d'adapter par décision unilatérale avec avis du comité social et économique. Lorsqu'il existe, le comité économique et social est ainsi consulté sur la dérogation aux durées maximales de travail et aux durées minimales de repos, sur la dérogation au repos dominical dans les entreprises industrielles et industries qui le justifieraient et par la mise en place d'équipe de suppléance, sur le dépassement de la durée hebdomadaire moyenne sur une période de douze semaines, sur le recours aux heures supplémentaires au-delà du contingent, sur l'adaptation des modalités du remplacement du paiement des heures supplémentaires par un repos compensateur. Son avis est parfois nécessaire à la capacité de déroger de l'employeur, c'est ainsi que l'employeur ne peut

²¹⁶⁰ Art. L. 3123-19 et L. 3121-27 du Code du travail.

²¹⁶¹ Art. L. 5132-5 et s. et art. L. 5134-126 du Code du travail.

²¹⁶² Art. L. 3123-33 du Code du travail.

remplacer le paiement des heures supplémentaires par des repos compensateurs que si le comité économique et social s'y oppose pas et qu'il doit recueillir un avis favorable pour mettre en place des horaires individualisés.

A d'autres occasions, le comité social et économique est seulement informé. C'est le cas pour le suivi du temps partiel, le recours et le suivi des heures supplémentaires dans le cadre du contingent et l'organisation des astreintes. L'article L. 2312-26 du code du travail reprend en outre en son I l'obligation de consulter le comité sur l'aménagement et la durée du travail, et en son 5° du II les thèmes dont le comité social et économique doit être informé, à savoir les heures supplémentaires accomplies dans la limite et au-delà du contingent annuel applicable dans l'entreprise ; à défaut de détermination du contingent annuel d'heures supplémentaires par voie conventionnelle, les modalités de son utilisation et de son éventuel dépassement ; le bilan du travail à temps partiel réalisé dans l'entreprise ; le nombre de demandes individuelles formulées par les salariés à temps partiel pour déroger à la durée hebdomadaire minimale ; la durée, l'aménagement du temps de travail, la période de prise des congés payés, les conditions d'application des aménagements de la durée et des horaires lorsqu'ils s'appliquent à des salariés à temps partiel, le recours aux conventions de forfait et les modalités de suivi de la charge de travail des salariés concernés.

385. Enfin nous avons vu qu'il est possible d'adapter par décision unilatérale avec autorisation administrative. Dans certaines hypothèses, l'employeur doit obtenir une autorisation administrative dont la demande s'appuie sur une consultation du comité social et économique. C'est le cas pour déroger à la durée maximale du travail et au repos quotidien et à la durée maximale hebdomadaire de travail. Dans d'autres cas cette demande s'appuie en plus de l'avis du comité économique et social sur la consultation des délégués syndicaux. Il en est ainsi pour pouvoir déroger aux règles relatives au repos dominical dans les entreprises industrielles et industries qui le justifieraient et par la mise en place d'équipes de suppléance.

Il est des hypothèses où l'avis du comité économique et social n'est pas requis faute pour ces entreprises d'en être dotées, c'est le cas de la mise en place d'horaires individualisés, et d'autres hypothèses où l'autorité administrative est seulement informée, pour organiser des astreintes ou recourir au temps partiel. Il est une dernière hypothèse où l'employeur n'a pas besoin d'autorisation préalable mais doit solliciter une demande de régularisation, c'est l'hypothèse des cas d'urgence qui permettent de déroger à la durée maximale du travail et au repos quotidien.

386. Plusieurs mécanismes peuvent s'analyser en incitations de l'Etat. Outre la possibilité d'obtenir réparation du préjudice résultant de la violation de ces règles, réparation qui peut être automatique lorsqu'elle met en œuvre une disposition de l'Union relative à la protection de la santé²¹⁶³, l'employeur est incité par la menace de sanctions à respecter certaines dispositions par la possibilité d'amendes administratives. L'article L. 8115-1 du Code du travail permet ainsi à l'autorité administrative de sanctionner directement les manquements relatifs à la durée maximale du travail, au repos et aux règles de décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective par les salariés qui ne sont pas soumis à un horaire collectif.

On trouvera quant au régime du temps de travail diverses incitations. Les salariés et les employeurs sont ainsi incités à recourir aux heures supplémentaires et complémentaires par leur défiscalisation²¹⁶⁴ et leur désocialisation²¹⁶⁵. Ces dispositions visent également la majoration de rémunération versée aux salariés ayant conclu la convention de forfait en jours sur l'année en contrepartie de leur renonciation à des jours de congé, incitant ainsi aussi à la renonciation à ces jours. L'article 5 de la loi n° 2022-1157 du 16 août 2022 de finances rectificative pour 2022 permet également de monétiser des jours ou demi-journées de congé auxquels le salarié renonce et soumet ces heures aux mêmes dispositions et ne les impute pas sur le contingent d'heures supplémentaires.

On trouve aussi des incitations par le biais d'aides de l'Etat. C'est ainsi que l'adhésion d'une entreprise à une caisse de congé, afin d'assurer l'indemnisation des congés des salariés qui changent régulièrement d'employeur²¹⁶⁶. On trouve également une incitation à mettre en conformité les accords relatifs aux conventions de forfait appuyée sur leur sécurisation face à l'évolution du régime légal de la forfaitisation en 2016. Ainsi, si les conventions conclues antérieurement à la loi du 8 août 2016 demeurent applicables, l'employeur est incité à tout de même les mettre à jour. Pour faciliter celle-ci, il n'est pas tenu de recueillir l'accord du salarié²¹⁶⁷. L'aménagement du temps de travail par accord collectif pour un salarié à temps

²¹⁶³ Soc., 11 mai 2023, n°s 21-22.281 et 21-22.912, Publiés, *BJT* 06/2023. 19, obs. S. Ranc.

²¹⁶⁴ Art. 81 quarter du Code général des impôts.

²¹⁶⁵ Art. L. 241-17 et s. du Code de la sécurité sociale.

²¹⁶⁶ Art. L. 5134-58, L. 5134-60 et D. 5522-6 du Code du travail.

²¹⁶⁷ I. de l'art. 12 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

complet bénéficie lui aussi d'une facilitation puisque le code dispose expressément qu'il ne s'agit pas d'une modification du contrat de travail²¹⁶⁸.

Section 2 : L'adaptabilité dans les relations collectives de travail

387. En matière de relations collectives, les institutions représentatives du personnel sont aussi objet d'adaptabilité par voie conventionnelle. Cette adaptabilité permet de réduire le « coût du travail » associé à la représentation du personnel mais aussi et surtout d'adapter cette dernière à l'organisation de l'entreprise. L'objet de cette section n'est pas de procéder à des développements supplémentaires par rapport à notre deuxième titre de la première partie. Il ne s'agit pas non plus d'une étude diachronique comme nous l'avons fait précédemment, mais comme pour le reste de ce chapitre d'une étude synchronique du droit positif actuel. Il s'agit ici simplement de mettre en évidence ce qui relève de dispositions légales et ce qui est adaptable par voie conventionnelle, voire par l'employeur lui-même à titre supplétif. Nous distinguerons trois aspects dans des paragraphes successifs que sont la mise en place, le fonctionnement et les moyens du comité social et économique.

Paragraphe 1 : Une mise en place adaptable

388. Au titre des dispositions d'ordre public, il faut d'abord mentionner l'obligation de mettre en place cette institution pour toute entreprise qui salarie au moins onze salariés pendant douze mois consécutifs²¹⁶⁹. Sur ce plan il n'y a de dérogation que plus favorable en ce sens qu'une entreprise ne répond pas à cette condition a tout à fait la possibilité de mettre en place un comité social et économique.

²¹⁶⁸ Art. L. 3121-43 du Code du travail.

²¹⁶⁹ Art. L. 2311-2 et L. 2313-3 du Code du travail.

389. La première source d'adaptabilité dans la mise en place du comité économique et social est son périmètre d'implantation. Un accord collectif conclu avec les organisations syndicales représentatives majoritaires, ou en leur absence avec la majorité des membres titulaires élus, peut déterminer le nombre et le périmètre des établissements distincts au sein desquels devront être mis en place un comité économique et social d'établissement²¹⁷⁰. L'employeur est obligé d'engager loyalement cette négociation. Celle-ci peut librement procéder au découpage de l'entreprise. A défaut d'accord c'est l'employeur qui les définit en tenant compte de l'autonomie de gestion, notamment en matière de gestion du personnel, des établissements distincts²¹⁷¹. En cas de désaccord, c'est l'autorité administrative qui les détermine.

390. Le quatrième chapitre de ce titre du Code du travail relatif au comité social et économique permet aussi une véritable adaptabilité dans la mise en place du comité social et économique. En ce qui concerne sa composition tout d'abord. Si le comité doit nécessairement comprendre l'employeur, un ou des représentants syndicaux, certains invités et une délégation du personnel²¹⁷², cette dernière est susceptible de différents aménagements. En premier lieu, il est possible de déroger par accord à l'absence des suppléants lorsque les titulaires sont présents. En second lieu il est possible d'adapter le nombre d'élus dans cette délégation. Pour cela il faut le prévoir dans le protocole d'accord préélectoral d'après l'article L. 2314-7 du Code du travail. Cette dérogation n'est possible que pour autant que le volume globale d'heures de délégation demeure au moins égal à celui résultant des dispositions supplétives.

A défaut d'accord, l'article R. 2314-1 du Code du travail définit, en fonction de l'effectif de l'entreprise, le nombre d'élus de la délégation du personnel au comité social et économique, le nombre d'heures de délégation attribué à chaque élu mensuellement et le total des heures de délégation, qui correspond au crédit d'heures individuel mensuel multiplié par le nombre d'élus.

Il est ainsi possible de diminuer le nombre d'élus par le protocole préélectoral à condition que soit augmenté le crédit d'heures de délégation individuel dans une proportion

²¹⁷⁰ Art. L. 2313-2 du Code du travail.

²¹⁷¹ Art. L. 2313-4 du Code du travail.

²¹⁷² Art. L. 2314-1 à L. 2314-3 du Code du travail.

qui garantisse que le volume global demeure au moins égal à celui énoncé par la réglementation. Ce volume est donc d'ordre public, constituant le plancher auquel il n'est pas possible de déroger.

Le personnel et la délégation doivent ensuite être divisés en deux, voire trois, collèges électoraux²¹⁷³. Le premier collège est celui des ouvriers et employés, le deuxième celui des ingénieurs, chefs de service, techniciens, agents de maîtrise et assimilés, et l'éventuel troisième celui des ingénieurs, chefs de service et cadres administratifs, commerciaux ou techniques lorsque leur nombre est au moins égal à vingt-cinq.

Il est cependant possible de déroger à ces règles au moyen d'un simple accord à condition que celui-ci soit unanimement adopté par les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise²¹⁷⁴. Cet accord peut modifier le nombre et la composition des collèges électoraux, sans toutefois pouvoir empêcher la création du troisième collège lorsque les conditions sont réunies. La répartition des sièges entre les différents collèges et la répartition du personnel dans ces derniers peut également faire l'objet d'un accord, mais qui est dans ce cas doit être le protocole préélectoral²¹⁷⁵. En cas de désaccord c'est l'autorité administrative qui procède à cette répartition et en l'absence d'accord dû à l'absence d'organisations syndicales lors de la négociation, c'est l'employeur qui en a l'obligation.

La plupart des règles relatives à l'électorat et à l'éligibilité, au scrutin, à la représentation équilibrée des femmes et des hommes sont d'ordre public. Seules les modalités d'organisation et de déroulement du scrutin font l'objet du protocole préélectoral au titre de l'article L. 2314-28 du Code du travail. La durée et la fin du mandat font aussi l'objet de dispositions qui permettent quelques adaptations qui se font dans un cadre relativement limité. Ainsi, si un élu d'une entreprise d'au moins cinquante salariés ne peut excéder le nombre de trois mandats, il est permis d'y déroger par le biais du protocole préélectoral dans les entreprises dont l'effectif est compris entre cinquante et trois cents salariés²¹⁷⁶. Il est aussi

²¹⁷³ Art. L. 2314-11 du Code du travail.

²¹⁷⁴ Art. L. 2314-12 du Code du travail.

²¹⁷⁵ Art. L. 2314-13 du Code du travail.

²¹⁷⁶ Art. L. 2314-33 du Code du travail.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

permis de réduire la durée du mandat, fixée à quatre ans, par accord de branche, d'entreprise ou de groupe dérogatoire, dans la limite plancher de deux ans²¹⁷⁷.

Paragraphe 2 : Un fonctionnement adaptable

391. Le fonctionnement du comité peut faire l'objet de différentes adaptations. Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, le comité se réunit au moins six fois par an. Dans celles d'au moins trois cents salariés, les réunions doivent se tenir au moins tous les mois mais un accord portant sur les consultations récurrentes peut modifier cette fréquence dans la limite de six réunions minimums par an²¹⁷⁸. La tenue des réunions peut faire l'objet de divers aménagements. Ainsi, l'organisation des réunions en visioconférence est limitée à trois par année civile mais peut être modifiée²¹⁷⁹.

392. Lors des réunions, le comité économique et social est consulté sur divers sujets relevant de ses attributions. Nous avons précédemment développé les capacités d'adaptation par voie conventionnelle de la périodicité, des modalités de consultation, du nombre de réunions, les niveaux de consultation et les délais de consultations récurrentes²¹⁸⁰ et du contenu des consultations et informations ponctuelles ainsi que les délais²¹⁸¹. Il est aussi possible de faire remonter la consultation sur les orientations stratégiques et les consultations ponctuelles au niveau du groupe par un accord à ce niveau et dans ce périmètre²¹⁸². La loi ne détermine que trois grands blocs de consultation récurrentes à l'article L. 2312-17 du Code du travail et de consultations ponctuelles à l'article L. 2312-37 du même Code.

393. Le délai pour rendre les avis est déterminé à titre supplétif par la loi. Il est alors d'un mois pour un avis simple, de deux mois en cas de recours à l'expertise et de trois mois en cas

²¹⁷⁷ Art. L. 2314-34 du Code du travail.

²¹⁷⁸ 2° de l'art. L. 2312-19 et art. L. 2315-28 du Code du travail.

²¹⁷⁹ Art. L. 2315-4 du Code du travail.

²¹⁸⁰ Art. L. 2315-19 du Code du travail ; v. également *supra* notre second chapitre du second titre de la première partie, spéc. le D. du second paragraphe.

²¹⁸¹ Art. L. 2312-56 du Code du travail.

²¹⁸² Art. L. 2312-20 et L. 2312-56 du Code du travail.

d'intervention d'une ou plusieurs expertises dans le cadre de consultation se déroulant à la fois au niveau du comité social et économique central et d'un ou plusieurs comités sociaux économiques d'établissement²¹⁸³. Ce délai est d'un mois sans possibilité de dérogation dans le cadre d'une consultation en raison d'une offre publique d'acquisition²¹⁸⁴, du recours à des petits licenciements collectifs²¹⁸⁵. Des délais spéciaux sont prévus, auxquels il est possible de déroger par accord. C'est le cas des plans de compression d'effectif qui impliquent la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi dans les entreprises d'au moins cinquante salariés. Dans cette hypothèse, le délai pour rendre l'avis dépend du nombre d'emplois supprimés. Le délai est de deux mois lorsque le nombre des licenciements est inférieur à cent, de trois mois ce nombre est au moins égal à cent et inférieur à deux cent cinquante, et de quatre mois à partir de deux cent cinquante licenciements projetés²¹⁸⁶. Mais l'article L. 2312-16 du Code du travail permet à un accord conclu avec les organisations syndicales représentatives majoritaires ou avec la majorité des membres titulaires de la délégation du personnel de déterminer ce délai. Ces avis peuvent, en autres attributions qui peuvent leur être déléguées, préparés par des commissions.

394. Le fonctionnement est aussi adaptable par l'organisation des commissions. Nous avons déjà développé dans un précédent chapitre les règles relatives à la commission santé, sécurité et conditions de travail²¹⁸⁷. Celle-ci est obligatoirement mise en place dans les entreprises et établissements d'au moins trois-cents salariés et dans les établissements disposant d'une installation nucléaire ou dans laquelle des substances, préparations ou mélanges dangereux sont présents dans des quantités telles qu'ils engendrent des dangers particulièrement importants pour la sécurité et la santé des populations voisines et pour l'environnement. Elle comprend au moins un président, qui est l'employeur ou son représentant, et trois membres parmi les élus titulaires du comité économique et social. Ces derniers disposent d'une formation d'une durée minimale de cinq jours²¹⁸⁸. Le nombre de membres, les missions, les modalités de fonctionnement et de formation, et les moyens de la

²¹⁸³ Art. R. 2312-6 du Code du travail.

²¹⁸⁴ Art. L. 2312-46 du Code du travail.

²¹⁸⁵ Art. L. 1233-8 du Code du travail ; v. *supra* le paragraphe n° 351.

²¹⁸⁶ Art. L. 2312-39 et L. 1233-30 du Code du travail.

²¹⁸⁷ Art. L. 2315-36 et s. du Code du travail ; pour de plus amples développements, v. *supra* le A. du second chapitre de la seconde section, du premier chapitre de la première partie.

²¹⁸⁸ Art. L. 2315-18 du Code du travail.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

commission santé, sécurité et conditions de travail sont négociables. A défaut d'accord, l'employeur fixe unilatéralement le nombre et le périmètre de mise en place des commissions, le reste devant être déterminé par le règlement intérieur du comité économique et social.

La commission des marchés doit être mis en place dans les comités qui dépassent deux des trois seuils qui s'ensuivent. Ces derniers sont celui de 50 salariés, le plafond de ressources annuelles fixé à 3,1 millions d'euros, et le plafond de bilan fixé à 1,55 million d'euros²¹⁸⁹. Elle est composée de membres titulaires du comité social et économique. Les autres éléments sont déterminés par le règlement intérieur²¹⁹⁰. Il est ensuite possible de créer d'autres commissions par un accord signé par les organisations syndicales représentatives majoritaires²¹⁹¹. Les dispositions relatives à leur composition, leurs attributions et leur fonctionnement ne sont alors que supplétives en ce qui concerne la commission de la formation²¹⁹², la commission d'information et d'aide au logement²¹⁹³ et la commission de l'égalité professionnelle²¹⁹⁴.

Paragraphe 3 : Des moyens adaptables

395. Ce sont enfin les moyens du comité qui sont adaptables par accord. Les heures de délégation sont déterminées, à titre supplétif, par l'article R. 2314-1 du Code du travail. Un accord peut y déroger. Il peut augmenter ce crédit d'heures de délégation. Il peut aussi le diminuer à condition d'augmenter le nombre d'élus dans une proportion qui assure de ne pas diminuer le crédit global selon la logique que nous avons développée dans le premier paragraphe.

²¹⁸⁹ Ensemble les art. L. 2315-44-1, L. 2315-64 et D. 2315-33 du Code du travail.

²¹⁹⁰ Art. L. 2315-44-3 du Code du travail.

²¹⁹¹ Art. L. 2315-45 du Code du travail.

²¹⁹² Art. L. 2315-49 du Code du travail.

²¹⁹³ Art. L. 2315-50 du Code du travail.

²¹⁹⁴ Art. L. 2315-56 du Code du travail.

Le recours à l'expertise peut aussi faire l'objet d'adaptations. C'est ainsi qu'« un accord d'entreprise, ou à défaut un accord conclu entre l'employeur et le comité social et économique, adopté à la majorité des membres titulaires » peut déterminer le nombre d'expertises dans le cadre des consultations récurrentes²¹⁹⁵.

Le comité dispose de diverses informations rassemblées dans une base de données unique. Sa mise en place est d'ordre public, ainsi que certains thèmes correspondant à un ensemble d'indicateurs²¹⁹⁶. Elle doit notamment contenir des informations relatives à l'égalité entre les femmes et les hommes, dont celles sur les écarts de rémunération et les informations sur la méthodologie et le contenu des indicateurs dans ce domaine. La base doit bien sûr comporter toutes les informations nécessaires à l'exercice utile des compétences du comité, dont les informations qui lui permettent de rendre un avis utile. C'est dans ces limites que l'article L. 2312-21 du Code du travail permet d'aménager conventionnellement l'organisation, l'architecture, le contenu, les modalités de fonctionnement de la base.

²¹⁹⁵ Art. L. 2315-79 du Code du travail.

²¹⁹⁶ Art. L. 2315-18 du Code du travail.

Conclusion de chapitre

396. Nous avons vu dans ce chapitre comment l'Etat habilite les organisations économiques d'une part et comment ses organes contrôlent la mise en œuvre de ces habilitations et comment y sont associés les salariés. *Tant les habilitations que le contrôle s'appuient, si ce n'est reposent, sur l'institution concomitante du dialogue social qui permet une adaptation associant les destinataires de la norme.* Mais nous avons vu que l'institution de ce nouveau cadre s'appuyait bien de nouvelles interventions de l'Etat et en aucun cas sur son retrait²¹⁹⁷. Cette photographie d'aspects signifiants de notre Droit donne à voir un cadre étatique adaptable.

On pourrait questionner avec d'autres auteurs ce postulat qui fait primer l'adaptation du droit, en particulier des droits des travailleurs, sur l'adaptation du travail à l'homme²¹⁹⁸. Car si la rigidité du droit est très largement critiquée au regard des contraintes qu'elle imposerait aux entreprises comme nous l'avons développé dans le précédent chapitre, il n'est que rarement relevé celle que le Droit impose aux salariés en habilitant l'employeur à les subordonner aux impératifs économiques qu'il est seul à apprécier²¹⁹⁹.

²¹⁹⁷ F. Bocquillon, *La dérogation en droit du travail*, Thèse dactylographiée, Strasbourg, 1999, n° 242, p. 133.

²¹⁹⁸ Y. Saint-Jours, « Les options économiques de la jurisprudence sociale », *D.*, 1987, Chron. XXXIII, p. 178 ; J. Porta, « Le Droit du travail en changement », *Travail et emploi*, n° 158, 2019, p. 112.

²¹⁹⁹ A. Jeammaud, *op. cit.*, p. 447.

Conclusion de titre

397. L'institution du dialogue social signifie une décentralisation de la production normative. Cette décentralisation se définit par un repositionnement de l'Etat dans la production normative vis-à-vis des destinataires de la norme. Son action se fonde alors sur l'affirmation d'un cadre réaliste, qui repose notamment sur l'association des destinataires à l'élaboration et à la mise en œuvre des normes. Mais ces évolutions ne signifient pas pour autant un repli de l'Etat. Celui-ci demeure bien présent dans la production normative. Il produit un cadre ouvert à l'adaptation. Ce cadre comprend diverses normes étatiques. Parmi elles, les dispositions d'ordre public, qui ont vocation à déterminer un minimum réglementaire ou des droits indérogeables, les dispositions supplétives, qui constituent le cadre réglementaire en l'absence d'adaptation conventionnelles, les dispositions déterminant les limites dans lesquelles il est possible de déroger, et les diverses incitations existantes. Les acteurs privés n'agissent donc que dans le cadre dans lequel ils sont habilités à le faire et dans les limites définis par l'Etat.

Nous pouvons définir la décentralisation dans son rapport à l'Etat comme s'ensuit. *La décentralisation de la production normative par l'institution du dialogue social signifie un cadre adaptable par les destinataires de la norme. Cependant que ce cadre demeure déterminé par l'Etat dans la limitation des habilitations qu'il ouvre à le faire et dans les modalités qu'il détermine. La décentralisation n'est donc pas un reflux de l'Etat, mais un repositionnement.*

Titre 2 : L'institution d'un modèle de norme décentralisée

398. Reprenant la définition de la décentralisation comme « déplacement des lieux de production de normes de l'Etat vers les acteurs privés »²²⁰⁰, nous proposons d'étudier désormais le pôle récepteur de l'habilitation à produire des normes décentralisées. Il nous paraît très à propos de parler des acteurs privés, car quoique les discours sur le dialogue social visent particulièrement l'entreprise, au bénéfice d'un usage flou de ce terme, il peut solliciter une représentation trompeuse du véritable niveau et périmètre d'énonciation des normes.

L'entreprise est un standard, un « instrument d'imputation »²²⁰¹, qui permet d'appliquer les règles de manière flexible²²⁰². Mais l'entreprise est aussi un « carrefour d'intérêts »²²⁰³ ou une « addition d'intérêts par nature contradictoires »²²⁰⁴. En cela, le flou de sa définition est propice à la controverse. Nous verrons donc que de multiples modèles concurrents tentent de l'appréhender.

La décentralisation au niveau de l'entreprise permettrait une production normative qui acte le « pragmatisme de la norme patronale »²²⁰⁵. Un auteur développe que « longtemps cantonné à l'établissement du règlement intérieur, le pouvoir normatif de l'employeur s'est densifié et diversifié à mesure que le Législateur a été sensibilisé à son utilité pour produire des normes de proximité »²²⁰⁶. Mais ce développement se fait au moyen d'une reconnaissance

²²⁰⁰ E. Peskine, « A la recherche de l'organisation en droit du travail. Penser l'entreprise et son dépassement », *RDT*, 2019, p. 24.

²²⁰¹ *Ibid.*, p. 23.

²²⁰² A. Bennini, « L'intérêt de l'entreprise, faux débats et vraies questions », in A. Lyon-Caen, Q. Urban, *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, Dalloz, 2012, p. 54.

²²⁰³ J. Paillusseau, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967, p. 109.

²²⁰⁴ B. Teyssié, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D.*, 2004, p. 1682.

²²⁰⁵ G. Loiseau, « La norme en droit du travail », in G. Loiseau, *Mélanges en l'honneur de Pierre-Yves Verkindt*, LGDJ, 2022, p. 288.

²²⁰⁶ *Ibid.*

Titre 2 : L'institution d'un modèle de norme décentralisée

par l'Etat de cette capacité sous forme d'habilitation et à condition que sa production soit réglée par les moyens institués sous l'appellation dialogue social.

L'entreprise a pu être conçue comme un ordre juridique par certains auteurs²²⁰⁷. D'autres émettent un doute sur cette qualification en ce que les normes au sein de l'entreprise ne tiendraient pas leur juridicité de la norme étatique²²⁰⁸. Cependant, qu'on la conçoive comme un ordre juridique ou comme une simple organisation, l'entreprise – ou plutôt l'organisation économique – est habilitée par l'Etat à adapter le cadre institué par ce dernier. L'institution du dialogue social, en habilitant cette organisation implique une certaine conception de ce qu'est la norme décentralisée qu'il nous faut préciser.

Cela pose en effet la question de ce à quoi doit s'adapter l'organisation économique et dans quel but. Inscrite dans un marché sur lequel elle opère selon différents signaux perçus, elle doit s'adapter aux besoins qu'ils expriment. Sa survie et sa prospérité en dépendent. En cela, il y aurait un intérêt commun à tous ses membres dans l'entreprise qui guiderait les adaptations à faire. Nous étudierons donc dans un premier chapitre le modèle de récepteur conçu par le Législateur et habilité à produire des normes adaptées et dans un second chapitre l'intérêt de cette organisation comme signifiant un modèle de norme adaptée à celui-ci.

²²⁰⁷ N. Aliprantis, « L'entreprise en tant qu'ordre juridique », in N. Aliprantis et F. Kessler, *Le Droit collectif du travail : questions fondamentales, évolutions récentes : études en hommage à Madame le Professeur Hélène Sinay*, Frankfurt am Main, 1994, p. 197 ; J.-P. Robé, « Théorie de l'entreprise, droit des sociétés et gouvernance d'entreprise soutenable », *RIDE*, 2021/2, p. 189.

²²⁰⁸ A. Jeammaud, M. Le Friant et A. Lyon-Caen, « L'ordonnement des relations de travail », *D.*, 1998, p. 360.

Chapitre 1 : Les organisations économiques réceptrices de l'habilitation

399. Différents discours désignent l'entreprise comme niveau privilégié de la décentralisation²²⁰⁹. Mais bien que ce soit le cadre visé par la décentralisation et qu'elle soit omniprésente dans les discours du et sur le Droit, elle n'est pas définie par ce dernier. Alors même qu'elle est « l'une des réalités sociales les plus centrales de la vie collective [elle] demeure orpheline de sa propre expression juridique »²²¹⁰.

Elle fait l'objet de différents superlatifs, qu'elle soit la « cellule de base de la vie économique »²²¹¹ ou une « entité vitale pour tous »²²¹². Cependant l'entreprise correspond à des conditions de développement historique. Elle ne peut se définir que dans le cadre d'une économie capitaliste²²¹³. Pour certains, elle en a « permis l'avènement »²²¹⁴, pour d'autres, elle en est « le fruit »²²¹⁵.

²²⁰⁹ Not. J. Auroux, *Les droits des travailleurs*, Rapport au Président de la République et au Premier Ministre, La documentation française, 1981, p. 4 ; A. Supiot, « Déréglémentation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1989, p. 199 ; B. Teyssié, « A propos de la négociation collective d'entreprise », *Dr. soc.*, 1990, p. 577 ; C. Gavini, « Vers un droit interne d'entreprise ? », *Sociologie du travail*, 1997, p. 152 ; J. Chérioux, *Rapport sur le projet de loi relatif à la formation professionnelle*, Sénat, n° 179, 28 janv. 2004 ; G. Adam et F. Béharel, *Sauver le dialogue social. Priorité à la négociation d'entreprise*, Rapport de l'Institut Montaigne, septembre 2015 ; J. Barthélémy et G. Cette, *Réformer le Droit du travail*, Rapport de Terra Nova, Odile Jacob, septembre 2015 ; J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier Ministre, sept. 2015 ; Etude d'impact du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 159 ; J.-B. Lemoyne, J.-M. Gabouty et M. Forissier, *Rapport dur le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs*, n° 790, 13 juil. 2016 ; L. Pietraszewski, *Rapport sur le projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Ass. nat., n° 19, 6 juil. 2017 ; S. Ranc, *Organisations sociétaires et droit du travail*, Thèse dactylographiée, Bordeaux, 2018, n° 107, p. 89 ; P. Lokiec, « Vers un nouveau droit du travail ? », *D.*, 2017, p. 2109 ; J. Porta, « Le Droit du travail en changement », *Travail et emploi*, n° 158, 2019, p. 115.

Le Professeur Jean-Claude Javillier ajoutait que parmi les entreprises, c'est « la grande, surtout » qui est visée (J.-C. Javillier, « Le patronat et les transformations du droit du travail », in *Les transformations du droit du travail : études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 205).

²²¹⁰ J. Le Goff, « Entreprise et institution : retour sur un débat crucial », in J.-P. Le Crom, *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, PUR, 2004, p. 83.

²²¹¹ N. Aliprantis, « L'entreprise en tant qu'ordre juridique », in N. Aliprantis et F. Kessler, *Le Droit collectif du travail : questions fondamentales, évolutions récentes : études en hommage à Madame le Professeur Hélène Sinay*, Frankfurt am Main, 1994, p. 185.

²²¹² B. Teyssié, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D.*, 2004, p. 1681.

²²¹³ A. Jeammaud, T. Kirat et M.-C. Villeval, « Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation : au croisement de l'économie et du droit », *RIDE*, 1996, p. 111.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

Assise sur le « droit inviolable et sacré »²²¹⁶ de propriété, la liberté d'entreprendre, et partant la libre entreprise, sont constitutionnellement protégées²²¹⁷. La proclamation de ces droits a non seulement légitimé, mais aussi légalisé, un nouveau mode de production en remplaçant l'économie corporatiste par l'économie de marché. Un auteur écrit que « par le jeu combiné de la propriété et de la liberté contractuelle, l'entrepreneur est maître chez lui ; maître de sa fabrication, de ses prix, du salaire de son personnel »²²¹⁸. Il s'agit de la protéger contre les « prétendus intérêts communs »²²¹⁹ et contre toute personne qui voudrait « inspirer aux citoyens un intérêt intermédiaire »²²²⁰ entre l'intérêt général protégé par l'Etat et celui de chaque individu usant de ses libertés et droits fondamentaux.

400. Mais cette entreprise reste un « ensemble flou »²²²¹ aux frontières incertaines inscrit dans une organisation qui met en lumière la difficulté à la définir. L'entreprise n'est du reste pas un seul niveau organisationnel, mais en comprend plusieurs²²²². Elle peut aussi s'inscrire dans une organisation plus vaste. C'est pourquoi notre raisonnement se divisera en deux temps, qui constitueront deux sections distinctes. Dans un premier temps, nous analyserons l'entreprise en ce qu'elle est le niveau privilégié pour l'élaboration de la production normative décentralisée puis les niveaux qui l'entourent, dans lesquels la production normative peut se rapprocher de la direction ou de la production économique.

²²¹⁴ J. Paillusseau, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967, p. 1.

²²¹⁵ B. Laplane et Q. Urban, « Les juges et la décision de gestion : un sujet à controverses fécondes », in A. Lyon-Caen et Q. Urban, *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, p. 13.

²²¹⁶ Art. 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

²²¹⁷ Cons. Const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC.

²²¹⁸ M. Despax, *L'entreprise et le Droit*, LGDJ, 1956, n° 178, p. 196.

²²¹⁹ Art. 2 du décret 2 mars 1791, dit décret d'Allarde.

²²²⁰ Rapport Le Chapelier, 14 juin 1791.

²²²¹ G. Lyon-Caen, « Que sait-on de plus sur l'entreprise ? », in *Etudes et mélanges dédiés au président Michel Despax*, PUSS, 2002, p. 37.

²²²² A. Supiot, *op. cit.*, p. 199.

Section 1 : L'entreprise comme cadre privilégié du dialogue social

401. L'entreprise est un produit de la société moderne qui évolue avec le mouvement général de l'économie, ce que les juristes tentent de saisir à travers des modèles. Michel Despax dans sa thèse relève que « la notion d'entreprise est tout d'abord une notion dont le principe même est contesté »²²²³. Il se réfère alors aux auteurs qui considèrent que la société et le contrat sont des institutions suffisantes pour régler les rapports liés à l'entreprise et qu'il n'y en conséquence pas de nécessité à instituer une autre catégorie. Il se réfère ensuite à Gérard Lyon-Caen qui dans son *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale* de 1955 écrivait qu'« il y a sans aucun doute dans la notion d'entreprise une mystification inconsciente ou consciente, mystification qui tend à atténuer l'acuité des luttes sociales et à faire oublier aux ouvriers leurs véritables intérêts »²²²⁴. Les différentes branches du droit la définissent selon leurs objectifs. Le Droit du travail lui-même peut saisir l'entreprise différemment selon l'obligation imputée à l'employeur, impliquant un contenu variable car fonctionnel²²²⁵.

Suivant la proposition d'une auteure²²²⁶, nous présenterons tout d'abord une *photographie* du contexte économique afin d'identifier les problèmes posés pour l'organisation des relations collectives de travail et analyser les réponses apportées par le Droit positif au moyen des réformes du dialogue social.

²²²³ M. Despax, *op. cit.*, n° 2, p. 2.

²²²⁴ G. Lyon-Caen, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, LGDJ, 1955, n° 291, p. 223.

²²²⁵ C. Hannoun, « La réalité juridique de l'entreprise. Réflexions sur la perception par le Droit de la réalité matérielle de l'entreprise », *Entreprises et histoire*, 2009/4, n° 57, p. 184.

²²²⁶ I. Vacarie, *L'employeur*, Sirey, 1979, n° 2, p. 2.

Paragraphe 1 : L'influence économique des conceptions juridiques

402. Le concept d'entreprise en Droit n'est pas étranger aux conceptions économiques, ce qui amène Michel Despax à démarrer son analyse de ce point de vue²²²⁷. L'entreprise serait une réalité, l'une de ces réalités à laquelle Rouast exhorte les juristes à prendre conscience²²²⁸. Si les modèles théoriques proposés par l'économie permettent d'appréhender son fonctionnement, il faut cependant questionner leur capacité à décrire une réalité. Ces modèles sont influencés par des postulats idéologiques. Nous avons déjà vu la dimension axiologique du modèle néoclassique par exemple qui se construit en réaction à d'autres modèles. Certains auteurs affirment même qu'il n'existe pas de réalité économique extérieure aux modèles théoriques²²²⁹.

Nous avons développé en introduction l'apparition concomitante de l'Etat moderne et de l'entreprise. L'Etat reconnaît et garantit les droits de cette dernière. Il organise la constitution et l'activité de l'entreprise-organisation. Il protège la liberté de l'entreprise-activité, et incidemment de l'entrepreneur²²³⁰. Il définit un ordre public qui permet d'organiser les rapports économiques et sociaux. C'est le rôle de l'ordre public économique qui « renvoie à ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement des marchés »²²³¹. Cela nous amène donc à devoir envisager un autre régulateur que l'Etat à la constitution et à l'activité des entreprises.

403. L'entreprise est donc aussi confrontée au marché, qui participe à sa régulation, concurrente, mais peut-être complémentaire, de celle de l'Etat. Or le marché a une « assise spatiale [qui] correspond de moins en moins à l'assise spatiale des institutions politiques et

²²²⁷ M. Despax, *op. cit.*, n° 6, p. 6.

²²²⁸ André Rouast, *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le Droit des obligations*, LGDJ, 1909, n° 172, p. 411.

²²²⁹ O. Favereau, « Le Droit du travail face au capitalisme : d'une normativité ambiguë à la normativité de l'ambiguïté », in A. Jeammaud, *Le Droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, 2005, p. 39.

²²³⁰ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 3^e éd., 2015, p. 180.

²²³¹ M.-A. Frison-Roche, « Les différentes natures de l'ordre public économique », *APD*, LVIII, 2015, p. 114.

sociales »²²³² permettant sa réglementation. Cela pose donc un problème pour la régulation des rapports économiques et sociaux de manière générale.

Une auteure relève que le marché est souvent pensé comme un donné, par conséquent on ne peut composer avec, il serait donc indisponible²²³³. Elle développe que l'« on pose volontiers en préalable que le marché libéral – sur lequel s'échangent librement les biens et les services grâce à la pression concurrentielle duquel s'ajustent l'offre et la demande pour l'établissement du prix de marché, lequel, compte tenu des coûts de production, tend toujours à rejoindre le prix naturel des objets de marché – est un fait, de ces faits dont on ne dispose pas »²²³⁴. Le marché est en quelque sorte naturalisé. Il n'a pas d'histoire ; parce qu'il n'a pas de début, il n'a pas de fin. Mais l'auteure soutient que l'on peut dater son apparition au XVIII^e siècle²²³⁵. Il est une organisation dont la finalité est l'accroissement est « l'accroissement de la somme globale des richesses »²²³⁶.

404. Etat et marché se sont développés concomitamment. L'un créant les institutions permettant le fonctionnement de l'autre. Le Droit acte et rend possible, en l'organisant, un rapport social. Une auteure développe ainsi que « la concurrence est une construction juridique alors que la compétition est un mouvement naturel, les marchés ne se construisent pas sans le Droit. En effet, dès l'instant que l'on dépasse le stade de l'économie matérielle, il n'y a de marché que s'il y a des droits de propriété, des contrats et un tiers pour régler les conflits »²²³⁷. C'est lui qui fournit « les règles et les institutions qui permettront sa pérennité »²²³⁸. Il est organisé par le Droit de la consommation et de la concurrence, ainsi que celui des obligations.

²²³² A. Lyon-Caen, « Droit du travail et libéralisation des échanges : regards sur leur liaison » cité par A. Jeammaud, « Le Droit du travail dans le capitalisme, question de fonction et de fonctionnement », in A. Jeammaud, *Le Droit du travail confronté à l'économie*, op. cit., p. 15.

²²³³ M.-A. Frison-Roche, « Le modèle du marché », *APD*, XL, 1995, p. 287.

²²³⁴ *Loc. cit.*

²²³⁵ *Ibid.*, p. 288.

²²³⁶ *Ibid.*, p. 289.

²²³⁷ M.-A. Frison-Roche, « *Les différentes natures de l'ordre public économique* », op. cit., p. 110.

²²³⁸ M.-A. Frison-Roche, « Le modèle du marché », op. cit., p. 299.

Au marché correspond un modèle, une idéologie, qui « se diffuse et absorbe tout »²²³⁹. Elle peut même atteindre la définition de l'intérêt général en ce que la société moderne est une société marchande dans laquelle les liens sociaux et le développement économique reposent sur le marché. Le marché, en particulier celui des biens et des services, aurait la capacité d'absorber les autres marchés, notamment le marché du travail et le marché financier, en créant des marchés concurrentiels dans ces domaines²²⁴⁰. Mais son modèle viserait aussi à absorber le Droit. L'un et l'autre produisent des normes qui visent à régler les rapports sociaux. Mais le marché concurrentiel, à travers le Droit de la concurrence – issu de l'économie plus que du droit – aurait un caractère impérialiste vis-à-vis des autres branches du droit auxquelles il imprimerait sa logique²²⁴¹. Cela s'illustrerait dans le contrat qui, sur les marchés, n'a vocation qu'à lier deux personnes particulières et à ne pas se prolonger dans le temps²²⁴².

On retrouve donc le même rapport qu'entre l'Etat et l'entreprise qui seraient, selon un auteur, dans une « situation de dépendance réciproque »²²⁴³. Tandis que la seconde est le cadre dans lequel se réalise l'emploi et fournirait des recettes fiscales au premier, celui-ci fournit le cadre juridique, protège les droits et investit des fonds publics dans la seconde.

A. La concentration économique et le développement des groupes

405. Sous l'effet de l'évolution des rapports de production et de la structuration du capital, les unités de production sont aujourd'hui éclatées, de même que les statuts des travailleurs subordonnés se sont diversifiés. Si la « perception »²²⁴⁴ commune donne l'image d'une grande diversité de collectivités et donc d'intérêts différents d'une entreprise à l'autre, cela ne résiste

²²³⁹ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, n° 30, p. 25.

²²⁴⁰ M.-A. Frison-Roche, *op. cit.*, p. 292.

²²⁴¹ *Ibid.*, p. 301.

²²⁴² *Ibid.*, p. 304.

²²⁴³ G. Duchange, *Le concept d'entreprise en Droit du travail*, LexisNexis, 2014, n° 2, p. 1.

²²⁴⁴ Y. Pagnerre, « L'intérêt de l'entreprise en droit du travail », in B. Teyssié, *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, 2011, p. 74.

pas à un examen plus poussé des organisations économiques, notamment avec l'appui d'outils statistiques. Les petites et moyennes entreprises, qui sont particulièrement visées par les réformes, emploient 3,9 millions de salariés en 2020 d'après le Ministère de l'économie²²⁴⁵. Ce décompte fondé sur la déclaration d'unités légales masque également l'appartenance de ces entreprises à des groupes, qui est « prépondérante, même pour les petites unités »²²⁴⁶.

Il faut également prendre la mesure du nombre de *holdings*, c'est-à-dire des entités où se prennent les décisions qu'auront à mettre en œuvre les sociétés du groupe, mais qui n'emploient pas elles-mêmes systématiquement de salariés, ou alors pour des fonctions supports. Ainsi quatre groupes sur dix sont ainsi constitués de deux unités, l'une employeuse l'autre non, c'est-à-dire qu'elles comptent des *holdings*. Dans les entreprises entre vingt et trente salariés, on compte en moyenne trois unités, dont deux employeuses. On voit bien ici un éclatement artificiel des unités de production alors même qu'il s'agit d'une entité plus importante dans laquelle le dialogue ne se fait qu'avec, ce que l'on pourrait qualifier d'agents en lieu et place des décideurs. C'est ce que révèle l'enquête sur les liaisons financières (LIFI²²⁴⁷) et la recherche d'un meilleur profilage des organisations économiques par l'INSEE²²⁴⁸. Or, ces travaux ont révélé une économie « plus concentrée qu'il n'y paraît »²²⁴⁹. À partir de vingt salariés, la majorité des unités légales appartiennent à des groupes. En 2018, les 93.300 groupes recensés employaient soixante-six pourcents des salariés²²⁵⁰. C'est un moyen aussi pour les organisations économiques de réduire les risques de leur activité en séparant le capital en autant de sociétés détentrices de leur propre patrimoine et en confiant la propriété immobilière à une société civile immobilière, de cloisonner certains actifs dans une

²²⁴⁵ <https://www.economie.gouv.fr/cedef/chiffres-cles-des-pme>, consulté le 23 sept. 2023.

²²⁴⁶ J. Deroyon, *Les PME organisées en groupe : un phénomène important dès les unités de petite taille*, Insee Références Entreprises, édition 2016, p. 49.

²²⁴⁷ L'enquête LIFI, d'après le site de l'Insee, « vise à identifier les groupes de sociétés opérant en France et à déterminer leur contour. Elle est la pièce maîtresse d'un dispositif consacré à la connaissance statistique des groupes d'entreprises. Les liaisons de détention de capital entre sociétés sont recensées au 31 décembre pour reconstituer les groupes de sociétés et établir des statistiques sur ces groupes et les entreprises qui les composent ».

<https://www.insee.fr/fr/metadonnees/source/serie/s1249>, 27 sept. 2021.

²²⁴⁸ O. Haag, « Le profilage à l'Insee – Une identification plus pertinente des acteurs économiques », in *Courrier des statistiques*, Insee, 2019, p. 87.

²²⁴⁹ J.-M. Béguin, V. Hecquet et J. Lemasson, *Un tissu économique beaucoup plus concentré qu'il ne semblait – Nouvelle définition et nouvelles catégories d'entreprise*, Insee Première, 2012.

²²⁵⁰ G. Sklénard, *Entre 2016 et 2018, les entreprises organisées en groupe, moteur de l'activité en France*, Insee Références, 2020, p. 11.

société à responsabilité limitée pour les activités les plus risquées ou d'appeler du capital pour les activités qui demandent des investissements par le recours à une société par actions²²⁵¹.

406. Cette concentration s'appuie, s'organise, au moyen de la technique juridique qui les régule²²⁵². C'est en particulier la technique sociétaire qui le permet²²⁵³. Elle est permise par l'institution des sociétés anonymes en 1867 à une époque où la nécessité d'accumulation de capitaux nécessaire au développement industriel imposait le groupement de personnes²²⁵⁴. La société anonyme était alors une réponse à ce besoin d'accroissement du capital. Le philosophe Louis Rougier²²⁵⁵ voit notamment dans la réforme des contrats et des sociétés anonymes un moyen de concentration du capital. Il observe que la société anonyme a permis de démocratiser le capital, mais ce faisant d'en faciliter la concentration en appelant la petite épargne.

Il en émet une critique car elle a aussi permis la création de *trusts* et d'ententes, ce qui favorise l'émergence de *holdings* qui peuvent de ce fait influencer sur les prix en abusant de leur influence, voire créer des situations de monopole qui annihileraient la concurrence sur le

²²⁵¹ Sur les montages possibles, v. B. Dondero, « Entreprise et personnalité morale : l'approche du droit des sociétés », *Dr. ouv.*, 2013, p. 153.

²²⁵² G. Lyon-Caen, « La concentration du capital et le Droit du travail », *Dr. soc.*, 1983, p. 301.

²²⁵³ J. Paillusseau, *op. cit.*, spéc. pp. 6 et 112 et s.

²²⁵⁴ J. Paillusseau, *op. cit.*, 1967, p. 15.

²²⁵⁵ Louis Rougier est un philosophe français. Il est considéré comme le « père » (S. Audier, « « Néolibéralisme » et démocratie dans les années 1930 : Louis Rougier et Louis Marlio », *Revue de philosophie économique*, 2016/1, Vol. 17, p. 61) ou le « prophète » (F. Denord, « Le prophète du néo-libéralisme français », *Philosophia scientiae*, 2007, p. 12) du néolibéralisme (v. également F. Denord, « Aux origines du néo-libéralisme en France. Louis Rougier et le colloque Walter Lippmann de 1938 », *Le Mouvement social*, 2001, p. 9). Après la crise de 1929, les théories libérales classiques sont discréditées et l'idée de planisme ou de dirigisme économique progresse avec les Etats collectivistes, mais aussi dans les Etats libéraux et autoritaires. Louis Rougier en prend la mesure, comme l'ensemble des auteurs qui impulsent le courant néolibéral, et entend réhabiliter le libéralisme en corrigeant ses erreurs théoriques passées, en particulier l'idée d'abstentionnisme de l'Etat. Pour la plupart des auteurs de ce courant, cette abstention permettrait la constitution de monopoles et conduirait donc la libre concurrence à se détruire elle-même par l'effet de la concentration du capital pour éliminer les concurrents. Il est donc un important théoricien mais il joue aussi un rôle central dans la constitution du courant néolibéral et dans la diffusion de ses idées. C'est Louis Rougier qui impulse le « colloque Lippmann » en août 1938 et qui a permis de réunir les principaux penseurs du néolibéralisme malgré des approches et des théories parfois très différentes. Ce colloque donnera lieu ensuite à la création du Centre International d'Etudes pour la Rénovation du Libéralisme (C.I.R.L.). Ce dernier réunira notamment le juriste Joseph Barthélémy ou encore René Belin, membre du bureau confédéral de la CGT et proche de Léon Jouhaux, qui seront tous les deux nommés Ministres dans le Gouvernement de Vichy, respectivement Ministre de la justice et Ministre du travail. Louis Rougier dit avoir été lui-même missionné par Philippe Pétain pour établir un contact avec Londres. Son attitude pendant la guerre fait l'objet d'une controverse. Après la Libération il demeure critique du Général de Gaulle et de ses gouvernements, notamment à raison de leur politique planiste, et soutien de Pétain, pour lequel il participera à la création de l'Association pour la défense de la mémoire du maréchal Pétain, ce qui conduira à l'éloigner des Universités françaises durant une dizaine d'années.

marché²²⁵⁶. Or l'Etat dans la conception de Rougier doit empêcher cela pour garantir le libre marché.

La concentration est encore permise par la structuration et par la filialisation qui conduit, selon Michel Despax, au « divorce le plus éclatant entre les formes juridiques et leur substance économique »²²⁵⁷. Il développe que « l'écran juridique que l'on a voulu interposer entre la société mère et sa filiale ne suffit plus à dissimuler que, par leurs activités complémentaires, ces deux sociétés ne forment qu'un ensemble économique »²²⁵⁸. Ce phénomène est renforcé par la possibilité de détention de parts sociales par d'autres sociétés au moyen de la technique de la personne morale et de leur droit de propriété.

407. Ces évolutions se font aussi sous l'influence de Droits plus sensibles à la concentration économique. La première influence juridique viendrait du *BGB*²²⁵⁹, qui a un siècle de moins que notre Code civil et est établi dans un pays où la concentration économique est plus précoce²²⁶⁰. Cette influence a notamment été permise par l'entremise du patronat lorrain et les conditions particulières de l'Alsace et de la Moselle où Droit français et Droit allemand ont eu à se succéder et s'entremêler au cours des siècles derniers. C'est en particulier sous son impulsion que les députés Flandin, De Wendel et Ybarnegaray proposent l'introduction de dispositions du droit allemand en France²²⁶¹. Cette influence se fait aussi par des relais doctrinaux et notamment par les travaux de Paul Durand²²⁶². Sur différents aspects du droit, des auteurs relèvent ainsi l'influence du droit allemand. Dans sa thèse relative aux contrats collectifs, André Rouast écrit que les « codes allemands » sont fondés sur un point de vue « qui crée cette atmosphère hostile à la libre expansion de la volonté individuelle »²²⁶³. Là où les conceptions juridiques du droit français sont instituées avec le code civil en 1804, inscrit dans un contexte idéologique libéral qui s'exprime en droit par le primat donné au

²²⁵⁶ L. Rougier, *Les mystiques économiques*, Librairie de Médicis, 1938, p. 80.

²²⁵⁷ M. Despax, *op. cit.*, n° 116, p. 107.

²²⁵⁸ M. Despax, *op. cit.*, n° 116, p. 107.

²²⁵⁹ Le *Bürgerliches Gesetzbuch*, abrégé *BGB*, est la compilation allemande des lois civiles.

²²⁶⁰ F. Gaudu, « Entre concentration économique et externalisation : les nouvelles frontières de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2001, p. 471.

²²⁶¹ Proposition de loi n° 2133, JO ch. dép., 1925, III, p. 237.

²²⁶² A. Supiot, *op. cit.*, p. 21.

²²⁶³ André Rouast, *op. cit.*, n° 2, p. 5.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

consensualisme et d'une économie manufacturière, le *BGB* est lui écrit plus tardivement, promulgué en 1896, dans une économie plus concentrée, plus mécanisée et un contexte idéologique différent.

Cette détermination économique dans la conception de l'entreprise se retrouve encore de façon plus récente dans la directive 77/187/CEE du 14 février 1977, relative aux transferts des contrats de travail en cas de changement dans la personnalité juridique de l'employeur, qui intervient dans le cadre de la constitution du marché unique. Le Droit de l'Union fonde sa conception sur une approche économique dans les traités CECA et CEE en la définissant par rapport à une direction économique et un objectif économique²²⁶⁴. La règle correspondante en droit interne est actuellement signifiée à l'article L. 1224-1 du Code du travail.

408. La forme juridique caractéristique de la concentration est le groupe. Le groupe a permis d'aller au-delà de la figure de l'employeur et de l'entreprise. En prenant en compte les relations entre les différentes sociétés du groupe, il est imposé en cas de licenciement pour motif économique de chercher à reclasser le salarié dans le secteur d'activité du groupe, c'est-à-dire au-delà de la personne morale qui l'emploie vraiment. C'est la reconnaissance de liens entre ces sociétés et d'une responsabilité extérieure à l'entreprise qui permet d'encadrer juridiquement ces rapports et d'y poser de telles obligations. Alors même que le capital se concentre, le nombre de sociétés se multiplie et avec eux le nombre d'employeurs juridiques et de collectivités de travail, éloignant encore plus les centres de décision des lieux de production²²⁶⁵.

B. La financiarisation de l'économie et la constitution de réseaux

409. L'économie a ensuite évolué vers la financiarisation. La financiarisation peut se caractériser par l'impact de la sphère financière sur le comportement des entreprises²²⁶⁶. Cet

²²⁶⁴ Art. 81 CEE.

²²⁶⁵ J. Magaud, « L'éclatement juridique de la collectivité de travail », *Dr. soc.*, 1975, p. 525.

²²⁶⁶ Y. Guy et R. Du Tertre, « Les traits stylisés des grandes entreprises cotées en France à l'ère du capitalisme financier », *revue de l'IREES*, 2009/3, pp. 7-8.

impact se traduit par la recherche d'une plus grande rentabilité financière au détriment de la rentabilité économique²²⁶⁷. Un article des économistes Renaud du Tertre et Yann Guy nous permet d'explicitier ce phénomène²²⁶⁸.

La performance financière se mesure par un indicateur nommé REO, ou *Return on equity* qui signifie la rentabilité des capitaux propres. Or ces capitaux propres sont ceux qui appartiennent aux seuls actionnaires. Le REO est le rapport entre le résultat net de l'entreprise et les fonds propres. La performance économique se mesure quant à elle avec le ROCE, c'est-à-dire le *Return on capital employed* ou rentabilité des capitaux investis, et qui correspond au rapport entre le profit total ou brut de l'entreprise et le capital total engagé, et non les seuls fonds propres. Or, le premier dépasse le second lorsque le taux d'intérêt moyen auquel l'entreprise a contracté est inférieur à la rentabilité économique, et le sera d'autant plus que le taux d'endettement sera lui-même élevé. Les entreprises sont dès lors incitées à s'endetter, l'endettement étant, selon ces auteurs, la « variable d'ajustement au service des actionnaires »²²⁶⁹. Cet indicateur informe en effet du bénéfice potentiel pour un actionnaire ou un investisseur. Pour résumer simplement l'objectif de ces deux indicateurs, le premier mesure la capacité de l'entreprise à produire de la valeur, tandis que le second sert à mesurer la capacité de l'entreprise à verser une rémunération financière.

410. En termes organisationnels, l'organisation des entreprises ne tend plus vers l'intégration dans de grands ensembles de toutes les activités, ce qui correspond à la concentration décrite précédemment. Elle tend plutôt vers l'externalisation et la fragmentation des activités et des collectifs qui les réalisent²²⁷⁰. On passerait du modèle d'*entreprise intégrée* à celui d'*entreprise distribuée*²²⁷¹, c'est-à-dire qu'au lieu d'intégrer ou de développer une activité nécessaire à la production on va la distribuer ou l'externaliser. Un auteur définit

²²⁶⁷ M.-A. Frison-Roche, *op. cit.*, p. 294.

²²⁶⁸ Pour plus de détails, nous renvoyons aux explications de l'article lui-même, Y. Guy et R. Du Tertre, *op. cit.*, spéc. p. 11 et s.

²²⁶⁹ Y. Guy et R. Du Tertre, *op. cit.*, p. 32.

²²⁷⁰ M. Brodersen et E. Martinez, « De l'entreprise-réseau à l'économie de plateforme, les impasses des négociations », *La NRT*, 21/2022, p. 5.

²²⁷¹ F. Mariotti, « Entreprise et gouvernement : à l'épreuve des réseaux », *Revue française de sociologie*, 2004, vol. 45, p. 711.

l'entreprise distribuée comme « un ensemble équipé et organisé d'entreprises *indépendantes* [nous soulignons] concourant à la production d'un même produit et/ou service »²²⁷².

Cela n'est pas sans impact sur le Droit et sur l'entreprise puisque son activité sera tournée vers ce qui « favorise une meilleure valorisation à court terme »²²⁷³. En effet la financiarisation correspond à une rationalité financière, c'est-à-dire orientée vers la rentabilité des capitaux, plus qu'économique à proprement parler, qui est quant à elle orientée vers l'efficacité productive, et donne donc plus de poids aux apporteurs en capitaux. Cette rentabilité est attendue du gestionnaire, ou chef d'entreprise, comme du salarié. En témoigne de nouvelles formes de *management* par objectif²²⁷⁴. La financiarisation signifie ainsi l'intégration de normes émises par les marchés financiers par les dirigeants et les salariés eux-mêmes. Cette rationalité se diffuserait jusque dans les filiales ou les sous-traitants, tenus de répondre aux mêmes exigences de rentabilité afin d'assurer la rentabilité de toute l'organisation économique et sa compétitivité sur le marché visé.

411. La rationalité financière passe par une organisation qui resserre les niveaux hiérarchiques inscrits dans un mouvement de concentration du capital qui redécoupe l'entreprise en resserrant l'activité des entreprises sur leurs « cœurs de métier ». Ce recentrement permet d'évaluer leur capacité productive en fonction de chaque secteur d'activité, ce qui a pour conséquence de redessiner les périmètres de l'organisation productive. Là où l'on avait une société, on pourra avoir une holding pour les fonctions support, une filiale pour chaque activité différente et le recours à l'externalisation de fonctions accessoires ou résiduelles²²⁷⁵. Ces entreprises demeurent « d'une taille considérable, rassemblant plusieurs dizaines de milliers de salariés »²²⁷⁶ correspondant aussi au modèle développé précédemment. Les différents choix d'organisation ou de combinaison se font de manière pragmatique ou stratégique.

²²⁷² *Ibid.*, p. 712.

²²⁷³ C. Hannoun, « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le Droit du travail », *RDT*, 2008, p. 288.

²²⁷⁴ P. Bernoux et Y.-F. Livian, « L'entreprise est-elle toujours une institution », *Sociologie du travail*, vol. 41, 1999, p. 186 ; C. Hannoun, « Gouvernance des entreprises et direction des salariés », *SSL*, n° 1508, 10 oct. 2011.

²²⁷⁵ F. Mariotti, *op. cit.*, p. 714.

²²⁷⁶ *Ibid.* p. 726.

L'externalisation représente un atout en termes de flexibilité pour la gestion des compétences et de la masse salariale. Tandis que l'entreprise se concentre sur son activité centrale, les activités complémentaires sont quant à elles confiées à d'autres entreprises sous différents rapports juridiques. L'externalisation permet ainsi de « contrôler une main-d'œuvre sans engagement à long terme »²²⁷⁷. Ce qui a pu être qualifié de stratégie d'évitement de la relation d'emploi et qui s'observe en particulier à l'approche du seuil de cinquante salariés²²⁷⁸. C'est pourquoi elle s'est particulièrement développée dans les secteurs concurrentiels²²⁷⁹.

412. Ce mouvement est matériellement facilité par la dématérialisation de l'entreprise et le développement du numérique, mais aussi par la technique juridique. Un auteur identifie la personnalité morale comme une technique de dématérialisation juridique, « laquelle permet de transformer par voie de « titrisation »²²⁸⁰ les droits réels sur les actifs productifs en droits de créance contre un être abstrait substitué aux personnes originaires propriétaires des biens apportés »²²⁸¹. En d'autres termes, la personne morale masque l'associé qui prend les décisions stratégiques et le chef d'entreprise personne physique qui exerce le pouvoir de direction qui a donc la « faculté d'organiser, de contrôler et de commander la prestation de travail »²²⁸². Derrière la fiction juridique de la personne morale se cache une personne

²²⁷⁷ C. Perraudin, N. Thèvenot et J. Valentin, « Sous-traitance et évitement de la relation d'emploi : les comportements de substitution des entreprises industrielles en France entre 1984 et 2003 », *Revue internationale du Travail*, vol. 152, p. 583.

²²⁷⁸ *Ibid.*, p. 590.

²²⁷⁹ T. Aubert-Monpeyssen, « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », *Dr. soc.*, 1997, p. 618.

²²⁸⁰ La titrisation peut être définie comme le « nom donné dans la pratique financière à la transformation, en titres négociables, de créances (de prêts) détenues par un établissement de crédit (ou la Caisse des dépôts et consignations), opération réalisée par la cession de ces créances à un fonds commun, créé *ad hoc* pour les acquérir, moyennant l'émission de parts représentatives (de créances) lesquelles sont offertes aux investisseurs sur le marché financier comme valeurs mobilières » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., 2016, p. 1029).

²²⁸¹ C. Hannoun, « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le Droit du travail », *op. cit.*, p. 288.

On trouvera une formule similaire dans l'article du même auteur intitulé « l'émergence de l'entreprise-marchandise », *infra*. L'auteur décrit la dissociation de la valeur d'usage de l'outil de production de sa réalité physique, de la chose du signe ou du titre qui la représente (C. Hannoun, « L'émergence de l'entreprise-marchandise », *RDT*, 2010, p. 22), facilitant de fait la liquidité des titres. L'entreprise est alors chargée de la gestion des outils et de la relation de travail. Cette dissociation se réalise complètement avec ce que l'auteur appelle l'entreprise-marchandise qui permet de « faire commerce des seules valeurs attachées aux moyens de production qui la composent » (C. Hannoun, *op. cit.*, p. 22). La liquidité des titres est un enjeu dans la dématérialisation de l'entreprise et dans la recherche de possibles interlocuteurs. Cette liquidité permet la réalisation de la valeur, elle-même arbitrée par les marchés (D. Schmidt, « Rapport de synthèse », *Cah. Dr. Entr.*, 1996-4, p. 25).

²²⁸² G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 36^e éd., 2023, n° 665, p. 896.

physique ou un groupe de personnes physiques qui entreprend dans un intérêt qui lui est propre, l'accumulation de capital. La personnalité morale permet de détacher l'entreprise du chef d'entreprise pour n'en faire « qu'un simple objet que l'on jette sur le marché »²²⁸³.

Elle est aussi un outil plus aisé à modeler, elle facilite l'évolution de la structure juridique, par des opérations de scission, fusion ou absorption, ses contours changent et s'adaptent à des mouvements qui sont la traduction de la concentration du capital²²⁸⁴. Le fractionnement de l'entreprise et le changement permanent propre à la financiarisation sont du reste, favorisés par la normalisation comptable²²⁸⁵. La comptabilité est en effet un instrument de communication permettant l'évaluation et la comparaison sur la base de critères financiers propres à mettre en évidence leur rentabilité. Elle est un élément d'information sur la sécurité des prêts et investissements pour les actionnaires, les prêteurs, etc.²²⁸⁶.

413. Dans ce système, le contrat et le marché sont des outils de régulation, voire de contrôle. L'externalisation d'une activité suppose en effet sa présence sur le marché mais aussi une « pression concurrentielle »²²⁸⁷. Paradoxalement, ou dialectiquement, cela rend l'entreprise dépendante des autres entreprises et de leurs compétences. L'entreprise resserrée sur son cœur de métier occupe aussi un rôle d'organisation et de coordination dans son secteur d'activité en ce qu'elle vise à la production d'un bien ou d'un service final qui nécessite tout ce réseau²²⁸⁸.

Ce phénomène s'accroît avec l'émergence des fonds d'investissements. L'ingénierie financière a ainsi eu besoin d'une ingénierie juridique capable de sécuriser ces montages²²⁸⁹. Ce qui permet aux acteurs financiers de se substituer aux banques dans les modes de financement des entreprises, à condition de se valoriser comme marchandises. C'est ainsi que

²²⁸³ F. Gaudu, « Entre concentration économique et externalisation : les nouvelles frontières de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2001, p. 471.

²²⁸⁴ G. Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 301.

²²⁸⁵ S. Jubé, *Droit social et normalisation comptable*, LGDJ, 2011, n° 265, p. 193.

²²⁸⁶ J. Mistral, *Rendre compte fidèlement de la réalité de l'entreprise. Remarques sur la réforme comptable et la qualité de l'information financière*, in *Les normes comptables et le monde post-Enron*, Rapport du CAE, La Documentation française, 2003, p. 9.

²²⁸⁷ F. Mariotti, *op. cit.*, p. 715.

²²⁸⁸ *Ibid.*, p. 728.

²²⁸⁹ C. Hannoun, « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le Droit du travail », *op. cit.*, p. 288.

la figure des « actionnaires (...) qui se désintéressent de la gestion »²²⁹⁰ a laissé place à celles « d'investisseurs institutionnels (qui) n'hésitent pas à peser sur les décisions sociales »²²⁹¹. Ces investisseurs qui peuvent être des fonds de pension, des organismes d'assurance, des intermédiaires financiers ou des fonds d'investissement exigent une rentabilité immédiate. Ce qui aurait pour effet de renverser le rapport de force entre dirigeants et actionnaires, et *a fortiori* de le rendre encore moins favorable aux salariés²²⁹².

Cette dissociation entre pouvoir de direction et pouvoir économique trouve des bases solides dans la financiarisation de l'économie, avec un pouvoir économique qui s'exerce en dehors de la relation contractuelle qui fonde le pouvoir de direction. L'employeur, cocontractant du salarié, n'a pas nécessairement la maîtrise des choix stratégiques de l'entreprise²²⁹³. Il n'est, selon la formule de Milton Friedman, que « l'agent des individus qui possèdent l'entreprise »²²⁹⁴. Mais parmi ces individus, l'un a une primauté dans l'exercice du pouvoir, c'est le président du Conseil d'administration qui est un organe unique et permanent qui convoque et fixe l'ordre du jour de l'organe intermittent et collégial qu'est le conseil d'administration²²⁹⁵ et dispose « des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société »²²⁹⁶.

414. Cette conception est celle de la théorie de l'agence. Elle repose historiquement sur la séparation entre direction de l'entreprise et propriété du capital en particulier du fait de

²²⁹⁰ C. Hannoun, « L'émergence de l'entreprise-marchandise », *op. cit.*, p. 22.

²²⁹¹ *Ibid.*, p. 22.

²²⁹² J. Paillusseau, « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », *D.*, 1999, p. 158 ; Sur l'impact de la financiarisation et l'exigence de rentabilité à court terme, v. également P. Bernoux et Y.-F. Livian, *op. cit.*, p. 186 ; C. Hannoun, « Gouvernance des entreprises et direction des salariés », *op. cit.*

²²⁹³ A. Rebérioux, « Les marchés financiers et la participation des salariés aux décisions », *Trav. et emplois*, n° 93, janv. 2003, spéc., p. 26.

²²⁹⁴ M. Friedman, « La responsabilité sociale de l'entreprise est d'accroître ses profits », *Times Magazine*, 13 septembre 1970.

L'auteur développe que « dans un système de libre entreprise et propriété privée, un dirigeant d'entreprise est l'employé des propriétaires de l'entreprise. Il est directement responsable devant ses employeurs. Cette responsabilité est de mener l'entreprise en accord avec leurs désirs, qui en général doivent être de gagner autant d'argent que possible tout en se conformant aux règles de base de la société, à la fois celles représentées par la loi et celles représentées par la coutume éthique ».

²²⁹⁵ Y. Reinhard, « Corporate governance (Note de présentation juridique) », in *L'entreprise comme institution, séminaire interdisciplinaire*, MRASH, 1996, p. 3.

²²⁹⁶ Art. L. 227-6 du Code de commerce.

l'institution de la société anonyme²²⁹⁷. Ce que l'on nomme « la relation d'agence est engendrée par la délégation de pouvoir et les asymétries d'information entre le principal et l'agent »²²⁹⁸. Elle suit les travaux relatifs aux coûts de transaction développés par Coase puis Williamson. Coase tout d'abord a cherché à élaborer une définition réaliste de la firme contrairement aux modèles existants jusqu'alors selon lui²²⁹⁹. Il établit que des transactions ont lieu au sein de la firme lorsque celles-ci apparaissent plus efficaces que sur le marché. Sur ce dernier, il y a des coûts de transaction, c'est-à-dire des coûts liés à la négociation, à la conclusion des contrats ou au recours à des spécialistes pour obtenir certaines informations. Dans la firme, c'est l'entrepreneur qui coordonne et alloue les ressources, ce qui permet d'éviter certains coûts de transaction liés au marché. En internalisant ces fonctions, ces coûts sont évités. Mais cela implique une organisation centralisée de la production, permise par une relation d'agence.

Messieurs Jensen et Meckling vont ensuite développer la théorie de l'agence à proprement parler dans un article de 1976. Ils reprennent donc l'idée de principal et d'agent, c'est-à-dire la distinction entre le propriétaire du capital et l'agent chargé de sa valorisation. Le développement d'entreprises intégrées implique une décentralisation des droits décisionnels. C'est-à-dire que la concentration de larges moyens ne permettent pas au principal ou aux principaux de gérer seuls. Ils doivent donc déléguer à des dirigeants qui seront chargés de la gestion. Cela implique des coûts d'agence, un coût de transaction particulier, afin d'inciter et de contrôler l'activité des agents. Les auteurs définissent la relation d'agence comme « un contrat en vertu duquel une ou plusieurs personnes (le principal(ux) emploie une autre personne (l'agent) pour fournir des services en son nom, ce qui implique de déléguer certains pouvoirs décisionnels à l'agent »²³⁰⁰. Les coûts d'agence sont quant à eux définis comme la somme des dépenses de contrôle, de liaison et les pertes

²²⁹⁷ C. De Boissieu et J.-H. Lorenzi, *Normes comptables et régulation de la filière du chiffre*, in *Les normes comptables et le monde post-Enron*, op. cit., p. 72.

²²⁹⁸ *Ibid.*, p. 73.

²²⁹⁹ R. H. Coase, « La nature de la firme », trad. C. Thiébault, *Revue française d'économie*, n° 1, 1987, p. 133 ; L'article de Coase a été publié en 1937 dans la revue *Economica*.

²³⁰⁰ M. C. Jensen et W. H. Meckling, « Agency costs and the theory of the firm », *Journal of financial economics*, 1976, p. 308 ; Pour une comparaison de ces travaux et ceux de Williamson, v. G. Charreaux, « Le théorie positive de l'agence : positionnement et apports », *Revue d'économie industrielle*, n° 92, 2000, p. 193 qui revisite l'article de O. E. Williamson, « Corporate Finance and Corporate Governance », *The Journal of Finance*, 1988, n° 3, p. 567.

résiduelles liées à la relation d'agence²³⁰¹. Ces théories offrent par ailleurs des modèles de compréhension de l'intégration au sein des firmes. Elles ont servi de base théorique au développement de certains mécanismes comme les *stock-options* pour les dirigeants et l'individualisation des salaires pour les salariés afin de les intéresser aux performances de l'entreprise²³⁰².

415. La financiarisation se traduit enfin par une organisation en réseau²³⁰³. Le réseau pour les entreprises s'organise selon différents rapports : sous-traitance, contrats groupés, alliances stratégiques, franchises, concessions, contrats de distribution sélectives ou d'approvisionnement exclusif. Cela brouille les frontières de l'entreprise du fait des externalisations et des différentes unités en apparence indépendantes qui concourent à une même activité, si ce n'est une même entreprise-activité²³⁰⁴. S'il est plus difficile de quantifier ce phénomène que pour la concentration, au travers des prises de participation voire de contrôle des sociétés, on peut évaluer certaines formes comme la sous-traitance, cet « outil juridique par excellence de l'extériorisation »²³⁰⁵.

Des auteurs ont observé une augmentation et une intensification de la sous-traitance²³⁰⁶. On assiste avec cette technique au développement de « chaînes de dépendance économique »²³⁰⁷. Cela signifie que plus d'entreprises recourent à cette forme d'externalisation et que cela représente une part plus importante de leur chiffre d'affaires. Il existe au sujet de la sous-traitance des statistiques qui établissent ainsi qu'en 2014 ce sont soixante-douze pourcents des petites et moyennes entreprises et des entreprises de taille intermédiaire et soixante-deux pourcents des grandes entreprises qui sont concernées par de

²³⁰¹ M. C. Jensen et W. H. Meckling, *op. cit.*

²³⁰² A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, 2015, p. 194.

²³⁰³ V. E. Peskine, *Réseaux d'entreprise et droit du travail*, LGDJ, 2008, 363 p. et F. Ost et M. Van De Kerchove, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL, 2010.

²³⁰⁴ M. Brodersen et E. Martinez, *op. cit.*, p. 4.

²³⁰⁵ T. Aubert-Monpeyssen, *op. cit.*, p. 618.

²³⁰⁶ C. Perraudin, N. Thèvenot et J. Valentin, *op. cit.*, p. 571.

²³⁰⁷ M. Kocher, « A la recherche de la responsabilité du donneur d'ordre dans les relations de travail de sous-traitance : une quête impossible ? », *Dr. ouv.*, 2013, p. 178.

tels rapports. Ce sont un quart des salariés qui seraient ainsi employés dans des entreprises preneuses d'ordres²³⁰⁸.

Les sociétés du réseau ont des liens d'interdépendance, mais il est difficile d'identifier en leur sein un centre de pouvoir unique qui serait responsable pour l'ensemble des structures du réseau. On se retrouve face à une pluralité de pôles de direction qui rendent plus confuses les frontières de l'entreprise.

Dans les relations entre ces différentes unités, un rapport de pouvoir s'organise autour de figures contractuelles. Ces unités seront alors dominées par ce que l'on appellera de façon générique l'entreprise amirale ou la firme-pivot mais qui peut être, dans certaines figures reconnues par le Droit, le donneur d'ordre ou le franchiseur²³⁰⁹. Il ne s'agit plus d'un pouvoir hiérarchique mais de ce que l'on a pu qualifier d'« autonomie contrôlée »²³¹⁰, c'est le contrat qui organise et fixe les conditions d'exercice du pouvoir. Cela a cependant pour effet de dissimuler les relations de pouvoir²³¹¹. Mais celles-ci sont bien présentes. L'externalisation peut même constituer un moyen d'entretenir des relations avec d'autres entreprises permettant ainsi de « contrôler l'activité productive » et « l'environnement dans lequel elle évolue »²³¹². Cela peut conduire à une stratégie de redirection « de l'action vers le centre de pouvoir économique et organisationnel effectif »²³¹³ afin d'aller au-delà de l'atomisation des collectifs. De cette façon, là où les entreprises intégrées conduisaient à perdre le contrôle du fait de la bureaucratie impliquée par l'organisation hiérarchique, les entreprises distribuées retrouvent une « capacité de gouvernement »²³¹⁴, on identifie de nouveau le centre de pouvoir car il n'y a plus de niveau intermédiaire.

²³⁰⁸ <https://dares.travail-emploi.gouv.fr/publication/sous-traitance-en-2019-un-quart-des-salaries-travaille-dans-un-etablissement-preneur>, consulté le 17 juillet 2023.

²³⁰⁹ M. Brodersen et E. Martinez, *op. cit.*, p. 1.

²³¹⁰ B. Appay, « Individu et collectif : question à la sociologie du travail. L'autonomie contrôlée. », *Les cahiers du GEDISST*, 1993, p. 57.

²³¹¹ M. Brodersen et E. Martinez, *op. cit.*, p. 5.

²³¹² F. Mariotti, *op. cit.*, p. 712.

²³¹³ M. Brodersen et E. Martinez, *op. cit.*, p. 8.

²³¹⁴ F. Mariotti, *op. cit.*, p. 714.

Notons enfin que les deux mouvements que nous venons de décrire ne sont pas incompatibles. Ils peuvent se combiner et s'entremêler²³¹⁵. On peut rencontrer des cas où existent et se développent à la fois des *relations de contrôle*, selon le premier mouvement décrit, et des *relations d'alliance et d'intermédiation*, selon le second mouvement décrit²³¹⁶.

Paragraphe 2 : Différents modèles de l'entreprise

416. Déplacer le « centre de gravité du droit du travail, de l'Etat vers l'entreprise » suppose d'avoir statué sur la « nature juridique » de cette dernière²³¹⁷. Le Législateur n'affiche cependant pas explicitement son adhésion à un modèle théorique. Nous proposons donc de voir ces différents modèles afin d'identifier celui qui correspond le mieux aux évolutions des relations collectives au sein de l'entreprise signifiées par les réformes du dialogue social.

Nous pouvons distinguer différentes théories de l'entreprise, ou différents modèles explicatifs de celle-ci. Nous n'adopterons cependant aucune de ces approches, mais proposerons de dégager le modèle explicatif qui nous paraît le plus pertinent pour saisir la conception du Législateur au sujet de l'entreprise comme cadre de production normative décentralisée privilégiée.

²³¹⁵ N. Thévenot *et al.*, « Face à l'éclatement des entreprises, une représentation collective mise en défaut : une analyse à partir de l'enquête REPONSE 2017 », *La Revue de l'IRES*, 2022/2, n° 107-108, p. 21 ; R. De Luca Tamajo et A. Perulli, *Droit du travail (dans ses dimensions individuelles et collectives) et décentralisation de la production* », Rapport général, p. 2.

²³¹⁶ F. Morin, « Liaisons financières et coopération des acteurs-systèmes », *Revue économique*, Vol. 44, n° 6, 1994, p. 1459.

²³¹⁷ A. Supiot, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1989, p. 197.

A. La conception individualiste : la théorie contractuelle

417. Dans une approche contractualiste, l'entreprise « est la mise en œuvre combinée de la propriété – privée ou publique – des moyens de production et de la liberté contractuelle »²³¹⁸. L'idée contractualiste a pu être développée en donnant un exemple du réseau de contrats qui compose l'entreprise. Un auteur écrit qu'« il faut un contrat permettant de disposer de locaux (bail commercial par exemple) pour installer les salariés embauchés (aux termes de contrats de travail) pour faire fonctionner les machines louées (contrats de location, crédit-bail, etc.) ou achetées (contrats de vente) grâce aux emprunts (contrat de prêt) contractés pour fabriquer des produits vendus par des distributeurs (au titre de contrats de distribution), etc. »²³¹⁹. Tout ceci ancré juridiquement dans la structure sociétaire²³²⁰, qui est elle-même un contrat.

Cette théorie postule que l'entreprise est un nœud de contrats, par conséquent l'addition de différentes volontés poursuivant leurs intérêts propres. Elle est en cela une conception libérale de notre droit, du reste conforme aux soubassements idéologiques du code civil communément admises²³²¹. La théorie économique classique a elle-même une approche contractualiste lorsqu'elle appréhende l'entreprise comme une « structure de gouvernance de contrats »²³²². C'est pourquoi elle est identifiée au courant de l'analyse économique du droit²³²³.

418. Dans cette conception, c'est le contrat qui fonde le pouvoir de l'employeur dans l'entreprise. Cela signifie que c'est le contrat qui distribue les pouvoirs. Les parties consentent à reconnaître leurs obligations et les prérogatives de l'autre partie. Dans le contrat de travail, le salarié consent donc à se conformer aux directives de l'employeur. Il y aurait dans le

²³¹⁸ A. Supiot, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RTD com.*, 1985, p. 621 ; A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 3^e éd., 2015, p. 177.

²³¹⁹ J.-P. Robé, « L'entreprise comme institution fondamentale de l'échange marchand », in A. Hatchuel, O. Favereau et F. Aggeri, *L'activité marchande sans le marché ?*, Colloque de Cerisy, Presses des Mines, 2010, p. 96.

²³²⁰ *Ibid.*, p. 98.

²³²¹ J.-P. Robé, « L'entreprise et le Droit », *Droit et sociétés*, 1995, p. 119.

²³²² P. Bernoux et Y.-F. Livian, *op. cit.*, p. 183.

²³²³ A. Rebérioux, « La nature institutionnelle de l'entreprise. Confrontation des points de vue juridique et conventionnaliste », in F. Eymard-Duvernay, *L'économie des conventions, méthodes et résultats, Tome 2. Développements*, 2006, p. 275.

contrat une *clause implicite*²³²⁴. C'est l'arrêt du 14 février 1866, dit des sabots, qui considère le premier que la conclusion du contrat vaut adhésion au règlement qui permettait à l'employeur de sanctionner une infraction à celui-ci, en l'espèce le port de sabots. Si la thèse institutionnelle a pu justifier de reconnaître le pouvoir du chef d'entreprise comme inhérent à la qualité de celui-ci²³²⁵, la théorie contractuelle a repris de la vigueur avec la jurisprudence dans les années 1980. Certains auteurs soutiennent même qu'elle l'aurait emporté sur la théorie institutionnelle à cette occasion²³²⁶.

Dans un premier temps c'est l'arrêt *Raquin*²³²⁷ qui rejette l'acceptation tacite par le salarié d'une modification de son contrat de travail jusqu'alors admise. S'agissant d'une modification du contrat de travail, il faut bien une expression de la volonté des parties, soit une acceptation. Sur un fondement contractuel, le juge opère donc un changement et « par l'arrêt *Raquin*, qui ne dit mot ne consent plus »²³²⁸. Mais ce revirement est atténué par la loi quinquennale de 1993 qui introduit l'obligation pour l'employeur de proposer une modification du contrat pour un motif économique en mentionnant celle du salarié de répondre dans un délai d'un mois, faute de quoi il sera réputé avoir accepté²³²⁹. Il faut encore noter l'arrêt *Le Berre*²³³⁰ par lequel la Cour de cassation abandonne la distinction entre les modifications « substantielles » et « non substantielles » au profit de la distinction entre modification du contrat de travail et des conditions de travail. Si le contrat est modifié, il faut l'accord des parties qui l'ont conclu, qui ont accordé leurs volontés. Si ce ne sont que les conditions de travail, cela ressort alors du pouvoir de direction que le salarié aurait accepté par la signature du contrat de travail.

²³²⁴ G. Lyon-Caen, « L'obligation implicite », *APD*, XLIV, Dalloz, 2000, p. 109 ; E. Dockès, « Notion de contrat de travail », *Dr. soc.*, 2011, p. 548.

²³²⁵ V. *infra* au paragraphe n° 423.

²³²⁶ F. Gaudu, « L'entreprise définie par ses responsabilités », in B. Baudry et B. Dubrion, *Analyses et transformations de la firme*, La Découverte, 2009, p. 320.

²³²⁷ Soc., 8 oct. 1987, n^{os} 84-41.902 et 84-41.903, v. note n° 2098.

²³²⁸ G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *op. cit.*, n° 684, p. 902.

²³²⁹ Art. 43 de la loi n° 93-1313 du 21 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle ; règle aujourd'hui signifiée à l'article L. 1222-6 du Code du travail.

²³³⁰ Soc., 10 juill. 1996, n° 93-40.966, Publié, *Dr. soc.* 1996. 976, obs. H. Blaise, *Dr. ouv.* 1996. 457, note P. Moussy, *JCP* 1997. II. 22768, note Y. Saint-Jours ; *GADT*, 4^e éd., n° 50.

Cette thèse a pu être prêtée également à Gérard Lyon-Caen en raison de son opposition à la théorie institutionnelle. Celui-ci développe cependant dans un article pour les *Archives de Philosophie du Droit* que les salariés sont extérieurs à l'entreprise. Il développe ainsi que « quant à la notion d'entreprise, elle est ambiguë. Si elle existait au sens qu'on veut lui donner, elle aurait des intérêts propres, distincts de ceux de l'employeur, et des organes propres, distincts de l'employeur ; ce qui se traduirait par exemple, par l'octroi de la personnalité juridique. Or, il n'en est rien. Le chef d'entreprise est le seul organe de l'entreprise et il se confond avec l'employeur. Les intérêts de l'entreprise sont ceux de l'employeur. Sans doute employeur ne signifie pas nécessairement représentant du capital ; ce peut être un technocrate, un manager ; mais ce dirigeant agit nécessairement dans l'intérêt commun des propriétaires du capital. Le capital et le travail ont des intérêts divergents plus que convergents. L'entreprise appartient à une société propriétaire. *Les salariés ne sont pas dans l'entreprise, mais extérieurs à elle, parce qu'à son service* [nous soulignons]. C'est le chef d'entreprise seul qui embauche et licencie ; c'est lui seul qui rédige le règlement intérieur, qui dirige discrétionnairement ; il ne doit pas de comptes au personnel, tout au plus l'informer. Et son pouvoir peut aller jusqu'à fermer définitivement l'entreprise »²³³¹.

419. Elle conduit cependant à plusieurs insuffisances. Tout d'abord les relations qui ont cours au sein de l'entreprise ne sont pas elles-mêmes purement contractuelles. La relation d'emploi par exemple n'est pas uniquement contractuelle, en ce qu'elle répond à d'autres règles, notamment des règles déterminées unilatéralement par l'employeur²³³². Ensuite, elle ne permet pas d'appréhender la dimension d'apprentissage de l'entreprise, c'est-à-dire sa capacité à accumuler les savoirs et les adapter, donc sa capacité d'évoluer et de s'adapter à un environnement nouveau sans modifier les contrats qui la forment²³³³.

²³³¹ G. Lyon-Caen, « Défense et illustration du contrat de travail », *APD*, XIII, 1968, pp. 66 à 67.

²³³² T. Kirat et M.-C. Villeval, « L'insaisissable entreprise de l'économie et du droit », *Revue française d'économie*, 1995, vol. 10, p. 183 ; A. Supiot, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, p. 179.

²³³³ T. Kirat et M.-C. Villeval, *op. cit.*, p. 166 ; P. Bernoux et Y.-F. Livian, *op. cit.*, p. 190.

B. La conception totalisante : la théorie institutionnelle

420. Quoique cette théorie ait pu être considérée comme rejetée²³³⁴, elle représente un courant important de la doctrine que nous nous proposons d'étudier ici et conserve une influence sur la conception de l'entreprise et de son fonctionnement. Elle nous semble fournir par ailleurs un modèle explicatif particulièrement significatif en ce qui concerne les conceptions de l'agir collectif fondé sur l'institution du dialogue social.

421. Dans une approche institutionnelle, l'entreprise est une « organisation réunissant dans une même communauté les détenteurs du capital, les salariés et, un peu plus récemment, ce que J.K. Galbraith appelle « la technostructure »²³³⁵ et que Ripert appelle plus simplement la direction²³³⁶ »²³³⁷. Cette conception ne se développe en France qu'après la Seconde Guerre mondiale, alors que l'Allemagne l'abandonne du fait de son usage par le régime national-socialiste²³³⁸. Elle a en effet trouvé ses racines là-bas à la suite de la crise boursière qui a conduit à un rejet des théories classiques et du marxisme au profit d'une institution susceptible de ramener la « paix sociale »²³³⁹. L'idée institutionnelle peut se retrouver dans certains écrits français. C'est notamment le cas du tout premier article de *Droit social* qui s'exprimait dans les termes qui s'ensuivent, « de même que le contrat de travail individuel repose sur la concurrence entre les individus en présence, la convention collective va permettre la lutte des intérêts, des groupements patronaux et ouvriers, c'est-à-dire c'est la lutte de classes qu'elle va favoriser. Et c'est la raison pour laquelle la CGT est favorable à son usage. Mais on peut concevoir, à l'intérieur de chaque métier, une commission mixte permanente où employeur et employés prendraient conscience de leurs intérêts convergents

²³³⁴ N. Aliprantis, *op. cit.*, p. 186 ; F. Gaudu, *op. cit.*, p. 320.

²³³⁵ [Note de l'auteur] J.-K. Galbraith, *Economics and the public purpose*, Houghton Mifflin, Boston, 1973, 334 p., traduction française : *La science économique et l'intérêt général*, Paris, Gallimard, 1974, 338 p.

²³³⁶ [Note de l'auteur] G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 2^e Edition, 1951, n^o 135.

²³³⁷ A. Supiot, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RTD com.*, 1985, p. 621 ; A. Supiot, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, pp. 177 et 178.

²³³⁸ F. Collin, *Le Droit capitaliste du travail*, PUG., Grenoble, 1980, p. 126.

²³³⁹ Le lecteur reconnaîtra ici les originaux similaires, ou du moins les réactions, à celles des thèses néoclassiques, qui sont du reste compatibles, notamment lorsqu'il s'agit d'analyser l'entreprise.

quant à la bonne marche de l'entreprise dont ils font partie et où, par suite, l'esprit de classe s'effacerait au profit de l'esprit de collaboration.

Il se formerait ainsi, au-dessus des syndicats, des totalités professionnelles qui élaboreraient la réglementation du travail. Telle est l'évolution qu'il convient de souhaiter. Si elle doit se réaliser, le régime de la convention collective ne sera, dans le développement des rapports entre patrons et ouvriers, qu'un régime de transition entre celui du contrat individuel et celui de la profession organisée génératrice de la loi professionnelle. »²³⁴⁰.

422. Nous avons en introduction générale présenté la théorie de l'institution de Hauriou. Cette thèse peut s'étendre à l'entreprise qui est pour lui le « véritable agent économique concret »²³⁴¹. Celle à qui il s'agirait de prêter une « âme » en lui donnant, par cette institution, « un principe interne »²³⁴². Un élève de Hauriou, Georges Renard, développera par la suite une théorie « pleinement thomiste »²³⁴³ de l'institution qui voit dans l'institution une *communauté* qui vise à réaliser un *bien commun*²³⁴⁴. Elle est définie par l'agir commun dans ce but. L'auteur développe qu'un groupement est « *une unité d'action dans une diversité d'agents* [souligné par l'auteur] ; et cette unité d'action réagit sur les agents en déterminant entre eux une certaine manière d'être qui leur est commune. Tandis que, dans la personne humaine, l'agir procède de l'être – *agere sequitur esse* –, dans les groupes, l'être est suspendu à l'agir. Par ailleurs, l'agir en commun appelle une organisation du type de la division du travail »²³⁴⁵. Ce dernier visant l'harmonie des biens particuliers de chaque membre, ou catégorie de membres, de l'entreprise. Il y a là une notion qualitative et non quantitative en ce sens qu'il ne s'agit pas d'un intérêt majoritaire contre une minorité, mais un intérêt rassemblant tous les membres de la communauté. Une commentatrice de Renard résume ainsi

²³⁴⁰ G. Morin, *Dr. soc.*, 1938, cité par J. Déchoz, « Produire le consentement : du militantisme au partenariat social. Banalités de base II. », *Dr. ouv.*, 2016, p. 547.

²³⁴¹ M. Hauriou, *Principes de droit public*, Dalloz, 2010, p. 24.

²³⁴² M. Hauriou, *La science sociale traditionnelle*, Larose, 1896, p. 193, réédité in *Maurice Hauriou, Ecrits sociologiques*, Dalloz, 2008.

²³⁴³ C. Giraudet, *Théorie de l'institution et droit du travail*, Thèse dactylographiée, Paris Ouest Nanterre La Défense, 2014, p. 57.

²³⁴⁴ G. Renard, *La philosophie de l'institution*, Sirey, 1939, spéc. p. 257 et s.

²³⁴⁵ *Ibid.*, p. 138.

cette conception selon laquelle « l'intérêt bien compris du patron s'articule à l'intérêt bien compris des ouvriers dans l'intérêt de l'entreprise totale »²³⁴⁶.

423. Cette théorie suppose la reconnaissance d'une « communauté d'intérêts de l'employeur et des salariés et la poursuite d'un but commun »²³⁴⁷. Elle n'est pas identifiable dans le Droit positif, où l'entreprise se rapporte soit à l'employeur pour lui signifier une obligation soit à une notion qui varie selon les dispositifs à appliquer²³⁴⁸. Paul Durand attache son nom à cette conception considérant l'entreprise comme « réalité sociale et juridique »²³⁴⁹. Il fournit ainsi un développement à l'analyse communautaire de l'entreprise. Il considère en effet que cette « *communauté de travail* constitue une société naturelle que l'esprit de collaboration doit animer »²³⁵⁰. L'entreprise se définit par rapport au but économique de l'entrepreneur²³⁵¹. Il l'identifie ensuite par plusieurs traits distinctifs. Le premier est qu'elle est hiérarchique par la « place prééminente » et les « prérogatives étendues » appartenant au chef d'entreprise²³⁵² qu'il exerce de manière exclusive dans le domaine économique²³⁵³. Ceci eu égard au fait qu'il encourt les risques de l'exploitation²³⁵⁴. Elle s'identifie ensuite par sa nécessité « d'assurer le bien commun de tous ses membres » dont les intérêts sont présumés « solidaires »²³⁵⁵.

Paul Durand distingue ainsi le pouvoir du chef d'entreprise à la fois du droit de propriété, en ce qu'il crée un droit sur la chose et non sur la personne²³⁵⁶, et du contrat. Cette distinction vient de la préexistence du pouvoir dans l'institution. Le pouvoir ne découle pas de la propriété des moyens de production ou du contrat, mais existerait naturellement dans

²³⁴⁶ S. Michel, *La notion thomiste de bien commun*, Thèse dactylographiée, Nancy, 1931, p. 152.

²³⁴⁷ N. Aliprantis, *op. cit.*, p. 186.

²³⁴⁸ C. Giraudet, *op. cit.*, p. 12.

²³⁴⁹ P. Durand et A. Rouast, *Précis de législation industrielle (Droit du travail)*, Dalloz, 4^e éd., 1953, n° 86, p. 100.

²³⁵⁰ P. Durand et R. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, t. 1, Dalloz, 1947, p. 405.

²³⁵¹ *Ibid.*, p. 410.

²³⁵² *Ibid.*, p. 422.

²³⁵³ *Ibid.*, p. 488.

²³⁵⁴ *Ibid.*, p. 424.

²³⁵⁵ P *Ibid.*, p. 423.

²³⁵⁶ *Ibid.*, p. 424 ; Distinction que fera aussi Michel Despax en page 3 de sa thèse précitée.

l'institution. En tant que chef, il le détient nécessairement sans que cela n'ait besoin d'un acte ou d'un titre pour le constater ou le fonder. Cette thèse trouvera un écho dans l'arrêt Poliet et Chausson²³⁵⁷ qui affirme que le pouvoir disciplinaire du « patron » est « inhérent à sa qualité », avant que la Cour de cassation n'en fasse le « seul juge des circonstances »²³⁵⁸ puis le « seul juge [de] l'intérêt de l'entreprise »²³⁵⁹.

424. D'autres disciplines décrivent l'entreprise comme une institution. En sociologie, « l'institution est un élément de la culture conçue comme une totalité »²³⁶⁰. A ce titre elle est « un lieu autonome de production de normes et de valeurs »²³⁶¹. Elle se définit encore comme « un fait social caractérisé par sa permanence et par la contrainte qu'elle exerce sur les individus »²³⁶². En économie, on identifie deux indices de l'institution²³⁶³. Le premier est la personnalité juridique qui est attribuée à la société et qui lui permettrait d'accéder à une vie propre, distincte des parties aux contrats qui l'ont fait venir à la vie juridique. Le second est l'existence de procédures mises en place dans les statuts de la société. On retrouve également dans la théorie économique les critères de stabilité et d'organisation en vue de produire un bien ou un service comme éléments de qualification²³⁶⁴. S'inspirant des thèses de Hauriou, d'autres considèrent que l'institution est « synonyme de durée, elle assure la continuité des rapports et de l'action » par opposition au contrat qui « relève du discontinu dans les relations interindividuelles »²³⁶⁵. Ces éléments fonderaient un intérêt commun dépassant les intérêts particuliers des membres de l'institution à partir duquel l'institution s'autonomise de ses créateurs²³⁶⁶. L'institution est ainsi déterminée par l'idée d'œuvre à accomplir et se doterait d'un organe incarné par une autorité²³⁶⁷. Des économistes voient dans la théorie de Hauriou

²³⁵⁷ Sec. soc., 16 juin 1945, Inédit, *Dr. soc.* 1946. 427, note P. Durand ; GADT, 4^e éd., n° 65.

²³⁵⁸ Cass., sec. soc., 31 mai 1956, n° 56-04.323, v. note n° 628.

²³⁵⁹ Soc., 15 janv. 1960, Bull. civ. V., n° 49.

²³⁶⁰ P. Bernoux et Y.-F. Livian, *op. cit.*, p. 181.

²³⁶¹ *Ibid.*, p. 181.

²³⁶² P. Ansart, « Institution », in *Dictionnaire de sociologie*, Le Robert, Seuil, 1999, p. 286.

²³⁶³ A. Rebérioux, *op. cit.*, p. 277.

²³⁶⁴ T. Kirat et M.-C. Villeval, *op. cit.*, p. 171.

²³⁶⁵ P. Bernoux et Y.-F. Livian, *op. cit.*, p. 181.

²³⁶⁶ A. Rebérioux, *op. cit.*, p. 278.

²³⁶⁷ T. Kirat et M.-C. Villeval, *op. cit.*, p. 186 ; C. Giraudet, *op. cit.*, p. 39.

un antinormativisme au titre duquel l'institution n'est pas le produit d'une norme fondamentale, comme elle le serait dans le modèle kelsenien, mais en est l'émetteur²³⁶⁸.

425. Tentant d'« aller au-delà de la simple constatation de la nature institutionnelle »²³⁶⁹ de l'entreprise, Michel Despax défend quant à lui qu'elle est plus que cela, elle est personne en devenir. Il reconnaît le pouvoir du chef d'entreprise qui doit l'exercer dans l'intérêt de l'entreprise. Il reconnaît une hiérarchie qui est ainsi tempérée. Il considère que « seule une forte autorité est de nature à assurer au sein de l'entreprise la discipline nécessaire tout en dirigeant à l'extérieur les opérations de la bataille économique qu'est la concurrence »²³⁷⁰. Les droits collectifs ont ainsi permis l'intégration des salariés sans ruiner le principe hiérarchique²³⁷¹. L'intérêt d'aller au-delà de la thèse institutionnelle est d'intensifier la cohésion sociale au sein de l'entreprise. Michel Despax s'appuie pour cela sur la *théorie de la personnalité morale* de Léon Michoud²³⁷², qui est la thèse de la réalité technique de la personne morale par opposition à celle de la fiction. Ce dernier considère que « pour la science du droit, la personne est et doit rester une notion purement juridique. Le mot signifie simplement un *sujet de droit*, un être capable d'avoir des droits subjectifs lui appartenant en propre »²³⁷³.

Il faut pour l'identifier dégager un « intérêt collectif et permanent » et l'« organisation d'une volonté collective »²³⁷⁴. Le premier doit être un intérêt propre, distinct de celui des membres qui composent la personne morale. Le second, inspiré de la théorie allemande de l'organe, repose sur l'existence d'un organe d'expression et d'action propre. L'organe n'est pas un représentant au sens où le Droit l'entend mais « découle au contraire de la *constitution*

²³⁶⁸ L. Bazzoli et T. Kirat, « L'entreprise et les règles juridiques : une perspective d'économie institutionnaliste », *RIEJ*, 1998/1, p. 59.

²³⁶⁹ M. Despax, *op. cit.*, n° 339, p. 367 ; Michel Despax entend aller plus loin car cette seule conception ne permet pas de qualifier juridiquement l'entreprise (v. sa thèse précitée, n° 342, p. 369), c'est pourquoi il soutient la thèse de la personnalité morale qui permettrait de faire de l'entreprise un sujet de droit.

²³⁷⁰ *Ibid.*, n° 246, p. 276.

²³⁷¹ *Ibid.*, n° 271, p. 302.

²³⁷² L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, LGDJ, 3^e éd., 1932 ; Dans cette thèse à laquelle se réfère Michel Despax, Léon Michoud ne consacre cependant de développements qu'à la société. Il évoque les corporations mais pas l'entreprise.

²³⁷³ *Ibid.*, n° 2, p. 7.

²³⁷⁴ *Ibid.*, n° 71, p. 173.

même de la personne morale »²³⁷⁵. Quand il agit, c'est la personne qui agit et exprime sa volonté et non quelqu'un qui le ferait en son nom.

L'intérêt propre de l'entreprise est une « donnée permanente de notre droit » qui autoriserait à considérer ce premier élément comme démontré selon Michel Despax²³⁷⁶. Quant au critère de l'existence d'un organe, il se trouverait rempli car « par une sorte d'appropriation interne, les divers éléments humains rassemblés dans l'entreprise perdent leur individualité pour se fondre dans l'organisation de l'entreprise, en se transformant en organe de cette dernière »²³⁷⁷. Sa thèse serait renforcée par l'arrêt du 28 janvier 1954 dans lequel la deuxième chambre civile décide que « la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés ; que, si le Législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement, l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice »²³⁷⁸. Cet arrêt renforcerait cette thèse en mettant fin à la nécessité de reconnaissance légale de la personnalité civile²³⁷⁹. Dès lors, l'entreprise, qui est visée par plusieurs textes dont aucun ne vise à lui ôter expressément cette qualité, l'aurait²³⁸⁰.

L'entreprise s'identifie alors selon trois critères. Le premier est celui de la tâche à exécuter, le deuxième celui d'une autorité conduisant son exécution et le troisième celui d'un personnel assurant sa réalisation²³⁸¹. Avec cette théorie l'entreprise en tant qu'institution est un fait. Les contrats ne sont qu'« un instrument de coordination »²³⁸² ou un « support »²³⁸³ qui

²³⁷⁵ *Ibid.*, n° 60, p. 134.

²³⁷⁶ M. Despax, *op. cit.*, n° 360, p. 385.

²³⁷⁷ *Ibid.*, n° 361, p. 386.

²³⁷⁸ Civ. 2^e, 28 janv. 1954, n° 54-07.081, Bull. civ. II, n° 32 ; *D.* 1954. 217, note Levasseur ; *JCP* 1954. II. 7978, note Lemoine.

²³⁷⁹ M. Despax, *op. cit.*, n° 365, p. 390.

²³⁸⁰ *Ibid.*, n° 366, p. 391.

²³⁸¹ B. Géniaut, C. Giraudet et C. Mathieu, « Les ouvrages de droit du travail des années cinquante », *Dr. ouv.*, 2003, p. 372.

²³⁸² T. Kirat et M.-C. Villeval, *op. cit.*, p. 192.

²³⁸³ L. Bazzoli et T. Kirat, *op. cit.*, p. 55.

servent à réaliser son œuvre. Cela pose cependant le problème de la place des salariés dans cette production normative. Des auteurs estiment que dans cette théorie, « le personnel, en tant qu'entité juridique, n'a guère plus de voix au chapitre que sur le plan contractuel »²³⁸⁴ quoique l'entreprise serait un bien commun pour lui aussi. Elle ouvre cependant des perspectives pour obtenir un « équilibre des pouvoirs »²³⁸⁵.

C. Une tentative de dépassement : la théorie organisationnelle

426. Avec l'école de Rennes, une nouvelle théorie de l'entreprise se développe, influencée par la théorie institutionnelle²³⁸⁶. Ces auteurs prennent cependant en compte les insuffisances de la théorie institutionnelle qui les conduit à proposer une autre conception juridique. Ils reprochent notamment à la théorie de l'entreprise-institution de contenir une autolégitimation du pouvoir, en le considérant comme préexistant, qui porterait des risques de « justifications extrémistes du pouvoir ». Ils considèrent ensuite cette théorie comme ayant été rejetée par le Droit car elle postule « une communauté d'intérêts des salariés et de l'employeur et la poursuite d'un intérêt commun »²³⁸⁷. Quant à la thèse de Michel Despax, il est pointé une insuffisance car elle ne s'appuie « en droit positif, [que] sur des décisions de juges du fond »²³⁸⁸.

427. L'entreprise est organisée par la société qui l'accueille juridiquement. Le Droit organise l'activité de l'entreprise-organisation avec l'objet social, elle organise sa vie juridique avec la personnalité morale, elle organise ses moyens de fonctionnement par l'encadrement des apports et organise son pouvoir²³⁸⁹. C'est l'objet de la thèse du Professeur Paillusseau. Il y développe que la société permet d'organiser juridiquement l'entreprise qu'il

²³⁸⁴ Y. Saint-Jours, « L'entreprise et la démocratie », *D.*, 1993, chron. IV, p. 14.

²³⁸⁵ *Ibid.*, p. 14.

²³⁸⁶ A. Bennini, *op. cit.*, p. 51 ; C. Giraudet, *op. cit.*, p. 19.

²³⁸⁷ S. Ranc, *Organisations sociétaires et droit du travail, op. cit.*, n° 75, p. 67.

²³⁸⁸ S. Ranc, *op. cit.*, n° 78, p. 68.

²³⁸⁹ J. Paillusseau, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP N*, 1985, 100740.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

définit par l'indépendance de son but²³⁹⁰. La société est une personne morale qui est propriétaire du patrimoine affecté à l'entreprise et dispose du pouvoir sur elle²³⁹¹.

La thèse de l'entreprise-organisation se fonde en particulier sur l'étude des règles relatives à l'unité économique et sociale, au transfert d'entreprise, au coemploi et au plan de sauvegarde de l'emploi. Dans ces différents régimes légaux, les auteurs de cette thèse voient poindre la reconnaissance légale du pouvoir d'organisation. Elle permet en outre de rechercher les décideurs et de leur imputer les obligations par-delà la personne morale avec laquelle le salarié est lié contractuellement²³⁹². Cette thèse se fonde sur un rapprochement du droit du travail et du droit des sociétés, considérant l'« indifférence prégnante »²³⁹³ du droit du travail à l'égard du droit des sociétés. L'entreprise se découvre à travers le pouvoir d'organisation qui consiste à organiser, à planifier, à agencer, à structurer l'activité de direction du travail²³⁹⁴. La référence à l'entreprise entendue comme organisation permet ainsi d'aller au-delà de la personne morale²³⁹⁵. Un auteur écrit à ce sujet que « bien qu'il ne soit pas nommé par la langue du droit, le pouvoir d'organisation est institué par le Droit (...). Il est donc temps que la responsabilité rejoigne le pouvoir »²³⁹⁶. Le pouvoir d'organisation se retrouve dans l'organisation du travail, *via* le lien de subordination. L'auteur le raccroche notamment à un indice de ce lien qu'est l'intégration à un service organisé qui permet de reconnaître la subordination d'un salarié ayant une certaine autonomie²³⁹⁷. La société est elle-

²³⁹⁰ L'auteur développe que « lorsque des entreprises, qui sont apparemment indépendantes, concourent, toutes ensemble, à la poursuite d'un même but, elles ne forment, en fait, qu'une seule entreprise » (J. Paillusseau, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 73).

²³⁹¹ J. Paillusseau, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 7 ; L'auteur développe plus loin que la société est « une personne au sein de l'entreprise. Elle est le propriétaire des biens qui lui sont affectés. A ce titre, elle détient un pouvoir souverain et le profit de l'entreprise est sa propriété » (*Ibid.*, p. 101).

²³⁹² E. Peskine, « L'imputation en droit du travail. A propos de la responsabilité des sociétés mères en matière de licenciement pour motif économique », *RDT*, 2012, p. 347.

²³⁹³ S. Ranc, *op. cit.*, n° 34, p. 44.

²³⁹⁴ S. Vernac, *Le pouvoir d'organisation. Au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, Thèse dactylographiée, Paris Ouest Nanterre La Défense, 2012, n° 93, p. 137 ; E. Peskine, « A la recherche de l'organisation en droit du travail. Penser l'entreprise et son dépassement », *RDT*, 2019, pp. 21-22.

²³⁹⁵ E. Peskine, « A la recherche de l'organisation en droit du travail. Penser l'entreprise et son dépassement », *op. cit.*, p. 23.

²³⁹⁶ S. Vernac, *op. cit.*, 282, p. 383.

²³⁹⁷ *Ibid.*, n° 77, p. 115.

même une technique d'organisation de la direction du travail²³⁹⁸. Ensemble, ces deux techniques permettent d'organiser la production de l'entreprise.

Pour plusieurs auteurs l'entreprise est avant toute chose, une organisation qui fonctionne « comme un ordre juridique »²³⁹⁹. C'est du reste à ce titre qu'un auteur propose d'identifier les frontières de l'entreprise à « son pouvoir d'ordonnement ; *l'entreprise est ce qui est ordonné par elle* »²⁴⁰⁰.

428. Le pouvoir d'organisation est conçu comme un pouvoir sur le pouvoir²⁴⁰¹. Ceci malgré l'interposition d'une personne morale au moyen de ce que l'auteur qualifie de co-subordination²⁴⁰². Rapport qui se trouve notamment au sein des groupes de sociétés, mais que l'on peut retrouver dans un fonds d'investissement, un franchiseur ou un distributeur. Il faut ensuite démontrer une confusion d'intérêts, d'activités et de direction pour établir cette co-subordination. La confusion de ces trois éléments est du reste, cumulative car « l'imbrication, même étroite des intérêts et des activités, ne saurait suffire lorsqu'aucune confusion de direction n'est caractérisée »²⁴⁰³. C'est ainsi qu'un employeur pourra être tenu pour responsable de décisions d'autrui, notamment en matière de consultation du comité social et économique ou de licenciement collectif.

429. Dans sa thèse, Monsieur Ranc considère que le Droit du travail, en postulant son autonomie, a ouvert à la technique sociétaire une possibilité pour les propriétaires et dirigeants d'échapper en partie aux règles du droit du travail²⁴⁰⁴. Parce que son application est tributaire de l'organisation des sociétés, le Droit du travail ne pourrait conserver cette autonomie. Tandis que l'organisation des sociétés ne permet pas en elle-même d'identifier l'exercice réel du pouvoir, le Droit du travail aurait lui cette vocation à identifier la réalité du

²³⁹⁸ *Ibid.*, 81, p. 123.

²³⁹⁹ J.-P. Robé, *op. cit.*, p. 117 ; v. N. Aliprantis, *op. cit.*, p. 185.

²⁴⁰⁰ J.-P. Robé, « L'entreprise comme institution fondamentale de l'échange marchand », *op. cit.*, p. 102.

²⁴⁰¹ S. Vernac, « Pouvoir d'organisation », in *DRDS* ; Il est « un méta-pouvoir, pouvoir au-dessus des prérogatives juridiques, mais pouvoir de les agencer, de les distribuer, de les organiser, pouvoir qui est donc capable d'imposer ses propres justifications à des ordres juridiques étatiques qui lui ont pourtant procuré les moyens de s'exprimer et de se déployer » (A. Lyon-Caen, « Le Droit sans l'entreprise », *RDT*, 2013, p. 750).

²⁴⁰² S. Vernac, *Le pouvoir d'organisation. Au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 91, p. 134.

²⁴⁰³ *Ibid.*, n° 100, p. 148.

²⁴⁰⁴ S. Ranc, *op. cit.*, n° 290, p. 245.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

pouvoir²⁴⁰⁵. Dans cette approche, il est soutenu que « l'associé majoritaire se révèle être le véritable détenteur de la liberté d'entreprendre au sein des organisations sociétaires. Cette liberté se décompose en une liberté de gestion et une liberté de s'organiser »²⁴⁰⁶. A ce titre, il bénéficie non seulement de la liberté d'entreprendre, mais aussi de ne plus entreprendre en se désengageant du capital, en vendant, voire en fermant son entreprise²⁴⁰⁷.

Ce qui constitue une composante de la liberté de s'organiser²⁴⁰⁸. Quant à l'organisation, elle se fait au moyen du droit des sociétés. Elle est notamment une technique d'organisation, de répartition, du patrimoine destiné à l'entreprise²⁴⁰⁹. Elle permet ainsi sa séparation, notamment par l'usage de la filialisation dans un groupe qui permet d'avoir autant de personnes morales autonomes avec des patrimoines autonomes. De telles sortes que le Droit du travail est limité par les « frontières juridiques dressées par les organisations sociétaires »²⁴¹⁰. L'autonomie patrimoniale et l'effet relatif des contrats d'autre part s'exercent à l'encontre des salariés, protégeant la société-mère, tiers au contrat de travail et non tenue du passif de sa filiale.

Le Droit du travail, dans sa fonction de protection des salariés et en s'appuyant sur une approche réaliste et finaliste, a su dépasser les frontières de la personnalité morale. Ceci avec l'objectif d'atteindre le niveau de prise des décisions²⁴¹¹. Que l'on pense à ce sujet à l'unité économique et sociale. Il s'agit donc d'appréhender l'exercice du pouvoir. L'auteur reprend la distinction entre pouvoir-prérogative juridique et pouvoir-rapport social établie par le Professeur Jeammaud²⁴¹² pour démontrer que si le Droit du travail permet de l'appréhender, le

²⁴⁰⁵ *Ibid.*, n° 223, p. 37.

²⁴⁰⁶ *Ibid.*, n° 253, p. 206.

²⁴⁰⁷ Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC, *Loi visant à reconquérir l'économie réelle*, spéc. p. 12.

²⁴⁰⁸ S. Ranc, *op. cit.*, n° 212, p. 166.

²⁴⁰⁹ *Ibid.*, n° 41, p. 48.

²⁴¹⁰ *Ibid.*, n° 51, p. 51.

²⁴¹¹ *Ibid.*, n° 140, p. 109.

²⁴¹² Le Professeur Antoine Jeammaud distingue en effet le pouvoir-prérogative juridique défini comme une « habilitation à accomplir des actes juridiques unilatéraux (créateurs de normes), prendre des décisions, adresser des ordres, accomplir des actes matériels qui, en droit, s'imposent à d'autres personnes dont ils peuvent affecter, réduire, compromettre, les droits et les intérêts » et le pouvoir-rapport social comme « relation asymétrique tenant à l'aptitude d'un acteur à influencer le comportement d'un ou plusieurs autres » (A. Jeammaud, « Le pouvoir patronal visé par le Droit du travail », *SSL*, 2008, Suppl., n° 1340, p. 15).

Droit des sociétés lui s'y refuse, notamment dans les rapports entre une filiale et son associé majoritaire qui repose sur la notion de contrôle.

Elle s'appuie également sur des délégations de pouvoir pour déconcentrer le pouvoir des organisations sociétaires²⁴¹³. Sans que cela soit leur « principal mobile », les techniques sociétaires permettent d'éluder l'application de certaines conventions collective ou de « transférer les risques de l'emploi sur la filiale »²⁴¹⁴. Ce faisant droit du travail et droit des sociétés peuvent ensemble diviser l'entreprise. De cette liberté on en déduit la responsabilité afférente, quoique l'imputation d'obligations à l'associé majoritaire demeure limitée²⁴¹⁵, sauf à recourir à la notion de coemploi ou sur la responsabilité civile²⁴¹⁶.

430. Ces thèses mettent en lumière l'organisation de l'entreprise sur la base de la technique sociétaire, en particulier les rapports entre la société-mère et ses filiales. L'organisation peut aussi se réaliser sur la base de techniques contractuelles. Se forme alors un réseau d'entreprises, lui-même organisation quoique plus diffuse²⁴¹⁷. Les entreprises d'un réseau, qui forme l'organisation, sont des « maillons de la chaîne de valeur »²⁴¹⁸. Ceux-ci sont reliés par différents types de contrat tels que des contrats de « sous-traitance, contrats groupés, les alliances stratégiques, les franchises, les concessions ou encore les contrats de distribution sélectives et d'approvisionnement exclusif »²⁴¹⁹. Ce qui conduit l'auteure à soutenir que « le contrôle du capital est délaissé au profit de l'établissement durable de relations contractuelles »²⁴²⁰. Dans ce réseau il s'agit alors d'identifier, à défaut de pouvoir d'organisation s'appuyant sur le contrôle du capital par une société-mère, une société ou une firme « amirale »²⁴²¹. Il permet à cette dernière « de conserver le pouvoir de décision et le

²⁴¹³ S. Ranc, *op. cit.*, n° 82, p. 71.

²⁴¹⁴ *Ibid.*, n° 104, p. 87.

²⁴¹⁵ *Ibid.*, n° 288, p. 244.

²⁴¹⁶ *Ibid.*, n° 480, p. 421.

²⁴¹⁷ E. Peskine, « Contractualisation et droit du travail : de l'entreprise au réseau », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007, p. 48 ; E. Peskine, « A la recherche de l'organisation en droit du travail. Penser l'entreprise et son dépassement », *op. cit.*, p. 20.

²⁴¹⁸ E. Peskine, *Réseaux d'entreprise et droit du travail*, *op. cit.*, n° 11, p. 5.

²⁴¹⁹ *Ibid.*, n° 11, p. 4-5.

²⁴²⁰ *Ibid.*, n° 11, p. 5.

²⁴²¹ *Ibid.*, n° 15, p. 6.

contrôle de l'activité, tandis que les risques sont transférés sur les entreprises « satellites » »²⁴²².

Le réseau se caractérise par des liens d'interdépendance dans lesquels s'identifie une « pluralité de pôle d'imputation de responsabilités »²⁴²³. Car s'il s'agit d'entreprises différentes, d'unités autonomes, elles agissent toutes de concert en vue d'une même production. Reste à déterminer où se situe le pouvoir d'organisation, car il y a bien coordination de cette production, il y a un but commun au réseau, si ce n'est une entreprise commune. Alors que l'action est collective, la responsabilité est-elle individualisée en fonction des différents employeurs. C'est le contrat qui est alors organisateur du pouvoir et qui permet d'exercer un contrôle de la société amirale sur les sociétés satellites. Leur composition permettrait également de recomposer la collectivité de travail²⁴²⁴.

431. Des développements récents de la théorie organisationnelle portent sur l'entreprise comme « procédé intersubjectif de création de valeur et de distribution de pouvoir »²⁴²⁵ dont les modes d'organisations, appuyés par la technique de la personne morale, produisent un éloignement du salarié de ce pouvoir²⁴²⁶. Eloignement qui est renforcé par l'organisation en groupe ou en réseau qui permet de distinguer la société contractante de celle qui la gouverne et de masquer certaines relations de pouvoir²⁴²⁷. Dans ce cas, c'est la société-mère qui détient le pouvoir d'organisation sur ses filiales²⁴²⁸. La société amirale détient un pouvoir similaire dans le réseau.

432. Une dernière conception doit être signalée pour analyser l'institution du dialogue social dans l'entreprise. Cette dernière peut aussi être conçue comme un champ de validité de

²⁴²² *Loc. cit.*

²⁴²³ *Ibid.*, n° 36, p. 17.

²⁴²⁴ *Ibid.*, n° 510, p. 279.

²⁴²⁵ C. Hannoun, « Gouvernance des entreprises et direction des salariés », *op. cit.*

²⁴²⁶ C. Hannoun, « Groupe de sociétés », *in DRDS*.

²⁴²⁷ C. Hannoun, « Gouvernance des entreprises et direction des salariés », *op. cit.* ; M. Brodersen et E. Martinez, *op. cit.*, p. 5.

²⁴²⁸ E. Peskine, « A la recherche de l'organisation en droit du travail. Penser l'entreprise et son dépassement », *op. cit.*, p. 24.

la norme²⁴²⁹. La validité s'entend ici de la positivité de la règle et de son respect des conditions légales, constituant un rapport de relevance²⁴³⁰. Elle est un champ de validité en tant qu'espace d'application et de mise en œuvre des normes. Certaines normes sont valides, au sens d'effectives, en recevant application dans ce cadre légalement déterminé. C'est en se référant à son intérêt que certaines normes acquièrent leur validité²⁴³¹. Le respect de l'intérêt de l'entreprise permet en effet de justifier certains actes de l'employeur ou de valider certaines clauses du contrat de travail. Elle un champ de validité en tant qu'espace de production de normes. Il est possible dans l'entreprise de produire des normes, conventionnelles, délibérées ou unilatérales. Elle est un champ de validité, du point de vue de l'Etat, pour les normes qui sont relevantes. Celles qui sont conventionnelles doivent respecter les procédures de négociation et de validation des accords, à défaut des procédures alternatives. Celles qui sont délibérées doivent respecter les procédures de consultation des représentants du personnel. Celles qui sont unilatérales, et non délibérées, comme les usages ou les engagements unilatéraux, doivent entrer dans l'une de ces catégories qui, par cette opération de qualification assure leur relevance, et leur reconnaissance par le Droit étatique²⁴³². En résumé, elle est à la fois « un objet de droit externe et un espace de production de normes juridiques singulières »²⁴³³.

²⁴²⁹ A. Jeammaud, T. Kirat et M.-C. Villeval, *op. cit.*, p. 131 ; Sans reprendre les termes de cette analyse, Le Professeur Supiot développe lui aussi l'idée que les « droits de l'entreprise » peuvent s'entendre de deux sens, selon qu'ils s'y appliquent ou selon qu'ils en émanent (A. Supiot, *Critique du droit du travail, op. cit.*, p. 170).

²⁴³⁰ A. Jeammaud, « L'entreprise, champ de validité de normes non conventionnelles », in J.-M. Béraud et A. Jeammaud, *Le singulier en droit du travail*, Dalloz, 2006, p. 147.

²⁴³¹ A. Jeammaud, T. Kirat et M.-C. Villeval, *op. cit.*, p. 119.

²⁴³² A. Jeammaud, *op. cit.*, p. 140.

²⁴³³ A. Jeammaud, T. Kirat et M.-C. Villeval, *op. cit.*, p. 117.

Section 2 : Au-delà de l'entreprise, l'organisation économique

433. L'entreprise est, nous l'avons vu, objet de controverse. Qu'elle soit contrat, institution ou organisation, elle repose sur une conception des rapports sociaux, de leur évolution et une interprétation modélisatrice de l'ordre juridique. Elle est néanmoins indispensable à la technique juridique pour définir le niveau ou périmètre d'imputation de certaines obligations à l'employeur, en matière de droit collectif du travail en particulier. Par la décentralisation de la production normative par l'institution du dialogue social, le Législateur affirme le déplacement de cette production vers l'entreprise. L'examen des dispositions qu'il adopte pourtant montre une réalité quelque peu différente. Sauf à induire de son discours une conception large de l'entreprise, comme activité, qui englobe toutes les unités de production coordonnées à cette fin. Les discours regorgent en effet de références au terrain et à sa réalité²⁴³⁴. Dès la réforme Auroux, on vise l'entreprise comme lieu d'exercice du pouvoir réel²⁴³⁵. Ce qui est tout à fait contestable au regard de la concentration et de la financiarisation de l'économie, ainsi qu'au regard de développements récents de la théorie organisationnelle de l'entreprise²⁴³⁶.

Mais l'entreprise n'est qu'un périmètre ou qu'un niveau intermédiaire au sein des organisations économiques. Elle ne saurait donc constituer au mieux qu'un juste milieu, non une réelle proximité²⁴³⁷. Nous examinerons donc les niveaux *infra* et *supra* entreprise comme permettant d'approcher, si ce ne sont des réalités, au moins des rationalités, peut-être des intérêts, différentes. Nous examinerons également quel niveau et périmètre privilégie le Droit positif. Il s'agira de synthétiser les précédents développements relatifs à ce sujet. Cela sera l'objet d'un premier paragraphe.

²⁴³⁴ V. l'introduction générale la note n° 218.

²⁴³⁵ J. Auroux, *op. cit.*, p. 29.

²⁴³⁶ V. *supra* ; v. également G. Lyon-Caen, « Le pouvoir dans l'entreprise », in J. Péliissier, *Le pouvoir du chef d'entreprise*, Dalloz, 2002, p. 11 ; C. Nicod, « L'accord collectif, succédané de l'acte unilatéral », *SSL*, n° 1340, 11 fév. 2008.

²⁴³⁷ Cela pourrait s'entendre du point de vue de la volonté de concilier les intérêts des propriétaires et des salariés, de l'économique (en réalité du financier) et du social. Peut-être est-il l'espace neutre entre la collectivité des associés et la collectivité de travail, celui qui permet aux intérêts de converger.

Dans un second paragraphe, nous verrons comment s'organise le dialogue social dans une organisation réticulaire particulière que sont les plateformes. Nous les présentons comme des réseaux en ce que le code répute la relation entre la plateforme et ses travailleurs reposer sur un contrat commercial et non un contrat de travail. Notre développement sera cependant limité à ce que le Législateur a qualifié de *dialogue social de secteur*, qui correspond peu ou prou au niveau de la branche, faute de publication du régime du *dialogue social de plateforme*, qui correspondrait mieux à l'objet de notre thèse. Nous nous intéresserons donc aux singularités de ce régime. Nous pensons en effet qu'il a une dimension heuristique en ce sens qu'il permet d'étudier l'institution du dialogue social dans un domaine jusqu'alors vierge de réglementation, là où notre étude a jusqu'ici concerné l'évolution d'un régime déjà établi.

Paragraphe 1 : Différents terrains autour de l'entreprise

434. Le concept d'entreprise ne permet pas de saisir l'intégralité d'une organisation économique. Celle-ci peut être une subdivision d'une organisation plus grande ou se subdiviser elle-même. Nous reprendrons dans ce paragraphe les différents niveaux d'organisation auquel nous avons déjà recouru pour présenter le régime des relations collectives. Nous ferons ici une présentation statique de ces notions en distinguant les niveaux inférieurs et supérieurs à l'entreprise, tout en considérant qu'ils permettent de s'approcher de composantes différentes de l'organisation économique.

A. S'approcher de la production, les niveaux infra entreprise

435. L'entreprise peut se subdiviser. Elle le sera alors en établissements. Il nous faut distinguer plusieurs définitions de l'établissement. Il peut être une subdivision du périmètre de l'entreprise pour y implanter des comités sociaux et économiques d'entreprise. On parlera alors d'établissement distinct. Il peut être une subdivision du niveau de l'entreprise pour y mettre en œuvre un accord collectif. On parlera alors d'établissement autonome.

436. Elle peut se subdiviser en établissements distincts pour la représentation du personnel. L'établissement distinct, s'il n'est pas défini par l'accord de mise en place du comité, se définit eu égard à son autonomie de gestion, notamment en matière de gestion personnel. C'est sur ce critère que l'employeur doit procéder au découpage unilatéral de l'entreprise en établissement distinct lorsque la négociation n'a pas abouti à un accord. Dès lors, la distribution des pouvoirs au sein de la société impacte largement la reconnaissance d'un tel périmètre de représentation. Il peut constituer un moyen de déconcentrer certaines attributions du comité social et économique, mais cette déconcentration n'est rendue possible et utile que par la concentration et la centralisation préalable des attributions. Il est également possible, par la mise en place de représentants de proximité, d'organiser une représentation du personnel dans un périmètre encore plus restreint. Il est non seulement impossible de décentraliser la représentation du personnel, elle ne peut être que déconcentrée en ce sens que les attributions en question sont seulement déléguées par le comité, mais encore faut-il l'assentiment de l'employeur car c'est l'accord collectif qui y procède. Rappelons également que l'établissement distinct sert aussi de périmètre pour la désignation d'un délégué syndical sans que sa définition soit identique à celle de l'établissement distinct pour la mise en place du comité d'établissement. Les négociateurs pourront du reste déterminer le périmètre d'application de l'accord collectif, dans la limite de leur représentativité dans ce même périmètre, et donc produire au niveau de leur lieu de désignation des normes pour un périmètre plus restreint.

437. On distingue aussi l'établissement ou centre autonome pour l'application des conventions collectives. La notion d'établissement autonome permet encore de déterminer l'application d'une convention collective différente de celle de l'entreprise. Il faut alors déterminer un centre d'activité autonome ou un établissement autonome. Celui-ci ne se confond pas avec l'établissement distinct du comité social et économique²⁴³⁸. Il a en effet un objet différent puisqu'il s'agit d'appliquer une convention collective différente de celle de l'entreprise, ce qui a pour effet de différencier les statuts au sein de l'entreprise. Il faut donc pour le reconnaître caractériser une activité nettement distincte²⁴³⁹. Dans ce cas, bien qu'il s'agisse d'appliquer certaines normes conventionnelles, produites à un niveau *supra*

²⁴³⁸ Soc., 27 mai 2021, n^{os} 20-10.479 à 20-10.498, Inédits.

²⁴³⁹ Soc., 6 déc.1995, n^o 92-41.230, Publié.

entreprise donc, l'organisation permettra de déterminer si elle s'applique ou non au niveau *infra* entreprise. Ce n'est donc pas un niveau de production normative.

Elle peut encore se subdiviser en établissement dans le cadre de la négociation. Celui-ci ne correspond pas plus à l'établissement distinct ni même au centre autonome. L'article L. 2236-16 du Code du travail habilite les négociateurs à établir un accord dans un établissement ou dans un groupe d'établissements. A défaut de stipulations expresses contraires dans les accords d'entreprise ou de groupe, celles plus favorables des accords d'établissement ont vocation à s'appliquer prioritairement aux salariés²⁴⁴⁰. Cet accord peut par ailleurs prévoir des différences de traitement entre salariés d'une même entreprise, présumées justifiées du fait de l'accord²⁴⁴¹.

438. Si une production normative décentralisée, ou déconcentrée, est possible, le niveau de proximité avec la collectivité de travail n'est pas privilégié. C'est le contraire. L'articulation des accords ne privilégie pas la recherche de proximité vis-à-vis du personnel. L'accord collectif de niveau inférieur ne s'appliquera qu'en l'absence de clause de substitution dans l'accord de niveau supérieur portant sur le même thème dans le cadre d'une organisation économique. De même qu'en matière de représentation du personnel, seule une déconcentration est possible, mais pas une authentique décentralisation.

B. S'approcher de la direction, les niveaux supra entreprise

439. L'entreprise peut elle-même être une subdivision. Il faut alors distinguer le niveau selon qu'il existe ou non une entité propriétaire de la ou des sociétés qui reçoivent juridiquement l'entreprise. S'il existe un rapport de contrôle par la détention de parts sociales, on pourra alors identifier un groupe, périmètre de mise en place d'une institution représentative du personnel et niveau de négociation et de conclusion d'un accord collectif. S'il n'existe pas un tel rapport, il demeure possible de conclure des accords interentreprises ou de mettre en place des institutions représentatives du personnel interentreprises. En cas

²⁴⁴⁰ Art. L. 2253-7 du Code du travail.

²⁴⁴¹ V. *supra* au paragraphe n° 77.

d'unité de direction et de complémentarité entre lesdites entreprises, il est également possible de reconnaître une unité économique et sociale.

440. Elle peut être une subdivision d'un groupe. La définition du groupe repose sur l'identification d'une entreprise dominante, permettant d'établir un rapport, si ce n'est de propriété, au moins de contrôle. Une auteure invite à distinguer le groupe selon sa fonction car il est « tantôt périmètre d'application des obligations de l'employeur, sa délimitation ne relève pas du champ du disponible. Tantôt domaine d'organisation des relations de travail, le groupe est alors un espace de liberté où prévaut la négociation collective »²⁴⁴².

Le groupe est le périmètre d'implantation du comité de groupe mais nous avons vu que celui-ci, notamment en raison d'un régime défini et harmonisé dans l'Union, est resté dans l'angle mort des réformes relatives au dialogue social. Le groupe est aussi un niveau de négociation. Dans l'articulation des accords, le Législateur privilégie la primauté de l'accord de groupe en laissant aux négociateurs de ce niveau la possibilité d'insérer une clause de substitution des dispositions qu'ils ont négociées à celles des accords de niveau inférieur ayant le même objet.

Nous avons également vu que sa définition était dépendante des objectifs poursuivis par le Droit selon les obligations imputées. Le groupe est appréhendé différemment par le Droit du travail et celui des sociétés qui a d'autres objectifs, notamment celui de « préserve[r] l'indépendance patrimoniale de tous les membres »²⁴⁴³. Le Droit du travail lui-même connaît des variations dans sa définition selon qu'il traite du périmètre d'implantation du comité de groupe²⁴⁴⁴, du groupe pour la mise place de l'intéressement et de la participation²⁴⁴⁵ ou du périmètre du groupe pour le reclassement d'un salarié²⁴⁴⁶.

²⁴⁴² F. Favennec-Héry, « L'accord d'entreprise, instrument privilégié des relations de travail ? », *RJS*, 3/19, p. 155.

²⁴⁴³ S. Fahri, « Réalité économique versus réalité économique : le groupe en procédure collective », *Gaz. Pal.*, 2019, p. 23.

²⁴⁴⁴ Art. L. 2331-1 du Code du travail ; Cet article ne renvoie qu'aux conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce mais dispose d'autres critères permettant la qualification de groupe.

²⁴⁴⁵ Art. L. 3344-1 du Code du travail ; Cet article n'exige que la présence d'« entreprises juridiquement indépendantes, mais ayant établi entre elles des liens financiers et économiques ».

²⁴⁴⁶ Art. L. 1233-4 du Code du travail ; Cet article ne renvoie qu'aux conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce.

441. Ce peut être une subdivision de l'unité économique et sociale. L'unité économique et sociale repose quant à elle sur l'identification d'une unité de direction et d'une complémentarité des activités menées par plusieurs entreprises. Une fois reconnue, elle est un périmètre d'implantation du comité social et économique. En ce sens, elle permet de représenter la collectivité de travail au niveau de l'unité de direction. On pourra du reste, si besoin est, procéder à un découpage en établissement distinct. Partant, la représentation se situe à un niveau centralisé, au-delà du découpage juridique de l'entité reconnue.

442. Il est encore possible de reconnaître le niveau interentreprises qui peut accueillir sans s'y restreindre ni y correspondre totalement un réseau. Le niveau interentreprises permet de regrouper plusieurs entreprises. Ce regroupement est un possible niveau de négociation. Les négociateurs de l'accord interentreprises auront alors, comme les négociateurs d'un groupe, la possibilité de donner aux dispositions adoptées la primauté sur celles ayant le même objet dans les accords d'entreprise et d'établissement du même périmètre. Il est aussi possible dans ce périmètre de mettre en place un comité interentreprises.

443. Si les discours valorisent l'entreprise, au profit notamment du flou que le concept entretient, il faut sur le plan juridique voir tous les périmètres et niveaux et comment ceux-ci sont articulés. Un constat s'impose à l'examen du droit positif. La décentralisation permet bien la proximité vis-à-vis d'un terrain, mais c'est celui de la direction, non de la production où se réalise le travail concret.

Paragraphe 2 : Des organisations économiques dotées d'un régime spécial : le dialogue social de secteur

444. Avec la financiarisation de l'économie, matériellement appuyée sur le développement du numérique, d'autres types d'organisations économiques ont pu se développer. Il s'agit des plateformes de mises en relation. Nous traiterons ici seulement des activités de conduite d'une voiture de transport avec chauffeur et des activités de livraison de marchandises au moyen d'un véhicule à deux ou trois roues, motorisé ou non²⁴⁴⁷ - seuls secteurs visés par ce régime

²⁴⁴⁷ Art. L. 7343-1 du Code du travail.

spécial. Il s'agit d'un niveau *supra* entreprise en ce sens que le Législateur marque une volonté de ne pas reconnaître les travailleurs de ces plateformes comme des salariés, qui pourraient alors former une entreprise. Il s'agit pour le Législateur d'une relation commerciale entre la plateforme et des travailleurs indépendants. Il s'agit encore d'un niveau *supra* entreprise en ce sens que ces dispositions encadrent les relations collectives au sein des plateformes et au sein des secteurs d'activité auxquels ces plateformes appartenaient.

Ce régime est d'autant plus intéressant à étudier pour nous que le Législateur qualifie lui-même lesdites relations collectives de dialogue social, dans un espace qui était jusqu'alors dépourvu de règles dans ce domaine. Parce que ces deux secteurs ne se voyaient imputer aucune règle dans ce domaine, le Législateur a pu créer un régime au lieu d'en faire évoluer un préexistant comme c'est le cas en matière de négociation collective et de représentation du personnel. De ce fait, nous posons l'hypothèse qu'il a pu créer sans qu'il ne soit confronté à des résistances fondées sur la préservation du régime précédent, impliquant des compromis, notamment avec les organisations syndicales et patronales habituées à ce modèle et défendant leurs intérêts respectifs dans l'évolution ou la préservation de certaines règles. Cependant nous verrons que le régime de relations collectives entre employeurs et salariés n'est pas sans influence puisque de nombreuses règles de ce régime particulier s'en inspirent. Sous cette réserve, les singularités de ces règles par rapport à celles applicables entre employeur et salariés nous informent de la conception du Législateur en matière de dialogue social.

445. En préambule à l'exposition de ce régime spécial, observons une singularité dans les objectifs du Législateur. S'il s'agit bien de ne pas reconnaître les travailleurs des plateformes visées comme des salariés²⁴⁴⁸, il s'agit néanmoins de reconnaître leur « relation économique particulière »²⁴⁴⁹ et d'y mettre en place un système de représentation. Alors que le projet initial de loi d'orientation des mobilités ne comprenait aucune mesure à ce sujet, l'étude d'impact soulignait que les dispositions relatives à ces travailleurs étaient « hors champ des dispositions de la directive 91/533/CEE du Conseil de 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation

²⁴⁴⁸ V. Etude d'impact du projet de loi d'orientation des mobilités, 26 nov. 2018, p. 194 et les interventions du député de la majorité Aurélien Taché, de la rapporteure de la commission développement durable et aménagement du territoire Béragère Couillard et de la Ministre des transports Elisabeth Borne autour de l'institution du dialogue social de plateforme lors de la deuxième séance de l'Assemblée nationale du 7 juin 2019 ; V. également le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-484 du 21 avril 2021 relative aux modalités de représentation des travailleurs indépendants recourant pour leur activité aux plateformes et aux conditions d'exercices de cette représentation.

²⁴⁴⁹ A. Taché, Ass. nat., Deuxième séance, 7 juin 2019.

de travail »²⁴⁵⁰, considérant qu'il n'y avait pas d'inconventionnalité s'agissant de travailleurs que l'on entend pas reconnaître comme salariés.

C'est lors de la première lecture à l'Assemblée nationale que le Gouvernement propose un amendement en réponse à un amendement qui impliquait l'organisation d'élections professionnelles pour mesurer la représentativité d'organisations²⁴⁵¹. Or le Gouvernement et la commission, partageant l'objectif de mettre en place des dispositifs de régulation sociale, estimaient avoir besoin de temps pour consulter au-delà des « syndicats dits représentatifs », notamment les « associations et alliances de VTC » qui n'auraient pas la capacité de « faire campagne et les [les élections] remporter »²⁴⁵². Il s'agit également d'avoir le temps de rechercher un consensus autour de cette question qui ne serait pas encore établi à défaut de « collectif stable et des modes de représentations déjà structurés »²⁴⁵³. C'est ainsi que l'amendement du Gouvernement a été adopté, aboutissant à l'article 48 de la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités qui habilite le Gouvernement à mettre en place le dispositif que nous allons étudier par ordonnance. Cette mise en place du

²⁴⁵⁰ Etude d'impact du projet de loi d'orientation des mobilités, 26 nov. 2018, p. 199.

²⁴⁵¹ Amendement n° 2996 :

« Après l'article 20, insérer l'article suivant :

Le chapitre II du titre IV du livre III de la septième partie du Code du travail est complété par un article L. 7342-7 ainsi rédigé :

« Art. L. 7342-7. – Les plateformes mentionnées à l'article L. 7342-1, dans les secteurs du transport de personnes avec chauffeur, et pour celles de la livraison en véhicule à deux roues, négocient avec les représentants des travailleurs recourant à leurs services. Ces négociations, menées au niveau du secteur, portent notamment sur la rémunération, le montant de la commission prélevée par la plateforme, les conditions de travail, l'accès à la protection sociale, les procédures de règlement des différends, les traitements de données effectués par la plateforme.

« Ces représentants sont élus ou désignés, selon des modalités définies par décret, qui permettent d'assurer une représentativité légitime des travailleurs.

« Les modalités d'organisation de ces négociations sont définies par décret.

« La validité de l'accord est subordonnée à la signature, d'une part, du représentant des plateformes et, d'autre part, d'une ou des organisations représentant au moins 30 %, des suffrages exprimés représentés, sauf opposition d'organisations représentant au moins 50 % des suffrages exprimés dans un délai de quinze jours représentés. » ».

²⁴⁵² B. Couillard, Ass. nat., Deuxième séance, 7 juin 2019.

²⁴⁵³ E. Borne, Ass. nat., Deuxième séance, 7 juin 2019.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

dialogue social est articulée aux questions économiques en qu'elle vise à « accompagner le développement de l'activité des plateformes de la mobilité »²⁴⁵⁴.

A. Dialoguer autour d'un accord dans les secteurs

446. Il est tout d'abord possible de négocier des accords de secteurs. Les représentants des travailleurs de plateformes peuvent négocier sur « l'ensemble des conditions de travail, de rémunération et d'exercice de l'activité professionnelle, sur la formation professionnelle et les garanties sociales des travailleurs, ainsi que sur l'établissement et la rupture des relations commerciales avec les plateformes »²⁴⁵⁵. Ces accords de secteur ne peuvent déroger aux règles d'ordre public, mais peuvent stipuler des règles plus favorables²⁴⁵⁶. On retrouve ici la même règle que celle signifiée à l'article L. 2251-1 du Code du travail relatif aux accords et conventions conclus entre organisations syndicales et patronales. Il n'existe pour l'instant pas de règles singulières permettant d'étudier l'articulation avec les accords de plateforme, faute pour ces derniers de disposer d'un régime.

Cet accord pour être valide répond à des conditions similaires à celles des conventions et accords collectifs de branche pour les activités salariées. Le texte doit pour être valide, être signé par des organisations représentatives des travailleurs ayant recueilli trente pourcents des voix sans avoir reçu l'opposition des organisations majoritaires²⁴⁵⁷.

Ce régime pose également des obligations d'ordre comportemental dans la négociation. Les parties sont en effet tenues à « l'engagement sérieux et loyal des négociations [qui] implique que les organisations représentant les plateformes communiquent aux organisations représentant les travailleurs les informations nécessaires pour leur permettre de négocier en toute connaissance de cause et aient répondu de manière motivée à leurs

²⁴⁵⁴ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2022-492 du 6 avril 2022 renforçant l'autonomie des travailleurs indépendants des plateformes de mobilité, portant organisation du dialogue social de secteur et complétant les missions de l'Autorité des relations sociales des plateformes d'emploi.

²⁴⁵⁵ Art. L. 7343-28 du Code du travail ; comp. art. L. 2232-6 du Code du travail.

²⁴⁵⁶ 2^e al. de l'art. L. 7343-28 du Code du travail.

²⁴⁵⁷ II de l'art. L. 7343-29 du Code du travail.

éventuelles propositions »²⁴⁵⁸. La singularité dans ce domaine tient au fait que l'accord est déposé auprès de l'Autorité des Relations sociales des Plateformes d'Emploi (ARPE). Cette loyauté peut être assurée par un accord de méthode²⁴⁵⁹. Celui-ci doit préciser les thèmes, le calendrier des négociations et les modalités selon lesquelles sont suivis les engagements souscrits par les parties. Il peut également définir les modalités de prise en compte des demandes relatives aux thèmes de négociation émanant d'une ou plusieurs organisations de travailleurs reconnues représentatives ainsi que les informations que les membres du collège des organisations professionnelles de plateformes reconnues représentatives remettent aux négociateurs sur les thèmes prévus par la négociation et la date de cette remise.

447. Les secteurs organisés en plateformes connaissent des obligations de négocier. Le secteur est aussi soumis à des obligations de négocier de façon régulière. Une négociation annuelle doit avoir lieu de façon obligatoire sur les modalités de détermination des revenus des travailleurs, y compris le prix de leur prestation de service ; les conditions d'exercice de l'activité professionnelle des travailleurs, et notamment l'encadrement de leur temps d'activité ainsi que les effets des algorithmes et des changements les affectant sur les modalités d'accomplissement des prestations ; la prévention des risques professionnels auxquels les travailleurs peuvent être exposés en raison de leur activité ainsi que les dommages causés à des tiers ; les modalités de développement des compétences professionnelles et de sécurisation des parcours professionnels²⁴⁶⁰.

La régularité à ce niveau est singulière en comparaison des négociations obligatoires de branche qui ne se tient que tous les quatre ans²⁴⁶¹.

Ce régime se singularise aussi quant aux thèmes de négociation. Les négociateurs de branche doivent négocier sur huit thèmes²⁴⁶² au lieu des quatre précités pour les accords de

²⁴⁵⁸ Art. L. 7343-30 du Code du travail ; comp. art. L. 2241-3 du Code du travail.

²⁴⁵⁹ Art. L. 7343-38 du Code du travail.

²⁴⁶⁰ Art. L. 7343-36 du Code du travail.

²⁴⁶¹ Art. L. 2241-1 du Code du travail.

²⁴⁶² 1° Sur les salaires ;

2° Sur les mesures tendant à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et sur les mesures de rattrapage tendant à remédier aux inégalités constatées ainsi que sur la mise à disposition d'outils aux entreprises pour prévenir et agir contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes ;

2° bis Sur les mesures destinées à faciliter la conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle des salariés proches aidants ;

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

secteur. Les négociateurs peuvent encore négocier sur des thèmes que la loi indique mais n'impose pas. Ces thèmes sont les modalités d'échanges d'informations entre la plateforme et les travailleurs sur l'organisation de leurs relations commerciales ; les modalités de contrôle par la plateforme de l'activité du travailleur indépendant et de la réalisation de la prestation lui incombant, les circonstances pouvant conduire à une rupture des relations commerciales entre la plateforme et le travailleur indépendant ainsi que les garanties dont l'intéressé bénéficie dans ce cas au regard des dispositions de l'article L. 442-1 du code de commerce ; et les prestations de protection sociale complémentaire entrant dans le champ des articles L. 911-1 et L. 911-2 du code de la sécurité sociale. Si ce régime ne connaît pas de procédure d'extension par voie de décret, il contient une procédure d'homologation par l'ARPE qui produit les mêmes effets, c'est-à-dire l'application de l'accord à l'ensemble des plateformes du secteur couvert²⁴⁶³.

B. Dialoguer autour d'un avis dans les secteurs

448. Nous avons précédemment exposé l'obligation de négocier au niveau du secteur. Cette prérogative s'exerce au sein d'une commission de négociation qui est une instance permanente de représentation. Cette dernière n'a pas que pour mission de négocier, mais aussi de « dialoguer sur les conditions de travail » et échanger des informations²⁴⁶⁴. C'est pourquoi nous le développons ici. Dans les secteurs couverts, les représentants des plateformes et des travailleurs doivent négocier la mise en place d'une commission de la négociation qui permettra d'organiser la procédure de négociation ici décrite. A défaut d'accord cette

3° Sur les conditions de travail, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, et sur la prise en compte des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels énumérés à l'article L. 4161-1 ;

4° Sur les mesures tendant à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés ;

5° Sur les priorités, les objectifs et les moyens de la formation professionnelle des salariés ;

6° Sur l'examen de la nécessité de réviser les classifications, en prenant en compte l'objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et de mixité des emplois ;

7° Sur l'institution d'un ou plusieurs plans d'épargne interentreprises ou plans d'épargne pour la retraite d'entreprise collectifs interentreprises lorsqu'il n'existe aucun accord conclu à ce niveau en la matière.

²⁴⁶³ Art. L. 7343-49 et s. du Code du travail.

²⁴⁶⁴ Art. L. 7343-54 du Code du travail.

commission est composée d'autant de représentants des plateformes que de représentants des travailleurs. Chaque organisation représentative des travailleurs désigne deux représentants. En fonction de ce nombre, les organisations représentant les plateformes disposent d'autant de représentants que les travailleurs, répartis à part égale entre ces organisations. Si la répartition à part égale n'est pas possible, les sièges restants sont attribués aux organisations ayant la plus forte audience. Il est remarquable qu'en comparaison au régime de négociation au sein des branches professionnelles, la négociation au sein du secteur soit encadrée quant à ces modalités. Le Droit du travail ne dispose à ce niveau que d'une référence à la mise en place négociée de la commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation et à ses missions, sans prévoir de dispositions supplétives quant à sa composition²⁴⁶⁵.

449. Le secteur des voitures de transport avec chauffeur (VTC) a conventionnellement mis en place cette commission par un accord du 18 janvier 2023 *relatif à la méthode et aux moyens de la négociation dans le secteur des plateformes VTC*. Dans cet accord, bien que l'on y trouve principalement des références ou des reprises des dispositions législatives, nous décelons l'influence du régime relatif à la représentation des travailleurs salariés pour celles des dispositions qui se singularisent. Il est en effet notable que l'accord traite de la question des suppléants. Les organisations représentatives peuvent, en plus de la nomination des titulaires qui reprend le régime légal, désigner un suppléant²⁴⁶⁶. Celui-ci n'assiste à la commission qu'en l'absence d'un titulaire comme le ferait un suppléant au comité social et économique en l'absence d'accord plus favorable. Il peut de façon exceptionnelle assister à deux réunions par an avec les deux titulaires de son organisation, mais sans pouvoir participer aux débats. Une disposition similaire existe pour les représentants de plateformes. Il est en outre possible d'inviter des personnes sur l'accord unanime des organisations représentatives des travailleurs et des plateformes pour alimenter et éclairer leurs débats²⁴⁶⁷.

Autre singularité dans le fonctionnement, qu'à défaut de comparaison avec les branches nous pouvons comparer avec le comité social et économique, si aucune présidence n'est désignée pour les réunions de la commission, il existe un secrétariat assuré par une

²⁴⁶⁵ Comp. Art. L. 2232-9 du Code du travail.

²⁴⁶⁶ Art. 1.1.1 de l'accord du 18 janvier 2023 relatif à la méthode et aux moyens de la négociation dans le secteur des plateformes VTC.

²⁴⁶⁷ Art. 1.1.3 de l'accord du 18 janvier 2023 préc.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

organisation représentative d'une plateforme²⁴⁶⁸. Les organisations représentatives des travailleurs peuvent quant à elles exiger, si elles sont majoritaires, l'organisation d'une réunion extraordinaire dont elles déterminent l'ordre du jour. Quant à l'ordre du jour des réunions ordinaires, son élaboration demeure floue. Un simple renvoi est fait à la définition de « l'agenda social sectoriel » négocié chaque année en cours de l'une des réunions ordinaires²⁴⁶⁹ et aux « sujets de préoccupations exprimés par les membres de la commission » lors de la précédente réunion²⁴⁷⁰. Cet ordre du jour ne comporte pas, du reste, que des sujets de négociation mais aussi de concertation relativement aux missions de celle-ci. Il s'agit là de points qui ne font l'objet d'aucune disposition législative à défaut d'accord. Seule la présidence est déterminée lorsqu'il s'agit de réunir une commission mixte de négociation, c'est-à-dire incluant l'ARPE, c'est alors son directeur général ou l'un de ses représentants qui préside la commission. Cette dernière ne se réunissant qu'à l'initiative de l'ARPE ou à la demande d'au moins une organisation représentative des travailleurs et d'une organisation représentative des plateformes, afin que la négociation soit provoquée et facilitée par l'ARPE²⁴⁷¹.

450. Le secteur de la livraison de marchandises au moyen d'un véhicule à deux ou trois roues, motorisé ou non a mis en place cette commission par un accord du 20 avril 2023 homologué par l'ARPE. En ce qui concerne la composition de la commission, il reprend les dispositions légales. Il se singularise cependant en permettant au suppléant de siéger²⁴⁷². En ce qui concerne son fonctionnement, le secrétariat est lui aussi assuré par le collègue des plateformes²⁴⁷³. Elle se réunit deux fois par an²⁴⁷⁴. Quant à l'ordre du jour, on retrouve comme dans le précédent accord des références à « l'agenda social sectoriel » et aux « sujets de préoccupations exprimés par les membres de la commission » sans plus de précisions

²⁴⁶⁸ Art. 1.2 de l'accord préc.

²⁴⁶⁹ Art. 3.1 de l'accord préc.

²⁴⁷⁰ Art. 1.2.2 al. 7 de l'accord préc.

²⁴⁷¹ Art. L. 7343-55 du Code du travail.

²⁴⁷² 3^e al. de l'art. 2.1.2 de l'accord du 20 avril 2023 de méthode sur l'organisation des négociations collectives dans le secteur de la livraison de marchandises au moyen d'un véhicule à deux ou trois roues, motorisé ou non.

²⁴⁷³ Art. 2.2.1 de l'accord préc.

²⁴⁷⁴ Art. 2.2.2 de l'accord préc.

quant à son élaboration ni quant au délai de communication des informations liées à ces points.

C. Les moyens à l'appui du dialogue social de secteur

451. Le premier outil qui appuie le dialogue social de plateforme est la représentativité des organisations. Il s'agit tout d'abord d'un scrutin sur sigle quadriennal, par voie électronique et organisé par l'ARPE. La représentativité des interlocuteurs sociaux répond à des conditions pour certaines identiques aux organisations syndicales, pour d'autres identiques aux organisations patronales. Les trois premières conditions sont identiques à celles de l'article L. 2121-1 du Code du travail applicables aux organisations syndicales de salariés et L. 2151-1 du Code du travail applicables aux organisations patronales, à savoir le respect des valeurs républicaines, l'indépendance et la transparence financière. On observe ensuite une variation dans ces conditions. La condition d'ancienneté minimale n'est que d'un an au lieu de deux dans les autres entreprises. Le seuil d'audience, qui est à nouveau le critère « le plus déterminant »²⁴⁷⁵, permettant d'établir la représentativité est quant à lui de huit pourcents. Le choix de ce seuil fait penser au seuil d'audience des organisations syndicales au niveau de la branche²⁴⁷⁶ d'après le rapport de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale²⁴⁷⁷. Si l'on comprend cette analogie entre le secteur et la branche fait par la haute Assemblée, on peut aussi entendre le choix du seuil de huit pourcents dans un texte émanant du Gouvernement, en référence à celui pour mesurer la représentativité des organisations patronales au niveau de la branche et au niveau national et interprofessionnel²⁴⁷⁸. Référence qui s'entendrait au regard de la volonté de considérer les travailleurs concernés comme des travailleurs indépendants.

²⁴⁷⁵ F. Puissat, 15 nov. 2021, Sénat, compte-rendu intégral des séances.

²⁴⁷⁶ Art. L. 2122-5 du Code du travail.

²⁴⁷⁷ C. Grandjean, Rapport au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de ratifiant l'ordonnance n° 2021-484 du 21 avril 2021 relative aux modalités de représentation des travailleurs indépendants recourant pour leur activité aux plateformes et aux conditions d'exercice de cette représentation et portant habilitation du Gouvernement à compléter par ordonnance les règles organisant le dialogue social avec les plateformes, Ass. nat., n° 4481, p. 14.

²⁴⁷⁸ Respectivement les articles L 2152-1 et L. 2152-4 du Code du travail.

La cinquième condition relative à l'influence comporte quant à elle une singularité si on la compare au régime applicable aux organisations syndicales et patronales. Alors que pour ces dernière cette influence est « prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience »²⁴⁷⁹, l'influence des organisations représentatives des travailleurs des plateformes de mobilité est quant à elle « appréciée au regard de l'activité et de l'expérience de l'organisation en matière de représentation des travailleurs mentionnés au premier alinéa ».

Cette variation dans la formule appelle quelques interrogations. Première interrogation quant à la différence entre être « prioritairement caractérisée » et être « appréciée au regard ». Tandis que la première formule signifie que les éléments qui suivent servent prioritairement, ce qui laisse entendre que l'influence peut être caractérisée par d'autres éléments bien que secondaires, la seconde formulation pourrait laisser entendre que seules l'activité et l'expérience permettent d'apprécier l'influence en question. Seconde interrogation quant à l'ajout de la mention « en matière de représentation des travailleurs mentionnés au premier alinéa » qui n'existe pas pour les autres organisations syndicales et patronales. Cette mention aussi laisse entendre une restriction dans l'appréciation de l'influence et une appréciation par le juge, et avant lui par l'ARPE qui établit la liste des organisations représentatives, de ce qu'est l'activité et l'expérience en matière de représentation de ces seuls travailleurs.

Dernière singularité à relever, sans doute la plus importante, c'est que les travailleurs des plateformes ne sont pas seulement représentés, du fait de leur statut particulier que l'on cherche à distinguer du salariat, par des organisations syndicales mais aussi par des associations constituées conformément aux dispositions de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association lorsque la représentation de ces travailleurs et la négociation des conventions et accords qui leur sont applicables entrent dans leur objet social²⁴⁸⁰.

452. Les représentants des travailleurs de plateformes bénéficient d'une protection lors de leur mandat similaire aux représentants des salariés. En termes de durée de protection, celle-ci s'étend de la connaissance de l'imminence d'une candidature par la plateforme aux six mois qui suivent la fin du mandat. La protection porte sur la rupture du contrat commercial par la plateforme. Cette dernière ne pourra le faire qu'avec l'autorisation de l'ARPE qui doit contrôler que celle-ci est sans rapport avec l'exercice des fonctions représentatives. La

²⁴⁷⁹ 5° des art. L. 2121-1 et L. 2152-1 du Code du travail.

²⁴⁸⁰ Art. L. 7343-2 2° et art. L. 7343-21 du Code du travail.

plateforme pourra cependant, en cas de faute grave, suspendre la relation commerciale à titre conservatoire. Si la rupture est autorisée, la plateforme pourra mettre fin à la relation commerciale, à défaut, la relation doit reprendre « son cours et son plein effet ». Le travailleur est également protégé contre la baisse substantielle de son activité par une comparaison de son activité moyenne au cours des trois derniers mois par rapport aux douze précédents. Comme pour la preuve d'une discrimination, le travailleur doit apporter la preuve d'une baisse d'activité, ce sera alors à la plateforme de justifier cette baisse par des éléments objectifs étrangers à l'activité de représentation du travailleur.

453. Les représentants des travailleurs bénéficient de jours de formation au dialogue social²⁴⁸¹ qui ont été fixés par décret à douze jours par an²⁴⁸². Le contenu est lui aussi déterminé par décret. Celle-ci « a pour objet de les [les représentants des travailleurs de plateforme] sensibiliser aux enjeux et méthodes du dialogue social. Elle est dispensée par des formateurs disposant d'une expérience en matière de dialogue social selon un programme théorique et pratique qui tient compte : 1° Des caractéristiques des secteurs mentionnés à l'article L. 7343-1 ; 2° Du rôle du représentant de travailleurs indépendants utilisant une plateforme d'emploi »²⁴⁸³.

454. Les représentants des travailleurs se voient attribuer des heures de délégation. Deux temps font l'objet d'une indemnisation permettant aux représentants d'exercer leurs missions. Le premier temps pris en compte est celui passé aux réunions de la commission de négociation. Le second est un crédit de cent quarante-quatre heures par an pour l'exercice des autres fonctions de représentation.

455. Les négociateurs de secteur peuvent faire appel de manière générale à une expertise dans des conditions singulières. Ce que l'on ne retrouve pas, par comparaison, au niveau de la négociation de branche ni au niveau des organisations économiques à l'exception de quelques sujets dépendants de la présence d'un comité social et économique. Cependant, cette expertise répond à des conditions précises. L'organisation représentative qui en fait la demande doit en obtenir l'autorisation par l'ARPE et non par la commission de négociation. Cela s'entend du fait que l'ARPE la finance alors que la commission ne dispose pas de budget permettant un tel

²⁴⁸¹ Art. L. 7343-19 du Code du travail.

²⁴⁸² Art. D. 7343-74 du Code du travail.

²⁴⁸³ Art. R. 7343-72 du Code du travail.

financement. La demande doit comprendre un cahier des charges établi par l'organisation et une évaluation par l'expert du coût prévisionnel et du temps nécessaire à la mission²⁴⁸⁴. C'est ensuite à l'ARPE d'autoriser cette expertise si elle l'estime utile au regard de la négociation qu'elle vient appuyer²⁴⁸⁵, sachant que l'expertise peut porter sur tous les éléments d'ordre économique, financier, social et environnemental²⁴⁸⁶.

456. Afin de favoriser le dialogue social au sein des secteurs et plateformes, et s'agissant d'un secteur distingué par le Législateur des relations de travail salarié sous l'autorité du ministère du travail, une autorité *ad hoc* a été mise en place. Il s'agit de l'autorité des relations sociales des plateformes d'emploi. Celle-ci a plusieurs missions déjà évoquées, telles que l'arrêt de la liste des organisations représentatives, le financement des formations, la promotion du dialogue social et l'accompagnement dans la négociation, l'autorisation de la rupture des relations commerciales en cas de faute grave d'un représentant des travailleurs, de collecter des données statistiques, de statuer sur les expertises, et d'observer les pratiques des plateformes²⁴⁸⁷. Elle exerce également une mission de médiation prévue aux articles L. 7345-7 et suivants du code du travail. Cette mission peut se réaliser dans le cadre de la négociation ou de la mise en œuvre des accords de secteur.

Cependant, sa compétence est exclue dans certaines circonstances. Elle ne peut intervenir, même au titre de sa mission de médiation, en cas de différend survenant entre une plateforme et les consommateurs, de différend survenant entre les consommateurs et les travailleurs, de procédure juridictionnelle introduite par une plateforme ou un travailleur contre un consommateur, de tentative de conciliation ou de médiation ordonnées par une juridiction²⁴⁸⁸. Elle ne peut pas non plus intervenir au titre de cette même mission lorsqu'un représentant ou une plateforme ne justifie pas de l'existence d'une tentative préalable de résolution du litige directement auprès de la partie adverse par une réclamation écrite ou selon les modalités prévues le cas échéant dans le contrat, de demande manifestement infondée ou abusive, de différend qui a été précédemment examiné ou qui est en cours d'examen dans le cadre d'une autre médiation ou par un tribunal, de différend qui n'entre pas dans son champ de

²⁴⁸⁴ Art. L. 7343-56 du Code du travail.

²⁴⁸⁵ Art. L. 7343-57 du Code du travail.

²⁴⁸⁶ Art. L. 7343-56 du Code du travail.

²⁴⁸⁷ Art. L. 7345-1 du Code du travail.

²⁴⁸⁸ Art. L. 7345-8 du Code du travail.

ou lorsqu'un représentant ou une plateforme a introduit sa demande dans un délai supérieur à un an à compter de la réclamation écrite auprès de la partie adverse²⁴⁸⁹.

²⁴⁸⁹ Art. L. 7345-9 du Code du travail.

Conclusion de chapitre

457. Nous avons vu que l'entreprise est une forme d'organisation permettant d'agir sur les marchés, dont l'émergence et le développement sont eux-mêmes concomitants à l'affirmation de l'Etat moderne. Tous évoluent selon des conditions historiques déterminées. Le Droit reconnaît l'entreprise. Il l'encadre dans sa constitution, son organisation et sa capacité à agir²⁴⁹⁰. Elevée à la vie juridique, l'entreprise aurait sa « vie propre transcendant ses éléments constitutifs »²⁴⁹¹. Le développement de l'économie de marché a nécessité des besoins importants en capitaux qui ont conduit à l'institution de mécanismes favorisant la concentration. Cette concentration a conduit à la constitution de grands ensembles ne permettant plus nécessairement une valorisation adéquate du capital sur les marchés financiers. Cela a conduit à resserrer les entreprises sur leur cœur de métier et à externaliser diverses unités. Le premier mouvement s'illustre dans la constitution de groupes, tandis que le second – complémentaire – s'illustre dans la constitution de réseaux. En d'autres termes, alors que l'un, le groupe, est le fruit d'un processus de concentration du capital²⁴⁹², l'autre, le réseau, est un produit de sa décentralisation²⁴⁹³, le premier est un produit de la domination capitaliste²⁴⁹⁴ et le second de la soumission contractuelle²⁴⁹⁵.

Face à la complexité de ces ensembles productifs qui sont le cadre d'imputation d'obligations et de production de normes singulières, différents modèles théoriques ont été construits par les juristes. *L'entreprise a pu être conçue comme nœud de contrats, institution ou organisation. Chacun de ces modèles sous-tend une certaine conception du pouvoir qui tire sa source de l'acceptation par le salarié à travers le contrat, de sa préexistence au sein de l'institution ou de la capacité à organiser la production. Si ce dernier modèle semble*

²⁴⁹⁰ A. Jeammaud, T. Kirat et M.-C. Villeval, « Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation : au croisement de l'économie et du droit », *RIDE*, 1996, p. 99

²⁴⁹¹ J. Le Goff, « Entreprise et institution : retour sur un débat crucial », in J.-P. Le Crom, *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, PUR, 2004, p. 88

²⁴⁹² Ce processus a été étudié par la doctrine : G. Lyon-Caen, « La concentration du capital et le Droit du travail », *Dr. soc.*, 1983, p. 301 ; F. Gaudu ; « Entre concentration économique et externalisation : les nouvelles frontières de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2001, p. 471

²⁴⁹³ A. Lyon-Caen, « Retrouver l'entreprise », *Dr. ouv.*, 2013, p. 197

²⁴⁹⁴ G. Auzero, « Domination et soumission au sein du groupe de sociétés », *Dr. soc.*, 2019, p. 438

²⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 439

mieux prendre en compte les évolutions décrites précédemment, c'est le second qui permet selon nous de comprendre les choix du Législateur.

458. Nous avons enfin vu que l'entreprise ne contenait pas les différents niveaux d'organisation et d'imputation. On trouve différents niveaux supérieurs ou inférieurs à l'entreprise dans lesquels s'imputent aussi des obligations et dans lesquels on peut aussi produire des normes. Nous avons étudié l'institution récente du dialogue social dans des organisations réticulaires particulières que sont les plateformes. Ces différents niveaux, qu'ils s'agissent de groupes ou de réseaux, sont habilités à centraliser du point de vue de leur propre organisation la production normative du dialogue social.

Comme la décentralisation signifie un modèle de norme étatique, elle signifie un modèle de production de la norme décentralisée dépendant de la conception instituée du pôle récepteur de l'habilitation à produire des normes décentralisées. Alors que la référence du premier pour dire la loi est l'intérêt général, celle du second est l'intérêt de l'organisation habilitée.

Chapitre 2 : La norme décentralisée adaptée

« Quand les intérêts changent les mentalités évoluent vite. »²⁴⁹⁶

459. Nous avons développé dans le précédent chapitre les théories de l'entreprise. Celle-ci peut être conçue comme nœud de contrats, institution ou organisation. Cela nous fournit des modèles d'analyse du cadre vers lequel est déplacée la production normative par l'institution du dialogue social. Ces théories nous fournissent aussi des modèles de l'entité dont nous devons sur l'intérêt de laquelle repose la production de normes acceptées par tous ses membres en ce qu'il exprimerait le besoin de s'adapter pour le profit de tous ses membres. Sa définition est en effet dépendante de la façon dont on conçoit l'entité en question²⁴⁹⁷.

Le dialogue social vise à favoriser un agir collectif. Nous avons vu comment il détermine des procédures qui permettent de faire évoluer le cadre d'action. Mais cette action repose encore sur un intérêt reconnu par les acteurs comme leur étant commun. Il nous faut donc dans ce dernier chapitre déterminer quel est cet intérêt qui favorise l'agir au sein d'une organisation économique. Le Droit positif connaît un modèle qui pourrait y correspondre, c'est celui de l'intérêt de l'entreprise. Nous verrons donc dans une première section comment cet intérêt est appréhendé par le Droit. Dans une seconde section, nous élargirons la focale en nous intéressant à l'intérêt commun. Il ne s'agira plus alors de voir comment le Droit reconnaît un intérêt supposé préexistant mais comment il le construit en faisant évoluer les droits des sujets qui en sont titulaires.

Les notions d'intérêt et de Droit sont liées. Dans un ouvrage consacré à ce sujet, le Professeur François Ost développe qu'entre l'intérêt, qui relève du *sein*, et le Droit (subjectif), qui relève du *sollen*, il y a un *continuum*²⁴⁹⁸. L'intérêt peut être élevé à la vie juridique, alors il

²⁴⁹⁶ A. Roudil, « Flexibilité de l'emploi et droit du travail : « la beauté du diable » », *Dr. soc.*, 1985, p. 92.

²⁴⁹⁷ G. Boucris-Maitral, « Intérêt social et intérêt de l'entreprise, des outils de contrôle du pouvoir privé », in A. Lyon-Caen et Q. Urban, *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, p. 27.

²⁴⁹⁸ F. Ost, *Droit et intérêt. Vol. 2. Entre droit et non-droit : l'intérêt*, PUSL, 2019, p. 36.

constitue un droit subjectif. A l'opposé du spectre, il peut être considéré comme illicite. Entre ces deux pôles, différents intérêts sont juridiquement reconnus et protégés. Cette notion révèle toute son utilité pour les groupements et les personnes morales, vis-à-vis desquels elle a une *fonction créatrice*²⁴⁹⁹. En se regroupant, parfois en créant une personne morale, les individus créent un intérêt commun à leur groupe qui ne se réduirait pas à leurs intérêts propres.

Le développement de la négociation collective – nous y ajoutons les autres fonctions représentatives – suppose selon certains auteurs « une culture, un état d'esprit »²⁵⁰⁰, voire une « révolution culturelle »²⁵⁰¹ pour « que le pays passe enfin d'une culture de l'affrontement à une culture du compromis et de la négociation »²⁵⁰². La réussite de ces réformes et l'appropriation de ces techniques nouvelles reposent en effet sur l'« acceptation de la différence normative fondée sur la nécessité d'une règle adaptée à des situations économiques et sociales de plus en plus diverses »²⁵⁰³. Nous verrons comment l'Etat par sa production normative, reconnaît les intérêts et en suscite de nouveaux. Nous verrons aussi comment cet intérêt reconnu comme commun doit susciter l'agir collectif et dissuader l'expression du conflit en exprimant la nécessité pour l'organisation économique de s'adapter.

Section 1 : L'intérêt de l'entreprise tel qu'il est reconnu par le Droit

460. La notion d'intérêt de l'entreprise est largement admise en Droit du travail. Elle fournit un standard d'appréciation. Ce qui nous permet de poser l'hypothèse que l'intérêt de l'entreprise peut être le standard sur lequel repose la capacité des acteurs à évaluer le besoin d'adapter le cadre normatif et le faire évoluer par le recours au dialogue social. Sa définition n'est cependant pas neutre en ce qu'elle influe sur la gouvernance, si ce n'est le

²⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 80.

²⁵⁰⁰ J.-E. Ray, « Trois rapports pour quelle refondation ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 412.

²⁵⁰¹ M. El Khomri, Ass. nat., Deuxième séance du mardi 3 mai 2016.

²⁵⁰² V. Exposé des motifs de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

²⁵⁰³ P.-H. Antonmattei, « Enjeux et exigences d'un droit du travail plus conventionnel », *BJT*, déc. 2019, p. 39.

gouvernement, des sociétés²⁵⁰⁴. Comme standard de comportement, elle imprime certaines conceptions et vise à orienter les actions des membres de l'entreprise²⁵⁰⁵. Elle n'est pas non plus neutre en ce qu'elle est couramment rattachée à la théorie institutionnelle²⁵⁰⁶. Approche que l'on décèle dès les lois Auroux²⁵⁰⁷ sans qu'elle ne soit véritablement instituée²⁵⁰⁸. Cet intérêt, pour favoriser l'agir collectif ne saurait se réduire à l'intérêt de l'une des composantes de l'organisation économique. Ce qui nous conduit à définir négativement l'intérêt de l'entreprise dans un premier paragraphe. Puis nous développerons une définition positive pour voir si celle-ci correspond à un intérêt commun sur lequel peut reposer le dialogue social et à un standard d'appréciation de la nécessité d'adaptation.

Paragraphe 1 : Définition négative : ce que n'est pas l'intérêt de l'entreprise

461. Il s'agit ici de distinguer la notion d'intérêt de l'entreprise de notions voisines telles que celles qui se réfèrent à l'intérêt des différents membres, ou groupes de membres, de l'entreprise. Nous distinguerons pour cela les intérêts des deux parties au contrat de travail que sont le salarié et l'employeur. Mais pour traiter de l'employeur et de son intérêt, il nous

²⁵⁰⁴ P. Merle et A. Fauchon, *Droit commercial. Sociétés commerciales.*, Précis Dalloz, 26^e éd., 2022., n° 70, p. 93.

²⁵⁰⁵ T. Favario, *L'intérêt de l'entreprise en droit privé français*, Thèse dactylographiée, Lyon 3, 2004, n° 892, p. 418.

²⁵⁰⁶ A. Supiot, « Le progrès des Lumières dans l'entreprise (à propos d'une floraison d'experts) », in *Les transformations du droit du travail : études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 470 ; G. Couturier, « L'intérêt de l'entreprise », in *Les Orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, 1992, p. 146 ; T. Favario, *op. cit.*, n° 240, p. 113 ; Y. Pagnerre, « L'intérêt de l'entreprise en droit du travail », in B. Teyssié, *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, 2011, p. 64 ; A. Bennini, « L'intérêt de l'entreprise, faux débats et vraies questions », in A. Lyon-Caen et Q. Urban, *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, Dalloz, 2012, p. 50 ; T. Sachs, « L'intérêt de l'entreprise entre droit du travail et économie », in A. Lyon-Caen, Q. Urban, *op. cit.*, p. 69 ; C. Giraudet, *Théorie de l'institution et droit du travail*, Thèse dactylographiée, Paris Ouest Nanterre La Défense, 2014, p. 16 ; A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 3^e éd., 2015, p. 252 ; E. Peskine et C. Wolmark, *Droit du travail*, Dalloz, Hypercours, 2023, 16^e éd., n° 332, p. 215 ; G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2023, 36^e éd., n° 668, p. 899 ; F. Bergeron-Canut et M. Morand, « Accord collectif et contrat de travail », in G. Loiseau, *Mélanges en l'honneur de Pierre-Yves Verkindt*, LGDJ, 2022, p. 30.

²⁵⁰⁷ A. Jeammaud, « Droit du travail 1988 : des retournements plus qu'une crise », *Dr. soc.*, 1988, p. 583 ; A. Supiot, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1989, p. 197 ; A. Supiot, « Le progrès des Lumières dans l'entreprise (à propos d'une floraison d'experts) », *op. cit.*, p. 470 ; G. Couturier, *op. cit.*, p. 148.

²⁵⁰⁸ C. Giraudet, *op. cit.*, p. 17.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

faut encore distinguer deux dimensions : le pouvoir de direction économique et le pouvoir de direction des personnes²⁵⁰⁹, l'un appartenant au propriétaire et l'autre au dirigeant de l'entreprise. Nous verrons dans les développements qui suivent que des *summa divisio* sont encore possibles, si ce n'est nécessaire.

Par ces définitions négatives, nous verrons que différents intérêts collectifs sont reconnus au sein de l'entreprise. Cela nous conduit à devoir reconnaître l'irréductibilité de l'intérêt de l'entreprise à un groupe qui la forme, ni à une personnification de l'un de ces groupes. De la différence entre ces intérêts peut naître des conflits. Or c'est bien cette irréductibilité de l'intérêt de l'entreprise qui doit fournir au dialogue social les fondements d'un agir consensuel plutôt que conflictuel.

A. L'intérêt de l'entreprise n'est pas l'intérêt des seuls associés

462. L'intérêt social est l'intérêt de la société qui se distingue de l'entreprise. Si l'intérêt social a pu être considéré comme le pendant de l'intérêt de l'entreprise appliqué à deux branches du droit²⁵¹⁰ ou comme « une harmonieuse synthèse temporelle »²⁵¹¹, il nous faut pourtant les distinguer, voire adopter une définition exclusive l'une de l'autre. Pour les distinguer nous allons tout d'abord définir l'intérêt social lui-même. Cet intérêt est mentionné au second alinéa de l'article 1833 du Code civil qui dispose que « la société est gérée dans son intérêt social ». Le Législateur entendait ainsi « consacrer[r] la notion » qui n'était pas employée tel quel dans le Droit positif jusqu'alors²⁵¹². Il est cependant peu mentionné dans le Code commerce. Il l'est seulement aux articles L. 221-4 relatif aux pouvoirs des gérants de la

²⁵⁰⁹ A. Jeammaud, « Le pouvoir patronal visé par le Droit du travail », *SSL*, n° 1340, 11 fév. 2008.

²⁵¹⁰ A. Réberieux, « La nature institutionnelle de l'entreprise. Confrontation des points de vue juridique et conventionnaliste. », in F. Eymard-Duvernay, *L'économie des conventions, méthodes et résultats, Tome 2. Développements*, 2006, p. 277.

²⁵¹¹ A. Pirovano, « La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *Dr. soc.*, 1997, p. 189.

²⁵¹² V. exposé des motifs du projet de loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

société en nom collectif²⁵¹³ ; au premier alinéa de l'article L. 225-35 relatif à la détermination de l'activité de la société anonyme par son conseil d'administration²⁵¹⁴ ; au I. de l'article L. 233-3 relatif aux conventions de vote²⁵¹⁵ ; aux 4° et 5° de l'article L. 241-3 et aux 3° et 4° de l'article L. 242-6 relatifs à l'abus de biens sociaux et l'abus de crédit respectivement dans les sociétés à responsabilité limitée²⁵¹⁶ et dans les sociétés anonymes²⁵¹⁷.

²⁵¹³ « Dans les rapports entre associés, et en l'absence de la détermination de ses pouvoirs par les statuts, le gérant peut faire tous actes de gestion *dans l'intérêt de la société* [nous soulignons].

En cas de pluralité de gérants, ceux-ci détiennent séparément les pouvoirs prévus à l'alinéa précédent, sauf le Droit pour chacun de s'opposer à toute opération avant qu'elle soit conclue. ».

²⁵¹⁴ « Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre, *conformément à son intérêt social*, en considérant les enjeux sociaux, environnementaux, culturels et sportifs de son activité. Il prend également en considération, s'il y a lieu, la raison d'être de la société définie en application de l'article 1835 du Code civil. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent (...) ».

²⁵¹⁵ « I.- Toute personne, physique ou morale, est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre :

1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et *qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société* ;

3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société (...) ».

²⁵¹⁶ « Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros :

(...)

4° Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, *un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci*, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ;

5° Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, *un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société*, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou une autre entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement (...) ».

²⁵¹⁷ « Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros le fait pour :

(...)

3° Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, *un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci*, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ;

4° Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, *un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société*, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement (...) ».

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

La société est la collectivité des actionnaires ou associés²⁵¹⁸. En ce sens elle a l'objet qu'ils ont déterminé, l'activité qu'ils ont entreprise et vise la finalité qu'est le partage d'un profit ou le bénéfice d'une économie²⁵¹⁹. Elle ne saurait donc se confondre à l'entreprise qui n'est pas composée que des associés et n'aurait à ce titre pas pour unique but le profit ou l'économie mais de créer de la richesse. Les groupes illustrent l'intérêt de la distinction en ce qu'ils sont l'expression d'une concentration sur le plan économique des entreprises, tout en conservant une autonomie juridique entre les entités au moyen de la société²⁵²⁰.

463. L'intérêt social n'en serait pas pour autant la communauté d'intérêt des associés. Il s'agit là d'une « interprétation ancienne »²⁵²¹ qui réduit l'intérêt de la société à celui de ceux qui la compose. Il existe en effet deux conceptions de l'intérêt social : celle l'identifiant à l'intérêt des associés et celle l'identifiant à l'intérêt de la personne morale²⁵²². L'article 1833 du code civil appelle également plusieurs distinctions. Tout d'abord son premier alinéa se réfère à l'intérêt commun des associés qui constitue une société tandis que son second alinéa rattache l'intérêt social à la société elle-même. Cette formulation suggère donc une distinction entre la communauté d'intérêt des associés et l'intérêt de la société qui en émane. Si l'intérêt social nous semble mériter des développements, notamment eu égard aux débats que cette notion suscite, pour le distinguer de l'intérêt commun à toute l'entreprise, il ne nous semble pas nécessaire de développer que la communauté d'intérêt des associés n'est pas celle de l'entreprise, à plus forte raison si on la distingue déjà de l'intérêt social. Un auteur, après avoir écrit que « l'identification [de l'intérêt commun à la communauté d'intérêt] n'est cependant pas totale »²⁵²³, reconnaît qu'« il existe, certes, un intérêt social mais celui-ci a pour fonction d'assurer l'enrichissement de chacun au travers de l'enrichissement collectif »²⁵²⁴.

²⁵¹⁸ J. Barthélémy, « Collectivité du personnel et notion d'entreprise », *D.*, 2000, p. 279.

²⁵¹⁹ 1^{er} al. de l'art. 1832 du Code civil.

²⁵²⁰ I. Vacarie, *L'employeur*, Sirey, 1979, n° 148, p. 114.

²⁵²¹ J. Paillusseau, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP N*, 1985, 100740 ; Sur les débats relatifs à la distinction entre l'intérêt de la société et l'intérêt des actionnaires, v. D. Martin, « L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ? », in *Liber Amicorum*, Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt, éd. Joly, 2005, p. 359.

²⁵²² D. Schmidt, « De l'intérêt social », *JCP E*, 1995, 488.

²⁵²³ T. Hassler, « L'intérêt commun », *RTD com.*, 1984, p. 585.

²⁵²⁴ *Ibid.*, p. 587.

L'intérêt de l'entreprise serait irréductible à l'intérêt social qui n'est lui-même pas réductible à l'intérêt de ses propriétaires²⁵²⁵. Il a une rationalité autonome des objectifs des actionnaires qui créerait une contrainte de gestion d'après les opposants²⁵²⁶ à la théorie de l'agence²⁵²⁷.

D'autres auteurs soutiennent qu'en cas de divergences, son intérêt est défini par les associés plutôt que par les dirigeants sociaux, mais « en cas de divergence entre elle [l'assemblée générale des actionnaires] et la direction, celle-ci devra s'incliner ou se démettre »²⁵²⁸. C'est bien cet organe, qui par ses délibérations, forme la volonté sociale, celle que l'on prêtera ensuite à la personne morale. En cela son intérêt est défini par les associés. Les associés disposent du pouvoir de décision. Ce sont eux qui créent la société, ce sont eux qui l'organisent et qui disposent, par la rédaction des statuts, des conditions de directions et de l'objet social. Ce sera le gestionnaire qui prendra les décisions concrètes d'administration de la société par la suite.

Un auteur développe encore que l'intérêt social et l'intérêt de l'entreprise ont des « champs d'action distincts »²⁵²⁹. Le premier est un outil de contrôle des associés et dirigeants sociaux tandis que le second est un outil de contrôle des décisions de l'employeur et de certains actes du salarié. Celui-ci propose cependant une approche unitaire, fondé sur la finalité commune de ces notions qu'est « de contrôler l'exercice d'un pouvoir privé »²⁵³⁰. Il écrit encore que « ces intérêts s'entremêlent »²⁵³¹ sans pour autant se confondre.

464. L'intérêt social n'est pas défini légalement. Il s'agit même d'un choix conscient du Législateur en 2019 d'intégrer ce syntagme, jusqu'alors absent des textes, sans en donner de définition précise. L'exposé des motifs de la loi y procédant précise que « cette absence

²⁵²⁵ J.-P. Robé, « L'entreprise en droit », *Droits et sociétés*, 1995, p. 123 ; J. Barthélémy, « Le Droit du travail peut être aussi une technique d'organisation de l'entreprise », in *Aspects organisationnels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Jean Paillusseau*, Dalloz, 2003, p. 30.

²⁵²⁶ V. J.-P. Robé, « Pour en finir avec Milton Friedman. Misère de la théorie de l'agence », in A. Lyon-Caen, Q. Urban, *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, Dalloz, 2012, p. 11.

²⁵²⁷ J.-P. Robé, « L'entreprise en droit », *op. cit.*, p. 127.

²⁵²⁸ D. Schmidt, *op. cit.*

²⁵²⁹ S. Ranc, *Organisations sociétaires et droit du travail*, Thèse dactylographiée, Bordeaux, 2018, n° 95, p. 81.

²⁵³⁰ *Ibid.*, n° 96, p. 42.

²⁵³¹ *Ibid.*, n° 97, p. 83.

s'explique essentiellement par le fait que la pertinence de son application pratique repose sur sa grande souplesse, ce qui la rend rétive à tout enfermement dans des critères préétablis. Les éléments nécessaires pour déterminer si une décision est ou non contraire à l'intérêt social dépendent en effet trop étroitement des caractéristiques, protéiformes et changeants, de l'activité et de l'environnement de chaque société »²⁵³². C'est pourquoi aucune « définition rigide » n'a été donnée. Il est cependant un standard²⁵³³ pour l'application de différentes règles, notamment pour contrôler les actes des dirigeants en cas d'abus de biens sociaux ou des actionnaires en cas d'abus de majorité ou de minorité, il a « pour double fonction de fixer les bornes du pouvoir majoritaire et la mesure des exigences des actionnaires »²⁵³⁴.

465. Cette absence de définition légale précise ouvre des débats doctrinaux. Nous avons évoqué la confusion avec l'intérêt de l'entreprise. Il faut aussi traiter de la potentielle confusion entre l'intérêt de la société et l'intérêt des associés qui peuvent être distinguées. La notion d'intérêt social est fonctionnelle en ce sens qu'elle permet de protéger la société, en tant que personne morale, contre différents abus dont elle pourrait faire l'objet. L'existence de la personnalité implique un intérêt supposé propre, distinct des personnes physiques qui la composent. C'est aussi cette technique qui lui permet d'effectuer les actes de sa vie courante, elle lui permet d'être propriétaire, de passer des contrats, etc. Elle conduit donc à organiser l'expression de sa volonté, ce qui lui permet d'« exister et fonctionner sur le plan juridique »²⁵³⁵. Il n'est plus non plus nécessaire d'avoir un groupement duquel émane cette personne avec la création de la société unipersonnelle. L'intérêt social, c'est le développement de la société dont les réserves ne doivent pas être sacrifiées au profit des actionnaires. L'intérêt de ces derniers est tourné vers un profit à court terme quand celui de la société est tournée vers une croissance à long terme. Mais quelque définition que l'on retienne de l'intérêt de l'entreprise, qui demeure tournée sur une activité économique et une recherche de profit, « le travail demeure largement étranger à ce qui doit être compris comme

²⁵³² Exposé des motifs du projet de loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

²⁵³³ G. Goffaux-Callebaut, « La définition de l'intérêt social. Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », *RTD com.*, 2004, p. 35.

²⁵³⁴ A. Lyon-Caen et G. Lyon-Caen, « La « doctrine de l'entreprise » », in J.-M. Mousseron, *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies techniques, 1978, p. 603.

²⁵³⁵ J. Paillusseau, *op. cit.*

l'affrontement entre une vision à court terme du profit capitaliste et une vision à long terme de la croissance de la société capitaliste »²⁵³⁶.

Un auteur le distingue de l'intérêt des propriétaires car « l'intérêt de l'entreprise, notamment sur le long terme, peut tout à fait passer par des formes de compromis entre les divers intérêts en jeu dans l'entreprise qui ne se traduisent pas par une maximisation de l'intérêt de l'actionnaire, et ne lui accordent que le niveau de rémunération de ses capitaux nécessaire pour qu'il ne quitte pas l'entreprise »²⁵³⁷. Il peut à cet égard constituer une charge pour produire à un prix concurrentiel. Dans cette distinction entre la société et les associés qui l'ont conçu, ces derniers devraient subordonner leurs intérêts à celui de la société²⁵³⁸.

Il ne se confond pas non plus avec l'entrepreneur. C'est ce que soutient Michel Despax dans sa thèse considérant que les intérêts de l'entrepreneur²⁵³⁹ se distinguent de ceux de l'entreprise²⁵⁴⁰. Ils s'en détacheraient d'autant plus que d'après cet auteur, les « actionnaires se désintéressent de la marche de l'entreprise »²⁵⁴¹. Ce que l'on peut contester au regard de la financiarisation de l'économie²⁵⁴². Ces dirigeants n'ont pas le pouvoir de décision mais de représentation, qui leur permet de conclure des actes juridiques au nom de la société, d'exécuter les décisions du propriétaire²⁵⁴³. Ils n'en ont pas moins le pouvoir de gestion, qui leur confère les « pouvoirs les plus étendus »²⁵⁴⁴ à l'égard des tiers au contrat de société.

466. Dans les mentions du code du commerce qui en sont faites, le standard apparaît comme un outil de contrôle. La contrariété à l'intérêt social est un critère déterminant de la

²⁵³⁶ G. Lyon-Caen, « Que sait-on de plus sur l'entreprise », in *Etudes et mélanges dédiés au président Michel Despax*, PUSS, 2002, p. 37.

²⁵³⁷ J.-P. Robé, « L'entreprise comme institution fondamentale de l'échange marchand », in A. Hatchuel, O. Favereau et F. Aggeri., *L'activité marchande sans le marché ?*, Colloque de Cerisy, Presses des Mines, 2010, p. 106.

²⁵³⁸ J. Paillusseau, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967, p. 6.

²⁵³⁹ L'entrepreneur correspond aux associés. Les actionnaires sont qualifiés par Michel Despax d'« entrepreneur collectif » (M. Despax, *L'entreprise et le Droit*, LGDJ, 1956, n° 188, p. 204).

²⁵⁴⁰ M. Despax, *op. cit.*, n° 180, p. 197.

²⁵⁴¹ *Ibid.*, 187, p. 203.

²⁵⁴² V. *supra* les paragraphes n°s 409 et s.

²⁵⁴³ P. Merle et A. Fauchon, *op. cit.*, n° 117, p. 150.

²⁵⁴⁴ Art. L. 223-18 du Code de commerce pour les SARL et L. 225-56 et 64 du même Code pour les SA.

qualification²⁵⁴⁵. La Cour considère alors qu'il s'agit de « protéger le patrimoine dans l'intérêt de la société elle-même et des tiers »²⁵⁴⁶. Il s'agit de protéger le patrimoine de la personne morale afin de garantir celle-ci contre une atteinte à ses biens mais aussi de garantir les créanciers. En supposant un patrimoine propre, on suppose un intérêt distinct, fût-ce ce patrimoine issu d'une affectation d'une fraction des patrimoines des associés et quitte à occulter les liens d'interdépendance qui peuvent exister entre certaines sociétés d'un groupe par la distinction des personnes morales, donc de leurs patrimoines respectifs²⁵⁴⁷. Un ou plusieurs associés, en servant leurs intérêts propres, peuvent donc porter atteinte aux intérêts des autres associés, mais également à ceux des créanciers de la société et à la société elle-même.

467. Il est ainsi un critère de qualification d'actes délictueux pour protéger la société. L'intérêt social sert encore à contrôler l'abus de majorité ou de minorité. L'abus sert à sanctionner toute décision prise contre les intérêts d'autres associés, qu'ils soient majoritaires ou minoritaires. Mais ces deux infractions ne visent pas seulement à protéger les intérêts d'associés contre d'autres associés, il faut encore que soit portée atteinte à l'intérêt social. Il n'y a à ce sujet pas de définition légale de ces critères, c'est pourquoi il faut se tourner vers la jurisprudence. L'abus de majorité est établi lorsqu'il est prouvé que « la décision litigieuse était *contraire à l'intérêt social* [nous soulignons] et avait été prise dans l'unique dessein de favoriser les associés majoritaires au détriment des associés minoritaires »²⁵⁴⁸. Pour le cas de l'abus de minorité, elle exige la démonstration que la décision « était *contraire à l'intérêt social* et n'avait eu pour but que d'acculer les actionnaires majoritaires »²⁵⁴⁹. La référence à l'intérêt social, comme intérêt commun aux associés, s'explique par la rupture de l'*affectio societatis*, c'est-à-dire le fait que l'associé dont le comportement est abusif ne se comporte

²⁵⁴⁵ Crim., 15 sept. 2021, n° 20-85.495, Inédit, *BJS* 12/2021. 20, obs. R. Salomon (prélèvements à titre de rémunération et fausses imputations comptables) ; Crim., 17 nov. 2021, n° 20-82.448, Inédit, *Gaz. Pal.* 03/2022. 73, obs. J.-M. Moulin (hausse de rémunération).

²⁵⁴⁶ Crim., 5 nov. 1963, n° 62-90.643, Publié ; v. également Crim., 30 sept. 1991, n° 90-83.965, Inédit, *Rev. sociétés* 1992. 356, note B. Bouloc ; *BJS* 02/1992. 153, note D. Baraderie ; Crim., 26 mai 1994, n° 93-84.615, Publié, *Rev. sociétés* 1994. 771, B. Bouloc.

²⁵⁴⁷ S. Fahri, « Réalité juridique versus réalité économique : le groupe en procédure collective », *Gaz. Pal.*, 2019, n° 4, p. 23.

²⁵⁴⁸ Com., 26 sept. 2018, n° 16-21.825, Inédit, *BJS* 12/2018. 692, J. C. Pagnucco ; V. aussi Com., 30 nov. 2004, n° 01-16.581, Inédit, *BJS* 02/2005. 241, P. Le Cannu.

²⁵⁴⁹ Com., 18 juin 2002, n° 98-21.967, Inédit, *BJS* 11/2002. 1197, L. Godon ; V. également Com., 19 mars 2013, n° 12-16.910, Inédit, *Rev. sociétés* 2014. 169, A. L. Champetier de Ribes-Justeau ; Com., 27 mai 1997, n° 95-15.690, Publié.

pas comme un véritable associé et que dans la poursuite de son intérêt propre, il méconnaît l'intérêt commun qu'est l'enrichissement de tous à travers l'enrichissement de la société²⁵⁵⁰.

L'acte anormal de gestion permet quant à lui au juge de contrôler que les décisions fiscales prises par les dirigeants de la société l'ont été dans l'intérêt de cette dernière. Il se définit comme « celui qui met une dépense ou une perte à la charge de l'entreprise, ou qui prive cette dernière d'une recette, sans que l'acte soit justifié par les intérêts de l'exploitation commerciale »²⁵⁵¹. On contrôle ainsi que le profit espéré ne soit pas dérisoire au regard de la dépense engagée. Le juge peut également qualifier l'existence d'un abus de droit lorsque cet acte est réalisé dans l'intérêt social et dans un but uniquement fiscal. Cet abus peut être fictif comme dans le cas d'une location-gérance d'un fonds de commerce qui est suivie de la cession du matériel au locataire du fonds, si elle constitue une cession déguisée de fonds de commerce en vue d'évincer les règles fiscales applicables à ce dernier acte²⁵⁵². Cet abus peut être une fraude à la loi lorsqu'il s'agit d'interpréter littéralement un texte en vue d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales normalement supportées²⁵⁵³.

L'intérêt social peut encore fonder, dans des circonstances exceptionnelles, la désignation d'un administrateur provisoire. Dans ce cas, l'intérêt social doit être exposé à un péril imminent dans des « circonstances rendant impossible le fonctionnement normal de la société »²⁵⁵⁴.

468. Mais l'intérêt social n'est pas l'intérêt des salariés. Le second alinéa énonce encore l'obligation de prendre en considération les « enjeux sociaux » de son activité. Cela suggère donc une distinction entre l'intérêt social et les enjeux sociaux, extérieurs à l'intérêt de la société elle-même donc. En effet cette formulation « ne revient toutefois pas à élargir l'intérêt social pour y inclure des intérêts d'autres parties prenantes extérieures à la société »²⁵⁵⁵. Reste à savoir ce que le Législateur entend par enjeux sociaux. S'agit-il d'enjeux en termes

²⁵⁵⁰ T. Hassler, *op. cit.*, p. 588.

²⁵⁵¹ Concl. Poussière sous Cons. d'Etat, 5 janv. 1965, n° 62099, *Dr. fisc.* 1970, n° 3 bis, p. 23.

²⁵⁵² Com., 7 nov. 1989, n° 88-16.595, Inédit.

²⁵⁵³ Art. L. 64 LPF.

²⁵⁵⁴ Com., 29 sept. 2009, n° 08-19.937, Publié, *BJS* 01/2010. 23, G. Gil ; Com., 14 oct. 2020, n° 18-20.240, Inédit, *Rev. sociétés* 2021. 236, B. Lecourt.

²⁵⁵⁵ Etude d'impact du projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, 18 juin 2018, p. 547.

d'emploi et de conditions de travail relevant de l'activité au sein de la seule société ou plus largement d'enjeux lié à ses interactions dans un environnement économique comprenant notamment ses partenaires commerciaux, ses clients, les collectivités administrant le territoire sur lequel elle implante son activité ? A ce sujet, l'exposé des motifs de la loi ayant intégré ces termes n'apporte aucune réponse précise. Cette modification de l'article 1833 ne visait alors qu'à inviter les dirigeants à s'interroger sur les conséquences sociales et environnementales de leurs décisions de gestion. Cette nouvelle disposition n'est toutefois pas sanctionnée et ne revient pas à créer un nouveau régime de responsabilité délictuelle²⁵⁵⁶. Tout risque de nullité des actes pris en violation de cette règle est écarté par l'article 1844-10 du code civil et par le second alinéa de l'article L. 235-1 du code de commerce. Le Droit invite, il suggère, mais il n'impose rien de plus.

L'intérêt social a pu prendre en compte les salariés. Cette extension n'a cependant été faite que par des arrêts d'appel tel que l'emblématique arrêt *Fruehauf*²⁵⁵⁷. Elle a de plus été faite dans un contexte très particulier, notamment celui d'une demande d'administrateurs états-uniens aux actionnaires minoritaires français de résilier un contrat de sous-traitance qui bénéficiait à la République Populaire de Chine. Placer au même plan les apporteurs de capitaux et les salariés, qui apportent leur travail, à défaut de leur industrie, dans le cadre de l'intérêt social suppose des moyens d'action et la reconnaissance d'un intérêt à agir pour cette dernière catégorie²⁵⁵⁸. L'intérêt social peut ainsi justifier des restrictions aux pouvoirs des détenteurs de capitaux, dans l'intérêt d'autres associés et des créanciers, dont les salariés. Il ne faudrait cependant pas en déduire qu'elle intègre les salariés. Ceux-ci restent extérieurs à la société et leurs intérêts sont distincts²⁵⁵⁹.

469. Leurs intérêts ne sauraient se confondre en ce que la société et l'entreprise sont deux entités distinctes. Il faut encore distinguer le concept d'entreprise de la notion de société. Cette dernière catégorie, appartenant au droit des sociétés est définie par le code civil comme

²⁵⁵⁶ Etude d'impact du projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, 18 juin 2018, p. 546.

²⁵⁵⁷ CA Paris, 22 mai 1965, *Fruehauf*, *RTD com.* 1965. 631, obs. R. Houin ; *JCP* 1965. II. 14274 bis, concl. av. gén. Nepveu ; R. Contin, L'arrêt *Fruehauf* et l'évolution du droit des sociétés, *D.* 1968. Chron. VI. 45 ; Solution exclue par le Législateur d'après G. Goffaux-Callebaut, *op. cit.*, p. 44.

²⁵⁵⁸ A. Pirovano, *op. cit.*, p. 189.

²⁵⁵⁹ J. Le Goff, « Entreprise et institution : retour sur un débat crucial », in J.-P. Le Crom, *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, PUR, 2004, p. 83 ; G. Duchange, *Le concept d'entreprise en Droit du travail*, LexisNexis, 2014, n° 17, p. 10.

« instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter »²⁵⁶⁰. L'entreprise dans ce texte se réfère à l'activité de la société, c'est-à-dire à ce que les associés entreprennent ensemble. Elle peut se rapprocher en ce sens de la notion d'objet social. La finalité de la société est de partager un bénéfice ou de profiter d'une économie et son moyen est la mise en commun de leurs « biens ou leur industrie ». Ici l'entreprise est synonyme d'activité et non d'organisation²⁵⁶¹, quoiqu'elle puisse s'y prolonger.

La société est « une technique d'organisation »²⁵⁶² dont l'entreprise est l'objet. La société se distingue de l'entreprise pour trois raisons essentielles d'après Michel Despax²⁵⁶³. La société se fonde sur un *affectio societatis* qui ne caractériserait pas l'entreprise²⁵⁶⁴ ; elle vise ensuite au partage des bénéfices entre ses membres que sont les associés ; elle est exclusive de tout lien de subordination. Ces trois éléments excluent les salariés de l'appartenance à la société, alors même qu'ils sont un rouage essentiel, si ce n'est nécessaire, de l'entreprise. Elle n'est pas non plus le fonds de commerce qui ne comprends pas tous les éléments de l'entreprise tels que les immeubles et les créances et dettes de l'exploitant, en particulier dans l'hypothèse d'un patrimoine d'affectation²⁵⁶⁵. L'entreprise ne se fonde donc pas non plus dans les catégories du droit des sociétés. Lorsque le juge évalue leurs intérêts, les standards correspondants n'ont de ce fait pas la même fonction, pas le même domaine. L'intérêt de l'entreprise vise le contrôle des décisions de l'employeur, c'est-à-dire du gestionnaire, tandis que l'intérêt social vise le contrôle des décisions des dirigeants ou des

²⁵⁶⁰ 1^{er} al. de l'art. 1832 du Code civil ; Sur l'idée de « vision financieriste » de cet article, v. B. Dondero, « Entreprise et personnalité morale : l'approche du droit des sociétés », *Dr. ouv.*, 2013, p. 151.

²⁵⁶¹ A. Jeammaud, « « L'entreprise » selon le Droit et les savoirs juridiques. Jalons pour un dialogue interdisciplinaire », in *Entreprise, institution et société*, Rapport pour la DARES, MRASH, 1996, p. 17 ; A. Jeammaud, T. Kirat et M.-C. Villeval, « Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation : au croisement de l'économie et du droit », *RIDE*, 1996, p. 119 ; G. Lyon-Caen, *op. cit.*

²⁵⁶² J. Paillusseau, *op. cit.*, p. 18.

²⁵⁶³ M. Despax, *op. cit.*, n° 326, p. 356.

²⁵⁶⁴ L'*affectio societatis* repose sur l'apport de chaque associé et la répartition des bénéfices et « résulte du postulat de l'homogénéité du groupe des associés » (J. Paillusseau, *op. cit.*, p. 45), si l'on considère que les salariés font partie de l'entreprise, il ne saurait donc être question d'*affectio societatis* au sein de l'entreprise.

²⁵⁶⁵ J. Deruppe, « L'entreprise entre le patrimoine et la personne », in *Etudes et mélanges dédiés au président Michel Despax*, *op. cit.*, p. 49.

associés. Ils ont cependant une nature commune qui est le dépassement des intérêts individuels²⁵⁶⁶.

B. L'intérêt de l'entreprise n'est pas l'intérêt des seuls dirigeants

470. Il faut distinguer les catégories de gestionnaires. Nous avons vu précédemment que l'intérêt social permettait de contrôler tant les décisions des propriétaires que celles des dirigeants. Ces derniers sont une catégorie large qui regroupe autant les gestionnaires que les administrateurs²⁵⁶⁷. Dans cette catégorie, qui n'est encore pas définie légalement, il nous faudra distinguer ou clarifier les rapports avec d'autres notions telles que gestionnaire, gérant, administrateur, cadre dirigeant. Il nous faudra aussi nous interroger sur la différence entre chef d'entreprise et employeur qui saisissent différentes fonctions au sein de l'entreprise.

471. Les gestionnaires sont saisis par le Droit des sociétés avec la catégorie de dirigeants sociaux. Le dirigeant agit au nom et pour le compte de la société. Celui-ci peut en premier lieu être désigné par les statuts de la société. A défaut, il sera désigné par un acte postérieur. On parlera de gérant pour la société à responsabilité limitée. Il s'agit alors d'une ou plusieurs personnes physiques désignées par les associés, mais pas nécessairement parmi eux²⁵⁶⁸. On parlera de président et de directeur général dans les sociétés anonymes. Ces dirigeants sont des personnes physiques élues par le conseil d'administration²⁵⁶⁹, le président devant être élu parmi les membres de l'organe dirigeant. Au sein du conseil d'administration, les statuts « peuvent imposer que chaque administrateur soit propriétaire d'un nombre d'actions de la société »²⁵⁷⁰, mais il ne s'agit là que d'une faculté ouverte aux statuts. Il est donc admis

²⁵⁶⁶ G. Boucris-Maitral, *op. cit.*, p. 32.

²⁵⁶⁷ P. Peyramaure, « Le Droit contra l'entreprise », in *Aspects organisationnels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Jean Paillusseau*, *op. cit.*, p. 451.

²⁵⁶⁸ Art. L. 223-18 du Code de commerce.

²⁵⁶⁹ Art. L. 225-47 et L. 225-51-1 du Code de commerce.

²⁵⁷⁰ Art. L. 225-25 du Code de commerce.

depuis le 1^{er} janvier 2009²⁵⁷¹ qu'un administrateur ne soit pas nécessairement propriétaire d'actions. Dans les sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance, c'est le conseil de surveillance qui nomme les membres du directoire et son président²⁵⁷² en dehors de ses propres membres²⁵⁷³. Dans les sociétés par actions simplifiées, le code de commerce n'exige que la désignation d'un président dans les conditions prévues par les statuts²⁵⁷⁴.

Il dispose lui aussi des pouvoirs les plus étendus pour représenter la société dans la limite de son objet social. Pour le Droit des sociétés, le dirigeant est celui qui exerce le pouvoir de gestion en représentation de la société. Si son action doit être guidée par l'intérêt de cette dernière, son intérêt propre ne se confond pas nécessairement avec. En témoignent différents arrêts dans lesquels la Cour de cassation a pu juger que la rémunération excessive du dirigeant au regard des résultats de la société était contraire à l'intérêt social²⁵⁷⁵ ou encore qu'un gérant avait pu, au nom de son propre intérêt et de celui de la société qu'il gérait, vicier le consentement d'une société cocontractante dont il était également le gérant et associé afin de récupérer un prix plus élevé de la vente de l'immeuble objet du contrat et de vendre ensuite ses parts dans la seconde société²⁵⁷⁶.

472. Les gestionnaires sont ensuite saisis par le Droit du travail à travers différentes catégories : l'employeur, le chef d'entreprise, le cadre dirigeant. Si employeur et chef d'entreprise peuvent se confondre dans le cadre d'une structure simple, dans une structure complexe, il convient de les distinguer. Le second sera alors détenteur des prérogatives qui découle du pouvoir détenu par le premier²⁵⁷⁷. Cette distinction trouve « tout son intérêt lorsqu'il existe une dissociation entre la personne à qui le Droit attribue le pouvoir et celui qui l'exerce dans les faits »²⁵⁷⁸.

²⁵⁷¹ Date d'entrée en vigueur de la loi de modernisation de l'économie qui modifia cet article. La propriété d'actions pour être administrateur était une obligation dans la version antérieure de cet article.

²⁵⁷² Art. L. 225-59 du Code de commerce.

²⁵⁷³ Art. L. 225-74 du Code de commerce.

²⁵⁷⁴ Art. L. 227-6 du Code de commerce.

²⁵⁷⁵ Com., 13 janv. 2021, n° 18-21.860, Publié, *D.* 2021. 399, note D. Schmidt ; *BJS* 04/2021. 13, E. Schlumberger ; *Gaz. Pal.* 06/2021. 58, V. Malassigné.

²⁵⁷⁶ Civ. 3^e, 11 mai 2022, n° 21-16.992, Inédit, *Rev. sociétés*, 2022. 601, Note de S. François.

²⁵⁷⁷ A. Jeammaud, « Le pouvoir patronal visé par le Droit du travail », *op. cit.*

²⁵⁷⁸ G. Boucris-Maitral, « Titulaires et détenteurs du pouvoir patronal », *SSL*, n° 1340, 11 fév. 2008 .

Il faut distinguer pouvoir de droit et pouvoir de fait²⁵⁷⁹. L'employeur est titulaire de pouvoirs de droit mais il peut lui-même être soumis à un pouvoir de fait exercé par la direction économique des propriétaires. On peut également voir un pouvoir de fait dans le cas d'un groupe ou d'une unité économique et sociale²⁵⁸⁰. Pouvoir de fait qui appelle la mise en place d'institutions représentatives, respectivement un comité de groupe et un comité social et économique, ainsi que la possibilité de désigner à ces niveaux des délégués syndicaux. Les détenteurs d'un pouvoir de droit tendent du reste à se diversifier. Il peut s'agir d'un pouvoir tenant d'une représentation ou d'une délégation. Le représentant immédiat est le chef d'entreprise²⁵⁸¹. Un auteur distingue le pouvoir-rapport social du pouvoir-prérogatives²⁵⁸². Le premier « s'entend d'une relation asymétrique tenant à l'aptitude d'un acteur à influencer le comportement d'un ou plusieurs autres ». Le second s'entend d'une « habilitation à accomplir des actes juridiques unilatéraux (créateurs de normes), prendre des décisions, adresser des ordres, accomplir des actes matériels qui, en droit, s'imposent à d'autres personnes dont ils peuvent affecter, réduire, compromettre, les droits et les intérêts ». Plus particulièrement, « l'ordre juridique habilite l'employeur à prendre des décisions visant ou affectant le salarié, qui doit les subir ou s'y soumettre »²⁵⁸³. Ce modèle tend encore à se décomposer face à la « complexification des activités productives »²⁵⁸⁴.

473. L'employeur sert à désigner une partie au contrat de travail et à lui imputer les obligations qui en résultent²⁵⁸⁵. En tant que partie, il peut s'appréhender en dehors de la « réalité entreprise »²⁵⁸⁶. Son identité doit donc être définie au contrat de travail et son changement suppose l'accord du salarié. L'employeur est effet la personne, qu'elle soit physique ou morale, à l'endroit de laquelle le salarié consent à lui être subordonné. C'est

²⁵⁷⁹ *Ibid.* ; A. Jeammaud, *op. cit.*

²⁵⁸⁰ G. Boucris-Maitral, *op. cit.*

²⁵⁸¹ *Ibid.*

²⁵⁸² A. Jeammaud, *op. cit.*

²⁵⁸³ A. Jeammaud, M. Le Friant et A. Lyon-Caen, « L'ordonnancement des relations de travail », *D.*, 1998, p. 363.

²⁵⁸⁴ C. Hannoun, « Groupe de sociétés », *in DRDS*.

²⁵⁸⁵ E. Peskine, « L'imputation en droit du travail. A propos de la responsabilité des sociétés mères en matière de licenciement pour motif économique », *RDT*, 2012, p. 347.

²⁵⁸⁶ C. Giraudet, *op. cit.*, p. 428.

pourquoi il faut son accord pour changer d'employeur²⁵⁸⁷ à l'exception du transfert d'entreprise²⁵⁸⁸. Mais lorsqu'il est une personne morale, il n'est que « pure abstraction »²⁵⁸⁹. Une auteure développe que c'est un « concept *flexible*, modelé selon les *fonctions* que le Législateur et le juge, civil ou répressif, entendent lui faire jouer dans l'aménagement des rapports sociaux »²⁵⁹⁰. Il faut cependant, dans cette hypothèse, une personne pour l'incarner et agir en son nom.

474. L'employeur ne se confond pas plus avec la société qu'avec ses dirigeants sociaux. Si cela a pu être le cas avant la création des premières sociétés anonymes, entrepreneur, chef d'entreprise et employeur, tous personnes physiques, doivent depuis être distingués²⁵⁹¹. Cette séparation s'est faite au moyen de la technique de la personnalité morale « qui emprunte une forme sociétaire »²⁵⁹². On en retrouve des traces dans le Droit notamment lorsque l'employeur est le *pôle d'imputation*²⁵⁹³ d'une obligation alors qu'« il se réfère à l'entreprise pour l'appréciation du nombre de salariés »²⁵⁹⁴. L'auteur s'appuie à ce sujet sur l'article L. 1233-61 du code du travail qui dispose que « dans les *entreprises* [nous soulignons] d'au moins cinquante salariés, lorsque le projet de licenciement concerne au moins dix salariés dans une même période de trente jours, *l'employeur* établit et met en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre ». Il n'est qu'un *artefact*²⁵⁹⁵ du droit du travail permettant de « neutraliser l'influence du choix de la forme juridique de la personne morale »²⁵⁹⁶. C'est pourtant l'exercice du pouvoir qui distingue l'employeur²⁵⁹⁷, qui

²⁵⁸⁷ Soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.875, Publié, *RDT* 2009. 228, note B. Lardy- Pélissier ; *JCP E* 2009. II. 1145, note S. Béal.

²⁵⁸⁸ Art. L. 1224-1 du Code du travail.

²⁵⁸⁹ I. Vacarie, *op. cit.*, n° 1, p. 1.

²⁵⁹⁰ *Loc. cit.*

²⁵⁹¹ S. Ranc, *op. cit.*, 37, p. 46.

²⁵⁹² *Loc. cit.*

²⁵⁹³ S. Vernac, *Le pouvoir d'organisation. Au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, Thèse dactylographiée, Paris Ouest Nanterre La Défense, 2012, p. 175.

²⁵⁹⁴ *Ibid.*, n° 115, p. 167.

²⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 232.

²⁵⁹⁶ *Ibid.*, 164, p. 232 ; Les prérogatives du comité économique et social peuvent pourtant être affectées par la forme sociale choisie, notamment lorsqu'il bénéficie d'une représentation dans les organes de direction de la société. Par exemple la société par action simplifiée détermine dans ses statuts « les conditions dans lesquelles la société est dirigée » (art. L. 227-5 du Code de commerce) et ne comporte donc pas nécessairement les organes de direction visés à l'article L. 2312-72 du Code du travail.

le caractérise essentiellement²⁵⁹⁸, alors même que les montages juridiques permettent que « l'organisation réelle et l'exercice réel du pouvoir [n'aient plus] de grands rapports avec l'organisation juridique »²⁵⁹⁹.

475. Il faut aussi distinguer l'employeur et le chef d'entreprise. Rapporté aux mécanismes sociétaires, l'employeur est la société qui emploie et le chef d'entreprise la personne qui exerce concrètement les pouvoirs. De plus, dans l'organisation concrète du pouvoir, il faut parfois recourir à des délégations de pouvoir. La société personne morale, quoiqu'employeur potentiel, ne dispose pas des organes sensoriels lui permettant matériellement d'énoncer des directives, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements²⁶⁰⁰. La personne physique qui a cette capacité et qui l'exerce en son nom n'en est pas forcément plus apte en fonction de la taille, du périmètre et de l'effectif de l'entreprise correspondante à l'étendue de son pouvoir de direction.

Il faut donc recourir à des délégations de pouvoir pour que des personnes physiques puissent concrètement diriger l'activité des salariés. Cette personne n'est pourtant pas visée par le Code du travail qui impute les obligations à l'employeur et demeure « lacunaire s'agissant de la représentation de la personne morale employeur et, spécialement, de l'exercice de ses prérogatives »²⁶⁰¹. La délégation de pouvoir permet de faire d'un salarié un employeur²⁶⁰². Ce que la Cour de cassation reconnaît notamment en matière de licenciement²⁶⁰³. Car le titulaire du pouvoir réel pourra être un salarié, comme des cadres dirigeants si leur « sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, *qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome* [nous soulignons] et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur

²⁵⁹⁷ G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *op. cit.*, n° 678, p. 911 ; I. Vacarie, « Employeur », *in DRDS*.

²⁵⁹⁸ Soc., 21 fév. 1990, n° 86-41.829, Publié.

²⁵⁹⁹ G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *op. cit.*, n° 766, pp. 1011-1012.

²⁶⁰⁰ Selon la formule de l'arrêt Société générale (Soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187, Publié, *Dr. soc.* 1996. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCPE* 1997. II. 911, note J. Barthélémy ; *GADT*, 4^e éd., n° 2).

²⁶⁰¹ G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *op. cit.*, n° 776, p. 1024.

²⁶⁰² G. Lyon-Caen, préf. *in* I. Vacarie, *op. cit.*, p. XV.

²⁶⁰³ G. Auzero, « L'exercice du pouvoir de licencier », *Dr. soc.*, 2010, p. 289 ; G. Auzero et N. Ferrier, « La délégation de pouvoir de licencier dans les SAS », *RJS*, 2/11, p. 83.

entreprise ou établissement »²⁶⁰⁴. La direction effective de l'activité peut également être menée par des cadres ou par la « banale figure du salarié en position de supérieur hiérarchique »²⁶⁰⁵. C'est du reste au titre de leur pouvoir de commandement que l'article L. 1423-1-2 du Code du travail classe « les salariés qui, ayant acquis une formation technique, administrative, juridique, commerciale ou financière, exercent un commandement par délégation de l'employeur » et « les agents de maîtrise qui ont une délégation écrite de commandement » dans la section encadrement du conseil de prud'hommes. Ce peut être également le chef d'établissement dans les structures complexes. Celui-ci se voit reconnaître des pouvoirs de direction lui permettant de gérer l'établissement qu'il dirige. C'est même son autonomie de gestion, notamment en matière de gestion du personnel, qui permet la reconnaissance de l'établissement distinct qu'il dirige au nom de l'employeur²⁶⁰⁶.

A ce titre le chef d'entreprise est parfois considéré comme une *interface*²⁶⁰⁷ ou un *intermédiaire*²⁶⁰⁸. Il est aussi celui qui agit au nom de l'entreprise comme *garant*²⁶⁰⁹ ou *premier interprète*²⁶¹⁰ de son intérêt, ce qu'il n'aurait d'ailleurs pas à démontrer car c'est le rôle de la direction de l'apprécier²⁶¹¹. A l'image de la corporation où le chef est considéré comme le plus apte à exprimer les intérêts de ses membres²⁶¹² avec la même possibilité de « neutralisation de la contestation sociale »²⁶¹³. Une telle conception de la direction de l'entreprise conduit cependant à postuler l'existence d'un « patronat de fonction supposé

²⁶⁰⁴ Art. L. 3111-2 du Code du travail.

²⁶⁰⁵ G. Boucris-Maitral, *op. cit.*

²⁶⁰⁶ V. art. L. 2313-4 du Code du travail.

²⁶⁰⁷ C. Giraudet, *op. cit.*, p. 397 .

²⁶⁰⁸ C. Hannoun, « Gouvernance des entreprises et direction des salariés », *SSL*, n° 1508, 10 oct. 2011.

²⁶⁰⁹ J. Barthélémy, *op. cit.*, p. 30.

²⁶¹⁰ G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *op. cit.*, n° 668, p. 899 .

²⁶¹¹ P. Sudreau, *La réforme de l'entreprise*, La documentation française, 1975, p. 33 ; Y. Pagnerre, *op. cit.*, p. 85.

²⁶¹² D. Deroussin, « L'idée corporative saisie par les juristes : de la corporation au pluralisme juridique ? », *Les Etudes sociales*, 2013/1, n° 157-158, p. 168.

²⁶¹³ G. Lyon-Caen, « Corporation, corporatisme, néocorporatisme », *Dr. soc.*, 1986, p. 742.

libéré de tout lien avec le capital »²⁶¹⁴. Postulat qui est notamment remis en cause par la théorie de l'agence²⁶¹⁵.

C. L'intérêt de l'entreprise n'est pas l'intérêt des seuls salariés

476. L'intérêt des salariés peut s'exprimer par différentes expressions telles que celles d'intérêt collectif, d'intérêt de la profession ou d'intérêts catégoriels. Nous avons vu qu'il n'intégrait pas l'intérêt social car il ne s'y réduit pas. Là encore une distinction peut être faite entre l'intérêt du groupe, s'il est immanent ou transcendant, et celui de ses membres ou groupes de membres. Il existe un débat sur la qualification de cette entité, entre les tenants de l'expression *communauté de travail* et ceux de *collectivité du personnel* ou de *travail*²⁶¹⁶. La première se caractérise par une unité fusionnelle et irréfléchie basée sur un sentiment d'appartenance quand l'autre se définit par un ensemble d'individus formant un groupe caractérisé par le rassemblement ou la réunion autour d'intérêts communs. Bien qu'elle appartienne au langage du droit, l'expression communauté de travail a de « fortes connotations politiques et idéologiques »²⁶¹⁷. Elle est notamment employée par Durand et Rouast dans leur *Précis de législation industrielle* de 1943 dans lequel ils écrivent que l'entreprise est une « société naturelle que l'esprit de collaboration doit animer »²⁶¹⁸. Outre le caractère idéologique et axiologique de l'expression, le Professeur Pierre-Yves Verkindt distingue la communauté de la collectivité par le fait que la seconde suppose une « proximité spatiale et une inter/action » de ses membres contrairement aux membres d'une communauté de travail qui pourraient ne pas remplir ce critère comme des télétravailleurs²⁶¹⁹. Analysant une décision du Conseil constitutionnel, le Professeur Antoine Lyon-Caen voit plutôt dans la délimitation

²⁶¹⁴ F. Collin et P.-H. Goutierre « Le traitement des questions de droit. Juridisme et idéologie », in F. Collin, *Le Droit capitaliste du travail*, PUG, Grenoble, 1980, p. 127.

²⁶¹⁵ V. *supra* au paragraphe n° 414.

²⁶¹⁶ P.-Y. Verkindt, « La collectivité de travail ou « La belle inconnue » », *Dr. soc.*, 2012, p. 1006.

²⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 1007.

²⁶¹⁸ P. Durand et A. Rouast, *Précis de législation industrielle (Droit du travail)*, Dalloz, 1943, n° 77, p. 88.

²⁶¹⁹ P.-Y. Verkindt, *op. cit.*, p. 1011.

de la collectivité de travail une approche fonctionnelle qui serait « moins un lieu de travail qu'un processus de travail »²⁶²⁰ afin d'assurer une représentation utile de celle-ci.

477. Les salariés disposent de moyens de défendre leurs intérêts au travers desquels s'expriment une collectivité et ses intérêts. Les salariés peuvent défendre leurs intérêts par différentes figures : la grève, l'action syndicale, la représentation élue. Autant de moyens qui donnent des indices de cette collectivité et des intérêts qu'elle partage et exprime à travers eux. C'est en particulier elle que l'on cherche à représenter par la reconnaissance des organisations syndicales considérées comme représentatives ou par les institutions représentatives du personnel, il est possible de la rechercher dans les périmètres de représentation. Au sens du droit du travail, cette représentation « permet de faire exister (de « rendre présente ») une collectivité que le Droit ne considère pas véritablement comme une personne juridique »²⁶²¹. Ce qui est jusqu'alors le cas de la collectivité de travail. La représentation sert ainsi à « dissocier la personne qui agit sur la scène juridique (le représentant), en posant un acte juridique ou un fait matériel, et la personne en qui les effets, ou une partie des effets, de l'acte ou du fait se produisent (le représenté) »²⁶²². Ici c'est la collectivité qui est représentée et les organisations syndicales représentatives ou les représentants élus, qui peuvent la représenter et l'engager au moyen de la négociation collective et de la conclusion de l'accord collectif et dans une moindre mesure par la voie de leur avis. C'est à travers eux que les salariés peuvent défendre leurs intérêts²⁶²³.

478. La représentation du personnel suppose donc de définir le périmètre de la collectivité. Ce périmètre reconnaît, en même temps qu'il circonscrit, la collectivité²⁶²⁴. Se croisent alors les notions de communauté de travail et d'entreprise. La collectivité est celle que l'on cherche à représenter, l'entreprise est le cadre dans lequel cette représentation s'implante. Cependant collectivité de travail et entreprise ne correspondent pas nécessairement. Cela est rendu d'autant plus difficile par l'éclatement des collectivités. Reconstituer la collectivité de travail

²⁶²⁰ A. Lyon-Caen, « Droit constitutionnel de participation et délimitation de la collectivité de travail », *RDT*, 2007, p. 88.

²⁶²¹ P.-Y. Verkindt, « Entre la représentation et la négociation, les droits de la collectivité des salariés », *Dr. ouv.*, 2019, p. 418.

²⁶²² *Loc. cit.*

²⁶²³ A. Jeammaud, M. Le Friant et A. Lyon-Caen, *op.cit.*, p. 365.

²⁶²⁴ *Ibid.*, p. 366.

n'est pas chose aisée. Nous avons développé les grands mouvements qui configurent les entreprises²⁶²⁵. Cette reconfiguration, en particulier lié à la financiarisation et à l'organisation en réseau, impacte les collectivités de travail en démultipliant le nombre d'employeurs²⁶²⁶ et en redécoupant les unités de production et les périmètres correspondants. Contrat à durée déterminée, contrat de travail temporaire, stages, télétravail, sous-traitance, filialisation, sont autant de formes juridiques qui ont pour effet d'éclater la collectivité de travail.

Cette correspondance peut être entachée par la division de l'entreprise avec l'emploi de la technique sociétaire. La Cour de cassation a cependant cherché à retrouver la vérité de la communauté de travail face à plusieurs personnes juridiquement distinctes²⁶²⁷. Cette recherche se fait avec le « souci de maintenir une voix de la communauté de travail » et de pouvoir s'exprimer « immédiatement dans toute sa plénitude »²⁶²⁸. C'est le cas de la reconnaissance d'une unité économique et sociale que de rechercher la correspondance entre une collectivité de travail, formant le caractère social de cette unité, et une entreprise éclatée par des constructions juridiques. Rechercher cette correspondance, c'est permettre la représentation et l'expression de la communauté de travail dans le cadre où s'organise son activité. La collectivité peut dès lors intégrer des salariés mis à disposition s'ils ont une intégration étroite et permanente, donnant une « consistance particulièrement évocatrice de la notion de collectivité de travail »²⁶²⁹. Cela permet de faire bénéficier aux salariés extérieurs à l'entreprise, mais partageant les intérêts de la collectivité de travail à laquelle ils sont intégrés malgré l'absence de lien juridique avec l'employeur, des mêmes droits, collectifs en particulier. Elle ne s'identifie alors pas tant par sa localisation, c'est-à-dire sur un critère géographique, que par la dimension collective et partagée de son activité²⁶³⁰. Ce peut notamment être le cas dans le fait de concourir à une même activité, qu'importe les employeurs concernés, comme dans le cadre de la coactivité sur un chantier par exemple.

²⁶²⁵ V. *supra* les paragraphes n° 402 et s.

²⁶²⁶ J. Magaud, « L'éclatement juridique de la collectivité de travail », *Dr. soc.*, 1975, p. 525.

²⁶²⁷ P. Sargos, « La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale de l'entreprise », in *La vérité*, Rapport annuel de la Cour de cassation, La documentation française, 2004, p. 97.

²⁶²⁸ *Ibid.*, p. 100.

²⁶²⁹ P.-Y. Verkindt, « La collectivité de travail ou « La belle inconnue » », *op. cit.*, p. 1009.

²⁶³⁰ S. Ranc, *op. cit.*, n° 163, p. 129 ; v. également P.-V. Verkindt, *op. cit.*, p. 1010.

On peut à l'inverse trouver plusieurs collectivités au sein de l'entreprise. C'est le cas dans les entreprises complexes composées de plusieurs établissements. La définition de l'établissement distinct correspondrait selon un auteur à celle de la collectivité de travail²⁶³¹. Au travers de l'ancien comité d'hygiène, sécurité et conditions de travail on pouvait également distinguer différentes collectivités de travail dans le périmètre du comité de l'entreprise ou d'établissement. Chacune ayant des conditions de travail communes pouvant les distinguer d'une autre collectivité de travail de l'entreprise et nécessiter une représentation spécifique. Cela peut toujours se retrouver avec l'obligation de mettre en place une commission santé, sécurité et conditions de travail dans certaines conditions²⁶³². Ce peut encore être le cas de la coactivité qui permet de reconnaître une collectivité de travail dans la réalisation d'une entreprise commune dans laquelle interviennent plusieurs sociétés. Les salariés qui travaillent dans l'entreprise en raison d'un contrat de sous-traitance ou de prestation de service peuvent aussi en faire partie. Pour ces salariés qui sont liés par un contrat de travail à un autre employeur mais intégrés à la communauté de travail de l'entreprise, le Conseil constitutionnel avait décidé que « s'il était loisible au Législateur, notamment pour éviter ou restreindre les situations de double vote, de ne pas conférer à l'ensemble des travailleurs mis à disposition d'une entreprise la qualité d'électeur pour désigner les délégués du personnel et les représentants des salariés à son comité d'entreprise, il ne pouvait, sans méconnaître le huitième alinéa du Préambule de 1946, limiter le corps électoral aux seuls salariés qui lui sont liés par un contrat de travail »²⁶³³. La Cour de cassation a aussi cherché à retrouver la collectivité et l'entreprise dans leur vérité au-delà distribution des pouvoirs²⁶³⁴ et des « constructions juridiques abstraites et artificielles »²⁶³⁵ qui peuvent parfois avoir pour objectif de contourner des seuils sociaux²⁶³⁶. Ajoutons que si nous avons traité le cas de l'unité économique et sociale comme un cas de correspondance entre l'entreprise et la

²⁶³¹ P.-Y. Verkindt, *op. cit.*, p. 1010.

²⁶³² Art. L. 2315-36 et L. 2315-37 du Code du travail .

²⁶³³ Cons. const., 28 déc. 2006, n° 2006-545 DC, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*.

²⁶³⁴ S. Vernac, *op. cit.*, n° 113, p. 164.

²⁶³⁵ P. Sargos, *op. cit.*, p. 97.

²⁶³⁶ T. Aubert-Monpeyssen, « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », *Dr. soc.*, 1997, p. 618 ; C. Perraudin, N. Thèvenot et J. Valentin, « Sous-traitance et évitement de la relation d'emploi : les comportements de substitution des entreprises industrielles en France entre 1984 et 2003 », *Revue internationale du Travail*, vol. 152, p. 590 ; P. Sargos, *op. cit.*, p. 97.

collectivité de travail, considérant que cette notion permettait de reconstituer l'entreprise, un auteur y voit toutefois un cas de débordement de l'entreprise par la collectivité de travail²⁶³⁷.

479. La jurisprudence peut encore recourir à l'intérêt de la collectivité pour l'implantation de la représentation du personnel et la désignation du délégué syndical²⁶³⁸. Son intérêt est donc assez logiquement de pouvoir disposer des organes permettant sa défense et son expression. Des décisions ont aussi pu concerner la soumission à l'horaire collectif de travail des cadres dits *intégrés*²⁶³⁹. C'est aussi la protection de cette collectivité contre certains risques²⁶⁴⁰. D'où le besoin de reconnaître cette collectivité pour créer des institutions représentatives du personnel dans des cadres plus restreints que l'entreprise elle-même, afin de prendre en compte les risques spécifiques d'une collectivité distincte, et des instances de coordination dans le cadre de la coactivité qui produit une collectivité confrontée à des risques spécifiques également. En ce sens, l'intérêt de la collectivité de travail semble pouvoir se trouver dans les prérogatives du comité social et économique. Cette défense peut aussi s'opérer à travers les réclamations portées par les élus du comité social et économique. La délégation du personnel au comité a en effet « 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 »²⁶⁴¹. Au-delà, le comité ou les membres de la délégation du personnel interviennent sur les différents sujets de consultation, par les activités sociales et culturelles, par leurs prérogatives en matière de santé et de sécurité au travail pour défendre les intérêts de la collectivité qu'ils représentent et de laquelle ils émanent. Cette disposition fournit ainsi une liste indicative, mais non exhaustive, des sujets pouvant faire l'objet de réclamations tant individuelles que collectives.

Le syndicat quant à lui a « exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels »²⁶⁴². En matière de

²⁶³⁷ P.-Y. Verkindt, *op. cit.*, p. 1010.

²⁶³⁸ *Ibid.*, p. 1009.

²⁶³⁹ *Loc. cit.*

²⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 1012.

²⁶⁴¹ 1^{er} al. de l'art. L. 2312-5 du Code du travail.

²⁶⁴² Art. L. 2131-1 du Code du travail.

droits collectifs, le syndicat peut notamment agir contre l'employeur qui manquerait à son obligation ou l'enfreindrait. Cela couvre les règles d'origine légale et professionnelle. L'intérêt collectif doit du reste s'entendre d'un intérêt du groupe et non de l'agrégation des intérêts individuels²⁶⁴³. A tout le moins, l'action syndicale ne peut concerner la défense d'un « droit exclusivement attaché à la personne du salarié »²⁶⁴⁴. La Cour de cassation a ainsi pu juger qu'était de nature à porter atteinte à l'intérêt collectif de la profession « la violation invoquée des dispositions relatives à l'interdiction de toute discrimination syndicale »²⁶⁴⁵ ou encore « la violation des dispositions légales et conventionnelles impératives » telles que celles d'une convention de forfait²⁶⁴⁶, celles relatives au repos dominical²⁶⁴⁷ ou encore aux règles de recours au travail temporaire en ce qu'elles diminuent les capacités d'embauche de travailleurs permanentes²⁶⁴⁸. Le syndicat défend donc l'intérêt de la profession, notion plus large que celle de la collectivité de travail, en réclamant l'application du droit. Mais par sa fonction d'étude et de défense des intérêts matériels et moraux, il a aussi le pouvoir de revendiquer la modification du droit. L'intérêt de la collectivité peut donc aussi se trouver dans la modification du droit tel qu'il est identifié par les organisations syndicales. C'est du reste la définition d'une « communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques »²⁶⁴⁹ qui permet de déterminer le périmètre de désignation du délégué syndical. Ce sera au syndicat de faire la démonstration de ces intérêts propres²⁶⁵⁰. De la même façon que par la grève, la collectivité de travail peut défendre ses droits ou en revendiquer l'évolution.

480. Certains auteurs critiquent la représentation unitaire de cet intérêt et de la collectivité désignée. Celle-ci serait « faussement unitaire : il s'agit au mieux d'un agrégat de communautés pourvues d'intérêts différents »²⁶⁵¹. Le Droit permet effectivement lui-même de

²⁶⁴³ C. Wolmark, « L'action dans l'intérêt collectif. Développements récents », *Dr. soc.*, 2017, p. 634.

²⁶⁴⁴ Soc., 11 sept. 2012, n° 11-22.014, v. *supra* en note n° 711.

²⁶⁴⁵ Soc., 13 janv. 2021, n° 19-17.182, v. *supra* en note n° 712.

²⁶⁴⁶ Soc., 14 déc. 2016, n° 15-20.812, v. *supra* en note n° 713.

²⁶⁴⁷ Soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.20, v. *supra* en note n° 714.

²⁶⁴⁸ Soc., 23 mars 2016, n° 14-23.276, v. *supra* en note n° 715.

²⁶⁴⁹ Art. L. 2143-3 du Code du travail.

²⁶⁵⁰ Soc., 9 nov. 2022, n° 21-20.525, v. *supra* en note n° 1169.

²⁶⁵¹ G. Duchange, « Le périmètre du CSE », *BJT*, janv. 2022, p. 56.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

distinguer au sein des salariés des groupes aux intérêts potentiellement différents. Cette distinction, c'est d'abord celle des collèges électoraux²⁶⁵². On distingue le personnel qu'ils soient ouvriers et employés ; ingénieurs, chefs de service, techniciens, agents de maîtrise et assimilés. Les ingénieurs, chefs de service et cadres administratifs, commerciaux ou techniques assimilés peuvent par ailleurs constituer un troisième collège si leur effectif atteint le seuil de 25 salariés dans ces classifications et dans les entreprises d'au moins cinq cents salariés. C'est encore celle de différentes catégories de salariés, tels que les cadres dirigeants qui malgré leur statut salarié, représentent les intérêts de l'entreprise, si ce n'est des associés. Ces intérêts de groupes distincts peuvent encore s'exprimer dans les accords collectifs. Ce sera le cas de l'accord catégoriel qui ne s'applique qu'à une catégorie du personnel. Ce peut être le cas d'un accord collectif qui détermine un champ d'application plus restreint qu'une collectivité de travail. André Rouast dans sa thèse relative au contrat collectif écrivait quant à lui que « la collectivité entière n'est pas le sujet du contrat : ce sujet est la majorité seule. Mais la collectivité entière est tenue, liée par le contrat comme si celui-ci était son œuvre »²⁶⁵³. L'engagement concerne l'ensemble de cette collectivité de travail alors même que tous ne l'ont pas nécessairement accepté. L'analyse est applicable aux textes adoptés par référendum et transposable à ceux signés par des organisations syndicales représentatives majoritaires. Faute de consensus, ces textes approuvés par une majorité ou par une représentation majoritaire pourrait ne s'analyser qu'en la défense des intérêts majoritaires mais pas de l'ensemble de la collectivité.

Paragraphe 2 : Définition positive : ce qu'est
l'intérêt de l'entreprise

481. Nous avons vu l'intérêt des différentes catégories qui composent l'entreprise. Si celui-ci englobe ou dépasse l'intérêt des associés et des salariés entre eux, l'employeur ou chef d'entreprise semblent les figures les plus à même d'assurer l'équilibre ou de dépasser la contradiction par leur position intermédiaire entre détenteurs du capital et de la force de

²⁶⁵² Art. L. 2314-11 du Code du travail.

²⁶⁵³ A. Rouast, *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le Droit des obligations*, LGDJ, Paris, 1909, p. 112.

travail. Mais alors, l'intérêt de l'entreprise serait réduit à l'une de ses composantes et reposerait sur un équilibre entre intérêts divergents. Ce qui préserverait le potentiel conflictuel au sein de l'organisation plutôt qu'ouvrir un authentique dialogue social. L'objet ici sera donc d'identifier « un intérêt (objectif) de l'entreprise, distinct de celui de l'employeur »²⁶⁵⁴. Sa définition est fondamentale pour une partie de la doctrine en ce qu'elle permettrait d'affirmer « la complémentarité des intérêts catégoriels de la collectivité des actionnaires et de celle des salariés »²⁶⁵⁵. Des auteurs ont noté très tôt l'*impérialisme*²⁶⁵⁶ de cette notion dans le Droit.

A. L'intérêt de l'entreprise dans le discours sur le Droit

482. L'intérêt de l'entreprise peut être envisagé comme mystification, fondement de pouvoir, conciliation ou protection. Lorsqu'il est approché comme intérêt commun aux membres de l'entreprise, il peut être immanence ou transcendance. Il résiderait dans l'accroissement des richesses, en dehors de la seule perspective d'un partage des bénéfiques²⁶⁵⁷. La poursuite d'objectifs en matière d'emploi pourrait également contribuer à lui « donner une consistance juridique »²⁶⁵⁸.

Cependant cette notion « semble échapper à une définition précise »²⁶⁵⁹, peut-être pour échapper au « carcan »²⁶⁶⁰ que cela imposerait au juge. Elle apparaît en « filigrane » pour contrôler le pouvoir de direction des personnes et le pouvoir de direction économique. Dans ce second cas, elle permet de contrôler la justification du licenciement et le respect de règles procédurales. Les règles procédurales visent notamment, comme à travers celles relatives à l'information et consultation, à « faire des décisions économiques ayant des conséquences

²⁶⁵⁴ N. Aliprantis, *op. cit.*, p. 187.

²⁶⁵⁵ J. Barthélémy, *op. cit.*, p. 31.

²⁶⁵⁶ M. Despax, *op. cit.*, p. 309.

²⁶⁵⁷ J. Barthélémy, « Collectivité du personnel et notion d'entreprise », *D.*, 2000, p. 280.

²⁶⁵⁸ J. Barthélémy, *op.cit.*, p. 283.

²⁶⁵⁹ M.-C. Escande-Varniol, « La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise », *RJS*, 4/00, p. 260.

²⁶⁶⁰ B. Teyssié, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D.*, 2004, p. 1687.

sociales, des actes réfléchis, non pas des actes de gestion ordinaire »²⁶⁶¹. Ces mesures associent et prennent en compte la collectivité des salariés. La Cour de cassation, par son interprétation que nous développerons ensuite, viserait ainsi à concilier les considérations financières et les considérations en matière d'emploi²⁶⁶².

483. Comme élément de discours, la référence à l'intérêt de l'entreprise est un « principe d'action » qui a « pour ambition d'assurer la cohésion de tous ceux qui concourent à son activité, leur adhésion à quelques objectifs majeurs »²⁶⁶³. C'est la poursuite de ces objectifs qui pourra exiger de la part de chaque partie des efforts s'il s'agit d'assurer la survie, si ce n'est la prospérité de l'entreprise. Son intérêt peut donc impliquer « côté patronal (...) la renonciation à tout dividende, la mise à l'écart d'un dirigeant, la baisse des rémunérations jusqu'alors perçues » et « côté salarié (...) l'abandon d'avantages financiers, la remise en cause d'aménagements fort appréciés mais fort coûteux du temps de travail, le prononcé de licenciements pour motif personnel ou pour tenir compte de quelques contraintes économiques »²⁶⁶⁴. Il sert aussi de « standard d'appréciation de la légitimité d'une décision ou d'un comportement »²⁶⁶⁵. Ce serait « au mieux », la définition juridique que l'on pourrait lui donner.

484. Un auteur pose l'hypothèse que si l'évocation de l'intérêt de l'entreprise fonde les pouvoirs du chef d'entreprise, il constitue aussi une limite à leur exercice²⁶⁶⁶. Ce qu'affirma du reste Michel Despax dans sa thèse considérant que « toute affirmation de l'intérêt de l'entreprise comporte nécessairement une limitation des droits de l'entrepreneur »²⁶⁶⁷. La référence à cet intérêt est du reste, attachée à plusieurs théories du pouvoir dans le Droit privé²⁶⁶⁸. Le lien entre « l'idée selon laquelle l'entreprise a un intérêt propre et la théorie

²⁶⁶¹ M.-C. Escande-Varniol, *op. cit.*, p. 264.

²⁶⁶² *Ibid.*, p. 265.

²⁶⁶³ B. Teyssié, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D.*, 2004, p. 1681 ; V. sur l'intérêt de l'entreprise comme principe d'action fondé sur les intérêts T. Sachs, « L'intérêt de l'entreprise entre droit du travail et économie », in A. Lyon-Caen, Q. Urban, *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, Dalloz, 2012, p. 65 et s.

²⁶⁶⁴ B. Teyssié, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D.*, 2004, p. 1682.

²⁶⁶⁵ *Ibid.*, p. 1687.

²⁶⁶⁶ G. Couturier, *op. cit.*, p. 144.

²⁶⁶⁷ M. Despax, *op. cit.*, n° 393, p. 416.

²⁶⁶⁸ G. Couturier, *op. cit.*, p. 145.

institutionnelle de l'entreprise » aurait un caractère d'évidence²⁶⁶⁹. Et l'approche institutionnelle se développerait en bénéficiant des lois Auroux, notamment en raison de la réglementation du pouvoir disciplinaire, avec l'appui de la jurisprudence. L'auteur distingue deux approches de l'intérêt de l'entreprise. La première est celle qui affirme que « l'entreprise a un intérêt propre qui transcende tous les intérêts catégoriels pris isolément, réunis ou combinés ; on peut croire que cet intérêt « réside essentiellement dans la vie et la croissance de l'organisme économique » selon la formule du fameux arrêt Fruehauf »²⁶⁷⁰. La seconde combine les intérêts catégoriels en vue d'assurer l'arbitrage²⁶⁷¹.

Pour un autre auteur, l'intérêt de l'entreprise « constitue une certaine idée du droit du travail au cœur de la théorie institutionnelle »²⁶⁷². Si le terme est neutre car il ne donne pas le contenu de cet intérêt, sa définition est quant à elle porteuse de valeurs²⁶⁷³. Compris comme « la nécessité de s'adapter aux réalités des entreprises », il faut entendre le recours à ce concept comme « un objectif politique plus qu'un standard »²⁶⁷⁴. L'auteur propose une définition de cet intérêt comme « la protection de l'ensemble de ses membres et éléments corporels ou incorporels afin d'assurer au mieux la réalisation de ses objectifs ainsi que la préservation de son image et sa réputation »²⁶⁷⁵. A cette fin employeurs et institutions représentatives du personnel seraient « partenaires »²⁶⁷⁶ pour en donner une définition. Il permettrait comme standard de supplanter la règle de faveur²⁶⁷⁷.

Le Professeur Jean Paillusseau développe aussi une conception de l'intérêt de l'entreprise, qu'il distingue de la société et de son intérêt. Il ne correspond pas à l'un des intérêts catégoriels évoqués précédemment, « il est autre chose »²⁶⁷⁸. Il développe en effet que

²⁶⁶⁹ *Ibid.*, p. 146.

²⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 149.

²⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 150.

²⁶⁷² Y. Pagnerre, *op. cit.*, p. 64.

²⁶⁷³ *Ibid.*, p. 65.

²⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 67.

²⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 80.

²⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 115.

²⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 119.

²⁶⁷⁸ J. Paillusseau, « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », *D.*, 1999, p. 165.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

l'entreprise est au centre de plusieurs intérêts « susceptibles de converger aussi bien que de s'opposer. Ainsi, les intérêts des associés bailleurs de fonds, des créanciers et des salariés se rejoignent et s'opposent à la fois. Si tous ont intérêt à ce que l'entreprise prospère, leurs points de vue divergent lorsqu'il s'agit d'affecter les bénéfices. Les associés bailleurs de fonds veulent des distributions de dividendes pour rentabiliser leur capital, les salariés veulent des augmentations de salaires, les créanciers préféreront que les bénéfices restent dans l'entreprise pour la protection de leur gage, les dirigeants pour privilégier l'expansion souhaiteront pouvoir les réinvestir dans de nouvelles installations »²⁶⁷⁹. Le Droit, dès lors, « reconnaît et organise ces intérêts (...) arbitre et réalise des compromis »²⁶⁸⁰. En organisant les pouvoirs, le Droit permet aussi la représentation des intérêts. Ce sera par exemple le cas de la représentation des intérêts des salariés par la présence de représentants élus au conseil d'administration²⁶⁸¹.

Il permet aussi, à travers la singularité de l'intérêt de l'entreprise qui englobe les salariés contrairement à celui de la société, de créer différents mécanismes protecteurs tels que le Droit à l'information et les différents droits collectifs ouverts aux élus²⁶⁸². Il faut ensuite dégager l'intérêt commun à tous ces membres pour définir l'intérêt de l'entreprise. L'auteur considère, renvoyant à une perception avec tout ce que cela comporte de subjectivité et d'influences idéologiques qu'il enjoint pourtant à rejeter, que « tous ceux qui ont une expérience de la vie de l'entreprise savent bien que cet intérêt existe et qu'il est déterminant pour la conduite de l'entreprise »²⁶⁸³. Il considère que le dénominateur commun est la prospérité de l'entreprise en ce qu'elle garantirait tous les intérêts catégoriels des membres de l'entreprise²⁶⁸⁴. Celui-ci peut alors être conduit à agir contre certains intérêts catégoriels pour protéger celui qui leur est commun. L'auteur de se référer aux mesures prises à l'égard des

²⁶⁷⁹ J. Paillusseau, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *op. cit.* ; v. également sur la distinction entre gestionnaires et propriétaires O. Favereau, « Le Droit du travail face au capitalisme : d'une normativité ambiguë à la normativité de l'ambiguïté », in A. Jeammaud, *Le Droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, 2005, 4.3

²⁶⁸⁰ J. Paillusseau, *op. cit.*

²⁶⁸¹ *Ibid.*

²⁶⁸² J. Paillusseau, « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », *op. cit.*, p. 164 ; L'auteur cite le Droit d'expertise, le Droit d'alerte économique et le Droit de saisir le commissaire aux comptes.

²⁶⁸³ J. Paillusseau, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *op. cit.*

²⁶⁸⁴ *Ibid.*

salariés ou de la suspension provisoire des poursuites ouvertes aux créanciers²⁶⁸⁵, au nombre desquels figurent prioritairement les salariés s'il était nécessaire de rappeler qu'ils sont créanciers privilégiés. L'intérêt de l'entreprise permet ainsi « un certain équilibre entre la protection des intérêts des salariés et celle des intérêts des actionnaires »²⁶⁸⁶, ceci au moyen de mécanismes protecteurs.

L'intérêt de l'entreprise se trouve aussi dans le respect de normes légales et conventionnelles²⁶⁸⁷. Un auteur développe par exemple qu'en ne respectant pas les procédures de consultation ou de négociation prévues par la loi, le dirigeant prend le risque de créer un litige. Litige qui entraîne non seulement un coût allant de la procédure judiciaire à la mise en conformité. Litige, s'il est perdu, qui peut en outre affecter son autorité et la confiance de ses subordonnés²⁶⁸⁸. C'est pourquoi l'intérêt de l'entreprise commanderait une optimisation des normes par une gestion préventive du risque juridique²⁶⁸⁹.

485. Doctrine et organisations patronales ont pu émettre une proposition de « contrat collectif » afin de dégager cet intérêt. D'autres conceptions peuvent être signalées. Une partie de la doctrine défend la possibilité de dégager l'intérêt de l'entreprise, entendu comme la conciliation de l'intérêt social et de l'intérêt de la collectivité du personnel, par le « contrat collectif d'entreprise »²⁶⁹⁰. L'expression est ici issue d'une proposition de loi sénatoriale inspirée par une organisation patronale. Cette proposition envisageait ainsi « dans la perspective tracée par les lois Auroux de 1982 (...) qu'il inverse la hiérarchie des normes traditionnelles ; le contrat collectif prime sur toute autre norme, dès lors qu'il respecte les limites posées par la proposition de loi et la convention ou l'accord de branche »²⁶⁹¹. Il s'inscrit donc en opposition à la réglementation étatique en particulier en valorisant le principe de subsidiarité et de faire primer la conciliation des intérêts sur le respect de règles

²⁶⁸⁵ *Ibid.*

²⁶⁸⁶ J. Paillusseau, « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », *op. cit.*, p. 165.

²⁶⁸⁷ J. Barthélémy, « Le Droit du travail peut être aussi une technique d'organisation de l'entreprise », *op. cit.*, p. 33.

²⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 35.

²⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 36.

²⁶⁹⁰ J. Barthélémy, « Collectivité du personnel et notion d'entreprise », *op.cit.*, p. 283.

²⁶⁹¹ Exposé des motifs de la proposition de loi relative à la négociation collective et instituant un contrat collectif d'entreprise, n° 85, déposée au Sénat le 21 novembre 1995.

jugées trop formalistes²⁶⁹². Le code Afep-Medef se réfère quant à lui à plusieurs reprises à « l'intérêt social de l'entreprise »²⁶⁹³. Il s'agit alors d'un standard pour l'action du conseil d'administration et des administrateurs, qu'il faut notamment prendre en compte dans la définition de la rémunération des dirigeants, en particulier pour « les fidéliser et de favoriser l'alignement de leurs intérêts avec l'intérêt social de l'entreprise et l'intérêt des actionnaires »²⁶⁹⁴. Cela lui commanderait de « ne pas multiplier en son sein la représentation d'intérêts spécifiques »²⁶⁹⁵ en dehors des obligations légales. Elle est aussi mobilisée pour rappeler l'obligation des actionnaires salariés et des administrateurs représentant les salariés de se comporter en associé²⁶⁹⁶.

486. L'intérêt de l'entreprise est aussi critiqué comme mystification qui postule une communauté d'intérêts par-delà les antagonismes sociaux²⁶⁹⁷. C'est dans ce secteur que l'idéologie apparaîtrait le plus nettement²⁶⁹⁸. L'intérêt de l'entreprise est utilisé pour concilier des intérêts divergents²⁶⁹⁹. En tant que standard, il permet d'évaluer le comportement des acteurs et la justification de leurs décisions eu égard aux intérêts litigieux. Cela contredirait le caractère unique ou transcendant de l'intérêt de l'entreprise par-dessus les intérêts des différents membres de l'entreprise²⁷⁰⁰. Gérard Lyon-Caen synthétisait ainsi la problématique qui nous est ici posée au sujet de l'entreprise : « est-elle la chose du capital, auquel cas son responsable – qu'il fût propriétaire ou mandataire social –, avait pour mission de réaliser des profits pour le compte des actionnaires ; ou bien était-elle la chose commune des actionnaires

²⁶⁹² J. Barthélémy, *op.cit.*

²⁶⁹³ Afep-Medef, *Code de gouvernement des sociétés cotées*, déc. 2022, pp. 3, 4, 6, 8, 18, 22 et 24.

²⁶⁹⁴ Art. 26.3.3, *ibid.*, p. 24.

²⁶⁹⁵ Art. 2.3 *ibid.*, p. 4.

²⁶⁹⁶ Art. 9.2 *ibid.*, p. 8.

²⁶⁹⁷ J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 22^e éd., 2004, n° 49, p. 50 ; A. Bennini, *op. cit.*, p. 55.

²⁶⁹⁸ F. Collin et P.-H Goutierre « Le traitement des questions de droit. Juridisme et idéologie », *op. cit.*, p. 125.

²⁶⁹⁹ G. Couturier, *op. cit.*, p. 150.

²⁷⁰⁰ A. Bennini, *op. cit.*, p. 55.

et des salariés, auquel cas le chef d'entreprise devait concilier de façon permanente les intérêts des uns et des autres »²⁷⁰¹.

L'intérêt de l'entreprise prête à débat. Il est un élément du discours du Législateur, il est débattu en doctrine. Mais celui-ci a une expression positive. Nous pouvons ainsi envisager avec un auteur que « quittant les terres du seul discours d'ordre économique, financier ou social, l'intérêt de l'entreprise devient outil de raisonnement juridique »²⁷⁰².

B. L'intérêt de l'entreprise dans le discours du Droit

487. Création prétorienne, l'intérêt de l'entreprise est désormais mentionné dans le Code du travail. L'intérêt de l'entreprise est une d'abord une notion jurisprudentielle avant d'intégrer la loi. Le Code du travail contient une occurrence aux « intérêts de l'entreprise ». Il s'agit de l'article L. 1233-57-14 qui vise les informations « les informations dont la communication serait de nature à porter atteinte aux intérêts de l'entreprise » et qui autorise l'employeur à ne pas les communiquer au candidat à la reprise en cas de décision de fermeture de l'établissement.

On peut encore essayer de l'approcher à travers la notion de fonctionnement²⁷⁰³. Si l'entreprise a un intérêt qui lui est propre, c'est bien de pouvoir fonctionner correctement grâce à ses organes. On trouvera ainsi six occurrences au fonctionnement de l'entreprise ou de l'établissement, se référant tantôt à ses nécessités en lui-même tantôt à ce qu'il soit bon ou normal. Cette formulation est donc employée comme fondement à l'inscription d'une clause restreignant la manifestation des convictions religieuses dans le règlement intérieur à l'article L. 1321-2-1 du code du travail. Elle sert ensuite à fonder la limitation du nombre de jours accordés aux salariés engagés dans la réserve opérationnelle des armées et employés dans les entreprises de moins de deux-cents salariés à l'article L. 3142-89 du même code. Le

²⁷⁰¹ G. Lyon-Caen, « Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée », *Dr. ouv.*, 2004, p. 49.

²⁷⁰² B. Teyssié, *op. cit.*, p. 1682.

²⁷⁰³ L'association avec l'idée de fonctionnement est notamment faite par un auteur qui écrit qu'il peut être conçu comme « celui d'une entité économique dont il est vital de permettre le fonctionnement, le développement, le cas échéant la survie » (B. Teyssié, *op. cit.*, p. 1680).

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

« fonctionnement normal de l'établissement » justifie aussi de déroger aux règles relatives au repos dominical comme l'énonce l'article L. 3132-20. Les « nécessités propres de l'entreprise ou de son exploitation » justifient encore de différer les congés de formation de cadres et d'animateurs pour la jeunesse, des responsables associatifs bénévoles, des titulaires de mandats mutualistes autres qu'administrateurs et des membres des conseils citoyens selon l'article L. 3142-56, du congé de mutualiste de formation selon l'article L. 3142-38. Elle sert enfin à fonder le recours à un accord de performance collective prévu à l'article L. 2254-2 du code du travail. Ce dernier article, par le recours à la conjonction « ou » permet de distinguer les nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise de deux autres objectifs que sont le développement ou la préservation de l'emploi. Cet article ne nous permet cependant pas d'affirmer avec certitude qu'ensemble ils constituent l'intérêt de l'entreprise, quoique les travaux parlementaires ayant institué cet accord nous permettent de le supposer. Si tel est le cas, il nous permet alors de constater par sa lecture que si l'intérêt de l'entreprise peut justifier une atteinte aux intérêts de la collectivité du personnel quant au temps de travail, à sa rémunération et à sa mobilité professionnelle et géographique²⁷⁰⁴, il ne rend qu'optionnel les « efforts proportionnés à ceux demandés aux salariés » des « dirigeants salariés » et des « mandataires sociaux et [d]es actionnaires ».

L'intérêt de l'entreprise peut encore être protégé sans être visé directement, sans être ni signifié par l'emploi de cette expression, ni par une expression similaire. C'est ainsi dans l'intérêt de l'entreprise que les représentants du personnel sont soumis à une obligation de discrétion²⁷⁰⁵. Si les textes relatifs à cette obligation l'attache aux informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur, ils ne renvoient pas expressément à cette notion. Et si cette règle ne vise pas l'intérêt de l'entreprise, c'est qu'elle correspond à une règle communautaire instituée ultérieurement et qui vise l'intérêt de l'entreprise dans les termes qui s'ensuivent, « Les États membres prévoient que, dans les conditions et limites fixées par les législations nationales, les représentants des travailleurs, ainsi que les experts qui les assistent éventuellement, ne sont pas autorisés à révéler aux

²⁷⁰⁴ Rappelons comme nous l'avons déjà développé *supra* dans notre titre premier de la première partie que l'accord de performance collective n'a d'intérêt que pour conclure un accord dérogatoire *in pejus*, les thèmes ouverts à la négociation dans le cadre de cette catégorie d'accord faisant déjà l'objet d'une possibilité de déroger *in melius* avant qu'il ne soit institué.

²⁷⁰⁵ Art. 2315-3 du Code du travail.

travailleurs ou à des tiers des informations qui, dans l'intérêt légitime de l'entreprise ou de l'établissement, leur ont été expressément communiquées à titre confidentiel »²⁷⁰⁶.

488. Pour le juge, l'intérêt de l'entreprise demeure un standard de contrôle des décisions de l'employeur et parfois du salarié. L'intérêt de l'entreprise peut encore être saisi par les juges qui recourent à cette notion de façon croissante²⁷⁰⁷. Quoiqu'un auteur ait jugé les arrêts à ce sujet comme usant « de motifs de droit péremptoires, formulés avec soin et avec force »²⁷⁰⁸, il est alors un standard, un instrument de contrôle²⁷⁰⁹. Nous tenterons ici d'établir une typologie des actes contrôlés sur ce fondement, notamment à l'aide de deux études portant sur l'usage prétorien de cette expression²⁷¹⁰. Au moyen d'un autre concept, celui d'entité économique, la Cour de cassation la définit comme « un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit des intérêts propres »²⁷¹¹.

Il permet de contrôler la décision de recrutement. Si l'employeur est normalement libre de choisir qui il recrute il doit le faire dans l'intérêt de l'entreprise. Cela peut donc le conduire à justifier son choix à cet égard comme a pu le décider la Cour de cassation dans les termes qui s'ensuivent : « lorsque plusieurs salariés ont demandé à bénéficier de la priorité de réembauchage, n'a pas à suivre un ordre déterminé et peut choisir ses collaborateurs en fonction de l'intérêt de l'entreprise, sauf à communiquer au juge, en cas de contestation du salarié, les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé pour arrêter son choix »²⁷¹².

²⁷⁰⁶ § 1 de l'art. 6 de la Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne.

²⁷⁰⁷ G. Boucris-Maitral, « Intérêt social et intérêt de l'entreprise, des outils de contrôle du pouvoir privé », *op. cit.*, p. 25.

²⁷⁰⁸ G. Couturier, *op. cit.*, p. 143.

²⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 156 ; B. Teyssié, *op. cit.*, p. 1682 et s. ; A. Bennini, *op. cit.*, p. 50.

²⁷¹⁰ M.-C. Escande-Varniol, *op. cit.*, p. 1680.

²⁷¹¹ Soc., 7 juil. 1998, n° 96-21.451, Publié, *Dr. soc.* 1998. 948, A. Mazeaud ; Soc., 11 mai 1999, n° 97-42.026, Publié, *D.* 2000. 2, obs. F. Derrida ; Soc., 21 nov. 2000, n° 98-45.837, Publié, *Dr. soc.* 2001. 318, obs. A. Mazeaud.

²⁷¹² Soc., 2 déc. 1998, n° 96-44.416, Publié, *D.* 1999. 175, obs. P. Fadeuilhe.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

Il permet ensuite de contrôler la licéité de certaines clauses comme les clauses de non-concurrence ou d'exclusivité²⁷¹³. Celles-ci doivent en effet être indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise²⁷¹⁴.

Elle permettra notamment de contrôler la motivation d'une modification de l'affectation, que celle-ci soit temporaire²⁷¹⁵ ou non²⁷¹⁶. C'est encore un outil de contrôle de la mise en œuvre de la clause de mobilité²⁷¹⁷. Associé à des circonstances exceptionnelles, il peut cependant permettre de déroger à l'application d'une telle clause et d'en élargir le périmètre²⁷¹⁸. Son usage relève du pouvoir d'organisation du chef d'entreprise pour autant qu'il en use dans l'intérêt de celle-ci pour ne pas commettre d'abus²⁷¹⁹. C'est encore « en raison des nécessités de l'entreprise » que l'employeur peut imposer des heures supplémentaires dans la limite du contingent²⁷²⁰. Elle permet également de justifier un changement du contrat de travail. En cas de refus, la reconnaissance de l'intérêt de l'entreprise comme motif de la modification sera tout de même insuffisant pour qualifier le refus de faute²⁷²¹ mais il permettra de justifier le licenciement prononcé sur un autre motif²⁷²². C'est néanmoins l'intérêt de l'entreprise qui permet de qualifier une faute de faute grave si celle-ci rend impossible le maintien du contrat²⁷²³.

²⁷¹³ Soc., 24 mars 2021, n° 19-16.418, Publié.

²⁷¹⁴ Soc., 14 mai 1992, n° 89-45.300, Publié au Bulletin, *D.* 1992. 350, note Y. Serra ; *Dr. soc.* 1992. 967, note D. Corrigan-Carsin ; *JCP* 1992. II. 21889, obs. J. Amiel-Donat ; Soc., 19 nov. 1996, n° 94-19.404, Publié, *Dr. soc.* 1997. 95, obs. G. Couturier ; Soc., 10 juill. 2002, n°s 00-45.135, 00-45.387 et 99-43.334 et Soc., 18 sept. 2002, n° 00-42.904, Publiés, *D.* 2002. 2491, note Y. Serra ; *ibid.* 3111, obs. J. Pélissier ; Soc., 29 avr. 2003, n° 01-42.026, Publié, *D.* 2004. 1161, obs. M. Gomy.

²⁷¹⁵ Soc., 3 févr. 2010, n° 08-41.412, Publié, *RDT* 2010. 226, J.- Y. Frouin ; *SSL* 2011, n° 1477, note A. Gardin.

²⁷¹⁶ Soc., 9 mai 1990, n° 87-40.261, v. *supra* note 2097.

²⁷¹⁷ Soc., 23 janv. 2002, n° 99-44.845, v. *supra* note n° 2096.

²⁷¹⁸ Soc., 3 fév. 2010, n° 08-41.412, préc. ; C'est de cet arrêt que ressort la nécessité d'associer les deux standards, celui de l'intérêt de l'entreprise et celui des circonstances exceptionnelles, pour déroger à la clause de mobilité selon l'analyse de B. Lardy-Pélissier, « Au nom de l'intérêt de l'entreprise... », *Dr. ouv.*, 2010, p. 356.

²⁷¹⁹ Soc., 9 mai 1990, n° 87-40.261, v. préc.

²⁷²⁰ Soc., 9 mars 1999, n° 96-43.718, Publié, *Dr. soc.* 1999. 566, étude P. Waquet ; *ibid.* 630, obs. P.- H. Antonmattei.

²⁷²¹ Soc., 14 fév. 1995, n° 91-40.361, Inédit, *D.* 1995. 413, note J. Mouly.

²⁷²² Soc., 6 mars 1986, n° 82-43.558, Publié.

²⁷²³ Soc., 27 sept. 2007, n° 06-43.867, Publié, *D.* 2008. 446, obs. J. Porta ; *RDT* 2007. 650, obs. G. Auzero ; *JCP S* 2007. II. 1934, note A. Bugada.

Elle est aussi un critère de justification de la limitation d'une liberté du salarié. Nous référant à une étude, nous admettons des références implicites à l'intérêt de l'entreprise. C'est ainsi qu'on a pu admettre des restrictions à la liberté de se vêtir dans des établissements recevant du public si la tenue pouvait « décrédibiliser la hiérarchie et porter atteinte à l'image de la société »²⁷²⁴. Cette référence permet de protéger l'entreprise contre les atteintes à son « image »²⁷²⁵. C'est encore l'intérêt de l'entreprise que l'on trouve derrière les troubles objectifs ou caractérisés susceptibles de l'atteindre. Il permet de contrôler certaines mesures du règlement intérieur si celles-ci sont indispensables comme la fouille des vestiaires ou le port de l'uniforme²⁷²⁶.

L'intérêt de l'entreprise est insuffisant pour motiver le licenciement²⁷²⁷. Mais il peut servir, en s'appuyant sur un motif personnel ou économique le justifier. Il peut ainsi de justifier une rupture du contrat de travail, notamment le licenciement pour les insuffisances et les défaillances d'un salarié en ce qu'elles nuisent à « la bonne marche de l'entreprise »²⁷²⁸, pour les absences répétées qui troublent « le bon fonctionnement de l'entreprise »²⁷²⁹, pour les modifications de méthodes de vente et la fixation d'objectifs contraires à l'intérêt de l'entreprise par un le directeur commercial²⁷³⁰. L'employeur ne peut licencier un salarié en raison de son handicap ou de son état de santé sauf à démontrer que « la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé » l'exige²⁷³¹. On le devine aussi par la référence à la seule entreprise ou à l'employeur pour évaluer l'intention de nuire qui fonde le licenciement pour faute lourde²⁷³². L'intérêt de l'entreprise se retrouvera alors derrière la protection de l'entreprise contre un risque de désorganisation que causerait un exercice abusif

²⁷²⁴ Soc., 12 nov. 2008, n° 07-42.220, Inédit.

²⁷²⁵ Soc., 22 janv. 1992, n° 90-42.636, Publié, *Dr. soc.* 1992. 329, obs. J. Savatier ; Soc., 2 avr. 1992, n° 90-42.030, Publié.

²⁷²⁶ Soc. 18 fév. 1998, n° 95-43.491, Publié, *RJS* 4/98. 461 ; Cons. d'Etat, 16 déc. 1994, n° 112855, *RJS* 2/95. 128 ; Cons. d'Etat, 11 juil. 1990, n° 86022, *RJS* 10/90. 769.

²⁷²⁷ Soc., 20 janv. 1999, n° 96-45.133, Inédit.

²⁷²⁸ Soc., 8 nov. 1982, n° 80-41.404, Publié.

²⁷²⁹ Soc., 10 juil. 1990, n° 87-45.221, Inédit.

²⁷³⁰ Soc., 10 juil. 1990, n° 87-45.221, Inédit.

²⁷³¹ Soc., 24 mars 2021, n° 19-13.188, Publié, *JCP S* 2021. II. 1108, note J.- Y. Frouin ; *BJT* 05/2021. 20, note S. Riancho.

²⁷³² Soc., 11 juillet 2001, n° 99-43.099, Inédit.

du droit de grève²⁷³³. Sans se référer directement à cette notion, le juge opère bien une distinction entre la désorganisation de la production et la désorganisation de l'entreprise. Si la première est inhérente à un arrêt franc du travail, la Cour de cassation a affirmé que ce n'est « qu'au cas où la grève entraîne ou risque d'entraîner la désorganisation de l'entreprise qu'elle dégénère en abus »²⁷³⁴. Ce sera par exemple le cas de grévistes bloquant le seul accès à l'entreprise et empêchant les non-grévistes de travailler²⁷³⁵. La Cour de cassation a pu confirmer le licenciement pour motif économique de salariés ayant refusé la modification de leur contrat par la baisse de leur rémunération malgré des difficultés économiques, mesure justifiée plus²⁷³⁶ ou moins²⁷³⁷ explicitement par l'intérêt de l'entreprise. L'intérêt de l'entreprise peut encore justifier une réorganisation impliquant la suppression de postes et les licenciements subséquents en cas d'impossibilité de reclassement²⁷³⁸, à la suite de l'adoption d'une meilleure organisation impliquant des licenciements²⁷³⁹ ou pour sauvegarder la compétitivité²⁷⁴⁰.

489. Le standard de l'intérêt de l'entreprise fonde et limite les pouvoirs de l'employeur. L'intérêt de l'entreprise permet le contrôle des décisions de l'employeur. Une auteure distingue trois grandes périodes à ce sujet²⁷⁴¹. La première est celle de l'arrêt Brinon par lequel la Cour de cassation affirme la doctrine de l'employeur « seul juge des circonstances »²⁷⁴². L'année 1977 ouvre une nouvelle période en admettant le contrôle des décisions de l'employeur sur le fondement du détournement de pouvoir²⁷⁴³. Une nouvelle période s'ouvrirait avec le contrôle de la justification, permis notamment par la notion

²⁷³³G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 36^e éd., 2023, n° 1545, p. 1972.

²⁷³⁴ Soc., 18 janv. 1995, n° 91-10.476, Publié, *Dr. soc.* 1995. 183, rapp. P. Waquet ; *SSL* n° 1810, note F. Champeaux.

²⁷³⁵ Soc., 9 mai 2012, n° 10-26.497, n^{os} 10-26.499 et 10-26.503, Publié, *Dr. ouv.* 2012. 769, note A. Ferrer ; *JCP S* 2012. II. 1318, note F. Duquesne.

²⁷³⁶ Soc., 28 février 1985, n° 82-43.517, Publié ; Soc., 26 janv. 1994, n° 91-40.868, Inédit.

²⁷³⁷ Soc., 13 juil. 1993, n° 92-40.660, Inédit.

²⁷³⁸ Soc., 13 juil. 1993, n° 91-41.989, Inédit.

²⁷³⁹ Soc., 5 avr. 1994, n° 91-40.946, Inédit.

²⁷⁴⁰ Ass. Plén., 8 déc. 2000, n° 97-44.219, v. *supra* note n° 545.

²⁷⁴¹ M.-C. Escande-Varniol, *op. cit.*, p. 260.

²⁷⁴² Cass., sec. soc., 31 mai 1956, n° 56-04.323, v. *supra* note n° 628.

²⁷⁴³ Soc., 13 oct. 1977, *D.* 1978. 350, note A. Lyon-Caen.

d'intérêt de l'entreprise et sous l'impulsion des lois de 1982. Contrôle qui se limite à la justification et non à la décision elle-même, quant à sa motivation plutôt qu'à son opportunité²⁷⁴⁴. Combiné à l'exigence de bonne foi contractuelle, la Cour de cassation a pu décider que « les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de modifier les conditions de travail d'un salarié est conforme à l'intérêt de l'entreprise »²⁷⁴⁵. On présume en effet que l'employeur agit dans son intérêt. C'est par conséquent au salarié de faire chuter cette présomption s'il estime qu'une décision a été prise contre lui en dehors de cet intérêt.

L'intérêt de l'entreprise peut parfois protéger le salarié. L'obligation de bonne foi contractuelle et de loyauté, fondent celle pour l'employeur d'agir dans l'intérêt de l'entreprise, ou à tout le moins dans l'intérêt des parties au contrat de travail²⁷⁴⁶. C'est ainsi que la Cour de cassation ne reconnaît pas la faute grave d'un salarié qui a commandé du matériel d'occasion sans autorisation mais « pour le compte de l'entreprise »²⁷⁴⁷. Elle a encore pu protéger un directeur de magasin ayant agi en conformité avec les usages du commerce et dans l'intérêt de l'entreprise²⁷⁴⁸ ou un salarié ayant subi une opération chirurgicale durant ses congés dans l'intérêt de l'entreprise mais que l'employeur a ensuite licencié pour incapacité²⁷⁴⁹. Elle a encore pu refuser le licenciement économique de salarié alors que ceux-ci n'étaient pas guidés par l'intérêt de l'entreprise mais visaient d'autres objectifs notamment financier²⁷⁵⁰. L'employeur doit du reste agir dans l'intérêt de cette même entreprise et non dans son intérêt propre, notamment en matière de droit disciplinaire.

Ce standard a vocation à motiver les décisions de l'employeur²⁷⁵¹. Son invocation « constitue l'habillage des justifications » de mesures unilatérales. S'il permet de protéger un

²⁷⁴⁴ G. Couturier, *op. cit.*, p. 151 ; M.-C. Escande-Varniol, *op. cit.*, p. 264.

²⁷⁴⁵ Soc., 23 fév. 2005, n^{os} 03-42.018 et 04-45.463, Publiés ; *D.* 2005. 1678, note H. K. Gaba ; *Dr. soc.* 2005. 634, note P. Bouaziz et I. Goulet ; *JCP* 2005. II. 10076, note D. Corrignan-Carsin ; *Dr. soc.* 2005. 576, obs. J. Mouly ; *GADT*, 4^e éd., n^o 53.

²⁷⁴⁶ Anc. art. 1134 du Code civil repris à l'article L. 1222-1 du Code du travail ; l'article 1104 dans sa version issue de l'ordonnance n^o 2016-131 du 10 février 2016 ajoute qu'il est aussi négocié et formé de bonne foi.

²⁷⁴⁷ Soc., 5 janv. 1995, n^o 93-41.340, Inédit.

²⁷⁴⁸ Soc., 30 juin 1988, n^o 85-43.563, Inédit.

²⁷⁴⁹ Soc. 12 mars 1991, n^o 87-40.348, Publié.

²⁷⁵⁰ Soc., 26 nov. 1996, n^o 93-44.811, Publié, *TPS* 1997. 42, obs. P.-Y. Verkindt.

²⁷⁵¹ T. Sachs, « L'intérêt de l'entreprise entre droit du travail et économie », *op. cit.*, p. 69 ; S. Ranc, *op. cit.*, n^o 95, p. 81.

salarié contre certaines décisions de l'employeur cela signifie qu'*a contrario* il permet de les prendre dès qu'elles sont dans son intérêt. Nous retrouvons à nouveau le caractère ambivalent du droit, à la fois reconnaissance et limitation²⁷⁵². Mais force est de constater à la suite de cette énumération que ce standard est la boussole du chef d'entreprise et que s'il peut garantir la rentabilité de l'entreprise, il serait pour le moins excessif d'y voir une garantie au moins équivalente en termes de protection des intérêts des salariés. Par son caractère flou, il permet même d'interpréter des clauses contractuelles sans équivoque, notamment en matière de clauses de mobilité, en faisant le « sésame d'un pouvoir renforcé de l'employeur »²⁷⁵³. Certains de ces arrêts illustreraient même selon la formule de Gérard Lyon-Caen une « dévaluation du contrat, au profit d'une analyse fondée sur le pouvoir du chef d'entreprise »²⁷⁵⁴.

490. Cependant, le contrôle ne saurait constituer une substitution du juge au pouvoir d'appréciation de l'employeur. Il ne porte que sur la procédure de décision et de sa justification, non sur la décision elle-même²⁷⁵⁵. Ainsi que le résume une auteure, « en saisissant le processus, le juge ne s'imisce pas dans les choix de gestion de l'employeur, il attend de ce dernier qu'il en expose les ressorts »²⁷⁵⁶.

Positivement, l'intérêt de l'entreprise est un standard de justification et de contrôle. Il est un modèle pour l'action qui fonde le pouvoir de l'employeur, en même temps qu'il le limite, pour poursuivre l'objectif assigné à l'entreprise. Mais cette approche est insuffisante pour saisir pleinement l'objectif poursuivi par l'institution du dialogue social dans l'entreprise. Il apparaît que l'intérêt commun sur lequel il repose ne se réduit pas au seul intérêt de l'entreprise tel qu'il est posé car ce dernier est trop attaché encore au pouvoir des dirigeants, agents ou non des propriétaires, pour instituer un dialogue social véritablement

²⁷⁵² Sur l'ambivalence du droit, v. G. Lyon-Caen, « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Dr. ouv.*, 1951, p. 1 ; G. Lyon-Caen, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, LGDJ, 1955, p. 19 et s. ; A. Jeammaud, « Droit du travail 1988 : des retournements plus qu'une crise », *op. cit.*, p. 583 ; G. Lyon-Caen, *Le Droit du travail Une technique réversible*, Dalloz, 1995, 99 p. ; Sur l'ambivalence de la notion d'intérêt de l'entreprise, v. A. Bennini, *op. cit.*, p. 55.

²⁷⁵³ B. Lardy-Pélissier, *op. cit.*, p. 358.

²⁷⁵⁴ G. Lyon-Caen, « Les pochettes-surprises de la chambre sociale : l'arrêt Aventis Pharma », *SSL*, n° 1154, 2 fév. 2004

²⁷⁵⁵ B. Laplane et Q. Urban, « Les juges et la décision de gestion : un sujet à controverses fécondes », in A. Lyon-Caen et Q. Urban, *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, p. 9.

²⁷⁵⁶ E. Lafuma, « Le juge et le processus de décision », in A. Lyon-Caen et Q. Urban, *op. cit.*, p. 64 ; v. également *supra* au paragraphe n° 316.

apaisé. C'est pour cela que l'Etat intervient, afin de construire un intérêt commun qui va au-delà de l'intérêt de l'entreprise tel qu'il le reconnaît.

Section 2 : L'intérêt commun aux membres de l'organisation économique tel qu'il est construit par le Droit

« Comme ces gens que l'on côtoie sans les connaître, l'intérêt commun est pour le juriste un concept familier mais encore énigmatique. »²⁷⁵⁷

491. L'intérêt commun aux membres de l'entreprise ne s'identifie pas nécessairement à l'intérêt de l'entreprise. Cependant, le Droit étatique contribue à produire un intérêt commun entre les membres de l'entreprise. Il y procède de deux façons. La première en construisant idéologiquement cet intérêt, c'est-à-dire en mettant en place des dispositifs orientés vers la construction d'une idée commune de l'intérêt de chacun au sein de l'entreprise. La seconde en ouvrant des droits nouveaux aux salariés, droits qui associent leurs intérêts matériels à ceux des associés.

Paragraphe 1 : La construction idéologique de l'intérêt commun par la définition d'une œuvre commune

492. L'Etat contribue à instituer certaines représentations de l'intérêt commun. Il faut pour cela identifier une œuvre commune qui fonde cet intérêt à l'agir commun à tous les membres de l'organisation économique. Il est également possible de recourir à divers moyens

²⁷⁵⁷ T. Hassler, *op. cit.*, p. 582.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

favorisant la diffusion d'une telle construction, notamment par l'acculturation des agents au moyen de la formation et de la valorisation de compétences ciblées.

A. *L'intérêt commun déterminé par une œuvre commune*

493. L'intérêt commun est défini en Droit, mais dans une acception trop stricte pour nous permettre d'analyser celui de l'entreprise à travers lui. L'intérêt commun que nous mobilisons a un sens déterminé en Droit qu'il nous faut préciser avant de l'écarter pour poursuivre nos développements. Il se réfère en effet à la théorie prétorienne du mandat d'intérêt commun, c'est-à-dire un mandat constitué dans l'intérêt conjoint du mandant et du mandataire. Cet intérêt ne concerne pas le mandat en lui-même mais l'acte à conclure qui fait l'objet du mandat. On pourrait dire que c'est le but du mandat que de poursuivre un intérêt commun par la réalisation d'actes. Par exemple en matière de salaire, il y a un intérêt commun à la réalisation du mandat si ce salaire est relatif au bénéfice ou au chiffre d'affaires de l'opération et non s'il est fixe. De telles sortes que mandant et mandataires ont un intérêt commun à réaliser le plus grand bénéfice, là où une rémunération fixe rendrait l'intérêt du mandataire indépendant des actes conclus et de leurs effets.

Sur la base de l'étude du mandat d'intérêt commun, un auteur écrit que « l'intérêt commun apparaît dès lors qu'il existe *une convergence d'intérêts* entre les parties. Le terme commun ne signifie pas que les intérêts des deux parties sont semblables ou qu'ils se confondent jusqu'à ne faire plus qu'un ; en réalité, chacun poursuit son intérêt propre, mais il se trouve que celui-ci coïncide avec l'intérêt de l'autre partie : *l'intérêt commun c'est la rencontre heureuse de deux égoïsmes* »²⁷⁵⁸. Il n'y a dans l'intérêt commun, rien de transcendant, mais plutôt de convergent ou immanent. Cela conduit à considérer que « la société, l'association et les syndicats sont le creuset naturel des intérêts communs »²⁷⁵⁹. Ceci serait d'autant plus nécessaire dans le cadre de rapports antagonistes. Un autre auteur écrit que « le contrat envisagé jusqu'alors comme un contrat opposant des intérêts antagonistes peut

²⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 585.

²⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 586.

apparaître comme un contrat d'intérêt commun avec les développements juridiques favorables au partenaire faible »²⁷⁶⁰.

L'intérêt commun dans l'entreprise ne s'identifie cependant pas à celui du mandat d'intérêt commun. Nous avons vu par exemple que pour qu'il y ait intérêt commun dans le mandat, la rémunération devait être variable pour que chacun ait intérêt à la conclusion d'un acte. Or le salaire de base du salarié est nécessairement fixe donc indépendant des résultats. Quoiqu'il puisse être suscité par la progression des rémunérations variable²⁷⁶¹, l'essentiel de la rémunération reste fixe. Faute de se constater objectivement, cet intérêt commun doit être créé²⁷⁶². Le Droit peut à ce titre servir à instituer une représentation de celui-ci. Il fournit des « ressources supplémentaires soit conceptuelles soit procédurales, dans la recherche de « justification » par les agents économiques »²⁷⁶³. Cette création vise alors à dépasser les conflits inhérents à l'existence d'intérêts divergents. Mais pour que cette représentation soit opérante, qu'elle suscite l'esprit de collaboration déjà évoqué²⁷⁶⁴, encore faut-il convaincre. Cela passe par l'insistance mise sur les éléments de convergences sur lesquels se fonderaient l'intérêt commun²⁷⁶⁵. Eléments de convergences qui s'attachent au but de l'entreprise²⁷⁶⁶.

494. L'intérêt commun aux membres de l'entreprise doit se définir en rapport à une œuvre commune poursuivie par chaque membre. L'intérêt commun « défini comme une convergence d'intérêts particuliers, est une notion unitaire »²⁷⁶⁷. En ce sens il pourrait se rechercher dans le but de l'entreprise qui unit ses différents membres. La recherche de *but unitaire* se retrouve dans différentes thèses et doctrines, en particulier la doctrine dite de l'entreprise²⁷⁶⁸. Dans la thèse d'André Rouast, qui porte sur la notion de contrat collectif, le

²⁷⁶⁰ G. Farjat, « Réflexions sur les Codes de conduite privés », in *Le Droit des relations économiques internationales*, Etudes offertes à Berthold Goldman, Litec, 1987, p. 65.

²⁷⁶¹ V. *infra* les paragraphes n° 512 et s.

²⁷⁶² O. Favereau, *op. cit.*, p. 47 ; Y. Pagnerre, *op. cit.*, p. 67.

²⁷⁶³ O. Favereau, *op. cit.*, p. 48.

²⁷⁶⁴ G. Morin, *op. cit.*; P. Durand et A. Rouast, *op. cit.* ; Y. Pagnerre, *op. cit.*, p. 68.

²⁷⁶⁵ G. Borenfreund, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. soc.*, 1991, p. 688 ; F. Mariotti, « Entreprise et gouvernement : à l'épreuve des réseaux », *Revue française de sociologie*, 2004, vol. 45, p. 716.

²⁷⁶⁶ T. Hassler, *op. cit.*, p. 616.

²⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 611.

²⁷⁶⁸ A. Lyon-Caen et G. Lyon-Caen, *op. cit.*, spéc. p. 611.

caractère unitaire tient au fait que ce contrat « repose sur la notion de collectivité, elle-même fondée sur une nécessité »²⁷⁶⁹ commune à tout le groupe. Rouast ne raisonne pas en termes d'intérêt, concept qu'il juge trop vague, mais en termes de nécessité. Il développe en effet que « le fondement dernier de la notion de collectivité n'est pas dans un intérêt collectif ; il y a là quelque chose d'autrement fort et d'autrement influent dans la réalité, il y a une *nécessité* »²⁷⁷⁰. Cette nécessité contraint les membres de la collectivité, ce qu'un intérêt commun n'impliquerait pas. Elle les contraint à la solidarité, car cette nécessité est commune à chacun des membres. Elle les contraint à agir de manière ordonnée. Ce qui fait que le contrat collectif est « unitaire intrinsèquement, parce que le but pour lequel il est passé exige qu'il en soit ainsi »²⁷⁷¹.

De la même façon dans la thèse de Despax, dans l'entreprise, ce qui compte c'est le but de celle-ci²⁷⁷². On retrouve encore cette référence au but à poursuivre détaché de l'intérêt d'une seule catégorie dans la doctrine sociale de l'Eglise quand, à l'occasion du centenaire de l'encyclique *rerum novarum* le pape Jean-Paul II déclare que « le but de l'entreprise n'est pas seulement uniquement la production du profit, mais l'existence même de l'entreprise comme communauté de personnes qui, de différentes manières, recherchent la satisfaction de leurs besoins fondamentaux et qui constituent un groupe particulier au service de la société tout entière. Le profit est un régulateur dans la vie de l'établissement mais il n'en est pas le seul ; il faut y ajouter la prise en compte d'autres facteurs humains et moraux qui, à long terme, sont au moins aussi essentiels pour la vie de l'entreprise. »²⁷⁷³.

Dans une optique différente, Marx propose quant à lui une analyse dialectique de cette communauté d'œuvre et d'intérêt. Il écrit ainsi dans *Travail salarié et capital* que « l'intérêt du capitaliste et de l'ouvrier est donc *le même*, prétendent les bourgeois et leurs économistes. En effet ! L'ouvrier périt si le capitaliste ne l'occupe pas. Le capital disparaît s'il n'exploite pas la force de travail, et pour l'exploiter il faut qu'il l'achète. Plus le capital destiné à la production, le capital productif, s'accroît rapidement, plus l'industrie, par conséquent, est

²⁷⁶⁹ A. Rouast, *op. cit.*, n° 41, p. 88.

²⁷⁷⁰ *Ibid.*, n° 42, p. 93.

²⁷⁷¹ *Ibid.*, n° 45, p. 103.

²⁷⁷² M. Despax, *op. cit.*, n° 226, p. 252.

²⁷⁷³ Encyclique *Centesimus annus*, 1991, n° 35.

florissante, plus la bourgeoisie s'enrichit, mieux vont les affaires, plus le capital a besoin d'ouvriers et plus l'ouvrier se vend cher (...).

Quand on dit : *Les intérêts du capital et les intérêts des ouvriers sont les mêmes, cela signifie seulement que le capital et le travail salarié sont deux aspects d'un seul et même rapport. L'un est la conséquence de l'autre comme l'usurier et le dissipateur s'engendrent mutuellement.*

Tant que l'ouvrier salarié est ouvrier salarié, son sort dépend du capital. Telle est la communauté d'intérêts tant vantée de l'ouvrier et du capitaliste. »²⁷⁷⁴

495. La définition de ce but dépendra cependant de *traits contextuels* qui sont « économiques, technologiques ou politiques »²⁷⁷⁵. Mais « ces contextes impliquent des « idéologies communes » partagés entre les acteurs mobilisés »²⁷⁷⁶, c'est-à-dire une perception commune de ces acteurs sur laquelle peut s'appuyer leur agir commun. Or l'entreprise s'inscrit dans un environnement précis, dans un cadre local et économique défini par le marché sur lequel elle opère. L'assimilation de ce but commun peut encore se construire dans le développement d'une culture d'entreprise, commune à chacun de ses membres et apte à permettre une identification et une intégration à la communauté-entreprise.

Le développement d'une culture commune s'appuie sur une identification à l'entreprise qui permet la mobilisation de ses membres, d'être un moyen d'agir. Des sociologues écrivent ainsi que « l'identification de chacun à ces groupes forts ou à cette communauté englobante provoquait alors synergie des valeurs, additivité des compétences et représentations communes des objectifs pour transformer le caractère grégaire de la réalité sociale en un tout intégré et capable de puissance collective »²⁷⁷⁷. L'entreprise est ici envisagée comme une « petite cellule fortement intégrée par une solide culture commune »²⁷⁷⁸ qui permet de s'identifier à elle. Elle permettrait ainsi de développer sa propre culture comme un « liant symbolique » assis sur des valeurs mais aussi sur des marques, le nom de

²⁷⁷⁴ K. Marx, *Travail salarié et capital*, éd. sociales, 1975, pp. 39-40.

²⁷⁷⁵ G. Groux, « L'entreprise : conflits et régulation(s) », *Droit sociétés*, n° 41, 1999, p. 38.

²⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. 38.

²⁷⁷⁷ R. Sainsaulieu et D. Segrestin, « Vers une théorie sociologique de l'entreprise », *Sociologie du travail*, 1986, p. 340.

²⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 342.

l'entreprise, un chef charismatique, les technologies employées ou encore les projets portés. Sur ces bases fédératrices, il y aurait alors un ensemble de *représentations communes* à partir desquelles chaque membre peut s'identifier, comprendre l'interdépendance de chaque membre et développer un agir collectif. Elle repose sur une « vie commune »²⁷⁷⁹ qui permettrait de faire advenir cette culture commune.

Ces développements ne sont pas sans rappeler l'idée d'institution. Nous avons vu *supra* que l'institution se définissant comme une organisation en vue d'une œuvre commune. Or l'entreprise, telle qu'elle est conçue pour la définition de son intérêt repose sur l'identification de son but, son œuvre à accomplir.

B. L'œuvre commune exprimée dans l'énonciation d'un intérêt partagé

496. L'énonciation d'un intérêt partagé et des moyens de le poursuivre se formalise par le recours à la négociation et aux attributions représentatives. L'accord ou l'avis sont ainsi des « outils pédagogiques (...) [un] lieu où l'on apprend à bien penser et à bien percevoir où est son intérêt »²⁷⁸⁰. La logique contractuelle, qui vise à énoncer cet intérêt collectif, se formalise dans l'accord ou dans l'avis²⁷⁸¹. Il y a dans ce rapport dialogique la possibilité de reconnaître et formuler l'intérêt commun à chaque partie au sein du groupe qu'ils forment. Mais encore faut-il « une culture, un état d'esprit »²⁷⁸² favorable à leur développement.

Les références à la *culture du dialogue social*, qu'il faut promouvoir, ou à la culture du conflit qu'il faut combattre, sont récurrentes dans la littérature grise²⁷⁸³ qui entoure les travaux

²⁷⁷⁹ J. Paillusseau, *op. cit.*, p. 161.

²⁷⁸⁰ P.-Y. Verkindt, « Derrière le contrat, le lien... », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, 2007, p. 7.

²⁷⁸¹ C. Wolmark, *op. cit.*, p. 631.

²⁷⁸² J.-E. Ray, *op. cit.*, p. 412.

²⁷⁸³ D.-J. Chertier, *Pour une modernisation du dialogue social*, Rapport au Premier Ministre, Paris, 31 mars 2006, p. 6 ; B. Perrut, *Rapport de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n°3456) sur la modernisation du dialogue social*, n°3465, Ass. nat., 29 nov. 2006 ; L. Bérille et J.-F. Pilliard, *Le développement de la culture du dialogue social en France*, CESE, avis du 24 mai 2016 ; G. Gateau et J.-D. Simonpoli, *Accompagner la dynamique du Dialogue social par la formation et la reconnaissance de ses acteurs et par la valorisation des meilleures pratiques*, février 2018.

préparatoires aux réformes du dialogue social, dans les discours représentants de l'Etat²⁷⁸⁴ et même dans la littérature scientifique²⁷⁸⁵. Les références à la culture émaillent le rapport Hadas-Lebel²⁷⁸⁶ quand le rapport Combrexelle consacre même une partie à la culture²⁷⁸⁷ et une autre partie à « la connaissance, levier pour une culture de la négociation »²⁷⁸⁸. A cette rhétorique de la culture s'associe un ensemble de mesures qui vise bien à développer une culture commune, assise sur un langage commun.

Partant du postulat d'un conflit de logiques ou de cultures, le Législateur a mis en place des dispositifs qui ont pour vocation de retrouver le chemin de la concorde. Il s'agit donc d'acculturer les individus porteurs d'une logique conflictuelle à celle du dialogue social reposant sur une logique consensuelle. La démarche dialogique permettrait quant à elle de faire émerger une représentation commune. Dans une situation idéale, elle permet d'aller au-delà des représentations fondées sur les intérêts de chacune des parties pour définir une représentation commune.

Les procédures prévues par le Droit des relations collectives peuvent jouer un rôle en organisant ce processus dialogique. Cependant, hors une situation idéale, et peut-être seulement idéale, ces mêmes processus peuvent conduire à amener l'une des parties à intégrer les représentations de l'autre partie. La sociologie de la négociation permet par exemple d'envisager l'hypothèse dans laquelle la procédure de négociation collective, et au-delà de toutes les procédures relatives aux relations collectives, sert d'outil « d'acculturation économique »²⁷⁸⁹. Pour étudier cette hypothèse, à travers la création et le développement de certaines techniques juridiques dans les réformes du dialogue social, nous nous interrogerons d'abord sur les possibilités d'acculturation à travers la formation des agents et à travers leur professionnalisation.

²⁷⁸⁴ V. Déclaration de M. Jacques Chirac, Président de la République, sur la réforme du dialogue social, à Paris le 10 octobre 2006.

²⁷⁸⁵ C. Thuderoz, « Enjeux sociaux et pratiques des formations conjointes à la négociation collective », *Gérer et comprendre*, Annales des Mines, n° 134, 2018, p. 14.

²⁷⁸⁶ On en trouve douze occurrences dans le rapport de R. Hadas-Lebel, *Pour un dialogue social efficace et légitime : Représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, Rapport au Premier Ministre, mai 2006.

²⁷⁸⁷ J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier Ministre, sept. 2015, p. 41.

²⁷⁸⁸ *Ibid.*, p. 65.

²⁷⁸⁹ B. Giraud, « Derrière la vitrine du « dialogue social » : les techniques managériales de domestication des conflits de travail », *Agone*, n°50, 2013, p. 51.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

1. L'acculturation par la formation commune : savoir et langage partagés

497. L'acculturation des acteurs est une condition nécessaire à l'appropriation de ces réformes. Si le « jeu des acteurs »²⁷⁹⁰ ne permet pas une appropriation des espaces laissés à la négociation collective, « le scénario le plus probable est que rien ne se passerait aux différents niveaux de la négociation collective, sauf le désordre »²⁷⁹¹. Celles-ci doivent donc créer les conditions d'acquisition de cette nouvelle culture et c'est en ce sens que nous parlons d'acculturation. L'un des premiers enjeux du dialogue est l'existence, si ce n'est la préexistence d'un langage commun. Cette acculturation se base sur un langage commun dont il nous faut préciser en première analyse les modes d'élaboration et de diffusion, et dont l'acquisition peut notamment se faire au moyen de la formation commune, ce que nous développerons en seconde analyse.

a. La formation du langage, enjeu de représentations communes

498. Le langage est formé par un ensemble de signes communs aux membres d'un même groupe. Afin d'explicitier les enjeux de la formation d'un langage commun, nous nous référerons aux apports de la linguistique et de la philosophie du langage. Ferdinand de Saussure définit le langage comme un « fait social »²⁷⁹² et la langue²⁷⁹³ comme étant « à la fois un produit social de la faculté du langage et un ensemble de conventions nécessaires, adoptées par le corps social pour permettre l'exercice de cette faculté chez les individus »²⁷⁹⁴.

²⁷⁹⁰ J.-D. Combexelle, *op. cit.*, p. 36.

²⁷⁹¹ *Ibid.*, p. 36.

²⁷⁹² F. de Saussure, *Cours de linguistique générale*, Payot, 1960, p. 21.

²⁷⁹³ Les différents auteurs que nous étudierons ici établissent des définitions différentes du langage, de la langue et des signes. Afin de ne pas complexifier inutilement notre propos nous faisons volontairement le choix de faire l'impasse sur les particularités de certaines théories et de certaines définitions dès lors que ces distinctions ne contribuent pas à la clarté de ce que nous exposons. L'emploi du terme « langage » dans les travaux préparatoires et la littérature grise ne nous semble pas en outre marquer l'adhésion à une quelconque théorie linguistique ou philosophique, mais seulement d'un emploi dans une conception relativement large.

²⁷⁹⁴ *Ibid.*, p. 25.

La langue constitue un fait de langage qui suppose l'usage de la voix, de l'expression orale. La langue suppose donc, outre le langage, la faculté de parler qui repose sur « un système de signe où il n'y a d'essentiel que l'union du sens et de l'image acoustique »²⁷⁹⁵.

Selon Saussure, un concept et une image acoustique²⁷⁹⁶ forment ensemble une unité qu'il nomme le *signe*. L'auteur distingue cette dichotomie de celle entre un nom et une chose. Le concept est ce que l'on nomme le *signifié* et l'image acoustique ce que l'on nomme le *signifiant*. Cette distinction est du reste, usitée par des juristes pour distinguer le texte, comme signifiant, et la norme, comme signifié²⁷⁹⁷. C'est ce système de signes qui permet une compréhension entre deux personnes. Ferdinand de Saussure considère que « le signe est arbitraire »²⁷⁹⁸, produit d'une histoire et d'une tradition. Ce n'est pas le fruit d'une délibération ou d'un contrat.

Le signe a également un rôle différentiel, il ne doit pas se confondre avec autre chose, un autre signe. Il a pour fonction de différencier deux choses que l'on tient pour différentes. C'est pourquoi on distingue dans le signe l'unité d'un concept et d'une image acoustique d'un simple nom et d'une chose. Un mot peut être polysémique, le signe ne l'est pas. Par exemple si l'on parle d'un valet, le mot peut renvoyer à différentes choses ou à la fonction d'une personne. Le signe ne permet pas cette confusion et permettra, si l'on parle de la chose, de comprendre de quelle chose on parle, s'il s'agit de l'outil de menuiserie ou du mobilier de chambre. Le signe permettra de saisir le concept et de fournir l'image acoustique nécessaire à sa compréhension. C'est ce qui permet, dans une communauté linguistique de s'entendre. Mais cet arbitraire peut être absolu ou relatif. L'arbitraire relatif permet d'expliquer, de motiver le signe. Ce sera notamment le cas d'un syntagme, en tant qu'association de plusieurs signes. Par exemple vingt n'est pas justifié. Cependant dix-neuf est justifié car composé de deux autres signes permettant de justifier la construction de ce syntagme, quoi que dix et neuf soient eux-mêmes injustifiés donc produit d'un arbitraire absolu. Autre syntagme, que nous nous attachons dans cette thèse à étudier : *dialogue social*.

²⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 32.

²⁷⁹⁶ *Ibid.*, p. 98.

²⁷⁹⁷ A. Jeammaud, « Des principes du droit du travail », *SSL*, n° 17036, 18 déc. 2015.

²⁷⁹⁸ F. de Saussure, *op. cit.*, p. 100.

499. Le langage permet de produire des énoncés, permettant l'échange. Le philosophe Ludwig Wittgenstein parle lui de signe propositionnel, qu'il distingue du nom comme Ferdinand de Saussure distingue le signifié ou concept du nom. Le signe permet d'accéder à la compréhension ou à la représentation de la chose par le médium de la compréhension du contenu propositionnel. Notre compréhension repose sur l'application, par l'image. Si l'on nous parle d'un « cube », nous comprenons en imaginant un cube. Wittgenstein écrit que « c'est du système de signes, du langage auquel il appartient, que le signe (la phrase) tire sa signification »²⁷⁹⁹. Le médium est le processus mental qui permet de passer du langage à la phrase. La pensée est quant à elle « l'activité qui consiste à opérer avec des signes »²⁸⁰⁰ pour aboutir une « proposition ayant un sens »²⁸⁰¹ ou encore le « signe propositionnel appliqué »²⁸⁰² que l'on peut ensuite exprimer.

Les signes se comprennent dans leur contexte. Wittgenstein précise que « nous parlons de la compréhension d'une phrase au sens où elle ne saurait être remplacée par aucune autre »²⁸⁰³ ou encore que « la proposition seule a un sens ; et ce n'est que dans le contexte d'une proposition qu'un nom a une signification »²⁸⁰⁴. L'ensemble des propositions forment le langage²⁸⁰⁵. Ce langage s'apprend de manière démonstrative d'après le philosophe. Puis par association, comparaison, interprétation, nous complexifions celui-ci. Nous élargissons le cercle des signes propositionnels que nous pouvons comprendre.

La théorie de l'apprentissage de Wittgenstein est liée à l'action, l'apprentissage est pragmatique. Les signes simples, comme les couleurs, s'apprennent en montrant des objets d'une même couleur, de sorte que la répétition nous permet d'associer le mot que nous entendons à la couleur que l'on nous a montré. Pour apprendre des concepts plus élaborés, on ne saurait par exemple montrer un *dialogue social*, on recourt à des jeux de langage. Le jeu de langage permet de rechercher le sens d'une proposition par comparaison avec un autre

²⁷⁹⁹ L. Wittgenstein, *Le cahier bleu*, trad. M. Goldberg et J. Sackur, Gallimard, 1996, p. 40.

²⁸⁰⁰ *Ibid.*, p. 42.

²⁸⁰¹ L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, trad. P. Klossowski, Gallimard, 1961, n° 4, p. 46.

²⁸⁰² *Ibid.*, n° 3.5, p. 46.

²⁸⁰³ L. Wittgenstein, *Investigations philosophiques*, trad. P. Klossowski, Gallimard, 1961, n° 531, p. 274.

²⁸⁰⁴ L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, *op. cit.*, n° 3.3, p. 41.

²⁸⁰⁵ *Ibid.*, p. 46.

langage, comme essayer d'expliquer les règles du football à un amateur de basketball en utilisant la comparaison avec le langage du basketball et ses règles. Le jeu a donc un rôle dans l'apprentissage et dans l'application de la règle pour autant que le langage soit compris. Le langage par ce biais permet l'action.

Mais par le processus de pensée, de représentation, l'action n'est pas nécessairement conforme à la proposition langagière. Le langage sert à exprimer la pensée, à lui donner un sens, c'est un « instrument »²⁸⁰⁶. De la sorte « un ordre serait l'image de l'action qui fut exécutée d'après cet ordre ; mais aussi une image de l'action qui doit être exécutée d'après lui »²⁸⁰⁷. Il faut ici distinguer le langage de la proposition car il ne s'agit pas d'expliquer l'origine mais de constater le jeu de langage : « exécuter l'ordre est maintenant le critère du fait qu'il a compris »²⁸⁰⁸. Nous pouvons chercher à représenter intentionnellement quelque chose, mais un autre peut avoir une autre interprétation de l'ordre donné. La réalisation de proposition dépend donc d'une compréhension et d'un langage communs. Dans le cadre de rapports juridiques, on peut se trouver face à une difficulté de ce point de vue : les salariés et l'employeur appartiennent à une communauté linguistique différente, le Droit interprété par le juge en cas de litige emploie quant à lui un autre langage²⁸⁰⁹. Il faut donc pour parvenir à une certitude commune posséder les mêmes références, avoir les mêmes représentations. Dans la philosophie de Wittgenstein, le conflit est un conflit de jeux de langage. C'est parce que l'on ne se comprend pas, parce que nous n'avons pas les mêmes représentations, que l'on est en conflit. La formation d'un langage commun, assis comme nous avons pu le voir sur un système de représentations communes, sur ce que nous appellerons également une idéologie²⁸¹⁰ commune, permettrait donc de mettre fin au litige entre communautés linguistiques différentes.

500. L'échange d'énoncés et l'anticipation de la compréhension de l'autre forment un dialogue entre les interlocuteurs. L'énonciation est étudiée par d'autres linguistes et

²⁸⁰⁶ L. Wittgenstein, *Investigations philosophiques*, op. cit., p. 282.

²⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 272.

²⁸⁰⁸ L. Wittgenstein, *Le cahier brun*, trad. M. Goldberg et J. Sackur, Gallimard, 1996, p. 209.

²⁸⁰⁹ E. Silva-Romero, *Wittgenstein et la philosophie du droit*, PUF, 2002, p. 310.

²⁸¹⁰ Nous entendons idéologie dans le sens de la deuxième définition qu'en donne la neuvième édition du dictionnaire de l'Académie française : « Ensemble de représentations, vision du monde propre à une société, une époque, un mouvement intellectuel, un groupe social ». Pour notre étude, nous considérerons plus particulièrement les idéologies des groupes sociaux et les représentations liées au positionnement dans une organisation économique.

philosophes du langage. Nous avons présenté en introduction générale les travaux de Mikhail Bakhtine et de son cercle²⁸¹¹. Nous avons à cette occasion, développé ce qu'était le processus dialogique. Nous en rappelons ici seulement les éléments essentiels. Le dialogue repose sur le caractère social de l'énonciation. Cela signifie que les interlocuteurs doivent partager un langage, et avec lui les représentations signifiées par les énoncés. Il est encore social par le fait qu'il est nécessairement tourné vers autrui. Le dialogue repose sur l'anticipation de la compréhension de l'autre et sur la réplique à ses énoncés. Par ce dialogue, ils produisent un sens nouveau. Éléments que l'on retrouve en partie dans la théorie buberienne qui postule quant à elle une certaine fusion des interlocuteurs.

Appliqué au contrat de travail et aux rapports collectifs, nous pouvons considérer que la qualité d'un accord ou d'une consultation dépend d'une compréhension, ou du moins d'un ensemble de représentations, communes et d'une maîtrise commune des techniques employées : « comprendre une phrase veut dire comprendre un langage. Comprendre un langage veut dire être maître d'une technique »²⁸¹². Or nous avons développé que le langage s'appuie sur un ensemble de signes qui renvoient à des représentations communes, elles-mêmes assises sur une base matérielle commune, des référents communs. En d'autres termes, assurer une compréhension commune implique un langage commun, lui-même fait de signes ayant les mêmes significations pour les interlocuteurs, renvoyant aux mêmes représentations. En d'autres termes : une idéologie commune. Un langage commun n'a d'effectivité que pour autant que l'on se représente les mêmes choses à l'énonciation de signes. Reste alors à déterminer quelle sera cette idéologie commune. Nous avons pu voir que différents groupes sociaux ont des langages différents, dans l'entreprise il y a celui du propriétaire, des dirigeants et des salariés. Entre salariés même on peut trouver des systèmes de langage différents selon leurs postes de travail ou leur catégorie par exemple. Le conflit de langage, si ce n'est de logique, est un élément objectif dans le cadre d'une négociation collective, assis sur une divergence d'intérêts matériels liés à des rapports antagonistes dans la production. Afin de pallier ces divergences, un outil a vocation à permettre la construction « d'un langage, d'un vocabulaire commun »²⁸¹³ pour travailler sur les représentations de chacun, c'est celui des

²⁸¹¹ V. paragraphe n° 35.

²⁸¹² L. Wittgenstein, *Investigations philosophiques*, op. cit., p. 206.

²⁸¹³ *Cahier des charges général relatif aux formations communes aux salariés, aux employeurs, à leurs représentants, aux magistrats judiciaires ou administratifs et aux agents de la fonction publique pris conformément à l'article R.2212-2 du Code du travail*, BOMT, n° 2018/7 du 30 juillet 2018, p. 72.

formations communes. Il vise à « partager des points de repères communs » qui permettront de « faire la distinction entre les intérêts convergents, divergents/différents, compatibles » et de « mettre en œuvre des registres de communication pertinents »²⁸¹⁴. C'est en tout cas en ces termes que le cahier des charges général relatif aux formations communes traite de ce dispositif de construction d'un langage commun, et par conséquent de représentations communes.

b. Les formations communes : outil qui « permet un langage commun »²⁸¹⁵

501. La formation est un outil de diffusion et d'apprentissage d'un langage et des représentations qu'il signifie. Pour que les acteurs se saisissent de ces nouvelles méthodes, le préalable est leur conviction dans son utilité. C'est pourquoi le rapport Combrexelle recommandait, c'est même sa première recommandation, d'élaborer une « pédagogie de la négociation collective démontrant le caractère rationnel et nécessaire de celle-ci dans un contexte concurrentiel et de crise économique »²⁸¹⁶. Selon ce rapport « il serait nécessaire de prévoir des lieux où serait enseignée une pédagogie commune aux entreprises et aux syndicats de la négociation »²⁸¹⁷. Cette distinction du lieu de formation et du lieu de négociation, que nous avons déjà analysé comme un lieu de conflictualité mais qui est aussi celui de l'exercice du lien de subordination, provient de l'expérience nord-américaine qui la pratique déjà depuis le début du XX^e siècle²⁸¹⁸. Pour y parvenir, le rapport proposait la « mise en place de formations communes syndicats/entreprises sur la base d'un cahier des charges établi par l'État, éventuellement prises en charge sur le fonds de financement du paritarisme pour les employeurs. Ces formations se feraient sans préjudice des formations syndicales

²⁸¹⁴ *Ibid.*, p. 73.

²⁸¹⁵ M. Millot et J.-P. Roulleau, *Détecter évaluer et reconnaître les compétences mises en œuvre dans l'exercice du mandat. Une contribution paritaire à l'amélioration du Dialogue social*, IPSAS-ORES, janv. 2016, p. 8.

²⁸¹⁶ J.-D. Combrexelle, *op. cit.*, pp. 51 et 115.

²⁸¹⁷ *Ibid.*, p. 64.

²⁸¹⁸ C. Thuderoz, *op. cit.*, p. 15.

particulières »²⁸¹⁹. Le rapport incitait également sur la formation des dirigeants, experts et conseils pouvant intervenir dans le cadre de la négociation²⁸²⁰. Le rapport de l'institut Montaigne en fait quant à lui sa troisième proposition qui est de « permettre une meilleure formation et des déroulés de carrière plus satisfaisants pour les représentants syndicaux »²⁸²¹ notamment au moyen d'une « formation sur les dimensions stratégiques, économiques et juridiques autre que la « formation économique, sociale et syndicale » »²⁸²². Le besoin de formation des négociateurs d'entreprise est ainsi récurrent dans la littérature grise²⁸²³. Dans un avis du 24 mai 2016, le Conseil économique, social et environnemental recommandait quant à lui de confier ces formations à l'Institut national du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle²⁸²⁴ et invite les universités et les écoles supérieures à constituer une offre de formation continue²⁸²⁵.

502. Les réformes du dialogue social l'ont institué au moyen des formations communes. Le dispositif retenu par le Législateur est celui de la formation commune créé par loi du 8 août 2016. L'étude d'impact reprend aux moyens de citations *in extenso* les analyses du rapport Combrexelle dans un sous-titre ainsi formulé : « un droit conventionnel de plus en plus complexe qui rend nécessaire une professionnalisation accrue des acteurs de la négociation collective »²⁸²⁶. En dehors de ce que peut avancer le rapport Combrexelle, on ne cherchera cependant pas d'anticipation particulière du dispositif puisqu'en ce qui concerne les impacts de la loi, ceux-ci sont résumés en une seule phrase : « les mesures proposées visent à améliorer la qualité du dialogue social »²⁸²⁷. Un impact anticipé qui ressemble fort à

²⁸¹⁹ J.-D. Combrexelle, *op. cit.*, p. 116, proposition n° 12.

²⁸²⁰ *Ibid.*, p. 115, propositions n° 2 à 6 .

²⁸²¹ G. Adam et F. Béharel, *Sauver le dialogue social. Priorité à la négociation d'entreprise*, Rapport de l'Institut Montaigne, sept. 2015, p. 35.

²⁸²² *Ibid.*, p. 36.

²⁸²³ M. De Virville, *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, Paris, 15 janv. 2004, p. 64 ; D.-J. Chertier, *op. cit.*, p. 98.

²⁸²⁴ L. Bérille et J.-F. Pilliard, *op. cit.*, p. 67, recommandation 31.

²⁸²⁵ *Ibid.*, p. 67, recommandation 29.

²⁸²⁶ Etude d'impact du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016, p. 191.

²⁸²⁷ *Ibid.*, p. 192.

l'objectif. Reste à savoir ce que signifie l'amélioration du dialogue social attendue par le biais de ces formations et sur quels critères cette amélioration peut s'évaluer.

L'article L. 2212-1 du code du travail dispose que « les salariés et les employeurs ou leurs représentants peuvent bénéficier de formations communes visant à améliorer les pratiques du dialogue social dans les entreprises, dispensées par les centres, instituts ou organismes de formation. L'Institut national du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle apporte son concours à la création et à la mise en œuvre de ces formations. Ces formations peuvent être suivies par des magistrats judiciaires ou administratifs et par d'autres agents de la fonction publique ». Comme juste retour des choses, un accord collectif peut en déterminer le contenu et les modalités d'organisation et de financement²⁸²⁸. On observe dans cet article que celui-ci est un produit de l'institution du dialogue social. Il contient en effet l'une des rares occurrences à ce syntagme dans le Droit positif et l'associe à la négociation collective puisque le titre du chapitre auquel l'article appartient, circonscrit bien cette formation aux « acteurs de la négociation collective ». Cette mention est à la fois large car elle ne réduit pas ces formations aux seuls délégués syndicaux mais porte une restriction puisqu'elle semble ôter le bénéfice de ces formations aux représentants élus lorsque ceux-ci appartiennent à des entreprises pourvues de délégués syndicaux.

Un décret n° 2017-714 du 2 mai 2017 a permis d'en compléter le régime. Celui-ci assure en tout premier lieu le caractère conjoint de la formation qui doit « se réaliser conjointement sur un même site »²⁸²⁹ et définit les modalités de suivi de la formation. Notamment en ce qui concerne les salariés ou leurs représentants, ceux-ci peuvent mobiliser plusieurs dispositifs : « soit [le] congé de formation économique, sociale et syndicale prévu à l'article L. 2145-5, soit [le] plan de formation mentionné à l'article L. 6312-1 pour les actions de formation mentionnées aux 2° et 8° de l'article L. 6313-1 »²⁸³⁰. Le décret définit enfin dans quelle mesure l'Institut national du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle apporte son concours à la création et à la mise en œuvre de ces formations²⁸³¹. Il le fait tout d'abord par la définition du cahier des charges général qui doit comprendre : les thématiques

²⁸²⁸ Art. L. 2212-2 du Code du travail.

²⁸²⁹ Art. R. 2212-1 du Code du travail.

²⁸³⁰ Art. R. 2212-3 du Code du travail ; Précisons que depuis la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018, en application de son article 4, l'article L. 6313-1 du Code du travail ne mentionne plus que quatre thèmes de formation, mais que l'article R. 2212-3 n'a pas été modifié en conséquence.

²⁸³¹ Art. R. 2212-2 du Code du travail.

traitées par les formations communes, qui portent notamment sur les questions économiques et sociales, la dynamique de la négociation et son environnement juridique ; les principes que doivent respecter les formations communes, notamment le respect de la neutralité dans l'analyse et la présentation du rôle des parties à la négociation ; et les critères destinés à garantir la qualité des formations communes, notamment la mise en œuvre d'une pédagogie centrée sur les relations entre acteurs. Des cahiers spéciaux pourront être élaborés pour des formations particulières en application des accords et conventions de branche et d'entreprise relatives à ce sujet.

503. L'administration encadre le contenu et le déroulement de ces formations. On retrouve ainsi des problématiques déjà évoquées en ce qui concerne notamment, les thèmes de négociation mais également l'environnement juridique, qui peut ainsi comprendre tant les possibilités ouvertes à la négociation sur le thème lui-même que les techniques de négociations permises par l'articulation des différentes sources de droit. Le cahier des charges général fixe même pour vocation à ces formations communes, « le développement d'une culture du dialogue social et de la négociation »²⁸³². Il est également intéressant de relever que le cahier des charges doit aborder le respect de la « neutralité ». En ce qui concerne les questions économiques, on peut légitimement s'interroger sur ce que signifie cette neutralité et quelles sont les références « neutres » dans la littérature économique. Cela interroge d'autant plus au regard du caractère nécessairement idéologique des signes et du langage employé que nous avons étudié précédemment. En ce qui concerne l'apport de connaissances, en ce que « le rôle des formateurs ne consistera pas simplement à apporter de la connaissance et à faire partager des techniques, en effet il s'agit à la fois d'animer et de réguler des échanges, de les inciter et de les modérer si besoin »²⁸³³. La neutralité est simplement renvoyée à la neutralité des formateurs qui ne doivent pas exprimer leurs opinions et adopter une position empathique et équidistante, c'est-à-dire montrer autant de signes de reconnaissance et d'approbation à chacun afin qu'aucun ne puisse considérer le formateur comme ayant un parti pris. Le formateur doit notamment veiller à « dépersonnaliser, éviter de se situer sur le terrain des causes »²⁸³⁴.

²⁸³² *Cahier des charges général relatif aux formations communes aux salariés, aux employeurs, à leurs représentants, aux magistrats judiciaires ou administratifs et aux agents de la fonction publique pris conformément à l'article R.2212-2 du Code du travail*, BOMT, n° 2018/7 du 30 juillet 2018, p. 69.

²⁸³³ *Ibid.*

²⁸³⁴ *Ibid.*, p. 70.

Si l'on conçoit l'objectif qui est d'éviter d'alimenter le conflit en ne permettant pas la mise en cause de l'un des négociateurs, il faut cependant admettre que trouver la solution à un problème sans un diagnostic approfondi, qui comprend nécessairement les causes du problème à régler, semble d'un point de vue méthodologique assez hasardeux. L'on comprend également que dans ce cadre, la pédagogie se fonde essentiellement sur le facteur relationnel. Or la formation implique l'usage et la transmission d'un langage qui véhicule certaines représentations et transmet certaines connaissances. On ne trouve pas plus d'informations à ce sujet dans la partie relative au « partage des enjeux économiques et sociaux »²⁸³⁵. Tout au plus trouvera-t-on que celle-ci doit permettre « la construction d'un diagnostic le plus partagé possible sur les repères économiques et sociaux clés du secteur d'activité », qu'elle peut « intégrer des éléments d'ordre prospectifs, ainsi que des comparaisons européennes et internationales » et qu'« il s'agit autant de mettre les stagiaires en capacité de mieux saisir le cadre et le contexte économique et financier dans lesquels opèrent les chefs d'entreprise, que de faire le lien avec le partage de la valeur ajoutée ». Cette formation implique aussi que les deux parties à la négociation soient en situation d'apprentissage et que ce ne soit pas seulement l'une des parties qui soit placée en situation d'apprendre ce que l'autre sait et pratique déjà²⁸³⁶.

504. Au-delà du contenu, soulignons que le cahier des charges de l'INTEFP adopté en application du règlement représente à nouveau un contrôle de l'Etat. Ce qui est conforme à la douzième proposition du rapport Combrexelle citée précédemment et qui fait référence dans l'élaboration dudit cahier des charges général²⁸³⁷. C'est à l'Etat qu'incombe d'élaborer le langage et la culture commune des stagiaires qui voudront bien se prêter à l'exercice de la formation commune. En effet c'est sous le contrôle du formateur, habilité par l'INTEFP²⁸³⁸, que les négociateurs seront conduits à la construction « d'un langage, d'un vocabulaire commun »²⁸³⁹. L'animation de la formation centrée sur l'aspect relationnel, celle-ci peut tendre vers la construction dialogique d'une compréhension commune des enjeux, le tout

²⁸³⁵ *Ibid.*, p. 72.

²⁸³⁶ C. Thuderoz, « Les « formations communes syndicats/entreprises ». Sociographie d'un dispositif à repenser », *RDT*, 2021, p. 501.

²⁸³⁷ *Cahier des charges général, op. cit.*, p. 68.

²⁸³⁸ V. art. R. 2212-2 du Code du travail et le décret n° 2021-1706 du 17 décembre 2021 modifiant le décret n° 2005-1555 du 13 décembre 2005 relatif à l'Institut national du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle.

²⁸³⁹ *Cahier des charges général, op. cit.*, p. 72.

supervisé par l'Etat ou son délégataire ou partenaire. Du reste, cette place de l'Etat dans le *dialogue social* avait déjà été identifiée par l'ex-commissariat général au plan comme faisant l'objet d'une « instrumentalisation »²⁸⁴⁰. Celle-ci a pour objectif de répondre à « un souci d'efficacité en rapport avec la conduite de la politique économique et, singulièrement, de la politique de l'emploi »²⁸⁴¹ et à une méthode qui est la « normalisation » des comportements des acteurs (le syndicat, la branche, l'entreprise) »²⁸⁴². En incitant les négociateurs à « voir le monde comme *autrui* le voit » dans le cadre de cette pédagogie, l'on pourrait « reconfigurer leurs conceptions du monde »²⁸⁴³.

Force est de relever, qu'il s'agit ici encore d'abstractions, de conceptions, de représentations, en somme d'idéologie, ce que le travail concret et l'activité économique à laquelle il participe ne sont pas. Or le cahier des charges lui-même fait mention des « intérêts divergents »²⁸⁴⁴ qu'il ne s'agit pas de nier, mais que la construction de représentations communes permettrait alors de dépasser. Reste à déterminer si les « intérêts convergents » et « compatibles » ne sont que pure idéologie ou si les représentations construites à ce sujet au cours de ces formations sont assises sur une base matérielle. Un auteur défend en ce sens que la négociation rend les intérêts compossibles, c'est-à-dire qu'ils « peuvent se satisfaire mutuellement »²⁸⁴⁵.

505. Dans la pratique de celles-ci les bilans d'activité de l'INTEFP donnent encore peu d'informations sur ces formations communes. Le rapport d'activité 2019 relève que des formations de représentants du personnel élus au CSE se font parfois en présence des présidents de ceux-ci « sans être déclarées « communes » au sens de L. 2212-1 du code du travail »²⁸⁴⁶. Et pour cause, comme nous l'avons écrit précédemment, ce dispositif semble exclusif des formations relatives aux attributions autres que la négociation collective. Celui-ci

²⁸⁴⁰ Duclos L., *Pour une prospective des règles de la négociation sociale, du diagnostic au projet du groupe « Thomas »*, Les Quatres pages, commissariat général du plan, n° 1, mars 2004, p. 1.

²⁸⁴¹ *Loc. cit.*

²⁸⁴² *Loc. cit.*

²⁸⁴³ C. Thuderoz, « Enjeux sociaux et pratiques des formations conjointes à la négociation collective », *op. cit.*, p. 20.

²⁸⁴⁴ *Cahier des charges général, op. cit.*, p. 73.

²⁸⁴⁵ C. Thuderoz, « Les « formations communes syndicats/entreprises ». Sociographie d'un dispositif à repenser », *op. cit.*, p. 501.

²⁸⁴⁶ INTEFP, *Rapport d'activité 2019 – Synthèse*, INTEFP, 3 juil. 2020, p. 9.

fait également état de la mise en place de ces formations qui n'ont concerné que des instances territoriales. Quant au rapport de l'année 2020, il est encore très centré sur la préparation du déploiement du dispositif par la constitution d'un réseau de partenaires et d'organismes de formation que sur la formation commune elle-même. C'est seulement dans le rapport de l'année 2021 que l'on trouve mention de l'organisation de ces formations avec soixante-dix-neuf sessions, dont cinquante dans un même groupe, à une page et le chiffre de cinquante à une autre²⁸⁴⁷.

Ce développement de la formation commune en vue d'acquérir de nouvelles compétences pose également la question de la valorisation des compétences acquises dans l'exercice du mandat. A ces formations communes peuvent s'ajouter différents dispositifs préconisés s'appuyant notamment sur le compte personnel de formation ou sur la formation économique, sociale et syndicale, ainsi que sur l'élargissement de l'offre de formation des organisations syndicales, des instituts du travail et des universités²⁸⁴⁸. Outre la formation pour l'exercice des missions, il y a un enjeu pour les représentants du personnel à pouvoir participer aux formations ouvertes aux autres salariés afin de maintenir leur niveau de connaissance dans leur métier²⁸⁴⁹. Dans ce *parcours formatif*²⁸⁵⁰ se trouve donc la potentialité de reconnaître certaines compétences acquises par les représentants du personnel et de les valoriser.

506. La formation se fait dans une autre mesure par l'activité représentative elle-même. Nous avons développé la fonction de rappel de la normalisation comptable. Celle-ci s'exprime dans la réforme de 1982 quand le ministre Jean Auroux déclare que l'information économique a pour objet « la création d'un langage commun et d'une perspective clarifiée sur les comptes »²⁸⁵¹. L'exercice des attributions consultatives est un moment d'apprentissage du fonctionnement de l'entreprise, de son organisation et de ses besoins. Ces éléments sont exprimés par les données comptables. La négociation collective elle aussi a cette fonction

²⁸⁴⁷ H. Lanouzière, *Rapport d'activité 2021 – Synthèse*, INTEFP, mars 2022, p. 16.

²⁸⁴⁸ J.-D. Simonpoli, *La valorisation et la reconnaissance de la compétence des représentants du personnel et des mandataires syndicaux*, Rapport au Ministre du travail., 2017, p. 15 ; G. Gateau et J.-D. Simonpoli, *op. cit.*, p. 7.

²⁸⁴⁹ M. Millot et J.-P. Roulleau, *op. cit.*, p. 22.

²⁸⁵⁰ C. Thuderoz, « Enjeux sociaux et pratiques des formations conjointes à la négociation collective », *Gérer et comprendre*, Annales des Mines, n° 134, 2018, p. 14.

²⁸⁵¹ J. Auroux lors de la séance du 7 juin 1982.

d'apprentissage par la présentation d'information et la confrontation des points de vue. Toutes ces procédures permettent un échange qui fait émerger un langage commun sur l'entreprise.

2. L'acculturation par la reconnaissance ciblée de compétences acquises dans l'exercice du mandat

507. L'Etat valorise l'acquisition de certaines compétences et du langage qui leur est associé. La valorisation des parcours syndicaux et des compétences acquises dans l'exercice d'un mandat est également associée au développement de la culture du *dialogue social*. L'Etat bénéficie de l'autorité permettant de juger de la conformité et de la régularité des compétences acquises et d'attribuer une valeur à l'activité en question²⁸⁵². Un avis du CESE affirme même qu'elle conditionne sa visibilité et sa qualité²⁸⁵³. Dès la loi du 20 août 2008 cette question fait l'objet de mesures puisque l'article 7 modifie l'article L. 6111-1 permettant de valider les acquis de son expérience liée à l'exercice de responsabilités syndicales. Mais l'étude d'impact de la loi du 17 août 2015 révèle qu'« aucun dispositif concret n'a été mis en place pour en assurer l'effectivité »²⁸⁵⁴. Cette dernière relève également les faiblesses du dispositif d'entretien individuel qui peut rentrer en contradiction avec le principe de non-discrimination et que les obligations en matière de négociation sur l'exercice des responsabilités syndicales ne font l'objet d'aucune obligation de résultat. La loi du 17 août 2015 retient donc trois dispositifs : l'organisation d'entretiens professionnels en début et en fin de mandat, la valorisation des compétences acquises lors du mandat par la définition de la certification en attestant et une garantie de non-discrimination salariale. La valorisation de l'engagement syndical est aussi l'un des objectifs poursuivis par les ordonnances du 22 septembre 2017²⁸⁵⁵.

²⁸⁵² H. Martial-Ndjoko, « Validation ou valorisation de l'expérience syndicale ? La nécessité d'une clarification juridique », *Dr. soc.*, 2022, p. 811.

²⁸⁵³ L. Bérille et J.-F. Pilliard, *op. cit.*, p. 42.

²⁸⁵⁴ Etude d'impact du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avril 2015, p. 50.

²⁸⁵⁵ V. Exposé des motifs de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

Nous nous intéresserons plus spécifiquement au dispositif de valorisation des compétences acquises. Prévu par la loi du 17 août 2015, c'est un arrêté du 18 juin 2018²⁸⁵⁶ qui détermine les certificats de compétences professionnelles correspondant aux mandats syndicaux. L'article 2 arrête donc la liste des certifications, qui sont associées à des blocs de compétences permettant de les valider, que nous reproduisons dans le tableau²⁸⁵⁷ qui s'ensuit :

Certification relative aux compétences acquises dans l'exercice d'un mandat de représentant du personnel ou d'un mandat syndical	Titre professionnel délivré par le ministère du Travail
CCP « Encadrement et animation d'équipe »	Bloc de compétences « Animer une équipe » du titre professionnel « Responsable de petite et moyenne structure » (niveau III)
CCP « Gestion et traitement de l'information »	Bloc de compétences « Gérer le traitement, l'organisation et le partage de l'information » du titre professionnel « Assistant de direction » (niveau III)
CCP « Assistance dans la prise en charge d'un projet »	Bloc de compétences « Assister un dirigeant dans la prise en charge d'un projet » du titre professionnel « Assistant de direction » (niveau III)
CCP « Mise en œuvre d'un service de médiation sociale »	Bloc de compétences « Assurer un service de médiation sociale » du titre professionnel « Médiateur social accès aux droits et services » (niveau IV)
CCP « Prospection et négociation commerciale »	Bloc de compétences « Prospecter, présenter et négocier une solution technique » du titre professionnel « Négociateur technico-commercial » (niveau III)

²⁸⁵⁶ JORF, 26 juin 2018, texte 8.

²⁸⁵⁷ Source : Fiche Ministère du travail .

[Certification des compétences des représentants du personnel et des mandataires syndicaux - Ministère du Travail, du Plein emploi et de l'Insertion \(travail-emploi.gouv.fr\)](https://travail-emploi.gouv.fr/), consulté le 24 sept. 2023.

CCP « Suivi de dossier social d'entreprise »	Bloc de compétences « Assurer la tenue et le suivi du dossier social de l'entreprise » du titre professionnel « Gestionnaire de paie » (niveau III)
--	---

La lecture tant des intitulés que des blocs de compétences pouvant être acquis peut cependant surprendre en ce qu'ils s'éloignent des missions de représentation des salariés²⁸⁵⁸. La plupart des certifications et des blocs de compétences renvoient à des postes de direction ou de gestion de l'entreprise ou des postes managériaux. Cela s'entend au regard des connaissances qu'un représentant syndical ou le titulaire d'un mandat peut acquérir dans l'exercice de ses attributions. Il est en effet amené à connaître ces éléments par le biais de l'information et à en acquérir une maîtrise pour pouvoir utilement négocier et formuler des revendications prenant en compte la situation réelle. Cependant les certifications et les blocs de compétences qui peuvent être validés ouvrent aux représentants du personnel d'aujourd'hui, la possibilité d'être demain les représentants de l'employeur. Ce qui peut servir de point d'appui à ce que le sociologue Monsieur Baptiste Giraud qualifie de *techniques de canalisation de l'action syndicale* au nombre desquelles il compte « la promotion professionnelle »²⁸⁵⁹. Il développe encore : « ces stratégies d'apprivoisement des aspirations individuelles et professionnelles des syndicalistes visant à les amener à abandonner leur engagement peuvent également consister à les promouvoir, à l'intérieur même de l'entreprise, à des postes d'encadrement hiérarchique plus stimulants et valorisants »²⁸⁶⁰. Cette évaluation des compétences acquises peut aussi permettre un bilan de compétences ouvrant la voie à de nouvelles perspectives en dehors de l'entreprise, voire du secteur²⁸⁶¹. Sur ce sujet, le rapport Simonpoli et le rapport Gateau-Simonpoli²⁸⁶² proposent notamment de mieux valoriser le troisième concours de l'inspection du travail qui permettrait à des élus d'intégrer cette administration à l'issue de leur mandat.

²⁸⁵⁸ I. Meftah, « La carrière des salariés titulaires de mandat », *RDT*, 2019, p. 241.

²⁸⁵⁹ B. Giraud, *op. cit.*, p. 49.

²⁸⁶⁰ *Loc. cit.*

²⁸⁶¹ J.-D. Simonpoli, *op. cit.*, 2017, p. 19.

²⁸⁶² G. Gateau et J.-D. Simonpoli, *op. cit.*, p. 10, recommandation 12.

508. L'employeur joue un rôle important dans l'évaluation des compétences acquises au cours du mandat. Si une intervention de l'Etat permet ici d'assurer l'intervention d'un tiers dans la reconnaissance de ces compétences, celles-ci sont aussi l'objet d'une négociation possible au titre de l'article L. 2141-5 du code du travail. Celui-ci dispose qu'au terme du mandat, un entretien est organisé pour recenser les compétences acquises au cours de l'exercice du mandat. Il précise ensuite que cet entretien dans les entreprises de moins de deux mille salariés est réservé au représentant lorsqu'il « dispose d'heures de délégation sur l'année représentant au moins 30% de la durée de travail fixée dans son contrat de travail »²⁸⁶³. Cela interroge sur le pouvoir laissé à l'employeur d'évaluer les représentants du personnel dans l'exercice de leur mandat²⁸⁶⁴ au regard de l'indépendance syndicale²⁸⁶⁵ qui invite à laisser l'organisation syndicale libre de déterminer comment ses mandats doivent réaliser leur mandat. Si le dispositif doit garantir la non-discrimination et la liberté syndicale, cette forme induit une intervention de l'employeur à deux niveaux : au cours de la négociation pour déterminer les critères d'évaluation, si ce n'est le référentiel de compétences, et lors de l'entretien pour établir si le représentant du personnel a bien acquis ou non lesdites compétences. Or c'est bien de son pouvoir de direction qu'il tire la possibilité d'accorder ou non un avancement²⁸⁶⁶.

La subordination a également évolué avec la pratique des entretiens d'évaluation. Ainsi, ce n'est plus tant la directive donnée, le contrôle de son exécution et la sanction des manquements qui vient contraindre directement le salarié, que la réalisation d'objectifs évalués. L'employeur ne dit plus ce qui doit être fait, il fixe des « objectifs quantifiés dans un simulacre de négociation pour l'année »²⁸⁶⁷. Cette évolution n'est pas sans lien avec l'évolution du salariat et en particulier l'accroissement du nombre de cadres et de la plus grande autonomie laissée à certaines catégories de salariés. Ce qui en fait un dispositif qui valorise ces catégories car il leur est adapté. Mais « à côté de cette apparente rationalité du chiffre », qui constituent les objectifs à atteindre par le salarié sans nécessiter de directives

²⁸⁶³ 4^e al. de l'art. 2141-5 du Code du travail.

²⁸⁶⁴ C. Nicod, « De la valorisation de l'expérience à l'appréciation puis l'évaluation des compétences des titulaires de mandats représentatifs : les enjeux d'un glissement sémantique », *Dr. ouv.*, 2020, p. 124.

²⁸⁶⁵ I. Meftah, *op. cit.*, p. 240.

²⁸⁶⁶ *Ibid.*, p. 235.

²⁸⁶⁷ J. Déchoz, « Les rapports de travail : du lien de subordination au lien d'assujettissement », *Dr. ouv.*, 2004, p. 12.

particulières, « l'entretien porte ou repose le plus souvent sur une appréciation purement subjective, très précisément pour assujettir dans sa totalité le salarié, y compris au-delà du travail »²⁸⁶⁸.

L'entretien permet de prendre en compte des éléments subjectifs, comme des critères comportementaux²⁸⁶⁹, et d'imposer au salarié un savoir-être conforme à la volonté de l'employeur. On trouvera dans ce référent d'évaluation les compétences attendues du salarié. Ce qui représente un glissement de l'évaluation des performances de l'entreprise, du travail social cumulant l'ensemble des efforts fournis par les salariés sous la direction de l'employeur, vers une évaluation du travail individuel. La performance est ainsi « un résultat rapporté à l'activité de l'entreprise elle-même »²⁸⁷⁰ et au cours de l'action qui est devenu « le principal indicateur de bonne gestion »²⁸⁷¹. Il a par ailleurs été reconnu que ces entretiens « pouvaient avoir une incidence sur le comportement des salariés, leur évolution de carrière et leur rémunération, et que les modalités et les enjeux de l'entretien étaient manifestement de nature à générer une pression psychologique entraînant des répercussions sur les conditions de travail »²⁸⁷². Ce mode d'évaluation serait ainsi le produit d'une « confusion des intérêts de nature pourtant différente »²⁸⁷³.

509. Nous touchons là à une limite de la conception idéologique selon laquelle l'entreprise serait le fruit d'un intérêt commun, quitte parfois à en oublier les rapports de subordination qui s'y exercent, rapports réels de domination économique d'une part, mais rapport juridique que le Droit ne peut ignorer puisqu'il l'institue. Cet outil apparaît à certains égards comme un moyen d'obtenir l'adhésion des représentants « à des décisions économiques qui leur échappent pourtant »²⁸⁷⁴. L'approche en termes de compétences elle-même serait de nature à

²⁸⁶⁸ *Loc. cit.*

²⁸⁶⁹ CA, Toulouse, 21 sept. 2011, aff. Airbus. L'arrêt rendait illicite les critères comportementaux utilisés par Airbus, tout en reconnaissant que certains critères comportementaux pouvaient être utilisés : « si certains comportements pou[v]aient être objectivement appréciés dès lors qu'ils seraient formalisés, individualisés, ramenés à la situation concrète du salarié, à ses tâches précises, à ses fonctions réelles, d'autres (agir avec courage) ne peuvent pas être mesurés et ne peuvent faire l'objet que d'une appréciation subjective ».

²⁸⁷⁰ P.-E. Berthier, « Les qualités attendues du salarié, entre droit du travail et management », *SSL*, suppl., n° 1576, 18 mars 2013, p. 103.

²⁸⁷¹ C. Hannoun, « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le Droit du travail », *RDT*, 2008, p. 288.

²⁸⁷² Soc., 28 nov. 2007, n° 06-21.964, Publié, *RDT* 2008. 111, obs. L. Lerouge ; *ibid.* 180, obs. P. Adam.

²⁸⁷³ N. Maggi-Germain, « La reconnaissance des compétences liées au mandat », *Dr. soc.*, 2018, p. 36.

²⁸⁷⁴ *Ibid.*, p. 34.

favoriser une forme de syndicalisme sur une autre, parfois qualifiée de réformiste ou d'accompagnement, idéologiquement plus compatible avec les représentations véhiculées par le dialogue social²⁸⁷⁵. Au sujet du langage nous évoquons les litiges possiblement fondés sur un conflit de rationalité ou de logique. Or, il s'agit là d'une forme de syndicalisme théorisée par la CFDT. Une équipe de sociologues questionne en outre cette logique de compétences qui valorise certaines normes comportementales sur l'acquisition de véritables savoirs faire. Autrement dit, l'on promeut une vision individuelle centrée sur la performance au lieu d'une vision collective fondée sur l'aptitude à réaliser les tâches correspondantes à une logique de métiers²⁸⁷⁶.

Cette représentation tant de l'exercice du mandat que de l'évaluation par l'employeur des compétences acquises, semble incompatible avec celle d'un syndicalisme envisagé comme contre-pouvoir, permettant de compenser par l'exercice de leurs prérogatives l'asymétrie du contrat de travail. A rebours de cette situation, elle restaure l'employeur dans son pouvoir de contrôle – par le biais de l'évaluation et de la sanction – par la reconnaissance ou non de l'acquisition de compétences. On peut donc se demander s'il s'agit de valoriser l'engagement syndical ou de valoriser une forme de syndicalisme, si possible conciliante avec l'employeur. D'autres pistes d'évolution de carrière ou dans l'engagement existent pourtant. Nous avons déjà évoqué la possibilité de passer le troisième concours de l'inspection du travail, mais l'on pourrait envisager d'autres concours de la fonction publique, notamment au sein des directions régionales de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités. On pourrait également envisager une évolution en interne des organisations syndicales ou des instances paritaires²⁸⁷⁷. On pourrait encore penser à une évolution au sein des organismes de sécurité sociale ou de cabinets de conseil et d'expertise ou plus simplement de garantir un retour au poste avec prise en compte de l'évolution de carrière normale.

510. En ce sens, le dispositif de valorisation des mandats permet lui aussi une acculturation. Tant le recours aux référentiels de compétences que les dispositifs d'évaluation indiquent ce que doit être, du point de vue de l'Etat ou des négociateurs, les comportements à adopter et les connaissances à acquérir au cours du mandat. Plus qu'un référentiel de compétences, c'est

²⁸⁷⁵ V.-A. Chappe *et al.*, *Discrimination syndicale et reconnaissance des parcours syndicaux : les deux faces du dialogue social à la française ?*, rapport réalisé pour l'IRES-Agence d'objectifs de la CFDT, 2015, p. 79.

²⁸⁷⁶ *Ibid.*, p. 79 ; I. Meftah, *op. cit.*, p. 241.

²⁸⁷⁷ I. Meftah, *op. cit.*, p. 236.

un véritable standard de l'élu ou du mandaté qui est fixé. Cette question pose également celle du positionnement syndical vis-à-vis du mandat. Un rapport conjoint de l'Institution de Progrès Social des Agents de la Sidérurgie (IPSAS) et de l'Observatoire des Relations Economiques et Sociales (ORES) relève en effet un « embarras »²⁸⁷⁸ sur cette question. Le mandat est un moment d'engagement au service de la collectivité de travail et n'a normalement pas pour but de permettre à ceux qui en sont titulaires d'en tirer un profit. Quel que soit l'approche que l'on puisse avoir du mandat et si l'on peut comprendre une volonté d'évoluer professionnellement en tirant partie des connaissances acquises dans l'exercice de son activité syndicale, notre critique ne porte que sur les débouchés proposés et les méthodes d'évaluation.

511. La formation commune et la reconnaissance de compétences ciblées créent ensemble un espace d'acculturation. Un auteur résume que « des représentations communes peuvent ainsi émerger lors d'un processus d'identification et de clarification des enjeux et des positions des parties »²⁸⁷⁹. Le Droit, par l'institution du dialogue social, organise les interactions desquelles peuvent émerger un référentiel et un langage commun, c'est-à-dire « une représentation de la situation et un vocabulaire partagé qui permettent de travailler ensemble »²⁸⁸⁰.

Paragraphe 2 : La construction matérielle de l'intérêt commun par l'association au capital

512. L'intérêt commun peut encore être construit juridiquement en reconnaissant des droits aux salariés qui sont semblables à ceux des associés. Le premier est d'associer leur rémunération aux performances économiques et financières par la participation au résultat. Le

²⁸⁷⁸ M. Millot et J.-P. Roulleau, *op. cit.*, p. 22.

²⁸⁷⁹ C. Havard, « Pourquoi et comment analyser les compétences collectives du dialogue social dans les entreprises : éléments de réflexion », in F. Géa et A. Stévenot, *Le dialogue social. L'avènement d'un modèle ?*, Bruylant, 2021, p. 608.

²⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 613.

second est de les associer en leur donnant accès au capital des sociétés. Par-là pourrait se développer une communauté d'intérêt²⁸⁸¹.

A. La participation des salariés aux résultats

513. Le Droit associe les salariés aux résultats de l'entreprise pour que ceux-ci aient intérêt à ses performances. Plusieurs mécanismes juridiques contribuent à développer l'aspect unitaire des intérêts entre les détenteurs de capitaux et les salariés. Le premier est la participation aux résultats. Ce mécanisme est envisagé comme un instrument permettant de contribuer à concilier des intérêts catégoriels dont la doctrine sublimerait l'incompatibilité²⁸⁸². C'est une forme de management des salariés par la rémunération : les commissions, la rémunération à la pièce ou à la tâche, divers systèmes de primes dont celles d'objectif ou de rendement. De ce fait, l'investissement et les résultats individuels des salariés impactent leur niveau de rémunération, et les incitent, ce faisant, à prendre en considération l'intérêt de l'entreprise et ses résultats. Ainsi que l'entreprise soit performante, qu'elle réalise des bénéfices, impacte positivement la rémunération du salarié.

Elle n'est pas sans porter un risque de substitution de la participation au salaire²⁸⁸³. La part variable des rémunérations peut en effet être utilisée pour ne pas augmenter le salaire de base et permet de faire dépendre ces derniers des aléas économiques et choix stratégiques de l'entreprise. En outre, l'association au capital par les mécanismes que nous développerons ci-après est un « moyen d'accroître le capital de l'entreprise à peu de frais »²⁸⁸⁴, en réinjectant une part de la rémunération du travail dans le capital.

²⁸⁸¹ G. Lyon-Caen, *Traité de droit du travail. Le salaire*, Dalloz, 1981, p. 253.

²⁸⁸² J. Barthélémy, « Le Droit du travail peut être aussi une technique d'organisation de l'entreprise », *op. cit.*, p. 31.

²⁸⁸³ N. Cuzacq, « La participation aux résultats dans l'entreprise de moins de 50 salariés », *RDT*, 2019, p. 460.

²⁸⁸⁴ M.-C. Escande-Varniol, « Une rémunération « incitative », entre individualisation et partage du risque économique », *SSL*, suppl. n° 1576, 18 mars 2013, p. 43.

514. Le Droit accompagne et organise cette association des salariés au capital qui tend à estomper la distinction du salarié et de l'associé²⁸⁸⁵, ce qui se retrouve dans les cas particuliers que sont le statut de cadre dirigeant ou de certains mandataires sociaux qui sont sous la dépendance du conseil d'administration tout en pouvant être salariés. Pourtant, ces statuts supposent de la part de ces salariés de représenter les intérêts de la société. On peut ainsi distinguer six formes d'association²⁸⁸⁶ : l'intéressement, la participation et le plan épargne entreprise depuis 1967, les plans d'option sur actions depuis 1970, le compte épargne-temps depuis 1994 et le plan épargne retraite collective (PERCO) depuis 2006.

L'épargne salariale est la première forme d'association des salariés au capital. Elle concernait 8,9 millions de salariés du secteur marchand non agricole en 2016, soit 20,56% des salariés des entreprises de onze à cinquante salariés. Cela aurait permis des gains de productivité de l'ordre de sept à neuf pourcents²⁸⁸⁷. Cette association au capital a donc un intérêt économique et représente un outil de motivation des salariés.

B. L'accès au capital des sociétés

515. Les salariés bénéficient d'une représentation dans les conseils d'administration et de surveillance des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par action. Avec la loi du 14 juin 2013, des représentants du personnel ont une voix consultative dans ces instances dirigeantes²⁸⁸⁸. Avant cette loi, ils n'étaient consultés que dans le cadre du comité d'entreprise, avec cette limitation dû à un certain cloisonnement du droit des sociétés et du droit du travail. Cloisonnement illustré par un arrêt considérant que le défaut de consultation des institutions représentatives du personnel n'entachait pas de nullité une délibération du conseil d'administration²⁸⁸⁹.

²⁸⁸⁵ R. Vatinet, « Développement de l'actionnariat salarié », *JCP S*, 2007, p. 1032 ; C. Hannoun, *op. cit.*, p. 288.

²⁸⁸⁶ Relevées par Madame Marie-Cécile Escande-Varniol in M.-C. Escande-Varniol, *op. cit.*, p. 43.

²⁸⁸⁷ N. Cuzacq, *op. cit.*, p. 460.

²⁸⁸⁸ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

²⁸⁸⁹ Soc., 26 mai 1998, n° 95-15.883, Inédit, *RJS* 10/98. 1243.

Cette accession au conseil d'administration peut se faire selon deux modalités : la participation au capital en qualité de salarié ou par acquisition du statut d'actionnaire. Les titres financiers dans la seconde modalité permettent d'accéder au capital de la société en tant qu'actionnaire et donc d'y être titulaire d'un droit de vote²⁸⁹⁰. Seulement les salariés actionnaires restent minoritaires et de fait leur participation au capital est diluée. Seul l'exercice solidaire du droit de vote peut potentiellement leur donner un poids, à condition de ne pas être privé de ce droit par le biais d'autres mécanismes comme les SICAV ou le FCPE²⁸⁹¹.

516. La qualité de salarié peut ouvrir en elle-même des droits dans la gestion de la société dans quelques formes sociales. Ainsi dans les sociétés en coopérative ouvrière de production (SCOP), le contrat de travail fait accéder à celle d'associé. Le rachat d'entreprise par ses salariés permet également, pour une société cible d'être rachetée par l'entremise d'une holding appartenant aux salariés. Dans cette hypothèse, la participation est plus ténue que dans la SCOP. Dans les sociétés anonymes à participation ouvrière (SAPO), l'on peut être titulaire d'actions de capital et d'actions de travail par l'intermédiaire d'une société commerciale de main-d'œuvre.

Le Droit français permet donc plusieurs formes de participation, à des degrés divers, des salariés dans les conseils d'administration afin de les associer au capital. Ce qu'admettent les auteurs du rapport Notat-Sénard en écrivant que les salariés doivent être « reconnus comme partie constituante de l'entreprise car ils investissent dans l'entreprise par leur travail et subissent les risques de son activité »²⁸⁹².

Les sociétés anonymes peuvent aussi prévoir dans leurs statuts la nomination ou l'élection « d'administrateurs salariés », avec l'obligation de le faire dans les entreprises d'au moins mille salariés, employés directement ou indirectement, et dont le siège social est en France²⁸⁹³. L'exercice de ce mandat est incompatible avec tout autre mandat de représentation

²⁸⁹⁰ Article L. 212-1-A du Code monétaire et financier.

²⁸⁹¹ J.-P. Lieutier, « La participation des salariés au capital et à la gestion à travers quelques aspects de droit des sociétés », *Dr. soc.*, 2015, p. 1012.

²⁸⁹² N. Notat et J.-D. Sénard, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, Rapport aux Ministres de la transition écologique et solidaire, de la justice, de l'économie et du travail, 9 mars 2018, p. 7.

²⁸⁹³ Art. L. 225-27 et L. 225-28 du Code de commerce.

des salariés²⁸⁹⁴. En effet, l'administrateur salarié étant membre du conseil d'administration, il est alors membre de l'organe dirigeant, ce qui peut créer un conflit d'intérêt avec l'exercice d'un mandat syndical, voire d'un mandat au sein d'une instance représentative du personnel. Ces administrateurs salariés sont alors destinataires d'informations économiques et d'un pouvoir stratégique dans l'entreprise. Cela pose cependant toujours la question du poids réel des salariés dans la prise de décision, fussent-ils actionnaires. En 2015, ils étaient trente et un pourcents à penser que les sujets étaient souvent traités en amont sans eux et trente-quatre pourcents à penser que c'était systématiquement le cas²⁸⁹⁵.

517. L'actionnariat salarié peut également passer par l'attribution d'actions gratuites, qui permet une détention par les salariés d'un maximum de dix pourcents du capital de la société²⁸⁹⁶. Cette part peut être portée à trente pourcents dans certaines conditions. Ce système peut être utile aux salariés en utilisant les droits octroyés aux élus minoritaires, à la condition d'être organisés, mais suppose leur association au capital, donc un passage d'une partie de la rémunération du travail, vers celle du capital. Ces mécanismes conçus pour motiver les salariés les mettent sous la pression des investisseurs et de la valorisation de l'action²⁸⁹⁷, donc sous la pression des objectifs financiers dont ils seraient coresponsables.

Ce système s'est développé « en marge du régime juridique du salaire, lequel est d'abord un revenu (...). Le salarié n'est plus traité comme prestataire de travail mais comme épargnant »²⁸⁹⁸. Il positionne le salarié différemment par rapport à l'entreprise, il ne serait ainsi plus un simple sujet subordonné mais un copropriétaire des moyens de production, à due proportion de sa part dans le capital. Cela se ressent notamment dans les arguments avancés pour justifier la règle de non-cumul des mandats, qui avancent la crainte d'un « super DS » qui négocie au lieu de se positionner en gestionnaire de la société, donc la crainte de vouloir représenter les salariés et non d'agir en associé²⁸⁹⁹. Et ce alors même que le mandat reste lié à la position de salarié, ce qui s'illustre dans la suspension du contrat de travail en cas

²⁸⁹⁴ Art. L. 225-30 du Code de commerce.

²⁸⁹⁵ C. Clerc, « Enquête 2015 sur les administrateurs salariés », *Cah. dr. entr.*, n° 4, juillet 2015, dossier 19.

²⁸⁹⁶ I. de l'art. L. 225-197-1 de Code de commerce.

²⁸⁹⁷ C. Hannoun, *op. cit.*, p. 288.

²⁸⁹⁸ G. Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 253.

²⁸⁹⁹ C. Clerc, « Le statut des administrateurs salariés », *Cah. dr. entr.*, n° 4, juillet 2015, p. 48.

d'acquisition d'un mandat social²⁹⁰⁰ et de cessation du mandat en cas de rupture du contrat de travail.

En France, c'est le choix de l'entreprise communautaire qui est fait, c'est-à-dire celui d'une organisation du capital et du travail en vue de réaliser un but commun. Si l'on ne peut pas qualifier le système de néocorporatiste, on y retrouve une influence et des éléments produits de l'histoire et de l'évolution des rapports de production. L'évolution des rapports de force influence également les notions liées à la conception de l'intérêt que peut avoir l'entreprise ou la société. Cela a pu donner lieu à différentes interprétations. Si pour le Professeur Jemmaud ces institutions sont « formellement analysables en avantages octroyés aux salariés, mais en vérité étrangères à leurs revendications et plutôt destinées à stimuler un consensus social garantissant l'économie de profit »²⁹⁰¹, pour d'autres elle laisse envisager la possibilité d'actions collectives sur la base des droits qu'ils ont en accédant à la qualité d'associé²⁹⁰². Cette dernière analyse s'appuie sur la concentration et l'augmentation du capital permise par l'association des salariés à celui-ci en attribuant une part de leur rémunération au capital lui-même. Ce phénomène s'accroîtrait avec l'accès aux conseils d'administration et à l'actionnariat salarié.

518. Après l'étude des différents dispositifs, il nous paraît nécessaire de souligner le caractère idéologique de l'association du salarié au capital. Si les rémunérations versées au salarié prennent la forme d'une rémunération du capital, en particulier par leur variabilité, elles n'en sont pas moins versées au titre de leur activité salariée et non de leur propriété sur l'une des sociétés servant de support juridique à l'entreprise. Bien qu'ils puissent recevoir des actions à titre gratuit, c'est bien leur qualité de salarié qui leur en fait bénéficier. Sur le plan juridique, cette propriété acquise en échange de leur travail ne leur confère aucun droit qu'ils n'ont pas déjà en tant que créanciers sociaux. Relevons que s'ils peuvent ainsi user des droits reconnus aux actionnaires minoritaires, cela ne leur ouvre pas plus de droits à ce titre qu'ils n'en ont en tant que créanciers sociaux. Le critère sur lequel ils peuvent fonder leur action est celui de la contrariété à l'intérêt social. Ils ne bénéficient pas pleinement de la qualité

²⁹⁰⁰ Soc., 23 sept. 2009, n^{os} 08-41.397 et 08-41.415, Publiés, *JCP S* 2009. II. 1518, note C. Puigelier ; *RJS* 12/09. 922.

²⁹⁰¹ A. Jemmaud, « Proposition pour une compréhension matérialiste du droit du travail », *Dr. soc.*, 1978, p. 340.

²⁹⁰² C. Hannoun, *op. cit.*, p. 288.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

d'associé, n'en ont les pouvoirs et les avantages que dans la due proportion de la fraction de capital totalement dilué qui leur est attribué.

L'expression « dividende salarié » ou « dividende du travail »²⁹⁰³ revient à intervalle régulier dans le débat politique. Il est difficile d'en donner une définition uniforme. Il ne s'agit cependant que d'une construction idéologique. Ces mécanismes appellent un tempérament quant au fait d'y voir le fondement d'un intérêt commun puisque par cette association, le salarié ne voit pas son intérêt protégé en tant que salarié, mais en tant qu'associé²⁹⁰⁴.

²⁹⁰³ Art. 1^{er} de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social.

²⁹⁰⁴ G. Goffaux-Callebaut, *op. cit.*, p. 44.

Conclusion de chapitre

519. Nous avons vu ici que la décentralisation de la production normative par l'institution du dialogue social repose sur un intérêt commun aux membres de l'entreprise pour agir collectivement. Cet intérêt est saisi par le Droit à travers la notion d'intérêt de l'entreprise qui ne se réduirait pas à celui de l'une de ses composantes. Cependant ce standard apparaît plus comme un moyen de contrôle et de justification des décisions de l'employeur que comme un intérêt fondant un agir commun. C'est pourquoi nous avons élargi notre étude à l'intérêt commun pris dans son acception commune, et non sa stricte définition civiliste.

Du reste, l'objet du dialogue social vise « la recherche constante de convergence entre l'intérêt des salariés et celui de l'entreprise »²⁹⁰⁵. Il suppose donc d'amener l'intérêt des salariés, et ceux des propriétaires et dirigeants, vers celui de l'entreprise. Pour cela le Droit a développé différents moyens permettant de construire un intérêt commun aux membres de l'entreprise qui ne se confond pas au seul intérêt de l'entreprise. Cet intérêt se construit idéologiquement, par des moyens juridiques favorisant une conception unitaire de l'intérêt au sein de l'entreprise, et matériellement, par la reconnaissance de droits liés à la détention du capital aux salariés. *La norme décentralisée signifie un modèle de norme qui adaptée à l'intérêt de l'entreprise que l'on postule comme commun à chacun de ses membres. Or, l'organisation économique a besoin de s'adapter à son environnement économique et financier. L'adaptation est permise pour poursuivre cet intérêt et limitée par celui-ci.*

De même que la confrontation des intérêts peut être regardée comme relevante de l'ordre étatique²⁹⁰⁶, l'appréhension et la construction d'intérêts qui les dépassent l'est tout autant. Et c'est sur ces intérêts qui dépassent les conflits interindividuels ou collectifs que peut s'instituer un dialogue social permettant la décentralisation de la production normative en matière de Droit du travail.

²⁹⁰⁵ M. Pénicaud, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Ass. nat., 6 juillet 2017.

²⁹⁰⁶ A. Jeammaud, M. Le Friant et A. Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 366.

Conclusion de titre

520. La décentralisation se fait donc vers l'entreprise. Mais nous avons vu que ce concept faisait l'objet de différents modèles explicatifs. Malgré ceux-ci, l'entreprise demeure un objet flou qui ne permet pas de saisir complètement les organisations économiques au sein desquelles l'entreprise n'est qu'un échelon, et pas celui qui est privilégié par le Droit positif pour l'élaboration normative. C'est pourquoi nous préférons parler d'organisations économiques, ce qui permet de rendre compte d'une possible centralisation interne qui dépasse le niveau de l'entreprise *stricto sensu*. Quant à la conception de l'entreprise, c'est le modèle institutionnel qui rend le mieux compte de l'action du Législateur en ce qu'il fonde la capacité d'agir collectivement sur l'énonciation d'un sens commun formulé par le recours au dialogue social.

L'action au sein de ces organisations repose sur un intérêt commun de ses membres. Mais nous avons vu ensuite que dans l'entreprise se trouvent différentes parties dont les intérêts sont à la fois antagonistes et interdépendants. *Le Droit organise le rapprochement des points de vue, voire des intérêts*²⁹⁰⁷. *Cette méthode de rapprochement, c'est le dialogue social qui pour s'instituer pleinement a besoin d'une habilitation étatique et d'un intérêt reconnu comme partagé entre chaque membre de l'entreprise, et dont l'énonciation est garantie par des normes étatiques.* Le Législateur reconnaît l'entreprise comme une institution dont l'œuvre à accomplir fonde un intérêt commun que le dialogue social permet de signifier et sur la base duquel les membres de l'entreprise peuvent agir collectivement. La notion d'intérêt de l'entreprise ne rend cependant pas pleinement compte de l'intérêt qui fonde l'agir commun aux membres de l'organisation économique. Elle ne correspond qu'à une façon d'appréhender une situation existante selon des postulats formulés par le Droit positif. Nous avons donc développé la notion d'intérêt commun qui permet de rendre compte, si on la sort de sa stricte définition juridique en droit civil, de la construction de cet intérêt par le Législateur afin qu'il soit formulé par les destinataires de la norme.

²⁹⁰⁷ A. Jeammaud, M. Le Friant et A. Lyon-Caen, « L'ordonnancement des relations de travail », *D.*, 1998, p. 367 ; G. Duchange, *Le concept d'entreprise en Droit du travail*, LexisNexis, 2014, n° 136, p. 98.

Conclusion de partie

521. Nous avons défini l'institution du dialogue social comme signifiant un modèle de décentralisation de la production normative. Cette décentralisation, nous l'avons elle-même définie comme le déplacement de la production des normes en matière de droit du travail de l'Etat vers des acteurs privés. Cette décentralisation repose sur l'habilitation à produire des normes décentralisées. Pour cela nous avons étudié les deux pôles de la décentralisation, l'un comme émetteur de l'habilitation à produire des normes, l'autre comme récepteur de cette habilitation.

Du point de vue de l'Etat, si celui-ci permet aux acteurs privés de produire des normes dans un champ qu'il régule lui-même, il ne renonce pas pour autant à réglementer. Il est tout d'abord l'émetteur de l'habilitation à adopter ces normes, ce qui signifie qu'« il privilégie, dans des situations qu'il détermine, une élaboration de la norme par des acteurs privés »²⁹⁰⁸ et implique qu'il intervienne toujours pour garantir la légitimité et l'efficacité des normes produites²⁹⁰⁹.

Du point de vue de l'entreprise, ou de l'organisation économique, celle-ci est réceptrice de l'habilitation à adopter des normes décentralisées. Elle peut agir dans les cadres et selon les conditions déterminées par l'Etat. C'est au moyen d'une sophistication du Droit étatique qu'a pu se développer un droit adaptable par les destinataires de la norme²⁹¹⁰.

522. La décentralisation ne saurait donc se définir dans une opposition radicale entre l'Etat et les acteurs privés. Seul un acte législatif ou constitutionnel peut protéger les négociateurs et représentants des intérêts de l'intervention de l'Etat dans l'activité qu'il reconnaît et encadre. Lorsqu'il les reconnaît, il a pour mission de les protéger. En cela, l'Etat est dans un rapport

²⁹⁰⁸ G. Loiseau, « La norme en droit du travail », in G. Loiseau, *Mélanges en l'honneur de Pierre-Yves Verkindt*, LGDJ, 2022, p. 286.

²⁹⁰⁹ A. Jeammaud, M. Le Friant et A. Lyon-Caen, « L'ordonnement des relations de travail », *D.*, 1998, p. 368 ; A. Donnette, A. Donnette, *La contractualisation en droit du travail*, Thèse dactylographiée, Montpellier, 2010, n° 677, p. 543.

²⁹¹⁰ A. Jeammaud, « Droit du travail 1988 : des retournements plus qu'une crise », *Dr. soc.*, 1988, p. 587.

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

qui a pu être qualifié de *coopération*²⁹¹¹, de *complémentarité*²⁹¹² ou de *combinaison*²⁹¹³ avec les organisations syndicales et patronales. Il s'agit pourtant bien de décentralisation en ce qu'il permet aux acteurs privés d'exclure l'application des normes substantielles étatiques et d'adopter, ou d'adapter, leur processus décisionnel²⁹¹⁴.

L'adaptation se fait à deux niveaux pour l'Etat. *L'Etat modifie son propre cadre normatif pour permettre à des organisations économiques d'adopter des normes décentralisées en vue d'adapter le cadre normatif à leur environnement économique et financier dans les conditions et limites fixées par l'Etat. Ensuite il institue des moyens permettant aux destinataires des normes de procéder à ces adaptations, notamment en termes de formation, d'expertise et de production d'une analyse partagée par les acteurs.*

La décentralisation, qui prend la forme de l'institution du dialogue social en droit du travail, vise *in fine* la possibilité pour les destinataires de la norme de l'adapter. Ils doivent pouvoir s'adapter en raison de formes concurrentes de régulation comme le marché. Mais s'adapter, cela signifie « *réagir* aux signaux reçus dans son environnement avec pour seule idée d'y survivre »²⁹¹⁵. Par-là les conceptions instituées élaborent un cadre d'action.

Cela relève d'une logique de rationalisation que nous avons également abordée en première partie. Celle-ci peut avoir deux sens²⁹¹⁶. Le premier est celui d'un processus de justification, par l'extériorisation des raisons d'agir. Le second est celui de l'amélioration du rendement économique. Ces deux sens sont perceptibles dans l'accord de méthode qui d'une part permet un travail réflexif sur les raisons de négocier et de l'autre permet de limiter le temps, le coût et l'incertitude quant à l'acceptation et la mise en œuvre de l'accord. On les retrouve également dans la procédure de consultation, en particulier lorsque celle-ci peut être définie par accord.

²⁹¹¹ P.-H. Antonmattei, « Avantages catégoriels d'origine conventionnelle et principe d'égalité de traitement : l'avis de tempête est levé ! », *Dr. soc.*, 2015, p. 353.

²⁹¹² A. Donnette, *op. cit.*, n° 530, p. 414.

²⁹¹³ M. Despax, « Les paradoxes de la négociation d'entreprise », in *Les transformations du droit du travail : études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 282.

²⁹¹⁴ J. Diringier, *Les sources de la représentation des salariés. Contribution à l'étude des sources du droit*, Thèse dactylographiée, Paris Ouest Nanterre la Défense, 2012, spéc. n° 1202, p. 594 et n° 1235, p. 606.

²⁹¹⁵ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 3^e éd., 2015, p. XIV.

²⁹¹⁶ J. Diringier, *op. cit.*, n° 1235, p. 606.

Conclusion générale

523. L'institution du dialogue social correspond à un renouvellement du discours *du* droit. Ce discours, nous y accédons par l'étude des réformes du dialogue social, c'est-à-dire celles dont le nom comporte la mention de ce syntagme ou qui sont motivées par son institution. Dans ces lois et ordonnances, nous avons identifié des régularités, des orientations communes. Ces réformes ont modifié le régime de diverses catégories juridiques relevant des relations collectives de travail. Elles ont modifié d'une part le régime de la négociation et de la conclusion des accords collectifs et de l'adoption de textes ayant la valeur d'un accord collectif, et d'autre part le régime de la représentation du personnel. Ces régimes ont évolué vers une diversification de leurs objets et une centralisation de leur activité et de leur organisation. Ensemble, ces deux évolutions instituent un cadre adaptable.

524. L'institution du dialogue social est motivée par un discours *sur* le Droit, celui du Législateur. Dans les motivations et les rapports ou études précédents les lois et ordonnances, nous avons également pu identifier des régularités. Des lois de 1982 aux ordonnances de 2017, en passant par les lois de 2004 ou 2015 et 2016, un objectif est affiché, celui d'ouvrir « de vastes espaces d'adaptation aux besoins économiques »²⁹¹⁷ en y associant les salariés. C'est cet objectif qui conduit à la régularité précédemment constatée dans l'institution et la sophistication de certaines règles. Pour y parvenir, ces régimes ont évolué vers une décentralisation de la production normative. L'institution du dialogue social dans les entreprises privées vise donc à habilitier les organisations économiques à modifier leur cadre normatif pour mieux s'adapter à d'autres types de régulations, en particulier celle des marchés. Dès lors la référence à la rationalisation ne signifie pas tant l'efficacité de la participation des travailleurs que celle du processus décisionnel de la direction en vue de s'adapter²⁹¹⁸. Mais le Législateur, dans la constitution de sa représentation de ce que doivent être les relations collectives et de ce qu'il doit réformer pour faire advenir cette représentation,

²⁹¹⁷ Exposé des motifs de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

²⁹¹⁸ J. Diringier, « « Bienvenue dans l'ère du dialogue social : de nouvelles règles pour une nouvelle logique », *Dr. ouv.*, 2016, p. 59.

Conclusion générale

ainsi que dans son appréhension des phénomènes qui impactent l'entreprise et qui justifient selon lui ces réformes, s'appuie sur diverses connaissances extra-juridiques.

525. L'institution du dialogue social s'appuie sur un discours *dans* le Droit, fondé sur des représentations qui justifient les réformes et sont elles-mêmes instituées. Le dialogue social s'inscrit dans un discours qui charrie avec lui un ensemble de représentations qui se fondent, sans que cela ne soit toujours explicite, sur une critique relativiste du rôle de l'Etat et une approche institutionnaliste de l'organisation économique habilitée à adapter son cadre normatif. Un auteur écrit qu'« *aux soubassements de cette réforme*, il y a tout cela : des présupposés, des conceptions – qui avancent dans l'ombre »²⁹¹⁹. Parfois elles se révèlent, dans les motivations, les études d'impact, les rapports commandés par les Gouvernements. Les réformes du dialogue social ont été perçues comme permettant de lever les « freins »²⁹²⁰ à cette capacité d'adaptation. Ces justifications allient d'une part une critique relativiste de l'Etat et de sa capacité, si ce n'est de l'intérêt, à réguler les rapports sociaux ; et d'autre part une conception institutionnelle de l'entreprise comme organisation dont le but fonderait un intérêt supérieur aux différents membres de celles-ci et sur la base duquel ils peuvent agir ensemble.

526. De cela nous pouvons induire le modèle de relations collectives institué et signifié par le syntagme dialogue social. Le dialogue social est l'expression de la décentralisation de la production de normes sociales, dont la fonction principale est l'adaptabilité du cadre juridique applicable à une organisation économique à son environnement financier. Le dialogue social est un cadre d'élaboration et de justification de ces choix d'adaptation. Il peut donc se définir d'un point de vue idéal comme *une méthode de production intersubjective de connaissances en vue d'établir une représentation commune fondant l'agir rationnel. La négociation et la délibération permettent l'interlocution, entendue comme échange d'énoncés et de répliques, chacun fondé sur la représentation du locuteur, notamment en fonction de sa position dans les rapports de production et des intérêts qui en dépendent. Ces différentes procédures organisent l'échange duquel émerge une signification commune et nouvelle, en cela c'est un dialogue, sur la situation de l'entreprise, ses problèmes et les moyens de les résoudre.* Nous

²⁹¹⁹ F. Géa, « Les soubassements de la réforme », *RDT*, 2017, p. 607.

²⁹²⁰ J. Barthélémy et G. Cette., « Refonder le Droit social par la négociation collective : que faire ? », *in Regards croisés sur l'économie*, La Découverte, 2013, p. 194 ; G. François, « Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises (Seconde partie) », *Dr. soc.*, 2019, p. 1067.

proposons ici une définition informative et non stipulative en ce que nous ne proposons pas un sens nouveau mais de modéliser celui qui lui est donné par le Législateur²⁹²¹.

527. De ce modèle, on en déduit un cadre stratégique d'adaptation pour les organisations économiques. Le dialogue social se fonde sur un point de vue tourné vers les directions d'entreprise²⁹²². Il leur permet de s'adapter à leur environnement financier. Or ce sont les directions qui sont directement confrontées à ces problèmes de gestion. Le Droit du travail prend ainsi une dimension stratégique comme technique d'organisation, dont l'évolution est accompagnée par le dialogue social²⁹²³. Ce dernier doit permettre aux représentants du personnel d'appréhender les problématiques posées à, ou par, la direction²⁹²⁴. Il ne s'agit donc aucunement de nier les antagonismes sociaux, mais de trouver les voies de son dépassement par l'affirmation d'un intérêt commun supérieur aux intérêts antagonistes²⁹²⁵. Il répond à différents aspects stratégiques. Le choix du niveau d'élaboration normative représente un enjeu stratégique. La recherche de proximité avec le *terrain*, et avec sa *réalité*, qu'elle soit réelle ou supposée, vise à permettre aux normes élaborées d'« avoir prise sur le changement »²⁹²⁶. Mais la proximité et le terrain visés mettent en tension deux acceptions du terrain. L'une comme proximité à l'endroit du collectif de travail où se met en œuvre la norme car c'est à ce niveau que se réalise l'activité concrète de l'entreprise et l'autre comme proximité à l'égard de la direction où se coordonnent les différentes activités et où se prennent les décisions de gestion. Elaborer la norme au niveau du collectif de travail, c'est mettre en relation directe les représentants et le collectif représenté, permettant de susciter une action collective²⁹²⁷. Ce choix n'a pas été fait. Elaborer la norme au niveau de la direction se fait dans une démarche de recherche du pouvoir réel car ce serait « à ce niveau que les décisions

²⁹²¹ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014, n° 487, p. 300.

²⁹²² E. Béthoux, *Le dialogue social. Sociologie d'un concept controversé*, Mémoire pour l'habilitation à diriger des recherches, 2020, p. 82.

²⁹²³ A. Stévenot, « Dialogue ou monologue en sciences de gestion ? Un dilemme récurrent », in F. Géa et A. Stévenot, *Le dialogue social. L'avènement d'un modèle ?*, Bruylant, 2021, p. 87.

²⁹²⁴ F. Géa, *op. cit.*, p. 600.

²⁹²⁵ J. Barthélémy, « Réflexion sur la promotion de la sanction positive en droit du travail », *RDT*, 2021, p. 441.

²⁹²⁶ A. Jobert, « La négociation d'entreprise dans la crise : innovations institutionnelles et sociales », *Dr. soc.*, 2013, p. 338.

²⁹²⁷ C. Didry et D. Giordano, *Entreprises en négociations. L'entreprise à la lumière des relations professionnelles*, Rapport d'études, DARÈS, n° 11, sept. 2021, p. 248.

Conclusion générale

sont prises et que le pouvoir réel de l'employeur se manifeste »²⁹²⁸ mais cela l'éloigne du collectif représenté et auquel s'appliquent les règles.

La présence du pouvoir réel dans l'entreprise, au regard de la financiarisation de l'économie, peut cependant être contestée, et l'est dans la doctrine²⁹²⁹. Cette recherche du pouvoir s'entend si l'on veut que le dialogue soit efficace et ait prise sur le réel. Mais encore faut-il que les interlocuteurs aient eux-mêmes un pouvoir suffisant pour agir sur les situations concrètes afin que la norme dégagée soit effective. Or dans les organisations économiques où le pouvoir ne se situe pas dans l'entreprise elle-même, cela complique l'exercice des relations collectives. En termes de stratégie, les plus hauts dirigeants n'exercent pas nécessairement les fonctions de négociation ou de consultation. Comme le souligne l'ancien ministre de l'agriculture Edgar Pisani dans un autre domaine, « les plus hauts responsables ne se réunissent pas pour négocier mais pour connaître, orienter et conclure »²⁹³⁰. Se pose alors la question de la qualité du dialogue et de la capacité de l'interlocuteur patronal à prendre des engagements lorsqu'il doit se référer à une autorité supérieure, qui a déterminé les limites dans lesquelles il peut agir sans s'engager elle-même dans le dialogue.

²⁹²⁸ J. Auroux, *Les droits des travailleurs*, Rapport au Président de la République et au Premier Ministre, La documentation française, 1981, p. 29.

²⁹²⁹ G. Lyon-Caen, « Le pouvoir dans l'entreprise », in J. Pélissier, *Le pouvoir du chef d'entreprise*, Dalloz, 2002, p. 11 ; C. Nicod, « L'accord collectif, succédané de l'acte unilatéral », *SSL*, n° 1340, 11 fév. 2008.

²⁹³⁰ E. Pisani, « La pratique de la négociation européenne », *Pouvoirs*, 1980, p. 77.

Annexes

Annexe 1 : Nombre total d'élus selon la configuration des institutions représentatives du personnel

	Total	Total	Evolution*	Total	Evolution*	Total	Evolution*	Total	Evolution*	Total	Evolution*
Désignation	IRP	DUP CE+DP		DUP CE+CHSCT		DUP DP-CHSCT		DUP		CSE	
50 à 74	8	7	-1	6	-2	7	-1	5	-3	4	-4
75 à 99	10	7	-3	7	-3	8	-2	5	-5	5	-5
100 à 124	12	7	-5	8	-4	9	-3	5	-7	6	-6
125 à 149	13	7	-6	9	-4	9	-4	5	-8	7	-6
150 à 174	13	7	-6	9	-4	9	-4	5	-8	8	-5
175 à 199	14	7	-7	10	-4	9	-5	5	-9	9	-5
200 à 249	15	8	-7	10	-5	9	-6	5	-10	10	-5
250 à 299	16	8	-8	11	-5	9	-7	5	-11	11	-5
300 à 399	16	10	-6	13	-3	11	-5	10	-6	11	-5
400 à 499	17	10	-7	13	-4	12	-5	10	-7	12	-5

Annexes

500 à 599	20	12	-8	14	-6	12	-8	10	-10	13	-7
600 à 699	20	12	-8	14	-6	12	-8	10	-10	14	-6
700 à 749	20	12	-8	14	-6	12	-8	10	-10	14	-6
750 à 799	22	12	-10	15	-7	13	-9	10	-12	14	-8
800 à 899	22	12	-10	15	-7	13	-9	10	-12	15	-7
900 à 999	22	12	-10	15	-7	13	-9	10	-12	16	-6
1000 à 1249	24	14	-10	18	-6	16	-8	15	-9	17	-7
1250 à 1499	25	14	-11	19	-6	16	-9	15	-10	18	-7
1500 à 1750	29	17	-12	20	-9	16	-13	15	-14	20	-9
1750 à 1999	30	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	21	-9
2000 à 2249	32	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	22	-10
2250 à 2499	33	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	23	-10
2500 à 2749	34	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	24	-10
2750 à 2999	35	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	24	-11
3000 à 3249	37	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	25	-12
3250 à 3499	38	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	25	-13

Annexe 1 : Nombre total d'élus selon la configuration des institutions représentatives du personnel

3500 à 3749	39	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	26	-13
3750 à 3999	40	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	26	-14
4000 à 4249	42	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	26	-16
4250 à 4499	43	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	27	-16
4500 à 4749	44	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	27	-17
4750 à 4999	45	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	28	-17
5000 à 5249	47	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	29	-18
5250 à 5499	48	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	29	-19
5500 à 5749	49	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	29	-20
5750 à 5999	50	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	30	-20
6000 à 6249	51	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	31	-20
6250 à 6499	52	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	31	-21
6500 à 6749	53	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	31	-22
6750 à 6999	54	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	31	-23
7000 à 7249	55	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	32	-23
7250 à 7499	56	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	32	-24

Annexes

7500 à 7749	58	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	32	-26
7750 à 7999	59	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	32	-27
8000 à 8249	60	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	32	-28
8250 à 8499	61	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	33	-28
8500 à 8749	62	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	33	-29
8750 à 8999	63	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	33	-30
9000 à 9249	64	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	34	-30
9250 à 9499	65	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	34	-31
9500 à 9749	66	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	34	-32
9750 à 9999	67	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	34	-33
10000 et plus	70	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	35	-35
Moyenne			-7,53		-5,16		-6,47		-9,11		-15,49

* L'évolution est calculée par rapport au total des élus des anciennes institutions représentatives du personnel.

Lecture : Dans les entreprises de 50 à 74 salariés, le regroupement des délégués du personnel et du comité d'entreprise dans une délégation unique du personnel diminue d'un élu leur nombre total. Dans cette même tranche, la mise en place du comité social et économique représente une diminution de quatre élus. En moyenne, la mise en place du comité social et économique représente une diminution de 15,49 élus par rapport aux anciennes institutions représentatives du personnel.

Annexe 2 : Nombre total d'heures de délégation selon la configuration des institutions représentatives du personnel

	Total	Total	Evolution*	Total	Evolution*	Total	Evolution*	Total	Evolution*	Total	Evolution*
	IRP	DUP CE+DP		DUP CE+CHSCT		DUP DP+CHSCT		DUP		CSE	
50 à 74	96	54	-42	78	-18	108	+12	80	-16	72	-24
75 à 99	131	54	-77	93	-38	128	-3	80	-51	95	-36
100 à 124	175	63	-112	108	-67	148	-27	80	-95	126	-49
125 à 149	190	63	-127	123	-67	148	-42	80	-110	147	-43
150 à 174	190	63	-127	123	-67	148	-42	80	-110	168	-22
175 à 199	205	63	-142	138	-67	148	-57	80	-125	189	-16
200 à 249	210	68	-142	138	-72	148	-62	80	-130	220	+10
250 à 299	225	68	-157	153	-72	148	-77	80	-145	242	+17
300 à 399	245	112	-133	177	-68	172	-73	160	-85	242	-3
400 à 499	265	112	-153	177	-88	192	-73	160	-105	264	-1
500 à 599	330	162	-168	192	-138	192	-138	160	-170	312	-18

Annexes

600 à 699	330	162	-168	192	-138	192	-138	160	-170	336	+6
700 à 750	330	162	-168	192	-138	192	-138	160	-170	336	+6
750 à 799	365	162	-203	207	-158	212	-153	160	-205	336	-29
799 à 899	365	162	-203	207	-158	212	-153	160	-205	360	-5
900 à 999	365	162	-203	207	-158	212	-153	160	-205	384	+19
1000 à 1249	400	186	-214	246	-154	256	-144	240	-160	408	+8
1250 à 1499	415	186	-229	261	-154	256	-159	240	-175	432	+17
1500 à 1749	520	276	-244	276	-244	256	-264	240	-280	520	=
1750 à 1999	535	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	546	+11
2000 à 2249	570	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	572	+2
2250 à 2499	585	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	598	+13
2500 à 2749	600	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	624	+24
2750 à 2999	615	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	624	+9
3000 à 3249	650	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	650	=
3250 à 3499	665	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	650	-15
3500 à 3749	680	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	702	+22

Annexe 2 : Nombre total d'heures de délégation selon la configuration des institutions représentatives du personnel

3750 à 3999	695	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	702	+7
4000 à 4249	730	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	728	-2
4250 à 4499	745	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	756	+11
4500 à 4749	760	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	756	-4
4750 à 4999	775	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	784	+9
5000 à 5249	810	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	841	+31
5250 à 5499	825	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	841	+16
5500 à 5749	840	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	841	+1
5750 à 5999	855	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	870	+15
6000 à 6249	870	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	899	+29
6250 à 6499	885	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	899	+14
6500 à 6749	900	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	899	-1
6750 à 6999	915	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	930	+15
7000 à 7249	930	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	960	+30
7250 à 7499	945	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	960	+15
7500 à 7749	980	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	992	+12

Annexes

7750 à 7999	995	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	1024	+29
8000 à 8249	1010	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	1024	+14
8250 à 8499	1025	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	1056	+31
8500 à 8749	1040	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	1056	+16
8750 à 8999	1055	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	1056	+1
9000 à 9249	1070	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	1088	+18
9250 à 9499	1085	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	1088	+3
9500 à 9749	1100	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	1088	-12
9750 à 9999	1115	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	1156	+41
10000	1170	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	<i>nr</i>	1190	+20
Moyenne			-158,53		-108,63		-99,16		-142,74		+4,94

* L'évolution est calculée par rapport au total des heures de délégation mensuellement attribuées aux élus des anciennes institutions représentatives du personnel.

Lecture : Dans les entreprises de 50 à 74 salariés, le regroupement des délégués du personnel et du comité d'entreprise dans une délégation unique du personnel diminue le nombre d'heures de délégation mensuellement attribuées aux élus de quarante-deux heures. Dans cette même tranche, la mise en place du comité social et économique représente une diminution de vingt-quatre heures de ce même crédit global. En moyenne, la mise en place du comité social et économique représente une augmentation de 4,94 heures de délégations attribuées chaque mois à l'ensemble des élus.

Bibliographie

I. Manuels et ouvrages généraux

Alland D. et Rials S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy/PUF., 2003, 1680 p.

Allende M. (d'), *Stratégie d'entreprise et droit du travail*, Lamy, 2016, 642 p.

Antonmattei P.-H., *Droit du travail*, Précis Domat, 2^e édition, 2022, 1144 p.

Atias C., *Epistémologie du Droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1994, 128 p.

Auzero G., Baugard D. et Dockès E., *Droit du travail*, Précis Dalloz, 36^e édition, 2023, 1893 p.

Cornu G., *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 12^e éd., 2020, 1116 p.

Champeil-Desplats V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014, 2^e éd., 456 p.

Durand P. et Jaussaud R., *Traité de droit du travail*, t. 1, Dalloz, 1947, 587 p.

Durand P. et Rouast A., *Précis de législation industrielle (Droit du travail)*, Dalloz, 1943, 559 p.

Durand P. et Rouast A., *Précis de législation industrielle (Droit du travail)*, Dalloz, 4^e éd., 1953, 631 p.

Hart H. L. A., *Le concept de droit*, FUSL, 2005, 344 p.

Hauriou M., *Principes de droit public*, Dalloz, 2010, 734 p.

Kelsen H., *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, LGDJ, 1962, 2^e éd., 367 p.

Kelsen H., *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, PUF, 1996, 604 p.

Lyon-Caen G., *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, LGDJ, 1955, 458 p.

Lyon-Caen G., *Traité de droit du travail. Le salaire*, Dalloz, 1981, 498 p.

Bibliographie

Lyon-Caen G., *Le Droit du travail. Une technique réversible*, Dalloz, 1995, 99 p.

Merle P. et Fauchon A., *Droit commercial. Sociétés commerciales.*, Précis Dalloz, 26^e éd., 2022, 1077 p.

Miaille M., *Une introduction critique au droit*, Maspero, 1976, 388 p.

Molfessis N. et Terré F., *Introduction générale au droit*, Dalloz, 13^e éd., 2021, 786 p.

Pélissier J., Supiot A. et Jeammaud A., *Droit du travail*, Précis Dalloz, 22^e éd., 2002, 1353 p.

Peskine E. et Wolmark C., *Droit du travail*, Dalloz, Coll. Hypercours, 2019, 804 p.

Ray J.-E., *Droit du travail, droit vivant*, Liaisons sociales, 31^e éd., 2023, 790 p.

Véricel M., *Adaptabilité des entreprises. Utiliser au mieux le Droit du travail*, Lamy, 2011, 271 p.

II. Ouvrages spécialisés et thèses

Adam G., Reynaud J.-D. et Verdier J.-M., *La négociation collective en France*, Les éditions ouvrières, coll. Relations sociales, 1972, 126 p.

Auvergnon A., *La contractualisation du droit social, Actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale*, Univ. Montesquieu Bordeaux IV, 2003, 408 p.

Bakhtine M., *Le marxisme et la philosophie du langage*, Les Editions de minuit, 1977, 233 p.

Bargain G., *Normativité économique et droit du travail*, Thèse dactylographiée, Nantes, 2012, 697 p.

Belloc B. et al., *Etudes et mélanges dédiés au président Michel Despax*, PUSS, 2002, 552 p.

Béraud J.-M. et Jeammaud A., *Le singulier en droit du travail*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, 161 p.

Berthier P.-E., *Les normes incitatives en droit du travail*, Mémoire d'habilitation à diriger des recherches, 2022, 221 p.

Béthoux E., *Le dialogue social. Sociologie d'un concept controversé*, Mémoire pour l'habilitation à diriger des recherches, 2020, 242 p.

Bocquillon F., *La dérogation en droit du travail*, Thèse dactylographiée, Strasbourg, 1999, 646 p.

Borenfreund G. et al., *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, 115 p.

Bourjol M. et al., *Pour une critique du droit*, PUG/Maspero, coll. Critique du droit, 1978, 146 p.

Bourque R. et Thuderoz C., *Sociologie de la négociation*, La Découverte, 2002, 128 p.

Bibliographie

Buber M., *La vie en dialogue*, trad. J. Loewenson-Lavi, Éditions Montaigne, coll. Philosophie de l'esprit, 1959, 253 p.

Canut F., *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, 2007, 532 p.

Carbonnier J., *Sociologie juridique*, PUF, 2004, 2^e éd., 416 p.

Chassagnard-Pinet S. et Hiez D., *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007, 176 p.

Chassagnard-Pinet S. et Hiez D., *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, 2007, 222 p.

Chassagnard-Pignet S. et Hiez D., *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 95

Chevallier J., *L'Etat post-moderne*, LGDJ, coll. Droit et société, 2017, 326 p.

Cohen M., *Le statut des délégués du personnel et des membres des comités d'entreprise*, LGDJ, 1964, 679 p.

Collectif, *Les transformations du droit du travail : études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, 489 p.

Collectif, *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle*, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, LGDJ, 2001, 529 p.

Collin F., *Le Droit capitaliste du travail*, PUG, coll. Critique du droit, 1980, 280 p.

Combet M. et al., *Itinéraires d'un juriste*, Mélanges en l'honneur de Marc Véricel, Mare et martin, 2023, 571 p.

Commaille J. et Chazel F., *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991, 426 p.

Coppens P. et Lenoble J., *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruylant, 2001, 437 p.

Dauxerre L., *La représentativité syndicale instrument du dialogue social*, Thèse microfiches, Paris II Panthéon-Assas, 2005, 588 p.

Deffains B., *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, 393 p.

Despax M., *L'entreprise et le Droit*, LGDJ, 1956, 443 p.

Donnette A., *La contractualisation en droit du travail*, Thèse dactylographiée, Montpellier, 2010, 673 p.

Duchange G., *Le concept d'entreprise en Droit du travail*, LexisNexis, 2014, 241 p.

Dufresne A. et Maggi-germain N., *Les relations professionnelles en Europe et en Amérique Latine*, PUR, coll. Des sociétés, 2014, 200 p.

Didry C. et Mias A., *Le Moment Delors. Les syndicats au cœur de l'Europe sociale*, P.I.E.-Peter Lang, coll. Travail et société, 2005, 349 p.

Dirringer J., *Les sources de la représentation des salariés. Contribution à l'étude des sources du droit*, Thèse dactylographiée, Paris Ouest Nanterre la Défense, 2012, 731 p.

Durkheim E., *Leçons de sociologie*, PUF, 6^e éd., 2015, 368 p.

Durkheim E., *De la division du travail social*, PUF, 8^e éd., 2021, 420 p.

Ewald F., *L'Etat providence*, Grasset, 1986, 610 p.

Favario T., *L'intérêt de l'entreprise en droit privé français*, Thèse dactylographiée, Lyon 3, 2004, 476 p.

Ferkane Y., *L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle*, Thèse dactylographiée, Paris Ouest Nanterre La Défense, 2015, 764 p.

Filipetto E., *Le juge et l'accord collectif de travail*, LGDJ, 2022, 429 p.

Flour Y. et al., *Droit du travail, emploi, entreprises*, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, 2014, 385 p.

Floury L. et Schweitzer S., *Droit et économie · Des divergences aux convergences*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, 214 p.

Gaire-Simonneau D., *Les mutations du droit contemporain des relations collectives de travail pour une lecture habermassienne du droit du travail*, LGDJ, 2016, 508 p.

Bibliographie

Galbraith J. K., *Economics and the public purpose*, Houghton Mifflin, Boston, 1973, 334 p., trad. « *La science économique et l'intérêt général* », Gallimard, 1974, 338 p.

Géa F., *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle - Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, LGDJ, 2009, 2322 p.

Géa F., *Retour sur les ordonnances Macron. un nouveau droit du travail ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2020, 552 p.

Géa F. et Stévenot S., *Le dialogue social. L'avènement d'un modèle ?*, Bruylant, Bruxelles, 2021, 700 p.

Gérard P., Ost F. et Van de Kerchove M., *Droit négocié, droit imposé ?*, FUSL, 1996, 703 p.

Giraudet C., *Théorie de l'institution et droit du travail*, Thèse dactylographiée, Paris Ouest Nanterre La Défense, 2014, 572 p.

Grenouilleau C., *Promotion des acteurs sociaux et construction du dialogue social*, Thèse dactylographiée, Paris I Panthéon-Sorbonne, 2021, 446 p.

Guiomard F., *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, Thèse, Paris Ouest Nanterre La Défense, 2000, version éditée en 2004 avant publication, 443 p.

Habermas J., *Théorie de l'agir communicationnel – Tome 2 Pour une critique de la raison fonctionnaliste*, trad. J.-L. Schlegel, Fayard, 1987, 480 p.

Hauriou M., *La science sociale traditionnelle*, Larose, 1896, réédité in *Maurice Hauriou, Ecrits sociologiques*, Dalloz, 2008, 476 p.

Hayek F. A., *Droit, législation et liberté*, trad. R. Audouin, PUF, 2007, 948 p.

Hecquet M., *Essai sur le dialogue social européen*, LGDJ, 2007, 368 p.

Jemmaud A., *Le Droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, 153 p.

Kelsen H., *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, LGDJ, 2^e éd., 376 p.

Jubé S., *Droit social et normalisation comptable*, LGDJ, 2011, 673 p.

Lapeyre J., *Le dialogue social européen. Histoire d'une innovation sociale (1985-2003)*., European Trade Union Institute, 2017, 290 p.

Leguicheux M., *La loi négociée en droit du travail*, Thèse dactylographiée, Lyon 2, 2018, 386 p.

Loiseau G., *Mélanges en l'honneur de Pierre-Yves Verkindt*, LGDJ, Paris, 2022, 492 p.

Lyon-Caen A. et Urban Q., *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, 171 p.

Lyon-Caen A. et Urban Q., *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, 137 p.

Mackaay E. et Rousseau S., *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2^e éd., 2008, 728 p.

Mariano C., *La négociation substitutive*, Thèse dactylographiée, Université de Montpellier, 2018, 790 p.

Marx K., *L'idéologie allemande*, éd. sociales, 1972, 150 p.

Marx K., *Travail salarié et capital*, éd. sociales, 1975, 91 p.

Mekki M., *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* », LGDJ, 2004, 910 p.

Miaille M., *L'Etat du droit*, PUG/François Maspero, 1978, 267 p.

Michel S., *La notion thomiste de bien commun*, Thèse dactylographiée, Nancy, 1931, 246 p.

Michoud L., *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, LGDJ, 3^e éd., 1932, 602 p.

Moron-Puech B., *Contrat ou acte juridique ? : étude à partir de la relation médicale*, Thèse dactylographiée, Paris II Panthéon-Assas, 2016, 632 p.

Nicod C., *L'obligation de négocier dans les relations collectives de travail*, Thèse dactylographiée, Lyon 2, 1999, 559 p.

Bibliographie

- Odoul-Asorey I.**, *Négociation collective et droit constitutionnel*, LGDJ, 2013, 449 p.
- Ost F.**, *Droit et intérêt. Vol. 2. Entre droit et non-droit : l'intérêt*, PUSL, 2019, 201 p.
- Ost F. et Van de Kerchove M.**, *Jalons pour une théorie critique du droit*, FUSL, 1987, 602 p.
- Ost F. et Van de Kerchove M.**, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL, 2010, 598 p.
- Paillusseau J.**, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967, 294 p.
- Pélissier J.**, *Le pouvoir du chef d'entreprise*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2001, 104 p.
- Pérès-Dourdou C.**, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, 704 p.
- Peskine E.**, *Réseaux d'entreprise et droit du travail*, LGDJ, 2008, 363 p.
- Racine J.**, *Britanicus*, Flammarion, 1995, 114 p.
- Ranc S.**, *Organisations sociétaires et droit du travail*, Thèse dactylographiée, Bordeaux, 2018, 518 p.
- Renard G.**, *La philosophie de l'institution*, Sirey, 1939, 344 p.
- Rioche S.**, *La représentation du personnel dans l'entreprise. Du regroupement à la fusion*, LexisNexis, 2019, 492 p.
- Ripert G.**, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^e éd., 1951, 354 p.
- Romano S.**, *L'ordre juridique*, trad. L. François, P. Gothot, Dalloz, 1975, 174 p.
- Rouast A.**, *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le Droit des obligations*, LGDJ, 1909, 434 p.
- Rosanvallon P.**, *La crise de l'Etat-providence*, Ed. du Seuil, 1992, 192 p.
- Ross A.**, *Introduction à l'empirisme juridique*, Bruylant/LGDJ, 2004, 240 p.

- Rougier L.**, *Les mystiques économiques*, Librairie de Médecis, 1938, 198 p.
- Sachs T.**, *La raison économique en droit du travail*, LGDJ, 2013, 448 p.
- Sachs T.**, *La volonté du salarié*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, 282 p.
- Saussure F. de**, *Cours de linguistique générale*, Payot, 1960, 331 p.
- Sintez C.**, *Le Droit construit*, Dalloz, 2022, 278 p.
- Supiot A.**, *Critique du droit du travail*, PUF, 2011, 280 p.
- Supiot A.**, *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, 2015, 512 p.
- Silva-Romero E.**, *Wittgenstein et la philosophie du droit*, PUF, 2002, 416 p.
- Terré D.**, *Les questions morales du droit*, PUF, 2007, 368 p.
- Teyssié B.**, *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, 2011, 336 p.
- Todorov T.**, *Mikhaïl Bakhtine le principe dialogique suivi de Ecrits du Cercle Bakhtine*, Seuil, 1981, 316 p.
- Touchais M.**, *La règle impérative, contribution à l'étude de la dérogation conventionnelle aux lois*, LGDJ, 2023, 672 p.
- Vacarie I.**, *L'employeur*, Sirey, 1979, 275 p.
- Vernac S.**, *Le pouvoir d'organisation. Au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, Thèse dactylographiée, Paris Ouest Nanterre La Défense, 2012, 455 p.
- Walton D.**, *A Behavioral Theory of Labor Negotiations. An Analysis of a Social Interaction System* », ILR Press, 2^e éd., 1991, 464 p.
- Willocx L.**, *Réalisme et rationalités dans la législation relative aux ouvriers et à ceux qui les emploient 1791 - 1841*, Thèse dactylographiée, Lyon 2, 2019, 646 p.
- Wittgenstein L.**, *Tractatus logico-philosophicus suivi de investigations philosophiques*, trad. P. Klossowski, Gallimard, 1961, 364 p.

Bibliographie

Wittgenstein L., *Le cahier bleu et le cahier brun*, trad. M. Goldberg et J. Sackur, Gallimard, 1996, 313 p.

Yannakourou S., *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur. Etude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale*, LGDJ, 1995, 393 p.

III. Articles et chroniques

Adam P., « Entreprise de moins de 50 salariés, CSE d'établissement et CSE central », *Dr. soc.*, 2020, p. 956

Affichard J., Lyon-Caen A. et Vernac S., « De l'analyse économique à l'évaluation du droit du travail », *RDT*, 2009, p. 631

Aghion P. et al., « Distance à la frontière technologique, rigidités de marché, éducation et croissance », *Economie et statistique*, n° 419-420, 2008, p. 11

Aliprantis N., « L'entreprise en tant qu'ordre juridique », in N. Aliprantis, F. Kessler, *Le Droit collectif du travail : questions fondamentales, évolutions récentes : études en hommage à Madame le Professeur Hélène Sinay*, Frankfurt am Main, 1994, p. 185

Aluome L., « L'accord de substitution au sens de l'article L. 2261-14 du code du travail », *Dr. soc.*, 2021, p. 527

Anciaux N., « La personnalité juridique du CSE dans les entreprises de moins de 50 salariés. Plaidoyer en faveur d'une personnification finalisée », *JCP S*, 2020, 1072

Ansart P., « Institution », in *Dictionnaire de sociologie*, Le Robert, Seuil, 1999, p. 286

Antonmattei P.-H., « La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations », *Dr. soc.*, 2004, p. 601

Antonmattei P.-H., « Propos sur la promotion de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.*, 2009, p. 883

Antonmattei P.-H., « A propos du temps et de la sécurité juridique en droit du travail », *SSL*, n° 1671, 7 avr. 2015

Antonmattei P.-H., « Avantages catégoriels d'origine conventionnelle et principe d'égalité de traitement : l'avis de tempête est levé ! », *Dr. soc.*, 2015, p. 351

Antonmattei P.-H., « La primauté de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.*, 2016, p. 513

Bibliographie

Antonmattei P.-H., « Réforme du droit du travail : en avant, marche ! », *SSL*, n° 1781, 11 sept. 2017

Antonmattei P.-H., « A propos de la légitimité de la primauté de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.*, 2018, p. 160

Antonmattei P.-H., « Le regard du juge sur la négociation collective », *BICC*, 15 sept. 2018, p. 39

Antonmattei P.-H., « Enjeux et exigences d'un droit du travail plus conventionnel », *BJT*, déc. 2019, p. 39

Antonmattei P.-H., « Syndicats représentatifs et référendums : la fausse concurrence », *Dr. soc.*, 2019, p. 198

Antonmattei P.-H. et Enjolras L., « Chronique d'actualité du droit de la négociation : commentaire de la loi du 8 août 2016 », *Dr. soc.*, 2016, p. 933

Antonmattei P.-H., Enjolras L., Mariano C., « Actualité du droit et de la pratique de la négociation collective (Première partie) », *Dr. soc.*, 2020, p. 947

Appay B., « Individu et collectif : question à la sociologie du travail. L'autonomie contrôlée. », *Les cahiers du GEDISST*, 1993, p. 57

Armillei V., « La consultation du comité social et économique sur les orientations stratégiques : un régime à parfaire ? », *Dr. soc.*, 2021, p. 47

Arnaud A.-J., « Du jeu fini ou jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le Droit post-moderne », *Droit et société*, n° 17-18, 1991, p. 39

Atias C., « Coûteuse insécurité juridique », *D.*, 2015, p. 167

Atias C. et Linotte D., « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.*, 1977, Chron. XXXIV, p. 251

Aubert-Monpeyssen T., « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », *Dr. soc.*, 1997, p. 616

Audier S., « « Néolibéralisme » et démocratie dans les années 1930 : Louis Rougier et Louis Marlio », *Revue de philosophie économique*, 2016/1, Vol. 17, p. 57

Auroux J., « Un nouveau droit du travail », *Dr. soc.*, 1983, p. 2

Auzero G., « L'exercice du pouvoir de licencier », *Dr. soc.*, 2010, p. 289

Auzero G., « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire », *Dr. soc.*, 2018, p. 154

Auzero G., « Domination et soumission au sein du groupe de sociétés », *Dr. soc.*, 2019, p. 437

Auzero G., « La division de l'unité économique et sociale en établissements distincts », *RJS*, 8-9/20, p. 579

Auzero G., « Les raisons d'une personnification », *RDT*, 2021, p. 289

Auzero G. et Bento De Carvalho L., « L'exception d'illégalité appliquée aux conventions et accords collectifs de travail », *Dr. soc.*, 2022, p. 531

Auzero G. et Ferrier N., « La délégation de pouvoir de licencier dans les SAS », *RJS*, 2/11, p. 83

Barre R., « Une nouvelle règle du jeu de l'entreprise : quelques réflexions », *Dr. soc.*, 1983, p. 81

Baugard D., « L'ordre public social », *APD*, LVIII, 2015, p. 129

Baugard D., « L'exception d'illégalité d'un accord collectif aux CSE et aux syndicats non signataires », *RDT*, 2022, p. 395

Baugard D., « Pas d'exception d'illégalité pour les signataires d'un accord collectif », *RDT*, 2023, p. 48

Barraud de Lagerie P., Mias A., Phé C., Stervel L., « L'accord d'entreprise mondial, instrument des politiques pour les groupes transnationaux », *La revue de l'IREs*, 2020/2-3, p. 127

Bibliographie

Barthel-Fuentes C., « Des instances séparées à l'instance unique : quelle place pour la santé au travail ? », *Dr. ouv.*, 2020, p. 610

Barthélémy J., « La négociation collective d'entreprise, consensualisme ou formalisme ? », *Dr. soc.*, 1988, p. 401

Barthélémy J., « Négociation collective d'entreprise : dérogations ou concessions », *Dr. soc.*, 1988, p. 554

Barthélémy J., « La négociation, outil de gestion des entreprises », *Dr. soc.*, 1990, p. 580

Barthélémy J., « Le référendum en droit social », *Dr. soc.*, 1993, p. 89

Barthélémy J., « Collectivité du personnel et notion d'entreprise », *D.*, 2000, p. 279

Barthélémy J., « Le Droit du travail peut être aussi une technique d'organisation de l'entreprise », in *Aspects organisationnels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Jean Paillusseau*, Dalloz, 2003, p. 25

Barthélémy J., « Vers de nouvelles évolutions du droit de la négociation collective », *Dr. soc.*, 2009, p. 907

Barthélémy J., « A propos du référendum », *Cah. DRH*, 1^{er} nov. 2017, p. 52 et *Rev. fid.*, 14 déc. 2017, p. 42

Barthélémy J., « Réflexion sur la promotion de la sanction positive en droit du travail », *RDT*, 2021, p. 441

Barthélémy J. et Cette G., « Refonder le Droit social par la négociation collective : que faire ? », in *Regards croisés sur l'économie, La Découverte*, 2013, p. 194

Baumgarten C. et al., « Représentation du personnel : la fusion des instances signe la fin de la concertation dans les entreprises », *Dr. ouv.*, 2017, p. 529

Bazzoli L. et Kirat T., « L'entreprise et les règles juridiques : une perspective d'économie institutionnaliste », *RIEJ*, 1998/1, p. 59

Bégué A., « Concours entre accord collectif de groupe et d'entreprise : la règle de faveur neutralisée », *Dr. ouv.*, 2020, p. 501

Bélier G., « Un choix nécessaire entre clarification des rôles et confusion », *RDT*, 2010, p. 76

Bélier G., « La centralité de l'accord d'entreprise : une croyance plus qu'une démonstration », *RDT*, 2015, p. 656

Bento de Carvalho L., « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion (Première partie) », *Dr. soc.*, 2019, p. 867

Bento de Carvalho L., « Le contentieux des accords d'entreprise au prisme du contrat d'adhésion (Seconde partie) », *Dr. soc.*, 2019, p. 950

Bento de Carvalho L., « Le contrôle juridictionnel des usages de l'accord de performance collective », *RJS*, 6/23, p.

Bergeron-Canut F., « Articulation entre accord de groupe et accord d'entreprise : mode de comparaison des avantages », *BJT*, mars 2020, p. 25

Bernaud V., « Réforme du dialogue social : faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations ? », *Dr. soc.*, 2007, p. 174

Bernatchez S., « Une révolution scientifique en droit ? Les fondements cybernétiques des théories juridiques contemporaines », *RIEJ*, 2023/1, p. 3

Bernoux P. et Livian Y.-F., « L'entreprise est-elle toujours une institution », *Sociologie du travail*, vol. 41, 1999, p. 179

Béroud et al., « Introduction « Les CE sont morts, vivent les CSE » ? Retour sur soixante-dix ans d'une institution centrale dans le système de relations professionnelles », *La Revue de l'IREJ*, 2018/1, p. 3

Béroud S. et Duchêne F., « La fabrique des activités culturelles par les élus comités d'entreprise : des choix militants ? », *La revue de l'IREJ*, 2018/1, n° 94-95, p. 91

Berthier P.-E., « Les qualités attendues du salarié, entre droit du travail et management », *SSL*, suppl. n° 1576, 18 mars 2013, p. 103

Berthier P.-E., « Les incitations légales », *SSL*, n° 1680, 8 juin 2015

Bibliographie

Berthier P.-E., « Les rapports entre accords de branche et d'entreprise : « renforcement de la négociation collective » ou renforcement du pouvoir patronal ? », *CSB*, 2017, p. 42

Berthier P.-E., « La justification présumée des disparités de traitement suscitées par un accord collectif aux prises avec le Droit de l'Union européenne », *RDT*, 2019, p. 498

Berthier P.-E., « La participation des représentants du personnel à l'évaluation des risques professionnels : les enseignements de l'arrêt *Amazon France Logistique* », *RDT*, 2020, p. 482

Berthier P.-E., « De la sécurité à l'immunité du pouvoir patronal : le référé judiciaire écarté du contentieux relatif au PSE (à propos de l'arrêt *New Look France* du 30 septembre 2020) », *Dr. ouv.*, 2021, p. 193

Bied-Charreton M.-F., « Un projet de réfection du droit du travail néo-libéral : grille d'analyse », *Dr. ouv.*, 2004, p. 161

Bonnechère M., « Les tendances à la déréglementation et leur incidence sur la théorie des sources en droit du travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 40

Bonnechère M., « Sur l'ordre public en droit du travail », *Dr. ouv.*, 2008, p. 11

Bonnechère M., « Mondialisation, multinationales et droit du travail : éléments de réflexion », *Dr. ouv.*, 2018, p. 58

Borenfreund G., « Propos sur la représentativité des salariés », *Dr. soc.*, 1988, p. 476

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

Borenfreund G., « L'établissement distinct, unité de représentation », *SSL*, n° 1140, oct. 2003, p. 44

Borenfreund G., « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *RDT*, 2008, p. 712

Borenfreund G., « Le dévoiement de l'exigence de légitimité », *RDT*, 2016, p. 309

Borenfreund G., « Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail », *RDT*, 2016, p. 781

Borenfreund G., « La fusion des institutions représentatives du personnel. Appauvrissement et confusion dans la représentation », *RDT*, 2017, p. 608

Borie J.-L., « Accord de performance collective et contrat de travail », *BJT*, mai 2021, p. 57

Boucris-Maitral G., « Titulaires et détenteurs du pouvoir patronal », *SSL*, n° 1340, 11 fév. 2008

Bouffier N. et Lagesse P., « La montée en puissance de l'expertise du comité d'entreprise », *Dr. soc.*, 2013, p. 126

Boulmier D., « Les experts-comptables du comité d'entreprise : état des lieux », *Dr. soc.*, 2014, p. 745

Brodersen M. et Martinez E., « De l'entreprise-réseau à l'économie de plateforme, les impasses des négociations », *La NRT*, 21/2022, p. 1

Bruggeman F. et Gazier B., « Dialogue social et dialogue social territorial au début du XXI^e siècle. Un essai de théorisation », *Négociations*, 2016/2, n° 26, p. 55

Canut F., « La dérogation, une technique de flexibilité éprouvée », *SSL*, 8 juin 2015, n° 1680

Canut F., « L'ordonnancement des normes étatiques et des normes conventionnelles - à propos du projet de loi travail », *Dr. soc.*, 2016, p. 519

Canut F., « L'ordonnancement des normes infra-étatiques - à propos du projet de loi travail », *Dr. soc.*, 2016, p. 522

Canut F., « Le recul de l'ordre public face à l'accord collectif », *Dr. ouv.*, 2017, p. 342

Canut F., « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.*, 2017., p. 1033

Caron M. et Verkindt P.-Y., « Laisser sa chance à l'intelligence collective dans l'entreprise. Regards sur les rapports entre l'expertise et les instances de représentation du personnel », *Dr. soc.*, 2009, p. 425

Casado A., « La mise en œuvre des attributions environnementales du CSE », *BJT*, fév. 2002, p. 33

Bibliographie

Casado A., « Focus sur la consultation du CSE en matière de licenciement pour motif économique après la loi *Climat et résilience* », *BJT*, fév. 2022, p. 41

Cavat H., « Les accords de performance collective », *RDT*, 2020, p. 165

Cavat H., « L'accord de performance collective ou le transfert du risque », *RDT.*, 2020, p. 587

Cercle Maurice Cohen, « La réalité de la BDES : résultats d'une enquête menée par le cercle Maurice Cohen », *RDT*, 2019, p. 428

Cesaro J.-F., « La négociation collective dans les groupes de sociétés », *Dr. soc.*, 2010, p. 781

Champeaux F., « La mise en place du CSE », *SSL*, n° 1798, 15 janvier 2018

Champeaux F., « L'APC, objet de tous les fantasmes », *SSL*, n° 1933, 14 déc. 2020

Charreaux G., « Le théorie positive de l'agence : positionnement et apports », *Revue d'économie industrielle*, n° 92, 2000, p. 193

Chauchard J.-P., « Les accords de fin de conflit », *Dr. soc.*, 1982, p. 678

Chevallier J., « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 2001, p. 827

Chouraqi A. et Gautier A.-M., « Les accords d'entreprise, de quel niveau parle-t-on ? », *Dr. soc.*, 1988, p. 17

Clerc C., « Enquête 2015 sur les administrateurs salariés », *Cah. dr. entr.*, n° 4, juillet 2015, dossier 19

Clerc C., « Le statut des administrateurs salariés », *Cah. dr. entr.*, n° 4, juillet 2015, p. 48

Coase R. H., « La nature de la firme », trad. C. Thiébault, *Revue française d'économie*, n° 1, 1987, p. 133

Cœuret A., « La mise en place négociée du CSE », *Dr. soc.*, 2019, p. 378

Cœuret A. et Duquesne F., « Droit électoral, une année d'évolution jurisprudentielle », *SSL*, n° 1110, 17 fév. 2003

Cœuret A. et Duquesne F., « un aspect de la représentation élue du personnel dans l'entreprise après l'ordonnance du 22 septembre 2017 : l'hypothèse du fractionnement en établissements distincts », *RJS*, 5/18, p. 363

Cohen-Donsimoni V., « Le référendum comme mode de validation des accords collectifs », *Dr. soc.*, 2018, p. 422

Combrexelle J.-D., « Les responsabilités partagées des partenaires sociaux et des juges », *Dr. soc.*, 2020, p. 503

Cormier Le Goff A., Lokiec P. et Taraud I., « Juges et accords de performance collective », *Dr. soc.*, 2020, p. 511

Couturier G., « L'intérêt de l'entreprise », in P. Couvrat, *Les Orientations sociales du droit contemporain*. Ecrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier, PUF, 1992, p. 148

Couturier G., « La méconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi », *Dr. soc.*, 1998, p. 375

Cristofalo P., « L'institutionnalisation d'une fonction d'expertise et de conseil auprès des élus du personnel », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2009/1, n° 126, p. 81

Cuzacq N., « La participation aux résultats dans l'entreprise de moins de 50 salariés », *RDT*, 2019, p. 460

Cytermann L. et Richard J., « Le Droit souple dans la vie de l'entreprise et de la fonction publique : une tension féconde avec le Droit dur », *Dr. soc.*, 2014, p. 400

Dabosville B., « Les représentants de proximité : à la recherche des traits caractéristiques d'une nouvelle figure de représentant du personnel », *RDT*, 2019, p. 387

Dabosville B., « Le référendum d'entreprise ou le spectre de la démocratie illibérale », *Dr. ouv.*, 2019, p. 432

Dabosville B., « Les outils de coordination entre le CSE et ses satellites (commissions, représentants de proximité) », *Dr. ouv.*, 2020, p. 600

Dabosville B., « Représentant de proximité et CSE : une relation protéiforme », *Dr. soc.*, 2022, p. 225

Bibliographie

Dalmaso R., « Les indicateurs de législation protectrice de l'emploi au crible de l'analyse juridique », *La revue de l'IREES*, 2014/3, p. 37

Dalmaso R. et Kirat T., « Comparer, mesurer, classer : l'art périlleux de la leximétrie du licenciement », *Travail et emploi*, n° 120, 2009, p. 33

Debrel Y., « La loi du 23 avril 1919 sur la journée de 8 heures : de la législation industrielle au droit du travail », *Dr. soc.*, 2019, p. 334

Déchoz J., « Les rapports de travail : du lien de subordination au lien d'assujettissement », *Dr. ouv.*, 2014, p. 12

Déchoz J., « Produire le consentement : du militantisme au partenariat social – Banalités de base II », *Dr. ouv.*, 2016, p. 547

Déchoz J., « De l'alibi au simulacre. Brèves réflexions sur l'articulation des comités sociaux et économiques et des commissions santé, sécurité et conditions de travail », *Dr. ouv.*, 2019, p. 286

Delors J., « La dynamique du droit social et de la négociation collective comme donnée majeur de la politique économique », *Dr. soc.*, 1983, p. 85

Denord F., « Aux origines du néo-libéralisme en France. Louis Rougier et le colloque Walter Lippmann de 1938 », *Le Mouvement social*, 2001, p. 9

Denord F., « Le prophète du néo-libéralisme français », *Philosophia scientiae*, 2007, p. 121

Deroussin D., « L'idée corporative saisie par les juristes : de la corporation au pluralisme juridique ? », *Les Etudes sociales*, 2013/1, n° 157-158, p. 147

Despax M., « 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

Despax M., « De l'accord à la loi », *Dr. soc.*, 1987, p. 184

Despax M., « La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel », *Dr. soc.*, 1988, p.8

Didry C., « Présentation du rapport *Entreprises en négociations : l'entreprise à la lumière des relations professionnelles* », *Dr. ouv.*, 2021, p. 478

Didry C. et Giordano D., « Extension du domaine de la négociation d'entreprise. La négociation d'entreprise sous l'emprise du groupe ? », *La Revue de l'IREs*, 2022/2, n° 107-108, p. 41

Dirringer J., « Etude juridique empirique de l'influence de la loi du 20 août 2008 – A propos de quelques accords collectifs de droit syndicale », *Dr. ouv.*, 2014, p. 459

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

Dirringer J., « Bienvenue dans l'ère du dialogue social : de nouvelles règles pour une nouvelle logique », *Dr. ouv.*, 2016, p. 56

Dirringer J., Ferkane Y., « L'économie générale des « accords de compétitivité » mise sens dessus dessous », *Dr. ouv.*, 2017, p. 716

Dockès E., « Le pouvoir dans les rapports de travail », *Dr. soc.*, 2004, p. 620

Dockès E., « Le juge et la négociation », *Dr. ouv.*, 2008, p. 290

Dockès E., « Notion de contrat de travail », *Dr. soc.*, 2011, p. 546

Dondero B., « Entreprise et personnalité morale : l'approche du droit des sociétés », *Dr. ouv.*, 2013, p. 151

Duchange G., « Accord de performance collective : conséquences sur le contrat de travail », *BJT*, mai 2021, p. 61

Duchange G., « Le périmètre du CSE », *BJT*, janv. 2022, p. 55

Dufour C., Hege A. et Kahmane M., « La loi du 20 août 2008 et les fondements de la représentation syndicale », *Revue de l'IREs*, 2015/4, n° 87, p. 95

Dumas M., « Nier les contradictions ne permet ni les bons compromis, ni la réduction des conflits », *Dr. soc.*, 2010, p. 513

Bibliographie

Escande-Varniol M.-C., « La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise », *RJS*, 4/00, p. 260

Escande-Varniol M.-C., « Une rémunération « incitative », entre individualisation et partage du risque économique », *SSL*, suppl. n° 1576, 18 mars 2013, p. 43

Fabre A., « Les négociateurs sociaux, « seuls juges » du principe d'égalité », *Dr. soc.*, 2015, p. 237

Fabre A., « Regard constitutionnel sur la « négociation » dans les très petites entreprises », *Dr. ouv.*, 2018, p. 441

Fahri S., « Réalité juridique versus réalité économique : le groupe en procédure collective », *Gaz. Pal.*, 2019, n° 4, p. 23

Farjat G., « Réflexions sur les Codes de conduite privés », in *Le Droit des relations économiques internationales*, Etudes offertes à Berthold Goldman, Litec, 1987, p. 47

Favennec-Héry F., « Convention collective - contrat de travail : un mariage de raison », *RDT*, 2016, p. 314

Favennec-Héry F., « Le comité social et économique : une instance à construire », *SSL*, n° 1790, 13 nov. 2017

Favennec-Héry F., « L'accord d'entreprise, instrument privilégié des relations de travail ? », *RJS*, 3/19, p. 155

Ferkane Y., « Présomption de justification des différences de traitement d'origine conventionnelle : touchée, mais pas coulée ! A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 avril 2019 », *Dr. ouv.*, 2019, p. 489

Ferkane Y., « La représentation du personnel comme objet de la négociation collective : le cas du CSE », *Dr. ouv.*, 2019, p. 446

Ferkane Y., « Les places dévolues à la loi, à l'accord collectif et à la décision unilatérale de l'employeur dans la mise en place du CSE », *Dr. ouv.*, 2020, p. 408

Ferkane Y., « Prudence est mère de... sécurité juridique : un discours sur la méthode », *RDT*, 2021, p. 223

Fleury N. et al., « Dialogue social sur la stratégie de l'entreprise : éléments de bilan et perspectives », *Revue de l'IREs*, 2018/1, n° 94-95, p. 115

Forest V. et Julien M., « Analyse du discours patronal sur la flexibilité. Une lecture juridique et économique », *SSL*, 8 juin 2015, n° 1680, p. 19

Fouvet F., « La sollicitation directe des salariés », colloque *Quelle place pour les salariés dans l'entreprise ?*, 2018, p. 119

Fouvet F., « Une réforme destinée à rendre « le Droit à la négociation des petites entreprises universelle » », *Dr. soc.*, 2023, p. 384

François G., « La jurisprudence sociale en quête de légitimité », *Dr. soc.*, 2018, p. 126

François G., « Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises (Première partie) », *Dr. soc.*, 2019, p. 956

François G., « Promouvoir la négociation collective dans les petites entreprises (Seconde partie) », *Dr. soc.*, 2019, p. 1066

François G., « La conventionnalisation de la représentation du personnel », *BJT*, déc. 2019, p. 70

François G., « Le dialogue social d'entreprise en période de crise sanitaire », *BJT*, mai 2020, p. 73

François G., « Pas de personnalité morale pour le « petit » CSE », *RDT*, 2021, p. 292

François G., « Le préalable de négociation obligatoire », *Dr. soc.*, 2021, p. 356

François G. et Mariano C., « L'accord de performance collective : trois questions en guise d'introduction », *BJT*, mai 2021, p. 41

Fretel A., « La réforme du droit du travail : le nouvel impératif économique », *Revue française de socio-économie*, 2016/1, n° 16, p. 5

Freyssinet J., « Quels acteurs et quels niveaux pertinents de représentation dans un système productif en restructuration ? », *Revue de l'IREs*, 2005/1, n° 47, p. 319

Bibliographie

Friedman M., « La responsabilité sociale de l'entreprise est d'accroître ses profits », *Times Magazine*, 13 septembre 1970

Frison-Roche M.-A., « Le modèle du marché », *APD*, XL, 1995, p. 287

Frison-Roche M.-A., « Définition du droit de la régulation économique », *D.*, 2004, Chron., p. 126

Frison-Roche M.-A., « Les différentes natures de l'ordre public économique », *APD*, LVIII, 2015, p. 105

Frossard S., « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT*, 2009, p. 83

Frossard S., « Regards sur les pratiques de rédaction et d'adoption : enjeux et rapports de force », *Dr. soc.*, 2023, p. 393

Gaire-Simonneau D., « La « loi travail » ou la fin d'un rêve : la démocratie délibérative sabotée », *RJS*, 7/17, p. 530

Gamet L., « Le Droit pénal conventionnel », *Dr. soc.*, 2023, p. 239

Gaudu F., « L'exécution de la convention d'entreprise », *Dr. soc.*, 1990, p. 606

Gaudu F., « Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi », *Dr. soc.*, 1998, p. 367

Gaudu F., « Entre concentration économique et externalisation : les nouvelles frontières de l'entreprise », *Dr. soc.*, 2001, p. 471

Gaudu F., « L'ordre public en droit du travail », in *Le contrat au début du XXIe siècle*, Etudes offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p. 363

Gaudu F., « Libéralisation des marchés et droit du travail », *Dr. soc.*, 2006, p. 505

Gaudu F., « L'entreprise définie par ses responsabilités », in B. Baudry et B. Dubrion, *Analyses et transformations de la firme*, La Découverte, 2009, p. 319

Gauriau B., « Le référendum, un préalable nécessaire ? », *Dr. soc.*, 1998, p. 338

Gauriau B., « L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 (A propos de l'article L. 2254-2 du code du travail) », *Dr. soc.*, 2018, p. 504

Gavini C., « Vers un droit interne d'entreprise ? », *Sociologie du travail*, 1997, p. 149

Géa F., « La dialectique du légal et du négocié. Sens et non-sens d'un paradoxe », *SSL*, n° 1508, 10 oct. 2011

Géa F., « La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise. Bâtir une « culture de la confiance ? » », *Dr. soc.*, 2013, p. 717

Géa F., « Les soubassements de la réforme », *RDT*, 2017, p. 593

Géa F., « L'accord sur le comité social et économique », *BJT*, sept. 2018, p. 50

Géa F., « Accord de performance collective et accord de substitution (en cas de transfert d'entreprise) », *RJS*, 5/20, p. 315

Géa F., « L'interprétation des conventions et accords », *RJS*, 11/20, p. 771

Géa F., « De l'usage de la référence aux « garanties au moins équivalentes », *RDT*, 2021, p. 37

Géniaut B., « La flexibilité dans le discours des juristes du travail. Flexibilité du droit, droit de la flexibilité et « nouvel esprit du capitalisme » », *SSL*, 8 juin 2015, n° 1680, p. 30

Géniaut B., Giraudet C. et Mathieu C., « Les ouvrages de droit du travail des années cinquante », *Dr. ouv.*, 2003, p. 367

Giraud B., « Derrière la vitrine du « dialogue social » : les techniques managériales de domestication des conflits de travail », *Agone*, n° 50, 2013, p. 33

Giraud B., « Négocier sous contrainte : les modalités d'appropriation du rôle de « partenaire social » par les représentants de la CGT », *Relations industrielles*, 2015, p. 306

Giraud B. et al., « Des compromis sous hégémonie patronale ? La reconfiguration des usages des dispositifs de la négociation collective dans les établissements français », *La Revue de l'IRE*, 2022/2, n° 107-108, p. 71

Bibliographie

Giraud B. et Ponge R., « Des négociations entravées. Les ressorts ambivalents de l'institutionnalisation de la négociation collective en entreprise », *La NRT*, 2016, p. 1

Giraudet C., « Nécrologie juridique du comité d'entreprise : transformation et succession d'une institution juridique », *La Revue de l'IREs*, 2018, p. 29

Goffaux-Callebaut G., « La définition de l'intérêt social. Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », *RTD com.*, 2004, p. 35

Gourgues G. et Sainty J., « La négociation d'entreprise au piège du référendum. Les enseignements des nouveaux accords d'entreprise des usines italiennes Fiat (2010-2011) », *Sociologie du travail*, 2015, p. 344

Gourgues G. et Yon K., « Référendum d'entreprise et conflictualité sociale. Eléments pour un bilan des réformes du droit du travail », *RDT*, 2018, p. 838

Goyard-Fabre S., « Les craquements de l'édifice étatique », *APD*, LVIII, 2015, p. 339

Grignard M., « Articuler démocratie sociale et démocratie politique », *Dr. soc.*, 2010, p. 515

Grimaldi d'Esdra J., « Nature et régime juridiques du référendum en droit social », *Dr. soc.*, 1994, p. 397

Groux G., « L'entreprise : conflits et régulation(s) », *Droit sociétés*, n° 41, 1999, p. 33

Groux G., « Europe centrale et de l'Est : une amplification de nouvelles pratiques de dialogue social de l'industrie ? », *Travail et emploi*, n° 123, 2010, p. 64

Gssime N., « Les experts environnementaux du CSE », *BJT*, fév. 2022, p. 58

Guedes Da Costa S., « Les représentants de proximité », *BJT*, sept. 2018, p. 60

Guénot E., « La négociation de l'accord de performance collective », *BJT*, mai 2021, p. 47

Guillas-Cavan K. et Kahmann M., « L'expert auprès des comités d'entreprise, acteur oublié des relations professionnelles », *La Revue de l'IREs*, 2018/1, n° 94-95, p. 155

Guiomard F., « L'ineffectivité de la garantie du droit à consultation en période de crise sanitaire », *RDT*, 2020, p. 486

Guy Y. et Tertre R. (du), « Les traits stylisés des grandes entreprises cotées en France à l'ère du capitalisme financier », *revue de l'IREES*, 2009/3, p. 7

Hannoun C., « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le Droit du travail », *RDT*, 2008, p. 288

Hannoun C., « La réalité juridique de l'entreprise. Réflexions sur la perception par le Droit de la réalité matérielle de l'entreprise », *Entreprises et histoire*, 2009/4, n° 57, p. 184

Hannoun C., « L'émergence de l'entreprise-marchandise », *RDT*, 2010, p. 22

Hannoun C., « Gouvernance des entreprises et direction des salariés », *SSL*, n° 1508, 10 oct. 2011

Hassler T., « L'intérêt commun », *RTD com.*, 1984, p. 581

Hauriou M., « La théorie de l'institution et de la fondation », *Cahiers de la nouvelle journée*, 1925, réédité in *Cahiers de la nouvelle journée*, 1933, p. 104

Hénot F., « Pratiques référendaires et gouvernabilité de l'entreprise », *CURAPP*, in *La gouvernabilité*, PUF, 1996, p. 129

Henry J.-P., « Vers la fin de l'état de droit », *RDP*, 1977, p. 1207

Huglo J.-G., « Les partenaires sociaux, la négociation collective et le juge », *BICC*, 15 sept. 2018, p. 40

Icard J., « Le niveau de consultation du comité social et économique (A propos de Soc., 19 janv. 2022, n° 20-18.806 ; Soc., 2 mars 2022, n° 20-16.002 ; Soc., 9 mars 2022, n° 20-19.974) », *Dr. soc.*, 2022, p. 539

Ilieva V., « Articulation entre accord de groupe et accords d'entreprise sous l'empire de la règle de faveur », *Dalloz actualités*, 27 janv. 2020

Ilieva V., « Missions et moyens des représentants de proximité. Quelle continuité avec les délégués du personnel », *Dr. soc.*, 2022, p. 218

Jacques F., « Dialogue exige : communicabilité et dialectique », *APD*, XXIX, 1984, p. 7

Javillier J.-C., « Le contenu des accords d'entreprise », *Dr. soc.*, 1982, p. 691

Bibliographie

Javillier J.-C., « Les enseignements de l'analyse comparative et la pratique française », *Dr. soc.*, 1990, p. 661

Jeammaud A., « Proposition pour une compréhension matérialiste du droit du travail », *Dr. soc.*, 1978, p. 337

Jeammaud A., « La notion de durée légale du travail », *Dr. soc.*, 1981, p. 441

Jeammaud A., « Droit du travail 1988 : des retournements plus qu'une crise », *Dr. soc.*, 1988, p. 583

Jeammaud A., « La règle de droit comme modèle », *RIEJ*, 1990/2, p. 125

Jeammaud A., « Un code allégé ? », *Dr. soc.*, 1993, p. 638

Jeammaud A., « « L'entreprise » selon le Droit et les savoirs juridiques. Jalons pour un dialogue interdisciplinaire », in *Entreprise, institution et société*, Rapport pour la DARES, MRASH, 1996, p. 17

Jeammaud A., « Le pouvoir patronal visé par le Droit du travail », *SSL*, 2008, Suppl., n° 1340

Jeammaud A., « Des principes du droit du travail ? », *SSL*, n° 1703, 18 déc. 2015

Jeammaud A., « De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail », *RDT*, 2016, p. 228

Jeammaud A., « Les principes dits « de faveur » ont-ils vécu ? », *RDT*, 2018, p. 177

Jeammaud A., « El Derecho des Trabajo francés entre reforma y cambio », *Revista de Derecho Social*, n° 95, 2021

Jeammaud A., Le Friant M. et Lyon-Caen A., « L'ordonnancement des relations de travail », *D.*, 1998, p. 359

Jeammaud A., Kirat T. et Villeval M.-C., « Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation : au croisement de l'économie et du droit », *RIDE*, 1996, p. 99

Jeammaud A. et Serverin E., « Evaluer le Droit », *D.*, Chron. LII, 1992, p. 264

Jeansen E. et Pagnerre Y., « La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme », *RDT*, 2018, p. 358

Jeansen E. et Pagnerre Y., « Le CSE soumis aux évolutions de l'entreprise », *RJS*, 8-9/20, p. 571

Jensen M. C. et Meckling W. H., « Agency costs and the theory of the firm », *Journal of financial economics*, 1976, p. 305

Jobert A., « La négociation d'entreprise dans la crise : innovations institutionnelles et sociales », *Dr. soc.*, 2013, p. 332

Join-Lambert O., Lallement M. et al., « Au-delà du conflit et de la négociation ? », *Sociologie du travail*, 2011, vol. 53, n° 2, p. 1

Julien-Paturle D., « Un ordre du jour bien rédigé facilite le déroulement des réunions de CSE », *Les cahiers Lamy du CSE*, n° 222, 2022 p. 9

Kalinowski G., « Logique déontique et logique juridique », *Les Etudes philosophiques*, 1965, n° 2, p. 157

Kalinowski G., « Dialogue à trois voix. II. – Sur les langages respectifs du Législateur, du juge et de la loi », *APD*, XIX, 1974, p. 63

Kirat T., « Les indicateurs de protection de l'emploi : la mesure du droit du travail en question ? », *Economie et Institutions*, n° 9, 2007, p. 85

Kirat T. et Villeval M.-C., « L'insaisissable entreprise de l'économie et du droit », *Revue française d'économie*, 1995, vol. 10, p. 157

Kocher M., « A la recherche du donneur d'ordre dans les relations de travail de sous-traitance : une quête impossible ? », *Dr. ouv.*, 2013, p. 177

Laffue N., « Le référendum dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2018, p. 428

Laffue N., « La négociation de la transition entre les anciennes et les nouvelles institutions représentatives et le CSE », *Dr. soc.*, 2019, p. 373

Bibliographie

Langaney C., « L'implantation des représentants de proximité : « proximité » et « voisinage » », *Dr. soc.*, 2022, p. 208

Langaney C., « La désignation des représentants de proximité : « proximité » et « ressemblance » », *Dr. soc.*, 2022, p. 213

Lardy-Pélessier B., « Au nom de l'intérêt de l'entreprise... », *Dr. ouv.*, 2010, p. 356

Laroque J., « Réflexions sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », in *Tendances du droit du travail français contemporains, Études offertes à Guillaume-Henri Camerlynck*, 1978, p. 28

Le Bohec J.-B., « Norberto Bobbio et la crise du positivisme juridique dans l'Italie d'après-guerre », *Droit et société*, 2023/3, p. 511

Le Bot F., « La naissance du centre des jeunes patrons (1938-1944) Entre réaction et relève », *Vingtième Siècle, revue d'histoire*, 2012/2, n° 144, p. 99

Le Crom J.-P., « La naissance des comités d'entreprise : une révolution par la loi ? », *Travail et emploi*, DARES, 1995, p. 58

Le Friant M., « Un conseil d'entreprise inspiré du droit allemand ? », *SSL*, n° 1651, 10 nov. 2014

Le Goff J., « Entreprise et institution : retour sur un débat crucial », in J.-P. Le Crom, *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, PUR, 2004, p. 83

Le Goff A. et Krivine J., « De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seule habilité à négocier », *Dr. soc.*, 2019, p. 204

Laulom S., « Du régime de la recommandation patronale dans le système imposant l'agrément d'un accord collectif (Avis sous Soc., 10 nov. 2021, n° 21-17.717) », *Dr. soc.*, 2021, p. 1008

Leclerc O. et Sachs T., « Gouverner par les incitations. La diffusion d'une logique incitative dans le Droit du travail », *Revue française de socio-économie*, 2015, p. 171

Lecoœur C., « Le conseil d'entreprise », *Dr. ouv.*, 2020, p. 624

Legras F., « Les attributions environnementales du CSE : une figure de style », *Les Cahiers Lamy du CSE*, n° 222, 2022, p. 13

Leroy Y., « La négociation collective sans négociation : coup de maître ou hérésie ? », *Dr. soc.*, 2020, p. 854

Lhernould J.-P., « La négociation collective communautaire. Petit manuel de la diversité », *Dr. soc.*, 2008, p. 34

Lieutier J.-P., « La participation des salariés au capital et à la gestion à travers quelques aspects de droit des sociétés », *Dr. soc.*, 2015, p. 1012

Lieutier J.-P., « Comité social et économique ou conseil d'entreprise : quel choix ? », *Dr. soc.*, 2019, p. 415

Loiseau G., « La créativité conventionnelle », *BJT*, déc. 2018, p. 233

Loiseau G., « La personnalité juridique du comité social et économique des entreprises de moins de cinquante salariés », *BJT*, janv. 2019, p. 23

Loiseau G., « Les mutations de l'ordre public et la liberté conventionnelle », *BJT*, avr. 2020, p. 52

Loiseau G., Pécaut-Rivolier L. et Pignarre G., « L'ordre public a-t-il un avenir ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 886

Lokiec P., « Vers un nouveau droit du travail ? », *D.*, 2017, p. 2019

Lokiec P., « Le CSE comme instance de codétermination, une occasion manquée », *BJT*, sept. 2018, p. 47

Lokiec P., « Démocratie représentative et démocratie directe – La vogue du référendum », *Dr. soc.*, 2019, p. 201

Lokiec P., « L'accord de performance collective ou le champ infini des possibles », *SSL*, n° 1918, 31 août 2020, p. 3

Luquet de Saint Germain C., « La place de la représentativité syndicale après l'adoption du principe majoritaire », *Dr. ouv.*, 2007, p. 16

Bibliographie

Lyon-Caen A., « Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail », *RDT*, 2007, p. 84

Lyon-Caen A., « vote et relations professionnelles », in Leclerc O. et Lyon-Caen A., *L'essor du vote dans les relations professionnelles*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 3

Lyon-Caen A., « Retrouver l'entreprise », *Dr. ouv.*, 2013, p. 196

Lyon-Caen A., « Le Droit sans l'entreprise », *RDT*, 2013, p. 748

Lyon-Caen A., « Référendum », *RDT*, 2018, p. 337

Lyon-Caen A., « Le contentieux du droit souple en droit du travail », *RDT*, 2022, p. 691

Lyon-Caen A. et Lyon-Caen G., « La « doctrine de l'entreprise » », in J.-M. Mousseron, *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies techniques, 1978, p. 600

Lyon-Caen G., « Fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Dr. ouv.*, 1951, p. 1, repr. *Dr. Ouv.*, 2004, p. 52

Lyon-Caen G., « Le Droit conventionnel du travail », *D.*, 1963, Chron. III, p. 15

Lyon-Caen G., « Défense et illustration du contrat de travail », *APD*, XIII, 1968, p. 59

Lyon-Caen G., « Les journées de mai et les accords de Grenelle », *Dr. soc.*, 1968, p. 446

Lyon-Caen G., « Négociation collective et législation d'ordre public », *Dr. soc.*, 1973, p. 89

Lyon-Caen G., « Négociation et convention collective au niveau européen », *RTD eur.*, 1973, p. 583

Lyon-Caen G., « A propos de quelques ouvrages de Doctrine », *Dr. soc.*, 1978, p. 292

Lyon-Caen G., « Critique de la négociation collective », *Dr. soc.*, 1979, p. 350

Lyon-Caen G., « Plasticité du capital et nouvelles formes d'emploi », *Dr. soc.*, n° spéc. sept.-oct. 1980, spe 8

Lyon-Caen G., « La concentration du capital et le Droit du travail », *Dr. soc.*, 1983, p. 301

Lyon-Caen G., « La bataille truquée de la flexibilité », *Dr. soc.*, 1985, p. 801

Lyon-Caen G., « Corporation, corporatisme, néocorporatisme », *Dr. soc.*, 1986, p. 742

Lyon-Caen G., « Divagations sur un adjectif qualificatif », *in* *Ecrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 345

Lyon-Caen G., « La Constitution française et la négociation collective, commentaire de la décision 96-383 DC du Conseil constitutionnel par un esprit non prévenu », *Dr. ouv.*, 1996, p. 479

Lyon-Caen G., « L'obligation implicite », *APD*, XLIV, Dalloz, 2000, p. 109

Lyon-Caen G., « A propos d'une négociation sur la négociation », *Dr. ouv.*, 2001 p. 1

Lyon-Caen G., « Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée », *Dr. ouv.*, 2004, p. 49

Lyon-Caen G., « Les pochettes-surprises de la chambre sociale : l'arrêt Aventis Pharma », *SSL*, n° 1154, 2 fév. 2004

Magaud J., « L'éclatement juridique de la collectivité de travail », *Dr. soc.*, 1975, p. 525

Maggi-Germain N., « La reconnaissance des compétences liées au mandat », *Dr. soc.*, 2018, p. 32

Maisani P. et Wiener F., « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit et société*, n° 27, 1994, p. 443

Malfettes L., « Gestion de crise et droit social : vers un nouveau modèle normatif ? », *RJS*, 10/20, p. 677

Mariano C., « Les zones d'ombre de la négociation collective en l'absence de délégué syndical », *BJT*, avr. 2020, p. 44

Mariano C., « L'échec des négociations : quel traitement juridique ? », *BJT*, juil.-août 2022, p. 43

Mariotti F., « Entreprise et gouvernement : à l'épreuve des réseaux », *Revue française de sociologie*, 2004, vol. 45, p. 711

Bibliographie

Martin D., « L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ? », in *Liber Amicorum*, Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt, éd. Joly, 2005, p. 359

Martinon A., « Sur la contribution aux activités sociales et culturelles du comité social et économique », *BJT*, sept. 2018, p. 70

Martial-Ndjoko H., « Validation ou valorisation de l'expérience syndicale ? La nécessité d'une clarification juridique », *Dr. soc.*, 2022, p. 811

Masnou B. et Klahr A., « CSE et devoir de vigilance : un acteur de premier plan », *BJT*, mars 2023, p. 33

Masson L. et Naton A., « Un objet d'intérêt pour les organisations syndicales et patronales », *Dr. soc.*, 2023, p. 390

Mazars M.-F., « Le juge qui s'invite à la négociation », *Dr. ouv.*, 2008, p. 282

Mazaud A.-L., « Les mécanismes d'incitation à conclure des accords collectifs dans les ordonnances de septembre 2017 », *JCP S*, 2018, 1232

Mazuyer E., « Les instruments juridiques du dialogue social européen : état des lieux et tentative de clarification », *Dr. soc.*, 2007, p. 476

Meftah I., « La carrière des salariés titulaires de mandat », *RDT*, 2019, p. 234

Meftah I., « L'articulation entre accord de groupe portant engagement sur l'emploi et accords d'entreprises : le crépuscule du principe de faveur », *RDT*, 2020, p. 191

Meftah I., « L'accord de performance collective », *RJS*, 10/20, p. 667

Meftah I., « La singularité de l'accord de performance collective », *BJT*, mai 2021, p. 53

Mehrez F., « La consultation dans les petites entreprises : l'introuvable mandat », in *Liber amicorum* en hommage à Pierre Rodière, *LGDJ*, 2019, p. 287

Mellot D., « De la décentralisation de la négociation collective à la concentration du pouvoir », *Dr. ouv.*, 2022, p. 49

Merle M., « De la négociation », *Pouvoirs*, 1980, p. 5

Meyer G., « L'exigence de loyauté dans la négociation des APC », *SSL*, n° 1918, 31 août 2020

Miaile M., « Critique marxiste de la loi dans l'Etat bourgeois », *APD*, XXV, 1981, p. 263

Mias A., « Quelles négociations collectives dans les entreprises », *RDT*, 2017, p. 317

Michelon A. et Rémond A., « Représentant de proximité et organisations syndicales », *Dr. soc.*, 2022, p. 239

Michelon A., « Quelle mise à l'épreuve des comités sociaux et économiques en période de crise ? », *La Revue de l'IREs*, 2022/2, p. 103

Milet L., « L'établissement distinct au sens du comité social et économique : à nouvelle institution, nouvelles approches ? », *Dr. ouv.*, 2019, p. 302

Milet L., « L'accès à l'information des représentants du personnel », *Dr. ouv.*, 2020, p. 437

Mischi J., « Gérer la distance à la « base ». Les permanents CGT d'un atelier SNCF », *Sciences contemporaines*, 2011/4, n° 84, p. 53

Moizard N., « La place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise », *Dr. ouv.*, 2019, p. 410

Molfessis N., « Les titres de la loi », in *Le Droit privé français à la fin du XXe siècle*, Etudes offertes à Pierre Catala, LexisNexis, 2001, p. 47

Morand M., « Rapports entre accord collectif et relation individuelle de travail », *Dr. soc.*, 2009, p. 900

Mongon H., « Négociation collective : un contrôle du juge à exercer avec discernement », *Dr. soc.*, 2020, p. 491

Morand M., « L'APC, un accord né sous X », *SSL*, n° 1933, 14 décembre 2020

Morel C., « Le Droit coutumier d'entreprise », *Dr. soc.*, 1979, p. 279

Morel F., « Le renouveau du dialogue social passe par l'entreprise », *Dr. soc.*, 2016, p. 405

Bibliographie

Morel F., « Licenciement d'un accord de performance collective : quel contrôle du juge ? », *SSL*, n° 1933, 14 déc. 2020

Morel F., « Faut-il (encore) réformer le Droit du travail ? », *RDT*, 2022, p. 421

Morin F., « Liaisons financières et coopération des acteurs-systèmes », *Revue économique*, Vol. 44, n° 6, 1994, p. 1459

Morin J., « La réglementation conventionnelle du contrat de travail (Première partie) », *Dr. soc.*, 2020, p. 936

Morin J., « La réglementation conventionnelle du contrat de travail (Seconde partie) », *Dr. soc.*, 2020, p. 1026

Morin M.-L., « Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé », *Dr. soc.*, 2000, p. 1080

Morvan P., « Groupe d'entreprises et rémunérations du travail », *Dr. soc.*, 2010, p. 749

Mounin G., « La linguistique comme science auxiliaire dans les disciplines juridiques », *APD*, XIX, 1974, p. 7

Mraouahi S., « L'expert du CSE », *Dr. ouv.*, 2020, p. 617

Murcier J.-P., « Réflexions sur la négociation collective en France », *Dr. soc.*, 1979, p. 268

Nasom-Tissandier H., « La légitimité de la norme sociale en droit de l'Union européenne », *Dr. soc.*, 2018, p. 120

Nicod C., « L'accord collectif, succédané de l'acte unilatéral », *SSL*, n° 1340, 11 février 2008

Nicod C., « Négociation collective et management : des rencontres inédites ? », *SSL*, suppl. n° 1576, 18 mars 2013, p. 93

Nicod C., « La réforme du dialogue social : une loi en manque d'inspiration », *RDT*, 2015, p. 549

Nicod C., « Les rapports entre accords collectifs », *RDT*, 2016, p. 800

Nicod C., « Convention de branche et d'entreprise : une nouvelle partition », *RDT*, 2017, p. 657

Nicod C., « La « tentative loyale de négociation », préalable incontournable à la détermination par l'employeur du périmètre de la représentation par les élus du personnel », *RDT*, 2019, p. 589

Nicod C., « De la valorisation de l'expérience à l'appréciation puis l'évaluation des compétences des titulaires de mandats représentatifs : les enjeux d'un glissement sémantique », *Dr. ouv.*, 2020, p. 124

Nicod C., « Egalité de traitement, accord collectif et difficultés économiques », *RDT*, 2022, p. 113

Nicod C., « Une déstructuration silencieuse », *Dr. soc.*, 2023, p. 427

Niel S., « Pourquoi négocier un conseil d'entreprise ? », *SSL*, n° 1790, 13 nov. 2017

Odoul-Asorey I., « Les représentants de proximité, une institution représentative du personnel ? », *RDT*, 2021, p. 460

Odoul-Asorey I. et Peskine E., « L'accord collectif majoritaire : déploiement ou morcellement », *RDT*, 2016, p. 803

Omarjee I., « Présomption de justification des différences de traitement conventionnelles : une instrumentalisation maladroite du droit de l'Union européenne », *RDT*, 2019, p. 301

Pagnerre Y., « Les accords de performance collective », *Dr. soc.*, 2018, p. 694

Paillusseau J., « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP N*, 1985, 100740

Paillusseau J., « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », *D.*, 1999, p. 157

Pasquier T., « La négociation collective en temps de crise : l'exemple des accords Fiat », *Dr. ouv.*, 2012, p. 112

Pasquier T., « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », *RDT*, 2018, p. 44

Bibliographie

Passette M., « Un mécanisme conventionnel de variation unilatérale du contrat de travail : l'accord de performance collective », *Dr. ouv.*, 2021, p. 574

Pécaut-Rivolier L., « L'hommage de la chambre sociale à la négociation collective. Revirement sur la jurisprudence « égalité de traitement » », *SSL*, n° 1663, 9 fév. 2015

Pécaut-Rivolier L., « Conventions et accords collectifs. La solidification des accords collectifs : les nouvelles conditions de conclusion et d'interprétation », *JCP S*, 2016, 1300

Pécaut-Rivolier L., « Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail », *RDT*, 2016, p. 791

Pécaut-Rivolier L., « Il était une fois la représentation collective : l'employeur, les syndicats, la DIRECCTE et le juge », *Dr. ouv.*, 2020, p. 590

Pécaut-Rivolier L., « Regards du juge judiciaire sur l'accord collectif », *Dr. soc.*, 2020, p. 507

Pélisse J., « Une grève froide inversée ? Eléments sur les mutations des relations professionnelles dans l'entreprise en France (1968-2018) », *Négociations*, 2019/1, p. 61

Pélisse J. et Wolmark C., « Quelle représentation de proximité après la fusion des institutions représentatives du personnel », *Dr. soc.*, 2022, p. 199

Pernot C., « L'avènement possible d'une nouvelle catégorie juridique : l'exception d'illégalité d'un accord collectif », *Dr. ouv.*, 2022, p. 163

Pernot J.-P., « Que signifie le choix de l'entreprise », *RDT*, 2016, p. 809

Perraudin C., Thèvenot N. et Valentin J., « Sous-traitance et évitement de la relation d'emploi : les comportements de substitution des entreprises industrielles en France entre 1984 et 2003 », *Revue internationale du Travail*, vol. 152, p. 571

Perulli A., « Un nouveau paradigme pour le Droit du travail », *RDT*, 2015, p. 732

Peskine E., « L'imputation en droit du travail. A propos de la responsabilité des sociétés mères en matière de licenciement pour motif économique », *RDT*, 2012, p. 347

Peskine E., « La chambre sociale architecte imprudent de la négociation collective », *RDT*, 2015, p. 339

Peskine E., « L'accord collectif de groupe : nouveaux horizons », in Ghenim A. *et al.*, *Groupes de sociétés et droit du travail. Nouvelles articulations, nouveaux défis*, 2019, Dalloz, p. 21

Peskine E., « A la recherche de l'organisation en droit du travail. Penser l'entreprise et son dépassement », *RDT*, 2019, p. 19

Peskine E., « Quelques observations sur l'interprétation judiciaire des accords collectifs », *RDT*, 2021 p. 118

Petit F., « Pour la mise en place d'un « conseil d'entreprise », accompagnée de la fusion des délégués du personnel et des délégués syndicaux », *RDT*, 2010, p. 80

Petit F., « Le référendum en entreprise comme voie de secours », *Dr. soc.*, 2016, p. 903

Petit F., « Une représentation du personnel à la carte », *Dr. soc.*, 2016, p. 544

Petit F., « La difficile mise en œuvre des référendums d'entreprise », *Dr. soc.*, 2017, p. 156

Petit F., « Les conditions d'organisation du référendum dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2018, p. 417

Petit F., « La légitimité des organisations syndicales, préalable à la légitimité de l'accord collectif », *Dr. soc.*, 2018, p. 141

Petit F., « Les 100 ans du droit de la négociation collective (1919-2019) : les étapes essentielles de la conventionnalisation du droit du travail », *BJT*, déc. 2019, p. 42

Petit F., « L'autonomie de gestion de l'établissement distinct accueillant le CSE et de son responsable », *Dr. soc.*, 2021, p. 762

Pitseys J., « Le concept de gouvernance », *RIEJ*, 2010, p. 207

Pirovano A., « La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *Dr. soc.*, 1997, p. 189

Pisani E., « La pratique de la négociation européenne », *Pouvoirs*, 1980, p. 71

Bibliographie

Porta J., « Le Droit du travail en changement », *Travail et emploi*, n° 158, 2019, p. 95

Puech M., « L'obligation, au regard du droit pénal, d'engager une négociation annuelle dans les entreprises », *Dr. soc.*, 1984, p. 49

Ranc S., « Le licenciement pour motif *sui generis* », *RJS*, 4/23, p. 15

Ray J.-E., « Du tout-Etat au tout-contrat ? De l'entreprise citoyenne à l'entreprise législateur ? », *Dr. soc.*, 2000, p. 574

Ray J.-E., « De la hiérarchie à l'articulation des sources en droit du travail », *LSM*, mai 2004, p. 57

Ray J.-E., « Les curieux accords dits « majoritaires » de la loi du 4 mai 2004 », *Dr. soc.*, 2004, p. 590

Ray J.-E., « 4 mai 2004 - mai 2008 : le Droit de la négociation collective entre deux lois. A propos du rapport Chertier », *Dr. soc.*, 2006, p. 981

Ray J.-E., « L'accord d'entreprise majoritaire », *Dr. soc.*, 2009, p. 887

Ray J.-E., « Les sources de la loi du 31 janvier 2007 », *Dr. soc.*, 2010, p.

Ray J.-E., « Trois rapports pour quelle refondation ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 410

Ray J.-E., « Légalité et légitimité », *Dr. soc.*, 2020, p. 481

Rebérioux A., « Les marchés financiers et la participation des salariés aux décisions », *Travail et Emploi*, n° 93, 2003, p. 25

Rebérioux A., « La nature institutionnelle de l'entreprise. Confrontation des points de vue juridique et conventionnaliste », in F. Eymard-Duvernay, *L'économie des conventions, méthodes et résultats, Tome 2. Développements*, 2006, p. 275

Reinhard Y., « *Corporate governance* (Note de présentation juridique) », in *L'entreprise comme institution*, séminaire interdisciplinaire, MRASH, 1996, p. 3

Rémy P., « Représentation dans la négociation collective : les limites du principe majoritaire », *Dr. ouv.*, 1999, p. 269

Rémy P., « Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 1050

Rémy P., « Contre toute instrumentalisation du droit d'ailleurs - d'où qu'elle vienne et dans quelque intérêt que ce soit », *RDT*, 2020, p. 701

Rennes P., « Représentativité syndicale et réalité des droits collectifs », *Dr. ouv.*, 2007, p. 20

Rennes P., « Représentativité : les principes de liberté et d'égalité syndicales appréciés avec raison », *Dr. ouv.*, 2008, p. 113

Rennes P., « Dialogue social : les moyens et la fin (à propos du projet de loi dit « relatif au dialogue social et à l'emploi ») », *Dr. ouv.*, 2015, p. 348

Rioche S., « Le conseil d'entreprise, la vraie révolution de l'ordonnance n° 2017-1386 ? », *Gaz. Pal.*, 2018, p. 77

Rioche S., « CSE et représentants de proximité : un kaléidoscope conventionnel », *JCP S*, 2018, 1343

Robé J.-P., « L'entreprise et le Droit », *Droit et société*, 1995, p. 117

Robé J.-P., « L'entreprise comme institution fondamentale de l'échange marchand », in Hatchuel A., Favereau O. et Aggeri F., *L'activité marchande sans le marché ?*, Colloque de Cerisy, Presses des Mines, 2010, p. 91

Robé J.-P., « Théorie de l'entreprise, droit des sociétés et gouvernance d'entreprise soutenable », *RIDE*, 2021/2, p. 179

Rodière P., « Les droits sociaux dans la Constitution européenne : quelques questions », *SSL*, n° 1213, 2 mai 2005, p. 5

Rosa F., « La « négociation » dans les petites entreprises et les normes internationales », *Dr. ouv.*, 2018, p. 450

Rotschild-Souriac M.-A., « Le Droit à la négociation et sa sanction », *Dr. soc.*, 1982, p. 729

Rotschild-Souriac M.-A., « Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques », *Dr. soc.*, 1991, p. 491

Bibliographie

Rotschild-Souriac M.-A., « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.*, 2004, p. 580

Rouban L., « Les paradoxes de l'Etat postmoderne », *Cités*, 2004, p. 11

Roudil A., « Flexibilité de l'emploi et droit du travail : « la beauté du diable » », *Dr. soc.*, 1985, p. 84

Roulet V., « Le CSE ? Une victime qui se porte bien », *RDT*, 2020, p. 445

Sachs T., « L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée », *RDT*, 2017, p. 585

Sachs T., « L'accord d'entreprise transnational : un objet juridique en devenir », *Dr. soc.*, 2020, p. 149

Sainsaulieu R. et Segrestin D., « Vers une théorie sociologique de l'entreprise », *Sociologie du travail*, 1986, p. 335

Saint-Jours Y., « Les options économiques de la jurisprudence sociale », *D.*, 1987, Chron. XXXIII, p. 178

Saint-Jours Y., « L'entreprise et la démocratie », *D.*, 1993, chron. IV, p. 14

Saramito F., « Le Droit du travail en question », *Dr. ouv.*, 1986, p. 39

Saramito F., « A la recherche d'une majorité dans la négociation collective », *Dr. ouv.*, 2000, p. 428

Saramito F., « Le nouveau visage de la négociation collective », *Dr. ouv.*, 2004, p. 445

Sargos P., « La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale de l'entreprise », in *La vérité*, Rapport annuel de la Cour de cassation, La documentation française, 2004, p. 97

Sauvé J.-M., « La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes », *Dr. soc.*, 2010, p. 489

Savatier C., « Les résultats de l'enquête nationale 2021 sur les CSE », *Les cahiers Lamy du CSE*, n° 219, 2021, p. 2

Schmidt D., « De l'intérêt social », *JCP E*, 1995, 488

Schmidt D., « Rapport de synthèse », *Cah. Dr. Entr.*, 1996-4, p. 25

Schweitzer S., « Le référendum d'entreprise démode-t-il le syndicalisme ? », *Dr. soc.*, 2018, p. 410

Séguin P., « L'adaptation du droit du travail », *Dr. soc.*, 1986, p. 828

Séguin P., « Rôle et réalité de la négociation d'entreprise dans les relations sociales d'aujourd'hui », *Dr. soc.*, 1988, p. 2

Sereno S., « Les accords sur l'information-consultation », *Dr. soc.*, 2019, p. 402

Signoretto F., « Plaidoyer pour une évolution de la notion d'établissement distinct », *RDT*, 2018, p. 352

Simonneau D., « Les représentants de proximité : substituts ou compléments ? », *Dr. ouv.*, 2020, p. 432

Soulier P., « L'objet de la négociation », *Dr. soc.*, 1990, p. 596

Sousa Santos B. (de), « La transition post-moderne : droit et politique », *RIEJ*, 1990/1, p. 77

Struillou Y., « La place de la négociation dans la hiérarchie des normes de droit », *SSL*, n° 1555, 15 oct. 2012

Struillou Y., « L'égalité en matière syndicale. Le concept politico-juridique de représentativité : clef de voûte de l'armature de l'égalité en matière syndicale », *Dr. ouv.*, 2013, p. 91

Supiot A., « Les syndicats et la négociation collective », *Dr. soc.*, 1983, p. 63

Supiot A., « Délégation, normalisation et droit du travail », *Dr. soc.*, 1984, p. 296

Supiot A., « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *RTD com.*, 1985, p. 621

Supiot A., « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1989, p. 195

Bibliographie

Supiot A., « Temps de travail : pour une concordance des temps », *Dr. soc.*, 1995, p. 947

Supiot A., « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.*, 2003, p. 59

Supiot A., « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *Dr. soc.*, 2010, p. 525

Szahaj A., « Le libéralisme post-moderne comme un nouvel humanisme », *Diogène*, 2004/2, n° 206, p. 79

Tarasewicz Y., « L'accord de performance collective entre risque et promesse », *RDT*, 2020, p. 584

Taraud I., « Expliquer l'information : la montée en puissance de l'expertise », *Dr. soc.*, 2013, p. 121

Teyssié B., « A propos de la négociation collective d'entreprise », *Dr. soc.*, 1990, p. 577

Teyssié B., « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D.*, 2004, p. 1680

Teyssié B., « La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe », *Dr. soc.*, 2005, p. 982

Teyssié B., « Le conseil d'entreprise », *JCP S*, n° 2, 2018, 1011

Thévenot et al., « Face à l'éclatement des entreprises, une représentation collective mise en défaut : une analyse à partir de l'enquête REPONSE 2017 », *La Revue de l'IRES*, 2022/2, n° 107-108, p. 13

Thibierge C., « Le Droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 599

Thibierge C., « Sources du droit, source de droit : une cartographie », in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 519

Thuderoz C., « Non au dialogue social oui à la négociation sociale ! », *Les cahiers du changement*, 2002, p. 5, repr. sur le site de l'auteur le 1 juin 2020 <https://thdz-negociationcollective.org/2020/06/01/inegociation-collective-et-dialogue-social-si-toute-negociation-est-dialogue-tout-dialogue-nest-pas-negociation/>

Thuderoz C., « Enjeux sociaux et pratiques des formations conjointes à la négociation collective », *Gérer et comprendre*, Annales des Mines, n° 134, 2018, p. 14

Thuderoz C., « Les « formations communes syndicats/entreprises » sociographie d'un dispositif à repenser », *RDT*, 2021, p. 493

Timsit G., « L'invention de la légitimité procédurale », *in* Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa, Dalloz, 2011, p. 635

Tissandier H., « Les rapports entre accords collectifs », *RDT*, 2016, p. 794

Vachet G., « Les accords atypiques », *Dr. soc.*, 1990, p. 620

Vachet G., « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté ? », *Dr. soc.*, 2009, p. 896

Vatinet R., « Développement de l'actionnariat salarié », *JCP S*, 2007, 1032

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

Verdier J.-M. et Langlois P., « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *D.*, 1972, Chron. XXXIX, p. 253

Verkindt P.-Y., « Le rôle des instances de représentations du personnel en matière de sécurité », *Dr. soc.*, 2007, p. 697

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

Verkindt P.-Y., « La collectivité de travail ou « La belle inconnue » », *Dr. soc.*, 2012, p. 1006

Verkindt P.-Y., « La bête est morte. A propos de la commission santé sécurité et conditions de travail », *SSL*, n° 1790, 13 nov. 2017

Verkindt P.-Y., « Entre la représentation et la négociation, les droits de la collectivité des salariés », *Dr. ouv.*, 2019, p. 418

Bibliographie

Verkindt P.-Y., « La journée de huit heures : quatre articles pour un emblème », *Dr. soc.*, 2019, p. 339

Verkindt P.-Y. et Simonneau D., « Convention collective et loi professionnelle. Le regard de René Demogue », *Dr. soc.*, 2022, p. 935

Viart H., « Validation d'un accord collectif minoritaire par référendum : les premières précisions de la Cour de cassation sur la procédure de consultation des salariés », *Dr. ouv.*, 2020, p. 19

Vignal P., « La loyauté dans la négociation collective, un horizon lointain », *Dr. ouv.*, 2022, p. 521

Vigneau C., « Tendance du droit social communautaire, ombres et brouillards de Maastricht », *R.T.D. eur.*, 2002, p. 653

Vigneau C., « La notion d'établissement au cœur des logiques de centralisation et de décentralisation de la représentation du personnel », *Dr. ouv.*, 2020, p. 413

Villéger A., « Pourquoi un droit du travail ? Libres propos sur la justification du point de vue des sciences de gestion », *Dr. soc.*, 2019, p. 344

Wolmark C., « L'action dans l'intérêt collectif. Développements récents », *Dr. soc.*, 2017, p. 631

Wolmark C., « Etablissement distinct au sens du CSE : pertinence de la continuité jurisprudentielle », *RDT*, 2019, p. 119

IV. Commentaires, notes et observations

Adam P., *RDT* 2008. 180, ss. Soc., 28 nov. 2007, n° 06-21.964, Publié

Amiel-Donat J., *JCP* 1992. II. 21889, ss. Soc., 14 mai 1992, n° 89-45.300, Publié au Bulletin

Antonmattei P.-H., *Dr. soc.* 1999. 630, ss. Soc., 9 mars 1999, n° 96-43.718, Publié

Antonmattei P.-H., *Dr. soc.* 2015. 351, ss. Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, Publié

Antonmattei P.-H., *Dr. soc.* 2019. 1055, ss. Soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948, Publié

Antonmatteri P.-H., *SSL*, n° 1995, ss. Soc., 2 mars 2022, n°s 20-16.002 et 20-20.077, Publiés

Auzero G., *RDT* 2007. 650, ss. Soc., 27 sept. 2007, n° 06-43.867, Publié

Auzero G., *BJS* 09/2020. 36, ss. Soc., 8 juil. 2020, n°s 19-11.918 et 19-60.107, Publiés

Auzero G., *BJS*, 06/2021. 15, ss. Soc., 14 avr. 2021, n° 19-23.589, Publié

Auzero G. et Bento de Carvalho L., *Dr. soc.* 2022. 531, ss. Soc., 2 mars 2022, n°s 20-16.002 et 20-20.077, Publiés

Auzero G. et Bento de Carvalho L., *Dr. soc.* 2022. 531, ss. Soc., 2 mars 2022, n° 20-18.442, Publié

Baraderie D., *BJS* 02/1992. 153, ss. Crim., 30 sept. 1991, n° 90-83.965, Inédit

Barthélémy J., *JCPE* 1997. II. 911, ss. Soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187, Publié

Baugard D., *RDT* 2022. 395, ss. Soc., 2 mars 2022, n° 20-18.442, Publié

Béal S., *JCP E* 2009. II. 1145, ss. Soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.875, Publié

Bento de Carvalho L., *BJT* 09/2018. 26, ss. Soc., 12 juill. 2018, n° 16-26.844, Publié

Bergeron F., *BJT* 05/2022. 30, ss. Soc., 2 mars 2022, n°s 20-16.002 et 20-20.077, Publiés

Bergeron F., *BJT* 05/2022. 30, ss. Soc., 2 mars 2022, n° 20-18.442, Publié

Bibliographie

Bergeron F., *BJT* 12/2022. 17, ss. Soc., 9 nov. 2022, n° 21-20.525, Publié

Bergeron-Canut F., *BJT*, 06/2019. 24, ss. Soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948, Publié

Bergeron-Canut F., *BJT* 03/2020. 25, ss. Soc., 8 janv. 2020, n° 18-17.708, Publié

Berthier P.-E., *RDT* 2019. 498, ss. Soc., 3 avr. 2019, n° 17-11.970, Publié

Berthier P.-E., *Dr. ouv.* 2021, p. 193, ss. Soc., 30 sept. 2020, n° 19-13.714, Publié

Bied-Charreton M.-F., *Dr. ouv.*, 1996, 245, ss. Soc., 13 déc. 1995, n° 94-13.867, Publié

Bied-Charreton M.-F., *Dr. ouv.* 2003. 398, ss. Soc., 30 avr. 2003, n° 01-10.027, Publié

Blaise H., *JCP* 1992. II. 21856, ss. Soc., 17 avr. 1991, n°^{os} 89-17.993, 89-43.767 et 89-43.770, Publiés

Blaise H., *Dr. soc.* 1996. 976, ss. Soc., 10 juill. 1996, n° 93-40.966, Publié

Bouloc B., *Rev. sociétés* 1992. 356, ss. Crim., 30 sept. 1991, n° 90-83.965, Inédit

Bouloc B., *Rev. sociétés* 1994. 771, ss. Crim., 26 mai 1994, n° 93-84.615, Publié

Boussard-Verrecchia E. et Masson P., *SSL* 2016, n° 1710, ss. Soc., 14 déc. 2015, n° 14-17.152, Inédit

Bouaziz P., *Dr. ouv.* 1989. 359, ss. Soc., 9 mars 1989, n° 86-44.025, Publié

Bouaziz P. et Goulet I., *Dr. soc.* 2005. 634, ss. Soc., 23 fév. 2005, n°^{os} 03-42.018 et 04-45.463, Publiés

Bugada A., *JCP S* 2007. II. 1934, ss. Soc., 27 sept. 2007, n° 06-43.867, Publié

Canut F., *RDT* 2015. 264, ss. Soc., 16 déc. 2014, n° 13-14.558, Publié

Cass., *D.* 2015. 270, ss. Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, Publié

Cesaro J.-F., *JCP E* 2020. II. 1368, ss. Soc., 8 janv. 2020, n° 18-17.708, Publié

Champeaux F., *SSL* n° 1810, ss. Soc., 18 janv. 1995, n° 91-10.476, Publié

Champetier de Ribes- Justeau, A.-L., *Rev. sociétés* 2014. 169, ss. Com., 19 mars 2013, n° 12-16.910, Inédit

Contin R., *D.* 1968. VI. 45, ss. CA Paris, 22 mai 1965, *Fruehauf*

Corrignan-Carsin D., *Dr. soc.* 1992. 967, ss. Soc., 14 mai 1992, n° 89-45.300, Publié au Bulletin

Corrignan-Carsin D., *JCP* 2005. II. 10076, ss. Soc., 23 fév. 2005, n^{os} 03-42.018 et 04-45.463, Publiés

Couret A., *BJS* 2022. 32, ss. Com., 9 nov. 2022, n° 20-22.063, Publié

Couturier G., *Dr. soc.* 1997. 95, ss. Soc., 19 nov. 1996, n° 94-19.404, Publié

Couturier G., *Dr. soc.* 2011. 342, ss. Soc., 18 janv. 2011, n° 10-30.126, Publié

Daniel J., *JCP S* 2019. II. 1336, ss. Soc., 9 oct. 2019, n° 17-16.642, Publié

Darmaisin S., *JCP E* 2003. II. 1791, ss. Soc., 30 avr. 2003, n° 01-10.027, Publié

David A., *D.* 2019. 1558, ss. Soc., 3 avr. 2019, n° 17-11.970, Publié

Derrida F., *D.* 2000. 2, ss. Soc., 11 mai 1999, n° 97-42.026, Publié

Desbarats I., *D.* 2004. 99, ss. Soc., 29 janv. 2003, n° 01-60.628, Publié

Desbarats I., *D.* 2004. 99, ss. Soc., 24 avr. 2003, n° 01-60.876, Publié

Despax M., *Dr. soc.* 1989. 631, ss. Soc., 9 mars 1989, n° 86-44.025, Publié

Dupeyroux J.-J., *Dr. soc.* 1988. 502, ss. Soc., 11 mai 1998, n° 84-10.617, Publié

Dupeyroux J.-J., *Dr. soc.* 1996. 1067, ss. Soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187, Publié

Duquesne F., *JCP* 2003. II. 10099, ss. Soc., 29 janv. 2003, n° 01-60.628, Publié

Duquesne F., *JCP S* 2012. II. 1318, ss. Soc., 9 mai 2012, n° 10-26.497, n^{os} 10-26.499 et 10-26.503, Publiés

Durand P., *Dr. soc.* 1946. 427, ss. Sec. soc., 16 juin 1945, Inédit

Bibliographie

- Enjolras L.**, *Dr. soc.* 2022. 825, ss. Soc., 23 mars 2022, n° 20-21.726, Inédit
- Esmein P.**, *JCP* 1956. II. 9397, ss. Soc., 31 mai 1956, n° 56-04.323, Publié
- Fabre A.**, *Dr. soc.* 2015. 237, ss. Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, Publié
- Fadeuilhe P.**, *D.* 1999. 175, ss. Soc., 2 déc. 1998, n° 96-44.416, Publié
- Ferkane Y.**, *D.* 2020. 1146, ss. Soc., 8 janv. 2020, n° 18-17.708, Publié
- Ferkane Y.**, *D.* 2021. 1160, ss. Soc., 13 janv. 2021, n° 19-23.533, Publié
- Ferkane Y.**, *D.* 2022. 1286, ss. Soc., 2 mars 2022, n° 20-18.442, Publié
- Ferrer A.**, *Dr. ouv.* 2012. 769, ss. Soc., 9 mai 2012, n° 10-26.497, n°^{os} 10-26.499 et 10-26.503, Publiés
- François G.**, *BJT* 06/2021. 38, ss. Soc., 14 avr. 2021, n° 19-23.589, Publié
- François S.**, *Rev. sociétés*, 2022. 601, ss. Civ. 3^e, 11 mai 2022, n° 21-16.992, Inédit
- Frouin J.-Y.**, *RDT* 2010. 226, ss. Soc., 3 févr. 2010, n° 08-41.412, Publié
- Frouin J.-Y.**, *JCP S* 2021. II. 1108, ss. Soc., 24 mars 2021, n° 19-13.188, Publié
- Gaba H. K.**, *D.* 2005. 1678, ss. Soc., 23 fév. 2005, n°^{os} 03-42.018 et 04-45.463, Publiés
- Gadrat M.**, *Dr. soc.* 2019. 574, ss. Soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948, Publié
- Galy M.**, *Dr. soc.* 2021. 327, ss. Soc., 30 sept. 2020, n° 19-13.714, Publié
- Gardin A.**, *SSL* 2011, n° 1477, ss. Soc., 3 févr. 2010, n° 08-41.412, Publié
- Gauriau B.**, *Dr. soc.* 2003. 732, ss. Soc., 30 avr. 2003, n° 01-10.027, Publié
- Gauriau B.**, *JCP S* 2017. II. 1045, ss. Soc., 14 déc. 2016, n° 15-20.812, Publié
- Géniaut B.**, *RDT* 2017. 134, ss. Soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203, Publié
- Gil. G.**, *BJS* 01/2010. 23, ss. Com., 29 sept. 2009, n° 08-19.937, Publié
- Godon L.**, *BJS* 11/2002. 1197, ss. Com., 18 juin 2002, n° 98-21.967, Inédit

Gomy M., *D.* 2004. 1161, ss. Soc., 29 avr. 2003, n° 01-42.026, Publié

Guyon Y., *Rev. sociétés* 1992. 53, ss. Soc., 17 avr. 1991, n^{os} 89-17.993, 89-43.767 et 89-43.770, Publiés

Hauser J., *RTD civ.* 2017. 96, ss.Soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203, Publié

Houin R., *RTD com.* 1965. 631, ss. CA Paris, 22 mai 1965, *Fruehauf*

Icard J., *Cah. soc.*, 02/2016. 80, ss. Soc., 12 janv. 2016, n° 14-23.290, Publié

Jeansen E., *JCP E* 2019. II. 1549, ss. Soc., 19 déc. 2018, n° 18-23.655, Publié

Julien M. et Paulin J.-F., *Jurisassociations* 2020, n° 612, p. 38, ss. Soc., 9 oct. 2019, n° 19-10.780, Publié

Julien M. et Paulin J.-F., *Jurisassociations* 2020, n° 622, p. 38, ss. Soc., 22 janv. 2020, n° 18-21.206, Publié

Lafuma E., *RDT* 2011. 123, ss. Soc., 26 oct. 2010, n° 09-65.565, Publié

Langlois P., *D.* 1995. 14, ss. Soc., 22 juin 1993, n° 91-17.686, Publié

Lardeux G., *D.* 2017. 37, ss.Soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203, Publié

Lardy-Pélessier B., *RDT* 2009. 228, ss. Soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.875, Publié

Le Cannu P., *BJS* 02/2005. 241, Com., 30 nov. 2004, n° 01-16.581, Inédit

Lecourt B., *Rev. sociétés* 2021. 236, ss. Com., 14 oct. 2020, n° 18-20.240, Inédit

Lerouge L., *RDT* 2008. 111, ss. Soc., 28 nov. 2007, n° 06-21.964, Publié

Levasseur G., *D.* 1958. 21, ss. Soc., 31 mai 1956, n° 56-04.323, Publié

Lipski J.-S., *JCP S* 2010. II. 1543, ss. Soc., 26 oct. 2010, n° 09-65.565, Publié

Lokiec P., *D.* 2012. 2627, ss. Soc., 18 janv. 2011, n° 10-30.126, Publié

Lokiec P., *D.* 2012. 2633, ss. Soc., 11 sept. 2012, n° 11-22.014, Publié

Lokiec P., *D.* 2015. 2348, ss. Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, Publié

Bibliographie

Lyon-Caen A., D. 1978. 350, ss. Soc., 13 oct. 1977

Lyon-Caen A., D. 1990. 165, ss. Soc., 9 mars 1989, n° 86-44.025, Publié

Maillard S., Dr. ouv. 2020. 158, ss. Soc., 9 oct. 2019, n° 17-16.642, Publié

Malassigné V., Gaz. Pal. 06/2021. 58, ss. Com., 13 janv. 2021, n° 18-21.860, Publié

Mariano C., Dr. soc. 2021. 348, ss. Soc., 13 janv. 2021, n° 19-23.533, Publié

Masson P., Dr. ouv. 2015. 283, ss. Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, Publié

Mazeaud A., Dr. soc. 1998. 948, ss. Soc., 7 juil. 1998, n° 96-21.451, Publié

Mazeaud A., Dr. soc. 2001. 318, ss. Soc., 21 nov. 2000, n° 98-45.837, Publié

Meftah I., RDT 2020. 191, ss. Soc., 8 janv. 2020, n° 18-17.708, Publié

Moulin J.-M., Gaz. Pal. 03/2022. 73, ss. Crim., 17 nov. 2021, n° 20-82.448, Inédit

Moulinier A., RDT 2016. 307, ss. Soc., 23 mars 2016, n° 14-23.276, Publié

Mouly J., D. 1995. 413, ss. Soc., 14 fév. 1995, n° 91-40.361, Inédit

Mouly J., Dr. soc. 2005. 576, ss. Soc., 23 fév. 2005, n°s 03-42.018 et 04-45.463, Publiés

Mouly J., Dr. soc. 2017. 89, ss. Soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203, Publié

Moussy P., Dr. ouv. 1996. 457, ss. Soc., 10 juill. 1996, n° 93-40.966, Publié

Nepveu av. gén., JCP 1965. II. 14274 bis, ss. CA Paris, 22 mai 1965, *Fruehauf*

Nicod C., RDT 2019. 589, ss. Soc., 17 avr. 2019, n° 18-22.948, Publié

Nicod C., RDT 2022. 113, ss. Soc., 23 juin 2021, n°s 19-25.623 à 19-25.642, Inédits

Odoul-Asorey I., D. 2011. 1246, ss. Soc., 26 oct. 2010, n° 09-65.565, Publié

Orif V., BJT 02/2021. 40, ss. Soc., 30 sept. 2020, n° 19-13.714, Publié

Pagnucco J.-C., BJS 12/2018. 692, ss. Com., 26 sept. 2018, n° 16-21.825, Inédit

- Pélessier J.**, *D.* 2002. 3111, ss. Soc., 18 sept. 2002, n° 00-42.904, Publiés
- Peskine E.**, *RDT* 2015. 339, ss. Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, Publié
- Petit F.**, *Dr. soc.* 2020. 281, ss. Soc., 22 janv. 2020, n° 19-12.011, Publié
- Petit F.**, *Dr. soc.* 2021. 86, ss. Soc., 22 janv. 2020, n° 18-21.206, Publié
- Petit F.**, *Dr. soc.* 2021. 280, ss. Soc., 13 janv. 2021, n° 19-17.182, Publié
- Petit F.**, *Dr. soc.* 2021. 284, ss. Soc., 13 janv. 2021, n° 19-23.533, Publié
- Petit F.**, *Dr. soc.* 2021. 762, ss. Soc., 9 juin 2021, n° 19-23.153 et n° 19-23.745, Publiés
- Petit F.**, *Rev. sociétés* 2022. 112, ss. Soc., 9 juin 2021, n° 19-23.153 et n° 19-23.745, Publiés
- Petit F.**, *Dr. soc.* 2022. 562, ss. Soc., 2 mars 2022, n° 20-18.442, Publié
- Petit F.**, *Dr. soc.* 2023. 95, ss. Soc., 9 nov. 2022, n° 21-20.525, Publié
- Pignarre G.**, *RDT* 2015. 472, ss. Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, Publié
- Porta J.**, *D.* 2008. 446, ss. Soc., 27 sept. 2007, n° 06-43.867, Publié
- Porta J.**, *D.* 2015. 831, ss. Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, Publié
- Puigelier C.**, *JCP S* 2009. II. 1518, ss. Soc., 23 sept. 2009, n° 08-41.397 et 08-41.415, Publiés
- Radé C.**, *Dr. soc.* 2019. 447, ss. Soc., 3 avr. 2019, n° 17-11.970, Publié
- Ranc S.**, *BJT* 02/2023. 5, ss. Soc., 23 nov. 2022, n° 20-21.924, Publié
- Ranc S.**, *BJT* 06/2023. 19, ss. Soc., 11 mai 2023, n° 21-22.281 et 21-22.912, Publiés
- Ray J.-E.**, *Dr. soc.* 2019. 559, ss. Soc., 3 avr. 2019, n° 17-11.970, Publié
- Rédaction**, *Dr. ouv.* 1956. 340, ss. Soc., 31 mai 1956, n° 56-04.323, Publié
- Rédaction**, *Dr. ouv.*, 2015. 190, ss. Soc., 17 déc. 2014, n° 14-60.165, Publié
- Rédaction**, *RJS* 10/90. 769, ss. Cons. d'Etat, 11 juil. 1990, n° 86022

Bibliographie

Rédaction, *RJS* 2/95. 128, ss. Cons. d'Etat, 16 déc. 1994, n° 112855

Rédaction, *RJS* 4/98. 461, ss. Soc. 18 fév. 1998, n° 95-43.491, Publié

Rédaction, *RJS* 10/98. 1243, ss. Soc., 26 mai 1998, n° 95-15.883, Inédit

Rédaction, *RJS* 2/09. 184, ss. Soc., 2 déc. 2008, n° 07-16.818, Publié

Rédaction, *RJS* 12/09. 922, ss. Soc., 23 sept. 2009, n°s 08-41.397 et 08-41.415, Publiés

Rédaction, *RJS* 3/19. 165, ss. Soc., 19 déc. 2018, n° 18-23.655, Publié

Rédaction, *RJS* 12/19. 676, ss. Soc., 9 oct. 2019, n° 17-16.642, Publié

Rédaction, *RJS* 3/21. 396, ss. Soc., 31 mars 2021, n° 19-26.234, Inédit

Rosa F., *RDT* 2019. 578, ss. Soc., 3 avr. 2019, n° 17-11.970, Publié

Riancho S., *BJT* 05/2021. 20, ss. Soc., 24 mars 2021, n° 19-13.188, Publié

Saint-Jours Y., *D.* 1988. 57, ss. Soc., 8 oct. 1987, n°s 84-41.902 et 84-41.903, Publiés

Saint-Jours Y., *JCP* 1997. II. 22768, ss. Soc., 10 juill. 1996, n° 93-40.966, Publié

Saintourens B., *BJS* 07/2003. 780, ss. Soc., 24 avr. 2003, n° 01-60.876, Publié

Salomon R., *BJS* 12/2021. 20, ss. Crim. 15 sept. 2021, n° 20-85.495, Inédit

Savatier J., *Dr. soc.* 1988. 135, ss. Soc., 8 oct. 1987, n°s 84-41.902 et 84-41.903, Publiés

Savatier J., *Dr. soc.* 1990. 322, ss. Soc., 23 janv. 1990, n° 86-14.947, Publié

Savatier J., *Dr. soc.* 1992. 329, ss. Soc., 22 janv. 1992, n° 90-42.636, Publié

Savatier J., *Dr. soc.* 1993. 870, ss. Soc., 22 juin 1993, n° 91-17.686, Publié

Savatier J., *Dr. soc.* 1999. 303, ss. Soc., 1 déc. 1998, n° 98-40.104, Publié

Savatier J., *Dr. soc.* 2003. 451, ss. Soc., 29 janv. 2003, n° 01-60.802, Publié

Savatier J., *Dr. soc.* 2003. 453, ss. Soc., 29 janv. 2003, n° 01-60.628, Publié

- Savatier J.**, *Dr. soc.* 2003. 780, ss. Soc., 24 avr. 2003, n° 01-60.876, Publié
- Savatier J.**, *Dr. soc.* 2004. 1155, ss. Soc., 13 juillet 2004, n° 03-60.173, Publié
- Schlumberger E.**, *BJS* 04/2021. 13, ss. Com., 13 janv. 2021, n° 18-21.860, Publié
- Schmidt D.**, *D.* 2021. 399, ss. Com., 13 janv. 2021, n° 18-21.860, Publié
- Serinet Y.-M.**, *JCP* 2012. II. 1426, ss. Com., 9 nov. 2022, n° 20-22.063, Publié
- Serra Y.**, *D.* 1992. 350, ss. Soc., 14 mai 1992, n° 89-45.300, Publié au Bulletin
- Serra Y.**, *D.* 2002. 2491, ss. Soc., 18 sept. 2002, n° 00-42.904, Publiés
- Signoretto F.**, *RDT* 2020. 133, ss. Soc., 11 déc. 2019, n° 19-17.298, Publié
- Signoretto F.**, *RDT* 2020. 415, ss. Soc., 22 janv. 2020, n° 19-12.011, Publié
- Signoretto F.**, *RDT* 2020. 555, ss. Soc., 22 janv. 2020, n° 19-12.011, Publié
- Signoretto F.**, *RDT*, 2021. 527, ss. Soc., 14 avr. 2021, n° 19-23.589, Publié
- Soubise V.**, *D.* 1995. 369, ss. Soc., 11 oct. 1994, n° 90-41.818, Publié
- Tournaux S.**, *Dr. soc.* 2016. 650, ss. Soc., 9 mars 2016, n° 14-11.837, Publié
- Vatinet R.**, *Rev. sociétés* 1990. 444, ss. Soc., 23 janv. 1990, n° 86-14.947, Publié
- Verkindt P.-Y.**, *TPS* 1997. 42, ss. Soc., 26 nov. 1996, n° 93-44.811, Publié
- Vigneau C.**, *RDT* 2016. 195, ss. Soc., 14 déc. 2015, n° 14-17.152, Inédit
- Waquet P.**, *Dr. soc.* 1995. 183, ss. Soc., 18 janv. 1995, n° 91-10.476, Publié
- Waquet P.**, *Dr. soc.* 1999. 566, ss. Soc., 9 mars 1999, n° 96-43.718, Publié
- Wolmark C.**, *RDT* 2019. 119, ss. Soc., 19 déc. 2018, n° 18-23.655, Publié
- Wolmark C.**, *RDT* 2022. 50, ss. Soc., 9 juin 2021, n° 19-23.153 et n° 19-23.745, Publiés

V. Rapports, avis et documents divers

Adam G. et Béharel F., *Sauver le dialogue social. Priorité à la négociation d'entreprise*, Rapport de l'Institut Montaigne, sept. 2015, 64 p.

Afef-Medef, Code de gouvernement des sociétés cotées, déc. 2022, 45 p.

Aghion P. et al., *Les leviers de la croissance française*, Rapport du Conseil d'analyse économique, La Documentation française, 2007, 229 p.

Antonmattei P.-H., *Analyse de 450 accords relatifs au comité social et économique signés entre le 22 septembre 2017 et le 30 mars 2018*, EDSM, 28 juin 2019, 152 p.

Artus P., Cahuc P. et Zylberberg A., *Réglementation du temps de travail, revenu et emploi*, Rapport du Conseil d'analyse économique, La Documentation française, 2007, n° 68, 138 p.

Aurelli P. et Gautier J., *Consolider le dialogue social*, CESE, avis du 29 novembre 2006, 76 p.

Auroux J., *Les droits des travailleurs*, Rapport au Président de la République et au Premier ministre, La Documentation française, sept. 1981, 82 p.

Barthélémy J., Cette G., *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, CAE, 16 fév. 2010, 199 p.

Barthélémy J. et Cette G., « Améliorer le fonctionnement du marché du travail par une refondation du droit social : quelles priorités ? », Commissariat général à la stratégie et à la prospective, 2013, 3 p.

Barthélémy J. et Cette G., *Réformer le Droit du travail*, Rapport de Terra Nova, Odile Jacob, sept. 2015, 176 p.

Béguin J.-M., Hecquet V., Lemasson J., *Un tissu productif plus concentré qu'il ne semblait Nouvelle définition et nouvelles catégories d'entreprises*, Insee Première, n° 1399, mars 2012, 4 p.

Benmalek N. et al., *La négociation collective en 2021*, Bilan et rapports, DARES , DGT et Min. du Travail, 2022, 508 p.

Bérille L. et Pilliard J.-F., *Le développement de la culture du dialogue social en France*, CESE, avis du 24 mai 2016, 114 p.

Blanchard O. et Tirole J., *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La documentation française, 2003, 75 p.

Blanchard O. et Tirole J., *Les grands défis économiques*, France Stratégie, 2021, 510 p.

Bourguignon, *Effet de la mise en place des CSE sur le dialogue social : étude longitudinale de 7 grandes entreprises*, IRG, déc. 2021, 98 p.

Cahuc P. et Kramarz F., *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle*, Rapport au ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et au ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale, La Documentation française, 2004, 202 p.

Chappe V.-A. et al., *Discrimination syndicale et reconnaissance des parcours syndicaux : les deux faces du dialogue social à la française ?*, rapport réalisé pour l'IRES-Agence d'objectifs de la CFDT, 2015, p. 6

Chérioux J., *Rapport sur le projet de loi relatif à la formation professionnelle*, Sénat, n° 179, 28 janv. 2004

Chertier D.-J., *Pour une modernisation du dialogue social*, Rapport au Premier ministre, Paris, 31 mars 2006, 107 p.

Combrexelle J.-D., *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, Paris, sept. 2015, 140 p.

Commission européenne, *Politique sociale européenne – Options pour l'Union*, Livre vert COM(93) 551, 17 novembre 1993

Commission européenne, *Politique sociale européenne – Une voie à suivre pour l'Union*, Livre blanc, COM(94) 333, 27 juillet 1994

Bibliographie

Commission européenne, *Communication concernant l'application du protocole social*, COM(93) 600, 14 décembre 1994

Commission européenne, *Gouvernance européenne. Un livre blanc.*, COM(2001) 428 final, Bruxelles, 25 juillet 2001

Commission européenne, *Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement*, COM(2002) 341 final, Bruxelles, 26 juin 2002

Daniel C., *La négociation collective d'entreprise entre 2014 et 2016 : quelles caractéristiques, quelles pratiques ?*, DARES analyses, n° 011, fév. 2019, 14 p.

Daniel C., *La négociation collective d'entreprise en 2017. Davantage de négociations, moins d'accords*, DARES résultats, n° 058, déc. 2019, 10 p.

Daniel C. et Pesenti M., *La négociation collective d'entreprise en 2018. Le taux d'aboutissement retrouve son niveau de 2016*, DARES Résultats, n° 08, mars 2021, 9 p.

De Castries H. et Molfessis N., *Sécurité juridique et initiative économique*, Mare et Martin, Paris, 2015, 341 p.

De Luca Tamajo R. et Perulli A., *Droit du travail (dans ses dimensions individuelles et collectives) et décentralisation de la production* », Rapport général, Bibliothèque du CERCRID 69, 130 p.

De Virville M., *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, Paris, 15 janv.2004, 177 p.

Deffes C. et al., *La négociation collective en 2020*, Bilan et rapports, DARES , DGT et Min. du Travail, 2021, 480 p.

Delahaie N. et Guillas-Cavan K., *La négociation collective transnationale d'entreprise sur les restructurations : Quelle(s) articulation(s) avec la régulation collective d'entreprise ?*, IRES, mai 2020, 108 p.

Delahaie N. et Fretel A., *Vers un basculement de la branche vers l'entreprise ? Diversité des pratiques de négociations collectives et pluralité des formes d'articulation entre entreprise et branche*, IRES, ORSEU et Université de Lille, mai 2021, 149 p.

Deroyon J., *Les PME organisées en groupe : un phénomène important dès les unités de petite taille*, Insee Références Entreprises, édition 2016, p. 49

Didry C. et Giordano D., *Entreprises en négociations. L'entreprise à la lumière des relations professionnelles*, Rapport d'études, DARES, n°11, sept. 2021, 323 p.

Duclos L., *Pour une prospective des règles de la négociation sociale, du diagnostic au projet du groupe « Thomas »*, Les Quatres pages, commissariat général du plan, n° 1, mars 2004, 4 p.

Farvaque N., *Appropriation et mise en œuvre des ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le Droit du travail. Etude de terrain qualitative*, ORSEU, Amnyos, 23 sept. 2019, 109 p.

Ferracci M., *L'état du dialogue social en France 2016 - 2017. Dialogue social et transformation numérique*, rapport du groupe Humanis, Malakoff, 17 mars 2017, 61 p.

Fiche d'impact de l'avant-projet de loi quinquennale de lutte pour l'emploi, Archives des ministères sociaux, cote DGT-2009-030-009-001

Gateau G. et Simonpoli J.-D., *Accompagner la dynamique du Dialogue social par la formation et la reconnaissance de ses acteurs et par la valorisation des meilleures pratiques*, Rapport à la Ministre du travail, fév. 2018, 72 p.

Geleyn D., Hallépée S. et Higounenc C., *Les instances de représentation des salariés des entreprises en 2018 : une implantation très progressive du comité social et économique*, DARES Résultats, n° 02, janv. 2021, 8 p.

Giraudet C et Nicod C., *Les comités sociaux et économiques dans les PME et ETI de la région Auvergne-Rhône-Alpes : une appropriation difficile*, CERCRID, déc. 2021, 147 p.

Giraudet C. et Nicod C., *Analyse des accords obtenus par référendum dans les TPE de la région Auvergne-Rhône-Alpes*, CERCRID, Rapport pour France stratégie et le comité d'évaluation des ordonnances travail, fév. 2022, 198 p.

Grandjean C., Rapport au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de ratifiant l'ordonnance n° 2021-484 du 21 avril 2021 relative aux modalités de représentation des travailleurs indépendants recourant pour leur activité aux plateformes et aux conditions d'exercice de cette représentation et portant habilitation du Gouvernement à compléter par

Bibliographie

ordonnance les règles organisant le dialogue social avec les plateformes, Ass. Nat., n° 4481, 21 sept. 2021, 59 p.

Hadas-Lebel R., *Pour un dialogue social efficace et légitime : Représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, Rapport au Premier ministre, mai 2006, 136 p.

Haag O., « Le profilage à l’Insee – Une identification plus pertinente des acteurs économiques », in *Courrier des statistiques*, Insee, 2019, p. 86

INTEFP, *Rapport d’activité 2019 – Synthèse*, INTEFP, 3 juil. 2020, 18 p.

Jean-Paul II, *Centesimus annus*, Encyclique, 1991, 50 p.

Lachmann H., Larose C. et Pénicaud M., *Bien-être et efficacité au travail*, Rapport au Premier ministre, fév. 2010, 19 p.

Lanouzière H., *Rapport d’activité 2021 – Synthèse*, INTEFP, mars 2022, 44 p.

Le Chapelier I., Rapport, 14 juin 1791

Lemoine J.-B., Gabouty J.-M. et Forissier M., *Rapport sur le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs*, Sénat, n° 661, 1^{er} juin 2016, 761 p.

Lemoine J.-B., Gabouty J.-M. et Forissier M., *Rapport sur le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs*, n° 790, 13 juil. 2016, 531 p.

Lerais F. et Guillas-Cavan K., *Quel dialogue social dans l’entreprise après les ordonnances de 2017 ?*, IRES, 9 déc. 2021, 151 p.

Lyon Caen G., *À la recherche de la Convention Collective Européenne*, Etude pour la Commission européenne, Doc. n° V/855/72-F, tamponnée « diffusion restreinte », archives de l’auteur, 1972

Millin K., *CDD, CDI : comment évoluent les embauches et les ruptures depuis 25 ans ?*, 21 juin 2018, DARES Analyses, n° 026, 11 p.

Millot M. et Roulleau J.-P., *Détecter évaluer et reconnaître les compétences mises en œuvre dans l'exercice du mandat. Une contribution paritaire à l'amélioration du Dialogue social*, IPSAS-ORES, janv. 2016, 34 p.

Milon A., *Rapport sur le projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Sénat, n° 663, 19 juil. 2017, 343 p.

Milon A., *Rapport sur le projet de loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Sénat, n° 194, 20 déc. 2017, 287 p.

Mistral J., C. de Boissieu et J.-H. Lorenzi, *Les normes comptables et le monde post-Enron*, Rapport du CAE, La Documentation française, 2003, 159 p.

Naboulet A., *Que recouvre la négociation collective en France ? Un panorama des acteurs, des textes et des thématiques entre 2005 et 2008*, Document d'études de la DARES, n° 163, août 2011, 71 p.

Naboulet A. et Prouet E., *Evaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail*, France Stratégie, déc. 2021, 266 p.

Notat N. et Senard J.-D., *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, Rapport aux ministres de la transition écologique et solidaire, de la justice, de l'économie et du travail, 9 mars 2018, 122 p.

OCDE, *Perspectives de l'emploi de l'OCDE*, Publications de l'OCDE, 1999, 276 p.

OCDE, *Perspectives de l'emploi de l'OCDE*, Publications de l'OCDE, 2013, 302 p.

Pak M. et Pignoni M.-T., *Les représentants du personnel. Quelles ressources pour quelles actions ?*, DARES Analyses, nov. 2014, n° 084, 11 p.

Pélisse J. et Wolmark C. (coord), *Le représentant de proximité : une figure au cœur des enjeux de la nouvelle représentation des salariés*, IRERP, 15 nov. 2021, 272 p.

Perrut B., *Rapport de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n°3456) sur la modernisation du dialogue social*, n°3465, Ass. nat., 29 nov. 2006, 135 p.

Bibliographie

Pesenti M., *Les accords d'entreprises liés à la crise sanitaire en 2020*, DARES, Focus, n° 48, sept. 2021, 2 p.

Pesenti M., *Les accords de performance collective : quels usages durant la crise sanitaire ?*, DARES analyses, n° 66, nov. 2021, 4 p.

Pietraszewski L., *Rapport sur le projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Ass. nat., n° 19, 6 juil. 2017, 312 p.

Pietraszewski L., *Rapport sur le projet de loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, Ass. nat., n° 369, 9 nov. 2017, 487 p.

Pignoni M.-T., *Les représentants du personnel dans l'entreprise : des salariés comme les autres ?*, DARES Analyses, janv. 2019, n° 002, 11 p.

Pignoni M.-T., *Les instances de représentation des salariés dans les entreprises en 2021. Moins d'instances élues mais plus d'implantations syndicales*, DARES résultats, juin 2023, n° 32, 4 p.

Poisson J.-F., *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, Rapport au Premier Ministre, La Documentation française, 28 avr. 2009, 523 p.

Procaccia C., *Rapport sur le projet de loi relatif à la modernisation du dialogue social*, Sénat, n° 152, 11 janv. 2007, 62 p.

Procaccia C., *Rapport sur le projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi*, Sénat, n° 501, 10 juin 2015, 631 p.

Rapport au Premier ministre sur le Projet de décret sur l'art. R. 432-19, Archives des ministères sociaux, cote DGT-2009-030-009-001

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, JORF, 23 sept. 2017, texte 28 sur 147, 4 p.

Rouanet H., courrier à R. Caillat, 7 fév. 1994, FB/LM B:/CAILLAT, Archives des Ministères sociaux, DGT/2009/030/009/001

Sauvé J.-M., *Le Droit souple*, Rapport du Conseil d'Etat, 2013, p. 297

Simonpoli J.-D., *La valorisation et la reconnaissance de la compétence des représentants du personnel et des mandataires syndicaux*, Rapport au ministre du travail., 2017, 29 p.

Sirugue C., *Rapport sur le projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi*, Ass. nat., n° 2792, 2015, 475 p.

Sirugue C., *Rapport sur le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs*, Ass. nat., n° 3675, 7 avr. 2016, 815 p.

Sklénard G., *Entre 2016 et 2018, les entreprises organisées en groupe, moteur de l'activité en France*, Insee Références, édition 2020, 18 p.

Sudreau P., *La réforme de l'entreprise*, La documentation française, 1975, 254 p.

Tall A., *Le dialogue social dans les très petites entreprises. Conditions et temps de travail toujours au premier plan des discussions*, DARES résultats, n° 30, septembre 2020, 7 p.

Teissier C., *La place des représentants élus du personnel, des pratiques référendaires et des formes de médiation dans la négociation collective d'entreprise*, ASTREES, 2014, 92 p.

Thuderoz C., *Le conseil d'entreprise. Dispositif et pratiques sociales*, Rapport d'étude pour le compte de France Stratégie et de la co-présidence du comité d'évaluation des ordonnances sur le travail de 2017, 17 oct. 2021, 120 p.

Tilliette B., *Vers un nouveau dialogue social territorial*, CJD, mai 2012, 24 p.

Verkindt P.-Y., *Le CHSCT au milieu du gué*, Rapport à Monsieur le ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, 28 fév. 2014, 173 p.

VI. Sitographie

Académie française, Dictionnaire de l'Académie française, 2019, <https://www.dictionnaire-academie.fr/>

Assemblée nationale, site de l'Assemblée nationale, 2019, <https://www.assemblee-nationale.fr/>

Encyclopædia universalis, *Encyclopædia universalis*, 2023, <https://www.universalis.fr/>

IRERP, Dictionnaire en Recherches de Droit Social (DRDS), 2022, <https://drds-irerp.fr/>

Gouvernement de la République française, Légifrance, 2023, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

INSEE, site de l'INSEE, 2021, <https://insee.fr/>

Ministère en charge de l'économie, site du Ministère de l'économie, <https://www.economie.gouv.fr/>

Ministère en charge du travail, site du Ministère du travail, du plein emploi et de l'insertion, <https://travail-emploi.gouv.fr/>

Organisation internationale du travail, site de l'Organisation internationale du travail, 1996, <https://www.ilo.org>

La République en Marche, site du mouvement « En marche ! », 2021, <https://en-marche.fr/>

Sénat, site du Sénat, 2023, <https://www.senat.fr/>

Thuderoz C., Négociation collective. Connaître et promouvoir, <https://thdz-negotiationcollective.org/>

Index

A

Accord

- d'entreprise : 50 et s., 67, 73, 77, 86, 95, 96, 104, 110, 111, 125, 138, 139, 165, 166, 191, 197, 348, 377, 395
- d'établissement : 50 et s., 197, 435 et s.
- de groupe : 48, 50 et s., 67, 139, 165, 187, 188, 440
- de méthode : 58, 60, 100, 117, 140, 321, 446, 522
- de performance collective (APC) : 74 et s., 96, 126 et s., 129 et s., 143, 335, 365, 371, 487
- inabouti : 109 et s.
- interentreprises : 44, 48 et s., 139, 439 et s.
- national et interprofessionnel : 5, 309, 451
- préambule : 61, 75, 77, 80, 129 et s.
- suivi : 62

Activités sociales et culturelles : 199, 207, 214 et s., 237 et s., 479

ARPE : 446, 456

Articulation

- des accords : 50, 64 et s., 71
- des consultations : 157, 165, 214, 218, 230 et s.

Associé : 412, 429, 462 et s., 481, 485, 512 et s.

B

Base de données économiques, sociales et environnementales (BDESE) : 70, 117, 225 et s., 316, 335

Branche : 44 et s., 51 et s., 67, 73, 86, 95, 101 et s., 165 et s., 313, 344, 346, 347, 353, 363, 377, 390, 433, 447 et s.

C

Collectivité de travail : 153, 430, 476, 478 et s.

Comité d'entreprise : 106, 107, 150, 151 et s., 157 et s., 176, 182, 186, 213, 230, 240, 246 et s., 303, 304, 515

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail : 150, 152, 160, 176,

Index

194, 196, 210 et s., 230, 231, 241, 244, 246 et s., 478

Commission santé, sécurité et conditions de travail : 161, 194 et s., 231, 242, 394

Communauté de travail 115, 180, 208, 423, 476

Comptabilité : 296 et s., 316 et s., 409

Conseil d'entreprise : 164 et s., 191

Consultation

- d'approbation : 108 et s., 228, 330

- de ratification : 108 et s.

Contractualisation : 287 et s.

Contrat

- à durée déterminée : 343 et s.

- de chantier ou d'exportation : 347

- de mission à l'exportation : 347

- de travail : 72

- de travail temporaire : 345 et s.

D

Décision unilatérale : 69, 117, 121, 141 et s., 153, 166 et s., 180 et s., 375, 377 et s., 381 et s.

Délégation, v. Déréglementation

Délégation (crédit d'heures de) : 117, 151, 146 et s., 395

Délégué du personnel : 150, 160 et s., 176, 198, 199 et s., 208 et s., 210, 243, 246 et s.

Délégué syndical : 46, 150, 165 et s., 183, 191, 479

Déréglementation : 288 et s.

Dérogação : 49, 51, 65 et s., 102, 105, 125, 136, 170, 322 et s., 327, 446

Discrimination : 77, 91

E

Egalité de traitement : 77

Election : 134 et s., 451

Expertise : 117 et s., 232 et s., 297 et s., 335, 395, 455

F

Faveur (règle de) : 71

Formation commune au dialogue social : 453, 501 et s.

G

Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences : 86, 217, 295, 363 et s.

H

Habilitation : 260

I

Incitation : 321 et s.

Intérêt

- collectif : 72, 114, 115, 228, 476 et s.
- commun : 491 et s.
- de l'entreprise : 134, 296, 422, 481 et s.
- social : 462 et s.

Institution : 5 et s., 420 et s.

J

Juge : 76 et s.

L

Légitimité : 132 et s.

Licenciements collectifs

- petits * : 351
- grands * :
 - o dans une entreprise de moins de cinquante salariés : 353
 - o dans une entreprise d'au moins cinquante salariés : 354

Loyauté : 59 et s., 79, 140, 183, 321, 336, 446

M

Mandatement : 101 et s., 122

Mobilité

- clause de * : 369, 488
- congé de * : 359 et s.
- géographique : 143, 369 et s.
- professionnelle : 143, v. également gestion prévisionnelle des emplois et des compétences

N

Négociation obligatoire : 57 et s., 86, 129 et s., 447

Normalisation : 288 et s., 296 et s.

O

Ordre public : 92 et s.

P

Plateforme : 5, 444 et s.

Procéduralisation : 284 et s.

Index

R

Réalisme : 292 et s.

Réclamation : 199 et s., 208 et s.

Référendum : v. consultation

Représentant de proximité : 198 et s.

Représentativité : 115, 121, 134, 172 et s.,
451

S

Santé, sécurité, conditions de travail : 161
et s. ; 188, 193 et s., 210 et s.

Suppléativité : 68 et s., 163

Table analytique

Introduction générale

1. Le dialogue social est omniprésent dans les discours.....p. 1
2. Mais le dialogue social est un concept pour le moins controversé.....p. 1
3. Si cette controverse existe, c'est pensons-nous que cette expression signifie une logique voire une philosophie ou un modèle particulier.....p. 2

I. L'institution...

4. Nous devons tout d'abord préciser le sens du terme institution employé dans le titre de notre sujet.....p. 4

A. Le sens du terme institution

5. Le terme institution peut désigner une organisation, un produit ou un processus. Nous retenons pour notre étude ces deux derniers sens.....p. 4

B. Une invitation à exposer la méthode.

6. Nous étudierons les différentes approches épistémologiques avant d'exprimer et de justifier nos choix.....p. 6

1. Diverses approches épistémologiques.

7. L'application d'une méthode est le propre de l'activité scientifique.....p. 7
8. L'épistémologie a pour objet l'étude de la production d'énoncés scientifiques.....p. 8
9. Divers courants existent quant à l'étude des énoncés *du, sur* et *dans* le Droit.....p. 10
10. Le jusnaturalisme.....p. 10
11. Le positivisme.....p. 10

Table analytique

12. Le courant normativiste.....	p. 12
13. Le courant réaliste.....	p. 12
14. Le courant analytique.....	p. 14
15. Le courant sociologique.....	p. 15
16. La théorie critique.....	p. 16
17. La théorie constructiviste.....	p. 18
18. La théorie cybernétique.....	p. 19
19. La recherche juridique peut également s'appuyer sur l'apport d'autres disciplines.....	p. 19

2. Nos choix en matière épistémologique.

20. Il nous paraît utile, si ce n'est nécessaire, de faire place à un pluralisme épistémologique.....	p. 22
---	-------

i. L'orientation générale de nos travaux

21. Nous admettons un pluralisme quant aux différents courants épistémologiques de la science juridique.....	p. 22
22. Ainsi qu'un pluralisme fondé sur la pluri-, voire l'inter-, disciplinarité.....	p. 23

ii. L'application à la présente étude

23. Notre thèse vise à l'ordonnement des règles relatives au dialogue social.....	p. 25
24. Elle recherche la systématisation de ceux-ci dans l'intention du Législateur. Ce que l'on nomme l'intention ou la volonté du Législateur correspond en fait à celle des Gouvernements et de leurs majorités.....	p. 27
25. Nous recourrons à une méthode dialogique pour analyser de manière systématique des énoncés issus des motivations des réformes du dialogue social et des débats qui les précèdent.....	p. 28

II. ... du dialogue social...

26. L'institution *du* dialogue social signifie l'objet institué, ou l'objet du processus d'institution, que nous étudierons.....p. 30

A. Historicité du syntagme sur le plan institutionnel

27. Il est possible d'identifier une période d'émergence du concept, située dans les années 1960.....p. 30

1. *L'institution du dialogue social au niveau de l'Union*

28. Le dialogue social est d'abord institué avec un sens singulier observable au niveau de l'Union dans les années 1980. Cette institution se fait par périodes successives.....p. 31

29. De 1985 à 1993, le dialogue social européen institué.....p. 32

30. De 1993 à 2002, à la suite du traité de Maastricht, les acteurs du dialogue social sont en quête d'autonomie.....p. 36

31. Autonomie acquise depuis 2002 avec la déclaration de Laecken.....p. 38

2. *Le dialogue social institué au niveau de l'Union*

32. L'institution du dialogue social permet d'établir une typologie des instruments, des objectifs et des procédures relatifs à celui-ci.....p. 41

33. Elle permet aussi une première analyse « lexico-sémantique » du discours des institutions de l'Union, en particulier de la Commission, à son sujet.....p. 43

B. Première définition du dialogue social

34. Le dialogue social est un syntagme en ce sens qu'il est un signe composé d'autres signes pour former une signification propre.....p. 45

35. Le mot dialogue est lui-même un syntagme relatif à l'échange d'énoncés entre interlocuteurs.....p. 45

36. L'adjectif social n'a quant à lui d'intérêt ici que pour signifier le domaine dans lequel doit avoir lieu le dialogue.....p. 50

37. Ensemble, ils forment le syntagme dialogue social pour lequel nous ne disposons pas encore de définition autre que par l'englobement de catégories existantes, parfois distincte de la négociation collective.....p. 51

III. ... dans les entreprises du secteur privé

38. Ce dernier élément circonscrit le champ de notre recherche aux structures dans lesquelles le Droit privé est applicable.....p. 54

39. Plan de la thèse.....p. 55

Partie 1 : L'institution du dialogue social comme modèle de relations collectives

40. L'institution du dialogue social s'est faite par plusieurs lois successives qui ont modifié le régime juridique de la production des normes négociées d'une part et de la production des normes délibérées d'autres part.....p. 57

Titre 1 : L'institution d'un modèle de norme négociée

41. Les réformes du dialogue social se caractérisent tout d'abord par une évolution du régime de la norme négociée.....p. 59

Chapitre 1 : L'organisation renouvelée de la négociation collective

42. Les réformes du dialogue social ont réordonné les règles applicables au contrat de travail, en particulier celles qui sont négociées ou supposées l'être.....p. 61

Section 1 : Le développement de la négociation entre décentralisation externe et centralisation interne

43. Mais cette décentralisation correspond à un « déplacement » de la production normative de l'Etat vers des acteurs privés.....p. 62

Paragraphe 1 : Décentralisation externe de la production de normes négociées

44. Nous définissons la décentralisation externe comme le déplacement de la production normative négociée hors des organes de l'Etat.....p. 63
45. Antérieurement aux réformes du dialogue social, l'Etat privilégiait le niveau professionnel pour adopter des règles négociées afin notamment d'égaliser la concurrence.....p. 63
46. La négociation d'entreprise suscite la méfiance des organisations syndicales.....p. 64
47. Elle a aussi suscité celle des organisations patronales et des chefs d'entreprise.....p. 67
48. Mais l'entreprise a été privilégiée comme niveau de négociation en raison de la proximité qu'elle représente.....p. 69
49. Le choix de privilégier l'entreprise est un choix récent.....p. 71

Paragraphe 2 : Centralisation interne de la production des normes négociées

50. Si le discours *sur* le Droit qui motive les réformes du dialogue social valorise l'entreprise, le discours *du* Droit place l'accord de niveau supérieur au sommet de l'ordre conventionnel.....p.72
51. La confusion est entretenue par l'assimilation du régime des accords, quel que soit le niveau de conclusion au sein d'une organisation économique.....73
52. La primauté des accords de groupe et interentreprises dans l'ordre conventionnel est lui aussi un phénomène récent.....p.74
53. Chaque niveau de négociation avait auparavant une logique propre qui permettait d'assurer la complémentarité de chacun d'entre eux.....p.76
54. La reconnaissance de ce niveau de négociation a permis une centralisation de la négociation.....p.77

Section 2 : Le développement de la négociation par son repositionnement dans l'ordonnancement des normes

55. Le développement de la négociation collective s'accompagne d'un repositionnement de la règle négociée dans l'ordonnancement des normes.....p. 79

Paragraphe 1 : Différents rapports à la norme supérieure

56. Les rapports à la règle supérieure sont modifiés de plusieurs manières par les réformes du dialogue social.....p. 79

A. L'organisation légale de la négociation

57. La loi définit des obligations de négocier.....p. 80

58. La loi définit une procédure idéale de négociation.....p. 81

59. Les négociateurs sont tout d'abord tenus à une obligation de loyauté.....p. 81

60. Les négociateurs sont invités à négocier un accord de méthode.....p. 82

61. L'accord doit aussi contenir un préambule « présentant de manière succincte ses objectifs et son contenu ».....p. 83

62. La loi oblige aussi l'accord à définir ses conditions de suivi.....p. 84

63. La loi signifie un cadre qui permet à toutes les entreprises de bénéficier des capacités d'adaptation ouvertes par le champ de la négociation collective.....p. 85

B. L'articulation légale des normes négociées

64. Ces réformes ont progressivement substitué aux règles de hiérarchisation des normes, des règles d'articulation.....p. 86

1. L'accord dérogatoire

65. Les réformes du dialogue social ont progressivement élargi les capacités de dérogation à la norme supérieure.....p. 87

66. Il y eut une première phase d'institution circonscrite de cette technique.....p. 87

67. Puis il y eut une seconde phase d'élargissement à partir de 2004.....p. 89

2. La règle étatique supplétive

68. Les réformes du dialogue social ont aussi organisé la négociation autour de dispositions supplétives.....p. 93

69. Cette technique ressemble à la dérogation mais se singularise par différents aspects...p. 94

70. Elles sont cependant toutes deux des outils d'adaptation du Droit du travail.....p. 96

3. La règle de faveur demeure

71. Là où les rapports entre normes ne sont pas réglés par une disposition spéciale d'articulation, la règle du plus trouve toujours à s'appliquer.....p. 97

Paragraphe 2 : Un nouveau rapport au contrat de travail

72. Ces réformes donnent une primauté à l'accord sur le contrat de travail dans certaines conditions.....p. 98

73. Deux formes d'emprises de l'accord collectif sur le contrat sont possibles. La première est la dépendance.....p. 100

74. La seconde est la soumission du contrat à l'accord.....p. 101

75. Cela s'illustre dans l'accord de performance collective.....p. 102

Paragraphe 3 : Un nouveau rapport au juge

76. La place du juge est aussi réévaluée.....p. 104

77. La capacité d'interprétation du juge est limitée.....p. 106

78. Son contrôle est tout de même appelé à demeurer sur différents éléments.....p. 108

79. Le contrôle portera notamment sur la validité des accords.....p. 110

80. L'élargissement du champ de la négociation collective porte le risque de l'imprécision des règles.....p. 111

81. Le rapport au juge est ambivalent dans ces réformes.....p. 112

Conclusion de chapitre

82. L'institution du dialogue social se caractérise en premier lieu par une décentralisation de la production des normes au moyen de la négociation collective mais par une centralisation interne aux organisations économiques.....p. 114

Chapitre 2 : L'activité de négociation diversifiée

83. Les réformes du dialogue social ont fait évoluer les objets de négociation, les acteurs habilités à négocier et les modes de conclusion des accords collectifs ou des textes ayant la valeur d'un accord collectif.....p. 115

Section 1 : La diversification des thèmes et agents de négociation

84. L'espace de la négociation a considérablement été élargi par les réformes du dialogue social.....p. 116

Paragraphe 1 : La diversification des thèmes de négociation

85. Le développement de la négociation collective se fait par la diversification des thèmes de négociation qui étend le champ de ce qui est négociable.....p. 116

A. L'élargissement des thèmes de la négociation collective

86. Les réformes du dialogue social ont élargi les domaines de négociation.....p. 116

87. La diversification peut aussi s'opérer de manière ponctuelle et temporaire pour répondre aux difficultés liées à une situation de crise comme la crise sanitaire.....p. 119

88. La diversification permet d'accroître les marges de manœuvre dans la gestion de l'entreprise.....p. 119

B. Les bornes à la créativité conventionnelle

89. Le champ de la négociation, quoiqu'étendu au bénéfice de l'institution du dialogue social, reste borné par différentes règles.....p. 120

1. Les bornes supra-légales

- 90.** La première borne est contenue dans les normes *supra*-légales.....p. 121
- 91.** L'accord collectif ne peut pas plus déroger aux libertés et aux droits fondamentaux quand bien même la loi l'autoriserait.....p. 122

2. Les bornes légales

- 92.** La deuxième borne est l'ordre public légal lui-même.....p. 123
- 93.** L'ordre public social définit des droits planchers.....p. 123
- 94.** L'ordre public absolu définit les règles insusceptibles de dérogations conventionnelles, même *in melius*.....p. 124

3. Les bornes infra-légales

- 95.** La troisième borne est d'ordre professionnel en ce qui concerne la négociation d'entreprise, de groupe et inter-entreprises.....p. 126
- 96.** La quatrième borne est le contrat de travail.....p. 127
- 97.** Une cinquième borne est le pouvoir unilatéral de l'employeur.....p. 127

Paragraphe 2 : La diversification des modalités de conclusion des accords

- 98.** Diversifier les thèmes de la négociation, c'est risquer de créer des déséquilibres dans la production normative. Le premier déséquilibre est entre les entreprises en capacité de recourir à la négociation et celles ne le sont pas.....p. 129
- 99.** Le second déséquilibre est entre les négociateurs eux-mêmes.....p. 130
- 100.** Plusieurs propositions ont ainsi pu émerger pour mieux encadrer ces pratiques et rendre le droit à la négociation universel.....p. 130

A. Les agents palliatifs de négociation

- 101.** Le développement du droit conventionnel s'appuie sur le déploiement d'un ensemble de nouveaux acteurs.....p. 131

102. La loi du 4 mai 2004 institue le recours à des agents palliatifs de façon pérenne dans la loi.....p. 132

103. La loi de 2015 tente de donner un second souffle à cette modalité peu usitée.....p. 133

104. Les ordonnances du 22 septembre 2017 et la loi de ratification de 2018 n'ont pas apporté de modifications importantes à ce régime si ce n'est une formulation peu explicite dans la désignation des agents palliatifs dans les entreprises de onze à cinquante salariés.....p. 135

B. L'adoption de l'acte sans les négociateurs : la consultation du personnel

105. Les réformes du dialogue social ont aussi permis de pallier l'absence de négociateurs, ou de signataires suffisamment représentatifs en organisant une expression directe du personnel.....p. 137

106. Nous revenons tout d'abord sur l'historicité de la technique référendaire.....p. 137

107. La consultation du personnel peut avoir plusieurs finalités.....p. 139

1. Une diversification de la technique consultative

108. Nous proposons de distinguer deux catégories de consultation qui ont été instituées selon qu'elles permettent l'approbation d'un acte inabouti ou la ratification d'un projet de l'employeur.....p. 139

a. La consultation d'approbation des accords inaboutis

109. Parmi les consultations d'approbation, nous devons encore distinguer deux sous-catégories, celle permettant de valider un accord imparfait et celle permettant de valider un accord négocié avec des agents palliatifs.....p. 140

110. Ce qu'il y a de commun à ces procédures est qu'elles reposent sur la validation d'un acte inabouti.....p. 141

b. La consultation de ratification des actes projetés par l'employeur

111. Il faut ensuite distinguer les consultations de ratification qui, quant à elles, portent sur des projets d'accord de l'employeur et ne font pas obligatoirement l'objet d'une négociation.....p. 142

2. Un changement dans la logique de la norme négociée par le recours à la consultation

112. Le recours à la négociation collective signifie une logique différente dans l'adoption d'actes assimilés à des accords.....p. 143

a. Du point de vue de la procédure :

une asymétrie dans la représentation des intérêts

113. La négociation dans une entreprise pourvue de délégués syndicaux, s'appuie sur la représentation des intérêts matériels et moraux des salariés tant individuels que collectifs.....p. 144

114. La consultation elle s'appuie sur une somme d'expressions individuelles plutôt qu'une expression collective.....p. 144

115. Le rapport à la représentation collective doit cependant être distingué selon que l'on se trouve face à une consultation d'approbation ou une consultation de ratification.....p. 145

116. L'expression individuelle peut aussi atteindre la solidarité du collectif.....p. 146

117. Les salariés n'ont pas le même accès à l'information pour former leur opinion.....p. 148

118. Ils ne bénéficient pas non plus des mêmes droits en matière de formation.....p. 151

119. La consultation du personnel ne s'inscrit ensuite pas dans la même temporalité que la négociation collective avec des organisations syndicales représentatives ou des élus, mandatés ou non, ou des salariés mandatés et que la consultation des élus.....p. 152

120. La temporalité quant à la validation de l'acte diffère elle aussi.....p. 153

b. Du point de vue de l'acte :

un problème de qualification du texte soumis à consultation

121. L'acte ratifié ou approuvé n'est donc pas le produit d'une négociation aboutie.....p. 155

122. Le recours à la consultation du personnel pose un problème de conventionalité et de constitutionnalité.....p. 156

123. L'usage de la consultation correspond à une représentation réductrice de la démocratie transposée à l'entreprise.....p. 158

Section 2 : La diversification des fonctions de la négociation collective

124. L'institution du dialogue social signifie une diversification des fonctions de la règle négociée.....p. 160

Paragraphe 1 : La fonction d'adaptation

125. L'idée d'adaptation du droit est au cœur de ce mouvement de réforme.....p. 160

126. Une telle négociation menée au niveau de l'entreprise permet à l'employeur de conserver la maîtrise du processus.....p. 162

127. L'usage de la négociation comme outil de gestion se retrouve également dans les thèmes de négociation abordés.....p. 164

128. La négociation collective de gestion est aussi un outil de gestion de crise.....p. 165

Paragraphe 2 : La fonction de prévention des conflits

129. Le régime de la négociation collective modifié par les réformes du dialogue social tend à en faire un outil de résolution des conflits au sein d'une organisation économique.....p. 166

130. Ces accords correspondent aussi à ce qui est désigné comme une fonction intégrative de la négociation.....p. 167

131. A cette fonction intégrative ou de règlement de conflits, nous pouvons ajouter la dimension de prévention des conflits.....p. 168

Paragraphe 3 : La fonction de légitimation

132. Les nouvelles règles d'adoption permettent de légitimer l'acte adopté, fonction rendue nécessaire en raison des fonctions précédemment développées.....p. 170

A. Légitimation de la norme supposée négociée

133. La procédure d'adoption et l'acte lui-même visent à légitimer la règle.....p. 170

1. Légitimité des producteurs de l'acte

- 134.** La procédure de négociation a pour fonction de légitimer l'accord, en exprimant l'adhésion des collectivités de travailleurs qu'il couvre.....p. 171
- 135.** Pour garantir la légitimité des représentants, il a été institué une règle majoritaire...p. 171
- 136.** L'introduction de la règle majoritaire se fait concomitamment à l'institution de l'accord dérogatoire d'entreprise sans conditions d'extension.....p. 173
- 137.** Le critère d'audience a acquis une place centrale dans le système de représentation des salariés.....p. 175

2. Légitimité de l'acte lui-même

- 138.** La norme négociée est légitime car sa finalité est de résoudre les problèmes de ses destinataires.....p. 177
- 139.** La norme négociée est légitime car elle est adoptée au niveau et dans le périmètre des problèmes qu'elle doit régler.....p. 178
- 140.** La procédure de négociation enfin conforte la légitimité de l'accord.....p. 179

B. Légitimation d'un acte unilatéral

- 141.** Le champ de la négociation se superpose à celui de l'exercice unilatéral du pouvoir et ont crû concomitamment.....p. 180
- 142.** Ils se superposent lorsque l'employeur est tenu d'engager une négociation loyale dont l'échec lui ouvrirait le pouvoir de décider seul.....p. 181
- 143.** Ils se superposent lorsque la conclusion de l'accord collectif est la condition lui permettant de prendre des décisions unilatérales.....p. 182

Conclusion de chapitre

- 144.** La diversification des thèmes et des modes d'adoption permet à l'organisation économique de s'adapter en anticipant les difficultés et en légitimant l'acte support de ces changements.....p. 144

Conclusion de titre

145. Le régime de la négociation collective signifié par l'emploi du syntagme dialogue social est plus tourné vers la conclusion que la négociation de l'accord collectif en ce qu'il vise avant tout une faculté d'adaptation du cadre normatif pour les organisations économiques.....p. 184

146 Le modèle de négociation collective signifié par l'emploi du syntagme dialogue social implique donc un droit universel à la négociation collective au profit des directions.....p. 185

Titre 2 : L'institution d'un modèle de norme délibérée

147. Les réformes instituant le dialogue social se caractérisent ensuite par une évolution du régime de la production de normes délibérées.....p. 187

Chapitre 1 : L'organisation renouvelée de la représentation élue du personnel

148. Les réformes qui instituent le dialogue social procèdent en premier lieu à une réorganisation de la représentation du personnel.....p. 189

Section 1 : La fusion des institutions

149. Les réformes du dialogue social lorsqu'elles modifient le régime juridique de la représentation du personnel se caractérisent en premier lieu par un mouvement de fusion des institutions représentations du personnel.....p. 190

Paragraphe 1 : Du regroupement à la fusion

150. Nous rappellerons d'abord le contexte précédant la fusion des institutions représentatives du personnel pour mieux comprendre les enjeux et l'évolution qui en découle.....p. 190

A. Les trois actes de la fusion

151. Le premier acte de la fusion est l'institution de la délégation unique du personnel en 1993.....p. 192

152. Le deuxième acte de la fusion est l'élargissement de la délégation unique du personnel en 2015.....p. 194

153. Le troisième et dernier acte de la fusion est l'institution du comité social et économique en 2017.....p. 196

B. De changements quantitatifs à un changement qualitatif

154. Nous avons qualifié l'adoption de l'ordonnance 2017-1386 de changement qualitatif par opposition aux lois relatives à la délégation unique du personnel.....p. 198

155. C'est ce passage d'une approche fonctionnelle à une approche globale qui caractérise selon nous le mouvement de fusion des institutions représentatives du personnel.....p. 199

Paragraphe 2 : Une fusion au service d'une institution transversale

156. Ce mouvement de réforme permet de mettre en place une institution transversale pour favoriser une approche globale des problématiques de l'entreprise.....p. 201

A. Le regroupement : une transversalité inachevée

157. Les réformes de 1993 et 2015 ne visent qu'à regrouper les institutions représentatives du personnel au sein de délégations uniques.....p. 201

158. Le regroupement des institutions poursuit enfin l'objectif de réduire le formalisme des attributions consultatives qui seraient source de conflits sur la forme et nuirait à l'étude des projets au fond.....p. 203

B. La fusion : une transversalité achevée

159. Le processus d'institution d'une approche transversale est achevé par la fusion de toutes les institutions représentatives du personnel.....p. 204

1. La première étape de la fusion : le comité social et économique

160. L'institution du comité social et économique est une refonte des institutions représentatives du personnel.....p. 205

Table analytique

161. Cependant, le décloisonnement souhaité en fusionnant les institutions représentatives du personnel n'a pas toujours eu lieu.....p. 206

162. Cette refonte se fait par la réduction du nombre d'institutions et d'élus.....p. 207

163. Cependant certaines institutions n'ont pas fait l'objet de fusion.....p. 209

2. La seconde étape de la fusion : le conseil d'entreprise

164. La fusion et l'approche globale peut en effet aller plus loin encore en cas d'accord collectif qui fusionne le comité social et économique et les délégués syndicaux au sein du conseil d'entreprise.....p. 209

a. Création et suppression du conseil d'entreprise

165. Pour sa mise en place, le code du travail se réfère à l'entreprise.....p. 210

166. Ce dispositif concerne plusieurs types d'entreprise.....p. 211

167. Rien n'est dit quant à sa suppression.....p. 212

b. Les attributions distinctives du conseil d'entreprise

168. La mise en place d'un conseil d'entreprise transfère à cette institution la principale prérogative des organisations syndicales représentatives : négocier.....p. 213

169. Le conseil d'entreprise se distingue par l'attribution de consultations soumises à un avis conforme.....p. 215

c. Entre association et confusion des rôles

170. L'idée de conseil d'entreprise est une ancienne revendication patronale.....p. 216

171. Il est souvent fait un parallèle avec un système de codétermination que nous excluons ici.....p. 217

172. Cela se fait également au bénéfice d'un « brouillage » entre les différents canaux de représentation.....p. 218

Section 2 : La centralisation des institutions

173. La « *centralisation* de la représentation du personnel » est un phénomène largement attendu et observé dans le cadre de la fusion des institutions représentatives du personnel.....p. 221

Paragraphe 1 : Une centralisation interne aux organisations économiques

174. La fusion des institutions représentatives du personnel s'est accompagnée de leur centralisation au sein des organisations économiques.....p. 222

A. *La centralisation par les périmètres*

175. La redéfinition du périmètre de l'établissement distinct favorise la centralisation....p. 223

1. *La fin de la définition fonctionnelle et relative*

176. Antérieurement à l'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017, la jurisprudence avait distingué trois définitions de l'établissement distinct dans le silence de la loi.....p. 223

177. Ces définitions correspondaient à une approche fonctionnelle et relative.....p. 224

2. *L'institution d'un critère organisationnel à défaut d'accord*

178. Malgré la négociabilité des périmètres, la redéfinition des établissements distincts par le Législateur favorise la centralisation du comité.....p. 225

a. *L'absence de critère en cas d'accord*

179. Les négociateurs sont peu encadrés dans la définition des établissements distincts..p. 225

b. *Le critère organisationnel de l'autonomie de gestion*

180. Ce critère s'applique à l'employeur pour les définir unilatéralement.....p. 226

181. Le critère d'autonomie de gestion a pour effet de définir l'établissement distinct en fonction de l'organisation de l'entreprise et non de la structuration des collectifs de travail.....p. 228

182. Cette utilité est évaluée au regard de thèmes de consultation.....p. 230

183. Ce critère s'applique aussi à l'administration en cas de désaccord.....p. 231

3. La centralisation dans les petites structures complexes

184. Dans les petites structures complexes, qui ne sont pas des unités économiques et sociales, le comité économique et social est nécessairement centralisé.....p. 232

185. Les textes révèlent à ce sujet une contradiction avec le discours.....p. 233

B. La centralisation par les attributions

186. La centralisation se fait aussi en matière d'attributions.....p. 235

187. Au sein des groupes cette centralisation est pourtant limitée puisque la consultation incombe aux filiales.....p. 236

188. La centralisation concerne également les attributions en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail.p. 237

189. La définition des attributions du comité central et des comités d'établissement, ainsi que l'ordre des consultations, laissent également voir ce mouvement de centralisation interne à l'organisation économique.....p. 238

190. La même évolution s'observe, de façon presque symétrique, dans les attributions des comités d'établissements.....p. 239

191. La centralisation peut enfin résulter de la mise en place du conseil d'entreprise.....p. 240

Paragraphe 2 : Une centralisation compensée par une représentation déconcentrée

192. La centralisation des institutions représentatives du personnel est le produit de la concentration des attributions dans un périmètre centralisé.....p. 242

A. La déconcentration par la mise en place de commissions

193. La création de commissions par le comité permet dans certaines hypothèses de déconcentrer les périmètres de représentation et l'exercice des attributions.....p. 243

1. La déconcentration par les attributions

194. La centralisation peut donc être compensée par l'organisation conventionnelle des commissions.....p. 243

195. La commission doit cependant s'entendre comme une représentation déconcentrée.....p. 244

2. La déconcentration par les périmètres

196. Ces attributions nécessitent une proximité vis-à-vis des salariés et peuvent justifier que la commission soit créée dans un périmètre semblable à ce qu'était celui du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.....p. 245

197. La possibilité de compenser la centralisation résultant de la mise en place du comité économique et social par la mise en place de commissions doit cependant être tempérée.....p. 245

B. La déconcentration par la mise en place de représentants de proximité

198. La centralisation a aussi, et surtout, été envisagée comme pouvant être compensée par la mise en place de représentants de proximité.....p. 247

1. La déconcentration par les attributions

199. Le premier levier de déconcentration pour compenser la centralisation incidente à la mise en place du comité social et économique est la déconcentration de l'exercice des attributions par leur délégation aux représentants de proximité.....p. 247

200. Ceux-ci interrogent cependant leur qualité de représentant du personnel.....p. 249

2. La déconcentration par les périmètres

201. Le second levier pour compenser la centralisation des institutions représentatives du personnel réside dans la définition du périmètre de désignation des représentants de proximité.....p. 250

202. Une majorité des accords conclus choisissent des périmètres différents pour le comité et les représentants de proximité.....p. 251

203. Ces périmètres demeurent larges malgré cela.....p. 252

Conclusion de chapitre

204. L'institution du dialogue social s'est faite par la fusion des institutions représentatives du personnel, afin de remplacer la logique fonctionnelle par une logique organisationnelle, conduisant à la centralisation de l'institution.....p. 255

Chapitre 2 : L'activité de représentation concentrée

205. Les réformes qui instituent le dialogue social procèdent en second lieu à une réallocation des attributions et des moyens de la représentation du personnel.....p. 257

Section 1 : La concentration des attributions et des moyens du comité

206. La concentration des attributions du comité économique et social est l'outil et le produit du décloisonnement, donc de l'approche transversale.....p. 258

Paragraphe 1 : La concentration des attributions dans une instance unique

207. En fusionnant les anciennes institutions représentatives du personnel, les attributions et les moyens de ces dernières ont été concentrées dans la nouvelle institution.....p. 258

A. Les réclamations

208. Les réclamations étaient l'attribution principale des délégués du personnel.....p. 259

209. Si les réclamations ont été absorbées par le comité restreint, il n'est pas clairement énoncé que le comité plénier en dispose.....p. 260

B. Les attributions en matière d'hygiène, de santé, de sécurité et de conditions de travail

210. Les missions d'hygiène, santé, sécurité et conditions de travail sont aussi impactées par la concentration des attributions.....p. 261

211. Ces missions sont désormais exercées par le comité social et économique ou une commission à laquelle est déléguée tout ou partie des attributions.....p. 262

212. Certaines attributions ne sont plus mentionnées.....p. 263

213. Cette concentration impacte également les moyens alloués à l'exercice de cette attribution.....p. 265

C. Les activités sociales et culturelles

214. Le comité plénier « assure, contrôle ou participe à la gestion de toutes les activités sociales et culturelles établies dans l'entreprise prioritairement au bénéfice des salariés, de leur famille et des stagiaires ».....p. 266

215. La fonction de cette attribution repose sur diverses conceptions de son contenu et de son intérêt.....p. 267

D. Les consultations en matière économique et sociale

216. A partir de l'obligation de consulter sur des thématiques économiques et sociales, ses objets se sont régulièrement diversifiés.....p. 269

217. C'est sur la base de ce régime que se sont développées les attributions consultatives en matières économique et sociale.....p. 270

218. Les réformes du dialogue social ont procédé au regroupement des objets de consultation après avoir elles-mêmes contribué à leur diversification.....p. 272

219. Au-delà du regroupement des objets de consultation, il y a un objectif d'adaptation de la procédure de consultation aux entreprises.....p. 273

Paragraphe 2 : Les contraintes issues de la concentration des moyens

220. Avec les attributions, l'institution du dialogue social se fait aussi par la concentration des moyens. Ce qui pose un certain nombre de contraintes nouvelles.....p. 274

A. Les contraintes en termes d'information

221. La première contrainte est dans l'information.....p. 274

1. L'accès à l'information

222. L'accès à l'information évolue avec les réformes du dialogue social.....p. 275

223. Il existe différentes contraintes dans l'accès à l'information.....p. 275

224. Les obstacles dans l'accès à l'information peuvent aussi provenir de difficultés d'accès au terrain.....p. 276

2. La base de données économiques, sociales et environnementales (BDESE)

225. Le principal support d'information est la base de données économique, sociale et environnementale.....p. 277

226. Cette base doit servir aux élus pour exercer utilement leur compétence, à condition qu'elle soit disponible, à jour et intelligible.....p. 278

B. Les contraintes dans la gestion du temps

227. L'institution du dialogue social, en rationalisant la représentation du personnel, crée diverses contraintes de temps.....p. 280

1. Le temps d'analyse

228. La concentration des attributions au sein d'une même instance a d'abord un impact sur le temps d'analyse.....p. 281

229. Ce temps est aussi impacté par le temps passé en réunion.....p. 282

2. Les délais pour rendre un avis

230. Les réformes ont permis de réduire les délais de consultation.....p. 283

231. Ils peuvent encore être réduits par accord.....p. 284

3. Délais d'expertise

232. Dans un premier temps, il y eu une diversification des cas de recours à l'expertise..p. 285

233. Les réformes permettent de réduire les délais d'expertise.....p. 286

234. L'expertise est encore contrainte par son attachement à la consultation.....p. 287

235. Si la fonction de l'expert peut susciter la crainte des directions, elle a également un caractère ambivalent.....p. 288

C. Les contraintes en termes de capacité à agir

236. Deux éléments nécessaire à l'action ont été contraints par l'institution du dialogue social.....p. 290

1. La contrainte des capacités budgétaires

237. Le comité social et économique plénier dispose de deux budgets.....p. 290

238. Les capacités budgétaires sont contraintes par le partage du financement des expertises qui impose une participation du comité.....p. 291

239. Cette mesure est principalement justifiée par une rationalité économique.....p. 292

240. C'est aussi le budget des activités sociales et culturelles qui est impacté par l'ordonnance.....p. 294

2. L'attribution de la capacité juridique

241. La capacité d'agir est encore contrainte par la capacité à agir attachée à la reconnaissance de la personnalité civile.....p. 295

242. L'activité des représentants du personnel est contrainte par la perte d'une institution spécialisée dotée de la personnalité civile.....p. 296

243. Les comités restreints peuvent être contraint dans leur capacité à agir par l'absence de reconnaissance expresse de la personnalité civile.....p. 297

244. Ce sujet fait l'objet d'un débat doctrinal.....p. 298

Section 2 : La concentration des moyens des élus

à l'appui d'une autre conception de l'activité représentative

245. Le régime de l'activité représentative n'est pas seulement modifié par la concentration des attributions et des moyens du comité, il l'est aussi par une concentration des moyens des élus eux-mêmes.....p. 300

Paragraphe 1 : La concentration des moyens des élus pour l'activité représentative

- 246.** Le regroupement puis la fusion des institutions représentatives du personnel a entraîné la concentration des moyens et donc la réduction du nombre d'heures dégagées de la production pour les activités représentatives.....p. 300
- 247.** Cette concentration est le produit de la réduction du nombre d'institutions et celle de la réduction du nombre d'élus.....p. 302
- 248.** L'exercice du mandat se resserre alors sur quelques élus.....p. 303
- 249.** Les élus disposent d'un droit à la formation spécifique.....p. 304

Paragraphe 2 : Les conceptions induites de l'activité représentative

- 250.** Le risque que la nouvelle institution éloigne les représentants des salariés avait été anticipé par la doctrine et a été vérifié par les évaluations.....p. 306
- 251.** Ces réformes instituent la représentation d'un *élu-expert*.....p. 306
- 252.** Ce cadre permet d'instituer la représentation d'un *élu-conseiller*.....p. 308
- 253.** Cela pourrait signifier pour une partie de la doctrine une vision instrumentale, c'est-à-dire servant à légitimer le pouvoir au sein de l'entreprise sur un fondement économiciste. Serait considéré comme légitime, ce qui est « jugé plus efficace économiquement ».....p. 310

Conclusion de chapitre

- 254.** L'institution du dialogue social procède à la mise en place d'une institution qui concentre l'ensemble des activités de représentation. Cela participe de l'instauration d'une approche transversale des problématiques de l'entreprise qui bénéficie à son adaptation à l'environnement économique et financier.....p. 312

Conclusion de titre

- 255.** Le régime de la représentation du personnel signifié par l'emploi du syntagme dialogue social met en place une institution unique supposée avoir une approche globale de l'entreprise.....p. 313

256. L'institution du dialogue social signifie également une rationalisation de la représentation du personnel afin de favoriser la célérité de la délibération sur les décisions de la direction.....p. 314

Conclusion de partie

257. L'institution du dialogue social, par la modification des régimes de la production des normes négociées et délibérées, permet d'adopter des normes adaptées aux besoins des entreprises au niveau de la direction de celle-ci.....p. 316

Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation

258. A partir de ce que nous avons développé en première partie, nous pouvons poser l'hypothèse que l'institution du dialogue social signifie la décentralisation de la production normative en droit du travail. Pour étudier cette hypothèse, nous définirons la décentralisation comme passage de la production normative d'un ordre central, ou centralisé ou centralisateur, vers des ordres ou des organisations soumises à cet ordre.....p. 317

259. La décentralisation repose selon nous sur la reconnaissance de plusieurs organisations ou ordres juridiques.....p. 318

260. En toute hypothèse, la technique juridique permettant la décentralisation est celle de l'habilitation dans un champ relevant de l'ordre étatique.....p. 319

Titre 1 : L'institution d'un modèle de norme étatique

261. Le premier pôle de la décentralisation est le pôle émetteur, celui qui habilite, c'est-à-dire l'Etat. Ce qui nous permet de définir ce qu'est la décentralisation vis-à-vis de cet ordre..p. 321

Chapitre 1 : L'Etat émetteur de l'habilitation

262. L'idée de décentralisation renvoie communément à une opposition à l'Etat, à son retrait dans la production normative.....p. 323

Section 1 : Le positionnement de l'Etat

263. Avec l'institution du dialogue social, apparaît l'idée d'un « recul du modèle d'une norme légale pour tous ».....p. 324

Paragraphe 1 : L'hypothèse du retrait de l'Etat

264. L'hypothèse du retrait de l'Etat se fonde tout d'abord sur une critique de l'Etat social et l'hypothèse de sa crise.....p. 324

A. Une critique de l'Etat social

265. La critique de l'Etat social provient du constat, réel ou supposé, de sa crise.....p. 325

266. L'Etat-Providence a pu être analysé comme une radicalisation de l'Etat protecteur.p. 325

267. La première critique est celle de l'inflation législative et réglementaire.....p. 326

268. La seconde critique est celle de « la complexité du code du travail ».....p. 327

B. Différents modèles fondés sur une critique relativiste de l'Etat

269. Plusieurs critiques relativistes de l'Etat se sont développées. Nous en étudierons deux qui sont la critique néoclassique et la critique postmoderne de l'Etat.....p. 328

1. La critique néoclassique de l'Etat

270. La critique néoclassique est en premier lieu une critique d'ordre philosophique et économique.....p. 329

a. Le primat de l'ordre spontané sur l'organisation

271. La critique néoclassique de l'Etat part d'une nécessité de réviser la théorie classique.....p. 329

272. Friedrich Hayek distingue deux ordres, l'ordre spontané qu'il nomme *Kosmos*, et l'organisation qu'il nomme *Taxis*.....p. 329
273. Cette critique repose sur l'individualisme méthodologique.....p. 331
274. Les néoclassiques n'excluent cependant pas toute intervention de l'Etat contrairement aux théories classiques.....p. 332

b. Influences et relais doctrinaux

275. Le principal relai doctrinal est le courant dit de l'analyse économique du Droit.....p. 334
276. Elle vise trois *applications* ou trois *niveaux d'analyse*.....p. 336
277. Elle suit une méthode singulière.....p. 337

2. La critique postmoderne de l'Etat

278. L'Etat et le Droit post-moderne se conçoivent en opposition à l'Etat et au droit moderne.....p. 339
279. Deux éléments permettent d'expliquer la crise de l'Etat dans la théorie post-moderne.....p. 339
280. Du rôle d'organisateur attribué à l'Etat moderne, ou « Etat producteur », en particulier à l'époque de l'Etat-Providence, on passe dans l'Etat post-moderne à un rôle de superviseur, ou « Etat régulateur ».....p. 340
281. Le rôle de l'Etat est alors d'ordonner ce pluralisme.....p. 342
282. Le contrat est la principale figure de la régulation ou de la gouvernance.....p. 343

Paragraphe 2 : L'hypothèse du repositionnement de l'Etat

283. Ce que nous nommons repositionnement de l'Etat correspond, par opposition à notre paragraphe précédent, à un maintien de son rôle, plutôt qu'à son recul, mais d'une manière différente.....p. 345

A. Le repositionnement par la procéduralisation du Droit

- 284.** Diverses théories procéduralistes existent.....p. 345
- 285.** La réflexion sur la procéduralisation est en effet posée à partir de la problématique de « l'application ».....p. 346
- 286.** Cette régulation implique l'association des destinataires de la norme.....p. 347
- 287.** On trouve également le recours au concept de contractualisation.....p. 349

B. Le repositionnement par un Droit normalisateur

- 288.** Un auteur développe l'hypothèse de la délégalisation ou de la déréglementation du Droit.....p. 350
- 289.** Mais la législation ne diminue pas.....p. 351
- 290.** La résolution de l'opposition se ferait donc dans l'émergence et le développement d'un Droit normalisateur.....p. 352

Section 2 : L'action de l'Etat

- 291.** Le positionnement de l'Etat dans la production normative s'observe dans son action.....p. 354

Paragraphe 1 : Une action fondée sur le réalisme

- 292.** Le réalisme fonderait l'action de l'Etat dans le cadre de la décentralisation de la production normative.....p. 354

A. Le réalisme des discours externes

- 293.** Le discours sur le dialogue social s'accompagne d'un discours sur le réalisme, c'est-à-dire la prise en compte par l'Etat de ce que les membres de l'organe produisant la règle se représentent être la réalité économique et sociale.....p. 354

1. Le réalisme économique

294. La recherche de réalisme du Droit par le recours au discours externe de l'économie repose sur l'admission de certaines théories économiques.....p. 355

295. Cette réalité économique supposée fonde la cause et la justification des catégories et raisonnements en droit du travail, qui permet de médiatiser, de saisir le fait économique à travers ses problématiques propres.....p. 356

2. Le réalisme comptable

296. Le réalisme du droit se retrouve aussi dans la recherche, par le Législateur, d'une réalité comptable.....p. 357

297. La comptabilité peut être définie comme un outil de régulation en vue de « garantir la pérennité du marché ».....p. 358

298. Cette normalisation a aussi une fonction de communication aux entreprises à destination des marchés.....p. 359

B. Le réalisme du discours interne

299. Le Droit fait l'objet de différentes évaluations en vue de son évolution. Celles-ci marquent la recherche de réalisme dans le discours du Législateur.....p. 360

1. Le réalisme des évaluations récurrentes

300. Le Droit fait l'objet d'évaluations par les experts.....p. 360

301. Ces évaluations posent cependant divers problèmes méthodologiques.....p. 361

2. Le réalisme des évaluations ponctuelles en vue d'une réforme

302. Le réalisme se retrouve dans les rapports commandés en vue d'une réforme.....p. 362

303. Le réalisme se retrouve dans les travaux préparatoires.....p. 363

304. Le réalisme se retrouve dans les motivations des différentes réformes du dialogue social.....p. 364

305. Toutes ces réformes sont ainsi guidées par certaines idées communes.....p. 367

Paragraphe 2 : Une diversité de modalités d'action de l'Etat

306. Le dialogue social est dans ce cadre un moyen pour l'Etat d'adapter ses propres normes et de permettre aux organisations économiques d'adapter celles qui s'y appliquent.....p. 368

A. L'action de l'Etat associant des destinataires de la norme

307. L'action de l'Etat peut associer les destinataires de la norme selon différentes modalités.....p. 369

1. Le réalisme par l'association des destinataires de la norme

à son élaboration et sa mise en œuvre

308. En ce qui concerne les destinataires directs de la norme, ceux-ci peuvent être associés dans deux temps différents.....p. 369

a. L'association ex ante

309. La décentralisation n'est pas seulement un déplacement de la production normative, mais aussi une volonté affichée de consulter, voire de s'appuyer, sur des normes conventionnelles et des techniques contractuelles pour faire la loi.....p. 369

310. Le texte doit cependant être relativisé quant à ses effets car toutes les lois ultérieures n'ont pas été précédées d'une concertation.....p. 370

311. Cette association antérieurement à la production législative peut encore se faire en deux temps.....p. 372

b. L'association ex post

312. Les négociateurs peuvent aussi être appelés à mettre en œuvre une politique publique.....p. 373

313. Enfin l'Etat peut intervenir en rendant obligatoire pour une catégorie de salariés et d'employeurs des normes décentralisées.....p. 374

2. Le réalisme par l'association d'experts : la normalisation

- 314.** Une fois conçue, le Droit institue une représentation de la réalité économique.....p. 375
- 315.** Par une action en retour, l'Etat définit lui-même les critères de bonne gestion selon la représentation économique et comptable qu'il adopte.....p. 375
- 316.** La normalisation comptable répond à plusieurs fonctions.....p. 376
- 317.** Mais l'apparente neutralité axiologique du chiffre doit être critiquée.....p. 378
- 318.** Cela crée un cadre qui vise à favoriser la gestion et l'adaptation.....p. 379

B. L'action unilatérale de l'Etat

- 319.** L'Etat peut agir unilatéralement dans le but de stimuler ou de sécuriser la production normative.....p. 379

1. Stimuler la production normative

- 320.** La stimulation de la production normative peut prendre différentes formes.....p. 380

a. L'incitation à élaborer des normes décentralisées

- 321.** L'Etat oblige à organiser des procédures de production normative décentralisée.....p. 380
- 322.** L'incitation est « une norme qui laisse à un acteur la liberté de se conduire de telle ou telle façon mais qui tend à orienter ses choix ».....p. 381
- 323.** Par ce biais, l'Etat demeure présent, et influent, dans la définition des normes substantielles.....p. 384

b. La reconnaissance des normes décentralisées

- 324.** Il nous paraît incorrect d'affirmer un recul ou un retrait de l'Etat.....p. 385
- 325.** L'opposition entre la loi et le contrat, entre la norme étatique et celle produite par des individus, doit du reste être relativisée en ce sens qu'il y a de la loi dans le contrat et du contrat dans la loi.....p. 385
- 326.** De vastes domaines du contrat de travail sont relevant de l'ordre étatique.....p. 388

Table analytique

327. L'Etat prête sa force pour la mise en œuvre des normes qui sont pertinentes.....p. 389

2. Sécuriser la norme décentralisée

328. L'Etat intervient pour sécuriser les normes décentralisées.....p. 390

a. Sécuriser la norme produite

329. La sécurité juridique est une exigence des acteurs, reprise par le Gouvernement, pour lesquels l'anticipation est un enjeu central.....p. 391

330. Le premier enjeu est de sécuriser l'adoption du texte.....p. 391

331. L'accord est sécurisé dans son évolution par les règles de révision et de dénonciation, donc dans son évolution et sa disparition.....p. 392

332. La sécurisation passe ensuite par la sécurisation de l'acte adopté.....p. 394

333. La sécurisation peut encore viser les réunions du comité social et économique.....p. 395

b. Sécuriser la production normative : la professionnalisation des agents

334. La négociation collective repose sur la capacité de ses agents à négocier et à défendre les intérêts matériels et moraux du groupe représenté.....p. 397

335. La professionnalisation répond à la complexification des attributions.....p. 398

336. La professionnalisation est une conséquence, si ce n'est une condition, de la capacité à énoncer la règle.....p. 399

Conclusion de chapitre

337. Nous soutenons quant à nous qu'il s'est repositionné pour mieux réguler les rapports sociaux en fondant son action sur le réalisme de son appréhension des évolutions économiques et sociales et de ses arbitrages qui associent en amont et en aval de sa production les destinataires de la norme.....p. 402

Chapitre 2 : La norme étatique adaptable

338. L'exigence d'adaptabilité dans le Droit se traduit par l'institution d'un modèle de norme étatique adaptable par le recours au dialogue social.....p. 405

Section 1 : L'adaptabilité dans les relations individuelles

339. L'adaptabilité des règles étatiques vise en premier lieu celles relatives à l'emploi et à la gestion de la force de travail.....p. 406

Paragraphe 1 : Adaptabilité de l'emploi de la force de travail

340. Différents mécanismes entrent en jeu pour employer la force de travail et adapter son allocation aux besoins exprimés par (ou anticipé sur) le marché.....p. 407

A. L'adaptation de la masse salariale

341. L'adaptation de la masse salariale peut se faire par son accroissement pour un besoin temporaire ou sa diminution.....p. 407

1. L'adaptation de la masse salariale par son accroissement temporaire

342. Plusieurs techniques peuvent être mobilisées pour accroître temporairement la masse salariale.....p. 408

343. Le premier est le contrat de travail à durée déterminée.....p. 408

344. Ce contrat est encadré par des règles de temps souffrants diverses exceptions.....p. 409

345. Le deuxième est le contrat de travail temporaire.....p. 410

346. Il répond aussi à des règles de temps aménageables.....p. 411

347. Il est encore possible de conclure un contrat de mission à l'exportation ou un contrat de chantier ou d'exportation.....p. 412

348. Ces modes de gestion font appel à différents mécanismes collectifs.....p. 413

2. L'adaptation de la masse salariale par sa réduction

349. L'adaptation de la masse salariale par sa réduction peut se faire unilatéralement ou consensuellement.....p. 414

a. La réduction par des moyens unilatéraux : les licenciements collectifs

350. La procédure à suivre dépend du nombre de licenciements envisagés.....p. 414

i. Les « petits licenciements collectifs

351. Il est possible de recourir à de « petits » licenciements collectifs lorsqu'un employeur envisage moins de dix licenciements pour motif économique sur une même période de trente jours.....p. 414

ii. Les « grands » licenciements collectifs

352. L'employeur peut procéder à de « grands » licenciements collectifs lorsqu'il envisage au moins dix licenciements pour motif économique sur une même période de trente jours...p. 415

353. Les entreprises de moins de cinquante salariés bénéficient d'un régime allégé en matière de « grands » licenciements collectifs.....p. 416

354. Les entreprises d'au moins cinquante salariés sont soumises à un régime plus développé.....p. 417

b. La réduction par des moyens consensuels

355. Les moyens que nous nommons consensuels sont ceux qui reposent sur l'acceptation du salarié à la rupture du contrat de travail.....p. 420

i. La réduction par les ruptures conventionnelles collectives

356. Il est possible de réduire la masse salariale par accord collectif portant rupture conventionnelle collective.....p. 421

357. Le comité social et économique, à condition qu'il existe, suit la mise en œuvre de ce dispositif.....p. 421

358. Cette procédure est aussi contrôlée par l'administration.....p. 422

ii. La réduction par le congé de mobilité

359. Il est permis de recourir à un congé de mobilité qui est un outil négocié.....p. 422

360. Ce dispositif fait l'objet d'un suivi par l'autorité administrative lorsqu'il est utilisé dans le cadre de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.....p. 423

361. Ces deux dispositifs font l'objet d'un suivi du comité social et économique.....p. 423

B. L'adaptation de la force de travail employée

362. Le chef d'entreprise peut réallouer les moyens sur la base de la masse existante.....p. 423

1. L'adaptation par la gestion prévisionnelle

363. La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ou gestion des emplois et des parcours professionnels s'inscrit dans cette volonté d'accompagner l'adaptation des entreprises et des salariés à la conjoncture économique.....p. 424

364. La règle est tout de même aménageable conventionnellement.....p. 424

365. Relativement à nos précédents développements, nous observons assez aisément dans le choix des termes, la rationalité économique.....p. 425

366. L'employeur est du reste invité, si ce n'est obligé, à établir un plan de développement des compétences.....p. 427

367. Ce faisant, l'Etat incite les entreprises à « anticiper les conséquences des évolutions liées à ses environnements interne et externe et à ses choix stratégiques ».....p. 428

2. L'adaptation par la mobilité interne

368. Nous envisageons ici les moyens d'adaptation ouverts par la mobilité interne des salariés.....p. 428

369. La mobilité géographique peut être prévue dès le début du contrat en y intégrant une clause de mobilité.....p. 429

370. Le premier aménagement est la présomption d'acceptation de la modification déduite du silence du salarié.....p. 429

371. Le second aménagement est celui permis par l'accord de performance collective....p. 430

Paragraphe 2 : Adaptabilité dans la gestion de la force de travail

par son temps d'utilisation

372. La durée normale du travail est de trente-cinq heures de travail effectif hebdomadaire. Cette règle souffre de multiples dérogations qui favorisent l'adaptabilité de la gestion de la force de travail.....p. 431

A. Le temps de travail effectif

373. La définition étatique de la durée du travail se réfère au travail effectif.....p. 432

374. Mais cette règle d'ordre public souffre pourtant diverses dérogations.....p. 432

375. Il existe diverses méthodes pour déroger.....p. 433

B. La période de référence

376. La période de référence est la semaine.....p. 434

377. Mais il existe diverses dérogations à la période de référence.....p. 434

378. On peut employer différents actes dérogatoires.....p. 435

C. La quotité de travail

379. La quotité de travail effectif hebdomadaire est fixée à trente-cinq heures.....p. 436

380. Mais des dérogations sont encore possibles pour chacun de ces temps.....p. 437

381. Sans déroger aux durées maximales, il est possible de déroger à la règle des trente-cinq heures.....p. 438

382. Toutes ces dérogations permettent d'augmenter la durée du travail des salariés. Il est aussi possible de l'abaisser.....p. 439

383. Nous avons vu qu'il est possible d'adapter par accord.....p. 440

384. Nous avons aussi vu qu'il est possible d'adapter par décision unilatérale avec avis du comité social et économique.....p. 440

385. Enfin nous avons vu qu'il est possible d'adapter par décision unilatérale avec autorisation administrative.....p. 441

386. Plusieurs mécanismes peuvent s'analyser en incitations de l'Etat.....p. 442

Section 2 : L'adaptabilité dans les relations collectives de travail

387. En matière de relations collectives, les institutions représentatives du personnel sont aussi objet d'adaptabilité par voie conventionnelle. Cette adaptabilité permet de réduire le « coût du travail » associé à la représentation du personnel mais aussi et surtout d'adapter cette dernière à l'organisation de l'entreprise.....p. 443

Paragraphe 1 : Une mise en place adaptable

388. Au titre des dispositions d'ordre public, il faut d'abord mentionner l'obligation de mettre en place cette institution pour toute entreprise qui salarie au moins onze salariés pendant douze mois consécutifs.....p. 443

389. La première source d'adaptabilité dans la mise en place du comité économique et social est son périmètre d'implantation.....p. 444

390. Le Code du travail permet aussi une véritable adaptabilité dans la mise en place du comité social et économique.....p. 444

Paragraphe 2 : Un fonctionnement adaptable

391. Le fonctionnement du comité peut faire l'objet de différentes adaptations.....p. 446

392. Il est possible d'adapter par voie conventionnelle le contenu la périodicité, les modalités, le nombre de réunions, les niveaux de consultation et les délais des consultations récurrentes.....p. 446

393. Le délai pour rendre les avis peut être modifié.....p. 446

394. Le fonctionnement est aussi adaptable par l'organisation des commissions.....p. 447

Paragraphe 3 : Des moyens adaptables

395. Ce sont enfin les moyens du comité qui sont adaptables par accord.....p. 448

Conclusion de chapitre

396. L'Etat a mis en place un cadre adaptable par l'institution du dialogue social. Tant les habilitations que le contrôle s'appuient, si ce n'est reposent, sur l'institution concomitante du dialogue social qui permet une adaptation associant les destinataires de la norme.....p. 450

Conclusion de titre

397. Cette décentralisation se définit donc par un repositionnement de l'Etat dans la production normative vis-à-vis des destinataires de la norme. Ces derniers constituent le pôle

récepteur de la décentralisation, c'est-à-dire de l'habilitation à adapter le cadre normatif étatique.....p. 451

Titre 2 : L'institution d'un modèle de norme décentralisée

398. Le second pôle de la décentralisation est le pôle récepteur, celui qui est habilité, c'est-à-dire les organisations économiques. Ce qui nous permet de définir ce qu'est la décentralisation vis-à-vis de celles-ci.....p. 453

Chapitre 1 : Les organisations économiques réceptrices de l'habilitation

399. Différents discours désignent l'entreprise comme niveau privilégié de la décentralisation sans que celle-ci ne soit rigoureusement définie.....p. 455

400. L'entreprise a des frontières incertaines inscrites dans une organisation qui met en lumière la difficulté à la définir. L'entreprise n'est du reste pas un seul niveau organisationnel, mais en comprend plusieurs.....p. 456

Section 1 : L'entreprise comme cadre privilégié du dialogue social

401. L'entreprise est un produit de la société moderne qui évolue avec le mouvement général de l'économie, ce que les juristes tentent de saisir à travers des modèles.....p. 457

Paragraphe 1 : L'influence économique des conceptions juridiques

402. Le concept d'entreprise en Droit n'est pas étranger aux conceptions économiques..p. 458

403. L'entreprise est aussi confrontée au marché, qui participe à sa régulation, concurrente, mais peut-être complémentaire, de celle de l'Etat.....p. 458

404. Etat et marché se sont développés concomitamment. Droit et économie permettent l'étude de phénomènes concomitants.....p. 459

A. La concentration économique et le développement des groupes

- 405.** Si la perception commune donne l'image d'une grande diversité de collectivités et donc d'intérêts différents d'une entreprise à l'autre, cela ne résiste pas à un examen plus poussé des organisations économiques, notamment avec l'appui d'outils statistiques.....p. 460
- 406.** Cette concentration s'appuie, s'organise, au moyen de la technique juridique qui les régule.....p. 462
- 407.** Ces évolutions se font aussi sous l'influence de Droits plus sensibles à la concentration économique.....p. 463
- 408.** La forme juridique caractéristique de la concentration est le groupe.....p. 464

B. La financiarisation de l'économie et la constitution de réseaux

- 409.** La financiarisation peut se caractériser par l'impact de la sphère financière sur le comportement des entreprises.....p. 464
- 410.** En termes organisationnels, l'organisation des entreprises tend plutôt vers l'externalisation et la fragmentation des activités et des collectifs qui les réalisent.....p. 465
- 411.** La rationalité financière passe par une organisation qui resserre les niveaux hiérarchiques inscrits dans un mouvement de concentration du capital qui redécoupe l'entreprise en resserrant l'activité des entreprises sur leurs « cœurs de métier ».....p. 466
- 412.** Ce mouvement est matériellement facilité par la dématérialisation de l'entreprise et le développement du numérique, mais aussi par la technique juridique.....p. 467
- 413.** Dans ce système, le contrat et le marché sont des outils de régulation, voire de contrôle.....p. 468
- 414.** Cette conception se retrouve dans la théorie de l'agence.....p. 469
- 415.** La financiarisation se traduit enfin par une organisation en réseau.....p. 471

Paragraphe 2 : Différents modèles de l'entreprise

- 416.** Déplacer le « centre de gravité du droit du travail, de l'Etat vers l'entreprise » suppose d'avoir statué sur la « nature juridique » de cette dernière. Plusieurs théories proposent de la modéliser selon des objectifs différents.....p. 473

A. La conception individualiste : la théorie contractuelle

- 417.** La théorie contractuelle postule que l'entreprise est un nœud de contrats, par conséquent l'addition de différentes volontés poursuivant leurs intérêts propres.....p. 474
- 418.** Dans cette conception, c'est le contrat qui fonde le pouvoir de l'employeur dans l'entreprise.....p. 474
- 419.** Elle conduit cependant à plusieurs insuffisances.....p. 476

B. La conception totalisante : la théorie institutionnelle

- 420.** Quoique cette théorie ait pu être considérée comme rejetée, elle représente un courant important de la doctrine.....p. 477
- 421.** Dans une approche institutionnelle, l'entreprise est une organisation réunissant dans une même communauté les détenteurs du capital, les salariés et la direction.....p. 477
- 422.** La théorie institutionnelle de Hauriou peut s'étendre à l'entreprise.....p. 478
- 423.** Cette théorie suppose la reconnaissance d'une « communauté d'intérêts de l'employeur et des salariés et la poursuite d'un but commun ».....p. 479
- 424.** D'autres disciplines décrivent l'entreprise comme une institution.....p. 480
- 425.** Michel Despax défend quant à lui que l'entreprise est plus qu'une institution, elle est personne en devenir.....p. 481

C. Une tentative de dépassement : la théorie organisationnelle

- 426.** Avec l'école de Rennes, une nouvelle théorie de l'entreprise se développe, influencée par la théorie institutionnelle.....p. 483
- 427.** L'entreprise est organisée par la société qui l'accueille juridiquement.....p. 483
- 428.** Le pouvoir d'organisation est conçu comme un pouvoir sur le pouvoir.....p. 485
- 429.** Parce que son application est tributaire de l'organisation des sociétés, le Droit du travail ne pourrait conserver son autonomie.....p. 485

430. Ces thèses mettent en lumière l'organisation de l'entreprise sur la base de la technique sociétaire, en particulier les rapports entre la société-mère et ses filiales.....p. 487
431. Des développements récents de la théorie organisationnelle portent sur l'entreprise comme « procédé intersubjectif de création de valeur et de distribution de pouvoir ».....p. 488
432. Une dernière conception doit être signalée pour analyser l'institution du dialogue social dans l'entreprise. Cette dernière peut aussi être conçue comme un champ de validité de la norme.....p. 488

Section 2 : Au-delà de l'entreprise, l'organisation économique

433. Par la décentralisation de la production normative par l'institution du dialogue social, le Législateur affirme le déplacement de cette production vers l'entreprise. L'examen des dispositions qu'il adopte montre pourtant une réalité quelque peu différente.....p. 490

Paragraphe 1 : Différents terrains autour de l'entreprise

434. Le concept d'entreprise ne permet pas de saisir l'intégralité d'une organisation économique. Celle-ci peut être une subdivision d'une organisation plus grande ou se subdiviser elle-même.....p. 491

A. S'approcher de la production, les niveaux infra entreprise

435. L'entreprise peut se subdiviser.....p. 491
436. Elle peut se subdiviser en établissements distincts pour la représentation du personnel.....p. 492
437. On distingue différents types d'établissements pour la négociation ou l'application de conventions et d'accords collectifs. Ceux-ci ne correspondent pas nécessairement à l'établissement distinct.....p. 492
438. Si une production normative décentralisée, ou déconcentrée, est possible, le niveau de proximité avec la collectivité de travail n'est pas privilégié.....p. 493

B. S'approcher de la direction, les niveaux supra entreprise

439. L'entreprise peut elle-même être une subdivision.....p. 493

440. Elle peut être une subdivision d'un groupe.....p. 494

441. Ce peut être une subdivision de l'unité économique et sociale.....p. 495

442. Il est encore possible de reconnaître le niveau interentreprises qui peut accueillir sans s'y restreindre ni y corresponde totalement un réseau.....p. 495

443. La décentralisation permet bien la proximité vis-à-vis d'un terrain, mais c'est celui de la direction, non de la production où se réalise le travail concret.....p. 495

Paragraphe 2 : Des organisations économiques dotées d'un régime spécial :

le dialogue social de secteur

444. Le développement récent des plateformes et leur singularité conduit à adopter un régime spécial.....p. 495

445. Régime qui poursuit des objectifs singuliers de la part du Législateur.....p. 496

A. Dialoguer autour d'un accord dans les secteurs

446. Il est tout d'abord possible de négocier des accords de secteurs.....p. 498

447. Certains sont soumis à des négociations obligatoires.....p. 499

B. Dialoguer autour d'un avis dans les secteurs

448. Cette prérogative s'exerce au sein d'une commission de négociation qui est une instance permanente de représentation. Cette dernière n'a pas que pour mission de négocier.....p. 500

449. Le secteur des voitures de transport avec chauffeur a conventionnellement mis en place cette commission par un accord du 18 janvier 2023.....p. 501

450. Le secteur de la livraison de marchandises au moyen d'un véhicule à deux ou trois roues, motorisé ou non a mis en place cette commission par un accord du 20 avril 2023 homologué par l'ARPE.....p. 502

C. Les moyens à l'appui du dialogue social dans les secteurs

451. Le premier outil qui appuie le dialogue social de plateforme est la représentativité des organisations.....p. 503

452. Les représentants des travailleurs de plateformes bénéficient d'une protection lors de leur mandat similaire aux représentants des salariés.....p. 504

453. Les représentants des travailleurs bénéficient de jours de formation au dialogue social.....p. 505

454. Les représentants des travailleurs se voient attribuer des heures de délégation.....p. 505

455. Les négociateurs de secteur peuvent faire appel de manière générale à une expertise dans des conditions singulières.....p. 505

456. Une autorité *ad hoc* a été mise en place. Il s'agit de l'autorité des relations sociales des plateformes d'emploi.....p. 506

Conclusion de chapitre

457. L'entreprise a pu être conçue comme nœud de contrats, institution ou organisation. Si ce dernier modèle semble mieux prendre en compte les évolutions décrites précédemment, c'est le second qui permet selon nous de comprendre les choix du Législateur.....p. 508

458. Nous avons enfin vu que l'entreprise ne contenait pas les différents niveaux d'organisation et d'imputation,.....p. 509

Chapitre 2 : La norme décentralisée adaptée

459. Le dialogue social vise à favoriser un agir collectif. Nous avons vu comment il détermine des procédures qui permettent de faire évoluer le cadre d'action. Mais cette action repose encore sur un intérêt reconnu par les acteurs comme leur étant commun et que le dialogue permet d'énoncer. Ce même intérêt commun auquel doit s'adapter la norme décentralisée.....p. 511

Section 1 : L'intérêt de l'entreprise tel qu'il est reconnu par le Droit

460. Nous posons l'hypothèse que l'intérêt de l'entreprise peut être le standard sur lequel repose la capacité des acteurs à évaluer le besoin d'adapter le cadre normatif et le faire évoluer par le recours au dialogue social.....p. 512

Paragraphe 1 : Définition négative : ce que n'est pas l'intérêt de l'entreprise

461. Il convient de distinguer la notion d'intérêt de l'entreprise de notions voisines qui se réfèrent à celui de membres, ou de groupes de membres, de l'entreprise et qui l'y réduirait.....p. 513

A. L'intérêt de l'entreprise n'est pas l'intérêt des seuls associés

462. L'intérêt social est l'intérêt de la société qui se distingue de l'entreprise.....p. 514

463. L'intérêt social se distingue aussi de la communauté d'intérêt des associés.....p. 516

- 464.** C'est un standard de contrôle des décisions des associés.....p. 517
- 465.** Mais cette absence de définition légale précise ouvre des débats doctrinaux.....p. 518
- 466.** Dans les mentions du code du commerce qui en sont faites, le standard apparaît comme un outil de contrôle.....p. 519
- 467.** Il est ainsi un critère de qualification d'actes délictueux pour protéger la société....p. 520
- 468.** Mais l'intérêt social n'est pas l'intérêt des salariés.....p. 521
- 469.** Leurs intérêts ne sauraient se confondre en ce que la société et l'entreprise sont deux entités distinctes.....p. 522

B. L'intérêt de l'entreprise n'est pas l'intérêt des seuls dirigeants

- 470.** Il faut distinguer les catégories de gestionnaires.....p. 524
- 471.** Les gestionnaires sont saisis par le Droit des sociétés avec la catégorie de dirigeants sociaux.....p. 524
- 472.** Les gestionnaires sont ensuite saisis par le Droit du travail à travers différentes catégories : l'employeur, le chef d'entreprise, le cadre dirigeant.....p. 525
- 473.** L'employeur sert à désigner une partie au contrat de travail et à lui imputer les obligations qui en résultent.....p. 526
- 474.** L'employeur ne se confond pas plus avec la société qu'avec ses dirigeants sociaux.....p. 527
- 475.** Il faut aussi distinguer l'employeur et le chef d'entreprise.....p. 528

C. L'intérêt de l'entreprise n'est pas l'intérêt des seuls salariés

- 476.** Il existe une diversité d'expressions et d'approches des salariés et de leurs intérêts.....p. 530
- 477.** Les salariés disposent de moyens de défendre leurs intérêts au travers desquels s'expriment une collectivité et ses intérêts.....p. 531
- 478.** La représentation du personnel suppose donc de définir le périmètre de la collectivité.....p. 531

479. La jurisprudence peut encore recourir à l'intérêt de la collectivité pour l'implantation de la représentation du personnel et la désignation du délégué syndical.....p. 534

480. Certains auteurs critiquent la représentation unitaire de cet intérêt et de la collectivité désignée.....p. 535

Paragraphe 2 : Définition positive : ce qu'est l'intérêt de l'entreprise

481. L'intérêt de l'entreprise ne saurait se réduire à celui de l'une de ses composantes. Nous le recherchons donc de façon positive dans ce qui pourrait le concilier, voire les dépasser.....p. 536

A. L'intérêt de l'entreprise dans le discours sur le Droit

482. L'intérêt de l'entreprise peut être envisagé comme mystification, fondement de pouvoir, conciliation ou protection.....p. 537

483. Comme élément de discours, la référence à l'intérêt de l'entreprise est un « principe d'action ».....p. 538

484. Un auteur pose l'hypothèse que si l'évocation de l'intérêt de l'entreprise fonde les pouvoirs du chef d'entreprise, il constitue aussi une limite à leur exercice.....p. 538

485. Doctrine et organisations patronales ont pu émettre une proposition de « contrat collectif » afin de dégager cet intérêt.....p. 541

486. L'intérêt de l'entreprise est aussi critiqué comme mystification qui postule une communauté d'intérêts par-delà les antagonismes sociaux.....p. 542

B. L'intérêt de l'entreprise dans le discours du Droit

487. Création prétorienne, l'intérêt de l'entreprise est désormais mentionné dans le Code du travail et se devine derrière les références à son fonctionnement.....p. 543

488. Pour le juge, l'intérêt de l'entreprise demeure un standard de contrôle des décisions de l'employeur et parfois du salarié.....p. 545

489. Le standard de l'intérêt de l'entreprise fonde et limite les pouvoirs de l'employeur.....p. 548

490. Cependant, le contrôle ne saurait constituer une substitution du juge au pouvoir d'appréciation de l'employeur.....p. 550

Section 2 : L'intérêt commun aux membres de l'organisation économique

tel qu'il est construit par le Droit

491. L'intérêt commun aux membres de l'entreprise ne s'identifie pas nécessairement à l'intérêt de l'entreprise. Cependant, le Droit étatique contribue à produire un intérêt commun entre les membres de l'entreprise.....p. 551

Paragraphe 1 : La construction idéologique de l'intérêt commun

Par la définition d'une œuvre commune

492. L'Etat contribue à instituer certaines représentations de l'intérêt commun.....p. 551

A. L'intérêt commun déterminé par une œuvre commune

493. L'intérêt commun est défini en Droit, mais dans une acception trop stricte pour nous permettre d'analyser celui de l'entreprise à travers lui.....p. 552

494. L'intérêt commun aux membres de l'entreprise doit se définir en rapport à une œuvre commune poursuivie par chaque membre.....p. 553

495. La définition de ce but dépendra cependant de *traits contextuels* qui sont « économiques, technologiques ou politiques ».....p. 555

B. L'œuvre commune exprimée dans l'énonciation d'un intérêt partagé

496. L'énonciation d'un intérêt partagé et des moyens de le poursuivre se formalise par le recours à la négociation et aux attributions représentatives.....p. 556

1. L'acculturation par la formation commune : savoir et langage partagé

497. L'acculturation des acteurs est une condition nécessaire à l'appropriation de ces réformes.....p. 558

a. La formation du langage, enjeu de représentations communes

- 498.** Le langage est formé par un ensemble de signes communs aux membres d'un même groupe.....p. 558
- 499.** Le langage permet de produire des énoncés, permettant l'échange. Langage qui peut se développer par l'apprentissage.....p. 560
- 500.** L'échange d'énoncés et l'anticipation de la compréhension de l'autre forment un dialogue entre les interlocuteurs.....p. 561

b. Les formations communes : outil qui « permet un langage commun »

- 501.** La formation est un outil de diffusion et d'apprentissage d'un langage et des représentations qu'il signifie.....p. 563
- 502.** Les réformes du dialogue social l'ont institué au moyen des formations communes.....p. 564
- 503.** L'administration encadre le contenu et le déroulement de ces formations.....p. 566
- 504.** Au-delà du contenu, soulignons que le cahier des charges de l'INTEFP adopté en application du règlement représente à nouveau un contrôle de l'Etat.....p. 567
- 505.** Dans la pratique de celles-ci les bilans d'activité de l'INTEFP donnent encore peu d'informations sur ces formations communes.....p. 568
- 506.** La formation se fait dans une autre mesure par l'activité représentative elle-même..p. 569

2. L'acculturation par la reconnaissance ciblée de compétences*acquises dans l'exercice du mandat*

- 507.** L'employeur joue un rôle important dans l'évaluation des compétences acquises au cours du mandat.....p. 570
- 508.** L'employeur joue un rôle important dans l'évaluation des compétences acquises au cours du mandat.....p. 573

- 509.** Nous touchons là à une limite de la conception idéologique selon laquelle l'entreprise serait le fruit d'un intérêt commun, quitte parfois à en oublier les rapports de subordination qui s'y exercent.....p. 574
- 510.** En ce sens, le dispositif de valorisation des mandats permet lui aussi une acculturation.....p. 575
- 511.** La formation commune et la reconnaissance de compétences ciblées créent ensemble un espace d'acculturation.....p. 576

Paragraphe 2 : La construction matérielle de l'intérêt commun

par l'association au capital

- 512.** L'intérêt commun peut encore être construit juridiquement en reconnaissant des droits aux salariés qui sont semblables à ceux des associés.....p. 576

A. La participation des salariés aux résultats

- 513.** Le Droit associe les salariés aux résultats de l'entreprise pour que ceux-ci aient intérêt à ses performances.....p. 577
- 514.** Il accompagne et organise cette association des salariés au capital qui tend à estomper la distinction du salarié et de l'associé.....p. 578

B. L'accès au capital des sociétés

- 515.** Les salariés bénéficient d'une représentation dans les conseils d'administration et de surveillance des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par action.....p. 578
- 516.** La qualité de salarié peut ouvrir en elle-même des droits dans la gestion de la société dans quelques formes sociales.....p. 579
- 517.** L'actionnariat salarié peut également passer par l'attribution d'actions gratuites.....p. 580
- 518.** Après l'étude des différents dispositifs, il nous paraît nécessaire de souligner le caractère idéologique de l'association du salarié au capital.....p. 581

Conclusion de chapitre

519. La norme décentralisée signifie un modèle de norme qui adaptée à l'intérêt de l'entreprise que l'on postule comme commun à chacun de ses membres. Or, l'organisation économique a besoin de s'adapter à son environnement économique et financier. L'adaptation est permise pour poursuivre cet intérêt et limitée par celui-ci.....p. 583

Conclusion de titre

520. Le Législateur reconnaît l'entreprise comme une institution dont l'œuvre à accomplir fonde un intérêt commun qui doit permettre le rapprochement, voire le dépassement, des intérêts divergents. Le dialogue social permet d'énoncer cet intérêt et de fonder un agir collectif au sein d'une organisation économique sur la base duquel peut s'adapter le cadre normatif de l'entreprise.....p. 584

Conclusion de partie

521. Nous avons défini l'institution du dialogue social comme signifiant un modèle de décentralisation de la production normative.....p. 585

522. La décentralisation ne saurait se définir dans une opposition radicale entre l'Etat et les acteurs privés. L'Etat modifie son propre cadre normatif pour permettre à des organisations économiques d'adopter des normes décentralisées en vue d'adapter le cadre normatif à leur environnement économique et financier dans les conditions et limites fixées par lui. Ensuite il institue des moyens permettant aux destinataires des normes de procéder à ces adaptations.....p. 585

Conclusion générale

- 523.** L'institution du dialogue social correspond à un renouvellement du discours *du* droit. Ces régimes ont évolué vers une diversification de leurs objets et une centralisation de leur activité et de leur organisation. Ensemble, ces deux évolutions instituent un cadre adaptable.....p. 587
- 524.** L'institution du dialogue social est motivée par un discours *sur* le Droit, celui du Législateur. La motivation première est celle de permettre aux organisations économiques de s'adapter aux évolutions de leur environnement économique et financier en associant les salariés aux changements proposés.....p. 587
- 525.** L'institution du dialogue social s'appuie sur un discours *dans* le Droit, fondé sur des représentations qui justifient les réformes et sont elles-mêmes instituées. Nous avons identifié une critique relativiste de l'Etat et une conception institutionnaliste de l'entreprise.....p. 588
- 526.** De cela nous pouvons induire le modèle de relations collectives institué et signifié par le syntagme dialogue social.....p. 588
- 527.** De ce modèle, on en déduit un cadre stratégique pour les directions des organisations économiques en vue de s'adapter grâce à des procédures rationalisées.....p. 589

Table des matières

Introduction	1
I. L'institution.....	4
A. Le sens du terme institution.....	4
B. Une invitation à exposer la méthode	6
1. Diverses approches épistémologiques.....	7
2. Nos choix en matière épistémologique	22
i. L'orientation générale de nos travaux.....	22
ii. L'application à la présente étude	25
II. ... du dialogue social... ..	30
A. Historicité du syntagme sur le plan institutionnel	30
1. L'institution du dialogue social au niveau de l'Union	31
2. Le dialogue social institué au niveau de l'Union	41
B. Première définition du dialogue social	45
III. ... dans les entreprises du secteur privé	54
Partie 1 : L'institution du dialogue social comme modèle de relations collectives	57
Titre 1 : L'institution d'un modèle de norme négociée.....	59
Chapitre 1 : L'organisation renouvelée de la négociation collective	61
Section 1 : Le développement de la négociation entre décentralisation externe et centralisation interne	62
Paragraphe 1 : Décentralisation externe de la production de normes négociées	63
Paragraphe 2 : Centralisation interne de la production des normes négociées	72
Section 2 : Le développement de la négociation par son repositionnement dans l'ordonnancement des normes.....	79
Paragraphe 1 : Différents rapports à la norme supérieure	79
A. L'organisation légale de la négociation.....	80
B. L'articulation légale des normes négociées	86
1. L'accord dérogatoire	87
2. La règle étatique supplétive.....	93
3. La règle de faveur demeure	97
Paragraphe 2 : Un nouveau rapport au contrat de travail	98
Paragraphe 3 : Un nouveau rapport au juge	104
Conclusion de chapitre	114
Chapitre 2 : L'activité de négociation diversifiée	115

Section 1 : La diversification des thèmes et agents de négociation	116
Paragraphe 1 : La diversification des thèmes de négociation	116
A. L'élargissement des thèmes de la négociation collective.....	116
B. Les bornes à la créativité conventionnelle.....	120
1. Les bornes supra-légales	121
2. Les bornes légales	123
3. Les bornes <i>infra</i> -légales	126
Paragraphe 2 : La diversification des modalités de conclusion des accords	129
A. Les agents palliatifs de négociation.....	131
B. L'adoption de l'acte sans les négociateurs : la consultation du personnel	137
1. Une diversification de la technique consultative.....	139
a. La consultation d'approbation des accords inaboutis.....	140
b. La consultation de ratification des actes projetés par l'employeur	142
2. Un changement dans la logique de la norme négociée par le recours à la consultation	143
a. Du point de vue de la procédure : une asymétrie dans la représentation des intérêts	144
b. Du point de vue de l'acte : un problème de qualification du texte soumis à consultation	155
Section 2 : La diversification des fonctions de la négociation collective	160
Paragraphe 1 : La fonction d'adaptation	160
Paragraphe 2 : La fonction de prévention des conflits	166
Paragraphe 3 : La fonction de légitimation	170
A. Légitimation de la norme supposée négociée.....	170
1. Légitimité des producteurs de l'acte	171
2. Légitimité de l'acte lui-même	177
B. Légitimation d'un acte unilatéral.....	180
Conclusion de chapitre	183
Conclusion de titre	184
Titre 2 : L'institution d'un modèle de norme délibérée	187
Chapitre 1 : L'organisation renouvelée de la représentation élue du personnel	189
Section 1 : La fusion des institutions	190
Paragraphe 1 : Du regroupement à la fusion	190
A. Les trois actes de la fusion	192
B. De changements quantitatifs à un changement qualitatif	198
Paragraphe 2 : Une fusion au service d'une institution transversale.....	201
A. Le regroupement : une transversalité inachevée	201
B. La fusion : une transversalité achevée.....	204

1. La première étape de la fusion : le comité social et économique.....	205
2. La seconde étape de la fusion : le conseil d'entreprise	209
a. Création et suppression du conseil d'entreprise	210
b. Les attributions distinctives du conseil d'entreprise	213
c. Entre association et confusion des rôles	216
Section 2 : La centralisation des institutions	221
Paragraphe 1 : Une centralisation interne aux organisations économiques	222
A. La centralisation par les périmètres	223
1. La fin de la définition fonctionnelle et relative	223
2. L'institution d'un critère organisationnel à défaut d'accord	225
a. L'absence de critère en cas d'accord	225
b. Le critère organisationnel de l'autonomie de gestion	226
3. La centralisation dans les petites structures complexes	232
B. La centralisation par les attributions.....	235
Paragraphe 2 : Une centralisation compensée par une représentation déconcentrée	242
A. La déconcentration par la mise en place de commissions	243
1. La déconcentration par les attributions	243
2. La déconcentration par les périmètres.....	245
B. La déconcentration par la mise en place de représentants de proximité	247
1. La déconcentration par les attributions	247
2. La déconcentration par les périmètres.....	250
Conclusion de chapitre	255
Chapitre 2 : L'activité de représentation concentrée.....	257
Section 1 : La concentration des attributions et des moyens du comité.....	258
Paragraphe 1 : La concentration des attributions dans une instance unique	258
A. Les réclamations.....	259
B. Les attributions en matière d'hygiène, de santé, de sécurité et de conditions de travail.....	261
C. Les activités sociales et culturelles	266
D. Les consultations en matière économique et sociale.....	269
Paragraphe 2 : Les contraintes issues de la concentration des moyens.....	274
A. Les contraintes en termes d'information	274
1. L'accès à l'information	275
2. La base de données économiques, sociales et environnementales (BDESE)	277
B. Les contraintes dans la gestion du temps.....	280
1. Le temps d'analyse.....	281

Table des matières

2. Les délais pour rendre l'avis	283
3. Délais d'expertise	285
C. Les contraintes en termes de capacité à agir.....	290
1. La contrainte des capacités budgétaires	290
2. L'attribution de la capacité juridique	295
Section 2 : La concentration des moyens des élus à l'appui d'une autre conception de l'activité représentative	300
Paragraphe 1 : La concentration des moyens des élus pour l'activité représentative	300
Paragraphe 2 : Les conceptions induites de l'activité représentative.....	306
Conclusion de chapitre	312
Conclusion de titre	313
Conclusion de partie.....	316
Partie 2 : L'institution du dialogue social comme modèle de décentralisation.....	317
Titre 1 : L'institution d'un modèle de norme étatique	321
Chapitre 1 : L'Etat émetteur de l'habilitation	323
Section 1 : Le positionnement de l'Etat	324
Paragraphe 1 : L'hypothèse du retrait de l'Etat.....	324
A. Une critique de l'Etat social	325
B. Différents modèles fondés sur une critique relativiste de l'Etat.....	328
1. La critique néoclassique de l'Etat	329
a. Le primat de l'ordre spontané sur l'organisation	329
b. Influences et relais doctrinaux.....	334
2. La critique postmoderne de l'Etat	339
Paragraphe 2 : L'hypothèse du repositionnement de l'Etat	345
A. Le repositionnement par la procéduralisation du Droit.....	345
B. Le repositionnement par un Droit normalisateur.....	350
Section 2 : L'action de l'Etat.....	354
Paragraphe 1 : Une action fondée sur le réalisme	354
A. Le réalisme des discours externes	354
1. Le réalisme économique.....	355
2. Le réalisme comptable	357
B. Le réalisme du discours interne	360
1. Le réalisme des évaluations récurrentes.....	360
2. Le réalisme des évaluations ponctuelles en vue d'une réforme	362
Paragraphe 2 : Une diversité de modalités d'action de l'Etat	368
A. L'action de l'Etat associant des destinataires de la norme	369

1. Le réalisme par l'association des <i>destinataires de la norme</i> à son élaboration et à sa mise en œuvre.....	369
a. L'association <i>ex ante</i>	369
b. L'association <i>ex post</i>	373
2. Le réalisme par l'association d'experts : la normalisation.....	375
B. L'action unilatérale de l'Etat	379
1. Stimuler la production normative.....	380
a. L'incitation à élaborer des normes décentralisées.....	380
b. La reconnaissance des normes décentralisées	385
2. Sécuriser la norme décentralisée	390
a. Sécuriser la norme produite.....	391
b. Sécuriser la production normative : la professionnalisation des agents.....	397
Conclusion de chapitre	402
Chapitre 2 : La norme étatique adaptable.....	405
Section 1 : Adaptabilité dans les relations individuelles.....	406
Paragraphe 1 : Adaptabilité de l'emploi de la force de travail.....	407
A. L'adaptation de la masse salariale.....	407
1. L'adaptation de la masse salariale par son accroissement temporaire	408
2. L'adaptation de la masse salariale par sa réduction	414
a. La réduction par des moyens unilatéraux : les licenciements collectifs.....	414
i. Les « petits » licenciements collectifs.....	414
ii. Les « grands » licenciements collectifs.....	415
b. La réduction par des moyens consensuels.....	420
i. La réduction par les ruptures conventionnelles collectives.....	421
ii. La réduction par le congé de mobilité.....	422
B. L'adaptation de la force de travail employée	423
1. L'adaptation par la gestion prévisionnelle	424
2. L'adaptation par la mobilité interne	428
Paragraphe 2 : Adaptabilité dans la gestion de la force de travail par son temps d'utilisation.....	431
A. Le temps de travail effectif.....	432
B. La période de référence	434
C. La quotité de travail	436
Section 2 : L'adaptabilité dans les relations collectives de travail.....	443
Paragraphe 1 : Une mise en place adaptable	443
Paragraphe 2 : Un fonctionnement adaptable	446
Paragraphe 3 : Des moyens adaptables	448
Conclusion de chapitre	450

Table des matières

Conclusion de titre	451
Titre 2 : L'institution d'un modèle de norme décentralisée	453
Chapitre 1 : Les organisations économiques réceptrices de l'habilitation	455
Section 1 : L'entreprise comme cadre privilégié du dialogue social	457
Paragraphe 1 : L'influence économique des conceptions juridiques	458
A. La concentration économique et le développement des groupes	460
B. La financiarisation de l'économie et la constitution de réseaux.....	464
Paragraphe 2 : Différents modèles de l'entreprise	473
A. La conception individualiste : la théorie contractuelle.....	474
B. La conception totalisante : la théorie institutionnelle	477
C. Une tentative de dépassement : la théorie organisationnelle.....	483
Section 2 : Au-delà de l'entreprise, l'organisation économique	490
Paragraphe 1 : Différents terrains autour de l'entreprise	491
A. S'approcher de la production, les niveaux infra entreprise	491
B. S'approcher de la direction, les niveaux supra entreprise	493
Paragraphe 2 : Des organisations économiques dotées d'un régime spécial : le dialogue social de secteur.....	495
A. Dialoguer autour d'un accord dans les secteurs	498
B. Dialoguer autour d'un avis dans les secteurs.....	500
C. Les moyens à l'appui du dialogue social de secteur.....	503
Conclusion de chapitre	508
Chapitre 2 : La norme décentralisée adaptée	511
Section 1 : L'intérêt de l'entreprise tel qu'il est reconnu par le Droit	512
Paragraphe 1 : Définition négative : ce que n'est pas l'intérêt de l'entreprise.....	513
A. L'intérêt de l'entreprise n'est pas l'intérêt des seuls associés.....	514
B. L'intérêt de l'entreprise n'est pas l'intérêt des seuls dirigeants	524
C. L'intérêt de l'entreprise n'est pas l'intérêt des seuls salariés	530
Paragraphe 2 : Définition positive : ce qu'est l'intérêt de l'entreprise.....	536
A. L'intérêt de l'entreprise dans le discours sur le Droit	537
B. L'intérêt de l'entreprise dans le discours du Droit	543
Section 2 : L'intérêt commun aux membres de l'organisation économique tel qu'il est construit par le Droit	551
Paragraphe 1 : La construction idéologique de l'intérêt commun par la définition d'une œuvre commune	551
A. L'intérêt commun déterminé par une œuvre commune	552
B. L'œuvre commune exprimée dans l'énonciation d'un intérêt partagé	556
1. L'acculturation par la formation commune : savoir et langage partagés ...	558
a. La formation du langage, <i>enjeu de représentations communes</i>	558

b. Les formations communes : outil qui « permet un langage commun » .	563
2. L'acculturation par la reconnaissance ciblée de compétences acquises dans l'exercice du mandat	570
Paragraphe 2 : La construction matérielle de l'intérêt commun par l'association au capital	576
A. La participation des salariés aux résultats	577
B. L'accès au capital des sociétés	578
Conclusion de chapitre	583
Conclusion de titre	584
Conclusion de partie.....	585
Conclusion générale	587
Annexes	591
Annexe 1 : Nombre total d'élus selon la configuration des institutions représentatives du personnel	591
Annexe 2 : Nombre total d'heures de délégation selon la configuration des institutions représentatives du personnel	595
Bibliographie.....	599
I. Manuels et ouvrages généraux	599
II. Ouvrages spécialisés et thèses	601
III. Articles et chroniques.....	609
IV. Commentaires, notes et observations.....	645
V. Rapports, avis et documents divers	654
VI. Sitographie	662
Index.....	663
Table analytique	667
Table des matières.....	717